BANGUN GUNA SERAH
BUILD OPERATE AND TRANSFER
BOT

MEMBANGUN TANPA HARUS MEMILIKI TANAH
(PERSPEKTIF HUKUM AGRARIA, HUKUM PERJANJIAN
DAN HUKUM PUBLIK)



DR. Anita Kamilah, S.H., M.H.

Dipindai dengan CamScanner

Bangun Guna Serah
(Build Operate and Transfer/BOT)
Membangun Tanpa Harus Memiliki Tanah
(Perspektif Hukum Agraria, Hukum Perjanjian dan Hukum Publik)

Cetakan ke - 2

Dr. Anita Kamilah, S.H. M.H.

KENI

2020

Dipindai dengan CamScanner

KM.1448.2020

Bangun Guna Serah
(Build Operate and Transfer/BOT)
Membangun Tanpa Harus Memiliki Tanah
(Perspektif Hukum Agraria, Hukum Perjanjian dan Hukum Publik)

Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H.

ISBN: 978-602-90470-9-5

Cetakan Kesatu, 2013
Cetakan Kedua, Januari 2020
Cover : Rachmat Gumilang
Editor : Darlin Darmansyah

Hak cipta © **Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H.**
Dilarang mengutip sebagian atau seluruh isi buku dengan cara memperbanyak dengan cara apa pun, termasuk fotokopi, tanpa izin tertulis dari Penerbit
Isi di luar tanggung jawab CV. Keni Media

CV Keni Media
Anggota IKAPI No. 201/JBA/2011
Penerbit Buku-Buku Ilmu Hukum
Jl. Salendro Timur II No 8 Bandung 40275
Telp. 022-87340715, Fax.: 022-7315535
Email : kenimedia@yahoo.com https://www.kenimedia.id

Perwakilan / distributor / agen :

Jakarta-10540, Jl. Kramat Raya Komplek Maya Indah No. 3F, Kramat, Kec. Senen, Telp. (021)31035817. **Yogyakarta**-55153, Jl. KH. Djawad Faqih MG III/874, Karangkajen, Mergangsan, Brontokusuman, Telp. 027-4379634. **Bandung**-40275, Jl Salendro Timur II No. 7, Hp. 081219994172. Jl. Buah Batu No. 178, Cijagra, Kec. Lengkong, Telp. (022)7304067. Jl. Supratman No. 45, Cihapit, Kec. Bandung Wetan, Telp. (022)7206443. Jl. Dipatiukur, Bandung, Hp. 085221380039. Jl. Palasari, Bandung, Hp. 08122379202. Depok-16424, Jl. Margonda Raya, Pondok Cina, Kec. Beji, Telp. (021) 7867222. **Malang**-65115, Jl. Dieng No. 27A-2, Gading Kasri, Kec. Klojen, Jawa Timur, Telp. (0341)565673. **Surabaya**-60282, Jl. Pucang Anom Timur No. 5, Kertajaya, Kec. Gubeng, Telp. (031)8491113. Jl. Keratajaya Timur XIV/12 Blok P460, Surabaya, Telp. (031)5693300 **Bali**-80239, Jl. Hayam Wuruk 175 Panjer, Kec. Denpasar Timur, Telp. (0361)4743195. **Makassar**-90244, Trans Studio Mall, Jl. Metro Tj. Bunga, Maccini Sombala, Kec. Tamalate, Telp : (0411) 8117240. **Manado**, Jl. Sam Ratulangi No. 45, Ranotana, Sario, Wenang Sel., Kec. Wenang,Telp : (0431) 862692. **Medan**-20152, Jl. Gajah Mada No.23, Petisah Hulu, Kec. Medan Baru, Telp : (061)4568171. **Lampung**-35213, Jl. Raden Intan No.63, Enggal, Engal, Kota Bandar Lampung, Telp. (0721)268222. **Palembang**-30114, Jl. Kolonel Atmo No.45, 17 Ilir, Kec. Ilir Tim. I, Kota Palembang, Sumatera Selatan, Telp : (0711) 357733. **Aceh**-24415, Jl. T. Panglima Nyak Makam, Ie Masen Kaye Adang, Kec. Syiah Kuala, Kota Banda Aceh, Telp : (0651) 3611054.

Online : Kenimedia.id, Bukalapak, Shopee, Tokopedia, Instragram, Facebook, Twitter, My Ads

Dipindai dengan CamScanner

KATA PENGANTAR
(Prof. Dr. H. Dwidja Priyatno, S.H., M.H., Sp.N.)

Karya Tulis Sdr. Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H., merupakan salah satu kontribusi bagi perkembangan ilmu hukum, khususnya hukum bisnis bidang kajian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).

Materi Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) yang dikaji penulis merupakan istilah yang relatif baru dari sistem hukum nasional Indonesia, namun demikian konsep BOT memberikan kontribusi yang cukup besar bagi pengembangan pembangunan nasional Indonesia sebagai konsep yang menjembatani kebutuhan akan keterbatasan tanah maupun keterbatasan dana pemerintah baik pada APBN maupun APBD.

Konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)* ini, dikaji oleh penulis secara komprehensif, karena di dalamnya membahas mengenai penerapan asas keseimbangan serta aspek-aspek hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*). Kemudian dibahas pula mengenai hak-hak atas tanah yang dapat dioptimalkan melalui konsep *Build Operate and Transfer/BOT),* bahkan tulisan inipun mengkaji dari sudut pandang hukum publiknya.

Saya menyambut baik penerbitan karya tulis dan pemikiran Sdr. Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H. ini, mengingat konsep Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* belum banyak yang mengkajinya, sehingga karya tulis ini perlu disebarluaskan kehadapan masyarakat, terutama para akademisi, termasuk para mahasiswa hukum, agar pemahaman terhadap konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)* dapat dipahami secara mendalam dilihat dari optik hukum bisnis, hukum agraria dan hukum publik.

Saya mengucapkan selamat kepada Sdr. Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H., ditengah kesibukannya sebagai Wakil Rektor III Universitas Suryakancana, masih menyempatkan diri berkarya untuk memberikan kontribusi di persada nusantara dalam mengembangkan ilmu hukum bisnis. Mudah-mudahan karya tulis ini, akan disusul dengan karya tulis lainnya di masa yang akan datang. Amiin.

Cianjur, Januari 2020

Prof. Dr. H. Dwidja Priyatno, S.H., M.H., Sp.N.
Guru Besar Hukum Pidana
Rektor Universitas Suryakancana

KATA PENGANTAR

Tak ada kata lain yang ingin penulis ucapkan pertama kali selain kata syukur kehadirat Allah SWT atas hadirnya buku yang sederhana ini diharibaan pembaca, dengan judul : "Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) Dalam Pembangunan Infrastruktur".

Kajian ini dipilih mengingat pembangunan nasional sebagai rangkaian upaya pembangunan yang berkesinambungan membutuhkan tanah yang cukup luas sedangkan persediaan tanah sangat terbatas baik jumlah maupun luasnya yang bersifat tetap dan tidak bertambah dalam segala dimensi kebutuhan manusia. Selain tanah, meningkatnya pembangunan nasional yang bertitik berat pada bidang ekonomi, membutuhkan pula penyediaan dana yang cukup besar. Melihat keterbatasan pemerintah melalui APBN, maupun daerah melalui APBD dalam menyediakan pendanaan untuk pembangunan insfrastrukturnya, maka perlu dikembangkan 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-model atau pola-pola baru sebagai alternatif pembiayaan pembangunan proyek-proyek pemerintah. Salah satu alternatif pembiayaan proyek infrastruktur, yang dapat menjembatani kesulitan pembiayaan pembangunan baik karena keterbatasan tanah atau lahan yang strategis maupun dana adalah dengan mengundang pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan proyek pemerintah melalui sistem Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).* Mengingat BOT hanya sebuah skema atau konsep yang umum sifatnya, maka konsep BOT tidak hanya dapat digunakan untuk proyek pemerintah saja, tetapi dapat juga digunakan untuk proyek swasta, artinya pihak yang terlibat antara individu dengan individu atau swasta dengan swasta.

Menurut penulis, telaah tentang pemanfaatan tanah melalui konsep BOT dari sudut pandang hukum masih sangat terbatas. Untuk itu, penulis memaparkan dan menyajikannya dari perspektif ilmu hukum, baik dari sudut pandang hukum agraria, hukum perjanjian, maupun hukum publiknya, sehingga diharapkan pembaca dapat memahami konsep BOT secara komprehensif.

Akhir kata, tidak ada kesempurnaan yang abadi kecuali hanya Milik-Nya, karena itu dengan segala kerendahan hati dan ketulusan, penulis mengharapkan masukan, saran, dan kritikan yang membangun guna kesempurnaan buku ini. Karya tulis ini penulis persembahkan untuk nusa dan bangsa, semoga dapat berguna dalam membangun bangsa, khususnya berkaitan dengan pembangunan infrastruktur di Indonesia.

Bandung, Januari 2020.

Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

Kata Sambutan Prof. Dr. H. Dwidja Priyatno, S.H., M.H., Sp. N. v
Kata Pengantar .....…… vii
Daftar Isi..... .. ix
Daftar Singkatan Kata…….. xv

BAB I PENDAHULUAN 1

BAB II PEMANFAATAN TANAH MELALUI KONSEP BANGUN GUNA *SERAH (BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT)* …… 12
A. Pengertian dan Ruang Lingkup Hukum Agraria 12
B. Sejarah Hukum Agraria Sebelum Dan Sesudah Berlakunya UUPA 16
1. Hukum Agraria Sebelum Indonesia Merdeka (Sebelum 1945) 16
a) Masa Sebelum *Agrarische Wet* 1870 16
b) Masa Setelah *Agrarische Wet* 1870 Sampai Proklamasi Kemerdekaan 21
2. Hukum Agraria Masa Kemerdekaan 25
a) Masa Sebelum UUPA (Tahun 1945-1960) .. 25
b) Masa UUPA (Setelah Terbitnya Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang UUPA tanggal 24 September 1960 27
C. Hak Menguasai Negara Atas Tanah Sebagai Objek Pamanfaatan Tanah Melalui BOT 35
1. Pengertian Hak Menguasai Negara 35
2. Hak-hak Atas Tanah yang Dapat Dimanfaatkan Melalui Konsep BOT ……..... 42
D. Peranan Asas Pemisahan Horisontal Bagi Pemanfaatan Tanah Melalui Konsep Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT* 65
1. Asas-asas Dalam UUPA ……. 65
2. Asas Pemisahan Horisontal Bagi Pemanfaatan Tanah Melalui Konsep BOT …….. 77

BAB III ASAS KESEIMBANGAN DALAM SISTEM HUKUM PERJANJIAN NASIONAL…….. 89
A. Pengertian dan Ruang Lingkup Hukum Perjanjian …. 89
1. Pengertian dan Dasar Hukum Perjanjian …….. 89
2. Macam-macam Perikatan …….. 98
B. Ruang Lingkup Hukum Perjanjian 109
1. Wanprestasi dan Ganti Rugi Dalam Perjanjian 109
a) Wanprestasi Pelaksanaan Perjanjian..... 109

b) Ganti Rugi dan Pemutusan Pembatalan Perjanjian Akibat Wanprestasi 113
2. Keadaan Memaksa *(Overmacht*) dan Risiko Dalam Perjanjian 123
C. Asas Keseimbangan Dalam Perjanjian 137
1. Pengertian dan Peranan Asas Hukum 137
2. Asas-asas Umum dari Hukum Perjanjian dan Asas Keseimbangan Perjanjian Dalam Sistem Hukum Nasional 138
a) Asas-asas Umum dari Hukum Perjanjian 138
b) Asas Keseimbangan Perjanjian Dalam Sistem Hukum Nasional 146
1) Latar Belakang Lahirnya Asas Keseimbangan Perjanjian 146
2) Pengertian Asas Keseimbangan Perjanjian 148
3) Kriteria Asas Keseimbangan Perjanjian dan Faktor-faktor Penyebab Adanya Ketidakseimbangan Perjanjian 150

BAB IV ASPEK HUKUM PEMBIAYAAN PROYEK INFRASTRUKTUR DENGAN MODEL BANGUN GUNA SERAH (*BUILD OPERATE AND TRANSFER* / BOT) 161
A. Awal Konsep Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* 161
B. Pengertian dan Dasar Hukum Pelaksanaan Pembiayaan Proyek Infrastruktur Dengan Model Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/ BOT*) 163
1. Pengertian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)* 163
2. Dasar Hukum Pelaksanaan Pembiayaan Proyek Infrastruktur Dengan Model Bangun Guna Serah 168
C. Aspek-Aspek Hukum Yang Berkaitan Dengan Pemanfaatan Tanah Melalui Perjanjian BOT 203
1. Aspek Hukum Tanah Sebagai Objek Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) 203
2. Aspek Hukum Perjanjian sebagai Hukum yang Mengatur Hubungan Hukum antara Pemilik Hak Atas Tanah dengan Investor sebagai Pihak yang Mendanai Pelaksanaan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) 223
D. Keuntungan Dan Kerugian, serta Risiko Pembiayaan Proyek Infrastruktur Dengan Model Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*) 235

1. Keuntungan Pembiayaan Proyek Infrastruktur Melalui BOT ……. 235
   a) Dari Sudut Pemerintah ……..... 235
   b) Dari Sudut Masyarakat/Swasta ……..... 236
   c) Dari Sudut Kontraktor atau Investor 237
2. Kerugian Pembiayaan Proyek Infrastruktur Melalui BOT 237
   a) Dari Sudut Pemerintah 237
   b) Dari Sudut Investor 237
3. Risiko Dalam Perjanjian BOT 239

BAB V KAJIAN YURIDIS NORMATIF TANGGUNG JAWAB INVESTOR DALAM PERJANJIAN BANGUN GUNA SERAH (*BUILD OPERATE AND TRANSFER / BOT*) DALAM MEWUJUDKAN ASAS KESEIMBANGAN DALAM PERJANJIAN……..... 242
A. Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat ……. 242
B. Analisis tentang Tanggung Jawab Investor Terhadap Pemilik Hak Atas Tanah Sebagai Perwujudan Asas Keseimbangan Dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)*..... 251

DAFTAR PUSTAKA 314
INDEKS
BIODATA PENULIS

DAFTAR SINGKATAN KATA

APBN	Anggaran Pendapatan Belanja Nasional.
APBD	Anggaran Pendapatan Belanja Daerah.
AB	*Algemene Bepalingen van Wetgeving.*
BOT	*Build Operate and Transfer.*
BUMN	Badan Usaha Milik Negara.
BW	*Burgerlijk Wetboek.*
BRv	*Burgerlijk Rectsvordering.*
BPN	Badan Pertanahan Nasional.
DPR-GR	Dewan Perwakilan Rakyat Gotong Royong.
DPR	Dewan Perwakilan Rakyat.
DPRD	Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.
HGU	Hak Guna Usaha.
HGB	Hak Guna Bangunan.
IS	*Indische Staatsregeling.*
Jo.	*Juncto.*
KUH Perdata	Kitab Undang-undang Hukum Perdata.
KMK	Keputusan Menteri Keuangan.
KUHD	Kitab Undang-undang Hukum Dagang.
KSO	Kerjasama Operasi
LNRI	Lembaran Negara Republik Indonesia.
MPR	Majelis Permusyawaratan Rakyat.
MPRS	Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara.
MPI	Mikasa Pama Internasional.
NNBW	*New Burgerlijk Wetboek.*
PPKI	Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia.
PT	Perseroan Terbatas.
RPJMN	Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional.
RR	*Regeling Reglement.*
RUU	Rancangan Undang-undang.

RI	Republik Indonesia.
RUTRW/K	Rencana Umum Tata Ruang Wilayah/Kota.
Q.S.	Quran Surah.
Stb	*Staatsblad.*
TAP MPR	Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.
UUD	Undang-Undang Dasar.
UUPA	Undang-undang Pokok Agraria.
UUDS	Undang-undang Dasar Sementara.
UUPMA	Undang-undang Penanaman Modal Asing.
VOC	*Verenigde Oost Indische Compagnie*
WvK	*Wetboek van Koophandel*
WvS	*Wetboek van Strafrecht*

BAB I

P E N D A H U L U A N

Negara Republik Indonesia adalah negara hukum berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, yang memiliki tujuan mewujudkan tata kehidupan negara dan bangsa yang adil dan sejahtera, aman, tentram, dan tertib, serta menjamin kedudukan hukum yang sama bagi warga masyarakat.

Penegasan bahwa Negara hukum adalah cita hukum *(rechts idée*) Indonesia yang secara normatif diatur dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 amandemen ketiga, yang menyebutkan bahwa : "Negara Indonesia adalah Negara hukum (*rechtsstaat)* tidak berdasar atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat)*", dan "pemerintahan berdasar atas sistem konstitusi (hukum dasar) tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak berbatas)".

Istilah negara hukum dalam bahasa asing adalah *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Istilah *rechtsstaat* mulai populer di Eropa sejak abad XIX. Istilah *rule of law* mulai populer dengan diterbitkannya sebuah buku dari Albert Venn Dicey tahun 1885 dengan judul *Introduction to the study of the law of the constitution*. Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum *Continental* yang disebut *civil law* atau *modern roman law*, sedangkan konsep *the rule of law* bertumpu atas sistem hukum yang disebut *Common law*.[1]

Menurut M.C. Burkens, syarat-syarat dasar *rechtsstaat* adalah sebagai berikut :

"1. Asas legalitas, dimana setiap tindakan pemerintah harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan (*wettelijke grondslag)*, dengan landasan ini undang-undang dalam arti formal dan Undang-Undang Dasar sendiri merupakan tumpuan dasar tindakan pemerintah. Dalam hubungan ini pembentukan undang-undang merupakan bagian penting negara hukum.
2. Pembagian kekuasaan, syarat ini mengandung makna bahwa kekuasaan negara tidak boleh hanya bertumpu pada satu tangan.

---

[1] Philipus M. Hadjon, *Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, dalam Bagir Manan (Editor) *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1996, hlm. 75-76.

3. Hak-hak dasar (*grondrechten*), dimana hak-hak dasar ini merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat dan sekaligus membatasi kekuasaan pembentukan undang-undang.
4. Pengawasan pengadilan, sehingga bagi rakyat tersedia saluran pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindakan pemerintah (*rechtmatigheids toetsing*).[2]

Lebih lanjut, menurut Imannuel Kant dan F.J. Stahl, kriteria untuk dapat disebut negara hukum, harus memenuhi unsur-unsur sebagai berikut :

"1. Jaminan terhadap perlindungan hak-hak asasi manusia;
2. Terselenggaranya pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk terselenggaranya hak-hak tersebut di atas;
3. Tiap tindakan pemerintah harus dilandasi undang-undang; dan
4. Adanya peradilan administrasi".[3]

Unsur-unsur negara hukum tersebut dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental dan negara-negara di bawah pengaruhnya, sedangkan menurut Albert Venn Dicey, unsur-unsur atau syarat-syarat negara hukum di bawah *the rule of law* yang dianut oleh negara-negara Anglo Saxon dan negara-negara di bawah pengaruhnya, ialah sebagai berikut : (1) Prinsip supremasi aturan hukum (*Supremacy of law)*; (2) Prinsip kedudukan yang sama di depan hukum (*equality before the law)*; dan (3) Prinsip jaminan terhadap hak-hak asasi (*the constitution based on individual rights)*.[4]

Selain Negara yang didasarkan atas hukum, Negara Indonesia juga menunjukkan keinginan yang kuat untuk membentuk negara kesejahteraan, sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu : "Membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial".[5]

---

[2] *Ibid.*, hlm. 78-79.
[3] Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, In-Dhill. Co., Jakarta, 1989, hlm. 151-152.
[4] Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, Yapemdo, Bandung, 2006, hlm. 256.
[5] C.F.G. Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hlm. 2

Konsep negara kesejahteraan menurut Bagir Manan adalah negara atau pemerintah tidak semata-mata sebagai penjaga keamanan atau ketertiban masyarakat, tetapi memikul tanggung jawab utama untuk mewujudkan keadilan sosial, kesejahteraan umum, dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.[6] Sejalan dengan pendapat Bagir Manan, menurut Sjahran Basah, berkaitan dengan negara kesejahteraan tersebut, maka tujuan pemerintah tidak semata-mata di bidang pemerintahan saja, melainkan harus melaksanakan kesejahteraan sosial dalam rangka mencapai tujuan negara melalui pembangunan nasional.[7]

Dalam mencapai tujuan yang diamanatkan Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 tersebut, maka pemerintah melakukan pembangunan di segala bidang kehidupan, termasuk pembangunan di bidang hukumnya. Salah satu asas terpenting dari batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945, yang menjadi landasan pembangunan ekonomi Indonesia diatur dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan bahwa: "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat".[8]

Dalam konteks di atas, maka hakikat untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat dan kesejahteraan rakyat dalam penguasaan, pemilikan, penggunaan, dan pemanfaatan sumber daya agraria harus didukung oleh penataan sistem hukum yang berpihak kepada rakyat. Untuk mewujudkan amanat tersebut, setelah melalui proses dan waktu yang cukup panjang, maka pada tanggal 24 September 1960 pemerintah dan DPR mengesahkan Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria atau yang lazim disebut UUPA. Dengan berlakunya UUPA, maka di Indonesia terjadi perubahan yang fundamental di bidang agraria, yaitu perubahan dari hukum agraria kolonial menjadi hukum agraria nasional yang didasarkan atas hukum adat tentang tanah, sederhana, menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia, tidak mengabaikan

---

[6] Bagir Manan, *Politik Perundang-undangan Dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisasi Perekonomian*, Fakultas Hukum UNILA, Lampung, 1996, hlm. 16.

[7] Sjahran Basah, *Eksistensi Dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 3.

[8] Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*, PT. Alumni, Bandung, 2006, hlm. 189.

unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama, memberikan kemungkinan supaya bumi, air, dan ruang angkasa dapat mencapai fungsinya dalam membangun masyarakat yang adil dan makmur, memperhatikan perkembangan zaman dalam kaitannya dengan soal agraria, mewujudkan penjelmaan dari Pancasila dan cita-cita bangsa seperti tercantum dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, serta melaksanakan ketentuan Pasal 33 UUD 1945.[9] Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang UUPA telah mengubah corak dan sistem hukum Indonesia yang lama (pluralistis-kolonialistis tradisional) menjadi sistem hukum yang benar-benar mulai didasarkan pada Undang-Undang Dasar 1945 dan Pancasila sebagai *Grundnorm* sistem hukum Indonesia.[10]

Namun demikian, mengingat banyaknya sektor yang terkait dalam perumusan aturan mengenai penguasaan, pemilikan, penggunaan, dan pemanfaatan tanah dan sumber daya agraria lainnya, serta tumpang tindihnya berbagai peraturan yang ada, maka perlu komitmen politik dari pemerintah untuk merumuskan dasar dan arahan bagi pembaruan agraria dan pengelolaan sumber daya alam yang adil, berkelanjutan, dan memperhatikan lingkungan, di samping undang-undang lainnya yang telah terlebih dahulu ada. Di sisi lain, berkembang pula gagasan yang mendesak perlunya mengkaji ulang beberapa peraturan perundang-undangan pertanahan dan sumber daya agraria/alam lainnya yang telah ada untuk mengantisipasi berbagai paradigma yang berkembang di alam reformasi, dan menyelesaikan berbagai konflik yang terjadi khususnya berkaitan dengan penguasaan, pemilikan, penggunaan, pemanfaatan tanah serta mengantisipasi potensi konflik di masa yang akan datang, sehingga fungsi tanah sebagai sarana untuk mencapai sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, sebagaimana diamanatkan konstitusi, Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 dapat terwujud.

Menindaklanjuti gagasan di atas, salah satu komitmen politik pemerintah di bidang pertanahan dan sumber daya agraria lainnya, yaitu mengesahkan Tap

---

[9] Muchsin, Iman Koeswahyono, dan Soimin, *Hukum Agraria Indonesia Dalam Perspektif Sejarah*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 49-50.

[10] C.F.G. Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*, Bina Cipta, Bandung, 1982, hlm. 40.

MPR No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam. Dari berbagai prinsip pembaruan agraria yang perlu ditetapkan dan dijadikan acuan dalam rangka pembaruan agraria, yaitu memberikan pengakuan, penghormatan, dan perlindungan terhadap hak masyarakat hukum adat dan keragaman budaya bangsa atas sumber daya agraria/sumber daya alam, dan prinsip memelihara keberlanjutan yang dapat memberikan manfaat yang optimal, baik untuk generasi sekarang maupun generasi mendatang, dengan tetap memperhatikan daya tampung dan daya dukung lingkungan.

Secara konsep, arah kebijakan pembaruan agraria di atas sudah cukup baik sebagai arahan untuk melakukan restrukturisasi penguasaan, pemilikan, penggunaan pemanfaatan tanah agar lebih demokratis dan berkeadilan. Namun, dalam tataran implementasinya, sejak pembaruan agraria dinyatakan sebagai komitmen politik pemerintah yang ditetapkan dalam Ketetapan MPR No. IX/MPR/2000, hingga saat ini penerapan prinsip-prinsip pembaruan agraria dalam berbagai perundang-undangan di bidang pertanahan di Indonesia masih jauh dari harapan.

Menyikapi kondisi demikian, dalam perkembangan kemudian disahkanlah Undang-undang No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional, yang kemudian ditindaklanjuti dengan disahkannya Peraturan Pemerintah No. 7 Tahun 2005 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional Tahun 2004-2009, dimana sesuai dengan ketentuan Bab 32 disebutkan bahwa sumber daya alam/agraria masih dijadikan sebagai modal pertumbuhan ekonomi (*resource based economy),* di samping sebagai penopang sistem kehidupan. Hal ini menunjukkan bahwa sumber daya agraria masih dijadikan sebagai *life support sistem* tulang punggung perekonomian nasional, yang memiliki peran yang sangat penting artinya dalam kehidupan bangsa Indonesia sebagai salah satu modal dasar pembangunan nasional yang diselenggarakan sebagai upaya yang berkelanjutan untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

Kemudian untuk mencapai tujuan pembangunan sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik

Indonesia, pada tanggal 5 Pebruari 2007, pemerintah lebih lanjut mengesahkan Undang-undang No. 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025, yang menetapkan arah yang harus diacu pemerintah dalam merencanakan dan melaksanakan pembangunan, salah satu di antaranya di bidang pengelolaan sumber daya alam, sehingga bangsa Indonesia dapat mengejar ketertinggalan dan mempunyai posisi yang sejajar serta daya saing yang kuat di dalam pergaulan masyarakat Internasional.

Pada Bab III Lampiran Undang-undang No. 17 Tahun 2007 tersebut ditegaskan bahwa visi pembangunan nasional untuk tahun 2005-2025 adalah : "Indonesia yang mandiri, maju, adil, dan makmur". Untuk mewujudkan visi pembangunan tersebut, dirumuskan 8 (delapan) misi pembangunan nasional, yaitu : (1) Mewujudkan masyarakat berakhlak mulia, bermoral, beretika, berbudaya, dan beradab berdasarkan falsafah Pancasila; (2) Mewujudkan bangsa yang berdaya saing; (3) Mewujudkan masyarakat yang demokratis berlandaskan hukum; (4) Mewujudkan Indonesia aman, damai, dan bersatu; (5) Mewujudkan pemerataan pembangunan dan berkeadilan; (6) Mewujudkan Indonesia asri dan lestari; (7) Mewujudkan Indonesia menjadi negara kepulauan yang mandiri, maju, kuat, dan berbasiskan kepentingan nasional; dan (8) Mewujudkan Indonesia yang memiliki peran penting dalam pergaulan dunia internasional.[11]

Kemudian, untuk mewujudkan kedelapan visi pembangunan tersebut, maka pada tanggal 20 Januari 2010, Pemerintah menetapkan Peraturan Presiden No. 5 Tahun 2010 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional Tahun 2010-2014 sebagai kelanjutan dari pembangunan sebelumnya. Untuk itu, dalam waktu 4 (empat) tahun mendatang, sangat penting dan mendesak bagi bangsa Indonesia untuk melakukan penataan kembali berbagai langkah-langkah antara lain di bidang pengelolaan sumber daya alam salah satunya adalah agraria. Adapun prinsip-prinsip pembaruan agraria pada hakikatnya sejalan dengan kedelapan misi pembangunan nasional di atas, meskipun prinsip pembaruan agraria telah terlebih dahulu dirumuskan karena keduanya (prinsip pembaruan

[11] Ida Nurlinda, *Prinsip-prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009, hlm. 219.

agraria dan misi pembangunan nasional) sama-sama bermuara pada prinsip-prinsip demokrasi, keadilan, dan berkelanjutan yang diharapkan dapat mewujudkan Indonesia yang mandiri, adil, dan makmur.

Pembangunan nasional sebagai rangkaian upaya pembangunan yang berkesinambungan yang meliputi seluruh aspek kehidupan masyarakat bangsa dan negara yang berlangsung tanpa henti untuk melaksanakan tugas mewujudkan tujuan nasional sebagaimana dirumuskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, membutuhkan tanah yang cukup luas sedangkan persediaan tanah sangat terbatas baik jumlah maupun luasnya yang bersifat tetap dan tidak bertambah dalam segala dimensi kebutuhan manusia. Keterbatasan akan sumber daya tanah, berhadapan dengan peningkatan kebutuhan tanah bagi pelaksanaan pembangunan, di satu sisi membawa dampak positif meningkatnya harga tanah, tetapi di pihak lain membawa dampak negatif menjadi salah satu pemicu timbulnya sengketa/konflik pertanahan. Di samping itu dalam kaitannya dengan peningkatan permintaan akan tanah, tidak jarang terdapat sekelompok orang yang sengaja mempergunakan kesempatan untuk mengambil keuntungan pribadi dengan mengambil alih tanah masyarakat tanpa memperhatikan rasa keadilan.

Selain tanah, meningkatnya pembangunan nasional yang bertitik berat pada bidang ekonomi, membutuhkan pula penyediaan dana yang cukup besar. Kebutuhan dana untuk pembangunan infrastruktur sampai dengan tahun 2009 - 2010 saja diperkirakan membutuhkan dana sekitar Rp. 700 triliun sampai dengan Rp. 1.030 triliun, dan sekitar Rp. 200 triliun dapat didanai dari APBN, artinya pemerintah hanya mampu membiayai sekitar 20%, sedangkan sekitar Rp. 600 triliun atau sekitar 80% diharapkan partisipasi dari investor lokal atau internasional.[12]

Melihat keterbatasan pemerintah melalui APBN, maupun daerah melalui APBD dalam menyediakan pendanaan untuk pembangunan insfrastrukturnya, maka perlu dikembangkan hubungan kemitraan yang saling menunjang dan

[12] Budi Santoso, *Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur Dengan Model BOT (Build Operate and Transfer)*, Genta Press, Yogyakarta, 2008, hlm.1-2.

menguntungkan antara perusahaan besar dan kecil baik perusahaan nasional maupun perusahaan asing dalam rangka memperkuat struktur ekonomi nasional melalui model-model atau pola-pola baru sebagai alternatif pembiayaan pembangunan proyek-proyek pemerintah. Salah satu alternatif pembiayaan proyek infrastruktur, yang dapat menjembatani kesulitan pembiayaan pembangunan baik karena keterbatasan tanah atau lahan yang strategis maupun dana adalah dengan mengundang pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan proyek pemerintah melalui sistem Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Mengingat BOT hanya sebuah skema atau konsep yang umum sifatnya, maka konsep BOT tidak hanya dapat digunakan untuk proyek pemerintah saja, tetapi dapat juga digunakan untuk proyek swasta, artinya pihak yang terlibat antara individu dengan individu atau swasta dengan swasta. Misalnya di Kabupaten Kampar, dan di Denpasar Bali, penduduk asli memiliki tanah, tetapi tidak memiliki cukup dana untuk mendirikan bangunan komersial, maka dapat melakukan pola kerjasama pendirian bangunan hotel/penginapan di atas tanah penduduk melalui perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT),* yaitu bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, di mana pihak investor diberikan hak 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". [13]

Namun demikian, 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 yang lebih besar pada

[13] Andjar Pachta Wirana, *Penelitian Tentang Aspek-aspek Hukum Perjanjian Build Operate and Transfer (BOT),* Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI, Jakarta, Tahun 1994/1995, hlm. 31.

masyarakat; (6) Tidak bertentangan dengan undang-undang yang berlaku dan sepenuhnya tunduk pada hukum Indonesia.[14]

Merujuk pada definisi perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT),* maka BOT memiliki unsur-unsur sebagai berikut : (1) Adanya para pihak, yaitu pihak investor yang menyediakan dana untuk membangun fisik proyek tersebut, dan pihak pemilik tanah/lahan yaitu pihak masyarakat/swasta yang memiliki lahan strategis. Demikian juga pihak pemerintah sebagai pemilik hak eksklusif atau pemegang hak pengelolaan atau juga pemegang hak ulayat; (2) Adanya objek yang diperjanjikan dalam perjanjian BOT, yaitu lahan atau beserta bangunannya; (3) Investor dalam jangka waktu tertentu diberi hak kelola atas bangunan yang dibangun untuk mengambil manfaat ekonominya dengan pola bagi hasil, *royalty*, atau kompensasi dengan harapan modal yang telah diinvestasikan dapat kembali atau bahkan menguntungkan; dan (4) Setelah waktu kelola tersebut berakhir, investor mengembalikan bangunan beserta fasilitas-fasilitas yang melekat pada bangunan tersebut kepada pemilik lahan atau pemerintah sebagai pemilik hak eksklusif atau pemegang hak pengelolaan. [15]

Menelaah unsur-unsur dari perjanjian BOT di atas, baik dilihat dari kehendak para pihak untuk melakukan perjanjian BOT, isi perjanjian BOT, maupun pelaksanaan perjanjian BOT, menunjukkan pelaksanaan perjanjian BOT dilandasi asas keseimbangan perjanjian, yang dimaknai dalam bahasa sehari-hari dengan kata "seimbang" *(evenwicht),* yaitu menunjuk pada pengertian suatu "keadaan pembagian beban di kedua sisi berada dalam keadaan seimbang", tidak satupun mendominasi atau menguasai yang lainnya.[16]

Bahkan jika penulis merujuk pada hasil penelitian Herlien Budiono, bahwa pelaksanaan perjanjian BOT, selain berlandaskan pada asas-asas hukum kontrak yang hidup dalam kesadaran hukum adat Indonesia, seperti semangat gotong royong, kekeluargaan, rukun, patut, pantas dan harmonis, maupun asas-asas hukum kontrak modern, seperti asas konsensual, asas kebebasan berkontrak, asas *pacta sunt servanda*, sebagaimana ditemukan dalam perkembangan perundang-

[14] *Ibid*., hlm. 10-11.
[15] *Ibid.,* hlm. 19.
[16] *Ibid.*, hlm. 304.

undangan hukum kontrak Belanda, paktik hukum, maupun yurisprudensi, bertemu dalam satu asas, yaitu "Asas Keseimbangan". [17]

Oleh karena itu, asas keseimbangan ini mendasari dan sekaligus juga menjadi asas operasionalisasi dari asas-asas hukum kontrak, baik dari hukum kontrak Indonesia maupun dari hukum kontrak Belanda (yang mewakili hukum modern). Hal tersebut misalnya tampak dari keharusan untuk membuat perjanjian BOT yang dilandasi atas dasar keabsahan perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, isi perjanjian BOT yang mengakomodir kepentingan para pihak baik pihak pemilik tanah maupun pihak investor yang mendanai pembangunan objek BOT, serta keharusan untuk melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang ditimbulkan dalam suatu kontrak/perjanjian BOT dengan memperhatikan kesusilaan, itikad baik, kepatutan, kepantasan serta kemanfaatan.[18]

Adapun manfaat pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* baik kepada pemilik hak atas tanah maupun kepada pihak investor, adalah sebagai berikut : pemilik hak atas tanah, yang semula hanya pemilik lahan strategis saja yang bilamana akan mewujudkan fisik bangunannya memerlukan biaya yang cukup banyak maka setelah jangka waktu perjanjian BOT selesai akan memiliki bangunan beserta sarana dan prasarana penunjangnya dengan kualitas yang cukup baik. Demikian juga bagi pihak investor dengan adanya kerjasama dalam perjanjian BOT dapat melakukan pembangunan fisik tanpa perlu memiliki tanah atau lahan di tempat strategis untuk kegiatan usahanya, bahkan melalui perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* ini pihak investor dapat memasuki bidang-bidang usaha baru yang dulunya dimonopoli oleh pemerintah.

Namun demikian, meskipun perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* ini memberikan keuntungan baik bagi pemilik hak atas tanah maupun bagi investor, dalam praktik pelaksanaannya tidak terlepas dari masalah-masalah, serta risiko-risiko, seperti : (1) Risiko politik; (2) Risiko

---

[17] Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-asas Wigati Indonesia,* PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. vii.
[18] *Ibid,* hlm. viii.

hukum; (3) Risiko ekonomi; dan (4) Risiko Keadaan Memaksa (*force majeure/overmacht*), yang menyebabkan pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) tidak dapat dilaksanakan, dan menyebabkan terganggunya keseimbangan kedudukan dari salah satu pihak.

Dalam hal terjadi ketidakseimbangan kedudukan para pihak baik pada waktu pra kontrak, pada waktu pembuatan isi kontrak, maupun pada waktu pelaksanaan kontrak atau perjanjian BOT, maka untuk menyeimbangkan kembali kedudukan keseimbangan para pihak tersebut, pihak yang dirugikan tersebut dapat melakukan beberapa upaya hukum, seperti meminta pemenuhan prestasi sesuai dengan yang diperjanjikan, meminta ganti rugi, menegosiasikan kembali isi perjanjian, atau melakukan pemutusan pembatalan perjanjian BOT.

BAB II

PEMANFAATAN HAK ATAS TANAH MELALUI KONSEP BANGUN GUNA SERAH *(BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT)*

A. Pengertian dan Ruang Lingkup Hukum Agraria.

Istilah tanah dan agraria tidak selalu dipakai dalam arti dan pemahaman yang sama. Hal demikian, pada akhirnya membawa konsekuensi dan permasalahan tersendiri pada pengaturan dan kedudukannya dalam sistem hukum Indonesia. Menurut Boedi Harsono, kata "agraria" berasal dari kata *agrarius*, *ager* (Latin) atau *agros* (Yunani), *akker* (Belanda), yang artinya tanah pertanian.[19]

Dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia, susunan W.J.S. Purwadarminta, disebutkan bahwa istilah agraria berasal dari Eropa, yang dipakai untuk merujuk pada urusan pertanian (perkebunan), sedangkan istilah tanah diartikan sebagai berikut :

a. Bumi, dalam arti permukaan bumi atau lapisan bumi yang di atas sekali, keadaan bumi, permukaan bumi yang diberi batas, dan daratan;
b. Permukaan bumi yang berbatasan yang ditempati suatu bangsa atau yang diperintah oleh suatu negara;
c. Bahan-bahan dasar bumi atau bumi sebagai bahan sesuatu; serta
d. Dasar.[20]

Kemudian dalam *Black's Law Dictionary*, disebutkan bahwa agraria itu *relating to land or to a division or distribution of land; esp from land or land ownership, Agrarian laws (problems, disputes).*[21]

Sebagai kata sifat, agraria dipergunakan untuk membedakan corak kehidupan (ekonomi) masyarakat pertanian di pedesaan dari masyarakat *non*

---

[19] Boedi Harsono, (b) *Hukum Agraria Indonesia : Sejarah Pembentukan UUPA, Isi Dan Pelaksanaannya*, Cetakan Kedelapan, (Edisi Revisi), Djambatan, Jakarta, 1999, hlm. 5.

[20] W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Cetakan Kelima, Pusat Pembinaan Dan Pengembangan Bahasa, Departemen Pendidikan & Kebudayaan, Balai Pustaka, Jakarta, 1982, hlm. 19.

[21] Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Seven Edition, West Publishing, Mennesota, USA, 1999, hlm. 67.

agraris (perdagangan dan industri di perkotaan). Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria sendiri tidak memberikan batasan mengenai arti agraria, tetapi dari berbagai rumusan yang terdapat dalam undang-undang, yaitu (a) Konsiderans "menimbang" huruf a dan "berpendapat" huruf a; (b) Pengaturan Pasal 1, Pasal 2 ayat (1), Pasal 4, 5, 14, 16, 46, 47, dan Pasal 48; serta (c) Penjelasan Undang-undang, maka dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. Kata "agraria" dipergunakan untuk menggambarkan corak dari susunan kehidupan termasuk perekonomian rakyat Indonesia;
2. Materi yang diatur menyangkut pengolahan bumi, air, ruang angkasa, termasuk kekayaan alam di dalamnya;
3. Hak-hak yang diatur meliputi hak-hak atas tanah (sebagai lapisan permukaan bumi termasuk yang di bawah air) dan tubuh bumi, juga hak guna air, pemeliharaan dan penangkapan ikan serta hak guna ruang angkasa.

Dari uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa pengertian agraria dapat diartikan dalam arti luas dan sempit. Dalam arti sempit, agraria diartikan sebagai tanah pertanian yang dipertentangkan dengan tanah pemukiman/tanah perkotaan. Lebih sempit lagi masalah agraria diartikan sebagai masalah pemecahan atau pembagian (distribusi) tanah.[22] Dalam arti luas, agraria dimaksudkan sebagai sesuatu yang berkaitan dengan tanah. Lebih luas lagi arti agraria (yang merupakan lapisan permukaan bumi), tetapi juga berkaitan dengan tubuh bumi itu, dengan air, dan dengan ruang angkasa termasuk kekayaan di dalamnya.[23] Dengan demikian, maka menurut UUPA yang dimaksud dengan hukum agraria adalah jauh lebih luas daripada hukum pertanahan, yang meliputi hukum perairan, ruang angkasa, pertambangan, perikanan, dan sebagainya. Kemudian, hukum agraria pun telah berkembang ke arah pembahasan secara bulat, baik yang berkaitan dengan bagian hukum privat maupun hukum publiknya.

---

[22] J.B. Daliyo, dkk, *Hukum Agraria*, PT. Prenhallindo, Jakarta, 1989, hlm. 7-8.
[23] *Ibid*., hlm. 8.

Menurut Boedi Harsono, hukum agraria tidak selalu dipakai dalam pengertian yang sama, baik mengenai ruang lingkup maupun tempatnya dalam sistematika tata hukum. UUPA menganut arti dan ruang lingkup hukum agraria yang luas, yaitu merupakan suatu kelompok dari berbagai hukum yang mengatur hak-hak penguasaan atas sumber-sumber alam, yang berupa lembaga-lembaga hukum dan hubungan-hubungan hukum konkrit dengan sumber-sumber alam, yaitu hukum tanah, hukum air, hukum pertambangan, dan hukum yang mengatur penguasaan (unsur-unsur tertentu dari ruang angkasa).

Selain itu, menurut Boedi Harsono, perlu diperhatikan bahwa lingkup hukum di bidang agraria, tidak hanya hukum perdata (hukum agraria/tanah perdata), tetapi juga hukum publik di bidang administrasi negara (hukum agraria administratif). Dalam sejarah hukum agraria, hukum perdata di bidang agraria diatur terutama dalam BW Buku II dan hukum agraria/tanah adat, sedangkan hukum administrasi negara ditemukan dalam *Agrarische Wet* tahun 1870 No. 55, *Agrarisch Besluit* S. 1870 : 118 dengan *domeinverklaring* dalam berbagai ordonansi, yang sekarang kedua bidang tersebut tercakup dalam UUPA dan perundang-undangan pelaksanaannya.

Lebih lanjut, Boedi Harsono, menyebutkan bahwa Subekti dan Tjitrosudibio, memberikan arti yang luas pada hukum agraria, karena mencakup seluruh ketentuan, baik hukum perdata, hukum tata negara maupun hukum tata usaha negara, yang mengatur hubungan-hubungan antara orang, termasuk badan hukum dengan bumi, air, dan ruang angkasa dalam seluruh wilayah negara dan mengatur pula wewenang yang bersumber pada hubungan-hubungan tersebut.[24] Berbeda dengan Subekti dan Tjitrosudibio, menurut Boedi Harsono, Gouwgioksiong memberikan pengertian hukum agraria dalam pengertian yang sempit yang mengindentikkan hukum agraria dengan hukum tanah, sedangkan E.Utrecht, memberikan pengertian yang sama kepada "hukum agraria" dan "hukum tanah", sebagai bagian dari hukum tata usaha negara.[25]

---

[24] R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kamus Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, hlm. 12.

[25] Boedi Harsono, (c) *Hukum Agraria Indonesia : Sejarah Pembentukan UUPA, Isi dan Pelaksanaannya*, Cetakan Kedelapan, (Edisi Revisi), Djambatan, Jakarta, 2003, hlm. 15.

Sudikno Mertokusumo, memberikan pengertian hukum agraria sebagai keseluruhan kaidah-kaidah hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis yang mengatur agraria.[26] Berkaitan dengan hal tersebut, Bachsan Mustofa menjabarkan kaidah hukum yang tertulis adalah hukum agraria dalam bentuk peraturan perundang-undangan dan peraturan-peraturan tertulis lainnya yang dibuat negara, sedangkan kaidah hukum yang tidak tertulis adalah hukum agraria dalam bentuk hukum adat agraria yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat adat setempat, yang pertumbuhan, perkembangan serta berlakunya dipertahankan oleh masyarakat adat yang bersangkutan.[27]

Kemudian, jika merujuk pada Pasal 4 ayat (1) UUPA, yang menyebutkan bahwa : "Atas dasar hak menguasai dari negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi, yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang, baik sendiri maupun bersama dengan orang lain serta badan-badan hukum", maka pengertian tanah yang dimaksud di sini bukan mengatur tanah dalam segala aspeknya, melainkan hanya mengatur salah satu aspek saja, yaitu tanah dalam pengertian yuridis sebagai permukaan bumi saja. Adapun hak atas tanahnya adalah hak atas sebagian permukaan bumi, yang berbatas, berdimensi dua dengan ukuran panjang dan lebar, yang memberikan wewenang kepada pemegang haknya untuk mempergunakan atau mengambil manfaat dari tanah yang dihakinya. [28]

Perkataan "mempergunakan" mengandung pengertian bahwa hak atas tanah itu dapat dipergunakan untuk kepentingan mendirikan bangunan, sedangkan perkataan "mengambil manfaat" mengandung pengertian bahwa hak atas tanah itu dipergunakan untuk kepentingan bukan mendirikan bangunan, misalnya untuk pertanian, perikanan, peternakan, dan perkebunan.[29] Atas dasar ketentuan Pasal 4 ayat (2) UUPA, kepada pemegang hak atas tanah diberi wewenang untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan, demikian pula tubuh

---

[26] Soedikno Mertokusumo, *Hukum dan Politik Agraria*, Universitas Terbuka, Karunika, Jakarta, 1988, hlm. 12.
[27] Bachsan Mustofa, *Hukum Agraria Dalam Perspektif*, Remadja Karya, Bandung, 1988, hlm. 11.
[28] Urip Santoso, *Hukum Agraria Dan Hak-hak Atas Tanah*, Prenada, Jakarta, 2005, hlm. 10.
[29] *Ibid.*, hlm. 10

bumi dan air, serta ruang yang di atasnya sekadar diperlukan untuk kepentingan langsung yang berhubungan dengan penggunaan tanah itu dalam batas-batas menurut UUPA dan peraturan-peraturan hukum yang lebih tinggi.

Adapun yang dimaksud dengan hukum tanah menurut Effendi Perangin, adalah keseluruhan peraturan-peraturan hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur hak-hak penguasaan atas tanah yang merupakan lembaga-lembaga hukum dan hubungan-hubungan hukum yang konkrit.[30] Adapun yang dimaksud dengan penguasaan atas tanah adalah hak yang berisi serangkaian wewenang, kewajiban, dan atau larangan bagi pemegang haknya untuk berbuat sesuatu mengenai tanah yang dihaki.

Jika pengertian dan ruang lingkup hukum agraria tersebut dirujuk pada pendapat yang telah diberikan oleh beberapa sarjana dan ketentuan Pasal 4 ayat (1) UUPA, maka yang dimaksud hukum agraria di sini adalah hukum agraria dalam arti yang sempit yaitu tanah dalam pengertian yuridis sebagai permukaan bumi saja yang diberikan oleh negara kepada orang perseorangan atau badan hukum, yang memberikan wewenang kepada pemegang haknya untuk mempergunakan atau mengambil manfaat dari tanah yang dihakinya salah satunya melalui konsep perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

B. Sejarah Hukum Agraria Sebelum dan Sesudah Berlakunya UUPA.

1. Hukum Agraria Sebelum Indonesia Merdeka (Sebelum 1945).

a) Masa Sebelum *Agrarische Wet* 1870.

Sejarah hukum agraria kolonial diawali dengan dibentuknya perkumpulan dagang yang disebut VOC *(Verenigde Oost Indische Compagnie*) antara tahun 1602 sampai dengan tahun 1799. VOC *(Verenigde Oost Indische Compagnie*) yang berdiri tahun 1602 diberikan kekuasaan penuh oleh Pemerintah Belanda sebagai pedagang *(koopman*) dan sekaligus bertindak selaku penguasa (*souvereign*). Cara yang dilakukan adalah dengan menaklukkan raja-raja dari

[30] Effendi Perangin, *Hukum Agraria Di Indonesia Suatu Telaah Dari Sudut Pandang Praktisi Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1989, hlm. 195.

kerajaan-kerajaan kecil yang ada di Hindia Belanda yang diharuskan menandatangani perjanjian (*tractaat)* bahwa raja dan rakyatnya harus tunduk dan patuh kepada VOC dengan sistem perdagangan *Verplichte Leverantie* dan *Contingenten*, yaitu menyerahkan hasil bumi dengan harga yang sudah dipotok atau ditentukan dan hasil bumi yang diserahkan dipandang sebagai pajak tanah.

Secara lengkapnya, menurut *Octroi* tanggal 20 Maret 1602, atas nama Pemerintah Belanda, VOC diberi hak untuk : (1) Mengadakan perjanjian-perjanjian dengan negara-negara dan raja-raja Asia; (2) Mempunyai dan memelihara tentara; (3) Mempunyai hak untuk mencetak dan mengeluarkan uang sendiri; (4) Mempunyai hak untuk mengangkat seorang gubernur; dan (5) Mempunyai hak untuk mengangkat pegawai-pegawai tinggi lainnya.[31]

VOC menerapkan hukum Barat di daerah-daerah yang dikuasai, tanpa memperhatikan hak-hak tanah yang dipegang oleh rakyat dan raja-raja Indonesia. Pada zaman VOC ini ada beberapa kebijakan yang berkaitan dengan politik pertanian yang sangat menindas hak-hak rakyat Indonesia, diantaranya yaitu :

1. *Contingenten*, yaitu pajak atas hasil pertanian yang harus diserahkan kepada penguasa kolonial, tanpa mendapatkan pembayaran;
2. *Verplichte Leveranten*, yaitu suatu bentuk ketentuan yang diputuskan oleh kompeni dengan para raja tentang kewajiban menyerahkan seluruh hasil panen dengan pembayaran yang harganya sudah ditetapkan secara sepihak, sehingga rakyat tani tidak memiliki kekuasaan atas apa-apa yang dihasilkannya; dan
3. *Roerendiensten* atau yang dikenal dengan kerja rodi. Kerja rodi ini dibebankan kepada rakyat Indonesia yang tidak memiliki tanah pertanian dan menjual tanah-tanah yang luas kepada pengusaha swasta (*cultuur stelsel*).

Keadaan yang terus menekan dan memperkosa hak-hak rakyat Indonesia inilah yang pada akhirnya membawa bencana dan kemelaratan bagi rakyat Indonesia. Oleh karena itu, pada tanggal 31 Desember 1799, VOC terpaksa

---

[31] H. Muchsin dkk, *Hukum Agraria Indonesia Dalam Perspektif Sejarah*, Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 10.

dibubarkan dengan beberapa alasan, yaitu sebagai berikut : adanya peperangan yang seringkali dilakukan VOC, adanya kecurangan yang dilakukan para pegawai VOC, kosongnya kas keuangan, serta adanya persaingan dengan Inggris dan Prancis. Akibat pembubaran VOC tersebut, maka pada tanggal 1 Januari 1800, daerah-daerah yang berada dibawah kekuasaan VOC serta hutang-hutangnya diserahkan kepada *Bataafse Republiek.* Indonesia sebagai tanah jajahan dijadikan bagian dari wilayah Negeri Belanda dengan status sebagai negara jajahan (*Nederlands Indie* / Hindia Belanda). Gubernur Jenderal pertama yang mewakili Raja Belanda untuk menjalankan pemerintahan di negara jajahan, adalah Herman Willem Daendles yang dikirim oleh Napoleon Bonaparte dengan tugas utama dalam bidang kemiliteran, yaitu mempertahankan kedudukan Belanda dari serangan Inggris.

Pada masa pemerintahan Herman Willem Daendles, dikeluarkan suatu kebijakan yang benar-benar langsung menyangkut penguasaan atas tanah oleh bangsa lain di bumi Indonesia. Politik yang dijalankan, berkaitan dengan pertanahan adalah menjual tanah-tanah kepada pemilik modal besar terutama kepada orang Cina, Arab, maupun bangsa Belanda sendiri. Tanah-tanah yang dijual ini dikenal dengan sebutan tanah partikelir. Akibat kegagalan pemerintah Belanda dalam menjalankan administrasi pertanahannya, maka Napoleon Bonarparte mengganti pemerintahan Herman Willem Daendles oleh Jan Willem Jansens, walaupun masa pemerintahannya tidak terlalu lama, karena pada tanggal 18 September 1811 pemerintah kolonial Belanda jatuh ke tangan pemerintahan Inggris.

Untuk menjalankan pemerintahan di tanah jajahan Belanda, pemerintah Inggris mengangkat Thomas Stamford Raffles dari tahun 1811-1816 sebagai Gubernur Jendral, dimana salah satu tugasnya adalah menata administrasi pertanahan yang memiliki tujuan untuk menerapkan sistem penarikan pajak tanah yang disebut "*landrent*". Penarikan pajak tanah yang dilakukan Inggris di daerah jajahan Belanda ini sebenarnya ingin menerapkan kembali pengenaan pajak tanah seperti yang pernah dilakukan Inggris di India. Di India, pemerintah kolonial Inggris menarik pajak bumi melalui sistem pengelolaan agraria yang sebenarnya

merupakan warisan dari sistem pemerintahan kekaisaran Mughul atau Mongol (1526-1707).[32] Pada masa kekaisaran Mughul itu, negara dianggap sebagai *super-landlord*. Pajak tanah ditarik melalui dua jalur utama, pertama melalui Jagidar, yaitu para bangsawan taklukan yang memiliki komitmen politik dengan kaisar, untuk menyerahkan sejumlah upeti kepada negara. Jalur kedua, adalah melalui petani biasa yang ditunjuk sebagai penarik pajak dalam suatu wilayah pertanian tertentu. Sebagai imbalannya, tanah pertanian yang berada dalam wilayah penarikan pajaknya menjadi tanggung jawab yang dikuasakan kepadanya. Dalam proses selanjutnya, lama kelamaan para penarik pajak itu lalu menganggap dirinya sebagai pemilik wilayah itu, dan menjadi tuan tanah. Oleh karena itu disebut Zamindar.

Setelah Inggris benar-benar menguasai Indonesia, maka dengan berbekal pengalaman di India tersebut, Raffles lebih berhati-hati menerapkan secara penuh pengalaman di India tersebut, sehingga pada tahun 1811 Raffles membentuk panitia penyelidikan yang diketuai oleh Mackenzie (Komisi Mackenzie) dengan tugas melakukan penyelidikan statistik mengenai keadaan agraria. Berdasarkan hasil penyelidikannya, Raffles menarik kesimpulan bahwa semua tanah adalah milik raja atau pemerintah. Dengan konsep tersebut, dibuatkan sistem penarikan pajak bumi (yang dikenal dengan istilah Belanda *Landrente*). Sistem ini mewajibkan setiap petani membayar pajak sebesar 2/5 (dua perlima) dari hasil tanah garapannya, dan Teori Raffles ini ternyata mempengaruhi sebagian besar politik agraria disekitar abad ke-19.[33]

Setelah berada di tangan Inggris kurang lebih selama 19 tahun, selanjutnya sejarah perkembangan hukum agraria, ditandai dengan kembalinya Indonesia ke tangan pemerintah jajahan Belanda. Pada tahun 1930 pemerintah Belanda di Indonesia dipimpin oleh Gubernur Jenderal Van de Bosch yang mempopulerkan sebuah konsep penguasaan tanah *Cultuurstelsel* atau yang lazim disebut sistem Tanam Paksa, yang memiliki tujuan untuk membantu keadaan keuangan negeri

---

[32] Wiradi, *Prinsip-prinsip Reforma Agraria, Jalan Penghidupan Dan Kemakmuran Rakyat*, LAPERA Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm. 6.

[33] *Ibid.*, hlm. 6-7.

Belanda yang sedang dalam keadaan terpuruk. Dalam menjalankan sistem tanam paksa ini, Van den Bosch tetap mengacu pada teori yang dilakukan Raffles sebelumnya, yaitu tanah adalah milik pemerintah. Para kepala desa dianggap menyewa kepada pemerintah, dan selanjutnya kepala desa meminjamkan kepada petani. Atas dasar itu, pokok *Cultuurstelsel* adalah bahwa pemilik tanah tidak usah lagi membayar *landrente* (2/5 dari hasil), tetapi 1/5 (seperlima) dari tanahnya harus ditanami dengan tanaman tertentu yang dikehendaki oleh pemerintah seperti nila, kopi, tembakau, teh, tebu, dan sebagainya.

Keberhasilan monopoli pemerintahan jajahan Belanda atas tanah dan hasil perkebunannya, mendorong para pemilik modal dari aliran liberal yang ada di Parlemen menuntut agar dapat turut campur dalam urusan tanah jajahan yang sampai saat itu hanya dipegang oleh raja dan menteri tanah jajahan. Keberhasilan tuntutan para pemilik modal tersebut ditandai dengan disetujuinya perubahan terhadap Undang-Undang Dasar Belanda, yang menyebutkan bahwa pemerintah di tanah jajahan harus diatur dalam undang-undang. Undang-undang yang dimaksud dalam perubahan Undang-Undang Dasar Belanda tersebut selesai pada tahun 1854, yaitu dengan dikeluarkannya *Regerings Reglement* (RR) 1854. Salah satu ayat dari Pasal 62 RR menyebutkan bahwa Gubernur Jenderal boleh menyewakan tanah dengan ketentuan-ketentuan yang akan ditetapkan dengan ordonansi

Tujuan utama gerakan kaum liberal di bidang agraria itu adalah : (1) agar pemerintah memberikan pengakuan terhadap penguasaan tanah oleh pribumi sebagai hak milik mutlak (*eigendom)* untuk memungkinkan penjualan atau penyewaan atas tanahnya, sebab pada waktu itu tanah-tanah di bawah hak komunal ataupun kekuasaan adat tidak dapat dijual atau disewakan ke luar; dan (2) dengan asas *domein* itu, pemerintah memberikan kesempatan kepada pengusaha swasta untuk dapat menyewa tanah jangka panjang dan murah yaitu *erfacht.*[34] Untuk mencapai tujuan tersebut, pada tahun 1865 Menteri Jajahan Frans van de Putte, seorang liberal mengajukan Rencana Undang-undang (RUU), yang berisi antara lain : "Gubernur Jenderal akan memberikan hak *erfacht* selama

[34] *Ibid.,* hlm. 7-8.

99 tahun; Hak milik pribumi diakui sebagai hak mutlak (*eigendom);* dan tanah komunal dijadikan hak milik perorangan *eigendom".* Ternyata RUU ini ditolak oleh parlemen, terutama kaum liberal sendiri yang dimotori oleh Thorbeck. Akibat terlalu tergesa-gesanya memberikan hak *eigendom* kepada pribumi, sedangkan seluk-beluk agraria di Indonesia belum diketahui benar, menyebabkan jatuhnya menteri jajahan Frans van de Putte.

Oleh karena itu, untuk mengetahui seluk beluk agraria di Indonesia, pada tahun 1866/1867, pemerintah mengadakan suatu penelitian tentang hak-hak penduduk Jawa atas tanah yang dilakukan di 808 desa di seluruh Jawa. Laporan penelitian ini terbit dalam tiga jilid pada tahun 1876, 1880, dan 1896, dengan judul *Eindresume van het Onderzoek naa de Rechten van den Inderlander op de Grond* (biasa disingkat *Eindresume).*

b) Masa Setelah *Agrarische Wet* 1870 Sampai Proklamasi Kemerdekaan.

Namun demikian, meskipun pemerintah Belanda telah melakukan penelitian tentang hak-hak penduduk Jawa atas tanah, tetapi pemerintah Belanda tidak sabar menunggu hasil penelitian mengenai seluk beluk agraria di Indonesia tersebut, karena pada tahun 1870, enam tahun sebelum jilid pertama dari laporan tersebut itu terbit, Menteri jajahan de Waal mengajukan Rancangan Undang-undang yang akhirnya diterima oleh Parlemen. Isinya terdiri dari 5 ayat. Kelima ayat ini kemudian ditambahkan kepada 3 ayat dari Pasal 62 RR tersebut, sehingga menjadi 8 ayat, yang satu di antaranya menyebutkan bahwa Gubernur Jenderal akan memberikan hak *erfacht* 75 tahun bukan 99 tahun seperti RUU Van de Putte yang ditolak itu. Pasal 62 RR dengan delapan ayat ini kemudian dijadikan Pasal 51 dari *Indische Staatsregeling* (IS). Inilah yang disebut *Agrarische Wet* 1870 yang diundangkan dalam Lembaran Negara (*Staatsblaad* No. 55, 1870).

Pasal 62 RR yang kemudian menjadi Pasal 51 *Indische Staatsregeling (IS*) pada tahun 1925 tersebut, terjemahan selengkapnya adalah sebagai berikut :

(1) Gubernur Jenderal tidak boleh menjual tanah;

(2) Dalam larangan di atas tidak termasuk tanah-tanah yang tidak luas, yang diperuntukan bagi perluasan kota dan desa serta pembangunan kegiatan-kegiatan usaha kerajinan;
(3) Gubernur Jenderal dapat menyewakan tanah menurut ketentuan-ketentuan yang ditetapkan dengan ordonansi. Tidak termasuk yang boleh disewakan adalah tanah-tanah kepunyaan orang-orang pribumi asal pembukaan hutan, demikian juga tanah-tanah sebagai tempat pengembalaan umum atau atas dasar lain merupakan kepunyaan desa.[35]

Adapun tambahan 5 (lima) ayat *Agrarische Wet* 1870, terjemahannya adalah sebagai berikut :

"(4) Menurut ketentuan yang ditetapkan ordonansi, diberikan tanah dengan hak *erfpacht* selama waktu tidak lebih dari tujuh puluh lima tahun;
(5) Gubernur Jenderal menjaga jangan sampai terjadi pemberian tanah yang melanggar hak-hak rakyat pribumi;
(6) Gubernur Jenderal tidak boleh mengambil tanah-tanah kepunyaan rakyat asal pembukaan hutan yang digunakan untuk keperluan sendiri, demikian tanah-tanah sebagai tempat pengembalaan umum atau atas dasar lain merupakan kepunyaan desa, kecuali untuk kepentingan umum berdasarkan Pasal 133 atau untuk keperluan penanaman tanaman-tanaman yang diselenggarakan atas perintah Penguasa menurut peraturan-peraturan yang bersangkutan, semuanya dengan pemberian ganti kerugian yang layak;
(7) Tanah yang dipunyai oleh orang-orang pribumi dengan hak pakai pribadi yang turun-temurun (yang dimaksudkan adalah : hak milik adat) atas permintaan pemiliknya yang sah dapat diberikan kepadanya dengan hak *eigendom*, dengan pembatasan-pembatasan yang diperlukan sebagai yang ditetapkan dengan ordonansi dan dicantumkan dalam surat *eigendomnya* yaitu mengenai kewajibannya terhadap negara dan desa yang bersangkutan, demikian juga mengenai kewenangan untuk menjualnya kepada *non* pribumi;
(8) Persewaan atau serah pakai tanah oleh orang-orang pribumi kepada *non* pribumi dilakukan menurut ketentuan yang diatur dengan ordinansi. [36]

Agrarische Wet lahir atas desakan modal besar swasta sejalan dengan politik monopoli (sistem tanam paksa) pemerintah dalam bidang pertanahan dimana pihak pengusaha swasta terbatas kemungkinannya memperoleh tanah-

[35] Boedi Harsono, (d) *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi Dan Pelaksanaannya*, Jilid I, Djambatan, Jakarta, 2005, hlm. 34.
[36] *Ibid.*, (d) hlm. 34-35.

tanah yang luas dan kuat haknya. Dengan lahirnya *Agrarische Wet* ini, pengusaha besar swasta asing dalam rangka memperluas usahanya di bidang perkebunan dapat memperoleh hak *erfpacht* dengan jangka waktu paling lama 75 tahun.

Agrarische Wet berhasil memberikan dasar bagi perkembangan modal besar asing di Indonesia dalam lapangan pertanian besar, bahkan dapat memberikan keuntungan yang besar bagi pemodal besar asing. Sebaliknya, bagi rakyat Indonesia justru menimbulkan kemiskinan, kesengsaraan, dan penderitaan yang paling menyedihkan.

Salah satu keputusan penting yang merupakan peraturan pelaksanaan dari *Agrarische Wet* 1870, yaitu *Agrarisch Besluit* yang diundangkan dalam *Staatsblaad* No. 118 Tahun 1870, dimana salah satu pasalnya yaitu Pasal 1 *Agrarisch Besluit* memuat suatu asas yang sangat penting bagi perkembangan dan pelaksanaan Hukum Tanah Administratif Hindia Belanda yaitu: "*Domeinverklaring*".[37]

Selengkapnya Pasal 1 *Agrarisch Besluit* menyebutkan :

> *"Behoudens opvolging van de tweede en derde bepaling der voormelde wet, blijft het beginsel gehandhaafd, dat alle grond, waarop niet door anderen regt van eigendom wordt bewezen, domein van de Staat is".*

Terjemahan Pasal 1 *Agrarisch Besluit*, yaitu :

> "Dengan tidak mengurangi berlakunya ketentuan dalam Pasal 2 dan 3 *Agrarische Wet*, tetap dipertahankan asas, bahwa semua tanah yang pihak lain tidak dapat membuktikan sebagai hak *eigendomnya*, adalah *domein* (milik) negara".[38]

Dalam praktik pelaksanaan perundang-undangan pertanahan, *Domeinverklaring* berfungsi :

a. Sebagai landasan hukum bagi pemerintah yang mewakili negara sebagai pemilik tanah, untuk memberikan tanah dengan hak-hak barat yang diatur dalam KUH Perdata, seperti hak *erfpacht*, hak *opstal*, dan hak-hak lainnya. Dalam rangka *Domeinverklaring*,

---

[37] *Ibid., (d)* hlm. 8.
[38] *Ibid*., (d) hlm. 41-42.

pemberian tanah dengan hak *eigendom* dilakukan dengan cara pemindahan hak milik Negara kepada penerima hak.

b. Di bidang pembuktian pemilikan, maksudnya bahwa jika orang atau badan hukum berperkara dengan negara mengenai soal kepemilikan tanah, pihak tersebutlah yang berkewajiban membuktikan bahwa tanah sengketa adalah miliknya, sungguhpun yang mengajukan gugatan tersebut adalah Negara.[39]

Asas *domein* sebagai dasar hukum untuk memungkinkan Negara memberikan hak atas tanah kepada pihak lain selaku pemilik tanah, bukan merupakan konsepsi negara modern, melainkan konsepsi feodal dari zaman Abad Pertengahan (*Midlle Ages*), seperti yang melandasi Hukum Tanah di Inggris dan bekas negara-negara jajahannya. Dalam konsepsi ini, semua tanah adalah milik Raja, dan siapapun hanya menguasai dan menggunakan tanah milik *"Lordnya*" sebagai "*tenant*", yang kemudian dikenal dengan "*doktrin tenure".* Pada perkembangannya meskipun doktrin tersebut sudah diganti, tetapi konsep dasarnya masih tetap sama, dimana bagi negara-negara yang tidak lagi berbentuk kerajaan, maka kedudukan Raja/*Crown* sebagai pemilik tanah diganti oleh Negara/*State.* Mengenai doktrin ini, menurut Hood Phillips dalam bukunya *Feudal Survivals*, menyebutkan bahwa dalam beberapa tahun yang lalu, di dalam hukum Inggris masih terdapat unsur-unsur feodal di dalam hukum tanahnya. Namun berbagai peraturan perundang-undangan, seperti *The Law of Property Act* telah meniadakan sebagian besar sisa-sisa feodal tersebut, tetapi dalam teori, Raja masih tetap merupakan "*Lord* tertinggi" dari semua tanah di Inggris. Rakyat hanya dapat menguasai tanah sebagai *"tenant*".[40]

Hukum Agraria Kolonial memiliki sifat dualisme hukum, yang meliputi hukum, subjek maupun objeknya. Menurut hukumnya, di satu pihak berlaku Hukum Agraria Barat yang diatur dalam KUH Perdata maupun *Agrarische Wet*, di pihak lain berlaku Hukum Agraria Adat yang diatur dalam Hukum Adat

---

[39] *Ibid.*, (d) hlm. 43.
[40] Hood Phillips, *A First Book of English Law,* Sweet & Maxwell Limited, London, 1953, hlm. 3.

tentang tanah masing-masing. Menurut subjeknya, Hukum Agraria Barat berlaku bagi orang-orang yang tunduk pada hukum barat, di pihak lain Hukum Agraria Adat berlaku bagi orang-orang yang tunduk pada Hukum Adat, sehingga tidak menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia.

Menurut objeknya, di satu pihak ada hak-hak atas tanah yang diperuntukan bagi orang-orang yang tunduk pada hukum barat, di pihak lain ada hak-hak atas tanah yang diperuntukan bagi orang-orang yang tunduk pada Hukum Adat. Adanya sifat dualisme hukum ini membawa konsekuensi, baik dari sistem hukum maupun dari segi hak dan kewajiban bagi subjek hukumnya, menimbulkan persoalan dan kesulitan yang tidak dapat dibiarkan secara terus menerus. Selain itu hukum agraria kolonial dibuat dengan tujuan untuk kepentingan, keuntungan, kesejahteraan, dan kemakmuran Pemerintah Hindia Belanda, Eropa, dan Timur Asing, tidak memperhatikan kepentingan dan kesejahteraan hak-hak masyarakat adat. Ketidaksesuaian tujuan dibuatnya Hukum Agraria Kolonial dan sifat dualisme hukum agraria kolonial inilah yang mendorong untuk menggantinya dengan Hukum Agraria Nasional, selain untuk menciptakan unifikasi hukum di bidang agraria juga diarahkan kepada terwujudnya fungsi bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat Indonesia.

2. Hukum Agraria Masa Kemerdekaan.

a) Masa Sebelum UUPA (Tahun 1945 – 1960).

Proklamasi kemerdekaan Republik Indonesia dinyatakan pada tanggal 17 Agustus 1945 oleh Soekarno dan Mohammad Hatta atas nama bangsa Indonesia sebagai tanda terbentuknya Negara Kesatuan RI sebagai suatu bangsa yang merdeka. Dari segi yuridis, Proklamasi Kemerdekaan merupakan saat tidak berlakunya hukum kolonial dan saat mulai berlakunya hukum nasional, sedangkan dari segi politis, Proklamasi Kemerdekaan mengandung arti bahwa Bangsa Indonesia terbebas dari penjajahan bangsa asing dan memiliki kedaulatan untuk menentukan nasibnya sendiri. Proklamasi kemerdekaan RI mempunyai dua arti penting bagi penyusunan Hukum Agraria Nasional, yaitu Pertama, Bangsa

Indonesia memutuskan hubungan dengan Hukum Agraria Kolonial, dan Kedua, Bangsa Indonesia sekaligus menyusun Hukum Agraria nasional. Pada tanggal 18 Agustus 1945, Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) yang dipimpin Soekarno mengadakan sidang, yang menghasilkan keputusan antara lain ditetapkannya Undang-Undang Dasar 1945 sebagai Hukum Dasar (Konstitusi) Negara RI.

Meskipun bangsa Indonesia telah merdeka, namun untuk membentuk Hukum Agraria Nasional tidaklah mudah dan membutuhkan waktu yang lama. Sementara itu, banyak sekali persoalan yang dihadapi, yang harus segera diselesaikan dan tidak dapat ditangguhkan. Oleh karena itu, sambil menunggu terbentuknya Hukum Agraria Nasional dan agar tidak terjadi kekosongan hukum, maka diberlakukanlah Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu bahwa: "Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru berdasarkan Undang-Undang Dasar ini".[41] Berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945, badan negara dan peraturan tentang agraria yang berlaku pada masa pemerintahan kolonial dinyatakan masih berlaku selama tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945, belum dicabut, belum diubah atau belum diganti dengan hukum yang baru.

Undang-Undang Dasar 1945 meletakkan dasar politik agraria nasional yang dimuat dalam Pasal 33 ayat (3) nya, yaitu : "Bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat". Ketentuan ini bersifat imperatif, yaitu mengandung perintah kepada negara agar bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, yang diletakkan dalam penguasaan negara itu dipergunakan untuk mewujudkan kemakmuran bagi seluruh rakyat Indonesia".

Upaya yang dilakukan pemerintah Indonesia untuk menyesuaikan Hukum Agraria Kolonial dengan keadaan dan kebutuhan setelah Indonesia merdeka, di antaranya yaitu menggunakan kebijaksanaan dan tafsiran baru, yang disesuaikan dengan jiwa Pancasila dan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945. Salah

[41] Urip Santoso, *Op.Cit.,* hlm. 36.

satu contohnya mengenai hubungan antara negara dengan tanah tidak lagi menerapkan *Domeinverklaring*, yaitu negara tidak lagi sebagai pemilik tanah, melainkan negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat Indonesia hanya menguasai tanah.

b) Masa UUPA (Setelah Terbitnya Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang UUPA tanggal 24 September 1960).

Upaya pemerintah Indonesia untuk membentuk Hukum Agraria Nasional yang akan menggantikan Hukum Agraria Kolonial, yang sesuai dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 sudah dimulai pada tahun 1948 dengan membentuk kepanitiaan yang diberi tugas untuk menyusun Undang-undang Agraria. Tahapan-tahapan dalam penyusunan Undang-undang Pokok Agraria (UUPA) dapat diuraikan sebagai berikut :

1. Panitia Agraria Yogya.

   Panitia ini dibentuk dengan Penetapan Presiden No. 16 Tahun 1948, tanggal 21 Mei 1948 yang berkedudukan di Yogyakarta dan diketuai oleh Sarimin Reksodihardjo, Kepala Bagian Agraria Kementrian Dalam Negeri. Panitia ini mengusulkan tentang asas-asas yang akan merupakan dasar-dasar Hukum Agraria yang baru, yaitu :

   a. Meniadakan asas *domein* dan pengakuan hak ulayat;
   b. Mengadakan peraturan yang memungkinkan adanya hak perseorangan yang kuat, yaitu hak milik yang dapat dibebani dengan hak tanggungan;
   c. Mengadakan penyelidikan lebih dahulu di negara-negara lain, terutama negara-negara tetangga sebelum menentukan apakah orang-orang asing dapat mempunyai hak milik atas tanah;
   d. Mengadakan penetapan luas minimum tanah agar para petani dapat hidup layak dan untuk Jawa diusulkan 2 hektar;
   e. Mengadakan penetapan luas maksimum pemilikan tanah dengan tidak memandang macam tanahnya dan untuk Jawa diusulkan 10

hektar, sedangkan di luar Jawa masih diperlukan penyelidikan lebih lanjut;

f. Menganjurkan menerima skema hak-hak atas tanah yang diusulkan oleh Panitia Agraria Yogya; dan

g. Mengadakan pendaftaran tanah hak milik dan hak-hak menumpang yang penting.

2. Panitia Agraria Jakarta.

Panitia Agraria Yogya dibubarkan dengan Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1951, tanggal 19 Maret 1951, sekaligus dibentuk Panitia Agraria Jakarta yang diketuai oleh Singgih Praptodihardjo, Wakil Kepala Bagian Agraria Kementrian Dalam Negeri. Panitia ini mengemukakan usulan mengenai tanah untuk pertanian rakyat (kecil), yaitu :

a. Mengadakan batas minimum pemilikan tanah, yaitu 2 hektar dengan mengadakan peninjauan lebih lanjut sehubungan dengan berlakunya hukum adat dan hukum waris;

b. Mengadakan ketentuan batas maksimum pemilikan tanah, yaitu 25 hektar untuk satu keluarga;

c. Pertanian hanya dapat dimiliki oleh warga negara Indonesia dan tidak dibedakan antara warga negara asli dan bukan asli. Badan hukum tidak dapat mengerjakan tanah pertanian;

d. Bangunan hukum untuk tanah pertanian rakyat ialah hak milik, hak usaha, hak sewa, dan hak pakai;

e. Pengaturan hak ulayat sesuai dengan pokok-pokok dasar negara dengan suatu undang-undang.

3. Panitia Soewahjo.

Berdasarkan Keputusan Presiden No. 1 Tahun 1956 tanggal 14 Januari 1956 dibentuk Panitia Negara Urusan Agraria yang berkedudukan di Jakarta yang diketuai Soewahjo Soemodilogo, Sekretaris Jenderal

Kementrian Agraria. Panitia ini menghasilkan naskah Rancangan Undang-undang Pokok Agraria pada tanggal 1 Januari 1957 yang berisi :

a. Dihapuskannya asas *domein* dan diakuinya hak ulayat, yang harus ditundukkan pada kepentingan umum (negara);
b. Asas *domein* diganti dengan hak kekuasaan negara atas dasar ketentuan Pasal 38 ayat (3) Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) 1950;
c. Dualisme Hukum Agraria dihapuskan, dan secara sadar diadakan kesatuan hukum yang akan memuat lembaga-lembaga dan unsur-unsur yang baik, yang terdapat dalam hukum adat maupun hukum barat;
d. Hak-hak atas tanah seperti hak milik sebagai hak yang terkuat yang berfungsi sosial, kemudian ada hak usaha, hak bangunan, dan hak pakai;
e. Hak milik hanya boleh dipunyai oleh orang-orang warga negara Indonesia yang tidak diadakan perbedaan antara warga negara asli dan tidak asli. Badan-badan hukum pada asasnya tidak boleh mempunyai hak milik atas tanah;
f. Perlu diadakan penetapan batas maksimum dan minimum luas tanah yang boleh menjadi milik seseorang atau badan hukum;
g. Tanah pertanian pada asasnya harus dikerjakan dan diusahakan sendiri oleh pemiliknya;
h. Perlu diadakan pendaftaran tanah dan perencanaan penggunaan tanah. Berdasarkan Keputusan Presiden No. 97 Tahun 1958 tanggal 6 Mei 1958, Panitia Negara Urusan Agraria (Panitia Soewahjo) dibubarkan.

4. Rancangan Soenarjo.

Setelah dilakukan beberapa perubahan mengenai sistematika dan perumusan beberapa pasalnya, maka rancangan Panitia Soewahjo oleh Menteri Agraria Soenarjo diajukan kepada Dewan Menteri pada tanggal

14 April 1958. Dewan Menteri dalam sidangnya tanggal 1 April 1958 dapat menyetujui rancangan Soenarjo dan diajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melalui amanat Presiden Soekarno tanggal 24 April 1958.

Rancangan Soenarjo telah dibahas dalam sidang pleno DPR pada tingkat Pemandangan Umum babak pertama. Jawaban Pemerintah atas Pemandangan Umum babak pertama tersebut disampaikan oleh Menteri Soenarjo dalam sidang rapat pleno DPR tanggal 16 Desember 1958. Untuk melanjutkan pembahasannya, DPR memandang perlu mengumpulkan bahan-bahan yang lebih lengkap, untuk itu Panitia Permusyawaratan DPR membentuk suatu Panitia *ad-hoc* yang diketuai Mr. A.M. Tambunan, Notonagoro, sebagai seksi agraria dari Universitas Gajah Mada, serta Wirjono Prodjodikoro sebagai Ketua Mahkamah Agung pada waktu itu banyak memberikan masukan kepada Panitia *ad-hoc* tersebut, dan pada tanggal 23 Maret 1960 akhirnya rancangan Soenarjo tersebut ditarik kembali oleh kabinet.[42] Penarikan kembali rancangan Soenarjo tersebut, disebabkan karena rancangan Soenarjo yang telah diajukan kepada DPR beberapa waktu yang lalu disusun berdasarkan Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) 1950, sedangkan berdasarkan Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959, bangsa Indonesia kembali kepada Undang-Undang Dasar 1945, sehingga rancangan Hukum Agraria pun harus disesuaikan kembali dengan Undang-Undang Dasar 1945.

5. Rancangan Sadjarwo.

Setelah disesuaikan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan disempurnakan dengan bahan-bahan dari berbagai pihak, maka Rancangan Undang-undang Pokok Agraria yang baru diajukan oleh Menteri Agraria Sadjarwo kepada kabinet. Rancangan Sadjarwo ini disetujui oleh kabinet inti dalam sidangnya tanggal 1 Agustus 1960. Kemudian dengan amanat

[42] Boedi Harsono, (d), *Op.Cit.,* 129-130.

Presiden Soekarno tanggal 1 Agustus 1960 No. 2584/HK/60, rancangan tersebut diajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat Gotong Royong (DPRGR). Dalam sidang pleno sebanyak 3 (tiga) kali, yaitu tanggal 12,13, dan 14 September 1960 diadakan pemeriksaan pendahuluan. Kemudian dengan suara bulat DPRGR menerima baik Rancangan Undang-undang Pokok Agraria. Pada tanggal 24 September 1960 Rancangan Undang-undang Pokok Agraria yang telah disetujui oleh DPRGR itu disahkan oleh Presiden menjadi Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, LNRI Tahun 1960 No. 104-TLNRI No. 2043, yang menurut Diktum Kelimanya disebut Undang-undang Pokok Agraria (UUPA).

Sebagaimana dimuat dalam Penjelasan Umum UUPA, tujuan diundangkannya UUPA, yaitu :

1. Meletakkan dasar-dasar bagi penyusunan Hukum Agraria Nasional, yang akan merupakan alat untuk membawakan kemakmuran, kebahagiaan, dan keadilan bagi negara dan rakyat, terutama rakyat tani dalam rangka masyarakat yang adil dan makmur.

   Dasar kenasionalan Hukum Agraria yang telah dirumuskan dalam UUPA adalah :

   a. Wilayah Indonesia yang terdiri dari bumi, air, ruang angkasa dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya merupakan satu kesatuan tanah air dari rakyat Indonesia yang bersatu sebagai Bangsa Indonesia (Pasal 1 UUPA).
   b. Bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya merupakan karunia Tuhan Yang Maha Esa kepada Bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan nasional, untuk itu kekayaan tersebut harus dipelihara dan digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (Pasal 1, 2, 14, dan Pasal 15 UUPA).
   c. Hubungan antara Bangsa Indonesia dengan bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya bersifat

abadi, sehingga tidak dapat diputuskan oleh siapapun (Pasal 1 UUPA).

d. Negara sebagai organisasi kekuasaan dari bangsa dan rakyat Indonesia diberi wewenang untuk menguasai bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (Pasal 2 UUPA).

e. Hak ulayat sebagai hak masyarakat hukum adat diakui keberadaannya. Pengakuan tersebut disertai dengan syarat bahwa hak ulayat tersebut masih ada, tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (Pasal 3 UUPA).

f. Subjek hak yang memiliki hubungan sepenuhnya dengan bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya adalah warga negara Indonesia tanpa dibedakan asli dan tidak asli. Badan hukum pada prinsipnya tidak mempunyai hubungan sepenuhnya dengan bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya (Pasal 9, 21, dan 49 UUPA).[43]

2. Meletakkan dasar-dasar untuk mengadakan kesatuan dan kesederhanaan dalam hukum pertanahan.

Dalam rangka mengadakan kesatuan hukum tersebut sudah semestinya hukum yang akan diberlakukan harus sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat. Oleh karena sebagian besar rakyat Indonesia tunduk pada hukum adat, maka pembentukan Hukum Agraria Nasional didasarkan pada hukum adat. Hukum adat yang dijadikan dasar adalah asas-asas/konsepsi-konsepsi, lembaga-lembaga, dan sistem hukumnya. Dengan dijadikannya hukum adat sebagai dasar pembentukan Hukum Agraria Nasional, maka sekaligus tercapai kesederhanaan hukum, artinya Hukum Agraria Nasional tersebut mudah dipahami oleh masyarakat dan kemudian

[43] Urip Santoso, *Op.Cit.*, hlm. 55-56.

dilaksanakan. Hukum adat sebagai dasar pembentukan Hukum Agraria Nasional disebutkan dalam Pasal 5 UUPA.[44]

3. Meletakkan dasar-dasar untuk memberikan kepastian hukum mengenai hak-hak atas tanah bagi rakyat seluruhnya.

   Upaya untuk mewujudkan tujuan ini adalah dengan membuat peraturan perundang-undangan yang diperintahkan oleh UUPA yang sesuai dengan asas dan jiwa UUPA. Selain itu dengan melaksanakan pendaftaran tanah atas bidang-bidang tanah yang ada di seluruh wilayah Indonesia yang bersifat *Rechts Cadaster,* yaitu pendaftaran tanah yang bertujuan memberikan jaminan kepastian hukum terhadap hak-hak atas tanah.[45]

Menurut Boedi Harsono, dengan berlakunya UUPA, maka terjadilah perubahan fundamental pada Hukum Agraria di Indonesia, terutama hukum di bidang pertanahan, baik mengenai struktur perangkat hukum, isi, maupun konsepsi yang mendasarinya.[46] Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria merupakan pelaksanaan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 merupakan landasan konstitusional bagi pembentukan politik dan Hukum Agraria Nasional, yang berisi perintah kepada Negara agar bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya yang diletakkan dalam penguasaan Negara itu digunakan untuk mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat Indonesia.

Dari segi berlakunya, UUPA memiliki dua subtansi yaitu :

1. Tidak memberlakukan lagi atau mencabut Hukum Agraria kolonial, dan
2. Membangun Hukum Agraria Nasional.

Beberapa peraturan dan keputusan pada masa Pemerintahan Hindia Belanda yang dicabut oleh UUPA, yaitu :

1. *Agrarische Wet* Stb. 1870 No. 55 sebagaimana termuat dalam Pasal 51 IS Stb. 1925 No. 447.

---

[44] *Ibid.*, hlm. 56-57.
[45] *Ibid.*, hlm. 57.
[46] Boedi Harsono, (d), *Op.Cit.,* hlm. 1.

2. Peraturan-peraturan tentang *Domeinverklaring* baik yang bersifat umum maupun yang bersifat khusus, yaitu :
   a. *Domeinverklaring* sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 *Agrarisch Besluit* Stb. 1870 No. 118.
   b. *Algemene Domeinverklaring* menurut Stb. 1875 No. 119a;
   c. *Domeinverklaring* untuk Sumatera sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 dari Stb. 1874 No. 94f;
   d. *Domeinverklaring* untuk Karesidenan Manado sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 dari Stb. 1877 No. 55;
   e. *Domeinverklaring* untuk *residentie zuider en Osterafdeling van Borneo* sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 dari Stb. 1888 No. 58.
3. *Koninklijk Besluit* (Keputusan Raja) tanggal 16 April 1872 No. 29 (Stb. 1872 No. 117) dan peraturan pelaksanaannya.
4. Buku II KUH Perdata Indonesia sepanjang mengenai bumi, air serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya kecuali ketentuan-ketentuan tentang hipotek yang masih berlaku pada mulai berlakunya UUPA.

   Khusus ketentuan mengenai hipotek dalam Buku II KUH Perdata Indonesia, baru dapat dihapuskan setelah 36 tahun berlakunya UUPA yaitu atas dasar ketentuan Pasal 29 Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah, LNRI Tahun 1996 No. 42 – TLNRI No. 3632, ditegaskan bahwa dengan berlakunya Undang-undang ini, ketentuan mengenai *Credietverband* sebagaimana tersebut dalam Stb.1908 No. 542 jo. Stb. 1937 No. 191 dan ketentuan mengenai hipotek sebagaimana tersebut dalam Buku II KUH Perdata Indonesia sepanjang mengenai pembebanan Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dinyatakan tidak berlaku lagi.[47]

   Dengan pencabutan peraturan dan keputusan yang lama tersebut, maka tercapailah kesatuan hukum sebagaimana yang menjadi salah satu

[47] Urip Santoso, *Op.Cit.*, hlm. 54.

tujuan UUPA. Kesatuan hukum tersebut menurut Noer Fauzi mengandung arti bahwa hanya ada satu aturan Hukum Agraria yang bersifat nasional yang mengakhiri politik Hukum Agraria Kolonial yang bersifat dualistis dan rumit karena menimbulkan masalah antar golongan, tidak sederhana, dan sukar dipahami oleh rakyat.[48]

C. Hak Menguasai Negara Atas Tanah Sebagai Objek Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).

1. Pengertian Hak Menguasai Negara.

Berkat rahmat Tuhan Yang Maha Esa dan didorong oleh keinginan luhur supaya berperikehidupan kebangsaan yang bebas, merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur maka rakyat Indonesia menyatakan kemerdekaannya pada tanggal 17 Agustus 1945 dan membentuk pemerintah negara Indonesia untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.

Tujuan nasional sebagaimana ditegaskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 diwujudkan melalui pelaksanaan penyelenggaraan negara yang berkedaulatan rakyat dan demokratis dengan mengutamakan persatuan dan kesatuan bangsa, berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Penyelenggaraan negara dilaksanakan melalui pembangunan nasional dalam segala aspek kehidupan bangsa, yang dilakukan oleh penyelenggara negara, yaitu lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara bersama-sama segenap rakyat Indonesia di seluruh wilayah negara Republik Indonesia.

Dalam rangka pembangunan nasional untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, tanah merupakan salah satu modal utama, baik sebagai wadah pelaksana pembangunan maupun sebagai faktor produksi untuk menghasilkan komoditas-komoditas perdagangan yang sangat diperlukan guna meningkatkan pendapatan nasional.

[48] Noer Fauzi, *Tanah dan Pembangunan*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1997, hlm. 70.

Pemberian karunia tersebut di dalamnya mengandung amanat, berupa beban tugas untuk mengelolanya dengan baik, bukan saja untuk generasi sekarang, melainkan juga untuk generasi-generasi yang akan datang.

Tugas kewajiban mengelola tersebut, yang menurut sifatnya termasuk bidang hukum publik, tidak mungkin dilaksanakan sendiri oleh seluruh Bangsa Indonesia, maka saat dibentuknya Negara Republik Indonesia pada tanggal 18 Agustus 1945, wakil-wakil Bangsa Indonesia telah meletakkan dasar politik hukum agraria nasionalnya sebagaimana dimuat dalam ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, yang berbunyi : "Bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat".

Pengertian "dikuasai" negara sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 33 ayat (3) tidak dijelaskan secara rinci dalam penjelasan, baik penjelasan umum maupun penjelasan pasal demi pasal. Hal ini memungkinkan hak menguasai negara itu ditafsirkan atas berbagai pemahaman, tergantung dari sudut pandang dan kepentingan yang menafsirkan.

Dalam Kamus Bahasa Indonesia yang disusun oleh Poerwadarminta, kata "menguasai" berarti kedudukan berkuasa atas sesuatu atau memegang kekuasaan atas sesuatu. Dengan mengacu pada ketentuan konstitusi di atas, berarti hak menguasai negara meliputi semua tanah, tanpa terkecuali, sehingga negara memegang kekuasaan atas sumber-sumber daya agraria sebagaimana tertera dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945.[49]

Kemudian, menurut A.P. Parlindungan, hak penguasaan negara merupakan salah satu asas dalam UUPA yang berbeda dengan asas *domein* dalam *Agrarische Wet* 1970 No. 55 Jo. *Agrarisch Besluit* 1870 No. 118. Perberlakuan asas *domein* untuk kepentingan pemerintah jajahan, bukan untuk kepentingan rakyat. Asumsi perberlakuan asas *domein* bahwa menurut pemerintah jajahan, rakyat yang terdiri dari berbagai suku bangsa di Indonesia telah menyerahkan sepenuhnya kepada pemerintah jajahan. Adapun hak penguasaan negara ditujukan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat yang meliputi kebahagiaan, kesejahteraan,

[49] W.J.S. Poerwadarminta, *Op.Cit.*, hlm. 528.

dan kemerdekaan dalam masyarakat dan negara hukum Indonesia yang merdeka berdaulat, adil, dan makmur.

Hal senada disampaikan oleh Maria S.W. Sumardjono, yang menyebutkan bahwa istilah "menguasai" sama sekali berbeda dengan istilah "dimiliki" sebagaimana dipahami dalam konsep *Domeinverklaring* menurut *Agrarisch Besluit* Stb. 1870 No. 118, yang menyatakan bahwa tanah-tanah yang tidak dapat dibuktikan kepemilikannya menjadi milik negara, yang membawa akibat terhadap rakyat perorangan yang tidak mungkin mempunyai milik perseorangan atas tanah.

Pembedaan makna "dikuasai" dengan "dimiliki" dinilai tepat oleh Boedi Harsono dalam upaya menarik landasan hukum bagi kewenangan negara dalam melaksanakan tugas kenegaraannya pada hak pemilikan negara atas tanah, bukanlah merupakan konsep hukum tata negara modern, melainkan merupakan konsep hukum tata negara feodal.[50]

Notonagoro, dalam buku "Politik Hukum dan Pembangunan Agraria di Indonesia", menetapkan adanya tiga macam bentuk hubungan antara negara dengan bumi, air, dan ruang angkasa, yaitu sebagai berikut :

1. Negara sebagai subjek, diberi kedudukan tidak sebagai perorangan tetapi sebagai negara. Dengan demikian, negara sebagai badan kenegaraan, badan yang *publiekrechtelik*, dan dalam bentuknya seperti ini negara tidak mempunyai kedudukan yang sama dengan perorangan;
2. Negara sebagai subjek, yang dipersamakan dengan perorangan sehingga hubungan antara negara dengan bumi dan lain sebagainya itu "sama" dengan hak perorangan atas tanah;
3. Hubungan antara negara "langsung" dengan bumi dan sebagainya tidak dalam kedudukannya sebagai negara yang memiliki, tetapi sebagai negara yang dipersonifikasikan dari seluruh rakyat sehingga dalam konsep ini

[50] Boedi Harsono, (b), *Op. Cit*., hlm. 263.

negara tidak lepas dari rakyat. Negara hanya menjadi pendiri dan pendukung kesatuan-kesatuan rakyat.[51]

Mengacu pada pendapat Notonagoro di atas, maka bentuk hubungan antara negara dengan bumi, air, dan ruang angkasa yang sesuai dengan makna hak menguasai negara adalah bentuk hubungan yang ketiga. Hubungan tersebut menurut Pasal 1 ayat (3) UUPA adalah hubungan yang abadi. Dalam arti, bahwa selama bangsa Indonesia masih ada dan selama bumi, air, dan ruang angkasa itu masih ada, maka hubungan itu tidak akan terputus oleh kekuasaan apapun.

Untuk mencegah adanya berbagai penafsiran berkaitan dengan ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, maka Pasal 2 ayat (2) Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria telah memberikan tafsiran resmi kata "menguasai" bukanlah berarti dimiliki, akan tetapi adalah pengertian yang memberikan wewenang kepada Negara sebagai organisasi kekuasaan dari bangsa Indonesia itu, untuk pada tingkatan tertinggi :

a. Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air, dan ruang angkasa tersebut;
b. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air, dan ruang angkasa;
c. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

Menurut Soetiknjo, atas dasar kewenangan itu, maka ke dalam, negara dapat melakukan hal-hal sebagai berikut :

1. Membuat suatu rencana umum mengenai persediaan, peruntukan, dan penguasaan bumi, air, dan ruang angkasa serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya untuk keperluan yang bersifat politis, ekonomis, sosial (Pasal 14 ayat (1) UUPA), sedangkan pemerintah daerah juga harus membuat perencanaannya sesuai dengan rencana pemerintah pusat (Pasal 14 ayat (2) UUPA).

---

[51] Maria S.W. Sumardjono, *Puspita Serangkum : Aneka Masalah Hukum Agraria*, Cetakan Pertama, Andi Offset, Yogyakarta, 1982, hlm.12.

2. Menentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi yang dapat diberikan dan dipunyai oleh perorangan (baik sendiri maupun bersama-sama)/badan hukum (Pasal 4 UUPA). Hal ini berarti bahwa bagi perorangan/badan hukum tertentu dimungkinkan mempunyai hak milik privat atas tanah.
3. Berusaha sebanyak mungkin agar orang mempunyai hubungan dengan tanah, dengan menentukan luas maksimum tanah yang boleh dimiliki/dikuasai perorangan (Pasal 7 dan Pasal 17 UUPA), mengingat tiap-tiap Warga Negara Indonesia mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh suatu hak atas tanah serta mendapat manfaat dan hasilnya, baik bagi diri sendiri maupun bagi keluarganya. (Pasal 9 ayat (2) UUPA).
4. Menentukan bahwa setiap orang atau badan hukum yang mempunyai suatu hak atas tanah, mengusahakan tanah itu sendiri dengan beberapa perkecualian (Pasal 10 UUPA). Hal ini untuk menjaga jangan sampai ada tanah absente.
5. Berusaha agar tidak ada tanah terlantar dengan menegaskan bahwa semua hak atas tanah berfungsi sosial, dan mencegah kerusakannya merupakan kewajiban siapa saja yang mempunyai hak atas tanah (Pasal 6 dan Pasal 15 UUPA).
6. Mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum mengenai bumi, air, dan ruang angkasa. Misalnya hak guna usaha, hak guna bangunan, sewa menyewa, sebagaimana tersebut dalam Pasal 16 UUPA).
7. Mengatur pembukaan tanah, pemungutan hasil hutan (Pasal 46 UUPA) dan penggunaan air dan ruang angkasa (Pasal 47 dan Pasal 48 UUPA).
8. Mengatur pengambilan kekayaan alam yang terkandung dalam bumi, air, dan ruang angkasa (Pasal 8 UUPA).

9. Mengadakan pendaftaran tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia, untuk menjamin kepastian hukum (Pasal 19 UUPA).[52]

Dalam hal wewenang ke luar, negara dapat melakukan hal-hal sebagai berikut :

1. Menegaskan bahwa hubungan bangsa Indonesia dengan bumi, air, dan ruang angkasa dalam wilayah Indonesia sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, dan karenanya bersifat abadi (Pasal 1 ayat (3) UUPA). Hak ini berarti hubungan tersebut tidak dapat diputus oleh siapapun.
2. Menegaskan bahwa orang asing (bukan WNI) tidak dapat mempunyai hubungan penuh dan kuat dengan bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di wilayah Indonesia. Hanya Warga Negara Indonesia yang dapat mempunyai hubungan yang sepenuhnya dan terkuat di seluruh wilayah Indonesia (Pasal 21 UUPA).[53]

Kemudian, memaknai kembali ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, di dalamnya terkandung dua aspek kaidah yaitu : "hak menguasai negara", dan kaidah "dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat". Kedua aspek kaidah ini tidak dapat dipisahkan satu sama lain, karena keduanya merupakan satu kesatuan sistemik. "Hak menguasai negara" merupakan instrumen, sedangkan "dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat" merupakan tujuan *(objectives*).

"Dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat" merupakan konsekuensi logis dari adanya istilah "dikuasai negara". Kewenangan untuk menguasai sumber daya agraria yang dimiliki oleh negara hanyalah dalam rangka mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat demi tercapainya kesejahteraan sosial masyarakat Indonesia yang menjadi tujuan negara. Jika tidak dalam rangka untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat, negara tidaklah mempunyai kewenangan menguasai sumber daya agraria yang menjadi milik bangsa Indonesia berdasarkan hak bangsa yang terdapat dalam Pasal 1 UUPA.

---

[52] Soetiknjo, dalam Ida Nurlinda, *Prinsip-prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 59-60.

[53] *Ibid*., hlm. 60-61.

Berkaitan dengan hal tersebut, Bagir Manan pun berpendapat bahwa tidaklah cukup, jika terlalu menekankan ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 sebagai dasar bagi negara menguasai bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Pemahaman ini dapat menyesatkan, karena pemahaman hak menguasai negara dapat bergeser dari *beheersdaad* menjadi *eigensdaad*, yang apabila dikuasai oleh negara lebih diartikan sebagai *eigensdaad*. Jika hal demikian terjadi, maka tidak akan ada jaminan bagi terwujudnya tujuan "dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat". [54]

Keterkaitan antara kaidah "hak menguasai negara" dengan "sebesar-besarnya kemakmuran rakyat" akan menimbulkan kewajiban negara sebagai berikut :

1. Segala bentuk pemanfaatan bumi, air, ruang angkasa dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya harus secara nyata dapat meningkatkan kemakmuran dan kesejahteraan masyarakat.
2. Melindungi dan menjamin segala hak-hak yang terdapat di dalam dan di atas bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, dapat dihasilkan secara langsung atau dinikmati langsung oleh rakyat.
3. Mencegah segala tindakan dari pihak manapun yang akan menyebabkan rakyat tidak mempunyai kesempatan atau akan kehilangan akses terhadap bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya.[55]

Menurut Bagir Manan, ketiga aspek di atas, harus selalu menjadi arahan atau acuan dalam menentukan dan mengatur segala sesuatu yang berkaitan dengan bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Hal ini menyangkut segala kegiatan dari hulu sampai ke hilir sebagai satu kesatuan, bukan sesuatu yang dapat dipilah-pilah. Tidak ada satu bagian yang terpisah dari pengertian "dikuasai negara" dan "dipergunakan untuk sebesar-besar

---

[54] Bagir Manan, *Beberapa Catatan Atas RUU tentang MIGAS*, Makalah pada Diskusi Panel RUU Migas, UNPAD, Bandung, 1999, hlm. 1.

[55] *Ibid.*, hlm. 2.

kemakmuran rakyat", bahkan semakin ke hilir kegiatan tersebut akan semakin menyentuh kepentingan rakyat banyak secara lebih nyata yang memerlukan jaminan dan perlindungan yang nyata pula.[56]

Merujuk pada pendapat Bagir Manan di atas, khusus berkaitan dengan masalah pemanfaatan tanah melalui konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), maka sifat hakikat hak menguasai negara atas tanah adalah bahwa dengan keterbatasan APBN/APBD, pemerintah dapat mengoptimalkan tanah dengan mengandeng pihak investor untuk menanamkan modalnya, sehingga secara nyata dapat mewujudkan peningkatan pertumbuhan perekonomian nasional yang mampu menyediakan kesempatan kerja dan penghidupan yang layak serta memberikan fondasi yang kokoh bagi pembangunan berkelanjutan, sehingga tujuan yang hendak dituju oleh penguasaan negara atas tanah untuk sebesar-besarnya kemakmuran masyarakat dapat diwujudkan.

2. Hak-hak Atas Tanah Yang Dapat Dimanfaatkan Melalui Konsep BOT.

Sesuai dengan ketentuan Pasal 4 UUPA, atas dasar hak menguasai negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 UUPA, maka negara menentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi yang disebut tanah, yang dapat diberikan dan dipunyai oleh orang-orang baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang-orang lain serta badan-badan hukum, yang memberikan wewenang untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan demikian pula tubuh bumi, dan air, serta ruang angkasa yang ada di atasnya sekadar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu dalam batas-batas yang telah ditentukan menurut UUPA dan peraturan pelaksanaannya.

Adapun hak-hak atas tanah sebagaimana diatur dalam Pasal 16 UUPA tersebut adalah : (1) Hak Milik, (2) Hak Guna Usaha; (3) Hak Guna Bangunan; (4) Hak Pakai; (5) Hak Sewa; (6) Hak Membuka Tanah; (7) Hak Memungut Hasil Hutan; dan (8) Hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak atas tanah sebelumnya yang akan ditetapkan dengan undang-undang dan sifatnya sementara

---

[56] *Ibid.,* hlm. 2.

sebagaimana disebutkan dalam Pasal 53 UUPA, yaitu : (1) Hak Gadai; (2) Hak Usaha Bagi Hasil; (3) Hak Menumpang; dan (4) Hak Sewa Tanah Pertanian.

Berkaitan dengan penulisan tentang hak atas tanah yang dapat menjadi objek Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*/BOT), maka dari hak-hak atas tanah tersebut akan dikaji lebih mendalam terhadap hak atas tanah sebagai berikut : (1) Hak Milik; (2) Hak Guna Bangunan; (3) Hak Pakai; kemudian (4) Hak Pengelolaan; serta (5) Hak Ulayat. Argumentasinya adalah hak-hak atas tanah tersebut paling banyak digunakan oleh investor (penanam modal) baik melalui penanaman modal asing (PMA) maupun penanam modal dalam negeri (PMDN) dalam pemanfaatan tanah melalui konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).

a) Hak Milik.

Perkataan hak milik berasal dari bahasa Arab *al haqq* dan *al milk*. Secara etimologis *al haqq* artinya milik, ketetapan dan kepastian. Adapun *Al milk* diartikan sebagai penguasaan terhadap sesuatu yang dimiliki (harta). Hubungan seseorang dengan hartanya, menjadikan orang tersebut memiliki kekuasaan khusus terhadap harta tersebut, yaitu melakukan tindakan hukum terhadap harta itu. [57]

Islam sangat menghormati kemerdekaan seseorang untuk memiliki sesuatu, sejalan yang digariskan oleh *syarak*, orang tersebut bebas mengembangkan hartanya tersebut dan mencari keuntungan yang sebanyak-banyaknya dengan cara yang jujur. Namun demikian, Al Qur'an Surah Al Maidah ayat 120 menyebutkan yang artinya pemilik harta secara hakiki adalah Allah. Seseorang dikatakan memiliki harta hanya secara majasi dan harta itu merupakan amanah ditangannya yang harus dipergunakan untuk kemaslahatan dirinya dan orang lain. Dalam Islam setiap individu adalah bagian yang tidak terpisahkan dari masyarakat. Oleh sebab itu, pada setiap harta seseorang, banyak atau sedikit, ada hak-hak orang lain yang harus ditunaikan.

---

[57] Abdul Azis Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 2001, hlm. 1177.

Adapun hak milik menurut Lili Rasjidi adalah : "Hubungan seseorang dengan suatu benda yang membentuk hak pemilikan terhadap benda tersebut".[58] Kemudian menurut *Black's Law Dictionary*, hak milik adalah :

> *"That which is peculiar or power to any person; that which belongs exclusively to one. In the strict legal sense, an aggregate of rights which are guarented and protected by government".*[59]

Merujuk pada pengertian hak milik menurut *Black's Law Dictionary*, kata *person* tersebut, meskipun secara umum diartikan sebagai seseorang (*a human being),* tetapi dapat pula suatu organisasi atau kumpulan orang-orang *(labor organization, partnerships, assosiations, corporations, legal representatives, trustees, trustees in bankcruptcy, or receivers).*

Mengingat yang dapat mempunyai hak milik itu bukan hanya subjek hukum orang, tetapi juga badan hukum, maka batasan hak milik yang dianggap tepat adalah hubungan antara subjek hukum dan benda, yang memberikan wewenang kepada subjek hukum untuk mendayagunakan dan/atau mempertahankan benda tersebut dari tuntutan pihak lain.[60]

Dalam literatur hukum dikenal beberapa teori yang dipergunakan dalam usaha memberikan pemahaman secara rasional tentang hak milik sebagai lembaga sosial dan lembaga hukum, yaitu :

1. Teori Hukum Alam.

   Adapun yang dimaksud dengan hukum alam menurut ajaran ini ialah hukum yang berlaku universal dan abadi. Menilik sumbernya, hukum alam ini ada yang bersumber dari Tuhan (irasional) dan yang bersumber dari akal (rasio) manusia. Pemikiran hukum alam yang berasal dari Tuhan terutama dikembangkan oleh pemikir skolastik pada Abad Pertengahan seperti Thomas Aquino, Gratianus (Derectum), John Salisbury, Dante, Piere Dubois, Marsilius Padua, Johannes Haus, dan lain-lain. Adapun para

---

[58] Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum, Apakah Hukum Itu?*, Cetakan Keempat, Remadja Karya, Bandung, 1988, hlm. 85.

[59] Black, H.C., *Black's Law Dictionary*, Edisi Keenam, West Publishing Co, St. Paul, 1990, hlm. 1216.

[60] Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT. Gramedia, Jakarta, 2004, hlm. 186.

pendasar dari ajaran hukum alam yang bersumber dari akal manusia misalnya Hugo de Groot atau Grotius, Christian Thomasius, Immanuel Kant, Fichte, Hegel, dan Rudolf Stammler.[61]

Ajaran Hugo Grotius (1583-1648) dan Samuel Pufendorf (1632-1694) dipandang sebagai teori hukum alam yang lebih tua mengenai milik. Menurut Hugo Grotius, semua benda pada mulanya adalah *res nullius* (benda-benda yang tidak ada pemiliknya), tetapi kemudian masyarakat membagi semua benda dengan dasar persetujuan. Benda-benda yang tidak dibagi tersebut, selanjutnya ditemukan oleh perorangan dan dijadikan kepunyaan masing-masing, sehingga benda tersebut tunduk kepada penguasaan individual. Bahkan, supaya penguasaan dari seorang pemilik itu sempurna, maka bukan hanya kekuasaan untuk memberikan *inter vivos* (antara orang-orang yang hidup), tetapi juga kekuasaan untuk mewariskannya setelah orang tersebut meninggal sebagai pemberian yang ditangguhkan.

Adapun Samuel Pufendorf, membangun teorinya di atas satu fakta asli, bahwa pada mulanya terdapat satu hak komunal negatif atas semua benda (*res communes)*, yaitu tidak seorangpun menjadi pemiliknya. Secara alamiah setiap orang berhak mengambil sesuatu dan memanfaatkan apa yang disediakan oleh alam untuk kelangsungan hidup atau kesejahteraan seseorang dan tidak dipakai secara umum, sehingga menghapuskan pemilikan komunal negatif dengan persetujuan timbal balik, yang kemudian menegakkan kepemilikan pribadi.

Kepemilikan pribadi harus dilindungi, oleh karena pengusahaan atas tanah oleh manusia yang satu dapat mengakibatkan manusia yang satu kehilangan hak miliknya atas tanah, sedangkan hak untuk memiliki tanah adalah suatu hak yang asli (*aangeboren mensenrechten*) yang tidak dapat diasingkan (*onvervreemdbaar*). Penempatan hak-hak manusia yang

---

[61] Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 53.

demikian itu memperlihatkan kuatnya kedudukan manusia atas tanah, sehingga dapat mengecualikan pemilikan tanah oleh negara.

2. *Occupation Theory*, menyebutkan bahwa pihak yang pertama menduduki tanah yang tidak ada pemiliknya, menjadi pemilik tanah itu dan memiliki hak pula untuk mewariskan tanah itu kepada ahli warisnya. Di Indonesia berdasarkan hukum adat, *Occupation Theory* disebut dengan Hak Buka Pertama, yaitu hak-hak atas tanah asli di Indonesia yang melulu dapat dipegang bangsa Indonesia asli atau persekutuan dan badan hukum, seperti desa dan marga disebut bahasa Belanda *Indonesische Grondrechten*.[62]
3. *Contract Theory* adalah sikap masyarakat yang membiarkan pengambilan tanah secara terang-terangan atau diam-diam, sehingga dapat dikatakan telah ada persetujuan antara masyarakat, untuk mengatur soal hak atas tanah.
4. *Creation Theory*, adalah hak milik privat atas tanah diperoleh karena hasil kerja dengan cara membuka dan mengusahakan tanah.[63]

   Teori kerja John Locke menyebutkan bahwa Tuhan memberikan dunia kepada seluruh umat manusia, akan tetapi setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi, sehingga tak seorangpun berhak menguasai harta milik orang lain. Kerja tangan dan fisiknya dapat disebut sebagai usaha untuk mendapatkan hak milik pribadinya dengan cara manusia mengolah apa yang tersedia dari alam melalui bekerja. Dengan cara demikian, manusia telah mewujudkan sesuatu yang akan menjadi miliknya, dengan mengelola apa yang disediakan oleh alam, manusia merebut sebagian dari alam, untuk dijadikan harta miliknya, bukan seluruh umat manusia secara bersama-sama. Oleh karena hak milik pribadi itu merupakan hasil kerjanya sendiri sehingga merupakan harta miliknya yang tidak dapat diganggu gugat oleh orang lain. [64]

---

[62] Dirman, *Perundang-undangan Agraria Di Seluruh Indonesia*, Gronongen, Jakarta, 1952, hlm. 11.
[63] Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1995, hlm. 3.
[64] Aslan Noor, *Konsep Hak Milik Atas Tanah Bagi Bangsa Indonesia Ditinjau Dari Ajaran Hak Asasi Manusia*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2006, hlm. 137-138.

Lebih lanjut, John Locke menyebutkan ada tiga landasan teori nilai kerja manusia, yaitu :

a. Tidak ada seorangpun boleh merusak, dan harus dihindari adanya usaha manusia untuk memperalat orang lain dalam mencapai tujuan. Kerja harus dilihat sebagai bentuk pengungkapan hak atas hidup, kebebasan, dan miliknya sendiri.
b. Diperlukan adanya kerja keras dalam bekerja untuk meningkatkan usaha kerjanya secara terus menerus, dan prestasinya tersebut harus dihargai.
c. Ada batasan yang wajar untuk memiliki dan memerlukan batas jaminan terhadap miliknya, orang lain tidak boleh mengambilnya atau meminjamnya tanpa dikembalikan. Seseorang menghargai hak milik orang lain, karena hak milik itu diperoleh dengan kerja keras.[65]

Dalam membicarakan hak milik tersebut tidak dapat dilepaskan dari pembicaraan tentang benda, karena hak milik merupakan hal yang selalu berkaitan dengan benda. Menurut W.M. Kleyn, di Eropa, hak milik merupakan pengertian yang sentral dari hukum benda, sehingga dalam sistem hukum Eropa Kontinental, hak kebendaan yang terpenting adalah hak milik yang ditafsirkan sebagai hak absolut. Berkaitan dengan itu, Sri Soedewi Masjchoen Sofwan dan Mahadi, mengatakan bahwa sifat absolut hak kebendaan adalah merupakan salah satu ciri hak kebendaan yang mengharuskan setiap orang untuk menghormatinya. [66]

Di dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, ketentuan hak milik diatur dalam Pasal 570, yang menyebutkan bahwa :

> "Hak milik adalah hak untuk menikmati kegunaan sesuatu kebendaan dengan leluasa, dan untuk berbuat bebas terhadap kebendaan itu dengan kedaulatan sepenuhnya, asal tidak bersalahan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh suatu kekuasaan yang berhak menetapkannya, dan tidak mengganggu hak-hak orang lain, kesemuanya itu dengan tidak mengurangi kemungkinan akan pencabutan hak itu demi

[65] *Ibid*., hlm. 139.
[66] Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perdata Hukum Benda*, Liberty, Yogyakarta, 1974, hlm.25-27., Mahadi, *Hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, Binacipta, Bandung, 1983, hlm. 14-15.

kepentingan umum, berdasarkan atas ketentuan undang-undang dengan pembayaran ganti rugi".

Hak milik sebagaimana disebutkan dalam Pasal 570 KUH Perdata dalam istilah Belanda disebut *eigendom*, yang dikenal sebagai hak kebendaan yang sempurna daripada hak-hak kebendaan lainnya, seperti *erfpacht* dan *vruchtgebruik*.

Dalam hak *eigendom* melekat (*inhern*) dua kekuasaan yang dimiliki *eigenaar*, yaitu :

1. *Genot*, kekuasaan untuk mengenyam kenikmatan, seperti memungut hasil, memakai, memelihara, menghancurkan, memusnahkan, dan umumnya melakukan perbuatan materiil belaka;
2. *Beschikking*, kekuasaan untuk menguasai, meliputi segala kekuasaan untuk menyerahkan dan melepaskan (melakukan perbuatan hukum, seperti: menjual, menukarkan, memberikan, menghibahkan, menggadaikan, dan memasang hak tanggungan).

Hak *eigendom* yang berasal dari hukum Romawi, terikat oleh kedua unsur tersebut, sehingga dikenal sangat individualistis "*droit inviolable et sacre*" sebagaimana dinyatakan dalam *Declaration des Droit de l'home et du Citoyen*, bahwa tak seorangpun boleh merampas hak tersebut, tanpa melalui acara yang ditentukan oleh ketentuan hukum.

Hak *eigendom* yang bersifat liberal dan mengandung kebebasan yang bersifat luas, dalam perkembangannya tidak lagi bersifat mutlak, karena dalam pelaksanaannya dibatas oleh ketentuan-ketentuan sebagai berikut :

a. Tidak bertentangan dengan undang-undang atau peraturan-peraturan umum dan tidak menganggu hak-hak orang lain (Pasal 570 KUH Perdata).
b. Dapat dicabut untuk kepentingan umum (Pasal 570 KUH Perdata).
c. Pencabutan hak harus diikuti dengan ganti kerugian yang layak (Pasal 133 IS).
d. Terdapat hak dan kewajiban orang-orang yang mempunyai pekarangan (*erven*) yang berdekatan secara alamiah dan ketentuan undang-undang (Pasal 625 KUH Perdata).

e. Harus diberi tanda batas *(afscheiding*) dengan memasang patok (Pasal 630 a KUH Perdata).

f. Larangan membuat jendela atau lubang pada batas pagar batu (Pasal 644 KUH Perdata).

g. Keharusan menutup batas *(afsluiting*) untuk menjaga masuknya orang yang tidak disukai, misalnya dengan membuat pagar atau parit (Pasal 631, 632, dan Pasal 642 KUH Perdata).

h. Larangan menanam pohon yang tinggi-tinggi dalam jarak terdekat dengan batas pekarangan (Pasal 665 dan Pasal 666 KUH Perdata).

i. Kewajiban menerima air yang mengalir menurut alam dari pekarangan yang letaknya lebih tinggi (Pasal 625 KUH Perdata).

j. Larangan mengubah mengalirnya air dari mata air yang berada di atas pekarangannya (Pasal 627 dan Pasal 628 KUH Perdata).

k. Larangan mengalirkan air hujan atau air kotor kepada pekarangan tetangganya (Pasal 652 dan Pasal 653 KUH Perdata).

l. Terdapatnya tembok milik bersama untuk batas antara bangunan, kebun, dan tanah perusahaan (Pasal 633 KUH Perdata).

m. Berkewajiban membongkar bangunan, cerobong asap, dan tembok karena dianggap sudah tua atau sebab lain yang dianggap membahayakan dengan dasar tegoran tetangga (Pasal 654 KUH Perdata).[67]

Dengan diundangkannya UUPA pada tanggal 24 September 1960 terjadi perubahan fundamental pada hukum agraria Indonesia, karena baik mengenai struktur perangkat hukumnya, konsepsi yang mendasarinya, maupun isinya, UUPA tersebut harus sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia, salah satunya berkaitan dengan pemahaman terhadap konsep hak milik.

Di dalam UUPA, hak milik sebagaimana diatur dalam Pasal 20 adalah : "Hak turun temurun, terkuat, dan terpenuh, yang dapat dipunyai orang atas tanah, dengan mengingat fungsi sosial sebagaimana diatur dalam Pasal 6 UUPA". Sesuai dengan memori penjelasan UUPA bahwa pemberian sifat terkuat dan terpenuh, tidak berarti bahwa hak itu merupakan hak yang mutlak tidak terbatas, dan tidak

[67] Aslan Noor, *Op. Cit.,* hlm.77-78.

dapat diganggu gugat, sebagaimana hak *eigendom* dalam pengertian aslinya, karena sifat tersebut bertentangan dengan sifat hukum adat dan fungsi sosial. Arti terkuat dan terpenuh dari hak milik adalah untuk membedakan dengan Hak Guna Usaha (HGU), Hak Guna Bangunan (HGB), Hak Pakai, dan hak-hak lainnya. Kemudian yang dimaksud dengan Hak Milik yang bersifat turun temurun, artinya hak itu dapat diwariskan terus menerus, dialihkan kepada orang lain tanpa perlu diturunkan derajat haknya. Hak Milik pun memiliki kekhasan karena tidak dibatasi oleh waktu dan diberikan untuk waktu yang tidak terbatas lamanya, yaitu selama hak milik masih diakui.

Adapun makna fungsi sosial dalam UUPA, menurut A.P. Parlindungan bahwa: "Di atas tanah seseorang terkandung hak orang lain, sehingga sekaligus dalam rumusan Pasal 20 UUPA disebutkan dengan mengingat ketentuan Pasal 6 UUPA tentang fungsi sosialnya dalam satu nafas".[68] Selain itu, secara eksplisit poin II angka 4 Penjelasan UUPA, menyebutkan bahwa fungsi sosial, artinya apapun yang ada pada seseorang tidak dapat dibenarkan, bahwa tanahnya itu akan dipergunakan atau tidak dipergunakan semata-mata untuk kepentingan pribadinya, apalagi menimbulkan kerugian bagi masyarakat.

Dalam pelaksanaannya, hal yang prinsip dalam fungsi sosial adalah kepentingan perseorangan tidak terdesak sama sekali oleh kepentingan umum. Kepentingan masyarakat dan perorangan harus saling mengimbangi, sehingga pada gilirannya akan tercapai kebahagian bagi seluruh rakyatnya sebagaimana disebutkan dalam Pasal 2 ayat (3) UUPA, yang berbunyi sebagai berikut :

> "Wewenang yang bersumber pada hak menguasai dari negara tersebut pada ayat (2) pasal ini digunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat dalam arti kebangsaan, kesejahteraan, dan kemerdekaan dalam masyarakat dan negara hukum Indonesia yang merdeka, berdaulat, adil, dan makmur".

Bahkan berbeda dengan konsep hukum barat mengenai *hak eigendom* tersebut, amanat UUPA sehubungan dengan makna fungsi sosial itu membebankan kewajiban kepada pemiliknya untuk memelihara tanahnya dengan

---

[68] A.P. Parlindungan, *Komentar Atas Undang-undang Pokok Agraria*, Mandar Maju, Bandung, 1993, hlm. 124-125.

sebaik-baiknya, agar bertambah kesuburannya dan dapat dicegah kerusakannya. Kewajiban untuk memelihara tidak saja dibebankan kepada pemiliknya atau pemegang hak, melainkan menjadi beban setiap orang, badan hukum, atau instansi yang mempunyai hubungan hukum dengan tanah itu, dengan memperhatikan kepentingan ekonomi lemah, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 15 UUPA.

Berkaitan dengan pengertian hak milik atas tanah sebagaimana diatur dalam Pasal 20 UUPA, Notonagoro merinci tentang ciri-ciri hak milik tersebut, yaitu sebagai berikut :

1. Merupakan hak atas tanah terkuat bahkan menurut Pasal 20 ayat (1) UUPA yang dimaksud terkuat, artinya tidak mudah dihapus dan musnah serta dapat dipertahankan terhadap gangguan pihak lain;
2. Merupakan hak turun-temurun dan dapat beralih, artinya dapat dialihkan kepada ahli waris yang berhak;
3. Dapat menjadi hak induk, tetapi tidak dapat berinduk pada hak-hak atas tanah lainnya, berarti hak milik dapat dibebani dengan hak-hak atas tanah lainnya, seperti Hak Guna Bangunan, Hak Guna Usaha, Hak Pakai, Hak Sewa, Hak Gadai, Hak Bagi Hasil dan Hak Numpang Karang;
4. Dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani hak tanggungan;
5. Dapat dialihkan, seperti dijual, ditukar dengan benda lain, dapat dihibahkan, dan diberikan dengan wasiat;
6. Dapat dilepaskan oleh pemiliknya, sehingga tanahnya menjadi tanah yang dikuasai negara;
7. Dapat diwakafkan;
8. Pemilik mempunyai hak menuntut kembali terhadap orang yang memegang benda tersebut.

Melihat begitu lengkapnya ciri-ciri dari hak milik sebagaimana disebutkan di atas, maka pemegang hak milik dapat mengoptimalkan haknya melalui konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

b) Hak Guna Bangunan.

Kemudian menurut Pasal 35 UUPA disebutkan bahwa Hak Guna Bangunan adalah : "Hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan-bangunan atas tanah yang bukan miliknya sendiri, dengan jangka waktu paling lama 30 tahun yang dapat diperpanjang dengan waktu 20 tahun lagi, dapat beralih dan dialihkan kepada pihak lain, dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani hak tanggungan".[69]

Merujuk pada pengertian tersebut, maka Hak Guna Bangunan memiliki ciri-ciri sebagai berikut :

1. Hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan di atas tanah yang bukan miliknya sendiri;
2. Jangka waktu paling lama 30 tahun dan dapat diperpanjang 20 tahun lagi;
3. Dapat beralih dan dialihkan kepada pihak lain;
4. Dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani Hak Tanggungan".[70]

Hak Guna Bangunan merupakan salah satu hak atas tanah yang bersifat primer, selain hak milik, hak guna usaha dan hak pakai atas tanah. Perkembangan Hak Guna Bangunan sebagai hak primer telah menempatkan posisinya pada klasemen kedua setelah Hak Guna Usaha, sebagai hak atas tanah yang memiliki peranan penting dalam pembangunan ekonomi nasional, karena Hak Guna Bangunan merupakan pendukung (prasarana) dari pembangunan objek Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) yang sekarang ini menjadi salah satu pemanfaatan hak atas tanah dengan mengandeng penanam modal dari pihak investor baik investor dalam negeri maupun investor luar negeri.

Sesuai dengan Pasal 36 ayat (1) UUPA, yang dapat mempunyai Hak Guna Bangunan, adalah : (1) Warganegara Indonesia; dan (2) Badan Hukum yang didirikan menurut Hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.

---

[69] H. Ali Achmad Chomzah, *Hukum Pertanahan Seri Hukum Pertanahan I Pemberian Hak Atas Tanah Negara; dan Seri Hukum Pertanahan II Sertifikat dan Permasalahannya*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2002, hlm. 31.

[70] *Ibid*., hlm. 32.

Dalam kaitannya dengan subjek Hak Guna Bangunan sebagaimana disebutkan di atas, maka pemegang Hak Guna Bangunan dibebani kewajiban sebagai berikut :

1. Membayar uang pemasukan yang jumlah dan tata cara pembayarannya ditetapkan dalam keputusan pemberian haknya.
2. Menggunakan tanah sesuai peruntukannya dan persyaratan sebagaimana ditetapkan dalam keputusan dan perjanjian pemberiannya.
3. Memelihara dengan baik tanah dan bangunan yang ada di atasnya serta menjaga kelestarian lingkungan hidup.
4. Menyerahkan kembali tanah yang diberikan dengan Hak Guna Bangunan kepada negara, pemegang hak pengelolaan atau pemegang hak milik setelah Hak Guna Bangunan itu hapus.
5. Menyerahkan sertifikat Hak Guna Bangunan yang telah hapus kepada Kepala Pertanahan.[71]

Lebih lanjut, sesuai dengan Pasal 36 ayat (2) UUPA ditentukan bahwa : "Orang atau Badan Hukum yang mempunyai Hak Guna Bangunan dan tidak lagi memenuhi syarat-syarat yang tersebut dalam ayat (1) pasal ini dalam jangka waktu 1 tahun wajib melepaskan atau mengalihkan hak itu kepada pihak lain yang memenuhi syarat". Ketentuan ini berlaku juga terhadap pihak lain yang memperolah Hak Guna Bangunan jika subjek hak tersebut tidak memenuhi syarat-syarat tersebut.

Penting untuk digarisbawahi bahwa Hak Guna Bangunan sangat terkait erat (interdepedensi) dengan Rencana Tata Ruang Wilayah (RTRW). Keterkaitan ini memang cukup *rasionable*, karena pemegang Hak Guna Bangunan harus memperhatikan kawasan tata ruang yang seharusnya sebagai kawasan bisnis atau kawasan hijau untuk resapan air yang oleh investor pemilik Hak Guna Bangunan kemudian dibangun objek Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).

---

[71] Darwin Ginting, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah Bagi Penanaman Modal Bidang Agrobisnis Di Indonesia*, UNPAD Press, Bandung, 2009, hlm. 64-65.

c) Hak Pakai.

Selain hak-hak atas tanah sebagaimana telah disebutkan di atas, Hak Pakai juga merupakan hak atas tanah yang bersifat primer. Hak Pakai sebagaimana diatur dalam UUPA Pasal 41, berbunyi sebagai berikut :

> "Hak Pakai adalah hak untuk menggunakan dan/atau memungut hasil dari tanah yang langsung dikuasai langsung oleh negara atau tanah milik orang lain, yang memberikan wewenang dan kewajiban yang ditentukan dalam keputusan pemberiannya oleh pejabat yang berwenang memberikannya atau dalam perjanjian dengan pemilik tanahnya, yang bukan perjanjian sewa menyewa atau penjanjian pengolahan tanah, segala sesuatu asal tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan-ketentuan undang-undang ini".

Merujuk pada ketentuan Pasal 41 UUPA, maka Hak Pakai memiliki ciri-ciri sebagai berikut :

1. Hak Pakai atas tanah bangunan maupun tanah pertanian;
2. Dapat diberikan oleh pemerintah maupun oleh si pemilik tanah;
3. Hak Pakai dapat diberikan untuk jangka waktu tertentu atau selama tanahnya dipergunakan untuk keperluan tertentu;
4. Hak Pakai dapat diberikan dengan cuma-cuma, dengan pembayaran atau dengan pemberian jasa berupa apa pun;
5. Hak Pakai hanya dapat dialihkan kepada pihak lain, sepanjang mendapat izin dari pejabat yang berwenang, apabila mengenai tanah yang dikuasai langsung oleh negara atau dimungkinkan dalam perjanjian yang bersangkutan apabila mengenai tanah milik;
6. Hak Pakai tidak dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani hak tanggungan; dan
7. Pemberian Hak Pakai tidak boleh disertai syarat-syarat yang mengandung pemerasan.[72]

Sesuai Pasal 42 UUPA subjek Hak Pakai adalah : (1) Warga Negara Indonesia; (2) Orang-orang asing yang berkedudukan di Indonesia; (3) Badan-

[72] *Ibid*., hlm. 43-44.

badan Hukum yang didirikan menurut Hukum Indonesia; (4) Badan Hukum Asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia; dan (5) Instansi Pemerintah.[73]

Pemegang Hak Pakai memiliki kewajiban sebagai berikut :

1. Membayar uang pemasukan yang jumlah dan cara pembayarannya ditetapkan dalam keputusan pemberian haknya, perjanjian penggunaan tanah Hak Pakai atas tanah dalam perjanjian pemberian Hak Pakai.
2. Menggunakan tanah sesuai dengan peruntukannya dan persyaratan sebagaimana ditetapkan dalam keputusan pemberiannya, atau perjanjian penggunaan tanah Hak Pakai atau perjanjian pemberian Hak Pakai atas tanah milik.
3. Memelihara dengan baik tanah dan bangunan yang ada di atasnya serta menjaga kelestarian lingkungan hidup.
4. Menyerahkan kembali tanah yang diberikan dengan Hak Pakai kepada negara, pemegang hak pengelolaan atau pemegang hak milik setelah Hak Pakai itu hapus.
5. Menyerahkan sertifikat Hak Pakai yang telah hapus kepada Kepala Kantor Pertanahan.

d) Hak Pengelolaan.

Selain hak-hak atas tanah sebagaimana disebutkan di atas, dikenal pula Hak Pengelolaan sebagai suatu hak atas tanah yang tidak ada istilahnya dalam UUPA. Namun demikian, merujuk pada ketentuan Pasal 2 ayat (4) UUPA yang menyebutkan bahwa : "Dari hak menguasai negara tersebut di atas, pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekadar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan peraturan pemerintah", maka sesuai dengan ketentuan tersebut ternyata ada kemungkinan membuka serta menerbitkan suatu hak baru yang merupakan pendelegasian hak menguasai negara yang kemudian dinamakan hak pengelolaan.

---

[73] *Ibid*., hlm.44-45.

Hak Pengelolaan untuk pertama kali disebut dan diatur dalam Peraturan Menteri Agraria No. 9 Tahun 1965 tentang Pelaksanaan Konversi Hak Penguasaan Atas Tanah Negara dan Ketentuan-ketentuan tentang Kebijaksanaan Selanjutnya, yang kemudian diubah dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 5 Tahun 1974 tentang Ketentuan-ketentuan Mengenai Penyediaan dan Pemberian Hak Untuk Keperluan Perusahaan juncto Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 1 Tahun 1977 tentang Tata Cara Permohonan dan Penyelesaian Pemberian Hak Atas Bagian-bagian Tanah Hak Pengelolaan Serta Pendaftarannya.

Adapun yang dimaksud dengan Hak Pengelolaan, yaitu hak penguasaan atas tanah negara, dengan maksud di samping untuk mempergunakan sendiri oleh si pemegang juga oleh pemegang memberikan sesuatu hak kepada pihak ketiga, dan kepada si pemegang hak diberikan wewenang untuk :

1. Merencanakan peruntukan dan penggunaannya;
2. Menggunakan tanah tersebut untuk keperluan pelaksanaan tugasnya;
3. Menyerahkan bagian-bagian dari tanah tersebut kepada pihak ketiga menurut persyaratan yang ditentukan oleh perusahaan pemegang hak tersebut, yang meliputi segi-segi peruntukannya, penggunaan, jangka waktu dan keuangannya, dengan Hak Milik, Hak Guna Bangunan, atau Hak Pakai dengan ketentuan bahwa pemberian hak atas tanah kepada pihak ketiga yang bersangkutan dilakukan oleh pejabat-pejabat yang berwenang menurut Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 6 Tahun 1972 tentang Pelimpahan Wewenang Pemberian Hak Atas Tanah Sesuai Dengan Peraturan Perundangan Agraria Yang Berlaku; dan (4) Menerima uang pemasukan/ganti rugi, dan atau wajib tahunan.[74]

Hak Pengelolaan, dapat diberikan kepada : (1) Departemen-departemen dan instansi-instansi pemerintah; dan (2) Badan-badan hukum yang didirikan menurut Hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia, yang seluruhnya

[74] *Ibid*., hlm. 55, dan Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan Pemerintah Di Bidang Pertanahan*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 52-53.

modal dimiliki oleh pemerintah dan/atau Pemerintah Daerah yang bergerak dalam kegiatan usaha Perusahaan Industri dan Pelabuhan.

e) Hak Ulayat.

Merujuk kembali kepada ketentuan Pasal 2 ayat (4) UUPA, pelaksanaan Hak Menguasai Negara tersebut selain dikuasakan kepada daerah-daerah swatantra dalam bentuk Hak Pengelolaan, juga Hak Menguasai Negara tersebut dikuasakan kepada masyarakat-masyarakat hukum adat, yang disebut dengan Hak Ulayat.[75] Dalam lingkungan hukum adat, tanah memiliki fungsi yang sangat fundamental, tidak semata-mata sebagai benda mati yang dapat dibentuk sedemikian rupa, melainkan juga sebagai tempat untuk mempertahankan hidup atau modal esensial yang mengikat masyarakat dan anggota-anggotanya. Oleh karena itu, selalu terdapat hubungan yang saling mempengaruhi antara hak-hak seseorang sebagai anggota masyarakat dengan hak-hak masyarakat secara umum atas tanah yang ditempati. Bahkan menurut Van Vollenhoven, masyarakat (persekutuan) hukum adat ini menempatkan tanah sebagai tempat yang sentral sebagai hak ulayat yang dipegang oleh persekutuan hukum adat.[76]

Sebelum berlakunya UUPA, hak ulayat masyarakat hukum adat mencakup tanah-tanah di wilayah masyarakat hukum adat tersebut (desa, marga, hutan, dusun) yang meliputi tanah-tanah hak maupun tanah-tanah ulayat yaitu tanah-tanah yang belum dikuasai dan dipergunakan oleh masyarakat setempat.

Berkaitan dengan hak komunal ini, oleh beberapa pakar diartikan dalam berbagai perumusan, yaitu hak milik komunal *(communaal bezitsrecht),* hak milik asli (*eigendomsrecht),* dan hak ulayat, yang menurut Van Vollenhoven semua hak-hak tersebut dalam bahasa Belanda dinamakan *beschikkingsrecht*, yaitu suatu hak tanah yang hanya ada di Indonesia, sebagai suatu hak yang tidak dapat dipecah-pecah dan memiliki dasar keagamaan (*religie),* serta hak tersebut tidak ada sangkut pautnya dengan hukum perdata Eropa (BW). [77]

---

[75] Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Ibid*., hlm. 26-27.
[76] Mahadi, *Uraian Singkat Hukum Adat Sejak RR Tahun 1954*, Cetakan Ketiga, Alumni, Bandung, 2003, hlm. 59.
[77] Eddy Ruchiyat, *Politik Pertanahan Sebelum Dan Sesudah Berlakunya UUPA*, Alumni,

Mr. C.C.J. Maassen dan A.P.G. Hens, menyebutkan hak ulayat/*Beschikkingsrecht* adalah :

> "Hak desa menurut adat dalam lingkungan daerahnya untuk kepentingan anggota-anggotanya atau untuk kepentingan orang lain (orang asing) dengan membayar kerugian kepada desa, dalam hal mana desa itu sedikit banyak turut campur dengan pembukaan tanah itu dan turut bertanggung jawab terhadap perkara-perkara yang terjadi di situ yang belum dapat diselesaikan".[78]

Lebih lanjut menurut Ardiwilaga, hak ulayat adalah :

> "Hak dari persekutuan hukum (Masyarakat hukum adat) untuk menggunakan dengan bebas tanah-tanah yang merupakan hutan belukar dalam lingkungan wilayahnya guna kepentingan persekutuan hukum itu sendiri dan anggota-anggotanya, juga untuk kepentingan orang-orang di luar persekutuan hukum itu dengan izin terdahulu, dan membayar pengakuan/rekognisi. Namun demikian, persekutuan hukum tetap dapat melakukan campur tangan atas tanah yang telah diusahakan orang "luar" yang terletak di lingkungan wilayahnya".[79]

Kemudian Iman Sudiyat, memberikan istilah hak purba atas *beschikkingsrecht*, dengan pengertian bahwa :

> "Hak purba adalah hak yang dipunyai oleh suatu suku/*clan/gens/stam*, sebuah serikat desa (*dorpenbond*) atau biasanya oleh sebuah desa (masyarakat hukum adat) saja untuk menguasai seluruh tanah seisinya dalam lingkungan wilayahnya".[80]

Lebih lanjut Boedi Harsono, mengartikan hak ulayat sebagai berikut :

> "Seperangkat wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat, yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya, yang merupakan pendukung utama penghidupan dan kehidupan masyarakat yang bersangkutan sepanjang masa. Kewenangan dan kewajiban tersebut ada yang termasuk ke dalam bidang hukum perdata, yaitu yang berhubungan dengan hak bersama, dan ada yang termasuk ke dalam bidang hukum publik, yaitu berupa tugas kewenangan

---

Bandung, 1984, hlm. 31.

[78] *Ibid*., hlm. 31.

[79] R. Roestandi Ardiwilaga, *Hukum Agraria Indonesia : Dalam Teori Dan Praktek*, Cetakan Kedua, Masa Baru, Bandung, 1962, hlm. 23.

[80] Iman Sudiyat, *Hukum Adat Sketsa Asas*, Liberty, Yogyakarta, 1981, hlm. 2.

untuk mengelola, mengatur, dan memimpin peruntukan, penguasaan, penggunaan, dan pemeliharaannya".[81]

Menurut pandangan bangsa Indonesia ada hubungan yang erat antara penduduk desa dengan tanahnya, karena tanah merupakan tempat dimana masyarakat berdiam dan bertempat tinggal, tempat menghasilkan makanan, dan tanah pun menjadi tempat dikuburkan ketika meninggal dunia. Penduduk desa mempuyai hak untuk mengerjakan tanah serta mengambil manfaat dari tanah tersebut. Orang yang berasal dan datang dari luar lingkungan suatu masyarakat hukum adat, tidak begitu saja dapat diangkat menjadi anggota masyarakat hukum adat tersebut, kecuali telah memenuhi beberapa persyaratan yang diistilahkan Ter Haar sebagai rekognisi dan retribusi.[82]

Namun demikian, meskipun orang yang berasal dari luar lingkungan tersebut sudah membayar uang pengakuan di muka, dan uang penggantian di belakang, namun ada beberapa syarat yang tidak boleh dilanggar, seperti tidak boleh mewaris, membeli, atau membeli gadai tanah-tanah pertanian dan sebagainya. Hal ini dimaksudkan agar tanah tetap menjadi bagian yang tidak dapat dipisahkan dari masyarakat hukum adat tersebut.

Berkaitan dengan hak ulayat ini, menurut Soepomo, meskipun hak atas tanah tersebut bersifat subjektif, tetapi haruslah berfungsi sosial, artinya hak-hak itu tidak boleh digunakan secara bebas, melainkan tiap-tiap penggunaannya haruslah dapat dibenarkan fungsinya dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan karena manusia dalam hukum adat adalah individu yang terikat pada masyarakat.[83]

Berdasarkan uraian di atas konsepsi hukum adat dapat dirumuskan sebagai konsepsi yang komunalistik religius yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi, sekaligus mengandung unsur kebersamaan, sebagai cerminan dari falsafah bangsa

---

[81] Boedi Harsono, (b), *Op.Cit.*, hlm. 185.

[82] Ter Haar Bzn B., *Beginselen en Stelsel van Het Adatrecht*, diterjemahkan oleh K. Ng. Soebakti Poesponoto, *Asas-asas Dan Susunan Hukum Adat*, Cetakan Kedelapan, Pradnya Paramita, Jakarta, 2001, hlm. 57.

[83] R. Soepomo, *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, Cetakan Pertama, Pradya Paramita, Jakarta, 2003, hlm. 74.

Indonesia, yaitu Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Oleh karena itulah, dalam mengakhiri pluralisme hukum yang mengatur bidang pertanahan dan menciptakan hukum tanah nasional yang tunggal maka hukum adat tentang tanah dijadikan sebagai dasar pembentukan hukum agraria nasional, yang dinyatakan dalam Konsiderans/Berpendapat UUPA, yang berbunyi sebagai berikut :

> "Bahwa berhubungan dengan apa yang tersebut dalam pertimbangan-pertimbangan di atas perlu adanya hukum agraria nasional, yang sederhana dan menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia, dengan tidak mengabaikan unsur-unsur pada hukum agama".

Selain itu, beberapa pasal di dalam UUPA yang memberikan penyebutan hukum adat sebagai dasar pembentukan hukum agraria nasional, yaitu (a) Penjelasan umum angka III (1); (b) Pasal 5 dan Penjelasannya; (c) Penjelasan Pasal 16; (d) Pasal 56; dan (e) Pasal 58 (secara tidak langsung).[84]

> Dalam Penjelasan Umum angka III (1) UUPA, dinyatakan bahwa :
>
> "Dengan sendirinya Hukum Agraria yang baru itu harus sesuai dengan kesadaran hukum daripada rakyat banyak. Oleh karena rakyat Indonesia sebagian besar tunduk pada hukum adat, maka Hukum Agraria baru tersebut akan didasarkan pada ketentuan-ketentuan hukum adat itu, sebagai hukum yang asli, yang disempurnakan dan disesuaikan dengan kepentingan masyarakat dalam negara yang modern dan dalam hubungannya dengan dunia internasional serta disesuaikan dengan sosialisme Indonesia. Sebagaimana dimaklumi maka hukum adat dalam pertumbuhannya tidak terlepas pula dari pengaruh politik dan masyarakat kolonial yang kapitalis dan masyarakat swapraja yang feodal".
>
> Kemudian dalam Pasal 5 UUPA dinyatakan bahwa :
>
> "Hukum Agraria yang berlaku atas bumi, air, dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-undang ini (maksudnya UUPA) dan dengan peraturan perundang-undangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama".

[84] H. Muchsin, Imam Koeswahyono, dan Soimin, *Op. Cit*., hlm. 66.

Secara teknis yuridis, hak ulayat merupakan hak yang melekat sebagai kompentensi khas pada masyarakat hukum adat, berupa wewenang/kekuasaan untuk mengurus dan mengatur tanah dan isinya, dengan daya laku baik ke dalam maupun ke luar masyarakat hukum adat itu. Sifat yang khas tersebut, seperti tidak dapat dipindahtangankan atau bersifat kembang kempis, menjadikan hak ulayat sebagai suatu hak yang istimewa.[85] Berdasarkan uraian tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa hak ulayat merupakan hak yang spesifik dan khas, yang keberadaannya tidak dapat dilepaskan atau dipisahkan dari masyarakat hukum adat sendiri. Disebut spesifik dan khas, karena meskipun hak ulayat tersebut merupakan suatu komunitas masyarakat hukum adat, tetapi tetap membuka peluang adanya pihak lain di luar komunitas tersebut untuk memanfaatkan hak ulayat tersebut dengan berbagai persyaratan. Artinya meskipun hak ulayat itu spesifik, tetapi tidak mengedepankan ekslusivitasnya.

Secara konseptual, hak ulayat merupakan hak tertinggi dalam sistem hukum adat. Di bawah hak ulayat, hak kepala/tetua adat yang merupakan turunan dari hak ulayat yang semata-mata beraspek hukum publik. Selanjutnya, barulah hak-hak individu yang secara langsung maupun tidak langsung juga bersumber dari hak ulayat dan beraspek hukum keperdataan.[86] Namun demikian, meskipun termasuk dalam bidang hukum perdata, pengaturan penguasaan dan penggunaannya ditentukan oleh kepada adat, dan termasuk ke dalam bidang hukum publik. Hal tersebut menunjukkan bahwa kepala adat mempunyai kedudukan yang sangat penting dalam kaitannya dengan hak ulayat.

Hak ulayat suatu masyarakat hukum adat, berisi wewenang untuk :

1. Mengatur dan menyelenggarakan penggunaan tanah (untuk permukiman, bercocok tanam) persediaan tanah (pembuatan permukiman/persawahan baru), dan pemeliharaan tanah;
2. Mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu pada subjek tertentu);

---

85 Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi,* Kompas, Jakarta, 2001, hlm. 55.

86 Boedi Harsono, (b), *Op.Cit.,* hlm. 183.

3. Mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang berkenaan dengan tanah (jual beli, warisan).[87]

Isi kewenangan hak ulayat tersebut menyatakan bahwa hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah dan wilayahnya adalah hubungan menguasai, bukan hubungan milik, sebagaimana halnya dalam konsep hubungan antara negara dengan tanah menurut Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945. Keberadaan suatu tanah dengan hak ulayat masyarakat hukum adat, menurut Van Vollenhoven, dapat diketahui melalui beberapa tanda/ciri sebagai berikut :

1. Hanya masyarakat hukum adat itu sendiri beserta warga-warganya yang dapat dengan bebas mempergunakan tanah liar yang terletak dalam wilayahnya;
2. Orang asing (luar masyarakat hukum adat tersebut) hanya boleh menggunakan tanah itu dengan izin. Penggunaan tanah tanpa izin dipandang sebagai suatu delik;
3. Untuk penggunaan tanah tersebut, kadang-kadang bagi warga masyarakat dipungut rekognisi, tetapi bagi orang luar masyarakat hukum adat selalu dipungut rekognisi;
4. Masyarakat hukum adat bertanggung jawab terhadap delik-delik tertentu yang terjadi dalam wilayahnya, delik yang tidak dapat dituntut pelakunya;
5. Masyarakat hukum adat tidak dapat melepaskan, memindahtangankan, ataupun mengasingkan hak ulayatnya secara menetap;
6. Masyarakat hukum adat masih mempunyai campur tangan (baik intensif maupun kurang intensif) terhadap tanah-tanah yang sudah diolah.[88]

Berdasarkan ciri-ciri hak ulayat tersebut di atas, meskipun Pasal 16 UUPA tidak menyebutkan hak ulayat sebagai salah satu hak atas tanah, namun demikian hak ulayat suatu masyarakat hukum adat tetap melekat pada masyarakat

---

87 Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi, Op.Cit.,* hlm. 56.

88 Maria S.W. Sumardjono, *Puspita Serangkum : Aneka Masalah Hukum Agraria*, *Op.Cit.,* hlm. 6-7.

tersebut sepanjang eksistensi dan kenyataan masyarakat hukum adat itu ada sehingga harus diakui dan dihormati oleh semua pihak. Hak ulayat tidak dapat dilepaskan dari masyarakat hukum adat melalui upaya dan proses pembebasan/pelepasan hak atas tanah menurut ketentuan hukum positif yang berlaku nasional. Hal tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 3 UUPA yang menyebutkan bahwa :

> "Dengan mengingat ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi".

Berdasarkan Pasal 3 UUPA tersebut, maka terhadap hak ulayat yang masih ada diakui eksistensinya oleh UUPA sepanjang hak ulayat itu masih hidup. Sementara itu, pelaksanaannya harus memperhatikan ketentuan-ketentuan UUPA serta kepentingan pembangunan yang diselenggarakan dewasa ini.

Selain diatur dalam UUPA, beberapa peraturan yang juga mengatur masalah hak ulayat yang memiliki tujuan untuk melindungi hak ulayat/hak masyarakat hukum adat, antara lain Undang-undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Keputusan Presiden No. 55 Tahun 1993, yang kemudian diubah oleh Peraturan Presiden No. 36 Tahun 2005, dan ketentuan itu pun telah direvisi dengan Peraturan Presiden No. 65 Tahun 2006 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, yang terakhir telah diubah dengan Undang-undang No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Kepentingan Umum, serta Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, bahkan untuk beberapa propinsi seperti di Sumatra Tengah disahkan Perda Kabupaten Kampar No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Tanah Ulayat.[89]

---

[89] Ari Sukanti Hutagalung, *Tebaran Pemikiran Seputar Masalah Hukum Tanah, Op. Cit.*, hlm. 124, dan Ida Nurlinda, *Op. Cit.*, hlm. 221.

Dari hak-hak atas tanah sebagaimana disebutkan di atas, maka sesuai Pasal 20 UUPA dan juga Pasal 36 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, pada dasarnya setiap orang berhak mempunyai hak milik baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain untuk pengembangan diri, maupun keluarganya, sehingga pemilikan hak atas tanah tersebut dapat memberikan manfaat dan kegunaan dalam berbagai aspek kehidupan pemiliknya, baik dalam aspek ekonomi, aspek sosial, termasuk dalam hubungannya dengan pembangunan, yang salah satunya dilakukan melalui konsep Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT).*

Lebih lanjut, apabila menelaah kepada ciri-ciri hak pakai atau pun hak pengelolaan atas tanah negara, sebagaimana diatur dalam Pasal 42 UUPA, dan Peraturan Menteri Agraria No. 9 Tahun 1965 tentang Pelaksanaan Konversi Hak Penguasaan Atas Tanah Negara dan Ketentuan-ketentuan tentang Kebijaksanaan Selanjutnya, yang kemudian diubah dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 5 Tahun 1974 tentang Ketentuan-ketentuan Mengenai Penyediaan dan Pemberian Hak Untuk Keperluan Perusahaan, maka subjek hak pakai dan hak pengelolaan tersebut, selain dapat merencanakan peruntukan, penggunaan serta memanfaatkan haknya untuk mendukung pelaksanaan tugasnya, tetapi diberikan pula kewenangan untuk menyerahkan bagian-bagian dari tanah tersebut kepada pihak ketiga, salah satunya melalui konsep Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT).*

Demikian pula, apabila menelaah kewenangan maupun ciri-ciri hak ulayat, maka masyarakat hukum adat selain dapat mengambil manfaat atas sumber daya alam maupun tanah untuk kepentingan masyarakat hukum adat yang ada di lingkungannya sendiri, masyarakat hukum adat pun dapat mengoptimalkan hak ulayat tersebut kepada pihak ketiga melalui konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) sebagaimana yang telah dilakukan di Bali untuk pembangunan hotel, restoran, dan *cottage*.

D. Peranan Asas Pemisahanan Horisontal Bagi Pemanfaatan Tanah Melalui Konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

1. Asas-asas Dalam Undang-undang Pokok Agraria.

Dalam Undang-undang Pokok Agraria dimuat beberapa asas dari Hukum Agraria Nasional. Oleh karena asas-asas ini sebagai dasar, dengan sendirinya harus menjiwai pelaksanaan dari Undang-undang Pokok Agraria dan segenap peraturan pelaksanaannya. Asas-asas tersebut adalah sebagai berikut :

a. Asas Kenasionalan.

Seluruh wilayah Indonesia adalah kesatuan tanah air dari seluruh rakyat Indonesia, yang bersatu sebagai bangsa Indonesia dan seluruh bumi, air, ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan kekayaan nasional.

Hubungan antara bangsa Indonesia dengan bumi, air, dan ruang angkasa Indonesia adalah hubungan yang bersifat abadi. Ini berarti bahwa selama rakyat Indonesia yang bersatu sebagai Bangsa Indonesia masih ada dan selama bumi, air, dan ruang angkasa Indonesia itu masih ada pula, maka dalam keadaan yang bagaimanapun tidak ada sesuatu kekuasaan yang akan dapat memutuskan atau meniadakan hubungan tersebut. Asas ini dimuat dalam Pasal 1 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UUPA.

2. Asas pada tingkatan tertinggi, bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara, sebagaimana diatur dalam Pasal 2 UUPA.

Perkataan “dikuasai” di sini bukan berarti “dimiliki” akan tetapi pengertian yang memberikan wewenang kepada negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat untuk pada tingkatan tertinggi :

a. Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan, dan pemeliharaan bumi, air, dan ruang angkasa.

b. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air, dan ruang angkasa.

c. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

Dengan demikian, sebenarnya fungsi dan tugas negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat (Indonesia) adalah untuk mengatur upaya pencapaian kemakmuran bersama, dan negara memiliki peran yang kuat untuk mendistribusikan kemakmuran kepada seluruh rakyat (Indonesia) sesuai dengan prinsip keadilan dan kemakmuran atau pemihakan kepada kepentingan rakyat. Jadi, hak menguasai dari negara di atas ditujukan untuk mencapai sebesar-besarnya kemakmuran rakyat dalam rangka mewujudkan kebahagiaan dan kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia.

Kekuasaan negara atas bumi, air, dan ruang angkasa, baik terhadap hak-hak atas tanah yang sudah dihaki maupun yang tidak dihaki. Kekuasaan negara mengenai tanah yang sudah dipunyai orang dengan sesuatu hak dibatasi oleh isi hak itu, artinya sampai seberapa negara memberikan kekuasaan kepada yang mempunyai untuk menggunakan haknya, sampai di situlah batas kekuasaan negara tersebut. Kekuasaan negara atas tanah yang tidak dipunyai dengan sesuatu hak oleh seseorang atau pihak lainnya adalah lebih luas dan penuh.

Atas dasar hak menguasai dari negara tersebut, negara dapat memberikan tanah kepada seseorang atau badan hukum dengan sesuatu hak menurut peruntukan dan keperluannya, misalnya Hak Milik, Hak Guna Bangunan, Hak Guna Usaha, Hak Pakai, atau memberikannya dalam pengelolaan kepada sesuatu badan penguasa (departemen, jawatan, atau daerah swatantra) untuk dipergunakan bagi pelaksanaan tugasnya masing-masing.

Kekuasaan negara atas tanah-tanah inipun sedikit atau banyak dibatasi pula oleh hak ulayat dari kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya hak ulayat itu masih ada.

3. Asas mengutamakan kepentingan nasional dan negara yang berdasarkan atas persatuan bangsa dari kepentingan perseorangan dan golongan.

Sekalipun hak ulayat masih diakui keberadaannya dalam sistem Hukum Agraria Nasional, akan tetapi dalam pelaksanaannya berdasarkan asas ini, maka untuk kepentingan pembangunan tidak dibenarkan masyarakat hukum adat berdasarkan hak ulayatnya menolak dibukanya hutan secara besar-besaran dan teratur untuk melaksanakan proyek-proyek yang besar seperti pembukaan areal pertanian baru, transmigrasi, *resettlement*, dan sebagainya. Pengalaman menunjukkan pula bahwa pembangunan daerah-daerah itu sendiri seringkali terhambat karena mendapat kesukaran mengenai hak ulayat.

Kepentingan suatu masyarakat hukum harus tunduk pada kepentingan nasional dan negara yang lebih luas dan hak ulayatnya pun dalam pelaksanaannya harus sesuai dengan kepentingan yang lebih luas itu. Tidaklah dapat dibenarkan jika di dalam alam bernegara dewasa ini suatu masyarakat hukum masih mempertahankan isi dan pelaksanaan hak ulayatnya secara mutlak, seakan-akan terlepas hubungannya dengan masyarakat-masyarakat hukum dan daerah-daerah lainnya dalam lingkungan negara sebagai satu kesatuan. Namun demikian, hal inipun tidak berarti bahwa kepentingan-kepentingan masyarakat hukum yang bersangkutan tidak akan diperhatikan sama sekali, oleh karena sesuai Pasal 3 UUPA bahwa pengakuan hak ulayat atau hak yang serupa sepanjang kenyataannya masih ada dan pelaksanaannya harus sesuai dengan kepentingan nasional dan berdasarkan persatuan bangsa dan tidak bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.

Dalam banyak kasus ternyata hak ulayat ini mengalami proses yang disebut pemusnahan jika berhadapan dengan hak menguasai negara

seperti dapat dilihat dari kasus-kasus yang terjadi pada Kasus Bima di Nusa Tenggara Barat dan Kasus Mesuji Lampung, dimana hak-hak ulayat diabaikan oleh pemerintah untuk kepentingan pemodal besar. Oleh karena itu, konsisten dengan apa yang diatur di dalam Pasal 5 jo Pasal 3 UUPA, maka semua kalangan perlu memahami dengan baik dan konsisten dalam melaksanakan asas ini, sehingga kasus Bima dan kasus Mesuji, dan kasus-kasus serupa tidak terulang kembali.

4. Asas semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial.

Asas ini mengamanatkan agar hak atas tanah apa pun yang ada pada seseorang, tidaklah dapat dibenarkan bahwa tanahnya itu dipergunakan (atau tidak dipergunakan) semata-mata untuk kepentingan pribadinya, apalagi kalau hal itu merugikan masyarakat. Penggunaan tanah itu harus disesuaikan dengan keadaannya dan sifat daripada haknya, hingga bermanfaat baik bagi kesejahteraan dan kebahagiaan yang mempunyainya maupun bermanfaat pula bagi masyarakat dan negara. Tetapi ketentuan tersebut, tidaklah berarti bahwa kepentingan perseorangan sebagaimana telah disebutkan pada uraian di atas akan terdesak sama sekali oleh kepentingan umum. UUPA memperhatikan pula kepentingan-kepentingan perseorangan.

Melalui asas ini, UUPA memperhatikan kepentingan masyarakat dan kepentingan perseorangan, sehingga kedua kepentingan tersebut haruslah saling mengimbangi, hingga tercapai tujuan pokok, yaitu kemakmuran, keadilan, dan kebahagiaan bagi rakyat seluruhnya. Oleh karena itu, tanah harus dipelihara dengan baik agar bertambah kesuburannya serta dicegah kerusakannya. Kewajiban memelihara ini tidak saja dibebankan kepada pemiliknya atau pemegang haknya yang bersangkutan, melainkan juga menjadi beban pula dari setiap orang, badan hukum, atau instansi yang mempunyai suatu hubungan hukum dengan tanah itu. Oleh karena itu, pengakuan hak atas tanah tetap harus

terjamin, tetapi penggunaan dan pemanfaatannya tidak boleh bertentangan dengan kepentingan masyarakat.

Falsafah Indonesia dalam konsep hubungan antara manusia dengan tanah menempatkan individu dan masyarakat sebagai kesatuan yang tidak terpisahkan "kedwitunggalan", bahwa pemenuhan kebutuhan seseorang terhadap tanah diletakkan dalam kerangka kebutuhan seluruh masyarakat, sehingga hubungannya tidak bersifat individualistis semata, tetapi lebih bersifat kolektif dengan tetap memberikan tempat dan penghormatan terhadap hak perseorangan.

Dalam kerangka berfikir ini, hak-hak perseorangan atas tanah tidak bersifat mutlak, tetapi selalu ada batasnya, yakni kepentingan orang lain, masyarakat, atau negara. Dengan demikian, dituntut penguasaan dan penggunaan tanah secara wajar dan bertanggung jawab, di samping bahwa dalam setiap hak atas tanah yang dipunyai seseorang diletakkan pada kewajiban tertentu. Ada pertanggungjawaban individu terhadap masyarakat melalui terpenuhinya kepentingan bersama/kepentingan umum, karena manusia tidak dapat berkembang sepenuhnya apabila berada di luar keanggotaan suatu masyarakat. Konsep hubungan ini terjemahan dalam Pasal 6 UUPA, yang menyebutkan bahwa : "Semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial".

Cara berpikir yang serba berpasangan ini belakangan mulai diperkenalkan di Amerika Serikat yang dikenal sebagai negara yang menganut faham individualistik. Pada tahun 1991, Gregory Alexander dari Cornell University mengemukakan pemikirannya yang disebut *post-modern dialectic of property*, yang berusaha menepis pandangan individualistik semata dalam hubungan manusia dengan tanah (*self regarding vision*), dengan menawarkan *communitarian vison of property* sebagai alternatif.[90]

---

[90] Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi, Op. Cit.*, hlm. 159.

Tampak adanya pergeseran pandangan, setidaknya dari segi teori, dengan adanya penekanan yang lebih terhadap kedudukan individu sebagai bagian suatu masyarakat, dimana ada kewajiban/tanggung jawab moral dan sosial dari individu kepada masyarakat terhadap kesejahteraan masyarakat.

5. Asas hanya warga negara Indonesia yang dapat mempunyai hak milik atas tanah.

Penerapan asas ini dapat dirujuk pada ketentuan Pasal 9 ayat (1) UUPA yang menyebutkan bahwa : "Hanya warga negara Indonesia dapat mempunyai hubungan yang sepenuhnya dengan bumi, air, dan ruang angkasa, dalam batas-batas ketentuan Pasal 1 dan 2". Lebih lanjut, dalam Pasal 21 ayat (1) disebutkan bahwa : "Hanya warga negara Indonesia dapat mempunyai hak milik". Kemudian, secara tegas asas ini disebutkan pula dalam Pasal 26 ayat (2) UUPA, bahwa : "Warga Negara Asing tidak dapat menjadi subjek hak milik.

Dengan semakin terbukanya peluang bagi Warga Negara Asing untuk tinggal di Indonesia sehubungan dengan tugas atau pekerjaannya, sedangkan WNA tersebut tidak dapat menjadi subjek hak milik, menimbulkan suatu pertanyaan, hak tanah apakah yang dapat dipunyai oleh WNA atas tanahnya?

Sebelum memberikan jawaban atas pertanyaan tersebut, sebagai perbandingan akan dijelaskan terlebih dahulu sistem hukum yang berlaku di Singapura dalam menangani masalah pemilikan tanah dan/atau bangunan oleh WNA.

Di Singapura masalah pemilikan tanah atau bangunan untuk hunian diatur dalam *The Residential Property Act* Tahun 1976. Pada prinsipnya, kecuali ditentukan lain WNA tidak diperkenankan menerima hak, membeli, atau memperoleh tanah dan/atau bangunan untuk hunian (Pasal 3). Adapun yang dimaksud dengan WNA atau *foreign person* adalah : (1) Mereka yang bukan warga negara Singapura; (2) Mereka yang

memperoleh status sebagai *permanent resident* (berkedudukan tetap); (3) badan hukum asing; dan (4) Perkumpulan yang anggotanya sebagian atau seluruhnya bukan warga negara Singapura.

Kemudian dalam Pasal 4 diatur tentang pengecualian terhadap berlakunya Pasal 3, yang menyebutkan bahwa : Warga Negara Asing dapat membeli atau memperoleh hak atas : (1) Apartemen/flat yang tidak termasuk flat HUDC yang terdiri dari 6 (enam) lantai atau lebih; atau (2) Apartemen/flat atau hunian yang merupakan satu unit dalam suatu kondominium. Namun, WNA tidak diperkenankan untuk membeli seluruh apartemen dalam sebuah bangunan yang terdiri dari Menteri (*Minister for Law*). Pelanggaran terhadap kewajiban yang berkenaan dengan ketentuan tersebut mengakibatkan, bahwa yang bersangkutan dikenakan denda sebesar 10.000 dollar Singapura, ditambah denda sebesar 500 dollar Singapura untuk setiap hari selama pelanggaran itu terjadi.

Kemudian, dalam Pasal 25 ayat (1) sampai dengan ayat (4) diatur tentang permohonan untuk memperoleh hak atas tanah dan/bangunan atau hunian untuk hunian oleh WNA. Permohonan tersebut oleh *Controller* (Pejabat yang bertugas melaksanakan undang-undang ini) disampaikan kepada *Residential Property Advisory Committee*, yang akan menyiapkan rekomendasi kepada Menteri, yang akan memberikan izin (dengan atau tanpa syarat) atau menolak memberikan izin untuk permohonan yang bersangkutan tersebut.

Tanpa mengesampingkan hak tersebut di atas, Menteri dapat memberikan izin (dengan atau tanpa syarat) kepada WNA, yang bermaksud membeli atau memperoleh hak atas tanah dan/atau bangunan untuk digunakan sebagai hunian bagi dirinya sendiri beserta keluarganya, dan tidak dimaksudkan untuk disewakan atau digunakan untuk tujuan lain (Pasal 25 ayat 5).

Termasuk dalam kategori ini adalah : (1) Mereka yang digolongkan sebagai *permanent resident*/berkedudukan tetap; dan (2)

Mereka yang memiliki kualifikasi tertentu berdasarkan pendapat Menteri, yakni secara ekonomis menguntungkan Singapura atau telah nyata-nyata atau diharapkan dapat memberikan sumbangan secara ekonomis kepada Singapura; atau (3) Mereka yang memiliki kualifikasi profesional atau pengalaman yang bernilai atau memberikan manfaat bagi Singapura.

Ketentuan serupa berlaku juga terhadap badan hukum asing yang dapat diberi izin (dengan atau tanpa syarat) untuk memiliki tanah dan/atau bangunan sebagai hunian, sehubungan dengan pekerjaan/tugasnya bagi para pejabatnya, manajer, pegawai, atau personel lain beserta keluarganya, sepanjang menurut penilaian badan hukum tersebut secara ekonomis bermanfaat bagi Singapura, memberikan atau diharapkan dapat memberikan sumbangan secara ekonomi kepada Singapura (Pasal 25 ayat (6).

Bila kemudian ternyata bahwa tanah dan/atau bangunan itu tidak dipergunakan sebagai hunian maka terhadap pelanggaran tersebut kepada yang bersangkutan dapat dikenakan denda setinggi-tingginya 5000 dollar Singapura atau dipidana selama-lamanya 3 tahun, atau dikenakan denda serta dipidana.

Merujuk kembali pada asas bahwa WNA bukan subjek hak milik, maka bagi WNA yang berada di Indonesia baik karena tugas maupun pekerjaannya, telah diatur oleh pemerintah dalam dua Peraturan Pemerintah yang terbit pada tanggal 17 Juni 1996, yaitu Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1996 tentang HGU, HGB, dan Hak Pakai (HP) atas tanah, dan Peraturan Pemerintah No. 41 Tahun 1996 tentang Pemilikan Rumah Tinggal atau Hunian oleh Orang Asing yang Berkedudukan di Indonesia.

Menurut Maria S.W. Sumardjono, penerbitan kedua Peraturan Pemerintah tersebut secara simultan mengandung arti positif terutama karena pengaturan Hak Pakai merupakan landasan untuk pemilikan rumah oleh WNA. Pada prinsipnya, orang yang berkedudukan di Indonesia diperkenankan memiliki satu rumah untuk rumah tinggal baik berupa

rumah yang berdiri sendiri atau satuan rumah susun (sarusun) sepanjang tanah tersebut dibangun di atas Hak Pakai.[91]

Rumah yang berdiri sendiri dapat dibangun di atas tanah Hak Pakai atas Tanah Negara (HPTN) atau Hak Pakai yang berasal dari tanah milik yang diberikan oleh pemegang Hak Milik dengan akta PPAT, dimana pemilikan atas sarusun, bangunannya harus berdiri di atas Hak Pakai atas Tanah Negara (HPTN).

Hak Pakai atas Tanah Negara (HPTN) diberikan untuk jangka waktu dua puluh lima tahun, dapat diperpanjang dalam jangka waktu dua puluh tahun dan diperbaharui, sedangkan Hak Pakai yang berasal dari tanah Hak Milik jangka waktunya dua puluh lima tahun dan tidak dapat diperpanjang, tetapi dapat diperbaharui berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak yang dituangkan dalam akta PPAT. Hak Pakai wajib didaftarkan (diterbitkan sertifikatnya), dan bagi Hak Pakai di atas tanah Hak Milik pemberiannya harus dicatat dalam buku tanah dan sertifikat Hak Milik yang bersangkutan.

Apabila Warga Negara Asing tersebut tidak lagi memenuhi persyaratan, dalam waktu satu tahun harus melepaskan Hak Pakai atas Tanah Negara (HPTN) yang bersangkutan kepada pihak lain yang memenuhi persyaratan. Bila kewajiban ini tidak dipenuhi, Hak Pakai hapus dan tanahnya menjadi tanah negara (Pasal 56 Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1996). Terhadap Hak Pakai di atas tanah Hak Milik, tidak dipenuhinya kewajiban tersebut mengakibatkan tanah dan rumah menjadi milik pemegang hak atas tanah yang bersangkutan.

Hak Pakai atas Tanah Negara (HPTN) dan Hak Milik di atas tanah Hak Pengelolaan (HPL) dapat beralih dan dialihkan, sedangkan Hak Pakai di atas tanah Hak Milik dapat beralih dengan persetujuan pemegang Hak Milik, dan peralihan tersebut wajib didaftarkan.

---

[91] Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi, Op. Cit.*, hlm.148.

6. Asas persamaan bagi setiap warga negara Indonesia.

Asas persamaan bagi setiap warga negara Indonesia dimuat dalam Pasal 9 ayat (2), Pasal 11, jo Pasal 13 UUPA, yang pada dasarnya memiliki makna bahwa tiap-tiap Warga Negara Indonesia baik laki-laki maupun perempuan mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh suatu hak atas tanah serta untuk mendapat manfaat dan hasilnya, baik bagi diri sendiri maupun keluarganya. Dalam pada itu, perlu diadakan perlindungan bagi golongan warga negara yang lemah terhadap sesama warga negara yang kuat di dalam kedudukan ekonominya. Oleh karena itu, ditentukan bahwa jual beli, penukaran, penghibahan, pemberian dengan wasiat, dan perbuatan-perbuatan yang dimaksudkan untuk memidahkan hak milik serta pengawasannya diatur dengan peraturan pemerintah. Adapun tujuan ketentuan tersebut adalah untuk melindungi golongan-golongan yang lemah, sehingga dapat dicegah terjadinya penguasaan atas kehidupan dan pekerjaan orang lain yang melampaui batas dalam bidang-bidang usaha agraria, karena hal tersebut bertentangan dengan asas keadilan sosial yang berperikemanusiaan. Oleh karena itu, segala usaha bersama dalam lapangan agraria harus didasarkan atas kepentingan bersama dalam rangka kepentingan nasional sehingga pemerintah berkewajiban untuk mencegah adanya organisasi dan usaha-usaha perseorangan dalam lapangan agraria yang bersifat monopoli swasta. Bahkan bukan saja usaha swasta, tetapi juga usaha pemerintah yang bersifat monopoli harus dicegah jangan sampai merugikan rakyat banyak.

7. Asas tanah pertanian harus dikerjakan atau diusahakan secara aktif oleh pemiliknya sendiri dan mencegah cara-cara yang bersifat pemerasan.

Pelaksanana dari asas tersebut, sebagaimana tercantum dalam Pasal 7, Pasal 10 dan Pasal 17 UUPA, dewasa ini menjadi dasar hampir di seluruh dunia yang menyelenggarakan *"landreform*" atau "*Agraria Reform"* dan "*Rural Develompment*", yaitu bahwa tanah pertanian harus

dikerjakan atau diusahakan secara aktif oleh pemiliknya sendiri tanpa adanya unsur pemerasan. Demikian pula terhadap tanah yang tidak digunakan sesuai dengan keadaan atau sifat dan tujuan haknya.

Untuk mewujudkan asas ini, maka diadakan ketentuan-ketentuan tentang batas maksimum atau minimum penguasaan/pemilikan tanah, agar tidak terjadi penumpukan penguasaan/pemilikan tanah di satu tangan golongan yang mampu. Pemilikan dan penguasaan tanah yang melampaui batas tidak diperkenankan karena akan merugikan kepentingan umum.

Ketentuan tentang batas minimum luas tanah yang harus dimiliki oleh seorang petani, dimaksudkan supaya si petani mendapatkan penghasilan yang cukup untuk hidup layak bagi diri sendiri dan keluarganya. Namun, kenyataan yang ada, kepentingan masyarakat kecil semakin tersisihkan, mengingat adanya pendapat bahwa peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan semakin berkurang kapasitasnya dalam memberikan pengayoman pada hak-hak masyarakat. Di samping itu, peraturan perundang-undangan yang ada semakin memberikan peluang, kemudahan-kemudahan yang diberikan kepada golongan yang mempunyai akses modal dan politik dalam penguasaan dan pemilikan tanah. Maka, tidaklah mengherankan apabila konflik pertanahan serta berbagai konflik kepentingan di tanah air semakin meningkat jumlahnya. Jika pandangan tersebut benar, maka tujuan UUPA yang ingin mewujudkan kepastian hukum dan kepastian hak atas tanah, masih jauh dari harapan.

8. Asas tata guna tanah/penguasaan tanah secara berencana.

Untuk mencapai apa yang menjadi cita-cita bangsa dan negara Indonesia dalam bidang agraria, perlu adanya suatu rencana (*planning)* mengenai peruntukan, penggunaan, dan persediaan bumi, air, dan ruang angkasa untuk berbagai kepentingan hidup rakyat dan negara. Rencana umum (*National Planning*) yang meliputi seluruh wilayah Indonesia, kemudian diperinci menjadi rencana-rencana khusus (*Regional Planning)*

dari tiap-tiap daerah. Dengan adanya *planning* itu, maka penggunaan tanah dapat dilakukan secara terpimpin dan teratur hingga dapat membawa manfaat yang sebesar-besarnya bagi negara dan rakyat.

Asas ini merupakan konsep yang baru dengan tujuan setiap jengkal tanah dipergunakan seefisien mungkin dengan memperlihatkan asas Lestari, Optimal, Serasi, dan Seimbang (LOSS) untuk penggunaan tanah di pedesaan, sedangkan asas Aman, Tertib, Lancar, dan Sehat (ATLAS) untuk penggunaan tanah di perkotaan.

Melalui asas ini, maka penguasaan negara atas bumi, air, dan sumber daya alam yang terkandung di dalamnya itu untuk melaksanakan kebijakan mengenai rencana penataan ruang. Adapun yang dimaksud dengan ruang adalah wadah yang meliputi ruang daratan, ruang lautan, dan ruang udara sebagai satu kesatuan wilayah, tempat manusia, dan mahluk lainnya hidup dan melakukan kegiatan serta memelihara kelangsungan hidupnya.

Adapun yang dimaksud dengan penataan ruang, menurut Pasal 1 angka 3 Undang-undang No. 24 Tahun 1992 tentang Penataan Ruang yaitu sebagai berikut : "Proses perencanaan ruang pemanfaatan ruang, dan pengendalian pemanfaatan ruang". Berdasarkan pengertian ini, maka dalam pelaksanaan penataan ruang itu tercakup tiga proses, yaitu : (1) Perencanaan ruang; (2) Pemanfaatan ruang; dan (3) Pengendalian pemanfaatan ruang.

Dengan demikian, tata guna tanah atau penggunaan tanah merupakan salah satu dari penataan ruang yang dapat dikatakan sebagai suatu sistem yang komponennya terdiri dari rencana tata ruang, manfaat ruang dan pengendalian manfaat ruang. Ketiga komponen dari sistem penataan ruang tersebut saling mempengaruhi antara satu dengan yang lain dengan ditunjukkan melalui mekanisme kerja yang berupa proses penataan.

Menurut Soeprapto, asas-asas dalam UUPA karena menjadi dasar, dengan sendirinya harus menjiwai pelaksanaan UUPA dan segenap

peraturan pelaksanaannya.[92] Dengan demikian, dalam pembuatan peraturan pelaksanaan UUPA harus menjiwai asas-asas yang dimuat dalam UUPA.

2. Asas Pemisahanan Horisontal Bagi Pemanfaatan Tanah Melalui Konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Selain asas-asas sebagaimana telah diuraikan di atas, berkaitan dengan hubungan antara tanah dengan segala sesuatu yang ada di atasnya, dalam hukum tanah dikenal dua asas yang satu sama lain bertentangan yang disebut dengan asas pelekatan vertikal *(verticale accessie beginsel*), dan asas pemisahan horisontal *(horizontale scheiding beginsel*).[93] Asas pelekatan vertikal yaitu asas yang mendasarkan pemilikan tanah dan segala benda yang melekat padanya sebagai suatu kesatuan yang tertancap menjadi satu, sedangkan asas pemisahan horisontal justru memisahkan tanah dari segala benda yang melekat pada tanah tersebut. Asas pelekatan vertikal ini dianut oleh KUH Perdata, sebagaimana diatur dalam Pasal 500, Pasal 506, dan Pasal 507 KUH Perdata.

Pasal 500 KUH Perdata, berbunyi sebagai berikut :

> "Segala apa yang karena hukum pelekatan termasuk dalam sesuatu kebendaan, seperti pun segala hasil kebendaan itu, baik hasil karena alam, maupun hasil karena pekerjaan orang, selama yang akhir-akhir ini melekat pada kebendaan itu laksana dahan dan akar terpaut pada tanah, kesemuanya itu adalah bagian dari kebendaan tadi".

Kemudian Pasal 506 KUH Perdata, berbunyi sebagai berikut :

"Kebendaan tak bergerak ialah :

1. Pekarangan-pekarangan dan apa yang didirikan di atasnya;
2. Penggilingan-penggilingan, kecuali apa yang nanti akan dibicarakan dalam Pasal 510;
3. Pohon-pohon dan tanaman ladang, yang dengan akarnya menancap dalam tanah, buah-buahan pohon yang belum dipetik, demikian pun

---

[92] Soeprapto, *Undang-undang Pokok Agraria dalam Praktek*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1986, hlm. 17.

[93] Mahadi, *Falsafah Hukum, Suatu Pengantar*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, hlm. 114., Mahadi, *Hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional, Op. Cit.*, hlm. 46, dan Iman Sudiyat, *Asas Pemisah*, Himpunan Laporan Hasil Pengkajian Bidang Hukum Adat, BPHN, Jakarta, 1985, hlm. 224.

barang-barang tambang seperti : batu bara, sampah bara dan sebagainya, selama benda-benda itu belum terpisah dan digali dari tanah;

4. Kayu tebangan dari kehutan-hutanan, dan kayu dari pohon-pohon yang berbatang tinggi, selama kayu-kayuan itu belum dipotong;
5. Pipa-pipa dan got-got yang diperuntukan guna menyalurkan air dari rumah atau pekarangan; dan pada umumnya segala apa yang tertancap dalam pekarangan atau terpaku dalam bangunan rumah".

Lebih lanjut Pasal 507 KUH Perdata, berbunyi sebagai berikut :

"Karena peruntukkannya, termasuk dalam paham kebendaan tak bergerak :

1. Dalam perusahaan pabrik : barang-barang hasil pabrik itu sendiri, penggilingan-penggilingan, pengemlengan besi dan barang-barang tak bergerak yang sejenis itu, apitan besi, kuali-kuali pengukusan, tempat api, jambang-jambang, tong-tong dan perkakas-perkakas sebagainya yang termasuk dalam asas pabrik, pun sekiranya barang-barang itu tidak tertancap atau terpaku;
2. Dalam perumahan : cermin-cermin, lukisan-lukisan dan perhiasan lain-lainnya, sekedar barang-barang itu dilekatkan pada papan atau pasangan batu yang merupakan bagian dinding, pagar atau plesteran ruangan, pun sekiranya barang-barang itu tidak terpaku;
3. Dalam kepemilikan tanah : lunkang atau timbunan gemuk diperuntukan guna merabuk tanah, burung merpati termasuk dalam kawan, sarang burung yang dapat dimakan, selama belum dipetik, ikan yang ada dalam kolam;
4. Bahan bangunan gedung berasal dari perombakan gedung, jika diperuntukan guna mendirikan kembali gedung itu, dan pada umumnya, benda-benda yang oleh si pemilik telah dihubungkan dengan kebendaan tak bergeraknya guna dipakai selamanya;
   Si pemilik dianggap telah menghubungkan benda-benda yang demikian kepada kebendaan tak bergeraknya, bilamana benda-benda itu dilekatkan padanya dengan pekerjaan menggali, pekerjaan kayu atau pemasangan batu, atau bilamana benda-benda itu tidak dapat dilepaskan dengan tidak memutus atau merusaknya, atau dengan tidak memutus atau merusak bagian dari kebendaan tak bergerak tadi, dimana benda-benda itu dilekatkan".

Membaca Pasal 500 KUH Perdata tersebut, maka terlihat bahwa di dalam KUH Perdata berdasarkan asas asesi, maka benda-benda yang melekat pada benda-benda pokok, secara yuridis harus dianggap sebagai bagian yang tidak

terpisahkan dari benda pokoknya.[94] Lebih tegas lagi asas asesi tersebut dapat ditemukan dalam Pasal 506 dan Pasal 507 KUH Perdata, yaitu dalam perumusan benda tidak bergerak, dimana disebutkan bahwa : "Pelekatan dari suatu benda bergerak yang tertancap dan terpaku pada benda tidak bergerak, secara yuridis harus dianggap benda tidak bergerak pula". Pelekatan itu harus sedemikian rupa, sehingga apabila keduanya dipisahkan satu sama lain, maka akan menimbulkan kerusakan kepada salah satu atau kedua benda itu, tetapi apabila pemisahan itu tidak menimbulkan kerusakan pada benda-benda itu maka ketentuan tadi tidak berlaku. Pasal 500 KUH Perdata menyebutkan bahwa hubungan antara kedua benda itu harus terpaut sedemikian rupa seperti dahan dengan akarnya.[95]

Di dalam KUH Perdata dengan dianutnya asas pelekatan maka tanah akan merupakan benda pokok, sedangkan benda lain dan segala sesuatu yang melekat padanya merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari benda pokok itu. Apabila seseorang akan membeli sebidang tanah dimana di atas tanah itu sendiri berdiri sebuah bangunan maka penjualan tanah tersebut dengan sendirinya harus mencakup bangunannya pula.

Asas pelekatan yang dikenal dalam KUH Perdata terdiri atas pelekatan secara mendasar *(horizontal)* dan pelekatan secara tegak lurus (*vertical).* Pelekatan secara horisontal atau pelekatan secara mendasar melekatkan suatu benda sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari benda pokoknya, misalnya dalam pelekatan tanah timbul dalam Pasal 589 KUH Perdata atau balkon pada rumah induknya menurut Pasal 588 KUH Perdata.

Adapun yang dimaksud dengan pelekatan secara vertikal adalah pelekatan secara tegak lurus yang melekatkan semua benda yang ada di atas maupun di dalam tanah dengan tanah sebagai benda pokoknya, sebagaimana diatur dalam Pasal 571 ayat (1) KUH Perdata, yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut : "Hak milik atas sebidang tanah mengandung arti di dalamnya kepemilikan segala apa yang ada di atas dan di dalam tanah". Jadi dengan demikian, dalam asas

---

[94] R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, hlm. 157-159.

[95] *Ibid.;* Kleyn, W.M., *Ichtiar Hukum Benda Belanda, "Compendium Hukum Belanda*", Yayasan Kerja Sama Ilmu Hukum Indonesia – Negeri Belanda di s'Gravenhage, 1978, hlm. 21-22.

pelekatan vertikal atau asesi vertikal dapat diartikan bahwa pemilikan atas tanah berarti juga memiliki bangunan atau rumah dan segala sesuatu yang melekat pada tanah itu, demikian pula berarti memiliki segala sesuatu yang ada di dalam tanah (asas asesi vertikal atau *natrekking).*

Di dalam Pasal 571 KUH Perdata, tercermin asas sifat mengikuti, dalam hal ini sifat mengikuti tanah. Lebih luas lagi sifat mengikuti kedudukan yuridis tanah, maksudnya, segala barang, yang melekat pada tanah, mengikuti kedudukan yuridis tanah.[96] Selanjutnya Mahadi mengatakan bahwa : "Lebih jelas lagi, dimana tanah sudah mendapatkan kedudukan sebagai barang tidak bergerak, maka segala tanaman dan bangunan yang ada di atasnya menjadi barang tidak bergerak dan pemiliknya bersatu dengan tanah".[97]

Di dalam NNBW Belanda (*Boek* 5, *Titel* 3. *art.* 2) asas pelekatan (*natrekking)* terlihat dalam ketentuan tentang pemilikan tanah yang apabila diterjemahkan menyebutkan bahwa : "Apabila undang-undang tidak menentukan lain, hak milik atas tanah mencakup, sejauh undang-undang tidak menentukan lain:

a. Permukaan tanah;
b. Segala sesuatu yang berada di bawah lapisan bumi, air di dalam tanah yang berasal dari mata air atau berasal dari permukaan melalui pompa;
c. Air yang berada di atas tanah dan tidak berhubungan secara terbuka dengan pekarangan orang lain;
d. Bangunan dan pekerjaan yang melekat pada tanah yang menyatu secara langsung, sejauh tidak ada unsur benda tidak bergerak lainnya; dan
e. Tanaman yang melekat pada tanah.[98]

---

[96] Mahadi, *Falsafah Hukum Suatu Pengantar, Op.Cit.,* hlm. 113.
[97] *Ibid.*, hlm. 113.
[98] Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah Dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah Dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horizontal*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 73-74.

Apabila ketentuan NNBW dibandingkan dengan ketentuan BW lama yang dengan tegas menyatakan adanya asas *natrekking*, tetapi dalam NNBW memberikan alternatif dalam *natrekkingnya*, karena menyebutkan bahwa apabila undang-undang tidak menentukan lain, maka pemilikan atas tanah akan meliputi segala sesuatu yang berada atas tanah dan segala sesuatu yang berada di dalam tanah. Berkaitan dengan asas pelekatan ini, Kleyn mengatakan bahwa dalam pertumbuhan milik ada dua pokok, yaitu :

1. Pemilik suatu benda adalah pemilik semua bagian-bagiannya; dan
2. *Superficies solo cedit*, artinya tanaman-tanaman dan bangunan di bawah dan di atas tanah yang secara kekal dan menyatu dengan tanah, kecuali hal-hal yang diuraikan kemudian, adalah pemilik tanah.[99]

Selanjutnya Kleyn menyebutkan bahwa : "Orang dapat menembus ketentuan pelekatan itu misalnya apabila bangunan menjorok ke pekarangan tetangga, meskipun milik pemilik benda pokok, tetapi tetangga dapat menyatakan keberatan. Juga dapat dilakukan pemilikan tanaman di atas tanah milik orang lain, dalam hal itu hak *opstal* merupakan bentuk yang paling baik".

Jika konsep pelekatan vertikal ini dibandingkan dengan di negara lain, meskipun tidak dinyatakan secara tegas, hukum Inggris juga mengenal pelekatan vertikal dalam hukum pertanahannnya, yaitu bahwa tanah harus dilihat mempunyai volume, yaitu pemilikan tanah berarti juga terhadap bagian kedalaman tanah sampai ke pusat bumi (*downwards to the centre of the earth*) dan bagian atas tanah (*upwards to infinity)*, sehingga di dalam hukum Inggris, semua benda yang melekat pada tanah, seperti rumah, bangunan, tanaman adalah bagian dari tanah. Lawson dan Bernard Rudden menyebutkan bahwa : *"By land, then, the law understands all immovables property, fields, farms, houses, shops, faktoriesm and so on".*[100]

Berbeda dengan konsep hukum Eropa, asas pelekatan vertikal tidak dikenal dalam hukum adat, yang dikenal dalam hukum adat adalah asas pemisahan horisontal, dimana pemilikan atas tanah dan benda atau segala sesuatu

---

[99] Kleyn, W.M., *Op.Cit.*, hlm. 21.

[100] F.H. Lawson and Bernard Rudden, *The Law of Property*, Clarendon Press-Oxford, 1982, hlm. 21-22.

yang berada di atas tanah itu adalah terpisah. Asas pemisahan horisontal memisahkan tanah dan benda lain yang melekat pada tanah itu. Di dalam hukum adat benda terdiri atas benda tanah dan benda bukan tanah, dan yang dimaksud dengan tanah memang hanya tentang tanah saja (demikian pula pengaturan hukum tanah dalam UUPA) sesuatu yang melekat pada tanah dimasukkan ke dalam pengertian benda bukan tanah dan terhadapnya tidak berlaku ketentuan benda tanah.[101]

Di dalam hukum adat seseorang dapat menjadi pemilik pohon atau rumah di atas tanah milik orang lain. Hak untuk mempunyai dan mendiami rumah di atas tanah milik orang lain di samping rumah pemilik pekarangan (hak tersebut dapat dicabut kembali) disebut hak menumpang pekarangan (*rechts als bijwoner*), sedangkan hak mempunyai dan mendiami rumah di atas tanah milik orang lain yang tidak didiami pemilik tanah disebut hak menumpang rumah (*recht als opwoner).* Penumpang rumah atau pekarangan disebut indung, lindung, menumpang atau *magersari*.[102] Dengan demikian, asas pemisahan horisontal terlihat jelas dalam hak menumpang yang menunjukkan bahwa dalam menumpang itu orang tidak ada sangkut pautnya dengan tanah tersebut, meskipun orang tersebut tinggal di suatu rumah, tetapi antara rumah dengan tanah itu terlepas, demikian juga pohon-pohon dapat dijual maupun digadaikan terlepas dari tanahnya.[103] Terdapat kemungkinan orang menjual rumah atau pohon terlepas dari tanahnya, dan dalam hal penjualan rumah berarti rumah tersebut harus dipindahkan, yang di Jawa dikenal dengan istilah *adol bedol* (angkut, bongkar). Selain itu, ada juga istilah yang dikenal dengan *adol ngebregi* atau *gebroki,* yaitu menjual rumah untuk didiami oleh pembeli.[104]

KUH Perdata, dulu juga mengenal pemisahan horisontal yang diatur dalam Pasal 711, yang dikenal dengan hak *opstal* atau hak numpang karang yaitu hak untuk mendirikan bangunan atau tanaman di atas tanah orang lain. Vollmar mengatakan bahwa : "Hak *opstal* berasal dari Hukum Belanda Kuno yang disebut

---

[101] Djuhaendah Hasan, *Op.Cit.,* hlm. 75-76.
[102] Imam Sudiyat, *Hukum Adat Sketsa Asas, Op. Cit.,* hlm. 54.
[103] *Ibid.*
[104] *Ibid.,* hlm. 54.

"hak rumah" atau hak tempat tinggal, dan menurut asalnya merupakan sejenis pelengkap atas hak sewa atau pengepah (*pachter).* Dalam hak *opstal* ini orang yang mempunyai hak tersebut dapat mengharapkan adanya hak kebendaan tertentu atas bangunan, pekerjaan atau tanaman di atas tanah milik orang lain".[105]

Scholten melihat hak *opstal* sebagai satu-satunya dasar pemisahan horisontal dalam BW dan memberikan pengakuan adanya kemungkinan menjual dan menyerahkan rumah tanpa tanah, tetapi disebutkan pula hal ini adalah tidak mungkin, karena di dalam sistem hukum BW yang dibicarakan bukan penjualan rumah tetapi tentang pemberian hak *opstal.*[106] Berkaitan dengan hak *opstal* ini, Kleyn menyebutkan bahwa masalah yang selalu timbul adalah tentang status bangunannya setelah berakhirnya hak tersebut, dan dalam menyikapi masalah tersebut Keyn, menganjurkan agar dalam akta penetapan diatur tentang akibat berakhirnya hak *opstal* itu.[107] Mengenai persoalan tersebut, Pasal 715 KUH Perdata telah mengaturnya, yang menyebutkan bahwa : "Apabila hak *opstal* (hak numpang karang) itu berakhir maka bangunan dan tanaman akan menjadi pemilik pekarangan, dengan kewajiban membayar harganya. Hal tersebut berjalan apabila tidak diperjanjikan lain".

Kemudian Jac Hijma dan M.M. Olthof mengatakan bahwa : "*Opstal leidt tot horizontale scheiding van de eigendom van grond en opstal. De opstallen blijven onroerend krachtens*", yang dapat diterjemahkan sebagai berikut : "Bahwa *opstal* mengikuti pemisahan horisontal antara pemilik tanah dengan *opstal.* Bangunan-bangunan (*opstallen*) tersebut tetap merupakan benda tidak bergerak". Dikatakan pula bahwa : *"het eigendomrechts op de opstallen is afhankelijk van het opstalrecht zelf. Gaat het opstalrecht teniet, dan keert de eigendom van de opstallen van rechtswege zonder dat daartoe levering is vereist terug naar de eigenaar van de grond. Wel geeft de opstaller het ius tollendi; hij mag de opstllen wegnemen, mits hij de onroerende zaak in haar oude toestand terugbrengt*".

---

[105] Vollmar, H.F.A., *Pengantar Studi Hukum Perdata,* Jilid I, Terjemahan Adiwimarta, Rajawali, Jakarta, 1983, hlm. 266.
[106] A. Pitlo, *Tafsiran Singkat Tentang Beberapa Bab Dalam Hukum Perdata,* Alih Bahasa M. Moerasad, PT. Intermasa, Jakarta, 1979, hlm. 8.
[107] Kleyn, W.M., *Op.Cit.,* hlm. 42.

Dengan demikian menurut Jac Hijma dan M.M. Olthof, hak milik atas bangunan itu bergantung pada hak *opstal* itu sendiri. Dengan demikian berdasarkan NNBW apabila hak *opstal* itu telah berakhir maka bangunan atau tanaman-tanaman tersebut demi hukum akan beralih ke tangan pemilik tanah tanpa harus ada penyerahan, tetapi diakui bahwa para *opstaller* itu (pemilik bangunan atau tanaman) memiliki *ius tollendi*, yaitu dapat mengambil (membongkar) benda-benda tersebut dan mengembalikan benda tidak bergerak itu ke dalam keadaan seperti semula, yaitu apabila tidak diperjanjikan lain.[108]

Pada masa Hindia Belanda dulu, ada pula ketentuan yang berada di luar KUH Perdata yang menganut asas pemisahan horisontal yaitu *Bataviaasche Grondhuur Stb. 1916 No. 287*, yang memperkenankan membangun bangunan pada tanah milik orang lain berdasarkan ketentuan perjanjian sewa yang dibuat antara pemilik tanah dan penyewa. Bangunan yang didirikan di atas hak sewa itu dianggap terlepas dari tanahnya. Apabila masa hak sewa berakhir, bangunan dapat dibongkar kembali oleh pemiliknya.[109]

Berkaitan dengan penerapan asas pemisahan horisontal ini, beberapa sarjana memberikan pendapatnya tentang pengertian dan pemahaman asas pemisahan horisontal yang dianut oleh hukum adat antara lain dari Ter Haar, yang menyebutkan bahwa :

> "Hak milik atas tanah dan tumbuh-tumbuhan tertanam, pada asasnya terpisah dari hak atas tanah dimana benda itu berada. Seseorang dapat menjadi pemilik pohon dan rumah yang berada di atas pekarangan orang lain".[110]

Demikian pula Soepomo menyebutkan bahwa : "Menurut hukum adat tanaman merupakan benda yang terpisah dari tanah",[111] sedangkan Van Dijk mengatakan bahwa : "Hak atas tanah dan segala benda yang berada di atas tanah adalah dua soal yang berlainan, rumah dan pekarangan, tanah dan tanaman

---

[108] Djuhaendah Hasan, *Op.Cit.,* hlm. 79.

[109] Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Beberapa Masalah Pelaksanaan Lembaga Jaminan Khususnya Fiducia Di Dalam Praktek Dan Pelaksanaannya, Op. Cit.,* hlm. 128.

[110] Ter Haar, *Op. Cit.*, hlm. 117.

[111] R. Soepomo, *Hukum Perdata Adat Jawa Barat*, Terjemahan Nani Soewondo, Djambatan, Jakarta, 1967, hlm. 196.

masing-masing mungkin menjadi milik orang lain".[112] Demikian pula Teng Tjin Leng mengatakan bahwa :

> "Hukum adat mengandung prinsip pemisahan horisontal yang integral dan konsekuen bagi seluruh masalahnya, khususnya yang berhubungan dengan tanah dan benda serta tanaman di atasnya".[113]

Sehubungan dengan itu, Sudargo Gautama juga berpendapat bahwa :

> "Menurut hukum adat yang berlaku untuk tanah milik maka dibedakan antara tanah dan rumah atau bangunan yang didirikan di atasnya. Tanah dan rumah batu yang didirikan di atasnya dipandang terpisah bukan sebagai kesatuan sebagai yang ditentukan dalam hukum barat".[114]

Berdasarkan asas pemisahan horisontal itu UUPA hanya mengatur tentang tanah saja, dan tidak mengatur benda bukan tanah yang melekat padanya. Berkaitan dengan itu, Sri Soedewi Masjchoen Sofwan mengatakan bahwa : "UUPA khusus mengatur tanah, dan tidak mengatur benda lain yang melekat pada tanah".[115] Bahkan jika ditelaah lebih lanjut dengan melihat isi ketentuan UUPA sendiri dan semua peraturan pelaksanaannya, maka terlihat bahwa ketentuan-ketentuan tersebut hanya mengatur tanah saja dan tidak ada satupun dari peraturan UUPA tersebut yang mengatur hubungan tanah dengan benda lain yang melekat pada tanah. Sehubungan dengan itu dapat disimpulkan bahwa UUPA dan semua peraturan pelaksananya memang hanya mempunyai tujuan untuk mengatur tentang benda tanah saja. Hal ini dapat dipahami karena apabila UUPA menganut asas hukum adat, maka pengaturan tentang hukum tanahnya akan berlandaskan ketentuan hukum tanah adat yang hanya mengatur tentang tanah saja.

Berkaitan dengan hal tersebut, Sri Soedewi Masjchoen Sofwan memberikan penegasan bahwa karena dalam UUPA berdasarkan atas hukum adat, maka dalam UUPA tidak terdapat ketentuan mengenai status bangunan, atau

---

[112] Van Dijk, *Pengantar Hukum Adat Indonesia*, Cetakan Ketiga, Diterjemahkan oleh Soehardi, Vorkink-Van Hoeve, Bandung-S'Gravengage, hlm. 60.

[113] Teng Tjin Leng, *Azas "Pemisah Secara Horizontal" Dalam Hukum Tanah Indonesia Sebelum Dan Sesudah UUPA*, Majalah Hukum No. 5 Tahun ke-4, 1978, hlm. 81.

[114] Sudargo Gautama, *Masalah Agraria*, Alumni, Bandung, 1973, hlm. 57.

[115] Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan Di Indonesia, Pokok-pokok Hukum Jaminan Dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta, 1980, hlm. 16-17.

rumah yang berdiri di atas tanah itu. Berdasarkan asas pemisahan horisontal tersebut memungkinkan pemilikan dan peralihan benda-benda di atas tanah itu terlepas dari tanahnya.[116]

Selanjutnya penerapan asas pemisahan horisontal dalam ketentuan UUPA dapat terlihat secara jelas pada ketentuan Pasal 35 tentang Hak Guna Bangunan, Pasal 28 tentang Hak Guna Usaha, Pasal 41 tentang Hak Pakai, dan Pasal 44 tentang Hak Sewa Untuk Bangunan. Di dalam ketentuan-ketentuan tersebut, seseorang dapat mendirikan bangunan di atas tanah milik orang lain, sehingga pemilikan atas bangunan berbeda dengan pemilikan atas tanahnya.

Negara lain yang mengenal asas pemisahan horisontal adalah Jepang, meskipun tidak dinyatakan secara tegas. Di dalam hukum Jepang, pemilikan atas tanah dan atas bangunan atau tanaman dapat terpisah, karena itu di Jepang rumah dan tanaman mempunyai identitas tersendiri dengan sertifikat terpisah dari sertifikat tanahnya. Hal ini terlihat dalam ketentuan peraturan tentang tata cara pendaftaran bagi benda-benda yang tergolong dalam jenis benda tetap (*Immovables Registration Law*).[117] Di dalam tata cara pendaftaran benda tetap, pendaftaran atas tanah tidak meliputi benda yang melekat padanya, oleh karena itu di Jepang tanah dan bangunan didaftar secara terpisah, bahkan tanaman dapat menjadi benda terdaftar dan dilakukan pendaftaran tersendiri terpisah dari tanahnya.[118] Di Jepang tanah dapat dijaminkan terlepas dari bangunan yang berdiri di atasnya, demikian pula gedung atau bangunan karena memiliki identitas sendiri sehingga dapat dihipotek tanpa tanahnya, bahkan tanaman terdaftar dapat juga menjadi objek hipotek. Dalam penggunaan permukaan bumi di Jepang, terdapat hak untuk menggunakan tanah milik orang lain, seperti menanaminya (*Civil Code Article 265),* hak untuk mengelola dan membangun di atas tanah milik orang lain (*Civil Code Article 270),* dan juga memperkenankan untuk

---

[116] Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Beberapa Masalah Pelaksanaan Lembaga Jaminan Khususnya Fiducia Di Dalam Praktek Dan Pelaksanaannya, Op.Cit.,* hlm. 147.

[117] *The Immovables Registration Law,* Law No. 24 Februari 1899.

[118] *The Immovables Registration Law,* Law No. 24 Februari 1899, dan *Law Relating To Standing Timbers,* Law No. 22 April 5, 1909.

penggunaan tanah milik orang lain sebagai jalan (*servitude) (Civil Code Article 280*).

Meskipun telah dapat disimpulkan melalui berbagai penafsiran dan penelaahan secara ilmiah oleh para teoritisi bahwa UUPA menganut asas pemisahan horisontal, tetapi belum dapat sepenuhnya diterima oleh para praktisi, sehingga masih banyak pihak yang meragukan tentang penerapan asas pemisahan horisontal dalam UUPA tersebut. Untuk menjawab keraguan tersebut maka salah satu aturan yang merupakan pengimplementasian asas pemisahan horisontal dalam UUPA yaitu diundangkannya Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Dan Benda-benda Lain Yang Berkaitan Dengan Tanah, sebagai aturan yang mencabut ketentuan hipotek yang diatur dalam hukum Barat.

Bahkan sesuai dengan pendapat yang disampaikan Djuhaendah Hasan, bahwa penerapan asas pemisahan horisontal akan lebih bermanfaat bagi pengembangan pembangunan terutama di pusat-pusat perkotaan, dimana tanah makin terasa semakin sempit, sedangkan pertumbuhan penduduk makin meningkat dengan pesat. Demikian juga untuk keperluan pembangunan kawasan-kawasan, seperti kawasan industri, kawasan perdagangan, pembangunan gedung atau bangunan perkantoran, yang tidak selalu harus dilakukan melalui pembebasan atau pencabutan hak atas tanah seperti yang dilakukan sekarang ini, yang justru merugikan hak-hak masyarakat. Dengan penerapan asas pemisahan horisontal ini, masyarakat luas tidak akan dirugikan dengan gerak pembangunan yang ada, serta akan memecahkan atau mencegah timbulnya masalah seperti "Pengusuran/pembebasan tanah" yang dipaksakan agar pemilikan tanah dan bangunan di satu tangan, yang justru merugikan hak-hak masyarakat.

Melalui asas pemisahan horisontal ini, diharapkan masyarakat tetap dapat menikmati hasil tanahnya, baik melalui perjanjian sewa menyewa atau melalui konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), yaitu suatu kemitraan usaha dengan cara mengajak pemilik tanah tersebut untuk ikut berpartisipasi dalam pembangunan suatu proyek atau kawasan, dimana pemilik hak atas tanah dapat menyerahkan tanah miliknya sebagai modal usaha. Melalui

asas pemisahan horisontal yang diwujudkan dalam konsep BOT tersebut para pengusaha yang membutuhkan lahan untuk kegiatan usahanya tidak perlu memiliki suatu hak atas tanah, tetapi cukup menyewa kepada pemilik hak atas tanah. Dengan demikian, masyarakat pemilik hak atas tanah akan dengan sukarela menyerahkan tanahnya, karena tidak akan dirugikan dan tidak akan kehilangan haknya bahkan masyarakat dapat secara bersama-sama turut serta berpartisipasi dalam pelaksanaan pembangunan nasional, serta dapat memperoleh keuntungan dari pertambahan nilai tanah yang terjadi karena pembangunan tersebut, bahkan melalui konsep BOT ini, jika masa BOT atau konsesi telah berakhir, pemilik hak atas tanah dapat memiliki bangunan beserta fasilitas-fasilitas yang mendukung bangunan tersebut.

BAB III
ASAS KESEIMBANGAN DALAM SISTEM HUKUM PERJANJIAN NASIONAL

A. Pengertian dan Ruang Lingkup Hukum Perjanjian.

1. Pengertian dan Dasar Hukum Perjanjian.

Upaya manusia untuk memenuhi berbagai kepentingan, salah satu wujudnya berupa kontrak. Dalam KUH Perdata kontrak/perjanjian diatur dalam Buku III tentang Perikatan *(van verbintenissen*) Pasal 1233 – Pasal 1864. Di dalam kepustakaan hukum Indonesia terdapat beberapa istilah untuk menterjemahkan "*verbintenis"* dan "*overeenkomst*", misalnya :

1. Subekti dan Tjitrosudibio dalam Buku Kitab Undang-undang Hukum Perdata mengemukakan istilah perikatan untuk *verbintenis* dan persetujuan untuk *overeenkomst*;
2. Utrecht dalam bukunya Pengantar Dalam Hukum Indonesia memakai istilah perutangan untuk *verbintenis* dan perjanjian untuk *overeenkomst;* dan
3. Achmad Ichsan dalam bukunya Hukum Perdata IB menterjemahkan *verbintenis* dengan perjanjian dan *overeenkomst* dengan persetujuan.[119]

Berpijak pada uraian tersebut untuk *verbintenis* dikenal tiga istilah Indonesia, yaitu perikatan, perutangan, dan perjanjian, sedangkan untuk *overeenkomst* dipakai dua istilah yaitu perjanjian dan persetujuan. Lahirnya istilah *overeenkomst* yang menurut istilah Indonesia adalah perjanjian dan persetujuan, didasarkan kepada salah satu asas dalam perjanjian sebagaimana disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata tentang asas kebebasan berkontrak dan juga didasarkan kepada kata kerja *overeenkomst* itu sendiri yaitu *overeenkomen* yang artinya sepakat dan setuju. Dengan adanya dua istilah terjemahan untuk *overeenkomst* tersebut, tidak perlu dijadikan suatu permasalahan, karena suatu perjanjian juga dinamakan persetujuan, dimana dua pihak setuju untuk

[119] R. Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Binacipta, Bandung, 1978, hlm. 1.

melaksanakan sesuatu, sehingga dapat dikatakan bahwa dua pengertian tersebut mempunyai arti yang sama.[120]

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya bahwa Buku III KUH Perdata mempergunakan judul "Perikatan/*verbintenissen",* namun demikian tidak ada satu pasal pun yang memberikan pengertian tentang perikatan. Dalam perkembangannya pengertian perikatan tersebut dapat dilihat definisi Hoffman sebagaimana dikutif oleh R. Setiawan yang menyatakan bahwa:

> "Perikatan adalah hubungan hukum antara terbatas sejumlah subjek-subjek hukum, sehubungan dengan itu seseorang atau beberapa orang daripadanya (debitur atau para kreditur) mengikatkan dirinya untuk bersikap menurut cara-cara tertentu terhadap pihak yang lain, yang berhak atas sikap yang demikian itu".[121]

Kemudian, Pitlo menyatakan perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditur) dan pihak lain berkewajiban (debitur) atas sesuatu prestasi.[122] Berbeda dengan perikatan yang rumusannya tidak diatur dalam Undang-undang, untuk perjanjian rumusannya diatur dalam Pasal 1313 KUH Perdata, yang berbunyi sebagai berikut : "Perjanjian adalah suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang atau lebih". Menurut R. Setiawan, rumusan tersebut selain tidak lengkap juga sangat luas. Tidak lengkap karena hanya menyebutkan persetujuan sepihak saja. Sangat luas karena dengan dipergunakannya perkataan "perbuatan" tercakup juga perwakilan sukarela dan perbuatan melawan hukum. Sehubungan dengan itu, perlu kiranya diadakan perbaikan mengenai definisi tersebut, yaitu :

a. Perbuatan harus diartikan sebagai perbuatan hukum, yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum;
b. Menambahkan perkataan "atau saling mengikatkan dirinya", dalam Pasal 1313 KUH Perdata.

---

[120] R. Subekti, *Hukum Perjanjian,* PT. Pembimbing Masa, Jakarta, 1972, hlm. 1.
[121] R. Setiawan, *Op.Cit.,* hlm. 2.
[122] R.M. Suryodiningrat, *Asas-asas Hukum Perikatan*, Cet. Kedua, Tarsito, Bandung, 1985, hlm. 14.

Berdasarkan hal tersebut, maka sebaiknya rumusan perjanjian adalah sebagai berikut : "Persetujuan adalah suatu perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih".[123] Lebih lanjut pengertian perjanjian dikemukakan oleh Subekti, yang menyebutkan : "Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal".[124]

Selain istilah perjanjian dikenal pula istilah kontrak, yang berasal dari bahasa Inggris "*contract*". Dalam bahasa Indonesia sebenarnya istilah kontrak sudah lama dikenal, dan bukan merupakan istilah yang asing. Misalnya dalam hukum nasional dikenal "kebebasan berkontrak", bukan "kebebasan perjanjian", hanya dewasa ini, istilah "hukum kontrak" memiliki konotasi sebagai berikut :

1. Hukum kontrak dimaksudkan sebagai hukum yang mengatur tentang perjanjian-perjanjian tertulis semata-mata;
2. Hukum kontrak dimaksudkan sebagai hukum yang mengatur tentang perjanjian-perjanjian dalam dunia bisnis semata-mata; dan
3. Hukum kontrak semata-mata dimaksudkan sebagai hukum yang mengatur tentang perjanjian-perjanjian yang prestasinya dilakukan oleh kedua belah pihak, sehingga akan janggal jika digunakan istilah kontrak, misalnya untuk "kontrak hibah".[125]

Berkaitan dengan istilah kontrak di atas, meskipun memiliki konotasi yang beragam, tetapi dalam sistem hukum nasional istilah "kontrak" atau "perjanjian" memiliki pengertian yang sama seperti halnya di Belanda tidak dibedakan antara pengertian "*contract*" dan "*overeenkomst".*[126]

Black's Law Dictionary, merumuskan kontrak sebagai berikut : *"An agreement betwen two or more persons which creates an obligation to do nor to do a particular thing",* yang dapat diartikan bahwa kontrak merupakan suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk

---

[123] R. Setiawan, *Op.Cit.,* hlm. 49.
[124] R. Subekti, *Hukum Perjanjian , Op.Cit.,* hlm. 1.
[125] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis),* Buku Kesatu, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 2-3.
[126] Johannes Ibrahim, *Pengimpasan Pinjaman (Kompensasi) Dan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Kredit Bank*, CV. Utomo, Bandung, 2003, hlm. 26.

melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan tertentu.[127] Dengan demikian, suatu kesepakatan berupa perjanjian atau kontrak pada hakikatnya adalah mengikat, bahkan sesuai dengan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, kesepakatan ini memiliki kekuatan mengikat sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.[128]

Ada beberapa aliran atau mazhab dalam filsafat hukum yang menyebutkan dasar mengikatnya suatu kontrak, yaitu sebagai berikut :

a. Mazhab Hukum Alam.

Mazhab hukum alam merupakan mazhab tertua yang berupaya menjelaskan hakikat mengikatnya hubungan-hubungan perdata (privat) berupa kontrak ini. Menurut salah satu pendukung aliran mazhab hukum alam, yaitu Hugo Grotius, menyebutkan bahwa : "Kekuatan mengikat suatu kontrak berasal dari hukum alam, dimana menurut hukum alam, kontrak tidak lain adalah kesepakatan timbal balik para pihak (*mutual compact)* yang memiliki daya mengikat dari hukum alam".[129] Filsuf ternama lain penganut mazhab hukum alam ini yang memberikan pendapatnya mengenai hakikat mengikatnya suatu kontrak yaitu Pufendorf, yang berpendapat bahwa : "Kontrak melahirkan hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak. Berdasarkan hal ini, maka keadilan memberikan tuntutan bahwa kedua belah pihak harus melaksanakan kontrak itu, dan apabila terdapat pelanggaran, maka akan disusul dengan hukuman".[130]

Kemudian Filsuf John Locke yang dianggap sebagai pembentuk aliran yang berpengaruh di Inggris yaitu *Utilitarianisme* dengan dasar filosofinya *Eudaemonia* (kebahagiaan) memberikan tanggapannya

---

[127] Henry Campbell Black, *Black Law Dictionary*, Sixth Edition, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1990, hlm. 322.

[128] Huala Adolf, *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2006, hlm. 15.

[129] Hugo Grotius, *On the Rights of War and Peace*, Dalam Clarence Morris (ed), The Great Legal Philosophers: Selected Readings in Jurisprudence, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1959, hlm. 84.

[130] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cetakan Kelima Belas, Kanisius, Yogyakarta, 2006, hlm. 73.

terhadap pandangan aliran hukum alam mengenai hakikat mengikatnya hubungan-hubungan perdata (privat) berupa kontrak ini, yaitu bahwa manusia memiliki kebebasan penuh dalam menggunakan haknya, namun demikian karena manusia itu juga bersifat sosial yang tidak dapat hidup sendiri, tetapi membutuhkan manusia lainnya, maka ketika haknya yang merupakan jaminan kebahagiaan dilanggar, memiliki hak untuk mempertahankannya, dengan cara memberikan hukuman / sanksi sesuai dengan tingkat pelanggarannya, agar orang tersebut tidak melakukan pelanggaran serupa. [131]

Lebih lanjut John Locke berpendapat bahwa : "Prinsip janji harus dihormati (*keeping of faith*) tidak lain adalah prinsip yang berasal dari hukum alam. Janji orang perorangan tersebut menurutnya tidak cukup digantungkan kepada para pihak. John Locke berpendapat peran negara sangat perlu, dimana negara harus berfungsi sebagai pengawal hukum. Untuk itu, orang perorangan perlu menyerahkan sebagian dari hak-hak primitifnya kepada negara, yakni pelaksanaan hak untuk menghukum secara pribadi".[132]

2. Mazhab Viena (Hans Kelsen)

Salah seorang sarjana terkemuka yang menjelaskan hakikat mengikatnya kontrak ini adalah Hans Kelsen, melalui mazhabnya dalam kontrak yang dikenal sebagai "Doktrin Transaksi" atau "Tindakan Hukum" (*Legal Transaction* atau *Juristic Act).*[133] Doktrin ini terbagi ke dalam dua bentuk, yaitu : Pertama, Transaksi hukum sebagai tindakan yang menciptakan hukum dan yang menerapkan hukum; dan bentuk kedua, dari doktrin transaksi hukum ini adalah kontrak.[134]

Pada transaksi hukum sebagai tindakan yang menciptakan hukum *(law creating act),* maka individu diberi wewenang oleh hukum untuk

---

[131] Thoga H. Hutagalung, *Hukum Dan Keadilan Dalam Pemahaman Filsafat Pancasila Dan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi, Unpad, Bandung, 1995, hlm. 66.
[132] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Op. Cit., hlm. 83.*
[133] Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard U.P., Cambridge, 1949.
[134] *Ibid*., hlm. 136 dan 140.

mengatur tindakan-tindakan tertentu secara sah, dan agar tindakan-tindakan tersebut sah maka para pihak harus memenuhi norma-norma hukum, sehingga tindakan tersebut melahirkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang terlibat dalam transaksi tersebut. Bahkan dalam melakukan transaksi hukumnya para pihak pun diberikan otonomi hukum tertentu yang disebut oleh Hans Kelsen sebagai otonomi para pihak *(private autonomy).* Kemudian pada saat yang sama tindakan berupa transaksi hukum tersebut di dalamnya bukan hanya menciptakan hukum saja, tetapi juga di dalamnya terdapat tindakan penerapan hukum (*law applying act).* Apabila hak serta kewajiban tersebut dilanggar maka dapat menimbulkan suatu sanksi. Adapun bentuk kedua dari doktrin transaksi hukum menurut Hans Kelsen ini adalah kontrak, yaitu transaksi hukum yang bersifat hukum perdata semata-mata (*legal transaction of civil law)*, dimana di dalamnya harus terdapat suatu pernyataan kehendak dari dua atau lebih individu yang diterima oleh pihak lainnya, sehingga Hans Kelsen menyebutnya sebagai transaksi hukum dua pihak (*two sided legal transactions).*

3. Mazhab Positivisme Yuridis (Rudolf von Jhering).

Rudolf von Jhering, merupakan salah seorang yang mempelopori secara gigih mazhab positivisme yuridis, yang berpendapat bahwa satu-satunya hukum yang diterima sebagai hukum merupakan tata hukum, sebab hanya hukum inilah dapat dipastikan kenyataannya. Berkaitan dengan kontrak, Rudolf van Jhering melihat kontrak tidak lain daripada suatu janji (*promise)*, yang memiliki kekuatan hukum, yang berasal dari janji-janji yang dibuat para pihak itu sendiri.[135]

[135] Rudolf van Jhering, *Law as a Means to an End*, Dalam Clarence Morris (ed.), *The Great Legal Philosophers : Selected Reasings in Jurisprudence*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1959, hlm. 406.

Di samping itu, terdapat beberapa teori hukum yang menjelaskan hakikat mengikatnya kontrak. Teori-teori tersebut adalah sebagai berikut :

1. Teori Kehendak (*will theory*).
2. Teori Persetujuan (*the bargain theory*).
3. Teori Kesetaraan (*the equivalent theory*).
4. Teori Kerugian (*injurious-reliance theory*).[136]

Menurut teori kehendak, suatu kesepakatan mengikat karena para pihak menghendakinya untuk mengikatkan diri. Berbeda dengan teori pertama, yaitu teori kehendak, menurut teori persetujuan, suatu kontrak bukan kehendak para pihak, tetapi persetujuan para pihak, dan persetujuan tersebut menjadi mengikat sepanjang yang telah disepakati para pihak. Ada pun teori ketiga menyatakan bahwa para pihak dalam kesepakatan tersebut telah memberikan kesetaraan (kesamaan) bagi masing-masing pihak, dan teori keempat menyatakan bahwa kesepakatan itu mengikat karena para pihak telah menyatakan dirinya untuk bersikap dan bertindak menurut cara-cara tertentu terhadap pihak lain yang berhak atas sikap demikian itu, dan pelanggaran atas janji tersebut akan menimbulkan kerugian.

Dari keempat teori hukum tentang mengikatnya kontrak, teori yang lebih tepat diterima adalah teori pertama, yaitu teori kehendak (*will theory).* Hal ini sejalan dengan pendapat yang disampaikan oleh sarjana terkemuka Indonesia, Subekti yang berpendapat bahwa : "Perikatan yang lahir dari suatu perjanjian, memang dikehendaki oleh dua orang atau dua pihak yang membuat perjanjian, meskipun betul apabila salah satu pihak tidak melaksanakan perjanjiannya maka akan dikenakan sanksi, tetapi sanksi itu baru dapat diberlakukan apabila pihak tersebut telah terlebih dahulu menyatakan persetujuan atau kehendaknya".[137]

Merujuk pada Pasal 1233 KUH Perdata, perikatan tersebut bukan hanya bersumber pada perjanjian, tetapi juga bersumber pada undang-undang. Berkaitan dengan hal tersebut, menurut pendapat Diephuis, Asser dan Syuling sebagaimana

---

136 Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale UP., 1954, hlm. 150.

137 R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, *Op.Cit*., hlm. 3; Riduan Syahrani, *Seluk Beluk Dan Asas-asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 211

dikutif R, Soetojo Prawirohamidjojo, bahwa antara perikatan yang bersumber dari perjanjian dan perikatan yang bersumber dari undang-undang pada hakikatnya tidak ada perbedaan, sebab semua perikatan meskipun bersumber pada perjanjian, pada hakikatnya baru mempunyai kekuatan sebagai perikatan karena diakui oleh undang-undang dan apabila ada pelanggaran terhadap perjanjian tersebut, akan mendapatkan sanksi dari undang-undang.[138] Meskipun demikian menurut penulis-penulis yang lebih muda seperti Van Brakel, Losecaat-Vermeer dan Hofmann, Opstaal, kedua macam perikatan itu tetap ada perbedaannya. Pada perikatan yang bersumber dari undang-undang, perikatan itu diciptakan secara langsung karena suatu keadaan tertentu atau kejadian dan memikulkan suatu kewajiban dengan tidak menghiraukan kehendak orang yang harus memenuhinya, sedangkan pada perikatan yang bersumber dari perjanjian, meskipun mendapat sanksi dari undang-undang, tetapi keharusan untuk memenuhi kewajiban barulah tercipta setelah yang bersangkutan yang harus memenuhinya memberikan persetujuan atau menghendakinya.[139]

Vollmar, Pitlo, H. Drion dan Meyers, dalam ajaran umumnya menyatakan bahwa tidak ada pertentangan *(tegenstelling)* yang hakiki antara perikatan yang bersumber dari perjanjian dan perikatan yang bersumber dari undang-undang, karena pada akhirnya undang-undang yang memberikan sanksinya meskipun yang menjadi sumbernya perjanjian. Dari kedua sumber perikatan tersebut, perjanjian merupakan salah satu sumber perikatan yang terpenting, sebab dengan perjanjian pihak-pihak mempunyai kebebasan untuk membuat segala macam perikatan baik perikatan yang bernama sebagaimana yang tercantum dalam titel V sampai dengan titel XVIII Buku III KUH Perdata maupun perikatan yang tidak bernama yaitu perikatan yang belum diatur secara khusus dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata/Undang-undang lainnya.

Dengan adanya kebebasan berkontrak yang disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, maka kedudukan rangkaian pasal-pasal Buku III KUH Perdata khususnya pasal-pasal titel V sampai dengan XVIII banyak yang hanya

---

[138] R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Hukum Perikatan*, Bina Ilmu, Surabaya, 1979, hlm. 20.
[139] *Ibid*., hlm. 20.

bersifat sebagai hukum pelengkap (*anvulled recht)* saja, artinya pasal-pasal tersebut boleh dikesampingkan sekiranya para pihak pembuat perjanjian menghendakinya, dan para pihak pembuat perjanjian diperbolehkan menciptakan ketentuan sendiri untuk mengatur kepentingan para pihak sesuai dengan apa yang para pihak kehendaki. Pasal-pasal di dalam Buku III KUH Perdata tersebut baru mengikat para pihak, jika para pihak tidak mengaturnya secara sendiri kepentingannya atau mengaturnya dalam perjanjian tetapi tidak lengkap, maka hal-hal yang tidak diatur tersendiri itu diberlakukan pasal-pasal hukum perikatan.

Di dalam suatu perjanjian, lazimnya memiliki unsur-unsur sebagai berikut: (1) Bagian inti disebut *essentialia,* (2) bagian *non* inti yang terdiri dari *naturalia* dan *aksedentalia.*[140] *Essentialia* yaitu bagian yang harus ada dalam suatu perjanjian, jika bagian ini tidak ada maka perjanjian yang dikehendaki oleh para pihak tidak akan tercipta atau terwujud, misalnya jika dalam perjanjian jual beli adalah adanya barang yang menjadi objek perjanjian serta harga dari barang tersebut.

Naturalia yaitu bagian yang oleh undang-undang dikatakan sebagai bagian yang bersifat mengatur. Berdasarkan unsur *naturalia* tersebut para pihak yang membuat perjanjian tidak terikat kepada ketentuan pasal-pasal di dalam Buku III KUH Perdata, tetapi para pihak boleh mengesampingkan aturan-aturan tersebut dan mengatur kepentingannya sesuai dengan kesepakatan para pihak dan apabila para pihak telah mengaturnya secara tersendiri, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, perjanjian tersebut mengikat para pihak sebagaimana ketentuan undang-undang, seperti masalah pengaturan risiko menurut ketentuan Pasal 1460 KUH Perdata atau masalah penyerahan barang sesuai dengan ketentuan Pasal 1477 KUH Perdata. Ada pun *aksidentalia* yaitu bagian dimana undang-undang tidak mengaturnya secara tersendiri, tetapi ditambahkan oleh para pihak dalam perjanjian.

---

[140] Mariam Darus Badrulzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan,* Alumni, Bandung, 1996, hlm. 99.

2. Macam-macam Perikatan.

Sebagaimana telah disebutkan di atas bahwa perikatan adalah hubungan hukum antara terbatas sejumlah subjek-subjek hukum, sehubungan dengan itu seseorang atau beberapa orang daripadanya (debitur atau para kreditur) mengikatkan dirinya untuk bersikap menurut cara-cara tertentu terhadap pihak lain, yang berhak atas sikap yang demikian itu.[141] Menurut Ilmu Pengetahuan Hukum Perdata, perikatan dapat dibedakan atas beberapa macam :[142]

a. Menurut isi daripada prestasinya, yang dibagi ke dalam perikatan-perikatan sebagai berikut :

1. Perikatan positif dan negatif.

Sebagaimana diketahui bahwa semua perjanjian selalu mengandung kewajiban untuk memberikan/menyerahkan sesuatu, mengerjakan sesuatu, atau tidak mengerjakan sesuatu.

Pada perikatan yang prestasinya berupa memberikan sesuatu dan berbuat sesuatu, maka perikatan tersebut disebut perikatan positif, sedangkan pada perikatan yang prestasinya untuk tidak berbuat atau tidak mengerjakan sesuatu disebut perikatan negatif.

Adapun contoh-contoh dari perikatan di atas, yaitu perjanjian yang dilakukan oleh dua orang untuk mengadakan perjanjian jual beli, maka persetujuan itu menimbulkan perjanjian untuk memberikan /menyerahkan sesuatu, sebaliknya dalam persetujuan kerja *(arbeidsovereenkomsten*) menimbulkan perjanjian untuk mengerjakan sesuatu. Demikian juga, ketika dua orang penjual barang-barang yang sama jenisnya mengadakan persetujuan untuk tidak saling melakukan persaingan, maka hal ini termasuk dalam perikatan untuk tidak melakukan sesuatu.[143]

---

[141] R. Setiawan, *Op.Cit.,* hlm. 2.

[142] Riduan Syahrani, *Op.Cit.*, hlm. 213-217; J. Satrio, *Hukum Perikatan Pada Umumnya*, PT. Alumni, Bandung, 1999, hlm. 79-82.

[143] Moch. Chidir Ali, H. Achmad Samsudin, dan Mashudi, *Pengertian-pengertian Elementer Hukum Perjanjian Perdata*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1993, hlm. 140.

2. Perikatan sepintas lalu dan berkelanjutan.

   Perikatan sepintas lalu adalah perikatan yang pemenuhan prestasinya cukup hanya dilakukan dengan satu perbuatan saja dan dalam waktu yang singkat tujuan perikatan telah tercapai. Contoh perikatan sepintas lalu ini adalah perjanjian jual beli, dimana perjanjian ini akan berakhir sekejap setelah barang yang dibeli diserahkan serta harga yang disetujui telah dibayar. Berbeda dengan perikatan berkelanjutan dimana prestasinya berkelanjutan untuk beberapa waktu, misalnya perikatan-perikatan yang timbul dari perjanjian-perjanjian sewa menyewa dan perburuhan (perjanjian kerja). Kewajiban pemenuhan prestasi dari perjanjian tersebut berlangsung lama sesuai dengan jangka waktu yang ditentukan.

3. Perikatan alternatif.

   Perikatan alternatif adalah perikatan dimana debitur dibebaskan untuk memenuhi satu dari dua atau lebih prestasi yang disebutkan dalam perjanjian. Namun, debitur tidak boleh memaksakan kreditur untuk menerima sebagian dari barang yang satu dan sebagian dari barang lain, dan pemenuhan dari salah satu prestasi menyebabkan perikatan berakhir.

   Hal yang memudahkan untuk mengetahui suatu perjanjian bersifat alternatif, apabila dalam perjanjian itu terselip pengertian “atau”. Umpamanya dalam perjanjian *pach*, prestasi yang berupa sewa dapat dibayar dengan sejumlah uang “atau” sejumlah hasil tanah tersebut. Namun demikian, sebagaimana telah dikemukakan debitur tidak dapat memaksa supaya kreditur menerima sebagian uang sewa dan sebagian lagi berupa hasil tanah tersebut.

   Selanjutnya dalam perjanjian alternatif ini, bila hak memilih itu tidak ditentukan secara tegas, maka pemenuhan prestasi terletak pada kehendak debitur. Pilihan baru terletak di pihak kreditur jika hak itu secara tegas ditentukan dalam perjanjian.

4. Perikatan fakultatif.

   Perikatan fakultatif adalah perikatan yang hanya mempunyai satu objek prestasi, dimana debitur mempunyai hak untuk mengganti dengan prestasi yang lain, bilamana debitur tidak mungkin memenuhi prestasi yang telah ditentukan semula. Misalnya debitur diwajibkan menyerahkan sebuah rumah, akan tetapi bila penyerahan "tidak mungkin" dilakukan, prestasi itu dapat diganti dengan sejumlah uang. Dengan penyerahan uang sebagai pengganti, berarti debitur telah melaksanakan prestasi yang sempurna.

5. Perikatan generik dan spesifik.

   Perikatan generik adalah perikatan dimana objeknya hanya ditentukan "jenis" dan "jumlah" barang yang harus diserahkan debitur kepada kreditur. Pada perjanjian generik, dalam memenuhi kewajibannya, debitur tidak berkewajiban untuk menyerahkan jenis yang "terbaik", walaupun demikian debiturpun tidak boleh menyerahkan jenis yang "terburuk".

   Kemudian yang dimaksud dengan perikatan spesifik adalah perikatan dimana objeknya ditentukan secara terinci sehingga tampak ciri-ciri khusus dari objek yang menjadi kewajiban debitur. Dengan penyerahan benda sesuai ciri-ciri khusus tadi sebagaimana adanya, debitur terbebas dari kewajibannya.

   Urgensi atau pentingnya membedakan antara perjanjian generik dan spesifik berhubungan dengan persoalan risiko, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1460 dan Pasal 1461 KUH Perdata. Sesuai dengan ketentuan Pasal 1460 KUH Perdata, pada perjanjian spesifik, jika barang yang dijual terdiri dari barang tertentu, maka pada saat pembelian barang berlangsung, barang-barang itu beralih menjadi tanggungan si pembeli sekalipun penyerahan barang belum terjadi, dan penjual dengan demikian berhak menagih pembayaran dari si pembeli. Akan tetapi, pada perjanjian generik,

risiko jual beli sebagaimana diatur dalam Pasal 1461 KUH Perdata, dimana jika barang yang menjadi objek jual beli dilakukan dengan "timbangan" atau "bilangan" ataupun dengan "ukuran", maka barang-barang itu masih tetap menjadi tanggungan pihak penjual sampai saat ketika barang-barang itu sudah ditimbang, dihitung, dan diukur.

6. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi.

   Perikatan yang dapat dibagi adalah perikatan yang prestasinya dapat dibagi, pembagian mana tidak boleh mengurangi hakikat prestasi itu, sedangkan perikatan yang tidak dapat dibagi adalah perikatan yang apabila prestasinya dibagi akan mengubah sifat hakikat prestasi itu.

b. Menurut subjeknya, perikatan dibagi ke dalam :

1. Perikatan tanggung menanggung (tanggung renteng).

   Perikatan tanggung menanggung adalah perikatan dimana debitur dan/atau kreditur terdiri dari beberapa orang. Jika debiturnya yang terdiri dari beberapa orang dan hal ini yang paling lazim, maka tiap-tiap debitur dapat dituntut untuk memenuhi seluruh prestasi, dan dengan dipenuhinya seluruh prestasi oleh salah seorang debitur kepada kreditur, perikatan menjadi hapus.

   Apabila krediturnya terdiri dari dua orang atau lebih, maka setiap kreditur tersebut masing-masing berhak menagih "seluruh" prestasi terhadap debitur, dan dengan pemenuhan prestasi tadi kepada salah satu kreditur membebaskan debitur terhadap pelaksanaan perjanjian terhadap kreditur selebihnya. Keadaan ini disebut dengan perjanjian tanggung menanggung yang aktif sebagaimana diatur dalam Pasal 1278 KUH Perdata.

   Berbeda dengan perjanjian tanggung menanggung aktif, pada perjanjian tanggung menanggung pasif sebagaimana diatur dalam Pasal 1280 KUH Perdata, debiturnya terdiri dari dua orang atau

lebih berhadapan dengan kreditur, dimana masing-masing debitur dapat dituntut/ditagih melaksanakan "seluruh" prestasi. Jika salah seorang debitur telah memenuhi seluruh prestasi perjanjian, berarti membebaskan debitur-debitur selebihnya atas kewajiban pelaksanaan perjanjian.

Menurut ketentuan Pasal 1282 KUH Perdata, perjanjian tanggung menanggung (tanggung renteng) dapat terjadi karena :

a) Kehendak para pihak.

   Perjanjian tanggung menanggung yang terjadi karena pernyataan kehendak para pihak dapat dituangkan baik dalam persetujuan (*overeenkomst)* maupun dalam suatu testamen, dan hal ini baru dianggap ada pada pihak debitur jika hal itu secara "tegas" dinyatakan. Tidak boleh hanya anggapan saja.

b) Ketentuan undang-undang.

   Pada umumnya perjanjian tanggung menanggung yang terjadi karena undang-undang bersifat perjanjian tanggung menanggung pasif, yaitu "debitur" masing-masing bertanggung jawab "seluruhnya" atas pemenuhan prestasi/hutang. Contohnya adalah sebagai berikut :

   1) Pasal 1016 KUH Perdata, dimana setiap pelaksana testamen, masing-masing bertanggung jawab atas "seluruh" urusan pelaksanaannya.
   2) Pasal 1749 KUH Perdata, dimana peminjam yang terdiri dari beberapa orang, masing-masing wajib bertanggung jawab atas kerusakan barang yang dipinjam.
   3) Pasal 1811 KUH Perdata, dimana jika beberapa orang mengangkat seorang kuasa, masing-masing pemberi kuasa tersebut secara tanggung

menanggung bertanggung jawab atas segala akibat pemberian kuasa tadi.[144]

c) Ada juga yang berpendapat, selain dari pernyataan kehendak dan ketentuan undang-undang, perjanjian tanggung menanggung dapat juga lahir berdasarkan "kekuatan kebiasaan". Pendapat ini didasarkan pada ketentuan Pasal 1339 KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa : "Persetujuan tidak hanya mengikat sesuai dengan apa yang telah ditentukan dalam perjanjian secara tegas, tetapi juga segala apa yang diharuskan menurut sifat persetujuan, menurut kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang".[145]

2. Perikatan pokok dan tambahan.

Perikatan pokok adalah perikatan antara debitur dan kreditur yang berdiri sendiri tanpa bergantung kepada adanya perikatan yang lain, misalnya perjanjian pinjam meminjam uang. Adapun yang dimaksud dengan perikatan tambahan adalah perikatan antara debitur dan kreditur yang diadakan sebagai perikatan tambahan dari pada perikatan pokok, atau perikatan yang ada dan berakhirnya tergantung pada perjanjian pokoknya. Apabila perjanjian pokok hapus, maka hapuslah perjanjian tambahannya. Contoh dari perikatan tambahan ini adalah perjanjian jaminan.

c. Menurut mulai berlaku dan berakhirnya, dapat dibagi ke dalam :

1. Perikatan bersyarat.

Perikatan bersyarat adalah perikatan yang lahir maupun berakhirnya (batalnya) digantungkan pada suatu peristiwa yang belum dan tidak tentu akan terjadi.

---

[144] M. Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 41-44.

[145] C. Asser, *Byzoondere Overeekomsten*, Deel II, vrijde Deruk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1976, hlm. 86.

Apabila suatu perikatan yang lahirnya digantungkan kepada terjadinya peristiwa itu dinamakan "perikatan dengan syarat tangguh", sedangkan apabila suatu perikatan yang sudah ada yang berakhirnya digantungkan kepada peristiwa itu dinamakan "perikatan dengan syarat batal".

Untuk menentukan apakah sesuatu perjanjian merupakan perjanjian bersyarat, dapat dilihat dari perjanjian itu sendiri, yaitu :

a) Secara tegas syarat itu disebutkan dan diperinci dalam perjanjian (*uitdrukkelijk),* sehingga tidak menimbulkan kesulitan penafsiran dikemudian hari.

b) Syarat yang tidak tegas disebut dalam perjanjian, tetapi hakikatnya perjanjian tersebut bersyarat, yang dapat dilihat dari : (1) Segi keadaan (*omstandigheiden)* perjanjian itu sendiri; dan (2) Segi tujuan (*betrekking)* perjanjian.

c) Perjanjian bersyarat yang didasarkan kepada kelaziman (*gebruikelijk voorwaarden),* dimana perjanjian tersebut dimungkinkan sesuai dengan ketentuan Pasal 1317 dan Pasal 1601 KUH Perdata, antara lain "syarat lelang" atau "penjualan di muka hakim". Hal ini berarti dalam perjanjian telah tercantum syarat yang memberikan kuasa untuk melakukan pelelangan harta debitur apabila lalai memenuhi perjanjian (Pasal 1155 KUH Perdata).[146]

Suatu syarat harus tegas dicantumkan dalam perikatan, dan undang-undang menentukan syarat-syarat yang tidak boleh dicantumkan dalam suatu perikatan, yaitu : (a) bertujuan melakukan sesuatu yang tidak mungkin dilaksanakan; (b) Bertentangan dengan kesusilaan; (c) Dilarang undang-undang; dan (d) Pelaksanaannya tergantung dari kemauan orang terikat.[147]

---

[146] M. Yahya Harahap, *Op. Cit.*, hlm. 47.

[147] Mariam Darus Badrulzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, PT. Alumni, Bandung, 1994, hlm. 13

2. Perikatan dengan ketetapan waktu.

Perikatan dengan ketetapan waktu adalah perikatan yang pelaksanaannya ditangguhkan sampai pada suatu waktu ditentukan yang pasti akan tiba, meskipun belum dapat dipastikan kapan waktu yang dimaksudkan akan tiba.

Dari kedua macam perikatan ini, kadang-kadang terdapat pengertian dan keadaan yang hampir berdekatan. Kalau dalam perjanjian bersyarat digantungkan pada kejadian di masa yang akan datang "yang belum pasti terjadi", sedangkan dalam perjanjian dengan ketetapan waktu, pelaksanaan perjanjian "tertunda" sampai batas waktu yang ditentukan akan terjadi.

Biasanya batas waktu tersebut ialah untuk memulai pelaksanaan perjanjian atau untuk mengakhiri perjanjian atau untuk mengakhiri perjanjian. Jika ada ketentuan waktu yang bersifat menunda pelaksanaan perjanjian, maka disebut "ketetapan waktu" yang menunda atau "*opschotende tijdsbepaling*". Contohnya seperti, rumah akan diserahkan jika si pemiliknya meninggal. Pelaksanaan penyerahan rumah tersebut tetap tertentu sampai si pemilik meninggal dunia.

Lain halnya dengan "ketetapan waktu yang mengakhiri perjanjian" atau "*onbindende tydsbepaling*" atau disebut juga "*eindtermijn",* di sini perjanjian berakhir jika waktu yang ditetapkan telah sampai. Misalnya, sewa menyewa akan berakhir jika pemilik kembali dari Jakarta. Selama pemilik belum pindah dari Jakarta, selama itu perjanjian sewa berlangsung terus, dan perjanjian akan segera berakhir pada saat si pemilik pindah dari Jakarta.

Selain menurut Ilmu Pengetahuan Hukum Perdata, perikatan pun dapat dibedakan menurut undang-undang, yaitu (1) Perikatan bersyarat; (2) Perikatan dengan ketetapan waktu; (3) Perikatan manasuka (alternatif); (4) Perikatan

tanggung menanggung; (5) Perikatan dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi; serta (6) Perikatan dengan ancaman hukuman.[148] Adapun yang dimaksud dengan perikatan dengan ancaman hukuman adalah perikatan dimana di dalamnya ditentukan bahwa apabila debitur tidak melaksanakan prestasi yang diperjanjikan akan dikenai suatu hukuman. Penetapan hukuman ini sebetulnya sebagai penggantian kerugian yang diderita kreditur karena debitur tidak melaksanakan kewajibannya. Maksud dari perikatan dengan ancaman hukuman ini adalah untuk mendorong debitur supaya memenuhi kewajibannya. Selain itu, juga untuk membebaskan kreditur dari pembuktian tentang besarnya kerugian yang diderita, sebab yang harus membuktikan besarnya kerugian adalah kreditur.

Selain macam-macam perikatan sebagaimana telah disebutkan di atas, perjanjian pun sebagai salah satu sumber perikatan, membagi jenis-jenis perjanjian ke dalam bentuk perjanjian sebagai berikut : [149]

1. Persetujuan sepihak dan persetujuan timbal balik**.**

   Lazimnya dalam setiap persetujuan merupakan perbuatan hukum bersegi dua atau jamak. Persetujuan timbal balik adalah persetujuan yang menimbulkan kewajiban pokok kepada kedua belah pihak, seperti perjanjian jual beli, dan perjanjian sewa menyewa. Persetujuan sepihak adalah persetujuan, hanya ada kewajiban pada salah satu pihak saja, dan yang lain hanya memiliki hak saja.[150] Pada perjanjian sepihak ini, prestasi hanya dipenuhi oleh satu pihak dimana pihak tersebut terikat, contohnya penghibahan dan jaminan (*borg*).

2. Persetujuan dengan cuma-cuma dan persetujuan atas beban.

   Persetujuan atas beban adalah persetujuan dimana terhadap prestasi pihak yang satu terdapat prestasi pihak yang lain. Antara kedua prestasi tersebut terdapat hubungan hukum satu dengan yang lain.

---

[148] Riduan Syahrani, *Op.Cit*., hlm. 214
[149] Mariam Darus Badrulzaman, *Aneka Hukum Bisnis, Op.Cit*., hlm. 19-20
[150] R. Setiawan, *Op.Cit*., hlm. 50.

Persetujuan dengan cuma-cuma adalah persetujuan, dimana salah satu pihak mendapatkan keuntungan dari pihak yang lain secara cuma-cuma, contohnya seperti perjanjian hibah. [151]

3. Persetujuan konsensuil, riil dan persetujuan formil.

   Persetujuan konsensuil adalah persetujuan dimana di antara kedua belah pihak telah tercapai kesesuaian kehendak untuk mengadakan perikatan dan sesuai Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, maka perjanjian ini sudah mempunyai kekuatan mengikat. Namun demikian dalam KUH Perdata dikenal juga perjanjian-perjanjian selain diperlukan kata sepakat, tetapi perjanjian tersebut hanya berlaku setelah terjadi penyerahan barang, seperti perjanjian penitipan barang sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1694 KUH Perdata maupun perjanjian gadai (*pand)* sebagaimana diatur dalam Pasal 1152 KUH Perdata. Perjanjian tersebut dikenal dengan perjanjian riil. Selain itu, dikenal pula perjanjian formal yaitu perjanjian selain didasarkan kata sepakat, maka untuk sahnya perjanjian tersebut diperlukan formalitas-formalitas tertentu misalnya harus dibuat dengan akta otentik atau akta di bawah tangan, seperti pendirian perseroan terbatas atau perjanjian perkawinan.

4. Persetujuan bernama dan persetujuan tidak bernama.

   Istilah perjanjian bernama atau kontrak bernama merupakan terjemahan dari istilah *"nominaat contract*" (Inggris), dan "*Benoemde* (Belanda). Persetujuan bernama (*benoemde)* adalah persetujuan-persetujuan, dimana oleh undang-undang telah diatur secara khusus dalam Buku III KUH Perdata Bab V sampai dengan Bab XVIII ditambah dengan titel VIIA, dan dalam Kitab Undang-undang Hukum Dagang seperti persetujuan asuransi.

   Adapun yang dimaksud dengan persetujuan tidak bernama *(onbenoemde overeenkomst*) adalah persetujuan yang tidak diatur

[151] *Ibid*., hlm. 50.

secara khusus dalam undang-undang, tetapi tumbuh dan berkembang dalam kegiatan ekonomi Indonesia. Jumlah perjanjian ini tidak terbatas dengan nama yang disesuaikan dengan kebutuhan pihak-pihak yang mengadakannya, dan lahirnya perjanjian ini didasarkan atas asas kebebasan berkontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata.

Namun demikian, kadang-kadang tidak selalu dengan mudah untuk menentukan apakah suatu persetujuan itu termasuk ke dalam persetujuan bernama atau tidak bernama, karena ada persetujuan-persetujuan yang mengandung berbagai unsur dari berbagai persetujuan yang sulit dikualifikasikan sebagai persetujuan bernama atau persetujuan tidak bernama (persetujuan campuran). Berkaitan dengan kesulitan tersebut, Undang-undang memberikan pemecahannya sebagaimana diatur dalam Pasal 1601 C, yang berbunyi sebagai berikut:

"Jika suatu perjanjian mengandung tanda-tanda suatu perjanjian perburuhan beserta tanda-tanda suatu perjanjian dari lain jenis, maka berlakulah baik ketentuan-ketentuan perihal perjanjian perburuhan, maupun ketentuan-ketentuan perihal perjanjian lain, yang tanda-tandanya ikut terkandung di dalamnya itu. Jika ada pertentangan di antara ketentuan-ketentuan ini, maka berlakulah ketentuan-ketentuan perihal perjanjian perburuhan.

Jika suatu pemborongan pekerjaan diikuti oleh beberapa perjanjian yang semacam, atau jika sewaktu dibuatnya perjanjian pemborongan, ternyata maksud kedua belah pihak untuk membuat beberapa perjanjian lagi yang semacam, sedemikian bahwa pemborongan-pemborongan itu kesemuanya dapat dianggap sebagai suatu perjanjian perburuhan, maka ketentuan-ketentuan perihal perjanjian perburuhan akan berlaku terhadap baik perjanjian-perjanjian tersebut kesemuanya, maupun masing-masing perjanjian tersendiri, dengan pengecualian ketentuan-ketentuan bagian keenam dari bab ini. Tetapi jika dalam hal yang demikian itu perjanjian yang pertama dibuat sebagai suatu percobaan, maka perjanjian ini dianggap tetap memiliki sifat-sifatnya sebagai pemborongan pekerjaan, dan ketentuan-ketentuan dari bagian keenam akan berlaku baginya".

Merujuk pada uraian ketentuan Pasal 1601 C, memang cukup sulit untuk menentukan apakah suatu perjanjian tersebut termasuk ke dalam perjanjian bernama, atau perjanjian tidak bernama, khususnya untuk perjanjian-perjanjian yang di dalamnya berlaku perjanjian-perjanjian lainnya. Oleh karena itu untuk menyelesaikan persoalan tersebut, maka dapat dirujuk pada 3 (tiga) teori di bawah ini :

a) Teori *absorptie.*

Menurut teori ini diterapkan ketentuan-ketentuan perundang-undangan daripada persetujuan yang dalam persetujuan campuran tersebut paling menonjol.

b) Teori *combinatie.*

Menurut teori ini persetujuan dibagi-bagi dan kemudian atas masing-masing bagian tersebut diterapkan ketentuan perundang-undangan yang berlaku untuk bagian-bagian tersebut.

c) *Sui generis*.

Menurut teori ini, ketentuan-ketentuan daripada persetujuan-persetujuan yang terdapat dalam persetujuan campuran diterapkan secara analogis.[152]

B. Ruang Lingkup Hukum Perjanjian

1. Wanprestasi Dan Ganti Rugi Dalam Perjanjian.

a) Wanprestasi Pelaksanaan Perjanjian.

Sebagaimana telah diuraikan pada bagian sebelumnya, perikatan adalah hubungan hukum di antara dua orang atau lebih dimana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak lain berkewajiban untuk memenuhi prestasi. Prestasi atau yang dalam bahasa Inggris disebut dengan istilah ”*Performance*” dalam hukum perjanjian/kontrak dimaksudkan sebagai suatu pelaksanaan dari hal-hal yang tertulis dalam suatu kontrak, oleh para pihak yang telah saling mengikatkan

[152] R. Setiawan, *Ibid*, hlm. 51.

dirinya dalam suatu kontrak.[153] Berdasarkan ketentuan Pasal 1234 KUH Perdata, prestasi sebagai sesuatu yang wajib dipenuhi oleh debitur dalam setiap perikatan dapat berbentuk : (1) Prestasi untuk memberikan sesuatu; (2) Prestasi untuk berbuat sesuatu; dan (3) Prestasi untuk tidak berbuat sesuatu.[154]

Di dalam suatu perjanjian, adakalanya salah satu pihak tidak memenuhi prestasi yang telah diperjanjikan, karenanya tidak dipenuhi pula perikatan yang timbul dari perjanjian tersebut. Wujud dari tidak dipenuhinya perikatan (yang timbul dari perjanjian) dikatakan ingkar janji/wanprestasi (*default* atau *non fulfilment* ataupun disebut juga dengan istilah *breach of contract*). Menurut Mariam Darus Badrulzaman, 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.[155]

Di dalam menilai apakah debitur telah melakukan wanprestasi atau tidak, kadang-kadang terdapat kesulitan. Kesulitan tersebut terutama dalam menentukan kelalaian pada perikatan untuk memberikan sesuatu atau berbuat sesuatu yang tidak ditetapkan waktunya pada saat kapan debitur harus memenuhi prestasinya itu. Lain halnya dalam menentukan kelalaian pada perikatan untuk tidak melakukan sesuatu, maka apabila debitur melanggar perikatan untuk tidak berbuat sesuatu itu, sejak saat itulah debitur dikatakan wanprestasi. Oleh karena itu, untuk menentukan pada saat kapan debitur dinyatakan wanprestasi, perlu diberikan suatu ”penetapan lalai” atau ”*in gebrekke stelling”* sesuai dengan ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata, yaitu pesan dari kreditur kepada debitur, dengan mana kreditur memberitahukan pada saat kapankah selambat-lambatnya kreditur mengharapkan pemenuhan prestasi dari debitur. Berdasarkan pesan ini kreditur menentukan dengan pasti, pada saat manakah debitur dalam keadaan ingkar janji, manakala debitur tidak memenuhi prestasinya.[156]

---

153 Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*), *Op.Cit*., hlm. 87.

154 Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata,* Cetakan Ketujuh, Sumur Bandung, Bandung, 1979, , hlm. 56.

155 Mariam Darus Badrulzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan, Op.Cit.*, hlm. 23.

156 R. Setiawan, *Op.Cit.*, hlm. 19.

Sesuai dengan ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata bentuk pernyataan lalai atau *in gebrekke stelling* adalah sebagai berikut :

a. Berbentuk surat perintah (*bevel)* atau akta lain yang sejenis (*of andre soortgelijke akte).*

b. Berdasarkan kekuatan perjanjian itu sendiri. Contohnya, apabila dalam surat perjanjian telah ditetapkan ketentuan bahwa debitur telah dianggap bersalah jika seandainya melalaikan kewajiban sesuai dengan waktu yang telah diperjanjikan. Hal ini dimaksudkan untuk mendorong debitur tepat melaksanakan kewajiban dan sekaligus pula untuk menghindari proses dan prosedur *in gebrekke stelling*. Dengan adanya penegasan seperti ini dalam perjanjian, maka tanpa tegoran kelalaian, dengan sendirinya debitur sudah berada dalam keadaan lalai, bila debitur tidak melaksanakan prestasi tepat pada waktunya.

c. Jika tegoran kelalaian sudah dilakukan barulah menyusul "peringatan" atau "*aanmaning*", dan biasa juga disebut dengan "*sommasi*". *Sommasi* berarti peringatan agar debitur melaksanakan kewajibannya sesuai dengan tegoran/pernyataan kelalaian yang telah disampaikan kreditur kepadanya. Dalam *sommasi* inilah kreditur menyatakan kehendaknya bahwa perjanjian harus dilaksanakan dalam batas waktu yang benar-benar memadai menurut kelayakan sesuai dengan berat ringannya objek prestasi yang hendak dilaksanakan.[157]

Menelaah uraian di atas, fungsi pernyataan lalai/*in gebrekke stelling* yaitu tegoran atau pemberitahuan tentang kelalaian debitur tentang pelaksanaan perjanjian sesuai dengan batas waktu yang telah diperjanjikan. Adapun isi tegoran/*in gebrekke stelling* tadi, adalah :

1. Tidak melaksanakan /lalai melaksanakan pemenuhan perjanjian tepat pada waktunya.
2. Atau sama sekali tidak melakukan pelaksanaan prestasi.
3. Atau melaksanakan prestasi, tetapi tidak selayaknya sesuai dengan yang diperjanjikan.

---

[157] M. Yahya Harahap, *Op. Cit.,* hlm. 62.

Stelsel melalui akta penetapan lalai ini memiliki kesamaan dengan negara-negara yang tunduk kepada *Civil Law* seperti Prancis, Jerman, Belanda, oleh karenanya diterapkan juga di Indonesia, sedangkan di negara-negara yang memberlakukan sistem *Common Law*, seperti Inggris dan Amerika, pada prinsipnya tidak memberlakukan penetapan lalai ini. Dalam praktik dikenal istilah-istilah akta lalai ini dengan sebutan : somasi (Indonesia), *Sommatie* (Belanda), *Sommation* (Inggris), atau *Notice of default* (Inggris).

Berkaitan dengan *in gebrekke stelling* ini, bagi negara-negara yang tunduk pada *Civil Law* sendiri, penetapan lalai tidak diperlukan dalam hal-hal sebagai berikut:

1. Jika dalam persetujuan ditentukan termin waktu;
2. Debitur sama-sekali tidak memenuhi prestasi;
3. Debitur keliru memenuhi prestasi;
4. Ditentukan dalam undang-undang bahwa wanprestasi terjadi demi hukum, misalnya sebagaimana diatur dalam Pasal 1626 KUH Perdata, yang berbunyi sebagai berikut : ”Sekutu yang diwajibkan memasukkan sejumlah uang dan tidak melakukannya itu, menjadi berutang bunga atas jumlah itu demi hukum dan dengan tidak usah ditagihnya pembayaran uang tersebut, terhitung sejak hari uang tersebut sedianya harus dimasukkan.”.
5. Jika debitur mengakui atau memberitahukan bahwa debitur dalam keadaan wanprestasi.[158]

Sesuai dengan Pasal 1267 KUH Perdata, Mariam Darus Badrulzaman, mengemukakan bahwa hak-hak kreditur apabila debitur wanprestasi, yaitu hak menuntut pemenuhan perikatan (*nakomen)*, hak memenuhi perikatan dengan ganti rugi; hak menuntut ganti rugi saja (*schade vergoeding*); hak menuntut pemutusan perikatan atau apabila perikatan bersifat timbal balik dapat menuntut pembatalan

[158] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*), *Op. Cit.*, hlm. 89.

perikatan (*onbinding);* dan hak menuntut pemutusan pembatalan atau pembatalan perikatan dengan ganti rugi.[159]

b) Ganti Rugi dan Pemutusan Pembatalan Perjanjian Akibat Wanprestasi.

Merujuk pada ketentuan Pasal 1267 KUH Perdata, salah satu akibat yang sangat penting dari tidak dipenuhinya perikatan ialah bahwa debitur dapat meminta ganti rugi baik dalam bentuk ongkos, rugi, dan bunga yang dideritanya. Masalah kerugian dan ganti rugi merupakan salah satu bagian terpenting dalam hukum kontrak, terutama terhadap kontrak komersial, sebab apapun pengaturan hukum kontrak, muaranya jelas agar kontrak tersebut tidak diabaikan sesuai dengan prinsip ”*my word is my bond*”, bahwa manusia itu yang dipegang adalah perkataannya. Oleh karena itu, jika ada pelanggaran terhadap kontrak yang telah dibuatnya sendiri, maka konsekuensi pelanggaran tersebut haruslah dibuat seadil-adilnya, sehingga tidak ada pihak yang dirugikan. Berdasarkan hal tersebut pengaturan tentang kerugian dan ganti rugi menjadi sasaran utama dalam suatu kontrak.

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, ketentuan tentang ganti rugi diatur dari Pasal 1243 sampai dengan Pasal 1252. Dari pasal-pasal tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa yang dimaksud dengan ganti rugi adalah sanksi yang dapat dibebankan kepada debitur yang tidak memenuhi prestasi dalam suatu perikatan untuk memberikan penggantian biaya, rugi, dan bunga. Menurut Subekti, biaya adalah segala pengeluaran atau perongkosan yang nyata-nyata telah dikeluarkan oleh kreditur. Rugi adalah segala kerugian karena musnahnya atau rusaknya barang-barang milik kreditur akibat kelalaian debitur, sedangkan bunga adalah segala keuntungan yang diharapkan atau sudah diperhitungkan oleh kreditur jika seandainya debitur memenuhi prestasinya.

Berdasarkan uraian di atas, maka kreditur yang menderita kerugian akibat kelalaian/wanprestasi debitur dapat menuntut pembayaran ganti rugi, namun

---

[159] Mariam Darus Badrulzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan, Op.Cit.,* hlm. 26.

demikian kerugian yang dapat dituntut oleh kreditur jumlahnya tidak dapat diperhitungkan dengan sekendak hatinya, melainkan dibatasi sedemikian rupa. Menurut Munir Fuady, dalam ilmu hukum kontrak dikenal beberapa doktrin hukum yang membatasi penerimaan ganti rugi dari wanprestasi suatu kontrak, yaitu sebagai berikut :[160]

1. Doktrin keterdugaan.

   Doktrin keterdugaan (*foreseeability*) merupakan pembatasan terhadap penerimaan ganti rugi dari wanprestasi suatu kontrak. Doktrin ini mengajarkan bahwa dalam memberikan suatu ganti rugi, maka ganti rugi tersebut hanya dapat diberikan sejauh kerugian tersebut sudah dapat diduga akan terjadi (*foreseeable*) pada saat kontrak ditandatangani, kecuali adanya kesenggajaan (*arglist).* Menurut Pasal 1247 KUH Perdata, disebutkan bahwa debitur hanya wajib mengganti kerugian atas kerugian yang dapat diduga pada waktu perikatan dibuat, kecuali jika ada kesengajaan (*arglist).* Lebih lanjut menurut Asser'r-Losecaat Vermeer sebagaimana dikutif R. Setiawan dalam bukunya Pokok-pokok Hukum Perikatan menjelaskan yang dimaksud dengan *arglist* adalah debitur yang dengan sengaja dan sadar melanggar kewajibannya tanpa menghiraukan ada atau tidaknya maksud daripada debitur untuk menimbulkan kerugian. Dengan demikian, apabila tidak dipenuhinya prestasi tersebut disebabkan karena adanya kesengajaan (*arglist)* dari debitur, maka debitur wajib mengganti kerugian bukan hanya atas kerugian yang dapat diduganya tetapi juga kerugian-kerugian yang tidak terduga sesuai dengan ketentuan Pasal 1247 KUH Perdata.[161]

2. Doktrin kepastian yang rasional.

   Doktrin kepastian yang rasional (*reasonable certainty)* mengajarkan bahwa suatu ganti rugi hanya dapat diberikan sampai dengan jumlah yang dapat diestimasi secara pasti dan wajar (*reasonable*

[160] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis), Op. Cit.*, hlm. 137-169.
[161] R. Setiawan, *Op.Cit.,* hlm. 24.

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.[162]

3. Doktrin mitigasi.

Doktrin mitigasi *(mitigation*) disebut juga dengan istilah ”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.

Doktrin mitigasi didasarkan pada tiga teori dasar, yaitu :

a. Teori kerugian yang dapat dielakkan.

Menurut teori ini, jika suatu kerugian dapat dielakkan oleh pihak yang terkena kerugian, maka kerugian tersebut seyogyanya mesti dielakkan. Di negara-negara yang berlaku sistem *Common Law*, mengelakkan kerugian ini merupakan tugas (*duty)* dalam hal ini *duty to mitigate loss*.

b. Teori memperhitungkan keuntungan.

Teori ini mengajarkan bahwa jika seorang yang dirugikan oleh suatu wanprestasi dari kontrak, meskipun pihak tersebut dirugikan, tetapi jika pihak tersebut juga mendapatkan keuntungan tertentu dari wanprestasi tersebut, misalnya dapat menghemat biaya, tenaga, dan waktu, maka keuntungan tersebut haruslah ikut juga diperhitungkan dalam perhitungan ganti rugi, sehingga jumlah ganti rugi mesti dikurangi untuk disesuaikan dengan keuntungan tersebut.

---

[162] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis), Op. Cit.*, hlm. 144.

c. Teori kelalaian kontribusi.

Teori kelalaian kontribusi ini dalam bahasa Inggris disebut *contributory negligence*, dalam bahasa Jerman disebut dengan istilah *Mitverchulden*, atau dalam bahasa Prancis disebut dengan *Faute de la Victime*.

Teori ini mengajarkan bahwa jika pihak yang sebenarnya dirugikan oleh wanprestasi tetapi pihak tersebut ikut juga berkontribusi terhadap terjadinya wanprestasi tersebut, maka kedua belah pihak harus bertanggung jawab sesuai dengan kontribusi masing-masing terhadap wanprestasi tersebut.[163]

4. Doktrin hubungan sebab akibat.

Menurut doktrin hubungan sebab akibat, suatu ganti rugi hanya dapat dibenarkan jika kerugian tersebut secara nyata diakibatkan oleh wanprestasi dari kontrak yang bersangkutan. KUH Perdata pun sebagaimana diatur dalam Pasal 1248 hanya mengakui ganti rugi yang mempunyai hubungan sebab akibat secara langsung dari wanprestasi. Namun demikian, sering sekali terjadi suatu wanprestasi terhadap suatu kontrak dimana penyebab kerugian tersebut bukan semata-mata dari wanprestasi, sehingga kadang-kadang hukum tidak dapat menarik setiap syarat-syarat tersebut sebagai sebab untuk terjadinya akibat yang menyebabkan kerugian kepada pihak kreditur. Pemecahan masalah ini 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

[163] *Ibid.,* hlm.145-147.

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 pertanggungjawaban.

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.

Berdasarkan uraian di atas, maka menurut teori *Conditio Sine Qua Non* (Von Buri), dapat disimpulkan bahwa pihak yang tidak melakukan prestasi yang diperjanjikan (wanprestasi) selalu bertanggungjawab atas kerugian, jika perbuatannya *conditio sine qua non* menimbulkan kerugian. Dalam kehidupan sehari-hari yang dimaksud dengan sebab adalah suatu fakta tertentu, akan tetapi dalam kenyataannya suatu peristiwa atau keadaan tidak hanya disebabkan oleh suatu fakta saja, namun oleh fakta-fakta yang berurutan dan fakta-fakta ini pada gilirannya disebabkan oleh fakta-fakta lainnya, sehingga merupakan satu mata rantai daripada fakta-fakta kausal yang menimbulkan suatu akibat tertentu. Atas dasar inilah Von Buri sampai pada suatu kesimpulan bahwa yang harus dianggap sebagai sebab daripada suatu perbuatan adalah semua syarat-syarat yang harus ada untuk timbulnya akibat, karena dengan hilangnya salah satu syarat tersebut akibatnya tidak akan terjadi dan oleh sebab tiap-tiap syarat tersebut *conditio sine qua non* untuk timbulnya akibat, maka setiap syarat dengan sendirinya dapat dinamakan sebab. Berbeda dengan teori *Conditio Sine Qua Non* (Von Buri), menurut teori *Adequate Verorzaking* (Von Kries), debitur hanya bertanggung jawab untuk kerugian yang selayaknya

dapat diharapkan sebagai akibat dari kelalaian dalam pelaksanaan prestasi yang diperjanjikan, kecuali apabila terdapat kesengajaan *(arglist)* sesuai dengan ketentuan yang disebutkan dalam Pasal 1247 KUH Perdata.

5. Doktrin kerugian kini.

Doktrin kerugian kini *(Present worth Doctrine)* mengajarkan bahwa jika ke dalam komponen ganti rugi termasuk ganti rugi yang harus dibayar di masa depan, nilai pembayaran tersebut sesuai dengan nilai pada saat dihitungnya jumlah ganti rugi tersebut. Untuk memudahkan pemahaman pelaksanaan doktrin kerugian kini tersebut dapat digambarkan dalam suatu contoh berikut : Misalnya dalam suatu kontrak perkreditan, pihak A mendapatkan kredit dari Bank B dengan pencairan kredit 5 tahap dalam 5 tahun. Kemudian Bank B wanprestasi karena tidak memberikan kredit kepada A. Oleh karena itu A mengajukan permohonan kredit pada C, tetapi pemberian kredit dari Bank C lebih tinggi dari Bank B, dengan pencairan 5 tahap dan dalam 5 tahun, sama seperti Bank B. Menurut doktrin ”kerugian kini”, maka pihak A dapat memperoleh ganti rugi dari selisih bunga kedua bank tersebut, akan tetapi selisih bunga tersebut dihitung dari perbedaan bunga pada saat ”kini” yaitu pada tahun kontrak kredit tersebut ditandatangani dan dikali 5 (karena lima tahun).

6. Doktrin sumber jaminan.

Menurut doktrin sumber jaminan atau yang disebut juga dengan ”*Collateral Source Doctrine”* ini, seorang yang telah dirugikan baik karena kontrak ataupun karena perbuatan melawan bukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata, tetap dapat memperoleh ganti rugi secara penuh dari pihak yang merugikannya, sungguhpun pihak yang dirugikan tersebut atas usahanya sendiri masih dapat memperoleh seluruh atau sebagian ganti rugi dari pihak lain. Misalnya seorang pekerja masih berhak memperoleh ganti rugi untuk kecelakaan kerja sungguh pun pekerja tersebut mendapat upah selama dalam masa perawatan, karena

upah tersebut merupakan haknya. Akan tetapi, jika misalnya pihak yang telah merugikan kebetulan telah masuk asuransi, maka jika asuransi tersebut sudah membayar klaim kepada pihak yang dirugikan, maka pihak yang dirugikan tersebut tidak berhak untuk memperoleh ganti rugi dari pihak yang merugikan tersebut.

7. Doktrin ganti rugi dalam kontrak.

Doktrin ganti rugi yang jumlahnya disebutkan dalam kontrak (*liquidated damages*), menyebutkan bahwa perolehan ganti rugi pada prinsipnya (dengan beberapa pengecualian) hanya sebatas jumlah yang disebutkan dalam kontrak yang bersangkutan. KUH Perdata pun pada prinsipnya mengakui pembatasan perolehan ganti rugi seperti ini, sebagaimana diatur dalam Pasal 1249.

8. Doktrin unsur kesalahan.

Doktrin unsur kesalahan ini mengajarkan bahwa apabila dalam suatu wanprestasi tidak terdapat unsur kesalahan (*fault*), maka wanprestasi demikian dapat membatasi pemberian ganti rugi. Doktrin unsur kesalahan ini dianut di negara-negara yang menganut sistem *Civil Law*.

Misalnya di negara-negara seperti Prancis, Jerman, dan Swiss, diatur bahwa ganti rugi berupa pengurangan harga jual atau penolakan jual beli karena barang tidak sesuai dengan kontrak (*redhibition)* hanya memberikan ganti rugi berupa kerugian yang sudah terjadi (*reliance demages)*. Akan tetapi jika terdapat unsur ”kesalahan”, maka dibenarkan juga memperoleh ganti rugi ekspektasi (*expectation damages).*

9. Doktrin diskresi pengadilan.

Doktrin diskresi pengadilan ini mengajarkan bahwa meskipun banyak kriteria, doktrin, dan teori tentang kepatutan dan kepantasan ganti rugi tersebut, tetapi dalam praktiknya sangat besar ruang bagi hakim untuk melakukan tindakan-tindakan penyesuaian. Berdasarkan kekuasaan

> ”*discreationer”* yang ada pada hakim, maka hakim dapat membatasi besarnya ganti rugi apabila pembatasan tersebut dipandang cukup adil bagi kedua belah pihak yang bersengketa dalam kontrak yang bersangkutan.

Jika merujuk kembali kepada doktrin-doktrin yang membatasi ganti rugi di atas, ganti rugi yang ditetapkan dalam kontrak merupakan salah satu model dari pemberian ganti rugi dalam hukum kontrak, yang jumlah serta besarnya ganti rugi telah ditetapkan secara pasti di dalam kontrak terhadap pihak yang wanprestasi. Ganti rugi yang sudah ditetapkan dalam kontrak ini sering disebut dengan beberapa istilah, yaitu ”*Liquidated damages*”, *Agrees damages*”, dan ”*Contractual controlled remedies”.*[164]

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, bahwa apabila dalam suatu kontrak ada provisi yang menentukan jumlah ganti rugi yang harus dibayar oleh pihak debitur jika debitur tersebut wanprestasi, maka pembayaran ganti rugi tersebut hanya sejumlah yang ditetapkan dalam kontrak tersebut tidak boleh lebih atau kurang, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1249 KUH Perdata, yang berbunyi sebagai berikut :

> ”Jika dalam suatu perikatan ditentukan bahwa si yang lalai memenuhinya, sebagai ganti rugi harus membayar suatu jumlah uang tertentu, maka kepada pihak yang lain tak boleh diberikan suatu jumlah yang lebih maupun yang kurang dari pada jumlah itu”.

Merujuk kembali pada ketentuan Pasal 1267 KUH Perdata, upaya hukum yang dapat dilakukan kreditur terhadap debitur yang wanprestasi, selain meminta pemenuhan ganti rugi, juga dapat melakukan pemutusan/pembatalan perjanjian timbal balik.[165] Pengertian pembatalan atau pemutusan perjanjian di sini, bukanlah pembatalan karena debitur tidak memenuhi syarat subjektif dalam perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 ayat (1) dan (2) tentang kesepakatan dan kecakapan untuk membuat perjanjian, tetapi sebagai sanksi dari

---

[164] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis), Op.Cit.*, hlm. 150.

[165] Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perutangan IA* (Terjemahan Dari Buku *Inleiding Nederlands Burgerlijk Recht* dari HFA. Vollmar, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum, UGM, Yogyakarta, 1975, hlm. 36-37.

kreditur kepada debitur yang telah wanprestasi, karena dalam perjanjian timbal balik, hak dan kewajiban di satu pihak selalu berhadapan dengan hak dan kewajiban di pihak lain, yang dikenal dalam Hukum Romawi, sebagai suatu asas yang menyatakan bahwa apabila salah satu pihak dalam perjanjian timbal balik tidak memenuhi kewajibannya, maka pihak lain pun tidak perlu memenuhi kewajibannya.

Dalam perkembangannya asas ini dituangkan dalam berbagai bentuk, dan BW sendiri yang mengikuti *Code Civil Prancis*, menetapkannya sebagai ”asas syarat batal”, sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1266 KUH Perdata, yang berbunyi sebagai berikut :

> ”(1) Syarat batal dianggap selalu dicantumkan dalam perjanjian-perjanjian yang bertimbal balik, manakala salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya;
> (2) Dalam hal demikian perjanjian tidak batal demi hukum, tetapi pembatalan harus dimintakan kepada hakim;
> (3) Permintaan itu harus dilakukan, meskipun syarat batal mengenai tidak dipenuhinya kewajiban dinyatakan di dalam perjanjian;
> (4) Jika syarat batal tidak dinyatakan dalam perjanjian, hakim adalah leluasa untuk menurut keadaan, atas permintaan si tergugat, memberikan suatu jangka waktu untuk masih juga memenuhi kewajibannya, jangka waktu mana namun tidak boleh lebih dari satu bulan”.[166]

Pasal 1266 KUH Perdata, menentukan ada 3 (tiga) syarat yang harus dipenuhi untuk terlaksananya pembatalan persetujuan, yaitu sebagai berikut :

1. Adanya persetujuan timbal balik;
2. Harus ada wanprestasi; dan
3. Harus ada putusan hakim.

Perjanjian yang bersifat timbal balik adalah perjanjian dimana kedua belah pihak sama-sama mempunyai kewajiban untuk memenuhi prestasi. Jika dalam perjanjian tersebut salah satu pihak wanprestasi, maka pihak lainnya dapat melakukan pembatalan, namun sebelum kreditur menuntut pembatalan, debitur harus diberikan teguran/pernyataan lalai (*in gebrekke stelling)* terlebih dahulu sebagaimana diatur dalam Pasal 1238 KUH Perdata.

---

[166] R. Setiawan, *Op.Cit.,* hlm. 65.

Kemudian pembatalan tersebut tidak terjadi dengan sendirinya karena wanprestasi, melainkan harus dimintakan kepada hakim. Ada 2 (dua) pendapat berkaitan dengan sifat putusan hakim dalam hubungannya dengan wanprestasi ini, yaitu :

1. Putusan hakim bersifat deklaratoir.

   Sehubungan dengan putusan hakim yang bersifat deklaratoir, yurisprudensi berpendapat bahwa perjanjian batal karena wanprestasi dan hakim hanya menyatakan perjanjian telah batal.

2. Putusan hakim bersifat konstitutif.

   Pada putusan hakim yang bersifat konstitutif, yang dianut oleh sebagian besar penulis, bahwa perjanjian batal karena putusan hakim atas dasar wanprestasi.[167]

Dari kedua sifat putusan hakim tersebut, putusan yang dianut adalah putusan hakim yang bersifat konstitutif, hal ini didasarkan pada beberapa alasan, yaitu :

a. Pada alasan sejarah, bahwa menurut Pasal 1266 KUH Perdata, batalnya persetujuan karena putusan hakim;
b. Pasal 1266 ayat (2) KUH Perdata, menyatakan dengan tegas bahwa ingkar janji tidak demi hukum membatalkan perjanjian;
c. Bahwa hakim berwenang untuk memberikan *terme de grace*, hal ini menunjukkan bahwa perjanjian belum batal;
d. Kreditur masih mungkin untuk menuntut pemenuhan prestasi; dan
e. Hakim memiliki kekuasaan yang bersifat *descreationer*. [168]

Jika hakim dengan putusannya menyatakan perjanjian batal, maka hubungan hukum yang terjadi karena perjanjian pun batal, dan sebagai akibat hapusnya perikatan tersebut, masih-masing pihak tidak perlu lagi memenuhi prestasinya. Apabila salah satu pihak sudah memenuhi prestasi, maka pihak tersebut dapat menuntut pihak lainnya yang wanprestasi untuk mengembalikannya. Pihak yang mengajukan pembatalan perjanjian, berhak juga

---

[167] *Ibid*., hlm. 67.
[168] *Ibid.*, hlm. 67.

untuk menuntut ganti kerugian kepada debitur sebagai akibat wanprestasi yang dilakukannya.

2. Keadaan Memaksa (*Overmacht)* dan Risiko Dalam Perjanjian.

Dalam suatu perjanjian, tidak dipenuhinya pelaksanaan perjanjian tersebut selain diakibatkan karena wanprestasi, dapat pula terjadi bahwa tidak dipenuhinya pelaksanaan prestasi oleh debitur tersebut karena adanya keadaan memaksa *(overmacht*). *Overmacht* sering juga disebut *force majeure* yang lazim diterjemahkan dengan keadaan memaksa, dan adapula yang menyebutnya dengan "sebab kahar". Pengaturan *overmacht* secara umum termuat dalam Bagian Umum Buku III KUH Perdata Pasal 1244, Pasal 1245, dan Pasal 1444, yang bunyi selengkapnya adalah sebagai berikut :

Pasal 1244 KUH Perdata :

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

Pasal 1245 KUH Perdata :

"Tidaklah biaya, rugi, dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tak disengaja si berutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang dilarang".

Pasal 1444 KUH Perdata :

"(1) Jika barang tertentu yang menjadi bahan persetujuan, musnah, tak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang sedemikian hingga sama sekali tidak diketahui apakah barang itu masih ada, maka hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang di luar salahnya si berutang, dan sebelum ia lalai menyerahkannya.

(2) Bahkan meskipun si berutang lalai menyerahkan sesuatu barang, sedangkan ia tidak telah menanggung terhadap kejadian-kejadian yang tak terduga, perikatan hapus jika barangnya akan musnah secara yang sama di tangannya si berpiutang, seandainya sudah diserahkan kepadanya.

(3) Si berutang diwajibkan membuktikan kejadian yang tak terduga, yang dimajukan itu.
(4) Dengan cara bagaimana pun sesuatu barang, yang telah dicuri, musnah atau hilang barang ini tidak sekali-kali membebaskan orang yang mencuri barang dari kewajibannya untuk mengganti harganya".

Dari ketiga pasal KUH Perdata terjemahan Subekti dan R. Tjitrosudibio di atas, ternyata penamaan atau penyebutan keadaan memaksa berbeda-beda. Dalam Pasal 1244 keadaan memaksa dinamakan "*vreemde oorzaak, die hemniet kanworden toegerekend"*, yang diterjemahkan oleh keduanya dengan "Suatu hal yang tidak terduga, pun tidak dapat dipertanggungjawabkan".[169] Kemudian Wirjono Prodjodikoro, menterjemahkannya dengan "sebab asing yang tidak dapat dipertanggungjawabkan",[170] dan Achmad Ichsan menterjemahkan dengan "Alasan dari luar yang tidak dapat dipertanggungjawabkan".[171]

Dalam Pasal 1245 KUH Perdata keadaan memaksa dinamakan "*overmacht of toevel",* yang diterjemahkan Subekti dan R. Tjitrosudibio dengan "keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian yang tidak disengaja",[172] sedangkan Wirjono Prodjodikoro, menterjemahkan dengan "keadaan memaksa atau hal kebetulan",[173] dan Achmad Ichsan, menterjemahkan dengan "hal-hal yang kebetulan terjadi sebelumnya tak dikira-kirakan".[174] Kemudian dalam Pasal 1444 KUH Perdata, keadaan memaksa dinamakan *"onvoorziene toevel",* yang diterjemahkan oleh Subekti dan R. Tjitrosudibio dengan "kejadian tidak terduga",[175] tetapi diterjemahkan dengan "hal kebetulan yang tidak dikira-kira" oleh Wirjono Prodjodikoro,[176] sedangkan Achmad Ichsan menterjemahkan dengan "hal-hal yang kebetulan terjadi sebelumnya tidak dikira-kirakan".[177] Menurut penulis, meskipun Pasal 1244, Pasal 1245, dan Pasal 1444 KUH Perdata

---

[169] Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata Terjemahan Burgerlijk Wetboek*, Cetakan Ke – 27, Pradnya Paramita, Jakarta, 1995., hlm. 324.
[170] Wirjono Prodjodikoro, *Op.Cit.,* hlm. 56.
[171] Achmad Ichsan, *Hukum Perdata IA*, Pembimbing Masa, Jakarta, 1970, hlm. 41.
[172] Subekti dan Tjitrosudibio, *Loc.Cit.*
[173] Wirjono Prodjodikoro, *Loc.Cit.*.
[174] Achmad Ichsan, *Loc.Cit.*
[175] Subekti dan Tjitrosudibio, *Op.Cit.,* hlm. 363.
[176] Wirjono Prodjodikoro, *Loc.Cit.*.
[177] Achmad Ichsan, *Loc.Cit.*

tersebut mempergunakan istilah yang berbeda-beda dalam menyebutkan keadaan memaksa dan diterjemahkan berbeda-beda pula oleh para sarjana, namun memiliki maksud dan arti yang sama.

Kemudian, walaupun undang-undang tidak memberikan rumusan pengertian *force majeure* atau *overmacht*, tetapi memahami makna yang terkandung dalam pasal-pasal KUH Perdata yang mengatur *force majeure* atau *overmacht* tersebut, maka dapat disimpulkan *overmacht*, adalah sebagai berikut : 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.[178]

Terdapat perbedaan antara tidak dipenuhinya pelaksanaan prestasi karena wanprestasi dengan tidak dipenuhi pelaksanaan prestasi karena *overmacht*, demikian juga akibat hukum yang ditimbulkan dari keduanya. Tidak dipenuhinya prestasi karena wanprestasi di dalamnya terdapat unsur kelalaian yang dilakukan oleh debitur yang berkewajiban melaksanakan prestasi tersebut yang akibatnya menurut ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata, debitur diwajibkan untuk membayar ganti rugi. Berbeda dengan *overmacht*, tidak dilaksanakannya prestasi oleh debitur bukan disebabkan karena kelalaiannya, tetapi oleh suatu keadaan yang terjadi secara tiba-tiba yang menghalanginya untuk melaksanakan prestasi pada kreditur, sehingga akibatnya debitur tidak wajib memikul kerugian yang diakibatkan karena kelalaiannya, tetapi oleh suatu keadaan yang terjadi secara tiba-tiba yang menghalanginya untuk melaksanakan prestasi pada kreditur, sehingga akibatnya debitur tidak wajib memikul kerugian yang diakibatkan karena *overmacht* tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 1244 dan Pasal 1245, maupun Pasal 1444 KUH Perdata.

Merujuk kembali pada ketentuan Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata, maka menurut kedua pasal tersebut, *overmacht* telah ditetapkan sebagai alasan hukum yang "membebaskan' debitur dari kewajiban melaksanakan "pemenuhan"

[178] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis), Op.Cit.*, hlm. 113.

(*nakoming*) prestasi, dan "ganti rugi" (*schadevergoeding*), sekalipun debitur telah melakukan wanprestasi. Ada beberapa teori yang menjelaskan bahwa dalam keadaan *overmacht* debitur dibebaskan dari kewajiban pemenuhan (*nakoming*) dan membayar ganti kerugian *(schadevergoeding*), yaitu :

1. Teori ketidakmungkinan (*onmogelijkeheid*).
2. Teori penghapusan atau peniadaan kesalahan (*afwezigheid van schuld*).[179]

Menurut teori ketidakmungkinan, disebutkan bahwa dengan adanya *overmacht* menyebabkan debitur berada dalam keadaan "tidak mungkin" melakukan pemenuhan prestasi yang diperjanjikan, akan tetapi ketidakmungkinan pelaksanaan prestasi tersebut harus diteliti, sebab tidak semua *overmacht* dengan sendirinya menempatkan debitur dalam keadaan tidak mungkin melaksanakan prestasi. Kadang-kadang *overmacht* tersebut tidak benar-benar menghalangi seseorang untuk melaksanakan kewajiban yang diperjanjikan. Oleh karena itu ketidakmungkinan pelaksanaan prestasi harus dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu :

a. Ketidakmungkinan "absolut" atau ketidakmungkinan "objektif" *(absolut onmogelijkheid*).

   Yaitu ketidakmungkinan pelaksanaan prestasi yang didasarkan anggapan setiap orang bahwa prestasi tersebut tidak mungkin dilakukan.

b. Ketidakmungkinan "relatif" atau ketidakmungkinan "subjektif" (*relative onmogelijkheid*).

   Yaitu ketidakmungkinan pelaksanaan prestasi yang hanya didasarkan anggapan pribadi debitur saja bahwa pelaksanaan prestasi itu tidak mungkin dilakukan.

Memang kadang-kadang terdapat kekaburan antara ketidakmungkinan absolut/objektif dan ketidakmungkinan relatif/subjektif. Misalnya, dalam keadaan yang sulit sekali memenuhi perjanjian disebabkan karena banjir, dapat saja hal itu secara objektif sudah berada dalam ketidakmungkinan melakukan prestasi, sehingga sudah berada dalam taraf ketidakmungkinan absolut. Akan tetapi, jika ditinjau dari sudut subjektif kreditur, keadaan banjir tadi dianggapnya masih dalam taraf relatif. Sebaliknya jika dipandang dari sudut subjektif debitur, tentu

[179] M. Yahya Harahap, *Op. Cit.,* hlm. 84.

akan mengatakan bahwa banjir demikian sudah secara absolut atau objektif merintanginya melakukan prestasi. Jadi terhadap banjir yang sama dapat menimbulkan perbedaan penilaian, baik hal itu ditinjau dari segi objektif apalagi dari sudut subjektif kreditur atau debitur.

Menyikapi perbedaan pandangan tersebut, sekadar mendekati penentuan batas antara ketidakmungkinan absolut dan relatif ditinjau dari segi objektif dan subjektif, dapat bertitik tolak dari beberapa pandangan, yaitu sebagai berikut :

a. Pandangan yang merumuskan bahwa tidak wajib membayar ganti rugi kalau kerugian yang terjadi bukan karena *culpa*, karena jika ada *culpa* pada diri debitur, maka alasan ketidakmungkinan pelaksanaan prestasi tersebut tidak patut untuk melepaskan debitur dari kewajiban membayar ganti rugi. *Overmacht* yang bercampur dengan *culpa* tidak dapat meniadakan kesalahan sesuai dengan teori "kesalahan".

   Dengan demikian, dalam ketidakmungkinan absolut maupun dalam ketidakmungkinan relatif, jika didalamnya terdapat unsur *culpa*, ketidakmungkinan yang ditimbulkan oleh *overmacht* tidak dapat dijadikan alasan yang menghindari diri debitur dari kewajiban pembayaran ganti rugi.[180] Oleh karena itu, sesuai dengan pendirian di atas, jika dalam melakukan pemenuhan perjanjian debitur "terlampau sangat dirugikan", bukan karena kelalaiannya, tetapi semata-mata oleh karena *overmacht*, maka debitur dapat dikatakan berada dalam keadaan ketidakmungkinan absolut.

b. Pandangan lain merumuskan bahwa jika pemenuhan perjanjian harus ditempuh oleh debitur dengan "sangat sulit" atau *"difficultas*", keadaan yang sangat sulit baik secara objektif dan subjektif dapat dikategorikan sebagai ketidakmungkinan absolut yang dapat melepaskan debitur dari kewajiban membayar ganti rugi. Untuk lebih jelas melihat sampai dimana kesulitan pelaksanaan prestasi tersebut apabila ada keadaan terjadi secara bersamaan baik secara objektif dan subjektif, barangkali akan lebih jelas dengan memahami contoh di bawah ini :

---

[180] *Ibid.*, hlm. 85.

1. Keadaan yang sangat menyulitkan atau memberatkan debitur ialah keadaan *overmacht* yang terjadi pada diri pribadinya sendiri. Misalnya debitur tiba-tiba mengalami kemiskinan atau sakit, sehingga keadaan tersebut betul-betul menghalangi pelaksanaan prestasi. Dalam keadaan ini secara objektif belum tentu dapat dipergunakan sebagai alasan ketidakmungkinan absolut, sekalipun dari segi subjektif sudah dapat dianggap merupakan ketidakmungkinan absolut. Apalagi jika hal itu dihubungkan dengan masalah risiko, dimana kemiskinan dan keadaan sakit adalah risiko yang harus dipikul oleh orang tersebut tidak dapat dialihkan kepada orang lain.
2. Suatu keadaan baik secara teoritis maupun dari segi pelaksanaannya benar-benar sangat menyulitkan dan memberatkan pihak debitur melaksanakan pemenuhan prestasinya, misalnya untuk melaksanakan penyerahan barang yang diperjanjikan terpaksa debitur harus menembus blokade musuh, sehingga debitur benar-benar dalam ketidakmungkinan absolut baik secara objektif maupun dari sudut subjektif, dengan mempergunakan alasan *overmacht* yang "dikategorikan" dengan sebutan "terlampau memberatkan" atau "terlampau sulit" atau "*difficultas*".

Secara teoritis, dari kedua contoh di atas pun, masih memiliki kesulitan untuk menentukan ketidakmungkinan manakah yang dapat dijadikan dasar untuk membebaskan debitur dari pelaksanaan prestasinya. Berkaitan dengan hal tersebut, M. Yahya Harahap memberikan pandangannya untuk membedakannya melalui "ketidakmungkinan yang logis" dan "ketidakmungkinan yang tidak logis". Adapun yang dimaksud dengan "ketidakmungkinan yang logis", menurut M. Yahya Harahap adalah ketidakmungkinan pelaksanaan prestasi yang benar-benar secara "praktis tidak mungkin", sehingga tidak patut membebani debitur atas kewajiban ganti rugi, sedangkan pada ketidakmungkinan yang tidak logis,

artinya pelaksanaan prestasi itu "masih mungkin dilakukan", sehingga debitur harus bertanggung jawab atas kewajiban pembayaran ganti rugi.[181]

Apabila persoalan ketidakmungkinan tersebut didasarkan pada undang-undang, pertanyaannya adalah "ketidakmungkinan" atau *"impossibilitas"* manakah yang dikehendaki undang-undang? Apabila menelaah ketentuan Pasal 1444 ayat (1) KUH Perdata, maka "*impossibilitas* yang logis", yaitu *impossibilitas* yang praktis benar-benar tidak mungkin dilakukan pelaksanaan prestasinya, sebab jika kadar *impossibilitasnya* masih mungkin, tentu tidak perlu "menghapuskan" perjanjian, sedangkan Pasal 1444 KUH Perdata tersebut telah menekankan bahwa "perjanjian hapus apabila terjadi *overmacht*". Berdasarkan uraian tersebut atas *impossibilitas* yang sesuai yang dapat menghapuskan perjanjian ialah *impossibilitas* yang logis, yaitu suatu halangan atau rintangan yang terlampau berat dan terlampau sulit untuk dihadapi debitur. Akan tetapi rintangan atau halangan tersebut harus terhadap "prestasi" itu sendiri, bukan pada diri pribadi si debitur." Mengenai ukuran logika yang praktis itu sendiri bukan hanya dipandang dan didasarkan dari sudut*"*hukum alam" saja, tetapi juga dapat dipergunakan dasar pandangan "pengalaman" manusia pada umumnya.

Dari uraian-uraian di atas untuk memudahkan pengertian tentang suatu *overmacht*, ada beberapa kriteria yang dapat dijadikan sebagai pedomannya, yaitu:

1. Seorang debitur berada dalam keadaan *overmacht,* apabila dalam memenuhi pelaksanaan perjanjian berada dalam keadaan *"impossibilitas"* yang tidak dapat diperhitungkan sebelumnya, sehingga dalam keadaan seperti itu "risiko" dan kerugian tidak pantas untuk dibebankan kepadanya.
2. Seorang debitur berada dalam keadaan *overmacht,* jika halangan dan rintangan yang membuatnya berada dalam suatu keadaan tidak mungkin memenuhi perjanjian, disebabkan oleh suatu peristiwa atau kejadian yang berada diluar kesalahan atau kelalaian debitur. Dalam hal ini debitur menghadapi halangan/rintangan yang berada diluar kemampuannya. Akan tetapi agar rintangan atau halangan itu memadai atau memenuhi maksud dari *overmacht,* maka halangan tersebut harus langsung terhadap

[181] *Ibid*., hlm. 87.

"prestasi" itu sendiri, bukan halangan pada diri/*person* si debitur,[182] kecuali jika prestasi itu berkaitan dengan debitur sendiri.

Apabila dilihat dari sasaran yang terkena *overmacht*, maka *overmacht* sering dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu :

1. *Overmacht* objektif.

   Overmacht yang bersifat objektif ini terjadi atas benda yang merupakan objek kontrak tersebut. Artinya keadaan benda tersebut sedemikian rupa sehingga tidak mungkin lagi dipenuhi prestasi sesuai kontrak, tanpa adanya unsur kesalahan dari pihak debitur. Misalnya benda itu terbakar, oleh karena itu, pemenuhan prestasi sama sekali tidak mungkin dilakukan, karena yang terkena adalah benda yang merupakan objek dari kontrak, maka *force majeure* seperti ini disebut dengan *physical impossibility*.

2. *Overmacht* subjektif.

   Overmacht subjektif bukan berkaitan dengan objek (yang merupakan benda) dari kontrak yang bersangkutan, tetapi dalam hubungannya dengan perbuatan atau kemampuan debitur itu sendiri, misalnya jika debitur sakit berat sehingga tidak mungkin melaksanakan prestasinya.[183]

Selanjutnya jika dilihat dari segi kemungkinan pelaksanaan prestasi dalam kontrak, suatu *overmacht* dapat dibeda-bedakan ke dalam :

1. *Overmach* yang absolut.

   Adapun yang dimaksud *overmacht* absolut adalah suatu *overmacht* yang terjadi sehingga prestasi dari kontrak sama sekali tidak mungkin dilakukan, misalnya barang yang menjadi objek kontrak musnah. Dalam hal ini kontrak tersebut "tidak mungkin" (*impossible)* untuk dilaksanakan.

2. *Overmacht* yang relatif.

   Sementara itu, yang dimaksud dengan *overmacht* yang bersifat relatif adalah suatu *overmacht* dimana pemenuhan prestasi masih mungkin dilaksanakan tetapi dengan pengorbanan yang sangat besar sekali yang

---

[182] *Ibid.*, hlm. 87-88.
[183] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis), Op. Cit.*, hlm. 115-116.

harus ditanggung oleh pihak debitur, sehingga tidak sepantasnya pihak kreditur menuntut pemenuhan prestasi tersebut.[184] Misalnya terhadap kontrak ekspor-impor dimana setelah kontrak disepakati oleh para pihak terdapat larangan impor atas barang tersebut, sehingga barang itu tidak mungkin lagi diserahkan, sungguhpun dalam keadaan tidak normal masih dapat dilakukan, seperti pengiriman barang melalui penyelundupan. Dalam keadaan ini sering dikatakan bahwa kontrak masih mungkin dilaksanakan, tetapi dilakukan dengan risiko yang sangat besar sekali yang dihadapi oleh pihak eksportir.

Kemudian, jika dilihat dari segi jangka waktu berlakunya keadaan yang menyebabkan terjadinya *overmacht*, maka *overmacht* dapat dibeda-bedakan menjadi :

1. *Overmacht* permanen.

   Suatu *overmacht* dikatakan bersifat permanen jika pelaksanaan prestasi sampai kapan pun tidak mungkin dilakukan lagi, misalnya jika barang yang menjadi objek perjanjian/kontrak tersebut musnah diluar kesalahan salah satu pihak.

2. *Overmacht* temporer/sementara.

   Sebaliknya, suatu *overmacht* dikatakan bersifat sementara bilamana terhadap pemenuhan dari kontrak tersebut tidak mungkin dilaksanakan untuk sementara waktu, misalnya karena terjadi suatu peristiwa tertentu, dimana setelah peristiwa tertentu tersebut berakhir, maka prestasi tersebut harus dilaksanakan kembali, dan apabila debitur tidak melaksanakan prestasinya debitur dikatakan lalai atau wanprestasi. Misalnya, jika barang yang menjadi objek perjanjian tersebut tidak mungkin dikirim ke tempat kreditur karena adanya pergolakan sosial di tempat kreditur tersebut, maka ketika keadaan sudah aman, barang tersebut harus dikirim debitur kepada kreditur.

Merujuk pada kedua pasal yang mengatur tentang *overmacht*, dapat ditarik kesimpulan bahwa syarat-syarat dari suatu *overmacht* adalah sebagai berikut :

---

[184] Riduan Syahrani, *Op.Cit.,* hlm. 247.

1. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *overmacht* tersebut haruslah "tidak terduga" oleh para pihak (Pasal 1244 KUH Perdata);
2. Peristiwa tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada pihak yang harus melaksanakan prestasi (pihak debitur) tersebut (Pasal 1244 KUH Perdata);
3. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *overmacht* tersebut diluar kesalahan salah satu pihak (Pasal 1545 KUH Perdata);
4. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *overmacht* tersebut bukan kejadian yang disengaja atau yang lebih tepat diluar kesalahan debitur (Pasal 1553 jo. Pasal 1245 KUH Perdata);
5. Pihak debitur tidak dalam keadaan itikad buruk (Pasal 1244 KUH Perdata);
6. Jika terjadi *overmacht*, maka kontrak tersebut menjadi gugur, dan sedapat mungkin para pihak dikembalikan seperti seolah-olah tidak pernah dilakukan perjanjian (Pasal 1545 KUH Perdata);
7. Jika terjadi *overmacht*, maka para pihak tidak boleh menuntut ganti rugi (Pasal 1244 jo. Pasal 1245 jo Pasal 1553 ayat (2) KUH Perdata). Akan tetapi, karena kontrak yang bersangkutan menjadi gugur akibat adanya *overmacht* tersebut, maka untuk menjaga terpenuhinya unsur-unsur keadilan, pemberian restitusi atau *quantum meruit* tentu masih dimungkinkan.[185]

Restitusi (*restitution*) adalah suatu nilai tambah yang telah diterima oleh pihak yang melakukan wanprestasi, nilai mana terjadi sebagai akibat dari pelaksanaan kontrak oleh pihak lain dari yang melakukan wanprestasi. Nilai tambah tersebut harus dikembalikan kepada pihak yang dirugikan sebagai ganti ruginya. Adapun tujuan dari restitusi ini untuk menghindari adanya penerimaan tanpa hak (*unjust enrichment*) oleh pihak yang melakukan wanprestasi.[186] Sebagai contoh apabila seorang kontraktor menandatangani sebuah pekerjaan pemborongan

[185] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis), Op.Cit*., hlm. 122-123.
[186] *Ibid*., hlm. 167.

bangunan dengan pihak *bouwheer* dengan sistem pemborongan *turn key*. Ketika ¾ bangunan selesai dibangun, pihak *bouwheer* membatalkan kontraknya secara sepihak, karena pihak *bouwheer* telah mendapatkan ¾ dari bangunan, maka pihak tersebut harus mengevaluasi pekerjaan yang telah dilakukan oleh pemborong dan membayarnya sebagai ganti rugi, dan ganti rugi seperti inilah yang disebut restitusi.

Adapun yang disebut dengan *quantum meruit* sebenarnya adalah salah satu variasi dari ganti rugi dalam bentuk restitusi. Pada ganti rugi dalam bentuk *quantum meruit* ini, yang dikembalikan kepada pihak yang dirugikan bukanlah manfaat (*benefit*) seperti pada restitusi, melainkan dikembalikan pada "nilai yang wajar" (*reasonable value*) dari hasil pelaksanaan kontrak yang telah dilakukan.[187] Adapun contohnya, misalnya seorang pekerja yang dikontrak untuk 6 (enam) bulan, tetapi setelah bekerja untuk 4 (empat) bulan pekerja tersebut berhenti. Oleh karena itu pekerja tersebut berhak mendapatkan nilai wajar dari hasil yang telah dikerjakannya selama 4 (empat) bulan tersebut. Pemberian nilai wajar dari hasil pekerjaannya selama 4 (empat) bulan itu, disebut dengan *quantum meruit*, yang arti harfiahnya adalah "sebanyak yang patut diterimanya".

Apabila merujuk pada ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata, debitur yang tidak memenuhi prestasi yang diperjanjikan kemudian menimbulkan kerugian kepada pihak lain, maka debitur diwajibkan membayar ganti rugi atas kelalaiannya tersebut, namun demikian ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata di atas dikesampingkan oleh ketentuan Pasal 1244 KUH Perdata yang merumuskan bahwa debitur yang terlambat atau lalai melaksanakan kewajiban prestasi yang diperjanjikan, dan hal tersebut menimbulkan kerugian kepada pihak kreditur, tidak mewajibkan debitur membayar kerugian jika debitur dapat membuktikan bahwa hal tersebut terjadi diluar kesalahannya dan semata-mata disebabkan karena suatu keadaan diluar kemampuannya. Pasal 1245 KUH Perdata pun menegaskan lagi bahwa debitur tidak diwajibkan untuk membayar kerugian

[187] *Ibid.*, hlm. 168.

berupa ongkos, kerugian dan bunga uang, apabila kerugian yang terjadi itu disebabkan oleh suatu kejadian yang tiba-tiba yang menghalangi atau merintangi debitur untuk melaksanakan prestasinya. Berdasarkan uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa dengan adanya *overmacht*, maka debitur dibebaskan dari pemenuhan prestasi dan juga pemenuhan ganti rugi baik dalam bentuk ongkos, kerugian dan bunga uang.

Dalam sejarah, pemikiran tentang keadaan memaksa terdapat dua aliran atau ajaran, yakni : (1) Ajaran yang objektif *(de objective overmachtsleer*) atau absolut; (2) Ajaran yang subjektif (*de subjective overmachtsleer*) atau relatif. Menurut ajaran keadaan memaksa objektif, debitur berada dalam keadaan memaksa apabila pemenuhan prestasi itu tidak mungkin (ada unsur *impossibilitas)* dilaksanakan oleh siapapun juga atau oleh setiap orang. Menurut ajaran keadaan memaksa subjektif (relatif), keadaan memaksa itu ada apabila kreditur masih mungkin melaksanakan prestasi, tetapi praktis dengan kesukaran atau pengorbanan yang besar (ada unsur *diffikultas)* sehingga dalam keadaan yang demikian itu kreditur tidak dapat menuntut pelaksanaan prestasi.[188]

Pihak yang harus menanggung kerugian yang timbul akibat keadaan memaksa merupakan ruang lingkup risiko. Risiko atau yang dikenal dengan sebutan *"resicoleer*" adalah kewajiban memikul kerugian yang disebabkan karena adanya suatu kejadian diluar kesalahan salah satu pihak.[189] Berdasarkan pengertian tentang risiko, maka risiko ini berpokok pangkal pada suatu kejadian yang dinamakan dengan keadaan memaksa (*overmacht),* seperti halnya ganti rugi sebagai akibat karena kelalaian atau wanprestasi yang dilakukan debitur. Berbeda dengan pengaturan tentang wanprestasi yang diatur secara jelas dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, tetapi tidak demikian dengan pengaturan tentang risiko. Dalam bagian umum Buku III KUH Perdata ketentuan yang mengatur risiko di antaranya ada di dalam Pasal 1237 KUH Perdata, hanya ketentuan pasal

---

[188] Mariam Darus Badrulzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan, Op.Cit.*, hlm. 37-38.

[189] Subekti, *Hukum Perjanjian*, *Op.Cit.*, hlm. 59; dan Salim H.S., *Hukum Kontrak dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm.103

tersebut ditujukan untuk mengatur risiko pada perjanjian sepihak sehingga tidak dapat diterapkan pada perjanjian yang bersipat timbal balik.

Adapun bunyi ketentuan Pasal 1237 KUH Perdata adalah sebagai berikut :

"(1) Dalam hal adanya perikatan untuk memberikan sesuatu kebendaan tertentu, kebendaan itu semenjak perikatan dilahirkan, adalah atas tanggungan si berpiutang.
(2) Jika si berutang lalai akan menyerahkannya, maka semenjak saat kelalaian, kebendaan adalah atas tanggungannya".

Pengaturan risiko dalam perjanjian timbal balik, dimana kedua belah pihak sama-sama berkewajiban memenuhi prestasi, diatur dalam Pasal 1264 dan Pasal 1444 KUH Perdata, yang menentukan sebagai berikut :

Pasal 1264 KUH Perdata :

"(1) Jika perikatan bergantung pada suatu syarat tangguh, maka barang yang menjadi pokok perikatan tetap menjadi tanggungannya si berutang, yang hanya berwajib menyerahkan barang itu apabila syarat terpenuhi;
(2) Jika barang tersebut sama sekali musnah diluar kesalahan si berutang, maka baik pihak yang satu maupun pada pihak yang lainnya tiada suatu perikatan".

Perkataan "tanggungannya" sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1264 KUH Perdata, dapat ditafsirkan dengan risiko, bahwa risiko musnahnya barang yang menjadi pokok perjanjian bersyarat, sebelum diserahkan karena belum terpenuhinya syarat perjanjian itu, menjadi tanggungan pemilik barang, dan apabila barang tersebut musnah karena *overmacht* maka perjanjian yang pelaksanaannya masih menunggu terpenuhinya syarat itu menjadi batal *(nietig).*

Kemudian Pasal 1444 ayat (1) KUH Perdata menyatakan bahwa :

"Jika barang tertentu yang bahan persetujuan, musnah, tak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang sedemikian hingga sama sekali tidak diketahui apakah barang itu masih ada, maka hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang diluar salahnya si berutang, dan sebelum ia lalai menyerahkannya".

Perkataan "hapus perikatannya" pada Pasal 1444 ayat (1) KUH Perdata, oleh para sarjana ditafsirkan sebagai pengaturan tentang risiko. Dalam pasal ini ditentukan apabila suatu barang tertentu yang menjadi objek perjanjian musnah,

tidak dapat diperdagangkan, atau hilang karena *overmacht*, maka perikatan antara pihak-pihak yang membuat perjanjian menjadi hapus, dan dengan sendirinya pula pihak yang membuat perjanjian tidak dapat menuntut sesuatu apapun antara yang satu terhadap yang lain. Dengan demikian pengaturan risiko dalam Pasal 1444 KUH Perdata sejalan dengan pengaturan risiko dalam Pasal 1264 KUH Perdata yang sama-sama menentukan bahwa apabila barang yang menjadi objek perjanjian timbal balik selama belum diserahkan telah musnah, tidak dapat lagi diperdagangkan, atau hilang karena *overmacht,* maka risikonya ditanggung oleh pemilik dan perjanjiannya menjadi hapus. Ketentuan-ketentuan Pasal 1237, Pasal 1264 dan Pasal 1444 KUH Perdata sebagaimana termuat dalam Bagian Umum Buku III KUH Perdata, merupakan ketentuan umum tentang risiko, yang dapat dijadikan dasar bagi pengaturan risiko dalam perjanjian timbal balik, dan dipandang cukup memberikan keadilan.

Ketentuan tentang risiko dapat dilihat pula dalam Bagian Khusus Buku III KUH Perdata tentang perjanjian-perjanjian tertentu, sebagaimana diatur dalam Pasal 1460, Pasal 1461, dan Pasal 1642 KUH Perdata, yang mengatur risiko dalam perjanjian jual beli, kemudian Pasal 1545 KUH Perdata, yang mengatur risiko dalam perjanjian tukar menukar, dan pengaturan risiko dalam perjanjian sewa menyewa sebagaimana diatur dalam Pasal 1553 KUH Perdata. Di antara pasal-pasal yang mengatur risiko tersebut, pengaturan risiko dalam Pasal 1460 KUH Perdata, telah dicabut oleh Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1963 dan dinyatakan tidak berlaku lagi, karena dirasakan kurang memberikan keadilan, dimana seseorang yang belum mendapatkan kenikmatan atas barang yang menjadi objek perjanjian jual beli, harus menanggung risiko atas musnahnya barang tersebut, meskipun kesalahan atas musnahnya barang tersebut masih di tangan si penjual. Berdasarkan uraian tersebut, maka sebagai akibat dari *overmacht,* risiko tidak beralih kepada debitur, akan tetapi undang-undang menentukan sedemikian rupa, yang berbeda jika seandainya debitur lalai atau wanprestasi.

C. Asas Keseimbangan Dalam Perjanjian.

1. Pengertian dan Peranan Asas Hukum.

Di dalam hukum perjanjian dimuat sejumlah asas-asas hukum. Beberapa pakar memberikan pengertian asas hukum, seperti Paul Scholten yang memberikan pengertian asas hukum sebagai berikut :

> "Asas hukum adalah pikiran-pikiran dasar, yang terdapat di dalam dan di belakang sistem hukum, masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim, yang berkenaan dengannya dimana ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya".[190]

Kemudian Satjipto Rahardjo, mengartikan asas hukum sebagai suatu hal yang dianggap oleh masyarakat hukum yang bersangkutan sebagai *basic truth* atau kebenaran asasi, sebab melalui asas-asas hukum itulah pertimbangan etis dan sosial masyarakat masuk ke dalam hukum. Dengan demikian, asas hukum menjadi semacam sumber untuk menghidupi tata hukumnya dengan nilai-nilai etis, moral, dan sosial masyarakatnya.[191] Asas-asas hukum berfungsi untuk menafsirkan aturan-aturan hukum dan juga memberikan pedoman bagi suatu perilaku. Asas hukum pun menjelaskan dan menjustifikasi norma-norma hukum, dimana di dalamnya terkandung nilai-nilai ideologis tertib hukum.[192]

Smits, memberikan pandangannya bahwa asas hukum memiliki 3 (tiga) fungsi, yaitu : *Pertama*, asas-asas hukum memberikan keterjalinan dari aturan-aturan hukum yang tersebar; *Kedua*, asas-asas hukum dapat difungsikan untuk mencari pemecahan atas masalah-masalah baru yang muncul dan membuka bidang-bidang liputan masalah baru. Dari kedua fungsi tersebut, diturunkan fungsi *ketiga*, bahwa asas-asas dalam hal-hal demikian dapat dipergunakan untuk

---

[190] J.J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum*, Alih Bahasa oleh Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 119-120.

[191] Satjipto Raharjo, *Peranan Dan Kedudukan Asas-asas Hukum Dalam Kerangka Hukum Nasional (Pembahasan Terhadap Makalah Sunaryati Hartono)*, Seminar dan Lokakarya Ketentuan Umum Peraturan Perundang-undangan, Jakarta, 19-20 Oktober 1988, tanpa halaman.

[192] R.J. Jue, *Grondbeginselen van het recht*, Groningen, 1980, hlm. 63.

"menulis ulang" bahan-bahan ajaran hukum yang ada sedemikian rupa, sehingga dapat dimunculkan solusi terhadap persoalan-persoalan baru yang berkembang.[193]

Merujuk pada uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa asas-asas hukum bertujuan untuk memberikan arahan yang layak/pantas menurut hukum *(rechtmatig*) dalam hal menggunakan atau menerapkan aturan-aturan hukum. Asas hukum berfungsi sebagai pedoman atau arahan orientasi berdasarkan mana hukum dapat dijalankan. Asas-asas hukum tersebut tidak saja akan berguna sebagai pedoman ketika menghadapi kasus-kasus sulit, tetapi juga dalam hal menerapkan aturan.

2. Asas-asas Umum dari Hukum Perjanjian dan Asas Keseimbangan Perjanjian Dalam Sistem Hukum Nasional.

a) Asas-asas Umum dari Hukum Perjanjian.

Sebelum memfokuskan pada asas keseimbangan perjanjian, terlebih dahulu penulis akan memaparkan beberapa asas penting yang bersifat universal yang ada di dalam Buku III KUH Perdata, yaitu asas konsensualisme, asas kepribadian, asas kebebasan berkontrak, asas *pacta sunt servanda*, dan asas itikad baik. Berkaitan dengan penerapan asas-asas hukum tersebut, di bawah ini akan diuraikan satu persatu asas tersebut, yaitu sebagai berikut :

1. Asas Konsensualisme.

Di dalam perjanjian pertama-tama harus didasarkan pada asas konsensualisme, yang dapat dipandang sebagai syarat mutlak bagi hukum perjanjian yang modern dan bagi terciptanya kepastian hukum. Di dalam KUH Perdata, ketentuan hukum yang menjadi landasan asas konsensualisme, yaitu Pasal 1320 KUH Perdata, dan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Pasal 1320 KUH Perdata, menyebutkan bahwa : "Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat, yaitu : (1) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; (2) Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian; (3) Suatu hal tertentu; dan (4) Suatu sebab yang halal". Kemudian Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata menyebutkan bahwa : "Semua

---

[193] J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss, RUL 1995, Arnhem, 1995, hlm. 68-69.

perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya". Merujuk pada kedua pasal tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa untuk melahirkan suatu kontrak adalah cukup dengan dicapainya kata sepakat mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian tersebut dan kontrak itu telah dan sudah dilahirkan pada saat detik tercapainya kesepakatan.[194]

Dengan prinsip konsensual tersebut dimaksudkan bahwa jika suatu kontrak dibuat, maka kontrak tersebut telah sah dan mengikat secara penuh, tanpa memerlukan persyaratan lain, seperti persyaratan tertulis, kecuali jika undang-undang menentukan lain. Diambilnya asas konsensualisme tersebut, yang berarti "perkataan mengikat" menurut Eggens, merupakan suatu tuntutan kesusilaan *(zakelijke eis*). Dikatakan oleh guru besar Belanda tersebut, bahwa :

> "Asas konsensualisme itu merupakan suatu puncak peningkatan martabat manusia yang tersimpul dalam pepatah *"een man een man, een woord een woord",* yang artinya bahwa dengan diletakkannya kepercayaan pada perkataannya, orang itu martabatnya ditingkatkan setinggi-tingginya sebagai manusia".[195]

Bila dicermati, pendapat Eggens yang mengharuskan orang agar dapat dipegang ucapannya dapat dipahami, karena apabila seseorang ingin mendapatkan kepercayaan, maka orang tersebut harus dapat dipercayai ucapannya, dan hukum yang memiliki tugas untuk menyelenggarakan ketertiban dan menegakkan keadilan dalam masyarakat, menempatkan asas konsensualisme untuk mencapai kepastian hukumnya. Asas konsensualisme yang disimpulkan dari Pasal 1320 KUH Perdata dan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata tersebut sudah merupakan asas universal, bahkan dalam *Code Civil Prancis*, sepakat kedua belah pihak tidak saja melahirkan perjanjian-perjanjian secara sah, tetapi contohnya dalam perjanjian jual beli telah memindahkan hak milik atas barang dari penjual kepada pembeli. Hal yang sama seperti dalam *Code Civil Prancis*, berlaku juga dalam *Civil Code of Japan* dan *Civil and Commercial Code of Thailand*.[196]

---

[194] R. Subekti, *Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992, hlm. 5.
[195] *Ibid.*, hlm. 5.
[196] *Ibid.*, hlm. 7.

Berpegang pada asas konsensualisme berarti melepaskan anggapan-anggapan dalam hukum adat Indonesia, bahwa perkataan saja belum mengikat dan untuk menciptakan itu perlu adanya "uang panjer" atau "uang pengikat", dan lain-lainnya, serta melepaskan pula gagasan, bahwa seseorang dapat membebaskan dirinya dari ikatan, dengan mengembalikan uang panjer tersebut, atau jika dilihat dari sudut pemberi panjer, untuk membebaskan kewajibannya dengan cara membiarkan uang panjer itu dimiliki oleh pihak penerima panjer.

2. Asas Kepribadian Perjanjian.

Kemudian jika asas konsensual di atas, dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1340 KUH Perdata yang dikenal sebagai asas kepribadian perjanjian (*privaty of contract*), maka suatu perjanjian yang telah disepakati para pihak hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya saja, pihak ketiga yang tidak bersangkut paut dengan perjanjian tersebut tidak akan mendapatkan keuntungan maupun kerugian dari perjanjian yang dibuat para pihak tersebut.[197]

Selain menurut ketentuan Pasal 1340 KUH Perdata, asas kepribadian perjanjian pun dapat disimpulkan dari Pasal 1315 KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa tiada seorang pun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji, melainkan untuk dirinya sendiri. Perkataan "Mengikatkan diri" yang dalam bahasa Belanda disebut "*zich verbinden"* ditujukan pada kesanggupan untuk memikul kewajiban-kewajiban atau menyanggupi untuk melakukan sesuatu, sedangkan yang dimaksud dengan "Minta ditetapkan suatu janji" yang dalam bahasa Belanda disebut "*bedingen*", ditujukan untuk mendapatkan hak-hak atau untuk memperoleh sesuatu dari suatu perjanjian.

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa suatu persetujuan pada asasnya tidak boleh menimbulkan hak maupun kewajiban bagi pihak ketiga, kecuali dibuat suatu janji bagi pihak ketiga *(derden beding*) sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1317 KUH Perdata yang menyebutkan bahwa :

---

[197] Johannes Ibrahim dan Lindawaty Sewu, *Hukum Bisnis Dalam Persepsi Modern,* Refika Aditama, Bandung, 2003, hlm. 103; R. Setiawan, *Op.Cit.,* hlm. 52; dan R. Subekti, *Hukum Perjanjian, Op.Cit*., hlm. 29.

> "Lagi pun diperbolehkan juga untuk minta ditetapkan suatu janji guna kepentingan seorang pihak ketiga, apabila suatu penetapan janji, yang dibuat oleh seorang untuk dirinya sendiri atau, atau suatu pemberian yang dilakukannya kepada seorang lain, memuat seuatu janji yang seperti itu. Siapa yang telah memperjanjikan sesuatu seperti itu, tidak boleh menariknya kembali, apabila pihak ketiga tersebut telah menyatakan kehendak untuk mempergunakannya".

Merujuk pada ketentuan Pasal 1317 KUH Perdata, dapat disimpulkan bahwa janji bagi pihak ketiga (*derden beding*), yaitu suatu janji yang oleh para pihak dituangkan dalam suatu persetujuan, dimana ditentukan bahwa pihak ketiga akan mendapatkan hak atas suatu prestasi.[198]

3. Asas Kebebasan Berkontrak.

Kemudian, hukum perjanjian pun berdasar pada asas kebebasan berkontrak sebagaimana disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa : "Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya". Melalui asas kebebasan berkontrak ini para pihak memiliki kebebasan membuat kontrak dan mengatur sendiri isi kontrak tersebut, sepanjang memenuhi ketentuan sebagai berikut : (1) Memenuhi syarat sebagai suatu kontrak; (2) Tidak dilarang oleh undang-undang; (3) sesuai dengan kebiasaan yang berlaku; dan (4) Sepanjang kontrak tersebut dilaksanakan dengan itikad baik sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata.[199]

Kebebasan berkontrak dilatarbelakangi oleh paham individualisme yang lahir pada zaman Yunani, yang kemudian diteruskan oleh kaum *Epicuristen* dan berkembang pesat pada zaman *renaissance*, antara lain melalui ajaran-ajaran Hoge de Groot, Thomas Hobbes, John Locke, dan Rousseau, yang memiliki pandangan bahwa setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendakinya. Adapun puncak perkembangan dari asas kebebasan berkontrak

---

[198] R. Setiawan, *Op.Cit*., hlm. 54.
[199] Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut pandang Hukum Bisnis*), *Op.Cit*., hlm. 30.

terjadi setelah revolusi Prancis.[200] Di dalam hukum perjanjian, falsafah ini diwujudkan dalam "kebebasan berkontrak". Teori *"laissez fair*" ini menganggap bahwa *"the invisible hand"* akan menjamin kelangsungan jalannya persaingan bebas. Oleh karena itu, pemerintah sama sekali tidak boleh mengadakan intervensi di dalam kehidupan (sosial ekonomi) masyarakat. Asas kebebasan berkontrak ini berpokok pangkal pada adanya kedudukan kedua belah pihak yang sama kuatnya, walaupun pada kenyataan dalam masyarakat seringkali tidak demikian. Pihak yang kuat mendominasi pihak yang kedudukan ekonominya lemah, sebagaimana diungkapkan dalam adagium *"exploitation de 'home par l 'homme"*.

Oleh karena itu, untuk mencegah penyalahgunaan kedudukan (ekonomis) yang lebih kuat dari satu pihak terhadap pihak lain yang kedudukan ekonominya lemah, maka kebebasan berkontrak ini sudah banyak dibatasi, seperti dengan lahirnya Undang-undang tentang Perjanjian Kerja atau Undang-undang Perburuhan pada tahun 1926. Pembatasan-pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak tersebut semakin meningkat sejak Perang Dunia Ke II, dengan semakin banyaknya campur tangan pemerintah terhadap masalah-masalah yang dahulu diserahkan kepada kebebasan para pihak dalam perjanjian, sebagaimana telah dipraktikkan oleh pemerintah Indonesia dalam hukum yang berkaitan dengan kontrak dagang, sebagaimana diatur dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, seperti *price fixing*.

Di samping itu, pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak dilakukan dengan menerapkan kontrak baku (*standard contract)* baik kontrak baku yang dibuat di antara sesama kalangan bisnis, maupun kontrak baku yang dibuat pemerintah, seperti formulir kontrak yang berkaitan dengan peralihan hak atas tanah, yang dikenal dengan Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT). Adapun contoh kontrak baku yang dibuat di kalangan bisnis ini sangat banyak macamnya, seperti polis asuransi, formulir perbankan, dll. Dengan demikian, pemahaman asas berkontrak ini bukan dalam pengertian kebebasan yang mutlak, karena dalam

---

[200] Mariam Darus Badrulzaman dkk, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 84

kebebasan tersebut terdapat berbagai pembatasan, antara lain oleh Undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan, sebagaimana dikatakan oleh Friedman bahwa kebebasan berkontrak masih dianggap aspek yang esensial dari kebebasan individu, tetapi tidak lagi mempunyai nilai absolut seperti satu abad yang lalu.[201]

4. Asas Itikad Baik.

Selanjutnya, dalam rangka pelaksanaan perjanjian, peranan itikad baik *(te goeder trouw)* mempunyai arti yang sangat penting sekali, sebagaimana disebutkan Subekti, bahwa itikad baik itu sebagai suatu sendi yang terpenting di dalam hukum perjanjian.[202] Dalam Undang-undang tidak dijelaskan apa yang dimaksud dengan itikad baik, kecuali dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata, disebutkan bahwa : "Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik". Sebenarnya itikad baik yang disebut dalam bahasa Belanda dengan *te goeder trouw,* yang sering juga diterjemahkan dengan kejujuran, dapat dibedakan atas 2 (dua) macam, yaitu : (1) Itikad baik pada waktu akan mengadakan perjanjian; dan (2) Itikad baik pada waktu melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari perjanjian tersebut.[203]

Itikad baik pada waktu akan mengadakan perjanjian tidak lain adalah perkiraan dalam hati sanubari yang bersangkutan bahwa syarat-syarat yang diperlukan untuk mengadakan perjanjian secara sah menurut hukum sudah terpenuhi semua. Adapun itikad baik pada waktu melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian juga terletak pada hati sanubari manusia, namun demikian dalam melaksanakan perjanjian harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan keadilan, dengan menjauhkan diri dari perbuatan yang mungkin menimbulkan kerugian terhadap pihak lain.[204] Adapun suatu perjanjian dilaksanakan dengan itikad baik atau tidak, akan tercermin pada perbuatan-perbuatan nyata orang yang melaksanakan perjanjian tersebut, sehingga meskipun itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian itu terletak pada hati sanubari

---

[201] Freidman, *Legal Theory*, Stevens & Sons Limited, Fourth Edision, 1960, hlm. 369.
[202] R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, *Op.Cit.*, hlm. 41.
[203] Wirjono Prodjodikoro, *Op. Cit.*, hlm. 56.
[204] *Ibid.*, hlm. 56.

manusia yang sifatnya subjektif, tetapi itikad baik itu pun dapat diukur juga secara objektif. Berbeda dengan kebanyakan penulis ahli-ahli hukum Indonesia yang selalu menganggap itikad baik bersifat subjektif, kalangan ahli-ahli hukum Belanda antara lain Hofmann dan Volmaar menganggap bahwa di samping adanya pengertian itikad baik yang subjektif, juga ada itikad baik yang bersifat objektif yang disebut dengan kepatutan (*billikheid redelijkheid*).[205]

5. Asas *Pacta Sunt Servanda.*

Kemudian, asas terakhir yang dikenal dalam Buku III KUH Perdata, adalah asas *Pacta Sunt Servanda* sebagai asas perjanjian yang sangat mendasar yang berasal dari aturan lama dalam hukum Romawi/Latin yang merupakan acuan bahwa setiap perjanjian harus secara sungguh-sungguh ditepati. Jika merujuk pada pengertian perikatan sebagai hubungan hukum antara dua orang atau lebih dimana pihak kesatu berhak atas prestasi sedangkan pihak lain berkewajiban untuk memenuhi prestasi, maka suatu perjanjian sebagai salah satu sumber perikatan, memiliki dua atribut, yaitu hak dan kewajiban hukum. Kewajiban hukum adalah mengikatkan diri untuk melakukan sesuatu kepada pihak lain, sementara yang disebut hak atau manfaat merupakan tuntutan dilaksanakan sesuatu yang disanggupi dalam perjanjian tersebut. Oleh karena itu, dalam setiap perjanjian, masing-masing pihak harus menepati janjinya untuk melaksanakan kewajibannya dan menghormati hak pihak lain,

Grotius mencari dasar konsensus itu dalam hukum kodrat dengan mengatakan bahwa "janji itu mengikat" *(pacta sunt servanda)*, dan "kita harus memenuhi janji kita" (*promissorum implendorum obligati).* Selanjutnya, menurut Grotius asas *pacta sunt servanda* ini timbul dari premise bahwa kontrak secara alam dan sudah menjadi sifatnya mengikat berdasarkan dua alasan. Alasan pertama adalah sifat kesederhanaan bahwa orang harus berinteraksi dan bekerjasama dengan orang lain, yang berarti orang-orang itu harus saling mempercayai, yang pada gilirannya akan memberikan kejujuran dan kesetiaan. Alasan kedua adalah setiap individu memiliki hak, dimana hak yang paling

[205] *Ibid.*, hlm. 86-87.

mendasar tersebut adalah hak milik yang dapat dialihkan. Apabila seorang individu memiliki hak untuk melepaskan miliknya, maka tidak ada alasan mengapa orang tersebut harus dicegah untuk melepaskan haknya seperti melalui kontrak.[206]

Adagium *pacta sunt servanda* memiliki arti yang sangat besar sejak abad XVI, bukan saja di bidang hukum privat melainkan juga dalam bidang hukum tata negara dan hukum internasional. Penerapan asas *pacta sunt servanda* dalam suatu perjanjian pada awalnya sebagai hukum gereja yang dikuatkan dengan sumpah. Namun di bawah pengaruh kaum ahli teologi moral sedikit demi sedikit telah dikembangkan, bahwa persetujuan-persetujuan yang tidak dikuatkan dengan pengangkatan sumpah juga memiliki kekuatan mengikat.[207] Dengan demikian, asas *pacta sunt servanda* diterima sebagai suatu prinsip yang umum dalam perdagangan internasional dan perjanjian antara negara, sebagaimana diatur dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969 menyatakan bahwa : *"Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*", yang dapat diterjemahkan bahwa "Setiap perjanjian (*treaty)* mengikat para pihak dan harus dilaksanakan dengan itikad baik".

Prinsip *pacta sunt servanda* ini telah dikenal baik dalam sistem hukum *kontinental* maupun *common law* yang mendukung adanya jaminan dan kepastian perdagangan dan telah diintegrasikan dalam hukum internasional. Oleh karena itu, adagium ini dapat dipandang sebagai bagian dari hukum kebiasaan, yang penerapannya dapat diberlakukan terhadap privat (perseorangan) maupun publik (bangsa). Hal ini sesuai dengan pendapat Hans Wehberg, yang menyebutkan bahwa : "Adagium *pacta sunt servanda* sebagai prinsip hukum yang umum dijumpai di semua negara dan akan diberlakukan sama, baik dalam perjanjian antara negara serta perusahaan swasta. Oleh karena kehidupan masyarakat

---

[206] Grotius, H., *The Law of War and Peace : De Jure Belli et Pacis*, 1964 ed., Kelsey, F.W. trans., Oxford, 1916 – 25 dan Pufendorf, S., *The Law of Nature and Nations: De Jure Naturae et Gentium*, 1988 ed. Oxford, 1934, TLDB Document ID : 105700 diakses dari http:/tldb.uni-koeln.de/phb/pub

[207] Soedjono Dirdjosisworo, *Kontrak Bisnis (Menurut Sistem Civil Law, Common Law dan Praktek Dagang Internasional)*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 104.

internasional tidak hanya didasarkan pada hubungan antara negara tetapi juga meliputi hubungan antara negara dan perusahaan asing".[208]

b) Asas Keseimbangan Perjanjian Dalam Sistem Hukum Nasional.

1) Latar Belakang Lahirnya Asas Keseimbangan Perjanjian.

Setiap negara memiliki identitasnya sendiri yang memiliki keterkaitan dengan sejarah dan struktur sosialnya. Dalam upaya membangun negara Indonesia, maka politik hukum harus dikembangkan sejalan dengan struktur sosial masyarakat Indonesia yang pada gilirannya merupakan produk dari pola pikir dan keyakinan atau kejiwaan bangsa Indonesia yang digali dari kebiasaan-kebiasaan tradisional yang sampai dengan sekarang masih dianut.

Berbeda dengan konsep hukum Barat yang menempatkan individu sebagai unsur penting dalam membangun sistem hukumnya, sebagaimana berkembang setelah Revolusi Prancis di dalam semboyan *liberte, egalite, dan fraternite,*[209] maka tidak demikian bagi cara berpikir bangsa Indonesia. Dalam pemikiran masyarakat Indonesia yang didasarkan pada alam pikiran adat, tidak ada tempat bagi pandangan bahwa individu pada prinsipnya bebas dan merdeka. Di dalam pandangan adat, individu tidak terpisahkan dari masyarakatnya. Ia ada dan baru bermakna sebagai individu berkat adanya masyarakat. Dalam cara pandang ini, maka tidak ada tempat bagi pemikiran bahwa individulah yang membentuk masyarakat. Individu dan masyarakat tidak ditempatkan berhadapan satu sama lainnya, tetapi keduanya ditempatkan dalam keseimbangan dan keselarasan, yang tercermin dalam sifat-sifat masyarakat adat yang sangat menjunjung tinggi nilai-nilai ikatan kekerabatan dan kebersamaan, kekeluargaan, gotong royong, dan tolong menolong.

Masing-masing asas tersebut mengandung ajaran tertentu berkenaan dengan cara bagaimana suatu masalah dalam masyarakat adat tersebut seharusnya

---

[208] Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, http://tldk.uni-koeln.de/php/pub, 2 Agustus 2004.
[209] R.W. Liddle, *Dua Wajah Individualisme*, Harian Kompas, 8 Januari 1996, hlm. 4.

diselesaikan sedemikian rupa, sehingga hidup bermasyarakat selayaknya keluarga dalam ketenangan, kedamaian, dan kesejahteraan dapat tercapai. Semangat gotong royong terungkap dalam kehidupan sehari-hari dalam bentuk kerjasama oleh semua dalam rangka mencapai tujuan kesejahteraan bersama. Anggota masyarakat yang memberikan pertolongan tidak mengharapkan adanya imbalan, baik sekarang maupun di kemudian hari. Pertolongan yang diberikan kepada anggota masyarakat yang lainnya merupakan kebanggaan bagi si penolong, dan di sinilah tercermin adanya keselarasan (keseimbangan) bahwa kepentingan perseorangan terintegrasi ke dalam kepentingan bersama dan satu sama lainnya tidak terpisahkan. Kerjasama dalam ikatan gotong royong di atas merupakan pengejawantahan dari asas rukun.[210]

Kemudian, tolong menolong yang dalam kehidupan sehari-hari merupakan tindakan timbal balik antara individu (anggota masyarakat) dalam rangka kepentingan perseorangan. Ajaran tolong menolong ini beranjak dari pandangan bahwa hidup dan kesejahteraan individu dan keluarganya tidak sepenuhnya dapat digantungkan pada upaya dan tenaga sendiri, dan berkenaan dengan prestasi yang telah dilakukan seseorang demi kepentingan sesamanya, maka di sini berlaku asas timbal balik atas dasar suatu kontra prestasi yang seimbang. Salah satu contoh tolong menolong menurut konsep hukum adat disebut *magersari*, yaitu suatu izin yang diberikan oleh pemilik tanah kepada orang lain untuk menggarap tanahnya dengan ketentuan bahwa penggarap akan menyerahkan sebagian hasil panenan sebagai kontra prestasi karena semua tindakan harus dipandang dalam konteks lalu lintas pergaulan bersama yang bertujuan mencapai dan menjaga keseimbangan.

Cara pandang dan pemikiran masyarakat Indonesia di atas, terungkap dan terimplementasikan di dalam filosofi hukum Indonesia yang dikenal sebagai Pancasila yang merupakan "bahan dasar" *(bouwstenen*) untuk membangun asas keterikatan kontraktual baru yang akan melandasi hukum kontrak Indonesia. Jika dibandingkan dengan bidang-bidang hukum perdata lainnya, hukum kontrak

---

[210] Herlien Budiono, *Op. Cit.,* hlm. 191.

dipandang sebagai sektor yang netral yang paling memungkinkan untuk melakukan unifikasi.

Oleh karena itu, merujuk pada Disertasi Herlien Budiono dalam analisisnya ditemukan bahwa : "Baik asas-asas hukum kontrak yang hidup dalam kesadaran hukum Indonesia seperti semangat gorong royong, kekeluargaan, rukun, patut, pantas, dan harmonis, sebagaimana yang tercantum dalam hukum adat maupun asas-asas hukum kontrak modern seperti asas konsensual, asas kebebasan berkontrak, asas itikad baik maupun asas *pacta sunt servanda*, sebagaimana ditemukan dalam perkembangan perundang-undangan hukum kontrak Belanda, paktik hukum, maupun yurisprudensi, bertemu dalam satu asas, yaitu "Asas Keseimbangan". [211]

Asas keseimbangan itu menyemangati dan sekaligus juga menjadi asas operasionalisasi dari asas hukum kontrak, baik dari hukum kontrak Indonesia maupun dari hukum kontrak Belanda yang mewakili hukum modern. Dalam hukum kontrak Belanda, penerapan asas keseimbangan itu misalnya tampak dari keharusan untuk mengacu pada kesusilaan, itikad baik, kepatutan, dan kepantasan dalam melaksanakan hak-hak dan kewajiban yang ditimbulkan dari suatu perjanjian. Oleh karena itu, asas keseimbangan dapat dipandang dan dioperasikan sebagai titik harmonisasi upaya pembangunan hukum kontrak Indonesia pada tuntutan-tuntutan modern, yang membuka pintu dan menjadi saringan untuk menerima gagasan-gagasan atau pranata-pranata hukum modern yang berasal, baik dari lingkungan *Civil Law Sistem* maupun *Common Law Sistem* atau pun dari sistem hukum lainnya dan mengolahnya menjadi bagian dari sistem hukum nasional Indonesia, sehingga tercipta sistem hukum kontrak nasional yang modern, dengan tetap mempertahankan ciri khas identitas bangsa Indonesia.

2) Pengertian Asas Keseimbangan Perjanjian.

Kenyataan menunjukkan bahwa orang menutup kontrak lazimnya dilandasi suatu tujuan atau maksud tertentu. Melalui suatu perjanjian, dapat diupayakan perubahan berkenaan dengan pembagian dan pertukaran benda-benda

[211] *Ibid*., hlm. vii.

ekonomis maupun jasa. Pencapaian tujuan suatu perjanjian dilandaskan pada kehendak yang telah diungkapkan, yaitu dalam bentuk janji-janji di antara para pihak yang terkait. Di dalam dunia ekonomi, kontrak merupakan instrumen yang terpenting untuk mewujudkan perubahan-perubahan ekonomi dalam pembagian barang dan jasa. Dasar pemikiran kontrak merujuk pada tujuan terjadinya pergeseran harta kekayaan secara adil dan memunculkan akibat hukum terjadinya pengayaan para pihak juga secara adil. Kontrak memiliki tujuan untuk menciptakan keadaan yang lebih baik bagi kedua belah pihak.

Dalam pandangan Atiyah, kontrak memiliki tiga tujuan dasar, sebagaimana digambarkan di bawah ini :

1. Tujuan pertama dari suatu kontrak ialah memaksakan suatu janji dan melindungi harapan wajar yang muncul darinya;
2. Tujuan kedua dari suatu kontrak ialah mencegah pengayaan (upaya memperkaya diri) yang dilakukan secara tidak adil atau tidak benar;
3. Tujuan ketiga ialah *to prevent certain kinds of harm*.[212]

Di samping ketiga tujuan yang disebutkan di atas, Herlien Budiono menambahkan tujuan keempat dari kontrak yaitu mencapai keseimbangan antara kepentingan sendiri dan kepentingan terkait dari pihak lawan, yang diturunkan dari asas laras (harmoni) di dalam hukum adat. [213]

Penutupan suatu kontrak yang berjalan sepenuhnya sebagaimana dikehendaki para pihak memberikan arti bahwa tujuan akhir kontrak akan tercapai dan secara umum telah tercipta "kepuasaan", sehingga jiwa atau semangat keseimbangan sebagai suatu asas yang mengharmonisasikan pranata-pranata hukum dan asas-asas pokok hukum perjanjian yang ditemukan di dalam KUH Perdata pada satu pihak dengan cara berpikir bangsa Indonesia di pihak lain telah difungsikan.

Kata seimbang *"evenwicht*", yang dimaknai dalam kehidupan sehari-hari menunjuk pada pengertian suatu "keadaan pembagian beban di kedua sisi berada

---

[212] P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract,* 5th. Ed. Oxford University Press Inc., New York, 1995., hlm. 35.
[213] Herlien Budiono, *Op.Cit.,* hlm. 310.

dalam keadaan seimbang".[214] Keseimbangan pun dimengerti sebagai "keadaan hening atau keselarasan karena dari berbagai gaya yang bekerja tidak satu pun mendominasi yang lainnya, atau karena tidak ada satu elemen menguasai lainnya".[215]

Kemudian, Mariam Darus Badrulzaman maupun Salim H.S., menyebutkan bahwa asas keseimbangan yaitu suatu asas yang menghendaki kedua belah pihak untuk memenuhi dan melaksanakan perjanjian itu. Asas keseimbangan ini merupakan kelanjutan dari asas persamaan, dimana kreditur mempunyai kekuatan untuk menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur, namun kreditur memikul pula beban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik, sehingga kedudukan kreditur dan debitur seimbang.[216]

3) Kriteria Asas Keseimbangan Perjanjian dan Faktor-faktor Penyebab Adanya Ketidakseimbangan Perjanjian.

Penulis mencoba menempatkan kriteria asas keseimbangan perjanjian dan faktor-faktor penyebab adanya ketidakseimbangan perjanjian dalam satu sub bahasan yang sama, hal ini dilandasi oleh suatu kesamaan pemikiran dengan Herlien Budiono bahwa suatu perjanjian (kontrak) memiliki sejumlah aspek yaitu perbuatan para pihak *(handeling*), isi kontrak *(inhoud*), dan pelaksanaan kontrak yang telah disepakati para pihak *(nakoming*) tersebut. Tiga aspek yang saling berkaitan dari perjanjian tersebut dapat dimunculkan sebagai kriteria berkenaan dengan syarat adanya keseimbangan, tetapi juga menjadi kriteria adanya ketidakseimbangan jika syarat-syarat keseimbangan dari tiga aspek tersebut tidak dipenuhi.

---

[214] Van Dale, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, tiende druk, Utrecht/Antwerpen, 1982, hlm. 651.
[215] *Ibid*., hlm. 651.
[216] Mariam Darus Badrulzaman, *Aneka Hukum Bisnis, Op.Cit*., hlm. 43; dan Salim H.S., *Hukum Kontrak Teori Dan Teknik Penyusunan Kontrak, Op. Cit.*, hlm. 13-14.

Merujuk pada ketiga aspek perjanjian yang dijadikan dasar adanya keseimbangan tersebut, maka secara garis besar dapat dikelompokkan pada tiga fase, yaitu : [217]

1. Fase prakontrak/perbuatan para pihak yang melakukan perjanjian.

   Agar suatu perbuatan para pihak dapat menimbulkan akibat hukum, maka perbuatan hukum dapat dilihat dari dua kategori perbuatan, yaitu :

   a. Penyataan kehendak dari orang yang berbuat atau bertindak dalam melakukan perbuatan hukum.

      Perbuatan para pihak merupakan perwujudan diri sebagai kehendak yang telah dinyatakan dalam bentuk perjanjian melalui penawaran dan penerimaan yang ditujukan untuk mendapatkan suatu akibat hukum yang dapat dipertanggungjawabkan kepada para pihak yang melakukan perbuatan hukum tersebut yang cara pengungkapannya dapat dilakukan baik secara lisan maupun tertulis. Kedua belah pihak memiliki kepercayaan yang bertimbal balik berkenaan dengan kehendak (maksud dan tujuan) dari pihak lawannya itu, sehingga dengan cara ini pihak lawan terlindungi. Kehendak dan kepercayaan sebagaimana dimaknai di atas sebagai faktor penentu dalam menetapkan kekuatan mengikat kontraktual dan sekaligus mencerminkan semangat dan jiwa keseimbangan.

      Suatu cacat kehendak menunjuk pada situasi seseorang yang telah melakukan suatu perbuatan hukum, tetapi kehendaknya itu terbentuk secara tidak sempurna. Namun demikian, sekali pun kehendak dan pernyataan tersebut berkesesuaian, suatu tindakan hukum dapat pula dibatalkan dengan memenuhi syarat-syarat tertentu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1322 - Pasal 1328 KUH Perdata.

---

[217] Mariam Darus Badrulzaman, *Aneka Hukum Bisnis, Op.Cit*., hlm. 36.

Adapun syarat-syarat tersebut secara limitatif adalah sebagai berikut :

1) Kekhilafan/kekeliruan *(dwaling*).

Berkaitan dengan kekhilafan (*dwaling*) ini, KUH Perdata sendiri tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan kekhilafan, tetapi membatasi kekhilafan yang merusak kesepakatan adalah kekhilafan mengenai hakikat barang yang menjadi objek perjanjian, dan kekhilafan mengenai diri seseorang. Pengertian tentang "hakikat barang" menurut *Hoge Raad*, Arrest 30 Mei 1924 adalah keadaan yang menjadi dasar dibuatnya perikatan oleh para pihak. Menurut Subekti, kekhilafan terjadi apabila salah satu pihak khilaf tentang hal-hal yang pokok dari apa yang diperjanjikan atau tentang sifat-sifat yang penting dari barang yang menjadi objek perjanjian, atau mengenai orang dengan siapa diadakan perjanjian.[218] Khilafan demikian merupakan alasan bagi orang yang khilaf untuk meminta pembatalan perjanjian. Adapun kekhilafan itu harus diketahui oleh pihak lawan atau paling sedikit harus sedemikian rupa sehingga pihak lawan mengetahui bahwa sedang berhadapan dengan seseorang yang berada dalam kekhilafan/kekeliruan.

2) Paksaan (*dwang)*

Pasal 1324 KUH Perdata merumuskan bahwa :

"Suatu paksaan terjadi bila terdapat perbuatan yang sedemikian rupa hingga dapat menakutkan seorang yang berpikiran sehat dan bila perbuatan itu dapat menimbulkan ketakutan pada orang tersebut bahwa dirinya atau kekayaannya terancam dengan suatu kerugian yang terang dan nyata".

---

[218] Subekti, *Hukum Perjanjian*, *Op.Cit*., hlm. 23.

Menurut Subekti, yang dimaksud dengan paksaan adalah paksaan rohani atau paksaan jiwa (psikis), jadi bukan paksaan badan (fisik).[219] Paksaan fisik tidak menimbulkan kesepakatan dari orang yang dipaksa, oleh karena itu perjanjian adalah batal, bukan dapat dimintakan pembatalan.[220] Paksaan tersebut dapat merupakan alasan untuk meminta pembatalan suatu perjanjian, bila paksaan itu dilakukan terhadap : (1) Orang atau pihak yang membuat perjanjian (Pasal 1323 KUH Perdata); (2) Suami atau istri dari pihak perjanjian atau sanak saudara dalam garis ke atas maupun ke bawah (Pasal 1325 KUH Perdata). Paksaan yang dapat membatalkan suatu perjanjian bukan saja paksaan yang dilakukan oleh pihak lawan, tetapi juga mencakup paksaan yang dilakukan pihak ketiga sebagai pihak di luar perjanjian (Pasal 1323 KUH Perdata).

3) Penipuan (*bedrog*).

Penipuan merupakan salah satu alasan yang merusak kesepakatan. Penipuan yang dapat dijadikan alasan pembatalan perjanjian adalah tipu muslihat dari salah satu pihak yang sedemikian rupa sehingga terang dan nyata bahwa pihak yang lain tidak akan membuat perikatan itu jika tidak ada tipu muslihat (Pasal 1328 KUH Perdata). Menurut Subekti, penipuan terjadi apabila satu pihak dengan sengaja memberikan keterangan-keterangan yang palsu atau tidak benar disertai dengan tipu muslihat untuk membujuk pihak lawannya memberikan perizinan.[221]

---

[219] *Ibid.*, hlm. 23.
[220] Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Sinar Harapan, Jakarta, hlm, 71.
[221] Subekti, *Hukum Perjanjian*, *Op.Cit*., hlm. 24.

Merujuk pada uraian di atas, maka semua tindakan yang dilakukan di bawah pengaruh dari kekhilafan/kekeliruan *(dwaling)*, paksaan (*dwang)*, dan penipuan (*bedrog*) menyebabkan adanya cacat dalam kehendak dari pihak yang melakukan perbuatan hukum tersebut, yang akan menyebabkan terganggunya keseimbangan, dan memberikan hak kepadanya untuk membatalkan perjanjian. Namun demikian, meskipun ada permohonan dari salah satu pihak untuk melakukan pembatalan perjanjian, hakim memiliki hak untuk memutuskan tindakan apa yang paling tepat bagi kedua belah pihak, sehingga kedudukan keduanya kembali dalam keadaan seimbang.

b. Kewenangan hukum dan kecakapan bertindak (*handelings bevoegdheid en handelingsbekwaamheid*).

Dalam lalu lintas hukum keperdataan, terjadinya hubungan hukum antara subjek-subjek hukum kiranya tidak dapat dihindarkan. Oleh karena itu, pengakuan akan adanya kewenangan hukum dan kecakapan bertindak (*handelingsbevoegdheid en handelings bekwaamheid*) dari subjek-subjek hukum merupakan kriterium lain dari asas keseimbangan.

Salah satu ketentuan hukum yang menetapkan batasan tegas mengenai kecakapan bertindak diatur dalam Pasal 1330 KUH Perdata. Menurut ketentuan Pasal 1330 KUH Perdata, bahwa seorang yang belum cukup umur, dan orang-orang yang ditaruh di bawah pengampuan pada prinsipnya tidak cakap melakukan tindakan hukum, karena dianggap belum mampu memahami dan memperhitungkan konsekuensi dari pernyataan kehendak yang diwujudkan melalui tindakan yang dilakukannya. Dalam hal seseorang (dianggap dan dinyatakan) tidak cakap bertindak

(*handelingsonbekwaamheid),* maka kepentingan pihak yang tidak cakap dan di bawah umur atau diletakkan di bawah pengampuan tersebut akan dilindungi.

Salah satu bentuk perlindungan hukum terhadap pihak-pihak yang memiliki ketidakcakapan dalam melakukan suatu perbuatan hukum, maka sesuai Pasal 1331 KUH Perdata : "Orang-orang yang di dalam Pasal 1330 KUH Perdata dinyatakan tidak cakap, boleh melakukan penuntutan pembatalan perikatan-perikatan yang telah pihak-pihak tersebut buat". Melalui ketentuan Pasal 1331 KUH Perdata, pembuat undang-undang telah menempatkan kedudukan keseimbangan antara kepentingan pihak yang tidak cakap untuk mengajukan permohonan pembatalan perjanjian, dan kepentingan pihak lawan untuk tetap mempertahankan perjanjian dimaksud, sebab selama perjanjian tersebut tidak dibatalkan maka perjanjian tersebut tetap dapat berjalan.

Selanjutnya, mengenai ketidakwenangan bertindak *(handelings onbevoegdheid),* ketentuan hukum perdata telah mengaturnya dalam Pasal 1467-1470, salah satu di antaranya bahwa para hakim, jaksa, panitera, advokat, pengacara, juru sita dan notaris tidak diperbolehkan karena penyerahan menjadi pemilik hak-hak dan tuntutan-tuntutan yang menjadi pokok perkara-perkara yang sedang bergantung pada Pengadilan Negeri yang dalam wilayahnya melakukan pekerjaan tersebut. Larangan tersebut berpijak pada semangat menerapkan asas keseimbangan, karena tidak adil bila tindakan-tindakan hukum yang dilakukan orang yang tidak berwenang memunculkan akibat hukum. Atas dasar alasan tersebut, maka untuk melindungi kepentingan umum dan kepastian hukum, sanksi yang ditetapkan terhadapnya adalah batal demi hukum, dan ancaman penggantian biaya, rugi, dan bunga.

2. Fase kontrak yaitu dalam bentuk isi kontrak yang disepakati para pihak;

Isi kontrak merupakan prestasi/objek perjanjian yang telah disepakati oleh para pihak, baik secara tegas maupun diam-diam. Bahkan sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, pada prinsipnya setiap orang diberikan kebebasan untuk menentukan sendiri isi suatu kontrak. Namun demikian, sekali pun kebebasan untuk menentukan sendiri isi kontrak tidak dicantumkan secara tegas di dalam undang-undang, cakupan asas tersebut dibatasi oleh undang-undang, yaitu bahwa setiap perbuatan hukum yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan yang baik, atau ketertiban umum, dapat menjadi tidak sah, dapat dibatalkan atau batal demi hukum. Suatu perjanjian yang isinya bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, atau ketertiban umum mengakibatkan adanya ketidakseimbangan, dan perjanjian tersebut berdasarkan asas keseimbangan menyebabkan keabsahan perjanjian menjadi terganggu.

Kesusilaan yang baik merupakan bidang dari hukum tidak tertulis. Definisi dari konsep ini tidak akan ditemukan dalam kepustakaan hukum bahkan undang-undang juga tidak menjelaskan pengertian kesusilaan yang baik. Bagaimana merumuskan dan menentukan ada/tidaknya pelanggaran kesusilaan adalah tugas dari hakim yang berhadapan dengan situasi konkret untuk memberikan pertimbangan dalam keputusannya. Kesusilaan yang baik berbeda menurut tempat dan menurut waktu. Seperti “lotre”, apa yang dahulu dianggap bertentangan dengan kesusilaan, sekarang mungkin diterima sebagai kewajaran, dan perubahan cara pandang ini juga berpengaruh terhadap bagaimana “kesusilaan yang baik” dimaknai sekarang ini, sehingga karena adanya perubahan cara pandang masyarakat tersebut, maka perbuatan hukum yang dilarang oleh undang-undang dapat saja dianggap tetap absah. Dalam semangat asas keseimbangan, pembuat undang-undang dalam hal ini memilih berpihak pada kepentingan umum. Asas keseimbangan menghargai alasan pembenar dari tindakan hukum tersebut dan menyesuaikan diri sejalan perubahan tempat dan waktu, dan

hakim bagaimana pun juga untuk tiap kasus mencari pandangan dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat yang bersangkutan.

Kemudian perbuatan hukum dianggap "bertentangan dengan ketertiban umum", jika perbuatan tersebut bertentangan dengan undang-undang, melanggar atau bertentangan dengan asas-asas pokok (fundamental) dari tatanan masyarakat. Bentuk murni bertentangan dengan ketertiban umum memang jarang ditemukan. Di dalam kepustakaan dan yurisprudensi tidak dibuat pemilahan tajam antara bertentangan dengan ketertiban umum dan bertentangan dengan kesusilaan yang baik. Namun demikian, sering kali suatu perbuatan hukum yang bertentangan dengan ketertiban umum sekaligus juga bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan. Ketentuan Kitab Undang-undang Hukum Perdata menetapkan bahwa tindakan hukum yang maksud dan tujuan atau substansinya dilarang undang-undang pada umumnya dipandang sebagai bertentangan dengan kesusilaan yang baik, dan bertentangan dengan ketertiban umum.

Jika telah ditetapkan bahwa suatu perjanjian bertentangan dengan kesusilaan yang baik atau ketertiban umum, pada prinsipnya oleh undang-undang hal tersebut dianggap sebagai suatu perjanjian yang memunculkan situasi dan kondisi tidak seimbang. Adapun akibat suatu perbuatan hukum yang bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan yang bersifat memaksa, menyebabkan kriteria keseimbangan kedudukan tidak terwujud, yang dapat dikenai sejumlah alternatif sanksi, yaitu : (1) Perbuatan hukum tersebut batal demi hukum (*nietig*); (2) Perbuatan hukum dimaksud dapat dibatalkan, khususnya bila ketentuan tersebut hanya ditujukan untuk melindungi kepentingan salah satu pihak; dan (3) perbuatan hukum dimaksud tetap dianggap sah dan mengikat.[222]

---

[222] A.R. Bloembergen, C.C. van Dam, Jac. Hijma, W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, 1995, hlm. 152.

3. Fase Pascakontrak/Pelaksanaan isi perjanjian yang telah disepakati.

Berkaitan dengan pelaksanaan kontrak ini, maka sudah selayaknya suatu kontrak dipenuhi oleh kedua belah pihak dengan itikad baik, sehingga tujuan penutupan kontrak bagi para pihak untuk mendapatkan keuntungan secara timbal balik dapat diwujudkan. Keseimbangan tersebut bukan terbatas hanya ditujukan untuk perjanjian timbal balik, yang membebankan hak-hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak secara seimbang, tetapi juga terhadap perjanjian sepihak seperti halnya hibah, meskipun ada kondisi menguntungkan pihak lain atas kerugian diri sendiri.

Keseimbangan tidak mutlak harus dilandasi untung rugi dalam arti materiil, tetapi prinsip keseimbangan ini harus dipahami dalam arti "tercapainya atau terpenuhinya" semua tujuan dari kontrak, yaitu tercapainya eksistensi immateriil, sehingga memungkinkan berfungsinya mekanisme kontrak secara seimbang, dilihat dari cara terbentuknya perjanjian itu sendiri.[223]

Suatu perjanjian yang dibuat secara sah baru akan berakhir bila semua perikatan yang lahir dari perjanjian tersebut telah terpenuhi , dan pada asasnya para pihak telah terikat dan masih akan terikat pada perjanjian, sekali pun kemudian pelaksanaan dari perjanjian tersebut untuk salah satu pihak memberatkannya. Ada beberapa contoh pelaksanaan perjanjian yang telah ditutup, tetapi di dalamnya memberatkan salah satu pihak yang berakibat menimbulkan adanya ketidakseimbangan, misalnya : (1) Salah satu pihak tidak melaksanakan prestasi, yang kemudian menyebabkan kerugian terhadap pihak lainnya; (2) Apabila salah satu pihak mengalami suatu keadaan khusus atau keadaan yang tidak terduga (*overmacht)* baik untuk sebagian maupun seluruh prestasi, baik secara nasional maupun internasional seperti (perang, bencana alam, dan krisis moneter), maupun kejadian-kejadian yang bersifat insidental; dan (3) Ketidakseimbangan pun dapat bersumber dari perikatan yang bersumber dari undang-undang, sebagaimana diatur

[223] Herlien Budiono, *Op.Cit*., hlm. 349, dan 471.

dalam Pasal 1359 KUH Perdata tentang pembayaran yang tidak ada kewajiban utangnya (*onverschuldigde betaling*).

Terhadap keadaan-keadaan tersebut di atas, harus diperhitungkan oleh para pihak, dengan cara memulihkan keseimbangan yang terganggu tersebut, melalui upaya-upaya sebagai berikut :

1. Merujuk pada ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata, maka terhadap salah satu pihak yang tidak memenuhi kewajibannya (wanprestasi), kemudian menyebabkan kerugian kepada pihak lainnya, mendapatkan penyelesaian untuk memberikan ganti rugi. Selain itu sesuai ketentuan Pasal 1267 KUH Perdata, disebutkan bahwa pihak terhadap siapa perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih untuk memaksa pihak lain memenuhi perjanjian jika hal tersebut masih dimungkinkan, ataukah menuntut pembatalan perjanjian disertai penggantian biaya, kerugian, dan bunga.
2. Apabila pelaksanaan kontrak tersebut telah berubah sama sekali dari apa yang semula menjadi alasan para pihak mengikatkan diri, dan pemenuhan kontrak tersebut justru akan memberatkan salah satu pihak, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata, upaya pemulihan keseimbangan kedudukan dapat dilakukan melalui pembebasan pembayaran biaya, rugi, maupun bunga.

   Selain itu, berdasarkan asas keseimbangan, apabila pelaksanaan prestasi itu masih mungkin dilakukan, para pihak dapat memulihkan keseimbangan dari perjanjian yang sebelumnya terganggu, dengan cara menyesuaikan kembali perjanjian, atau apabila pelaksanaan perjanjian itu tidak mungkin lagi dilaksanakan, maka dapat dilakukan pembatalan setelah dilakukan negosiasi ulang.
3. Apabila ketidakseimbangan ini disebabkan karena adanya pembayaran yang tidak diwajibkan (*onverschuldigde betaling*), maka sesuai ketentuan Pasal 1359 KUH Perdata upaya pemulihan

keseimbangan yang diberikan kepada pihak yang telah melakukan pembayaran tersebut, untuk menuntut kembali apa yang telah dibayarkannya dan mewajibkan kepada orang yang telah menerima pembayaran tersebut untuk mengembalikannya.

BAB IV
ASPEK HUKUM PEMBIAYAAN PROYEK INFRASTRUKTUR DENGAN MODEL BANGUN GUNA SERAH *(BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT*)

A. Awal Konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*/BOT).

Pada era setelah perang dunia kedua berakhir hampir semua proyek infrastruktur di banyak negara berkembang dibangun dibawah pengawasan pemerintahnya sendiri dan didanai dari anggaran belanja negara atau pinjaman luar negeri. Sekitar tahun 1970-an dan awal 1980-an beberapa cara dilakukan untuk menemukan jalan keluar bagi pembiayaan proyek yang cukup mendesak saat itu. Hal ini berhubungan dengan populasi penduduk yang terus meningkat seiring dengan pertumbuhan ekonomi negara dunia ketiga yang mengakibatkan kebutuhan proyek infrastruktur semakin meningkat. Namun demikian, tidak sedikit negara-negara dunia ketiga yang mengalami krisis ekonomi yang mengakibatkan menurunnya kemampuan mendanai sendiri berbagai macam proyek infrastruktur, akibatnya negara menggantungkan pendanaan proyek infrastrukturnya melalui pinjaman luar negeri.

Sekitar tahun 1980-an situasi ini menumbuhkan konsep "privatisasi" yang merupakan awal masuknya swasta dalam proyek infrastruktur yang selama ini ditangani pemerintah sendiri. Model ini sering disebut dengan pola Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*). Konsep BOT mulai dikenal luas sekitar tahun 1985 di Turki, sebagai konsep swastanisasi Perdana Menteri Turgut Ozal, sehingga konsep ini dikenal pula dengan sebutan *"Turgut's Formula*". Pada tanggal 11 Mei 1987 ditandatangani kerjasama antara Kumugai Kigumi dari Jepang dengan Yuksel Insaat dari Turki untuk pembangunan dan pengelolaan bendungan di sungai Syehan, dengan nilai proyek sebesar 231,5 juta dollar AS. Jangka waktu pembangunannya lima tahun dan jangka waktu pengelolaannya 26 tahun, untuk kemudian diserahkan pada pemerintah Turki (*Turkish Electronical Authority*). Perjanjian kerjasama ini merupakan awal mula konsep BOT dalam

proyek infrastruktur di Turki yang kemudian banyak diadopsi oleh negara-negara berkembang, termasuk Indonesia.

Indonesia merupakan salah satu negara yang memiliki tingkat kepadatan penduduk hampir mencapai 266 juta jiwa penduduk pada tahun 2009. Keadaan tersebut menuntut penambahan di bidang pengadaan sarana dan prasarana untuk kepentingan umum (infrastruktur) seperti sarana transportasi, telekomunikasi, pengadaan air bersih, jaringan listrik, serta fasilitas perniagaan atau perdagangan.

Dalam kurun waktu 1994-1999 lalu, dana yang dibutuhkan untuk pengadaan insfrastruktur mencapai lebih dari US S 50 Billion dan selama Pelita ke VII dibutuhkan dana sebesar US S 132 Billion, dana sebesar itu tentunya akan sangat terasa berat apabila harus dibebankan hanya kepada APBN. Kebutuhan dana untuk pembangunan infrastruktur sampai dengan tahun 2009 saja diperkirakan akan membutuhkan dana berkisar antara Rp. 700 triliun- Rp.1030 triliun. Sekitar Rp. 200 triliun dapat didanai dengan APBN, artinya pemerintah hanya mampu membiayai sekitar 20%, sedangkan sekitar Rp. 600 triliun atau sekitar 80%-nya diharapkan partisipasi lokal maupun internasional.

Melihat keterbatasan pemerintah melalui APBN dalam penyediaan dana untuk pembangunan insfrastruktur dituntut adanya model-model atau pola-pola baru sebagai alternatif pembiayaan proyek pembangunan. Di daerah, pembiayaan pembangunan infrastruktur dengan mengandalkan dana APBD juga dirasakan semakin terbatas jumlahnya. Salah satu alternatif pembiayaan proyek yang dapat dilakukan adalah dengan mengundang pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan proyek pemerintah dengan sistem Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

B. Pengertian dan Dasar Hukum Pelaksanaan Pembiayaan Proyek Infrastruktur dengan Model Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT).*

1. Pengertian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT).*

Perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* merupakan istilah yang relatif baru dalam kegiatan ekonomi Indonesia, walaupun jika melihat sejarahnya konsep BOT sebenarnya merupakan konsep yang sudah memiliki umur yang cukup tua yaitu sekitar 300 Sebelum Masehi yang dilakukan di Kota Eretria Yunani (Athena).[224] Mengingat istilah BOT merupakan istilah yang relatif baru, maka sebagai gambaran umum untuk memudahkan memahami konsep BOT, ada beberapa pendapat para sarjana sebagaimana disebutkan di bawah ini.

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".*[225]

Dengan demikian, pada dasarnya BOT adalah salah satu bentuk pembiayaan proyek pembangunan yang mana kontraktor harus menyediakan sendiri pendanaan untuk proyek tersebut juga kontraktor harus menanggung pengadaan material, peralatan, jasa lain yang dibutuhkan untuk kelengkapan proyek. Kontraktor diberikan hak untuk mengoperasikan dan mengambil manfaat ekonominya sebagai penggantian atas semua biaya yang telah dikeluarkan untuk selama waktu tertentu.

---

224 Munir Fuady, *Sejarah Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 1982, hlm. 172.
225 Clifford W. Garstang, *Loc. Cit.*

Kemudian Neal Bieker dan Cassie Boggs, memberikan pengertian BOT, adalah sebagai berikut :

> *"A government or government entity enters into an agreement with a private sector company under which the company agrees to finance, design and build the facility at its own costs, and is given a concession, usually for a fixed period, to operate that facility and collect tolls or other revenues from its operation before transferring the facility back to the government at the end of the concession period. The intention is that the company is to receive sufficient revenues during the operational phase to service its debt incurred in designing and building the facility; to cover its working capital and maintennace cost; to repay its equity investors; and hopefully, also provide a reasonable profit its investors".*[226]

Menurut Neal Bieker dan Cassie Boggs, bahwa bentuk kerjasama BOT dapat dilakukan jika pemerintah atau badan usaha milik pemerintah mengadakan suatu perjanjian dengan suatu perusahaan sektor swasta dimana perusahaan tersebut bersedia untuk membiayai, merancang, dan membangun suatu fasilitas atau proyek atas biaya sendiri, dan kepadanya diberikan hak konsesi, biasanya untuk suatu waktu yang telah ditentukan, hak untuk mengoperasikan fasilitas atau proyek tersebut dan mengumpulkan atau menyediakan barang-barang bagi kepentingan fasilitas atau proyek atau pendapatan lain dari pengoperasian proyek sebelum fasilitas atau proyek tersebut diserahkan kembali kepada pemerintah diakhir masa konsesi.

Kemudian menurut Tim Penyusunan Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan tentang Perjanjian BOT (*Build, Operate, and Transfer),* disebutkan bahwa Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*) adalah pemanfaatan barang milik kekayaan negara atau swasta/perorangan yang berupa tanah oleh pihak lain, dimana pihak tersebut diberikan hak untuk membangun bangunan dan atau sarana lain berikut fasilitas di atas tanah tersebut, serta mendayagunakannya dalam jangka waktu tertentu, untuk kemudian menyerahkan kembali tanah, bangunan, dan atau sarana lain berikut fasilitas tersebut beserta

---

[226] Neil Bieker, Cessie Boggs, *Loc. Cit.*

pendayagunaannya kepada Departemen/Lembaga atau pemilik lahan bersangkutan setelah berakhirnya jangka waktu yang disepakati.[227]

Pengertian perjanjian Bangun Guna Serah dapat pula dirujuk menurut Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 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),* yang menyebutkan bahwa BOT adalah bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, dimana pihak investor diberikan hak untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa Bangun Guna Serah berakhir.

Kemudian menurut Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 470/KMK.01/1994 tentang Tata Cara Penghapusan Dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara, yang menyebutkan perjanjian 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 atau sarana lain berikut fasilitasnya di atas tanah tersebut, serta mendayagunakannya dalam jangka waktu tertentu, untuk kemudian menyerahkan kembali tanah, bangunan, dan atau sarana lain berikut fasilitasnya tersebut beserta pendayagunaannya kepada departemen/lembaga yang bersangkutan setelah berakhirnya jangka waktu yang disepakati.

Dalam konteks pengadaan proyek infrastruktur, maka BOT tidak lain adalah kontrak atau perjanjian antara pemilik proyek (pemerintah) dengan pihak lain sebagai operator atau pelaksana proyek. Dalam hal ini pemilik proyek memberikan hak pada operator atau pelaksana untuk membangun sebuah sarana dan prasarana (umum) 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. Apabila semuanya berjalan sesuai dengan rencana maka pada akhir masa kontrak, atau pada saat proyek tersebut harus dikembalikan pada pemerintah maka kontraktor

---

[227] Andjar Pachta Wirana, *Op. Cit.,* hlm. 7-8.

telah mendapatkan kembali semua biaya yang telah dikeluarkannya ditambah dengan sejumlah keuntungan yang diharapkan dari proyek tersebut.

Mengingat BOT hanya sebuah konsep yang umum sifatnya, maka BOT tidak saja digunakan untuk proyek pemerintah saja, namun dapat juga digunakan untuk proyek swasta, artinya pihak yang terlibat yaitu individu dengan individu, individu dengan swasta, atau swasta dengan swasta. Misalnya di Denpasar Bali, penduduk asli memiliki tanah di tempat yang cukup strategis, tetapi tidak memiliki cukup dana untuk mendirikan bangunan komersial, pihak investor meminta izin mendirikan bangunan hotel atau penginapan di atas tanah penduduk asli tersebut dengan biaya seluruhnya ditanggung pihak investor dan diperjanjikan untuk jangka waktu 30 tahun atau sesuai dengan perjanjian untuk dilakukan pengoperasian, dan setelah jangka waktu perjanjian berakhir maka bangunan dan sarana prasarana pendukungnya dikembalikan kepada pemilik hak atas tanah tersebut tanpa syarat. Selanjutnya dapat dilakukan dengan perjanjian sewa menyewa apabila hal itu dikehendaki para pihak setelah masa konsesi selesai.

Dari pengertian BOT tersebut, maka terdapat ciri-ciri dari proyek BOT, yaitu :

1. 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.

2. 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 untuk melakukan pemeliharaan terhadap proyek tersebut. Pada masa ini pemilik proyek dapat juga menikmati sebagian hasil sesuai dengan perjanjian jika ada.

3. Penyerahan kembali (*Transfer)*.

Pemegang hak pengelolaan menyerahkan hak pengelolaan dan fisik proyek pada pemilik proyek setelah masa konsesi selesai, yang biasanya diserahkan tanpa ada syarat-syarat tertentu. Pembebanan biaya penyerahan umumnya telah ditentukan dalam perjanjian mengenai siapa yang menanggungnya.[228]

Merujuk kembali pada definisi perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT),* serta ciri-ciri BOT sebagaimana disebutkan di atas, maka jika dianalisis BOT memiliki unsur-unsur sebagai berikut :

1. Subjek perjanjian BOT.

   Dilihat dari para pihak atau subjek yang melaksanakan perjanjian, perjanjian BOT intinya melibatkan pihak investor sebagai pihak yang menyediakan dana untuk membangun fisik proyek tersebut, dan melibatkan pihak pemilik tanah/lahan yaitu pihak masyarakat/swasta yang memiliki lahan strategis atau pihak pemerintah sebagai pemilik hak eksklusif atau pemegang hak pengelolaan atau juga masyarakat hukum adat sebagai pemegang hak ulayat;

2. Objek/prestasi perjanjian BOT.

   Merujuk pada Pasal 1234 KUH Perdata, prestasi atau objek perjanjian meliputi 3 (tiga) hal yaitu : (1) Memberikan sesuatu; (2) Berbuat sesuatu; dan (3) Tidak melaksanakan suatu perbuatan tertentu. Pada perikatan untuk memberikan sesuatu, prestasinya berupa menyerahkan sesuatu barang atau memberikan kenikmatan atas sesuatu barang. Berbuat sesuatu adalah setiap prestasi untuk melakukan sesuatu yang bukan memberikan sesuatu, dan tidak berbuat sesuatu adalah jika debitur berjanji untuk tidak melakukan perbuatan tertentu.[229]

---

228 Budi Santoso, *Op. Cit.,* hlm. 17-21, dan Felix O. Soebagyo, *Op. Cit.*, hlm. 11-13.

229 R. Setiawan, *Op. Cit.*, hlm. 4.

Jika perjanjian BOT dianalisis dari ketentuan Pasal 1234 KUH Perdata, maka perjanjian BOT lazimnya memenuhi ketiga objek perjanjian tersebut, yaitu :

a. Memenuhi unsur memberikan sesuatu, dimana pemilik hak atas tanah memberikan kewenangan kepada pihak investor untuk melakukan pembangunan objek BOT.
b. Memenuhi unsur berbuat sesuatu, dimana pihak investor dibebani kewajiban untuk melakukan pembangunan objek BOT dengan pembiayaannya, dan sebagai kontra prestasi atas pembangunan tersebut, pihak Investor dalam jangka waktu tertentu diberi hak kelola atas bangunan yang dibangun untuk mengambil manfaat ekonominya dengan pola bagi hasil, *royalty*, atau kompensasi dengan harapan modal yang telah diinvestasikan dapat kembali atau bahkan menguntungkan; dan setelah waktu kelola tersebut berakhir, investor mengembalikan bangunan beserta fasilitas-fasilitas yang melekat pada bangunan tersebut kepada pemilik lahan atau pemerintah sebagai pemilik hak eksklusif atau pemegang hak pengelolaan.
c. Memenuhi unsur tidak melaksanakan suatu perbuatan tertentu, di antaranya pihak investor tidak boleh menjaminkan objek BOT kepada pihak ketiga tanpa seizin dan sepengetahuan pihak pemilik hak atas tanah.

2. Dasar Hukum Pelaksanaan Pembiayaan Proyek Infrastruktur Dengan Model Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)*.

Hakikat pembangunan nasional adalah pembangunan manusia Indonesia seutuhnya dan pembangunan seluruh masyarakat Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Pembangunan yang demikian mengandung pengertian tidak hanya berusaha mengejar kemajuan lahiriah dan

kepuasaan batiniah, melainkan mengejar keselarasan, keserasian, dan keseimbangan di antara keduanya.

Dalam kerangka pembangunan nasional yang demikian itu, maka sejalan dengan Undang-undang No. 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025, diperlukan adanya pembangunan jangka panjang yang dilaksanakan secara bertahap serta berkesinambungan, yang diarahkan untuk meningkatkan taraf hidup dan kesejahteraan seluruh rakyat, serta meletakkan dasar yang kuat untuk melaksanakan pembangunan tahap berikutnya dengan menempatkan hukum sebagai sarana pemelihara ketertiban, keamanan, kepastian, serta hukum sebagai sarana penegak keadilan, karena pada konsep negara hukum sebagai cita hukum (*rechts idee*) Indonesia, terkandung prinsip kepastian hukum yang ada baik dalam konsep *rechtsstaat* dan prinsip keadilan yang ada dalam konsep *rule of law*.[230]

Oleh karena itu, Negara yang dasar pembentukannya dari alam pikir manusia yang memiliki kecenderungan untuk hidup bersama/bermasyarakat (*appetitus societatis),* memiliki hak eksklusif untuk membentuk hukum, yang pembentukannya didasarkan atas ketentuan-ketentuan moral yang dimiliki individu-individu manusia.[231] Hal tersebut sesuai dengan pandangan Hugo Grotius yang menyebutkan bahwa : *"law is a rule of moral action obliging to that which is right",*[232] maka sebagai pakar yang memiliki faham aliran hukum alam, Grotius mendasarkan pengertian hukumnya pada ketentuan moral, dimana aturan moral itu harus mengabdi pada tujuan negara. [233]

Gustav Radbruch, mengambarkan keterkaitan antara sistem hukum dan sistem moral, dimana *morals as the ground of the validity of law, and morals as*

---

[230] Mahfud M.D., *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional,* Makalah Pada Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, BPHN Departemen Hukum Dan HAM, Jakarta, 2006, hlm. 26.

[231] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Op. Cit.*, hlm. 59.

[232] Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum : Suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis*, Cetakan Kedua, Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 27.

[233] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Loc. Cit.*

the goal of law.[234] Demikian juga Hans Kelsen memberikan pandangannya bahwa: "Hakikat hukum adalah moral, dalam arti perilaku yang diperintahkan atau dilarang oleh hukum, juga merupakan perilaku yang diperintahkan atau dilarang oleh norma moral".[235] Namun, meskipun saling berkaitan dan saling mempengaruhi, Gustav Radbruch membedakan antara hukum dengan moral/moralitas yaitu bahwa *law is a cultural concept, morality is a value concepts, justice and morality, or two cultural concepts, is law and morals.*[236]

Dengan demikian, moral merupakan suatu konsep nilai, tentang bagaimana seyogyanya orang bertingkah laku dalam satu kesatuan sosial. Hal ini mengingat pendapat dari Aristoteles bahwa manusia merupakan *zoon politicon*, artinya di samping sebagai mahluk individu, manusia pun merupakan mahluk sosial. Kehendak untuk bertingkah laku sebagaimana yang diinginkan manusia dalam satu kesatuan sosial tersebut mendorong manusia-manusia dalam komunitas masyarakatnya membuat aturan hidup bersama yang sesuai dengan norma-norma moral yang dianut.

Menurut Theo Huijbers, norma moral itu bersifat subjektif karena berkaitan dengan suara hati individu manusia. Oleh karena merupakan suara hati, maka penataannya kembali kepada suara hati individu untuk sungguh-sungguh ditaati. Hal ini berbeda dengan norma-norma hukum yang bersifat objektif, karena berhubungan dengan negara. Penaatannya tetap menuntut untuk sungguh-sungguh ditaati, demi terciptanya ketertiban dalam masyarakat tersebut.[237]

Meskipun norma-norma moral itu bersifat subjektif, apabila oleh mayoritas individu sudah dianggap sebagai kewajiban moral, maka moral itu menjadi mengikat, dan mau tidak mau harus ditaati. Dengan demikian, menurut Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidharta, norma moral itu telah menjadi moral positif, dalam arti, norma moral yang telah berlaku sebagai norma yang mengikat.

---

234 Gustav Radbruch, *Legal Philosophy, Dalam 20th Century Legal Philosophy Series Vol IV ; the Legal Philosophies of Lask*, Radbruch and Dabin, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1950, hlm. 84-85.

235 Soerjono Soekanto, *Perspektif Teoritis Studi Hukum Dalam Masyarakat*, Cetakan Kedua, Rajawali, Jakarta, 1985, hlm. 84.

236 Gustav Radbruch, *Op.Cit.,* hlm. 78.

237 Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, *Op. Cit.*, hlm. 65.

Dalam hal ini norma moral tersebut telah menjadi kehendak juridis.[238] Kehendak juridis tersebut menurut Rudolf Stammler merupakan kehendak untuk mengatur hidup bersama. Kehendak itu mendorong individu-individu manusia untuk membentuk peraturan-peraturan bagi masyarakat dalam bentuk hukum (positif). Kehendak juridis tersebut menjadi dasar, sumber dan syarat terbentuknya hukum.[239]

Jika uraian di atas menunjukkan pentingnya hubungan yang erat antara moral dan hukum, tidaklah demikian menurut para pendukung aliran positivisme hukum. Aliran yang memandang hukum sebagai gejala normatif belaka menganggap antara hukum dan moral merupakan dua hal yang harus dipisahkan, karena tidak jarang antara hukum dan moral itu justru berbenturan, akibatnya adanya perbedaan tujuan antara hukum dan moral.

Selain itu, pandangan lain tentang hukum menurut aliran positivisme hukum yang didukung oleh dua sub aliran, yaitu : (1) Aliran hukum positif analitis, yang dipelopori oleh John Austin; dan (2) Aliran hukum positif murni, yang dipelopori oleh Hans Kelsen.[240] Menurut aliran hukum positif analitis, hukum diartikan sebagai berikut :

1. Hukum merupakan perintah dari pemegang kekuasaan tertinggi atau pemegang kedaulatan (*a comman of the law giver);*
2. Hukum merupakan sistem logika yang bersifat tetap dan tertutup (*closed logical sistem);* dan
3. Hukum positif harus memenuhi unsur perintah, sanksi, kewajiban, dan kedaulatan. Hukum positif yang tidak mengandung keempat unsur itu, bukanlah hukum, melainkan moral positif.[241]

Sementara itu, menurut aliran hukum murni, hukum merupakan suatu keharusan *(sollenskatagorie*), bukanlah merupakan kenyataan (*seinskatagorie),*

---

[238] Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum : Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum, Buku I,* Cetakan Pertama, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 23.

[239] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Op.Cit.,* hlm. 151-152.

[240] Lili Rasjidi dan Ira Thania, *Pengantar Filsafat Hukum*, *Op. Cit*., hlm. 56-57.

[241] Lili Rasjidi dan Wiyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Cetakan Ketiga, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 119.

dimana perintah atau keharusan tersebut berasal dari negara dan unsur psikologis atau kehendak dari orang/subjek yang diperintah tidak termasuk ke dalamnya.[242] Dengan demikian, aliran hukum murni ini hanya mempelajari hukum positif dan tidak mempermasalahkan efektivitas/penegakkan dari norma-norma itu. Oleh karena itu, isi hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir *non* juridis, seperti sosiologis, moral, etis, politis, maupun sejarah.[243]

Pembangunan sistem hukum Indonesia banyak mendapatkan pengaruh dari pandangan aliran positivisme hukum yang dipelopori John Austin sebagaimana terlihat jelas dalam Pasal 15 *Algemene Bepaling van Wetgeving* bahwa hakikat hukum adalah perintah penguasa yang wujud implementasinya terlihat dari pembentukan UUPA pada tanggal 24 September 1960 yang dilakukan DPR-GR bersama Presiden, serta mendapat pengaruh dari aliran hukum positif murni, yang dipelopori oleh Hans Kelsen, yang dikenal dengan Teori Jenjang (*Stufenbau Theorie*), yang menyebutkan bahwa sistem hukum hakikatnya merupakan sistem hierarkis yang tersusun dari yang terendah hingga peringkat tertinggi yang berbentuk suatu piramida. Hukum yang lebih rendah harus bersumber dan tidak boleh bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi. Sifat bertentangan dari hukum yang lebih rendah mengakibatkan batalnya daya berlaku hukum itu. Sebaliknya, hukum yang lebih tinggi merupakan dasar dan sumber dari hukum yang lebih rendah. Semakin tinggi kedudukan hukum dalam peringkatnya semakin abstrak dan umum sifat norma yang dikandungnya, dan semakin rendah peringkatnya, semakin nyata dan operasional sifat norma yang dikandungnya.[244] Norma yang paling tinggi, menduduki puncak piramida disebut Hans Kelsen dengan *Grundnorm* (norma dasar).

Aliran hukum positif murni ini mendapat pengaruh kuat dari aliran pemikiran hukum pendahulunya, yaitu legisme yang berkembang pada abad pertengahan, yang menyamakan hukum dengan undang-undang sebagai pokok

---

[242] Hans Kelsen, *General Theory of Law and State,* diterjemahkan Raisul Muttaqien : *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara,* Cetakan Pertama, Nusa Media dan Nusantara, Jakarta, 2006, hlm. 47.

[243] Lili Rasjidi dan Arief Sidharta, *Filsafat Hukum : Mazhab Dan Refleksinya*, Cetakan Kedua, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1994, hlm. 59.

[244] Lili Radjidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 34-38.

pikirannya. Persepsi ini dianut oleh Hans Kelsen, Jellinek, Paul Laband, serta ahli-ahli hukum Jerman lainnya.[245] Adapun wujud nyata pengaruh aliran hukum positif murni ini dalam sistem hukum Indonesia dapat terlihat dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Perundangan Republik Indonesia, yang kemudian direvisi dengan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAP MPR) Tahun 2000 No. II/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, yang kemudian dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Selain itu, pembangunan sistem hukum Indonesia pun mendapat pengaruh yang luas dari aliran filsafat hukum *Sociological Jurisprudence* yang mencoba mengakomodasikan semua sumber material hukum dan nilai-nilai yang menjadi tujuan hukum dari masing-masing aliran filsafat hukum yang ada.[246] Aliran *Sociological Jurisprudence* merupakan salah satu aliran yang melakukan berbagai pendekatan, dimana yang menjadi pendasar mazhab ini adalah Roscoe Pound, Eugen Ehrlich, Benjamin Cardozo, Kantorowics, Gurvitch, dan lain-lain. Inti pemikiran mazhab yang berkembang di Amerika ini menyebutkan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Sesuai di sini berarti bahwa hukum itu harus mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat (*Living Law*).[247]

Oleh karena itu, aliran *Sociological Jurisprudence* mengkritik pandangan aliran positivisme hukum, yang dipelopori oleh John Austin, yang mengartikan hukum sebagai *a command of the lawgiver* (perintah dari pembentuk undang-undang atau penguasa), yaitu suatu perintah dari pihak yang memegang kekuasaan tertinggi atau memegang kedaulatan. Kemudian kritikan pun ditujukan kepada Hans Kelsen sebagai penganut aliran hukum positif murni *(Reine Rechtlehre)*, yang menganggap hukum sebagai suatu sistem yang logis, tetap, dan bersifat tertutup *(closed logical sistem)*, sehingga hukum harus dibersihkan dari

---

[245] Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, *Op.Cit.*, hlm. 21.
[246] Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Penjabaran Nilai-nilai Pancasila Dalam Sistem Hukum Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 72.
[247] Lili Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum, Op.Cit.,* hlm. 70.

anasir-anasir bukan hukum, seperti anasir etika, sosiologi, politik, dan sebagainya,[248] serta memisahkan secara tegas hukum dari moral, jadi tidak didasarkan atas pertimbangan atau penilaian baik dan buruk. [249]

Berbeda dengan pandangan aliran positivisme hukum, menurut aliran *Sociological Jurisprudence,* undang-undang sebagai ketentuan hukum yang tertulis memang diperlukan untuk menjamin kepastian hukum serta menghindarkan tindakan sewenang-wenang dari kekuasaan yang bersifat absolut, namun demikian merujuk pendapat yang dikemukakan oleh Eugen Ehrlich, yang terkenal dengan konsep *living law*-nya, bahwa hukum positif akan memiliki daya berlaku yang efektif apabila berisikan dan selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. [250] Hal senada dikemukakan juga oleh Friedrich Carl Von Savigny, pendasar mazhab sejarah, yang memiliki konsep "*Das Recht wird nicht gemacht, est ist und wird mit dem volke*", yaitu bahwa : "Hukum itu tidak dibuat, akan tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat". Pandangannya bertitik tolak bahwa di dunia ini terdapat banyak bangsa, dan tiap-tiap bangsa tadi memiliki suatu "*volksgeist/*jiwa bangsa", dimana jiwa bangsa ini berbeda, baik menurut waktu maupun menurut tempat".[251]

Dengan demikian, *Sociological Jurisprudence* berpegang kepada pendapat pentingnya baik akal (rasio) maupun pengalaman. Pandangan tersebut berasal dari Roscoe Pound yang menyebutkan bahwa: "Kedua aliran baik aliran positivisme hukum dan mazhab sejarah memiliki kebenarannya". Hanya hukum yang sanggup menghadapi ujian akan dapat hidup terus, dan yang menjadi unsur-unsur kekal dalam hukum itu hanyalah pernyataan-pernyataan akal yang berdiri diatas pengalaman dan diuji oleh pengalaman. Pengalaman dikembangkan oleh akal dan akan diuji oleh pengalaman. Tidak ada sesuatu yang dapat bertahan sendiri di dalam sistem hukum. Hukum adalah pengalaman yang diatur dan dikembangkan oleh akal, yang diumumkan dengan wibawa badan-badan yang membuat undang-

---

[248] Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem, Op.Cit.,* hlm. 120.
[249] Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum, Op.Cit*., hlm. 120.
[250] *Ibid*., hlm. 66.
[251] Lili Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum, Op.Cit*., hlm. 66.

undang atau mensahkan undang-undang dalam masyarakat yang berorganisasi politik dan dibantu oleh kekuasaan masyarakat itu".[252]

Pandangan penting lainnya dari Roscoe Pound sebagai salah satu penganut aliran *Sociological Jurisprudence*, dikenal dengan teorinya: "Hukum sebagai alat untuk memperbaharui/merekayasa masyarakat *(Law as a tool of sosial engineering*)". Menurut Roscoe Pound, hukum harus dapat melindungi kepentingan umum (*public interest),* kepentingan masyarakat *(sosial interest),* dan kepentingan pribadi *(private interest)*, tidak sekadar melestarikan *status quo*.[253] Pembaharuan hukum tersebut menurut Mochtar Kusumaatmadja, dapat dilakukan melalui sarana berupa undang-undang, yurisprudensi, atau undang-undang dan yurisprudensi secara sekaligus. Hal ini berarti dapat dilakukan dengan pembaharuan sistem hukum, yaitu melalui proses legislasi yang dilakukan oleh pembuat undang-undang dan hakim.[254]

Teori Hukum Pembangunan Mochtar Kusumaatmadja yang dikenal sebagai pelopor Mazhab Unpad, merupakan teori hukum yang mentransformasi konsep pembangunan hukum dari Amerika yang dipelopori oleh Roscoe Pound. Namun demikian, meskipun Mochtar Kusumaatmadja mengadopsi pandangan Roscoe Pound, tetapi menolak konsepsi mekanis dari konsepsi *law as a tool of sosial engineering,* dan menggantikan istilah alat (*a tool)* dengan istilah sarana,[255] karena selain pengertian "sarana" lebih luas dari "alat" (*a tool),* juga disebabkan karena beberapa alasan :

1. Apabila konsep pembangunan hukum di Amerika dibandingkan dengan teori hukum pembangunan di Indonesia, terdapat perbedaan pandangan. Dalam penerapan sistem hukum di Indonesia, pengembangan dan pembangunan hukum lebih ditekankan pada pemberlakuan undang-undang dibandingkan dengan yurisprudensi. Hal ini berbeda dengan di Amerika, dimana kedudukan yurisprudensi jauh lebih penting dari Indonesia.

---

[252] *Ibid.*, hlm. 71-72.

[253] Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia, Op. Cit.,* hlm. 197.

[254] Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Dan Teori Hukum, Op. Cit.*, hlm. 78-79.

[255] Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem, Op.Cit.,* hlm.183.

2. Selain itu juga, penggunaan peranan hukum yang diistilahkan sebagai "alat rekayasa masyarakat" cenderung ditolak dan ditentang, karena lebih bersifat mekanistis dan menjurus pada pengakuan faham legisme sebagaimana pernah diadakan pada zaman Hindia Belanda, dan di Indonesia ada sikap yang menunjukkan kepekaan masyarakat untuk menolak penerapan konsep itu.[256]
3. Apabila "hukum" di sini juga termasuk hukum internasional, konsep hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat sudah diterapkan jauh sebelum konsep ini diterima resmi sebagai landasan kebijakan hukum nasional, salah satu contohnya di bidang nasionalisasi perusahaan-perusahaan asing.[257]

Oleh karena itu, Mochtar Kusumaatmadja memberikan definisi hukum sebagai berikut :

> "Hukum tidak hanya meliputi asas dan kaidah yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, melainkan juga termasuk lembaga dan proses dalam mewujudkan berlakunya kaidah itu dalam kenyataan di masyarakat". [258]

Apabila dianalisis lebih jauh, maka dari definisi hukum tersebut, dapat dilihat bahwa: kata asas dan kaidah menggambarkan hukum sebagai gejala normatif, sedangkan kata lembaga dan proses menggambarkan hukum sebagai gejala sosial. Hukum sebagai gejala normatif, diartikan bahwa bentuk hukum yang dikehendakinya adalah undang-undang, sedangkan hukum sebagai gejala sosial, menurut Hans Kelsen dalam teori murni tentang hukum, yaitu memperhatikan faktor-faktor *non* yuridis seperti "filosofis, etis, sosiologis, ekonomis, dan politis".[259] Selanjutnya kata asas menggambarkan bahwa konsep

---

[256] Munir Fuady, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2007, hlm. 165.
[257] Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat, dan Pembinaan Hukum Nasional Suatu Uraian Tentang Landasan Pikiran, Pola dan Mekanisme Pembaharuan Hukum di Indonesia*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi, Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, 1976, hlm. 9-10, dan Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Bina Cipta, Bandung, 1976, hlm. 63.
[258] Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan, Op.Cit*., hlm. vi.
[259] *Ibid*.

hukum yang dikehendaki memperhatikan pandangan aliran alam, karena asas itu ada kaitannya dengan nilai-nilai moral tertinggi yaitu keadilan, sedangkan kata kaidah menggambarkan diperhatikannya pandangan aliran positivisme hukum, karena kata kaidah memiliki sifat normatif, seperti yang dikemukakan oleh John Austin dan Hans Kelsen dalam teori-teorinya.[260] Kata lembaga menggambarkan bahwa konsep pembangunan Indonesia memperhatikan pandangan mazhab sejarah, karena yang dimaksud dengan lembaga di sini adalah lembaga hukum adat, sebagai hukum yang tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat Indonesia. Kata proses menggambarkan adanya perhatian terhadap pandangan *pragmatical legal realism* (Roscoe Pound), yaitu terbentuknya hukum melalui putusan hakim di pengadilan.[261] Lebih lanjut kata lembaga dan proses mencerminkan adanya perhatian terhadap pandangan *Sociological Jurisprudence*, karena kedua kata itu yaitu lembaga dan proses merupakan cerminan dari *living law*, yaitu sumber hukum tertulis dan tidak tertulis yang hidup. Adapun kata kaidah yang mewujudkan berlakunya kaidah itu dalam kenyataan menggambarkan bahwa bentuk hukumnya harus undang-undang.[262]

Disadari bahwa membangun sistem hukum nasional tidak hanya sekedar membuat sekumpulan peraturan tertulis dan norma-norma saja, di luar peraturan dan norma tersebut terdapat elemen-elemen lain yang saling berinteraksi yang memiliki peran penting dalam mencapai tujuan dan kepentingan nasional. Di samping itu perlu dipahami bahwa pembangunan sistem hukum nasional termasuk pembangunan hukum agrarianya adalah suatu proses berkelanjutan yang melintasi waktu, peristiwa dan kondisi khas di setiap periode. Di setiap tahapan periode tersebut, tersirat nilai-nilai yang menjadi dasar berlakunya suatu norma, dan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, nilai dan ide fundamental tersebut biasanya dicantumkan dalam falsafah dan konstitusi negara.[263]

---

[260] *Ibid.*
[261] *Ibid.*, hlm. vii.
[262] *Ibid.*
[263] Garuda Wiko, *Pembangunan Sistem Hukum Berkeadilan*, Dikutip Dari Buku "*Memahami Hukum Dari Konstruksi Dan Implementasi*", PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 6.

Mochtar Kusumaatmadja menilai bahwa demi pembangunan, pembaharuan sikap, sifat atau nilai-nilai adalah perlu, persoalannya adalah nilai-nilai manakah dari keadaan masyarakat yang ada hendak ditinggalkan dan diganti dengan nilai-nilai baru yang diperkirakan sesuai dengan kehidupan (dunia) dewasa ini, dan nilai-nilai manakah yang patut dipertahankan.[264] Tatanan hukum yang beroperasi dalam suatu masyarakat pada dasarnya merupakan pengejawantahan cita hukum yang dianut dalam masyarakat yang bersangkutan ke dalam berbagai perangkat aturan hukum positif, lembaga hukum dan proses (perilaku birokrasi pemerintahan dan warga masyarakat).

Adapun yang dimaksud dengan cita hukum adalah gagasan, karsa, cipta, dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri dari tiga unsur, yaitu keadilan, kehasilgunaan atau kemanfaatan, dan kepastian hukum. Hal tersebut sesuai dengan pendapat yang dikemukakan Satjipto Rahardjo, bahwa hukum itu diciptakan bukanlah semata-mata untuk mengatur, tetapi lebih dari itu untuk mencapai tujuan luhur, yakni keadilan, kebahagiaan, dan kesejahteraan rakyat.[265]

Cita hukum bangsa Indonesia berakar dalam Pancasila yang oleh para Pendiri Negara Republik Indonesia ditetapkan sebagai landasan kefilsafatan dalam menata kerangka dan struktur dasar organisasi negara sebagaimana dirumuskan dalam Undang-Undang Dasar 1945. Pancasila adalah pandangan hidup bangsa Indonesia yang mengungkapkan pandangan bangsa Indonesia tentang hubungan antara manusia dan Tuhan, manusia dengan sesama manusia, serta manusia dengan alam semesta, yang berintikan keyakinan tentang tempat manusia individual di dalam masyarakat dan alam semesta. Cita hukum Pancasila yang berakar dalam pandangan hidup Pancasila dengan sendirinya akan mencerminkan tujuan negara dan nilai-nilai dasar yang tercantum dalam Pembukaan, Batang Tubuh, serta Penjelasan Undang-Undang Dasar 1945.[266]

---

[264] Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat, dan Pembinaan Hukum Nasional Suatu Uraian Tentang Landasan Pikiran, Pola dan Mekanisme Pembaharuan Hukum di Indonesia, Op.Cit.*, hlm. 8-9.

[265] Satjipto Rahardjo, *Sisi Lain Dari Hukum Di Indonesia*, Kompas, Jakarta, 2003, hlm. 34

[266] *Ibid*., hlm. 34.

Pandangan hidup Pancasila dirumuskan dalam kesatuan lima sila, yaitu (1) Ketuhanan Yang Maha Esa, (2) Kemanusiaan yang adil dan beradab, (3) Persatuan Indonesia, (4) Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat permusyawaratan dan perwakilan, serta (5) Keadilan sosial. Masing-masing sila tersebut mengungkapkan nilai fundamental dan sekaligus menjadi lima asas operasional dalam menjalani kehidupan, termasuk dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara dan pengembanan hukum praktis. Konsep di atas diperkuat oleh pendapat Soediman Kartohadiprodjo, yang menyatakan bahwa Pancasila merupakan pandangan hidup bangsa Indonesia dan di dalam hukum Pancasila tercipta ketertiban dan keadilan yang tercermin dalam hukum adat, yang menjadi sumber inspirasi, menjiwai dan menjadi arah yang dituju dalam proses pembentukan hukum nasional. Selanjutnya Notonegoro pun memberikan pemahaman Pancasila sebagai asas atau "*guiding principle*" dalam bernegara di Indonesia. Sebagai asas negara, Pancasila dapat dikatakan sebagai dasar Idiologi Negara, dan secara yuridis Pancasila adalah pokok kaidah negara yang fundamental.[267]

Apabila konsep-konsep filsafat di atas diterapkan dalam tataran yang lebih konkrit, maka cukup banyak asas-asas dan prinsip-prinsip yang terkandung dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Mukadimahnya yang mengacu pada prinsip-prinsip hukum umum yang diterima oleh bangsa-bangsa di dunia, yang juga dijadikan pedoman dalam mengatur pelaksanaan pembiayaan proyek infrastruktur dengan model Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT).*

Adapun ketentuan-ketentuan hukum nasional yang mengatur perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT),* yaitu :

1. Buku III KUH Perdata tentang Perikatan *(van verbintenissen*), sebagai Ketentuan Hukum Privat.

   Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*) merupakan suatu perjanjian, maka ketentuan BOT tidak dapat dilepaskan dari ketentuan Buku III KUH Perdata tentang Perikatan *(van verbintenissen).* Perikatan adalah hubungan hukum antara sejumlah terbatas subjek-subjek

[267] Arief B. Sidharta, *Revisi Pemikiran Soediman Kartohadiprodjo tentang Pancasila Berkaitan dengan Pengembangan Sistem Hukum Nasional*, Dies Natalis ke-51 Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2009, hlm. 20.

hukum, sehubungan dengan itu seseorang atau beberapa orang daripadanya (debitur atau para kreditur) mengikatkan dirinya untuk bersikap menurut cara-cara tertentu terhadap pihak yang lain, yang berhak atas sikap yang demikian itu.[268]

Menurut ketentuan Pasal 1233 KUH Perdata, perikatan bersumber dari perjanjian dan undang-undang. Perikatan yang bersumber dari perjanjian diatur dalam titel II Pasal 1313 sampai dengan Pasal 1352, dan titel V sampai dengan titel XVIII Pasal 1457 sampai dengan Pasal 1864 Buku III KUH Perdata, sedangkan perikatan yang bersumber dari undang-undang diatur dalam titel III Pasal 1352 sampai dengan Pasal 1380 Buku III KUH Perdata.

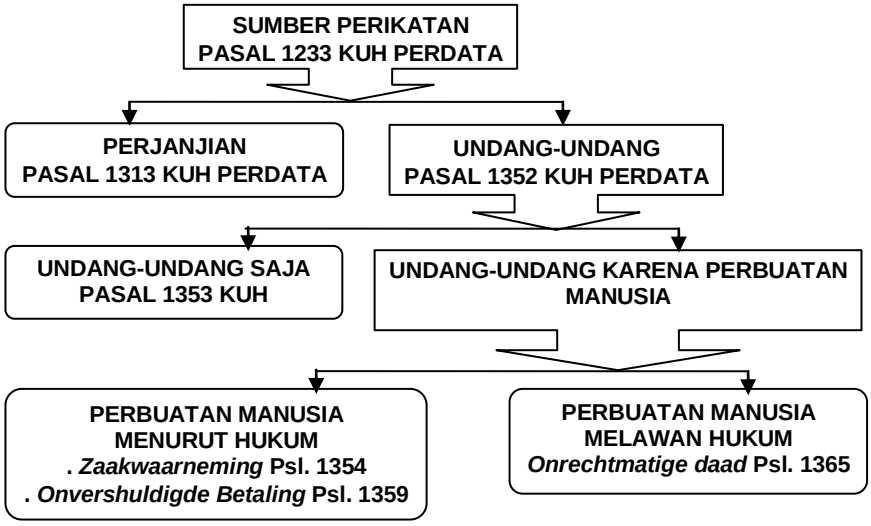
Perikatan yang bersumber dari undang-undang, menurut Pasal 1352 KUH Perdata dibedakan atas perikatan yang lahir dari undang-undang saja *(uit de wet allen)* dan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia *(uit de wet door's mensen toedoen)*. Kemudian perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia menurut Pasal 1353 KUH Perdata dibedakan lagi atas perbuatan yang sesuai dengan hukum *(rechtmatige*) dan perbuatan yang melawan hukum *(onrechtmatige*). Perbuatan yang sesuai dengan hukum contohnya pengurusan kepentingan orang lain secara sukarela (*zaakwaarnening),* dan pembayaran yang tidak ada kewajiban utangnya *(onvershuldigde betaling).*

Apabila sumber perikatan di atas, digambarkan dalam suatu bagan dapat dilihat seperti bagan di bawah ini :

[268] R. Setiawan, *Op. Cit.,* hlm. 2.

BAGAN I

SUMBER-SUMBER PERIKATAN



Sumber perikatan yang berasal dari perjanjian dan undang-undang tersebut, menurut Diephuis, Asser dan Suyling sebagaimana dikutif R. Soetojo Prawirohamidjojo dalam bukunya Hukum Perikatan mengatakan bahwa : "Antara perikatan yang bersumber pada perjanjian dan perikatan yang bersumber pada undang-undang pada hakikatnya tidak ada perbedaan, sebab semua perikatan meskipun bersumber dari perjanjian pada hakikatnya baru mempunyai kekuatan sebagai perikatan karena diakui oleh undang-undang dan jika terjadi pelanggaran dalam pelaksanaannya akan mendapat sanksi dari undang-undang.[269]

Meskipun demikian, menurut penulis-penulis yang lebih muda seperti Van Brakel, Losecaat – Vermeer dan Hofmann – Opstal, kedua macam perikatan itu tetap ada perbedaannya. Pada perikatan yang bersumber dari undang-undang, perikatan itu diciptakan secara langsung karena suatu keadaan tertentu, perbuatan atau kejadian dan membebankan suatu kewajiban dengan tidak menghiraukan kehendak orang yang harus memenuhinya, sedangkan pada perikatan yang bersumber dari perjanjian, meskipun mendapat sanksi dari undang-undang, tetapi keharusan untuk

[269] R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Op. Cit*., hlm. 20.

memenuhi kewajiban atas perjanjian tersebut barulah tercipta setelah yang bersangkutan yang harus memenuhinya memberikan persetujuan atau menghendakinya.[270]

Jika konsep Diephuis, Asser dan Suyling diimplementasikan pada perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), maka perjanjian BOT meskipun merupakan perikatan yang bersumber dari perjanjian antara para pemilik hak atas tanah dengan pihak investor, tetapi perjanjian yang dilakukan oleh para pihak tersebut baru memiliki kekuatan sebagai perikatan, jika memenuhi ketentuan yang telah ditentukan undang-undang. Undang-undang dalam hal ini salah satunya sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata yang menentukan bahwa syarat sahnya perjanjian termasuk perjanjian BOT, jika memenuhi syarat (1) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; (2) Kecakapan untuk membuat suatu perikatan; (3) Memenuhi suatu hal tertentu; serta (4) Memiliki suatu sebab yang halal.

Jika syarat-syarat sahnya perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata telah dipenuhi, maka berdasarkan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) telah memiliki kekuatan hukum yang sama dengan kekuatan undang-undang. Ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata menyebutkan bahwa : "Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya". Namun demikian, meskipun perjanjian BOT merupakan perikatan yang bersumber dari perjanjian, jika terjadi pelanggaran atas perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) tersebut, sanksinya tetap diberikan oleh Undang-undang. Salah satu contohnya, yaitu bahwa ketika salah satu pihak tidak melaksanakan perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), yang kemudian menyebabkan kerugian kepada pihak lainnya, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata, pihak tersebut diwajibkan membayar ganti rugi.

---

[270] *Ibid.*, hlm. 20.

Ketentuan Ganti rugi sendiri sebagai sanksi yang diberikan kreditur kepada debitur yang ingkar janji dalam melaksanakan perjanjian yang telah dibuatnya diatur dalam Undang-undang Pasal 1243-Pasal 1252 KUH Perdata. Namun demikian, sesuai dengan pendapat Van Brakel, Losecaat – Vermeer dan Hofmann – Opstal, meskipun pelanggaran terhadap pelaksanaan Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) itu akan mendapatkan sanksi dari undang-undang, tetapi sanksi itu baru dapat dibebankan kepada pihak yang disebutkan ingkar janji, jika pihak tersebut sebelumnya telah memberikan persetujuan, sehingga tidak ada tuntutan maupun sanksi tanpa ada persetujuan.

Berkaitan dengan sumber perikatan sebagaimana digambarkan pada bagan di atas, para ahli hukum perdata memiliki pendapat yang sama bahwa sumber perikatan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1233 KUH Perdata, yaitu perjanjian dan undang-undang adalah kurang lengkap. Sumber perikatan yang lain adalah Ilmu Pengetahuan Hukum Perdata, hukum tidak tertulis (hukum kebiasaan), dan keputusan hakim (yurisprudensi).[271] Tanpa mengabaikan peran penting dari sumber-sumber perikatan yang lainnya, dari sumber-sumber perikatan di atas, perjanjian merupakan salah satu sumber perikatan yang terpenting dalam mengembangkan hukum perjanjian, sebab sesuai dengan salah satu asas yang dianut dalam sistem hukum nasional Indonesia, yaitu asas kebebasan berkontrak, maka para pihak diberikan suatu kebebasan untuk membuat segala macam perikatan, baik perikatan yang bernama yang tercantum dalam titel V sampai dengan XVIII Buku III KUH Perdata maupun perikatan yang tidak bernama.

Berdasarkan asas kebebasan berkontrak yang disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, maka lahir perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*), yang dikenal sebagai perjanjian tidak bernama *(onbenoemde overeenkomst*), yaitu perjanjian yang tidak

[271] Mariam Darus Badrulzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan, Op. Cit.,* hlm. 10.

diatur secara khusus dalam undang-undang, tetapi tumbuh dan berkembang dalam kegiatan ekonomi Indonesia. Sebagai suatu perjanjian tidak bernama, sampai saat ini belum ada pengertian dan pengaturan secara khusus mengenai pembangunan suatu proyek milik pemerintah ataupun swata yang dibiayai melalui sistem Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*). Aturan yang digunakan saat ini adalah Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang dikenal sebagai asas kebebasan berkontrak.

Namun demikian, sesuai ketentuan Pasal 1319 KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa : "Semua perjanjian baik yang mempunyai nama khusus, maupun yang tidak terkenal dengan suatu nama tertentu, tunduk pada peraturan-peraturan umum, yang termuat dalam bab ini dan bab-bab lalu". Jika menganalisis ketentuan Pasal 1319 KUH Perdata tersebut, maka ketentuan-ketentuan Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen)* khususnya titel I KUH Perdata tentang Perikatan-perikatan Pada Umumnya yang diatur dalam Pasal 1233 sampai dengan Pasal 1312, kemudian titel II tentang Perikatan yang dilahirkan dari Perjanjian yang diatur dalam Pasal 1313 sampai dengan Pasal 1351, titel IV tentang Hapusnya Perjanjian Pasal 1382 sampai Pasal 1456, yang semuanya disebut sebagai ketentuan umum, dimana aturan-aturannya dapat dijadikan pedoman bukan hanya mengatur perjanjian bernama atau perjanjian khusus sebagaimana diatur dalam titel V sampai dengan titel XVII serta titel VII A, tetapi dapat pula diberlakukan untuk mengatur perjanjian BOT sebagai perjanjian tidak bernama, baik yang dilakukan oleh pemerintah maupun pihak swasta, kecuali perjanjian BOT sendiri sudah mengaturnya secara khusus, yang lazim dikenal dengan adagium *lex specialis derogat lex generalis*.

2. Ketentuan hukum administrasi atau ketentuan hukum publik.

Apabila objek Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* mengoptimalkan lahan milik pemerintah, maka pelaksanaannya selain didasarkan pada Buku III KUH Perdata tentang

Perikatan (*van verbintenissen*) sebagai ketentuan umumnya, juga harus memenuhi ketentuan-ketentuan khusus sebagaimana diatur di dalam beberapa ketentuan hukum publik atau hukum administrasi, yaitu Keppres No 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, sebagaimana telah diubah oleh ke-1: Keppres No 61 Tahun 2004; ke-2: Perpres No 32 Tahun 2005; ke-3: Perpres No 70 Tahun 2005; ke-4: Perpres No 8 Tahun 2006; ke-5: Perpres No 79 Tahun 2006; ke-6: Perpres No 85 Tahun 2006; ke-7: Perpres No 95 Tahun 2007, dan ke-8 sebagai ketentuan terakhir yaitu Perpres No. 54 Tahun 2010.

Selain itu, beberapa ketentuan hukum publik yang menjadi landasan pemanfaatan lahan melalui konsep BOT adalah Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.

Menurut Pasal 1 ayat (12) Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, menyebutkan bahwa :

> "Bangun guna serah adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu".

Kemudian, ketentuan hukum publik yang dapat dijadikan dasar pemanfaatan tanah hak ulayat melalui konsep BOT, adalah Peraturan Menteri Negara Agraria/Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Ketentuan tersebut memberikan kepastian hukum adanya pengakuan dari pemerintah terhadap tanah-tanah masyarakat hukum adat, yang memberikan wewenang kepada masyarakat adat untuk mengelola, mengatur,

memimpin peruntukan, penggunaan maupun pemanfaatannya, yang salah satunya melalui konsep BOT.

Lebih lanjut, ketentuan hukum publik yang tidak dapat dilepaskan dalam pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* adalah ketentuan hukum tanah, dimana para pendiri negara Republik Indonesia telah meletakkan politik agraria nasionalnya dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, yang berbunyi : "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat", yang telah diwujudkan melalui pengundangan Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria/UUPA.

Kemakmuran rakyat sebagai tujuan negara untuk menguasai bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, harus diartikan sebagai kemakmuran untuk seluruh rakyat Indonesia tanpa melanggar hak-hak dan keadilan. Sementara itu, arti pentingnya kesejahteraan dalam hubungannya dengan pemanfaatan tanah terjadi karena tujuan negara adalah untuk mendukung dan melengkapi usaha masyarakat agar dapat hidup sebaik dan seadil mungkin. Hal tersebut tentunya dengan memperhatikan prinsip-prinsip keadilan, demokrasi, dan keberlanjutan dalam pengelolaan sumber daya agraria. Dalam konteks di atas, maka hakikat untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat dan kesejahteraan rakyat dalam penguasaan, pemilikan, penggunaan, dan pemanfaatan sumber daya agraria, harus didukung dengan penataan sistem hukum yang berpihak pada rakyat. Oleh karena itu, dipilihnya kata "dikuasai" dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, merupakan suatu hasil pengolahan rasional terhadap pandangan filosofis dan politik atas masalah-masalah kenegaraan, sosial, budaya, ekonomi, serta sejarah pertumbuhan bangsa sendiri, sehingga mengandung unsur kejiwaan yang mendasar.[272] Bahkan dengan berlakunya Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 yang mengkonsepsikan bahwa negara

[272] R. Soeprapto, *Op. Cit*., hlm. 10.

menguasai atas bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, maka dengan sendirinya *domeinverklaring* sebagaimana dimuat dalam *Agrarisch Besluit* Stb. 1970 No. 118 yang menyatakan bahwa negara sebagai pemilik atas tanah di seluruh wilayah Indonesia sepanjang pihak (orang) tidak dapat menunjukkan tanda bukti haknya menjadi tidak berlaku.

Sesuai ketentuan Pasal 4 UUPA, atas dasar hak menguasai dari negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 UUPA, ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi, yang disebut tanah, yang dapat diberikan dan dipunyai oleh perorangan (baik sendiri maupun bersama-sama)/badan hukum di antaranya hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan, hak pakai, dan hak pengelolaan, namun dengan tetap memperhatikan ketentuan Pasal 6 UUPA.

Dengan demikian, hukum tanah nasional mengenai penguasaan hak atas tanah menurut Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 2 ayat (1) UUPA, merupakan pengkombinasian pendapat dari John Austin dan John Locke. Menurut John Austin, hak hanyalah aturan yang diberlakukan oleh negara untuk melindungi individu dan hartanya. Negara memberikan kekebalan (*immunity)* kepada individu, sehingga negara tidak dapat mengganggu kekebalan tersebut,[273] karena menurut John Locke, hak milik atas tanah merupakan bagian dari hak milik pribadi sebagai bagian dari hak asasi manusia yang kodrati, yang menjadi dasar untuk mempertahankan hidup, kebebasan, dan kemerdekaannya.[274] Dengan demikian, hak milik atas tanah adalah bagian dari hak milik yang merupakan refleksi dari hak asasi manusia.[275]

Namun demikian, meskipun John Locke seorang liberal, memberikan pengakuan pula perlu adanya suatu pembatasan hak atas milik perorangan, dimana seseorang mempunyai hak untuk mendapatkan

---

273 H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* Charenden Press, Oxford, 1971, hlm. 7.

274 John Locke, *Two Treaties of Civil Goverемment*, J.M. Dent & Sons Ltd., London, 1960, hlm. 9.

275 Aslan Noor, *Op. Cit.*, hlm. 30.

sesuatu hanya sebanyak yang dapat dipakai untuk memenuhi kebutuhan dirinya sendiri atau orang lain, serta tidak menghalangi orang lain untuk mendapatkan sesuatu untuk kebutuhan hidupnya agar memungkinkan seseorang dapat menikmati suatu standar hidup yang layak.[276]

Amandemen Ketiga Undang-Undang Dasar 1945 pun, menyebutkan bahwa setiap orang berhak untuk hidup serta mempertahankan hidup dan kehidupan serta mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasar, namun demikian dengan memperhatikan ketentuan Pasal 6 UUPA, dimana pemilikan hak atas tanah tidak hanya memperhatikan kepentingan pemiliknya saja tetapi juga harus memperhatikan kepentingan orang lain.[277] Berpijak dari hal tersebut, pemilik hak atas tanah baik hak milik, Hak Guna Usaha, Hak Pakai ataupun Hak Pengelolaan, dapat mengoptimalkan haknya untuk melakukan kerjasama dengan pihak ketiga salah satunya melalui perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT).*

Menurut kajian penulis, dari hak-hak atas tanah sebagaimana disebutkan di atas, khususnya Pasal 35 tentang Hak Guna Bangunan, dan Pasal 41 tentang Hak Pakai demikian juga Hak Pengelolaan, merupakan salah satu wujud penerapan asas pemisahan horisontal yang dianut dalam konsep hukum tanah nasional, yang memberikan landasan pijak bagi dimungkinkannya pihak ketiga untuk mendirikan dan memiliki bangunan-bangunan di atas tanah milik orang lain.

Berkaitan dengan hal di atas, Mochtar Kusumaatmadja, berpendapat bahwa : "Dalam hukum tanah khususnya berkaitan dengan pembangunan gedung, konsep hukum adat tanah yang memisahkan pemilikan tanah dari bangunan, dapat kiranya memberikan jalan keluar pada masalah-masalah yang timbul dalam pembangunan gedung di atas tanah milik orang lain".[278] Oleh karena itu, pembangunan kawasan-

---

[276] John Locke, *Op. Cit*., hlm. 6.
[277] Aslan Noor, *Op. Cit.*, hlm. 329.
[278] Mochtar Kusumaatmadja, *Pemantapan Cita Hukum Dan Asas-asas Hukum Nasional Di Masa Kini Dan Masa Yang Akan Datang*, *Op. Cit.*, hlm. 104.

kawasan, seperti kawasan industri, kawasan perdagangan, pembangunan gedung atau bangunan perkantoran maupun perumahan tidak perlu dikaitkan kepada pemilikan hak atas tanahnya. Bangunan dan rumah berdasarkan asas pemisahan horisontal tersebut dapat terlepas atau terpisah dari tanah. Kepemilikan tanah dapat tetap ada pada pemilik tanah, sehingga untuk keperluan pembangunan perumahan atau suatu kawasan tidak selalu dilakukan melalui pembebasan tanah atau pencabutan hak atas tanah sebagaimana dilakukan sekarang ini, yang justru sering menimbulkan suatu masalah atau sengketa tanah, dimana pemilik tanah tidak dapat menerima untuk melepaskan hak atas tanah yang dimilikinya, karena tidak layaknya pemberian ganti ruginya.

Merujuk pada uraian di atas, maka meskipun ada sementara pihak yang meragukan keberadaan hukum adat sebagai dasar pembentukan hukum agraria nasional, namun melalui salah satu asasnya yaitu asas pemisahan horisontal yang diadopsi dari hukum adat sebagai hukum yang dianut oleh sebagian besar bangsa atau masyarakat Indonesia, ternyata hukum adat pun selain memiliki sifat-sifat yang khas, yaitu magis religius, komunal *(commuun*), konkret, dan kontan *(kontante handeling*), menurut Rudolf van Dijk, hukum adat pun merupakan suatu sistem hukum yang bercorak terbuka, dapat berubah, serta memiliki kesanggupan untuk dapat menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat. [279]

Sunaryati Hartono, melalui pendapatnya memberikan penegasan bahwa : "Perlu dianutnya asas pemisahan horisontal ini dalam hukum tanah dan hukum benda nasional Indonesia, bukan semata-mata didasarkan atas pertimbangan bahwa asas itu merupakan asas hukum adat, akan tetapi karena dengan menggunakan asas ini kebutuhan-kebutuhan masyarakat Indonesia sekarang dan masa depan akan lebih terlayani, dan mudah diatur, daripada apabila menganut asas *accessie*". Melalui penerapan asas pemisahan horisontal ini pun, masyarakat pemilik hak atas tanah tidak akan dirugikan dengan gerak pembangunan tersebut karena

[279] Rudolf van Dijk, *Op. Cit.*, hlm. 7.

pemilik tanah dapat tetap menikmati hasil tanahnya, salah satu di antaranya melalui perjanjian sewa-menyewa atau melalui alternatif-alternatif lain seperti Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* tersebut.

Mengingat konsep Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*) membutuhkan tanah/lahan strategis untuk kesinambungan investasinya, sedangkan keterbatasan persediaan lahan strategis membawa dampak semakin sulitnya memperoleh tanah, dan semakin tajamnya konflik dalam penggunaan tanah antar berbagai aktor pembangunan dalam berbagai tingkatan, maka pengaturannya tidak cukup hanya didasarkan pada ketentuan yang telah digariskan dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria atau UUPA saja. Kedepan perlu adanya pembaharuan pola pikir yang mendasari terbitnya berbagai kebijakan pertanahan dalam bentuk Undang-undang untuk menjamin tersedianya lahan bagi pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum baik untuk kepentingan pemerintah maupun untuk kepentingan pihak swasta dalam menunjang kegiatan usahanya dengan tetap memberikan perlindungan terhadap jaminan kesetaraan kualitas hidup seseorang atau masyarakat yang hak atas tanahnya dioptimalkan untuk kegiatan pembangunan tersebut. Pengaruh positif bagi masyarakat, yaitu masyarakat tidak termarginalkan oleh dampak pembangunan, tetapi dapat tetap memiliki hak atas tanahnya serta memperoleh manfaat atas tanah tersebut.

Berkaitan dengan ketentuan pertanahan dalam menunjang konsep BOT, menurut pandangan penulis konsep/ketentuannya :

1. Tetap berlandaskan pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 sebagai politik hukum agraria nasional Indonesia dengan tujuan untuk menciptakan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat;
2. Adanya perubahan pola pikir dan visi dari struktur hukum atau birokrasi perizinan dan pelayanan di bidang pertanahan dan penanaman modal/investasi, dari pelayanan yang konvensional dan berjenjang menjadi lebih sederhana dengan biaya yang kompetitif, serta pembaharuan dalam

bidang koordinasi yang sebelumnya masih bersifat parsial, menjadi "satu pintu" sehingga penyelesaian izin hak atas tanah dan izin investasi dapat dengan mudah terwujud;

3. Tidak boleh berorientasi pada keuntungan sebagian kecil orang yang memiliki modal, tetapi harus untuk kepentingan rakyat Indonesia terutama bagi orang-orang yang hidupnya tergantung pada hak atas tanah;
4. Mengikutsertakan masyarakat adat dalam proses pemanfaatan tanah melalui konsep BOT, dengan tetap memperhatikan hak-hak adat; serta
5. Pemanfaatan tanah melalui konsep BOT harus memperhatikan asas-asas yang berlaku dalam UUPA dan Undang-undang sektoral baik yang bersifat horisontal maupun vertikal, sehingga dapat menciptakan iklim investasi yang kondusif serta tercapai kepastian hukum.

Demikian juga, mengingat pembangunan suatu proyek baik itu untuk prasarana umum maupun properti pada masa ini banyak dilakukan dengan sistem BOT, serta menghadapi karakteristik pemanfaatan tanah melalui perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*) yang begitu kompleks dan memiliki risiko yang cukup tinggi, maka pengaturannya tidak cukup hanya didasarkan pada ketentuan Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen*) Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang dikenal sebagai asas kebebasan berkontrak yang berasal dari konsep hukum barat yang bersifat individualistis dan liberalistis sehingga sudah tidak sesuai lagi dengan pembangunan hukum nasional Indonesia. Oleh karena itu, untuk memberikan kepastian hukum dalam mengatur hubungan hukum para pihak baik pemilik hak atas tanah maupun pihak investor, perlu dibentuk peraturan perundang-undangan sebagai dasar setiap kebijakan dan tindakan yang bersifat *lex specialis* mengatur perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*). Melalui Undang-undang yang secara khusus mengatur perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) ini diharapkan dapat memberikan kedudukan yang seimbang kepada para pihak dalam memenuhi hak-hak dan kewajibannya. Oleh karena itu, ruang lingkup ketentuan yang harus diatur dalam perundang-

undangan tentang perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* yaitu :

1. Istilah perjanjian *Build Operate and Transfer/BOT;*
2. Asas-asas perjanjian *Build Operate and Transfer/BOT*;
3. Para pihak dalam perjanjian *Build Operate and Transfer/BOT;*
4. Lingkup pekerjaan;
5. Pelaksanaan pembangunan;
6. Pengoperasian bangunan;
7. Jangka waktu perjanjian BOT;
8. Jaminan investor;
9. Kewajiban investor;
10. Hak investor;
11. Jaminan pemilik lahan;
12. Pengembalian aset;
13. Keadaan memaksa *(overmacht*); dan
14. Penyelesaian sengketa. [280]

Kemudian, untuk benar-benar menjamin kepastian hukum, maka peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan BOT selain harus memenuhi syarat-syarat formal, juga harus memenuhi syarat-syarat lain, yaitu :

1. Jelas dalam perumusannya (*unambiguous*);
2. Konsisten dalam perumusannya baik secara intern maupun ekstern. Konsisten secara intern mengandung makna bahwa dalam peraturan perundang-undangan yang sama harus terpelihara hubungan sistematik antara kaidah-kaidahnya, kebakuan susunan dan bahasa. Konsistensi secara ekstern adalah adanya hubungan "harmonisasi" antara berbagai paraturan perundang-undangan;
3. Penggunaan bahasa yang tepat dan mudah dimengerti. Bahasa peraturan perundang-undangan haruslah bahasa yang umum dipergunakan masyarakat. Namun demikian, hal ini tidak berarti bahwa bahasa hukum

[280] Andjar Pachta Wirana, *Op. Cit*., hlm. 2.

tidak penting. Bahasa hukum, baik dalam arti struktur, peristilahan ataupun cara penulisan tertentu harus dipergunakan secara ajeg karena merupakan bagian dari upaya menjamin kepastian hukum. Melupakan syarat-syarat ini, maka peraturan perundang-undangan akan menjadi tidak pasti dibandingkan dengan hukum kebiasaan, hukum adat, ataupun hukum yurisprudensi.[281]

Dengan adanya undang-undang yang secara khusus mengatur tentang perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), diharapkan dapat memberikan bukan hanya kepastian hukum, keadilan, serta kemanfaatan baik bagi pemerintah, pihak investor, maupun bagi masyarakat dalam melaksanakan perjanjiannya BOTnya. Keinginan-keinginan hukum tersebut tidak lain adalah pikiran-pikiran badan-badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan-peraturan hukum itu, yang sejalan juga dengan pendapat yang disampaikan oleh Sudikno Mertokusumo, dimana ada tiga unsur yang harus selalu diperhatikan dalam penegakkan hukum, termasuk bagi Indonesia sebagai negara berkembang yaitu :

1. Unsur kepastian hukum (*rechtssicherkeit*);

   Dalam pergaulan masyarakat terdapat aneka macam hubungan, yang ditimbulkan oleh kepentingan-kepentingan anggota masyarakat itu. Dengan banyaknya hubungan-hubungan tersebut, para pihak memerlukan aturan yang bersifat memaksa yang menentukan tingkah laku manusia dalam lingkungan masyarakat yang dibuat oleh badan-badan yang resmi yang memiliki kewenangan untuk itu. Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidharta berbicara tentang kepastian hukum dalam kaitan dengan fungsi dan tujuan hukum, yaitu untuk mencapai keteraturan kehidupan manusia dalam masyarakat. [282]

---

[281] Darwin Ginting, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah Bagi Penanaman Modal Bidang Agrobisnis Di Indonesia,* Unpad Press, Bandung, 2009, hlm. 115-116.

[282] Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum : Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum, Op. Cit.,* 49-50.

Terkait dengan kepastian hukum tersebut, Arief Sidharta mengemukakan bahwa asas kepastian hukum mengimplikasikan bahwa warga masyarakat harus bebas dari tindakan pemerintah dan pejabatnya yang tidak dapat diprediksi dari tindakan sewenang-wenang. Pemerintah dan para pejabatnya harus terikat, tunduk, dan bertumpu pada aturan hukum positif sebagai dasar hukumnya.[283]

Kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum mengandung arti adanya konsistensi dalam penyelenggaraan hukum.[284] Konsistensi tersebut diperlukan sebagai acuan atau patokan bagi para pihak dalam melaksanakan hubungan-hubungannya secara tertib, damai, adil, dan seimbang. Oleh karena itu, pelanggaran terhadap peraturan-peraturan tersebut berakibat diambilnya tindakan, sehingga ketertiban dan keamanan dapat terjaga, dan mencegah agar setiap orang tidak menjadi hakim atas dirinya sendiri (*eigenrichting is veboden),* tidak mengadili dan menjatuhi hukuman terhadap setiap pelanggaran hukum terhadap dirinya. Namun tiap perkara harus diselesaikan melalui proses hukum, berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku.

Merujuk pendapat kedua ahli hukum tersebut, melalui kepastian hukum ini menyebabkan para pihak yang terikat dalam perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)* baik pada tahap pembangunan, pengoperasian, maupun pada tahap penyerahan memiliki kepastian apa yang akan terjadi dan apa yang dapat diharapkan dalam pelaksanaan perjanjian tersebut, sehingga para pihak tersebut dapat melakukan perhitungan-perhitungan sehubungan dengan kegiatan usahanya.

Kepastian hukum mempunyai peranan penting dalam rangka penegakkan hukum. Penegakkan hukum yang dimaksud adalah upaya

---

[283] Arief B. Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum : Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Cetakan II, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 200.

[284] Budiono Kusumohamidjojo, *Ketertiban Yang Adil : Problematik Filsafat Hukum*, Grasindo, Jakarta, 1999, hlm. 150.

untuk membuat hukum dapat berfungsi, beroperasi, dan terwujud secara konkrit. Untuk membuat hukum itu berfungsi, sehingga dapat diwujudkan secara konkrit diperlukan proses bekerja dan berfungsinya hukum oleh aparat hukum terhadap perilaku-perilaku yang secara formal material berlawanan dengan norma-norma hukum.

Upaya positivisasi aturan hukum demi mencapai kepastian hukum, mengakibatkan hukum positif itu harus berbentuk tertulis. Di Indonesia, pengaruh ajaran legisme sangat berpengaruh dalam positivisasi norma hukum, sebagaimana diurakan dalam Pasal 15 AB, yang antara lain berbunyi :

> "Terkecuali penyimpangan-penyimpangan yang ditentukan bagi orang-orang Indonesia dan mereka yang dipersamakan dengan orang-orang Indonesia, maka kebiasaan bukanlah hukum kecuali jika undang-undang menentukannya". [285]

Ketentuan di atas menunjukkan bahwa di Indonesia, bentuk hukum positif yang tertulis menduduki posisi yang utama dalam sistem peraturan perundang-undangan Indonesia, dan karenanya kepastian hukum menjadi unsur/ide utama dari hukum.

Menurut Gustav Radbruch, unsur kepastian hukum harus dijaga demi keteraturan/ketertiban suatu negara. Oleh karena itu, hukum positif yang mengatur kepentingan-kepentingan manusia dalam masyarakat harus selalu ditaati, meskipun hukum positif itu kurang adil atau kurang mencapai tujuan hukum itu sendiri. Namun ada perkecualian manakala pertentangan antara hukum positif dengan unsur keadilan itu demikian besarnya sehingga hukum positif itu menjadi tampak tidak adil, pada kondisi demikian, hukum positif dapat diabaikan.[286]

Namun demikian, kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum, tentu saja harus seimbang dengan tujuan hukum lainnya, antara lain dengan keadilan dan kemanfaatan. Demikian juga sebaliknya,

---

[285] Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, *Op. Cit*., hlm. 56-57.
[286] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, *Op. Cit.*, hlm.165.

keadilan dan kemanfaatan harus selalu berada dalam keseimbangan dengan kepastian.

2. Unsur keadilan (*gerechtigkeit);*

Menurut Ulpianus (200 M), yang kemudian pendapatnya diambil alih oleh Kitab Hukum Justinianus, menyebutkan bahwa keadilan adalah kehendak yang ajeg dan tetap untuk memberikan kepada masing-masing bagiannya (*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Adapun kaitannya dengan ilmu hukum adalah bahwa yang disebut terakhir ini (*jurisprudentia*) merupakan pengetahuan tentang perkara-perkara Ilahi dan manusiawi, ilmu tentang yang adil dan tidak adil.[287]

Kemudian, Aristoteles seorang murid dari Plato, dalam bukunya *Nicomachean Ethics,* menulis secara panjang lebar tentang keadilan. Menurutnya keadilan adalah suatu kebijakan politik yang aturan-aturannya menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-aturan ini merupakan ukuran tentang apa yang hak dan apa yang bukan.[288] Dalam konteks mewujudkan keadilan ini, menurut Aristoteles orang harus mengendalikan diri dari apa yang disebut dengan *pleonexia*, yaitu :

> *"From gaining some advantage for oneself by seizing what belongs to another, his property, his reward, his office and the like, or by denying a person that which is due to him, the fulfillment of a promise, the repayment of a debt, the showing of proper respect and so on".*[289]

Dengan demikian, Aristoteles berpendapat agar terdapat keadilan, maka orang harus mendapat keuntungan dengan cara-cara yang wajar, dan keadilan itu sendiri merupakan keutamaan moral.

---

[287] Notohamidjojo, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, BPK Gunung Mulia, Jakarta, 1975, hlm. 35.

[288] Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cetakan Ketiga, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2000, hlm. 163.

[289] John Rawls, *a Theory of justice* terjemahan Uzair Fauzan dan Hern Prasetyo, *Teori Keadilan : Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, Cetakan Pertama, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 9.

Dengan pemahaman itu, Aristoteles membedakan makna keadilan atas beberapa pengertian yaitu sebagai berikut :

a. Keadilan distributif (*distributive justice*); *directs the distribution of goods and honours to each according to his place in the community*.

   Yaitu keadilan yang secara proporsional diterapkan dalam lapangan hukum publik secara umum, dengan cara memberikan penghargaan kepada setiap orang sesuai dengan tempatnya di masyarakat. Sebagai contoh negara hanya akan mengangkat seseorang menjadi seorang hakim apabila memiliki kecakapan untuk menjadi hakim.

b. Keadilan Korektif (corrective justice); *is essentially the measure, of the technicalprinciples which govern the administration of law. In regulating legal relations a general standard of redressing the consequences of actions must be found, without regard to the person, and for that purpose actions and objects must be measured by an objective standard.*

   Jenis keadilan ini sama pengertiannya dengan keadilan komutatif atau disebut juga dengan keadilan rektifikator, dimana keadilan ini didasarkan pada transaksi (*sunallagamata)* baik yang sukarela maupun yang tidak. Keadilan ini terjadi di lapangan hukum perdata misalnya dalam perjanjian tukar menukar, atau dengan kata lain keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dengan kontraprestasi.

c. Keadilan menurut undang-undang *(legal justice); derives its force from being laid down as law, whether just or unjust, it explains the diversity of positive laws.*

   Keadilan menurut undang-undang ini merupakan keadilan yang kekuatannya berasal dari apa yang ditetapkannya menjadi hukum.

d. Keadilan alam *(natural justice); derives its force from what is based on human nature everywhere and at all times.*

   Pada keadilan alam ini kekuatannya didasarkan pada apa yang menjadi sifat manusia dimana-mana dan setiap saat.

e. Keadilan yang abstrak (*abstract justice); the law is necessarily generalizing (abstract) and often harsh in application to the individual case.*

   Keadilan abstrak ini memiliki persamaan pengertian dengan keadilan menurut hukum, karena dasarnya adalah dari apa yang telah ditetapkan oleh hukum. Hukum harus menyamaratakan dan banyak memerlukan kekerasan dalam penerapannya terhadap individu.

f. *Equity mitigates and corrects its harshness by considering the individual case. All discussions of the problem of equity of the proper interpretation of statute of precedent are derived from this fundamental statement of the problem*.[290]

Formulasi keadilan Aristoteles memberikan kontribusi yang cukup besar bagi filsafat hukum, khususnya untuk perkembangan unsur keadilan dalam hukum, terutama perbedaannya antara hukum positif dan hukum alam (*legal justice* dan *natural justice*). Hukum positif mendapat kekuatan berlaku dari penetapannya sebagai hukum, sedangkan hukum alam mendapat kekuatan dari apa yang didasarkan pada tabiat manusia yang abadi.

Kemudian, Satjipto Rajardjo berpendapat bahwa : "Keadilan adalah ukuran yang dipakai dalam memberikan perlakuan terhadap objek di luar diri manusia. Ukuran tersebut tidak dapat dilepaskan dari makna yang diberikan kepada manusia/kemanusiaan, atau dari konsep tentang manusia itu sendiri. Jika manusia dianggap sebagai mahluk mulia, maka

---

[290] Friedmann, dikutip dari Ida Nurlinda, *Prinsip-prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 22-23.

perlakuan pada sesama manusiapun akan mengikuti anggapan yang demikian (mulia) pula. Lebih lanjut, disebabkan manusia merupakan bagian dari masyarakat, maka hakikat keadilan berkaitan erat dengan pendistribusian sumber daya yang ada dalam masyarakat, antara lain berupa barang dan jasa, modal usaha, kedudukan dan peran sosial, kewenangan, kekuasaan, kesempatan, dan segala sesuatu yang mempunyai nilai-nilai tertentu bagi kehidupan manusia.[291]

Prinsip keadilan ini untuk memberikan alternatif pemecahan atas ketidakadilan dalam liberalisme, yang mengabaikan kelompok yang kurang beruntung. Selain itu, ketidaksamaan sosial dan ekonomi adalah sesuatu yang dapat dimengerti, dengan catatan struktur sosial yang ada harus sedemikian rupa membuka akses untuk masyarakat yang kurang beruntung.

Hal ini sejalan dengan hakikat dari hukum itu sendiri, yaitu membawa aturan yang adil dalam masyarakat (*rapport du droit, inbreng van recht)*.[292] Oleh karena itu, demikian eratnya hubungan antara manusia, masyarakat, dan hukum di satu sisi dengan keadilan di sisi lain, menyebabkan sebagian orang berpandangan bahwa hukum harus digabungkan dengan keadilan, agar benar-benar berarti sebagai hukum. Membicarakan hukum tidak cukup hanya sampai pada wujudnya sebagai suatu bangunan yang formal melainkan juga harus melihatnya sebagai suatu ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakatnya.

Dalam kaitannya dengan pemanfaatan tanah melalui perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) keadilan diterjemahkan sebagai adanya kedudukan yang seimbang (*evenwicht)* di antara para pihak, tidak ada satu pihakpun yang mendominasi pihak lainnya baik pada waktu akan mengadakan perjanjian, pelaksanaan, maupun sampai berakhirnya pelaksanaan perjanjian BOT.

---

[291] Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, hlm. 165, 168, dan Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan Indonesia : Suatu Pendekatan Ekonomi-Politik,* Disertasi S3, UGM, Yogyakarta, 2006, hlm. 42.

[292] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, *Op. Cit.*, hlm. 77.

Keadilan itu sendiri bersifat universal dan merupakan proses yang dinamis serta senantiasa bergerak di antara berbagai faktor, termasuk *equality* atau persamaan hak itu sendiri. Namun dalam kenyataannya, menurut Maria S.W. Sumardjono, setiap orang berbeda dalam hal kemampuan dan jasanya dan kebutuhannya bila dibandingkan dengan orang lain. Dalam situasi dimana lebih banyak orang yang membutuhkan sesuatu (terlebih untuk hal-hal yang merupakan kebutuhan dasar manusia), namun kemampuan untuk memperolehnya kurang, maka perlakuan yang sama justru akan menimbulkan ketidakadilan. Perkecualian terhadap hal ini berupa perlakuan khusus dapat dilakukan asalkan dapat dipertanggungjawabkan. Hal demikian biasa disebut sebagai *corrective justice* atau *positive discrimination*.[293]

Dalam kacamata kaun positivis, keadilan memang merupakan tujuan hukum, bahkan kaum positivis memiliki pendapat bahwa diantara ketiga tujuan hukum tersebut, keadilan merupakan tujuan hukum yang paling penting, bahkan merupakan tujuan hukum satu-satunya. Hanya saja, kaum positivispun menyadari sepenuhnya bahwa relativitas dari keadilan ini seringkali mengaburkan unsur lain yang juga penting, yakni unsur kepastiam hukum. Adagium yang selalu didengungkan adalah "*Summum jus, summa injuria; summa lex, sum crux",* yang secara harfiah ungkapan tersebut memiliki arti bahwa hukum yang keras akan melukai, kecuali keadilan dapat menolongnya. Ungkapan tersebut sesungguhnya menandakan kekurangpercayaan kaum positivis itu terhadap keadilan yang sebenarnya. Sebab, keadilan saja yang dikejar, hukum positif menjadi serba tidak pasti lagi. Akibat lebih jauh dari ketidakpastian hukum ini adalah ketidakadilan bagi orang banyak.

Mengomentari pandangan positivisme hukum, Paul Scholten, sebagaimana dikutif oleh A. Gunawan Setiardja, mengemukakan pendapatnya bahwa : "…..dalam setiap keputusan, keadilan ikut berbicara

---

[293] Maria S.W. Sumadjono, yang dikutif dari Ida Nurlinda, *Prinsip-prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 26.

.

dalam keputusan orang yang memberikan keadilan, terutama kalau ada keragu-raguan, maupun ada perselisihan. Dalam hal itu, maka hakim bertanya, apakah keputusan yang akan diberikan memuaskan dia. Maka ditimbang-timbangnya, dinilai, dan kemudian ia memilih, hal ini mengandung suatu tindakan mengadili secara moral".[294]

Selanjutnya dikatakan, bahwa hukum tidak boleh bertentangan dengan *raison et conscience* (budi dan hati nurani). Paul Scholten mengutif J. Bodin dalam bukunya *Six Lives de La Republique*, bahwa seluruh hukum itu bersumber pada kehendak penguasa (pemegang kekuasaan). Meskipun begitu, diingatkan bahwa hukum tanpa keadilan adalah seperti badan tanpa jiwa.

Contoh terakhir ini ditunjukkan antara lain oleh seorang hakim Indonesia, Bismar Siregar yang mengatakan bahwa : "Bila untuk menegakkan keadilan saya korbankan kepastian hukum, akan saya korbankan hukum itu. Hukum hanya sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan. Mengapa tujuan dikorbankan karena sarana?".

3. Unsur kemanfaatan (*zweckmassigkeit);* dan

Penganut Utilitarianisme memperkenalkan tujuan hukum yang ketiga, disamping keadilan dan kepastian hukum, yang berpendapat bahwa tujuan hukum adalah untuk kemanfaatan bagi seluruh orang. Hanya saja penganut aliran ini menyadari pula, bahwa memberikan manfaat untuk semua orang secara adil praktis merupakan impian semata. Untuk itu, tujuan hukum ini sudah dicapai apabila kemanfaatan itu dapat dirasakan oleh sebanyak mungkin orang (*the greatest happiness for the greatest number people).* [295]

Kaum Utilitarianisme, memandang persoalan keadilan sebagai tujuan hukum dalam pengertian yang luas, bukan saja untuk perorangan atau pendistribusian barang seperti pendapat Aristoteles. Ukuran satu-

[294] A. Gunawan Widjaya, *Hak Asasi Manusia Berdasarkan Idiologi Pancasila*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, hlm. 143-144.
[295] Darwin Ginting, *Op. Cit.*, hlm. 113.

satunya untuk mengukur sesuatu adil atau tidak adalah seberapa besar dampaknya bagi kesejahteraan manusia (*human welfare*). Kesejahteraan individual dapat saja dikorbankan untuk manfaat yang lebih besar bagi kelompok yang lebih besar (*generale welfare).* Adapun apa yang dianggap bermanfaat dan tidak bermanfaat, diukur menurut kacamata ekonomi.

Pandangan lain tentang keadilan berasal dari John Rawls, yang dipandang sebagai teori keadilan yang paling komprehensif sampai saat ini, dimana teori ini sendiri berangkat dari pemikiran Utilitarianisme. Teori keadilannya banyak sekali dipengaruhi pemikiran Jeremy Bentham, J.S. Mill, dan Hume, yang dikenal sebagai tokoh-tokoh Utilitarianisme, walaupun John Rawls sendiri sering dimasukkan dalam kelompok penganut Realisme Hukum.

Rawls berpendapat perlu ada keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. Bagaimana ukuran dari keseimbangan itu harus diberikan, itulah yang disebut dengan keadilan. Keadilan merupakan nilai yang tidak dapat ditawar-tawar karena hanya dengan keadilanlah ada jaminan stabilitas hidup manusia. Agar tidak terjadi benturan kepentingan pribadi dan kepentingan bersama itu, perlu ada aturan-aturan, dan di sinilah perlu hukum sebagai wasitnya. Pada masyarakat yang telah maju, hukum baru akan ditaati apabila mampu meletakkan prinsip-prinsip keadilan.

Bahwa konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia yang memuat cita Negara Hukum Indonesia, memuat konsep keadilan yang berbeda dengan konsep keadilan yang berkembang di negara *Eropa.* Filosofi keadilan yang tersurat dalam Pembukaan UUD 1945 adalah keadilan sosial yang berakar pada kolektivitas, sedangkan konsep keadilan berdasarkan *rule of law* di negara Eropa lebih berakar pada perlindungan individual.[296]

---

[296] Garuda Wiko, *Op. Cit.*, hlm. 12.

Meskipun tidak mudah untuk mewujudkan ketiga unsur tersebut berada dalam penegakkan hukum, tetapi ketiga unsur ini harus diupayakan mendapat proporsi yang seimbang. Ketiga unsur ini pula menjadi ide/unsur/nilai dari dasar hukum (*idée des recht*). Pada ketiga dasar hukum ini terdapat suatu pertentangan/*antinomy* (*spannungsverhaltnis*) antara unsur yang satu dengan unsur yang lainnya. Hal ini dapat dipahami karena dalam ketiga unsur hukum tersebut terkandung potensi pertentangan (ketegangan) antara nilai-nilai ideal (*das sollen)* dan nilai-nilai kenyataan (*das sein)* yang ada dalam unsur hukum tersebut.[297]

C. Aspek-aspek Hukum yang Berkaitan dengan Pemanfaatan Tanah melalui Perjanjian BOT.

Apabila menelaah ketentuan hukum yang berkaitan dengan pemanfaatan tanah melalui konsep perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)* di atas, maka aspek-aspek hukum BOT meliputi :

1. Aspek hukum tanah, sebagai objek perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Berkaitan dengan aspek hukum tanah sebagai objek dalam perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), pihak-pihak yang memiliki hubungan hukum dengan tanah dan dapat memanfaatkan serta mengoptimalkan tanah melalui konsep BOT tersebut adalah :

a. Pemerintah sebagai Pemegang Kekuasaan Hak Atas Tanah.

Pembangunan di segala bidang kehidupan yang akan terus dilaksanakan secara berkesinambungan, tentu membutuhkan tanah yang cukup luas. Sesuai dengan Undang-undang No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional, kemudian berdasarkan Bab 32 Peraturan Presiden No. 7 Tahun 2005 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional Tahun 2004-2009 disebutkan bahwa sumber daya alam/agraria

---

[297] Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op. Cit*., hlm. 19.

masih dijadikan sebagai modal pertumbuhan ekonomi (*resource based economy*), di samping sebagai penopang sistem kehidupan. Hal ini menunjukkan bahwa sumber daya agraria (tanah) masih dijadikan sebagai *life support sistem* tulang punggung perekonomian nasional.

Ditetapkannya tanah sebagai salah satu kebijakan dalam Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) 2004-2009, mengingat tanah memiliki peran yang sangat penting artinya dalam kehidupan bangsa Indonesia sebagai salah satu modal dasar pembangunan nasional yang diselenggarakan sebagai upaya yang berkelanjutan untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Berkaitan dengan tanah, politik hukum agraria nasional menetapkan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, yang menyebutkan bahwa : "Bumi, dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat".

Kemakmuran rakyat tersebut harus diartikan sebagai kemakmuran sebanyak mungkin orang tanpa melanggar hak dan keadilan, dan dengan memperhatikan prinsip-prinsip keadilan, demokrasi, dan berkelanjutan dalam pengelolaan sumber daya agraria.[298] Hal ini wajar mengingat negara bukanlah sebagai pemilik tanah dan sumber daya agraria Indonesia, tetapi hanya memiliki mandat untuk menggunakan tanah dan sumber daya agraria itu untuk mewujudkan sebesar-besarnya kesejahteraan rakyat, sebagaimana tugas negara itu sendiri dalam kerangka negara kesejahteraan (*welfare state).* Negara merupakan pengemban *(custodian*) amanat rakyat sebagai pemilik tanah dan sumber daya agraria, sehingga negara wajib

[298] Maria S.W. Sumardjono, *Kewenangan Negara untuk Mengatur dalam Konsep Penguasaan Tanah oleh Negara,* Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 14 Februari 1998, hlm. 7.

mempertanggungjawabkan kepada rakyat sebagai pemberi amanat. Oleh karena itu, bentuk hubungan antara negara dengan bumi, air, dan ruang angkasa, sesuai dengan makna hak menguasai negara adalah tidak sebagai subjek perorangan dan tidak dalam kedudukannya sebagai negara yang memiliki, tetapi sebagai negara yang menjadi personifikasi dari seluruh rakyat sehingga dalam konsepsi ini negara tidak lepas dari rakyat. Negara hanya menjadi pendiri dan pendukung kesatuan-kesatuan rakyat.[299]

Oleh karena itu, hubungan antara pemerintah dengan tanah tersebut hanyalah hubungan hukum yang bersifat publik semata-mata, memberikan kewenangan kepada negara sebagai organisasi kekuasaan tertinggi untuk mengatur penyelenggaraannya serta pemanfaatannya, salah satunya melalui kerjasama dengan pihak investor melalui konsep BOT untuk membiayai pembangunan proyek-proyek infrastruktur dalam rangka mendukung penyelenggaraan pemerintah dan pelayanan publik.

Pembangunan proyek infrastruktur milik pemerintah kabupaten/kota misalnya yang dilakukan melalui konsep BOT, didasarkan pada beberapa landasan hukum, yaitu hukum privat sebagaimana diatur Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang menyatakan : "Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya", serta biasanya harus didasarkan pula pada hukum administratif atau hukum publik, sebagai ketentuan yang bersifat khusus. Artinya bahwa meskipun sesuai dengan ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata, para pihak dalam hal ini pemerintah sebagai pemegang hak atas tanah dengan pihak investor sebagai pihak yang mendanai pembangunan objek BOT diberikan kebebasan untuk melakukan perjanjian, tetapi ketika yang menjadi objek BOTnya

---

[299] Maria S.W. Sumardjono, *Puspita Serangkum : Aneka Masalah Hukum Agraria, Op. Cit*., hlm. 12.

adalah pemanfaatan lahan milik pihak pemerintah/daerah, maka harus didasarkan pada ketentuan hukum publik, sebagai hukum yang bersifat memaksa (*dwingen recht)*, sebagai aturan-aturan yang tidak boleh dikesampingkan atau disimpangi para pihak.

Ketentuan hukum publik yang mengatur mengenai pemanfaatan barang milik negara/daerah, yaitu Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, dimana di dalam ketentuan tersebut diatur hal-hal sebagai berikut :

1. Syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam pemanfaatan barang milik negara/daerah melalui konsep BOT.

   Merujuk pada Pasal 27, Pasal 28, dan Pasal 30 Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam pemanfaatan barang milik negara/daerah melalui konsep BOT, yaitu :

   a. Tidak tersedia atau tidak cukup tersedia dana dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara/Daerah untuk membiayai bangunan dan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan negara/daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi; dan
   b. Mitra kerjasama pemanfaatan ditetapkan melalui tender dengan mengikutsertakan sekurang-kurangnya lima peserta/peminat, kecuali untuk barang milik negara/daerah yang bersifat khusus dapat dilakukan penunjukan langsung;
   c. Mitra kerjasama pemanfaatan harus membayar kontribusi tetap ke rekening kas umum

negara/daerah setiap tahun selama jangka waktu pengoperasian yang telah ditetapkan dan pembagian keuntungan hasil kerjasama pemanfaatan;

d. Besaran pembayaran kontribusi tetap dan pembagian keuntungan hasil kerjasama pemanfaatan ditetapkan dari hasil perhitungan tim yang dibentuk oleh pejabat yang berwenang, dan mendapatkan persetujuan pengelola barang;

e. Selama jangka waktu pengoperasian, mitra kerjasama pemanfaatan dilarang menjaminkan atau menggadaikan barang milik negara/daerah yang menjadi objek kerjasama pemanfaatan;

g. Jangka waktu kerjasama pemanfaatan paling lama 30 (tiga puluh) tahun sejak perjanjian ditandatangani dan dapat diperpanjang;

h. Izin mendirikan bangunan hasil Bangun Guna Serah dan bangun serah guna harus diatasnamakan Pemerintah Republik Indonesia/Pemerintah Daerah;

i. Semua biaya yang berkenaan dengan persiapan dan pelaksanaan kerjasama pemanfaatan tidak dapat dibebankan pada Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara/Daerah;

j. Mitra Bangun Guna Serah barang milik negara harus menyerahkan objek Bangun Guna Serah kepada pengelola barang pada akhir jangka waktu pengoperasian, setelah dilakukan audit oleh aparat pengawasan fungsional pemerintah;

k. Mitra Bangun Guna Serah barang milik negara/daerah harus menyerahkan objek Bangun Guna Serah kepada gubernur/ bupati/walikota pada akhir jangka waktu pengoperasian, setelah

dilakukan audit oleh aparat pengawasan fungsional pemerintah.

2. Prinsip-prinsip Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.

Dalam rangka menjamin terlaksananya tertib administrasi dan tertib pengelolaan barang milik negara/daerah diperlukan adanya kesamaan persepsi dan langkah secara integral dan menyeluruh dari unsur-unsur yang terkait dalam pengelolaan barang milik negara/daerah. Oleh karena itu, pengelolaan barang milik negara/daerah harus dilaksanakan dengan memperhatikan asas-asas sebagai berikut:

a. Asas fungsional, yaitu pengambilan keputusan dan pemecahan masalah-masalah di bidang pengelolaan, barang milik negara/daerah yang dilaksanakan oleh kuasa pengguna barang, pengguna barang, pengelola barang dan gubernur/bupati/walikota sesuai fungsi, wewenang, dan tanggung jawab masing-masing;

b. Asas kepastian hukum, yaitu pengelolaan barang milik negara/daerah harus dilaksanakan berdasarkan hukum dan peraturan perundang-undangan;

c. Asas transparansi, yaitu penyelenggaraan pengelolaan barang milik negara/daerah harus transparan terhadap hak masyarakat dalam memperoleh informasi yang benar;

d. Asas efisiensi, yaitu pengelolaan barang milik negara/daerah diarahkan agar barang milik negara/daerah digunakan sesuai batasan-batasan standar kebutuhan yang diperlukan dalam rangka

menunjang penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi pemerintahan secara optimal;

e. Asas akuntabilitas, yaitu setiap kegiatan pengelolaan barang milik negara/daerah harus dapat dipertanggung-jawabkan kepada rakyat;

f. Asas kepastian nilai, yaitu pengelolaan barang milik negara/daerah harus didukung oleh adanya ketepatan jumlah dan nilai barang dalam rangka optimalisasi pemanfaatan dan pemindahtanganan barang milik negara/daerah serta penyusunan Neraca Pemerintah.

b. Masyarakat Pemegang Hak Ulayat.

Hukum tanah sebagai aspek hukum yang berkaitan dengan pemanfaatan tanah melalui perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), pemanfaatan tanahnya bukan hanya dapat dilakukan oleh pemerintah saja tetapi juga oleh masyarakat pemegang hak ulayat, mengingat dalam lingkungan hukum adat, tanah memiliki fungsi yang sangat fundamental, tidak semata-mata sebagai benda mati yang dapat dibentuk sedemikian rupa, melainkan juga sebagai tempat untuk mempertahankan hidup atau modal esensial yang mengikat masyarakat dan anggota-anggotanya. Oleh karena itu, selalu terdapat hubungan yang saling mempengaruhi antara hak-hak seseorang sebagai anggota masyarakat dengan hak-hak masyarakat secara umum atas tanah yang ditempati.

Menurut Van Vollenhoven, masyarakat (persekutuan) hukum adat menempatkan tanah pada tempat yang sentral sebagai hak ulayat yang dipegang oleh persekutuan hukum adat,[300] dan menamakan hak ulayat tersebut dengan sebutan *beschikkingsrecht*,

[300] Mahadi, *Uraian Singkat Hukum Adat Sejak RR Tahun 1*954, *Op. Cit.*, hlm. 59.

yaitu suatu hak tanah yang ada di Indonesia, yang tidak dapat dipecah-pecahkan dan memiliki dasar keagamaan *(religie*), dan hak tersebut tidak ada sangkut pautnya dengan hukum perdata Eropa (BW).[301]

Mr. C.C.J. Maassen dan A.P.G. Hens, menyebutkan hak ulayat/*Beschikkingsrecht* adalah :

> "Hak desa menurut adat dalam lingkungan daerahnya untuk kepentingan anggota-anggotanya atau untuk kepentingan orang lain (orang asing) dengan membayar kerugian kepada desa, dalam hal mana desa itu sedikit banyak turut campur dengan pembukaan tanah itu dan turut bertanggung jawab terhadap perkara-perkara yang terjadi di situ yang belum dapat diselesaikan".[302]

Kemudian, Boedi Harsono mengartikan hak ulayat sebagai berikut:

> "Seperangkat wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat, yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya, yang merupakan pendukung utama penghidupan dan kehidupan masyarakat yang bersangkutan sepanjang masa. Kewenangan dan kewajiban tersebut ada yang termasuk ke dalam bidang hukum perdata, yaitu yang berhubungan dengan hak bersama, dan ada yang termasuk ke dalam bidang hukum publik, yaitu berupa tugas kewenangan untuk mengelola, mengatur, dan memimpin peruntukan, penguasaan, penggunaan, dan pemeliharaannya".[303]

Lebih lanjut, menurut Pasal 1 ayat (1) Peraturan Menteri Negara Agraria/Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, memberikan penyamaan persepsi tentang hak ulayat atau hak yang serupa dengannya dari masyarakat hukum adat, yaitu :

> "Kewenangan yang menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk

---

[301] Eddy Ruchiyat, *Op. Cit.,* hlm. 31.
[302] *Ibid.*, hlm. 31.
[303] Boedi Harsono, *Op.Cit*., hlm. 185.

> mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah, dalam wilayah tersebut, bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya, yang timbul dari hubungan secara lahiriah dan batiniah, turun temurun dan tidak terputus antara masyarakat adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan".

Memahami beberapa pengertian dari hak ulayat di atas, maka dapat disimpulkan bahwa hak ulayat merupakan hak yang spesifik dan khas, yang keberadaannya tidak dapat dilepaskan atau dipisahkan dari masyarakat hukum adat sendiri. Disebut spesifik dan khas, karena meskipun hak ulayat tersebut merupakan suatu komunitas masyarakat hukum adat, tetapi tetap membuka peluang adanya pihak lain di luar komunitas tersebut untuk memanfaatkan hak ulayat dengan berbagai persyaratan. Artinya meskipun hak ulayat itu spesifik, tetapi tidak mengedepankan eksklusivitasnya.

Secara konseptual, hak ulayat merupakan hak tertinggi dalam sistem hukum adat. Di bawah hak ulayat, hak kepala/tetua adat yang merupakan turunan dari hak ulayat semata-mata beraspek hukum publik saja. Selanjutnya, barulah hak-hak individu yang secara langsung maupun tidak langsung juga bersumber dari hak ulayat beraspek hukum keperdataan.[304] Namun demikian, meskipun termasuk dalam bidang hukum perdata, pengaturan penguasaan dan penggunaannya ditentukan oleh kepada adat, dan termasuk ke dalam bidang hukum publik. Hal tersebut menunjukkan bahwa kepala adat mempunyai kedudukan yang sangat penting dalam kaitannya dengan hak ulayat.

Hak ulayat suatu masyarakat hukum adat, berisi wewenang untuk :

1. Mengatur dan menyelenggarakan penggunaan tanah (untuk permukiman, bercocok tanam) persediaan tanah

[304] *Ibid*., hlm. 183.

(pembuatan permukiman atau persawahan baru), dan pemeliharaan tanah;

2. Mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu pada subjek tertentu); dan
3. Mengatur serta menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang berkenaan dengan tanah (jual beli, warisan).[305]

Isi kewenangan hak ulayat tersebut menyatakan bahwa hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah dan wilayahnya adalah hubungan menguasai, bukan hubungan milik, sebagaimana halnya dalam konsep hubungan antara negara dengan tanah menurut Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945.

Keberadaan suatu tanah dengan hak ulayat masyarakat hukum adat, menurut Van Vollenhoven, dapat diketahui melalui beberapa tanda/ciri sebagai berikut :

1. Hanya masyarakat hukum adat itu sendiri beserta warga-warganya yang dapat dengan bebas mempergunakan tanah liar yang terletak dalam wilayahnya;
2. Orang asing (luar masyarakat hukum adat tersebut) hanya boleh menggunakan tanah itu dengan izin. Penggunaan tanah tanpa izin dipandang sebagai suatu delik;
3. Untuk penggunaan tanah tersebut, kadang-kadang bagi warga masyarakat dipungut rekognisi, tetapi bagi orang luar masyarakat hukum adat selalu dipungut rekognisi;
4. Masyarakat hukum adat bertanggung jawab terhadap delik-delik tertentu yang terjadi dalam wilayahnya, delik yang tidak dapat dituntut pelakunya;

---

[305] Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi Dan Implementasi*, *Op. Cit.*, hlm. 56.

5. Masyarakat hukum adat tidak dapat melepaskan, memindahtangankan, ataupun mengasingkan hak ulayatnya secara menetap;
6. Masyarakat hukum adat masih mempunyai campur tangan (baik intensif maupun kurang intensif) terhadap tanah-tanah yang sudah diolah.[306]

Pendapat Van Vollehoven mengenai kriteria dan penentuan masih ada atau tidaknya hak ulayat dan hak-hak yang serupa dengannya sejalan dengan ketentuan Pasal 2 Peraturan Menteri Negara Agraria/Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, yang menyebutkan bahwa :

1. Pelaksanaan hak ulayat sepanjang kenyataannya masih ada dilakukan oleh masyarakat hukum adat yang bersangkutan menurut ketentuan hukum adat setempat;
2. Hak ulayat masyarakat hukum adat dianggap masih ada, apabila terdapat sekelompok orang yang masih merasa terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum tertentu yang mengakui dan menerapkan ketentuan-ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupannya sehari-hari;
3. Terdapat tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup warga persekutuan hukum tersebut dan tempatnya mengambil keperluan sehari-hari;
4. Terdapat tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan, dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh para warga persekutuan hukum tersebut.

---

306 Maria S.W. Sumardjono, *Puspita Serangkum : Aneka Masalah Hukum Agraria*, *Op.Cit.*, hlm. 6-7.

Berdasarkan ciri-ciri hak ulayat tersebut di atas, maka dapat dipahami bahwa hak ulayat suatu masyarakat hukum adat tetap melekat pada masyarakat tersebut sepanjang eksistensi dan kenyataan masyarakat hukum adat itu ada sehingga harus diakui dan dihormati oleh semua pihak. Hak ulayat tidak dapat dilepaskan dari masyarakat hukum adat melalui upaya dan proses pembebasan/pelepasan hak atas tanah menurut ketentuan hukum positif yang berlaku nasional. Hal tersebut sesuai dengan Peraturan Menteri Negara Agraria/Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat tersebut, kemudian disebarluaskan melalui Surat Edaran Menteri Negara Agraria/Ka. BPN tanggal 24 Juni 1999 No. 4002626 yang menyatakan bahwa peraturan itu merupakan kebijakan pertanahan yang bersifat memperjelas prinsip pengakuan dan penghormatan terhadap hak ulayat sebagaimana telah ditegaskan dalam Pasal 3 dan Pasal 5 UUPA.

Pasal 3 UUPA menyebutkan sebagai berikut :

> "Dengan mengingat ketentuan dalam Pasal 1 dan 2, pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi".

Kemudian Pasal 5 UUPA, menyebutkan bahwa :

> "Hukum agraria yang berlaku atas bumi, air, dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-undang ini dan dengan peraturan perundangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama".

Lahirnya Peraturan Menteri Negara Agraria/Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, untuk memberikan pengakuan, penghormatan, dan perlindungan atas kebendaan hak ulayat masyarakat hukum adat, dan menjadi pedoman dan pegangan para pembuat kebijakan dalam menghadapi dan menyelesaikan masalah-masalah yang terkait dengan hak-hak masyarakat hukum adat, yang di era orde baru mengalami penyangkalan kedudukan dan eksistensi, sebagai akibat politik hukum yang sentralistis. Padahal sebagai suatu kesadaran hukum, dalam kondisi tekanan seperti apa pun, hak ulayat sebagai suatu aturan hukum adat tetap ada dan diakui oleh masyarakat hukum adat setempat, salah satu contohnya di Kabupaten Kampar, adanya kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat merupakan suatu kenyataan yang tumbuh dan berkembang secara turun temurun di dalam masyarakat, memiliki berbagai harta pusaka termasuk tanah ulayat yang dipelihara dan dimanfaatkan untuk peningkatan kesejahteraan warga masyarakat adat tersebut yang bersifat sosial dan ekonomi. Agar tanah ulayat tersebut menjadi produktif dalam meningkatkan kesejahteraan masyarakat adat, maka salah satunya dapat dioptimalkan untuk pembangunan hotel, *cottage*, restoran melalui konsep kemitraan dengan pihak ketiga melalui perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Sebagai suatu perjanjian, ketentuan Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen)* khususnya Pasal 1338 ayat (3), ini pun menjadi landasan pelaksanaan pemanfaatan tanah hak ulayat melalui konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*). Namun demikian, sebagai hak atas tanah yang memiliki kharakteristik yang khas, maka pemanfaatan tanah hak ulayat oleh pihak ketiga tersebut tidak cukup hanya didasarkan pada kesepakatan para pihak saja, tetapi sebagai hak atas tanah

yang memiliki sifat publik, pelaksanaannya harus didasarkan kepada ketentuan hukum publik, salah satu contohnya dapat dirujuk pada Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat, di Kabupaten Kampar, khususnya Pasal 3, Pasal 7, dan Pasal 11.

Menurut ketentuan Pasal 3 Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat, disebutkan bahwa :

> "Terhadap hak ulayat dapat dilakukan hal-hal sebagai berikut:
>
> a. Agar tanah ulayat menjadi produktif, dapat diberikan hak pola kemitraan kepada pihak ketiga;
> b. Untuk memenuhi poin (a) dilakukan musyawarah pemangku adat setempat dan anggota persekutuan masyarakat adat sesuai dengan ketentuan hukum adat setempat;
> c. Kesepakatan kedua belah pihak dibuat di hadapan pejabat yang berwenang untuk melakukan perjanjian-perjanjian sebagaimana dimaksud pada poin (a).
> d. Perbuatan berupa menelantarkan atau tidak memanfaatkan hak tanah ulayat berturut-turut selama 3 (tiga) tahun yang dilakukan oleh pihak-pihak sebagaimana tercantum pada pasal ini, dikenai sanksi adat berdasarkan hukum adat yang berlaku berupa pencabutan hak untuk penggunaan atau pemanfaatan hak tanah ulayat dan dapat diberikan sanksi tambahan sesuai dengan ketentuan hukum adat yang berlaku".

Namun demikian, pemanfaatan tanah hak ulayat menurut ketentuan Pasal 3 di atas memiliki pengecualiannya sebagaimana diatur dalam Pasal 7 Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat, yang berbunyi sebagai berikut :

> "(1) Dilarang memindahkan hak kepemilikan tanah ulayat, kecuali untuk kepentingan pembangunan di daerah;
> (2) Kehendak bersama seluruh warga masyarakat adat berdasarkan ketentuan hukum adat yang berlaku;
> (3) Pengecualian sebagaimana tersebut pada ayat (1), harus berdasarkan ketetapan kerapatan adat".

Selanjutnya, menurut Pasal 11 ayat (2) Peraturan Daerah Kabupaten Kampar No. 12 Tahun 1999 ini diatur juga mengenai kewenangan penghulu suku/pemangku adat dalam hal penguasaan tanah ulayat yang ada di wilayah persekutuan hukumnya, yang menyatakan bahwa :

> "Penghulu suku berwenang memberikan rekomendasi tertulis dalam hal adanya pengalihan atau pelepasan hak ulayat kepada pihak ketiga berupa HGU atau Hak Pakai sesuai dengan ketentuan adat setempat. Bagi pemegang HGU dan hak pakai, jika sampai jangka waktunya, maka hak tanah tersebut kembali kepada hak tanah ulayat dan penggunaan selanjutnya harus dilakukan berdasarkan persetujuan baru dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan, sesuai dengan ketentuan di dalam Permeneg Agraria/Ka. BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, Pasal 4 ayat (2), yang menyebutkan bahwa pengalihan atau pelepasan hak tanah ulayat kepada anggota persekutuan adat tetap memberlakukan ketentuan hukum adat setempat (*Adat diisi, limbago dituang)".*

Jika menelaah pada beberapa ketentuan dalam Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat, khususnya Pasal 3, Pasal 7, Pasal 11, dapat disimpulkan bahwa :

1. Untuk meningkatkan produktivitas tanah ulayat dalam memenuhi kesejahteraan masyarakat hukum adat Kabupaten Kampar, dimungkinkan pemanfaatan tanah hak ulayat oleh pihak ketiga di luar anggota masyarakat hukum adat tersebut melalui pola-pola kemitraan. (Pasal 3)
2. Sebagai hak atas masyarakat adat, maka pemanfaatan hak ulayat dengan pihak ketiga sebagai pihak yang berada di luar masyarakat hukum adat maupun dalam lingkungan masyarakat adat, pelaksanaannya harus mendapat persetujuan dari masyarakat hukum adat setempat yang dilakukan melalui musyawarah pemangku adat dan anggota persekutuan

masyarakat adat sesuai dengan ketentuan hukum adat setempat. (Pasal 3)

3. Kesepakatan di antara pemegang hak ulayat dengan pihak ketiga harus dibuat di hadapan pejabat yang berwenang untuk melakukan perjanjian-perjanjian, yang dalam hal ini dimiliki penghulu suku/pemangku adat yang ada di wilayah persekutuan tempat dimana hak ulayat itu berada. (Pasal 3)
4. Penghulu suku/pemangku adat yang ada di wilayah persekutuan tempat dimana hak ulayat itu berada memiliki kewenangan untuk memberikan rekomendasi tertulis dalam hal adanya pengalihan atau pelepasan hak ulayat kepada pihak ketiga berupa Hak Guna Usaha (HGU) atau Hak Pakai sesuai dengan ketentuan adat setempat. (Pasal 11)
5. Jika jangka waktu Hak Guna Usaha (HGU) dan Hak Pakai habis, maka hak tanah tersebut kembali kepada hak tanah ulayat dan penggunaan selanjutnya harus dilakukan berdasarkan persetujuan baru dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan. (Pasal 11)
6. Pihak ketiga yang menelantarkan atau tidak memanfaatkan hak tanah ulayat, selama 3 (tiga) tahun berturut-turut dikenai sanksi berdasarkan hukum adat yang berlaku, berupa pencabutan hak untuk penggunaan atau pemanfaatan hak tanah ulayat dan dapat diberikan sanksi tambahan sesuai dengan ketentuan hukum adat yang berlaku. (Pasal 3)
7. Namun demikian, sesuai ketentuan Pasal 7 Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat, pemanfaatan tanah hak ulayat sebagaimana disebutkan dalam poin (1) yang diatur dalam Pasal 3 tersebut dikecualikan apabila : (Pasal 7)
    a. Dilarang memindahkan hak kepemilikan tanah ulayat, kecuali untuk kepentingan pembangunan di daerah;

b. Kehendak bersama seluruh warga masyarakat adat berdasarkan ketentuan hukum adat yang berlaku;
c. Pengecualian sebagaimana tersebut pada ayat (1), harus berdasarkan ketetapan kerapatan adat.

Apabila kembali menelaah beberapa ketentuan dari Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat pada masyarakat Kabupaten Kampar, maka telah terjadi proses modernisasi atas tanah hak ulayat dengan dimungkinkannya pemanfaatan tanah hak ulayat oleh pihak ketiga di luar anggota masyarakat hukum adat tersebut, melalui pola-pola kemitraan salah satunya melalui perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT).* Dengan demikian, selain dapat meningkatkan dan mewujudkan produktivitas tanah ulayat dalam memenuhi kesejahteraan masyarakat hukum adat setempat, juga menjadi dasar legalitas bagi kepastian hukum terhadap hubungan hukum antara pemegang hak ulayat dengan pihak ketiga dalam melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajibannya.

Namun demikian, dengan diaturnya pengecualian terhadap pemanfaatan tanah ulayat oleh pihak ketiga sebagaimana diatur dalam Pasal 7 Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat, menunjukkan bahwa pemanfaatan tanah hak ulayat oleh pihak ketiga tetap harus ditujukan untuk kepentingan pembangunan daerah, termasuk kepentingan masyarakat hukum adat daerah Kampar sendiri. Aturan ini pun tetap selaras dengan ketentuan Pasal 3 dan Pasal 5 UUPA, dalam arti manakala kepentingan yang lebih luas membutuhkan tanah ulayat tersebut, maka kepentingan yang lebih luas itu memperoleh prioritas. Ketentuan-ketentuan di atas menunjukkan serta mengisyaratkan dikedepankannya asas keadilan dengan meletakkan posisi masyarakat hukum adat pada posisi yang seimbang dengan pihak

ketiga yang membutuhkan tanah hak ulayat itu dalam pola kemitraan.

Asas demokratis juga dikedepankan, mengingat suara hasil ketetapan kerapatan adat tetap memegang kendali dalam pemanfaatan tanah hak ulayat tersebut oleh pihak ketiga. Selain itu, asas keberlanjutan juga menjadi pertimbangan agar tanah-tanah hak ulayat itu menjadi produktif dengan dimanfaatkan oleh pihak ketiga.

Ketentuan ini pun menunjukkan bahwa dalam perspektif hukum adat, tidak dikenal adanya pengalihan atau pelepasan hak atas tanah secara permanen, sebagaimana dikenal baik dalam lingkup hukum pertanahan nasional. Setiap perbuatan hukum berupa pengalihan atau pelepasan hak atas tanah ulayat kepada pihak ketiga, hanyalah bersifat sementara, dalam arti sewaktu-waktu ditelantarkan atau habis masa waktunya kembali menjadi tanah ulayat masyarakat hukum adat tersebut. Kalaupun akan diperpanjang (jika waktunya sudah habis) maka harus diperjanjikan kembali dalam bentuk persetujuan baru dengan masyarakat hukum adat pemilik hak ulayat. Hal tersebut sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Van Vollenhoven dalam literatur hukum adat sebagai daya berlaku keluar dari hak ulayat (*beschikkingsrecht).* Dalam hal ini, keputusan kepala adat mempunyai kedudukan penting, untuk memberikan izin penguasaan/pemanfaatan tanah ulayat tersebut oleh pihak luar.

Peraturan Daerah Kabupaten Kampar No. 12 Tahun 1999 ini tampaknya berupaya mengoreksi kenyataan yang terjadi di lapangan selama ini, dimana seringkali terjadi, tanah-tanah Hak Guna Usaha atau Hak Pakai yang berasal dari tanah-tanah hak ulayat (dan masih tetap dipersepsikan sebagai tanah hak ulayat oleh masyarakat hukum adatnya), pada saat habis masa berlakunya,

kemudian dikembalikan pada negara (menjadi tanah negara) bukan pada masyarakat hukum adat.

Hal tersebut terjadi karena adanya perbedaan persepsi dalam menafsirkan aturan-aturan hukum nasional (UUPA) dan hukum tanah adat. Dalam persepsi pemerintah, sesuai dengan konsep hak menguasai negara, tanah yang telah habis jangka waktunya, kembali ke penguasaan negara. Sementara bagi masyarakat hukum adat, sepanjang masyarakat sebagai suatu komunitas adat masih eksis, maka hak ulayat itu tidak akan pernah putus, yang terjadi hanyalah daya berlaku tanah ulayat tersebut berkurang (terhadap persekutuan/masyarakat hukum adat) selama tanah dipergunakan pihak lain, sebagaimana ajaran teori bola yang dikemukakan oleh Ter Haar dalam literatur-literatur hukum adat. Artinya, manakala tanah-tanah ulayat itu sudah tidak diusahakan lagi, maka bola itu kembali menggelembung (kewenangan masyarakat hukum adat atas tanah ulayat kembali penuh) setelah sebelumnya mengempis karena tanah ulayat dimanfaatkan oleh pihak luar masyarakat hukum adat tersebut. [307]

3. Hak Milik Atas Tanah Perseorangan.

Negara kesatuan Republik Indonesia yang berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945 adalah negara hukum (konstitusional) yang memberikan jaminan dan memberikan perlindungan atas hak-hak warga negara, antara lain hak warga negara untuk mendapatkan, mempunyai, dan menikmati hak milik. Diundangkannya Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria atau yang lazim disebut UUPA, telah memberikan pengaruh besar serta kedudukan istimewa terhadap hukum benda, khususnya mengenai benda tanah.

[307] Ida Nurlinda, *Op. Cit.*, hlm. 135.

Sesuai dengan Pasal 4 ayat (1) UUPA, atas dasar hak menguasai dari negara sebagaimana diatur dalam Pasal 2 UUPA, ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang-orang lain serta badan-badan hukum. Salah satu hak atas tanah yang diatur dalam Pasal 4 ayat (1) UUPA tersebut, adalah Hak Milik, sebagaimana diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UUPA yang menyebutkan bahwa : "Hak milik adalah hak turun temurun, terkuat, dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah, dengan mengingat ketentuan dalam Pasal 6".

Sebagaimana telah disebutkan di atas, menurut memori penjelasan UUPA bahwa pemberian sifat terkuat dan terpenuh, tidak berarti bahwa hak itu merupakan hak yang mutlak tidak terbatas, dan tidak dapat diganggu gugat, sebagaimana hak *eigendom* dalam pengertian aslinya, karena sifat tersebut bertentangan dengan sifat hukum adat dan fungsi sosial. Arti terkuat dan terpenuh dari hak milik adalah untuk membedakan dengan Hak Guna Usaha (HGU), Hak Guna Bangunan (HGB), Hak Pakai (Hak Pakai), dan hak-hak lainnya. Kemudian yang dimaksud dengan Hak Milik yang bersifat turun temurun, artinya hak itu dapat diwariskan terus menerus, dialihkan kepada orang lain tanpa perlu diturunkan derajat haknya. Hak Milik pun memiliki kekhasan karena tidak dibatasi oleh waktu dan diberikan untuk waktu yang tidak terbatas lamanya, yaitu selama Hak Milik masih diakui. Kemudian, jika merujuk pada ketentuan Pasal 4 ayat (2) UUPA, terhadap pemilik hak atas tanah diberikan wewenang untuk mempergunakan tanah, serta mengambil manfaat atas tanah tersebut, bahkan pemilik hak atas tanah pun dapat melakukan hubungan-hubungan hukum berkaitan dengan tanah tersebut

dengan pihak ketiga salah satunya melalui perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Berbeda dengan pemanfaatan hak atas tanah milik pemerintah, maupun hak ulayat dengan pihak ketiga yang tidak cukup hanya didasarkan pada ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata saja, tetapi juga harus didasarkan pada ketentuan-ketentuan hukum publik, maka pemanfaatan hak milik atas tanah perseorangan dengan pihak ketiga, cukup hanya didasarkan pada ketentuan hukum privat sebagaimana diatur dalam Buku III KUH Perdata, khususnya Pasal 1338 ayat (1) yang menyebutkan bahwa : "Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya", yang lazim dikenal sebagai asas kebebasan berkontrak, tetapi dengan tetap memperhatikan undang-undang, kepatutan dan kesusilaan.

2. Aspek Hukum Perjanjian sebagai Hukum yang Mengatur Hubungan Hukum antara Pemilik Hak atas Tanah dengan Investor sebagai Pihak yang Mendanai Pelaksanaan Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).

Sekilas, jika melihat pengertian perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*), maka hubungan hukum dalam perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)* tersebut hanya melibatkan pihak pemilik hak atas tanah, baik pemerintah sebagai pemegang hak menguasai atas tanah, pihak masyarakat pemegang hak ulayat, atau pihak masyarakat pemilik hak atas tanah dengan pihak investor saja sebagai pihak yang mendanai pembangunan objek BOT. Akan tetapi, apabila mengidentifikasi secara saksama ciri-ciri proyek BOT, yang pelaksanaannya terdiri dari 3 (tiga) tahapan, yaitu tahap pembangunan (*Build),* tahap pengoperasian (*Operate*), dan tahap penyerahan (*Transfer),* menyebabkan perjanjian BOT memiliki karakteristik yang khas jika dibandingkan dengan perjanjian-perjanjian

lainnya, karena pada pelaksanaan tahap-tahap tersebut tidak hanya melibatkan pihak pemilik hak tanah dengan pihak investor saja, tetapi melibatkan pihak-pihak lainnya, seperti pihak pemborong atau kontraktor, pihak bank, pihak asuransi, dan pihak pengguna (*user)* atau penyewa bangunan, sehingga aspek-aspek hukum perjanjian yang berkaitan dengan pemanfaatan tanah melalui konsep BOT, di dalamnya memiliki keterkaitan dengan perjanjian-perjanjian sebagai berikut :

a. Perjanjian Pemborongan Pekerjaan.

Perjanjian Pemborongan Pekerjaan diatur dalam Buku III KUH Perdata tentang Perikatan *(van verbintenissen*) Bab VII A, Pasal 1601 b KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa Pemborongan Pekerjaan adalah :

> "Perjanjian, dengan mana pihak yang satu, si pemborong mengikatkan diri untuk menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak yang lain, pihak yang memborongkan, dengan menerima suatu harga yang ditentukan".

Adanya keterkaitan antara perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Trasnfer/BOT)* dengan perjanjian pemborongan pekerjaan karena lazimnya pihak investor yang memperoleh hak penuh untuk mendirikan proyek infrastruktur dari pihak pemilik hak atas tanah (pemerintah/swasta) ini, pada umumnya tidak mengerjakan sendiri pekerjaan-pekerjaan pembangunan proyek tersebut, tetapi dilakukan dengan penunjukkan pemborong/kontraktor melalui perjanjian pemborongan pekerjaan dimana si pemborong mengikatkan diri pada investor untuk melakukan pekerjaan pembangunan proyek BOT dan sekaligus sebagai perencana untuk mengerjakan bagian-bagian utama proyek dengan menerima suatu imbalan tertentu.

Pihak pemborong/kontraktor hanya memiliki hubungan hukum dengan pihak investor saja, sebagai pihak yang memberikan kuasa kepadanya untuk dan atas nama investor

melakukan pekerjaan pembangunan proyek. Namun demikian, dalam suatu perjanjian BOT yang dilakukan antara pemilik hak atas tanah dengan pihak investor, dapat dimuat suatu klausul yang menyebutkan bahwa selama masa pembangunan, pihak pemilik hak atas tanah diberikan kewenangan melakukan pengawasan terhadap pekerjaan yang dilakukan pemborong. Oleh karena itu, jika selama pengawasan dilakukan, ada pengerjaan pembangunan proyek yang tidak sesuai dengan apa yang telah diperjanjikan, maka pihak pemilik tanah dapat meminta pertanggungjawaban kepada pihak investor bukan kepada pihak pemborong.

b. Perjanjian Kredit Perbankan.

Pembiayaan proyek BOT sebagian besar lazimnya dibiayai melalui modal pihak swasta, namun jika dana yang disediakan pihak investor bagi pelaksanaan proyek BOT tersebut belum optimal, maka dibutuhkan alternatif pembiayaan lainnya yaitu dengan menggunakan pinjaman dari pihak ketiga atau pihak bank. Pihak pemberi pinjaman (*project lender)* bertindak sebagai kreditur dan pihak investor sebagai debitur. *Project lender* berkewajiban untuk memberikan sejumlah uang untuk membiayai proyek, sedangkan pihak investor berkewajiban membayar kembali pinjaman sesuai dengan dokumen pembiayaan yang telah disepakati, sehingga berlaku ketentuan-ketentuan tentang pinjam-meminjam Pasal 1754-Pasal 1769 KUH Perdata, dan jika pihak pemberi pinjaman proyek berupa suatu bank maka berlaku ketentuan-ketentuan perkreditan yang diatur dalam peraturan perbankan Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan.[308]

[308] Munir Fuady, *Pembiayaan Perusahaan Masa Kini, Tinjauan Hukum Bisnis, Op. Cit*., hlm. 8

Mengingat kredit itu sendiri menurut Pasal 1 ayat (11) Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan adalah : "Penyediaan uang atau tagihan-tagihan yang yang dapat dipersamakan dengan itu berdasarkan suatu persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga", maka untuk menjamin pemberian kredit tersebut, lazimnya bank mensyaratkan adanya jaminan. Berkaitan dengan persyaratan adanya keharusan untuk pemberian jaminan tersebut, sebenarnya merupakan salah satu kendala bagi investor (debitur) untuk mendapatkan pendanaan dari pihak bank, karena pihak investor tidak dapat menjaminkan tanah objek BOT tanpa seizin dan sepengetahuan pihak pemilik hak atas tanah, yang akhirnya dapat menghambat pelaksanaan perjanjian BOT itu sendiri.

Menyikapi kondisi demikian, untuk mendapatkan pendanaan tersebut, sebenarnya objek jaminan tidak harus selalu tanah saja, tetapi pembangunan proyek BOT yang dibiayai dari pendanaan perbankan itu sendiri dapat dijadikan sebagai objek jaminan kredit, tentunya setelah mendapat persetujuan dari pemilik hak atas tanah, dan jangka waktu penjaminan kredit tersebut tidak dapat melebihi jangka waktu pengelolaan atau pengoperasian objek BOT. Melalui jaminan objek BOT tersebut memberikan keuntungan dan keamanan bagi para pihak. Bagi pihak investor, dengan bantuan pendanaan/kredit dari bank, dapat terus melakukan pembangunan objek BOT, tetapi bagi bank sendiri, sebenarnya memiliki beberapa keuntungan yaitu selain dapat memperluas pendanaan kredit pada bidang-bidang yang baru, juga adanya jaminan pada kredit yang diberikannya, sehingga memberikan kepastian hukum akan keamanan kreditnya jika seandainya pihak investor sebagai debitur melalaikan kewajibannya.

c. Perjanjian Asuransi/Pertanggungan.

Keterlibatan pihak asuransi dalam perjanjian BOT pun tidak dapat diabaikan begitu saja, mengingat waktu pelaksanaan perjanjian BOT selama 30 (tiga puluh) tahun tersebut, perlu adanya jaminan kepastian hukum berkaitan dengan pihak yang akan melakukan penanggungan terhadap klaim-klaim risiko yang terjadi pada objek BOT. Oleh karena itu, para pihak lazimnya menentukan dalam klausul perjanjian BOTnya untuk mewajibkan pihak investor mengasuransikan objek BOT, sehingga terciptalah hubungan hukum pertanggungan atau perjanjian asuransi.

Banyak definisi yang telah diberikan kepada istilah asuransi, salah satu di antaranya definisi asuransi menurut Pasal 246 Kitab Undang-undang Hukum Dagang, yang menyebutkan bahwa : "Asuransi atau pertanggungan adalah suatu perjanjian, dengan mana seorang penanggung mengikatkan diri pada tertanggung dengan menerima suatu premi, untuk memberikan penggantian kepadanya karena suatu kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan, yang mungkin akan dideritanya karena suatu peristiwa yang tidak tertentu".

Lebih lanjut menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-undang No. 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian, menyebutkan bahwa : "Asuransi atau Pertanggungan adalah perjanjian antara dua pihak atau lebih, dengan mana pihak penanggung mengikatkan diri kepada tertanggung, dengan menerima premi asuransi, untuk memberikan penggantian kepada tertanggung karena kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan, atau tanggung jawab hukum kepada pihak ketiga yang mungkin diderita tertanggung, yang timbul dari suatu peristiwa yang tidak pasti, atau untuk memberikan suatu pembayaran yang didasarkan atas meninggal atau hidupnya seseorang yang dipertanggungkan".

d. Perjanjian Sewa Menyewa.

Kemudian, sebagai kontra prestasi yang diberikan oleh pemilik hak atas tanah kepada investor yang telah mendanai pembangunan proyek BOT tersebut, maka pihak investor diberikan hak pemanfaatan objek BOT, selain untuk menutupi pendanaan yang telah dikeluarkannya dalam membiayai objek BOT, juga sekaligus untuk memperoleh keuntungan dari dan dalam pengelolaan proyek, melalui perjanjian sewa menyewa. Dalam perjanjian sewa menyewa tersebut, pihak investor berkedudukan sebagai pihak yang menyewakan, dan pihak pengguna (*user)* sebagai pihak penyewa, sehingga berlaku ketentuan umum perjanjian sewa menyewa sebagaimana diatur dalam Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen)* Pasal 1548 sampai dengan Pasal 1600.

Menurut ketentuan Pasal 1548 KUH Perdata, disebutkan bahwa :

> "Sewa menyewa adalah suatu perjanjian, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lainnya kenikmatan dari suatu barang, selama suatu waktu tertentu dan dengan pembayaran sesuatu harga, yang oleh pihak tersebut belakang itu disanggupi pembayarannya".

Jika mengkaji ketentuan Pasal 1548 KUH Perdata tentang perjanjian sewa menyewa dihubungkan dengan perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT),* maka pada tahap operasional (*operate)* ini, pihak investor sebagai pihak yang menyewakan hanya memiliki kewenangan untuk memberikan "kenikmatan" atas objek BOT kepada pihak pengguna (*user)/*penyewa selama masa perjanjian BOT, tidak boleh melebihi waktu perjanjian BOT yang dilakukannya dengan pihak pemilik hak atas tanah, karena apabila masa BOT berakhir, maka segala

bangunan beserta kelengkapannya harus diserahkan oleh investor kepada pemilik hak atas tanah.

Merujuk pada uraian di atas, maka meskipun ada sebagian pendapat yang menyebutkan perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/B*OT) itu memiliki kemiripan dengan perjanjian sewa menyewa, tetapi dengan memahami ciri-ciri maupun unsur-unsur perjanjian BOT yaitu pelaksanaannya terdiri dari 3 (tiga) tahapan yaitu pembangunan (*Build),* tahap pengoperasian (*Operate*), dan tahap penyerahan (*Transfer),* maka dapat dibedakan antara perjanjian BOT dengan perjanjian sewa menyewa, atau pun dengan perjanjian-perjanjian lainnya. Oleh karena itu, untuk mendapat pemahaman lebih jelas tentang perbedaan antara perjanjian sewa menyewa dengan perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* dapat dilihat dari bagan di bawah ini :

BAGAN II

PERBEDAAN PERJANJIAN SEWA MENYEWA DENGAN PERJANJIAN BANGUN GUNA SERAH (BOT)

No.	Perjanjian Sewa Menyewa	Perjanjian Bangun Guna Serah /BOT
1.	Dasar Hukum Pengaturannya: Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen*) Pasal 1548-1600.	Dasar Hukum Pengaturannya : Tidak diatur secara khusus dalam Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen).*
2.	Pengertian Perjanjian Sewa Menyewa : Pasal 1548 KUH Perdata : "Sewa Menyewa adalah suatu perjanjian, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lainnya kenikmatan dari sesuatu barang, selama suatu waktu tertentu dan dengan pembayaran sesuatu harga, yang oleh pihak tersebut belakangan itu disanggupi pembayarannya".	Pengertian Perjanjian BOT : Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 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),* menyebutkan bahwa BOT adalah bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, dimana pihak investor diberikan hak untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada

		pemegang hak atas tanah setelah masa Bangun Guna Serah berakhir.
3.	Subjek Perjanjian Sewa Menyewa a. Pihak yang menyewakan, adalah pihak yang menyerahkan kenikmatan atas barang yang disewa sesuai dengan jangka waktu sewa. b. Pihak penyewa, adalah pihak yang mendapatkan kenikmatan atas barang yang disewa, sesuai dengan jangka waktu yang ditentukan dalam persetujuan.	Subjek Perjanjian BOT a. Pemilik lahan strategis, baik pemerintah maupun swasta, yang menguasai atau memiliki lahan strategis pada jalur perekonomian ataupun yang letaknya sangat mungkin diambil manfaat ekonominya secara maksimal. b. Pihak Investor, yang menanamkan dananya untuk membangun proyek yang dibiayai dengan sistem BOT.
4.	Kewajiban Pihak yang menyewakan : a. Menyerahkan kenikmatan barang yang disewakan itu kepada si penyewa; b. Memelihara barang yang disewa-kan sedemikian rupa, hingga barang itu dapat dipakai untuk keperluan yang dimaksud; c. Memberikan si penyewa kenik-matan yang tentram dari barang yang disewakan selama berlangsungnya persewaan.	Kewajiban pemilik hak atas tanah a. Memberikan jaminan bahwa Pihak Kesatu sebagai pemilik hak atas tanah adalah satu-satunya pihak yang berhak menyerahkan tanah yang akan dijadikan objek BOT, sehingga tanah objek BOT tersebut tidak mendapat gangguan dari pihak kesatu atau pihak yang mendapat hak dari pihak kesatu ataupun pihak ketiga. b. Memberikan jaminan bahwa tanah dan turutannya tersebut bebas dari sitaan, tidak sedang dijaminkan guna pelunasan suatu utang, tidak dalam keadaan sengketa dan bebas dari segala tagihan berupa apapun dari yang berwajib. c. Pihak kesatu sebagai pemilik hak atas tanah berkewajiban memberikan hak atas tanah dalam bentuk Hak Guna Bangunan atau hak-hak lain yang diperlukan pihak kedua sepanjang dimungkinkan berdasarkan aturan perundangan yang berlaku di atas tanah dan turutannya tersebut, untuk itu pihak kesatu bersedia turut dan atau membantu menghadap kepada pejabat-pejabat yang berwenang guna menandatangani akta-akta atau surat-surat yang diperlukan.
5.	Kewajiban Pihak Penyewa : Memakai barang yang disewa sebagai seorang “Bapak rumah yang baik”, artinya merawat barang tersebut seakan-akan barang tersebut kepunyaannya sendiri, sesuai dengan tujuan yang diberikan pada barang itu menurut perjanjian sewanya.	Kewajiban Pihak Investor : a. Untuk atas biaya dan risiko sendiri pihak investor sebagai Pihak Kedua mendirikan bangunan-bangunan di atas tanah objek BOT tersebut menurut rencana yang dikehendaki.

		b. Memelihara dan menjaga dengan baik sebagaimana lazimnya apa yang dijadikan objek BOT menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku, atas biaya yang harus dipikul oleh pihak kedua. c. Memperbaiki kerusakan-kerusakan yang terjadi atas objek BOT menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku, atas ongkos/biaya yang harus dipikul oleh pihak kedua. d. Mentaati semua peraturan dan ketentuan yang berlaku, baik yang sekarang telah ada maupun yang akan ada kemudian. e. Jika seandainya untuk tanah yang menjadi objek BOT dengan akta ini dan bangunan-bangunan yang terdapat di antaranya kemudian dikenakan Pajak Bumi dan Bangunan (PBB), maka PBB tersebut ditanggung dan harus dibayar tepat waktu oleh pihak kedua. f. Dilarang untuk menjadikan tanggungan/ jaminan untuk pelunasan sesuatu utang dalam bentuk dan menurut cara apapun yang dibuat oleh pihak kedua dengan siapapun juga. g. Pada saat perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) berakhir, maka bangunan dan bagian-bagian serta turutan dan perlengkapannya termasuk segala perubahan dan tambahan pada bangunan tersebut harus diserahkan kepada pemilik hak atas tanah, tanpa pemilik hak atas tanah mengeluarkan suatu biaya apapun. h. Pada hari berikutnya, sejak perjanjian BOT berakhir, pihak kedua harus menyerahkan kembali tanah dan turutannya kepada pihak kesatu dengan segala sesuatu yang telah menjadi haknya dalam keadaan kosong, tanpa penghuni dan barang, serta dalam keadaan tetap terpelihara baik.

Merujuk kembali pada uraian di atas, maka berbeda dengan perjanjian sewa menyewa yang dikenal sebagai perjanjian bernama yang sudah diatur secara khusus dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata Pasal 1548-Pasal 1600,

perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) termasuk ke dalam perjanjian tidak bernama yaitu perjanjian yang belum diatur secara khusus dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata maupun undang-undang lainnya, tetapi tumbuh dan berkembang dalam kegiatan ekonomi Indonesia.

Setelah mengkaji aspek-aspek hukum pemanfaatan tanah melalui perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT)* sebagaimana telah diuraikan di atas, dapat disimpulkan bahwa di dalamnya memiliki keterkaitan dengan aspek hukum tanah sebagai objek perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* yang dimiliki/dikuasai oleh pemerintah, masyarakat pemegang hak ulayat, maupun masyarakat pemilik hak atas tanah secara perseorangan. Juga berkaitan dengan hukum perjanjian sebagai hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemilik hak atas tanah dengan pihak investor.

Jika hubungan hukum yang dilakukan para pihak dalam perjanjian BOT dikaji berdasarkan salah satu asas perjanjian nasional, yaitu asas kepribadian perjanjian sebagaimana disimpulkan dalam Pasal 1315, dan Pasal 1340 KUH Perdata, bahwa perjanjian lazimnya hanya mengikat pihak-pihak yang membuat perjanjian saja, pihak ketiga yang tidak bersangkut paut dengan perjanjian tersebut tidak akan mendapatkan keuntungan maupun kerugian dari perjanjian yang telah dibuat para pihak tersebut. Selengkapnya ketentuan Pasal 1315 KUH Perdata, berbunyi sebagai berikut : "Pada umumnya tak seorang pun dapat mengikatkan dirinya atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji dari pada untuk dirinya sendiri".

Lebih lanjut, ketentuan Pasal 1340 KUH Perdata menyebutkan bahwa :

> "Suatu perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Suatu perjanjian tidak dapat membawa rugi kepada pihak-pihak ketiga, tak dapat pihak-pihak ketiga mendapat manfaat karenanya, selain hal-hal yang diatur dalam Pasal 1317".

Dari beberapa ketentuan hukum yang mengatur asas kepribadian perjanjian, secara khusus Pasal 1340 KUH Perdata menyebutkan bahwa terhadap asas kepribadian perjanjian dapat dikesampingkan dengan adanya janji bagi pihak

ketiga yang disebut dengan *"derden beding*" sebagaimana diatur dalam Pasal 1317 dan Pasal 1318 KUH Perdata, yang berbunyi sebagai berikut :

Pasal 1317 KUH Perdata :

"(1) Lagi pun diperbolehkan juga untuk meminta ditetapkan 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 suatu janji yang seperti itu;

(2) Siapa yang telah memperjanjikan sesuatu seperti itu, tidak boleh menarik kembali, apabila pihak ketiga tersebut telah menyatakan kehendak untuk mempergunakannya".

Kemudian, Pasal 1318 KUH Perdata berbunyi sebagai berikut :

"Jika seseorang minta diperjanjikan sesuatu hal, maka dianggap bahwa itu adalah untuk ahli waris-ahli warisnya dan orang-orang yang memperoleh hak daripadanya, kecuali jika dengan tegas ditetapkan atau dapat disimpulkan dari sifat perjanjian, bahwa tidak demikian maksudnya".

Jika dianalisis dari beberapa ketentuan yang mengatur asas kepribadian perjanjian seperti Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUH Perdata, maupun Pasal 1317 dan Pasal 1318 KUH Perdata sebagai ketentuan yang mengesampingkan asas kepribadian perjanjian, maka khusus untuk aspek hukum perjanjian asuransi, perjanjian tersebut merupakan salah satu contoh penerapan Pasal 1317 KUH Perdata, sebagai ketentuan yang mengesampingkan asas kepribadian perjanjian.

Adapun yang menjadi dasar dimasukannya perjanjian asuransi pada perjanjian BOT sebagai perjanjian yang mengesampingkan asas kepribadian perjanjian, karena :

1. Merujuk kembali pada pengertian asuransi, maka Pihak Asuransi sebagai pihak penanggung mengikatkan diri pada tertanggung dalam hal ini pihak investor yang mendanai pembiayaan objek BOT, dengan menerima suatu premi, untuk memberikan penggantian kepadanya karena suatu kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan, yang mungkin akan dideritanya karena suatu peristiwa yang tidak tertentu.

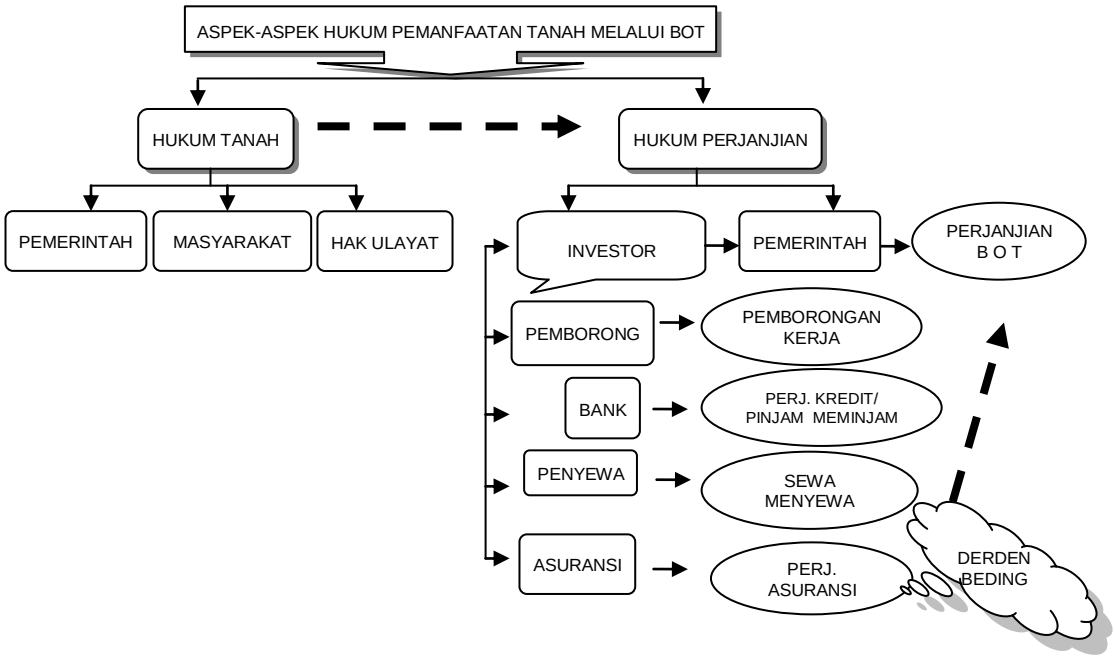
2. Jika terjadi risiko pada objek BOT, maka pihak tertanggung dalam hal ini pihak investor, akan menerima suatu premi sebagai penggantian atas kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan.
3. Namun demikian, dalam perjanjian BOT, lazimnya perjanjian asuransi ini merupakan salah satu bentuk kewajiban pihak investor terhadap pihak pemilik hak atas tanah, dimana di dalamnya disepakati suatu klausul bahwa "Selama pelaksanaan perjanjian BOT, pihak kedua diwajibkan untuk mengasuransikan objek BOT atas tanggungan dan biaya sepenuhnya dari pihak kedua. Bilamana terjadi risiko yang mengakibatkan objek BOT tidak dapat dipergunakan lagi, maka atas izin pihak pertama, pihak kedua dapat mengklaim pencairan serta penggunaan dana asuransi tersebut".

   Dengan menggarisbawahi kata-kata "Pihak kedua dapat mengklaim pencairan pendanaan asuransi tersebut, serta menggunakan dana tersebut setelah mendapat izin dari pihak pertama", menunjukkan bahwa perjanjian asuransi tersebut bukan hanya mengikat pihak-pihak yang membuat perjanjian asuransi saja, yaitu antara pihak investor sebagai pihak tertanggung dan pihak asuransi sebagai pihak penanggung, tetapi melibatkan pihak ketiga, yaitu pihak pemilik hak atas tanah sebagai pihak yang akan mendapatkan manfaat dari perjanjian asuransi yang dibuat para pihak tersebut.

Merujuk pada uraian di atas, maka untuk memudahkan memahami aspek-aspek hukum yang berkaitan dengan pemanfaatan tanah melalui perjanjian Bangun Guna Serah, dapat digambarkan melalui diagram atau skema di bawah ini:

BAGAN III

ASPEK-ASPEK HUKUM YANG BERKAITAN DENGAN PEMANFAATAN TANAH MELALUI BOT



D. Keuntungan Dan Kerugian, serta Risiko Pembiayaan Proyek Infrastruktur Dengan Model Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*/BOT).

1. Keuntungan Pembiayaan Proyek Infrastruktur melalui BOT.

a) Dari Sudut Pemerintah

Beberapa keuntungan yang akan diperoleh oleh pemerintah dalam pembangunan proyek infrastrukturnya dengan sistem BOT, adalah :

(1) Pemerintah dapat mengurangi penggunaan dana APBN/APBD dan mengurangi jumlah dana pinjaman dari pihak ketiga;

(2) Pembiayaan dengan sistem BOT akan menguntungkan secara finansial maupun secara administratif, yaitu pemerintah tidak harus

mengadakan studi kelayakan, proyek akan dibiayai dan dilaksanakan oleh dan atas risiko pihak lain dan dari mutu atau kualitas hasil pembangunan dapat dipertanggung-jawabkan;

(3) Pada akhir masa pengelolaan, maka segala bangunan dan fasilitas yang ada diserahkan kepada pemerintah, dan untuk menjaga agar bangunan beserta fasilitas pendukung yang diserahkan kepada pemerintah tersebut tetap dalam kondisi yang baik, pemerintah tetap membebani kewajiban kepada pihak investor untuk melakukan pemeliharaan maupun perbaikan-perbaikan selama masa BOT tersebut berlangsung;

(4) Pemerintah dapat merealisasikan pengadaan infrastruktur yang sangat bermanfaat bagi pelayanan terhadap masyarakat, tanpa mengeluarkan pendanaan yang berarti karena semua telah ditanggung oleh kontraktor, dan bahkan membuka kesempatan kerja untuk mengurangi jumlah pengangguran.

(5) Pembiayaan pembangunan dengan sistem BOT tidak menimbulkan beban utang bagi pemerintah.[309]

b) Dari Sudut Masyarakat/Swasta

Pada dasarnya keuntungan yang akan didapat oleh pihak swasta atau masyarakat sebagai pemilik lahan, sama dengan keuntungan yang akan didapat oleh pihak pemerintah, karena kedua-duanya berkedudukan sama-sama sebagai partner pihak kontraktor atau pihak investor.

[309] Andjar Pachta Wirana, *Op. Cit.*, hlm. 32.

c) Dari Sudut Kontraktor atau Investor

(1) Bagi investor dengan adanya proyek BOT umumnya investor mendapatkan kesempatan untuk mengambil bagian dalam penanganan dan pengoperasian proyek yang potensial mendatangkan keuntungan yang biasanya selama ini dimonopoli oleh pemerintah sendiri;

(2) Memperluas usaha ke bidang lain yang mempunyai prospek bagus dan menguntungkan.

(3) Menciptakan bidang dan iklim usaha baru.

(4) Dapat memanfaatkan lahan strategis yang dimiliki pemerintah c.q. departemen atau BUMN.

2. Kerugian Pembiayaan Proyek Infrastruktur melalui BOT.

a) Dari Sudut Pemerintah.

(1) Bagi pemerintah, adanya proyek BOT ini berarti melepaskan hak monopoli atau hak eksklusif di bidang tertentu dan menyerahkan pada swasta.

(2) Melepaskan salah satu sumber pendapatan potensial yang mendatangkan keuntungan, melepaskan hak pengelolaan aset strategis dan memberikannya pada swasta untuk jangka waktu tertentu.

(c) Dalam beberapa hal kepada pemerintah diminta untuk melaksanakan dan menyelesaikan masalah yang rumit dan rawan misalnya sehubungan dengan acara pembebasan tanah atau lahan.

b) Dari Sudut Investor.

(1) Usaha yang dilakukan banyak mengandung risiko, baik risiko politik, risiko hukum, risiko ekonomi,

serta pasar, serta risiko keadaan memaksa (*overmacht)*;

(2) Memerlukan perhitungan, pertimbangan, dan persiapan khusus untuk menerapkan pembiayaan melalui sistem BOT ini;

(3) Kemungkinan akan menghadapi kendala yang secara konvensional (jaminan berupa tanah) disyaratkan oleh perbankan sehingga dana yang akan diberikan bank tidak akan diberikan jika tanpa jaminan yang cukup memadai;

(4) Sebagai akibat lebih lanjut pihak investor akan menghadapi kesulitan dalam mendapatkan jaminan perbankan karena menurut penilaian perbankan proyek tersebut kurang "*bankable"* untuk dibiayai.

(5) Kemungkinan pemerintah pun tidak mau menanggung risiko selama pelaksanaan proyek dan selama masa konsesi.

Dari uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa pelaksanaan perjanjian BOT memberikan keuntungan bagi kedua belah pihak baik bagi pemerintah sebagai pemilik lahan juga bagi pihak investor sebagai pihak yang memiliki dana. Bagi swasta (investor) dapat melakukan pembangunan untuk melakukan kegiatan usaha tanpa harus memiliki lahan/tanah. Bagi pemerintah yang memiliki lahan strategis saja dan bilamana akan memanfaatkannya memerlukan biaya yang sangat tinggi yang akan menganggu 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 bangunan beserta sarana dan prasarananya, sehingga perjanjian BOT ini bukan saja tidak akan mengganggu

penggunaan dana APBN/APBD, tetapi juga dapat berdampak pada peningkatan menerimaan keuangan pemerintah, baik pada saat pembangunan, pengoperasian, dan pada saat penyerahan bangunan, bahkan jika pelaksanaan perjanjian BOT berjalan lancar akan mempermudah serta memperlancar tugas dan pelayanan pemerintah kepada masyarakat.

3. Risiko Dalam Perjanjian BOT.

Pelaksanaan perjanjian BOT sangat rentan dengan berbagai risiko. Risiko-risiko yang mungkin timbul dalam proyek BOT, antara lain :

a. Risiko Politik.

Hal-hal yang dapat dikategorikan sebagai risiko politik di antaranya yaitu nasionalisasi proyek, pelanggaran kewajiban oleh negara, perubahan khusus dalam hukum yang merugikan proyek, kegagalan pembayaran oleh negara, kejadian *overmacht* yang menyangkut politik seperti kudeta atau pemogokan karena peraturan yang ditetapkan oleh pemerintah. Hal lainnya yang juga dapat dimasukkan sebagai faktor politik adalah rencana penghentian sepihak dari pemerintah terhadap kontrak konsesi. Akibat dari tipe faktor ini biasanya diklaim atau dituntut oleh pihak swasta sebagai penerima konsesi kepada negara.

b. Risiko Hukum.

Risiko hukum dapat timbul dari berbagai kemungkinan, misalnya kemungkinan tidak dapat diterapkan atau tidak dapat dilaksanakannya kontrak-kontrak baik seluruhnya atau sebagian yang dibuat oleh para pihak.

c. Risiko Ekonomi.

Risiko ekonomi terjadi karena perhitungan dari proyek didasarkan pada asumsi-asumsi yang tidak benar dan bias terhadap biaya implementasi proyek, keadaan pasar, atau pergerakan nilai mata uang yang tiba-tiba

melonjak sehingga keadaan tersebut sangat menyulitkan bagi pihak investor untuk melanjut pelaksanaan perjanjian BOT.

d. Risiko Keadaan Memaksa (*force majeure/overmacht*).

Risiko keadaan memaksa dalam perjanjian BOT misalnya secara mendadak dan tidak terduga terjadi kebakaran, bencana alam, perang, huru hara atau adanya aturan pemerintah yang secara langsung berkaitan atau mempengaruhi pelaksanaan perjanjian BOT, sehingga perjanjian BOT tidak mungkin diteruskan.

f. Faktor Pasar dan Pendapatan.

Faktor pasar dan pendapatan ini adalah hilangnya pendapatan yang disebabkan oleh ketidakcukupan pendapatan langsung dari proyek, kekurangan pendapatan dari sumber lain yang berkaitan dengan proyek, atau pembatasan oleh pemerintah dalam hal peningkatan tarif atau juga jangka waktu penggunaan yang minim dari proyek. Pihak investor sebagai penerima konsesi dapat menegosiasikan kembali dalam kontrak konsesi, hak-hak kompensasi, atau hak untuk menaikkan tarif atau memperpendek jangka waktu konsesi.

Risiko-risiko yang mungkin timbul dalam pelaksanaan perjanjian BOT perlu diperhitungkan secara cermat dan dapat menjadi bahan negosiasi yang cukup alot di antara para pihak. Penanggulangannya atau penyelesaiannya umumnya dilakukan dengan jalan melakukan relokasi risiko (*risk relocation)* yang mungkin ada, dengan tujuan untuk meminimalisasi risiko, mencari jalan agar terhadap risiko ada pembagian risiko, dan mengalokasikan risiko tersebut kepada pihak yang paling sanggup atau siap menghadapi risiko tersebut. Adapun mekanisme yang lazim dilakukan untuk merelokasikan risiko di antaranya adalah melalui penggunaan pranata asuransi atau pertanggungan sebagai pihak yang akan

memberikan jaminan atau tanggungan jika risiko-risiko tersebut benar-benar terjadi pada perjanjian BOT.[310]

[310] Munir Fuady, *Pembiayaan Perusahaan Masa Kini, Tinjauan Hukum Bisnis, Op.Cit.,* hlm. 26.

BAB V
KAJIAN YURIDIS NORMATIF TANGGUNG JAWAB INVESTOR DALAM PERJANJIAN BANGUN GUNA SERAH (*BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT*) DALAM MEWUJUDKAN ASAS KESEIMBANGAN DALAM PERJANJIAN.

A. Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Daerah Melalui Konsep Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Pembangunan di daerah merupakan salah satu bagian dari pembangunan nasional, didalam upaya melaksanakan pembangunan secara merata di seluruh tanah air, pemerintah melakukan pemanfaatan lahan/aset-aset yang dimiliki untuk menunjang dan meningkatkan perekonomian di daerah pada khususnya maupun perekonomian nasional pada umumnya, dengan berdasarkan atas demokrasi ekonomi. Oleh karena itu, maka masyarakat harus memegang peranan aktif dalam kegiatan pembangunan, sedangkan pemerintah berkewajiban memberikan pengarahan dan bimbingan terhadap pertumbuhan ekonomi serta menciptakan iklim yang sehat bagi perkembangan dunia usaha, dan sebaliknya dunia usaha pun perlu memberikan tanggapan terhadap pengarahan dan bimbingan serta penciptaan iklim tersebut dalam kegiatan-kegiatan yang nyata. Langkah nyata untuk mewujudkan perekonomian yang didasarkan pada demokrasi ekonomi tersebut yaitu dilakukannya pemanfaatan dan pengembangan lahan/aset-aset milik Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan pihak swasta yaitu PT. Mikasa Pama Internasional melalui konsep perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Tahapan-tahapan terciptanya hubungan hukum perjanjian BOT antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat sebagai pemilik hak pengelolaan atas tanah dengan PT. Mikasa Pama Internasional sebagai pihak investor yang mendanai pembangunan proyek, yaitu sebagai berikut : Pada tanggal 3 April 1996, telah terjadi kesepakatan bersama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional untuk mengembangkan dan memanfaatkan lahan di

lokasi strategis milik pemerintah yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung untuk menambah fasilitas kota bagi masyarakat kota Bandung khususnya, serta menggerakkan roda perekonomian daerah dan pembangunan nasional maupun internasional pada umumnya, yang kemudian dituangkan dalam Kesepakatan Bersama No. 593/10/Huk/1996 – No. 006/PT.MPI /04/1996, tanggal 3 April 1996.

Didalam mendapatkan persetujuan kerjasama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional, berdasarkan Surat No. 119/957/Huk, tanggal 4 April 1996, Gubernur Kepala Daerah Tingkat I Jawa Barat mengajukan permohonan persetujuan rencana kerjasamanya kepada Pimpinan DPRD Provinsi Daerah Tingkat I Jawa Barat, dan berdasarkan Surat Keputusan DPRD Provinsi Daerah Tingkat I Jawa Barat No. 119/Kep-07/DPRD/1996, tanggal 13 Mei 1996, DPRD menyetujui permohonan kerjasama tersebut. Dengan adanya persetujuan dari DPRD, maka pada tanggal 19 September 1996, Gubernur Kepala Daerah Tingkat I Jawa Barat mengeluarkan Surat Keputusan No. 536/SK.1437-Huk/96 tentang Perjanjian Kerjasama Antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional mengenai Pengembangan dan Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Daerah Tingkat I Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung.

Pada tanggal yang sama yaitu tanggal 19 September 1996, kesepakatan kerjasama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional dituangkan dalam Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 - 012/PT.MPI/09/96, yang ditandatangani oleh R. Nuriana sebagai Gubernur Kepala Daerah Tingkat I Jawa Barat yang bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Provinsi Jawa Barat, sedangkan dari pihak investor ditandatangani oleh Trihatma K. Haliman sebagai Direktur Utama dan sekaligus bertindak untuk dan atas nama PT. Mikasa Pama Internasional.

Setelah ditandatanganinya Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 - 012/PT.MPI/09/96, pada tanggal 19 September 1996, melalui Surat No. 536/3260/Huk, Gubernur Jawa Barat mengajukan permohonan pengesahan Surat

Keputusan Gubernur Kepala Daerah Tingkat I Jawa Barat tentang perjanjian kerjasama yang dilakukan antara Pemerintah Daerah Tingkat I Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional tersebut kepada Menteri Dalam Negeri.

Menteri Dalam Negeri melalui Surat No. 641/104/PUOD, tertanggal 14 Januari 1997 pada prinsipnya menyetujui kerjasama yang dilakukan antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional dengan ketentuan pelaksanaan perjanjian kerjasama tersebut harus dilaksanakan sesuai dengan syarat-syarat yang telah ditentukan, yaitu :

1. Gedung yang dibangun berikut fasilitasnya harus sesuai dengan kebutuhan pemerintah daerah serta sesuai dengan tugas dan fungsi pokoknya;
2. Pemerintah Daerah tersebut sudah memiliki tanah/lahan yang belum dimanfaatkan;
3. Dana untuk pembangunan berikut penyediaan fasilitasnya tidak membebani APBD/APBN;
4. Bangunan tersebut harus dapat dimanfaatkan langsung oleh Pemerintah Daerah sesuai dengan bidang tugasnya baik dalam masa pengoperasian maupun saat penyerahan kembali;
5. Pihak yang menyediakan bangunan tersebut (mitra kerja) harus mempunyai kemampuan keuangan dan keahlian;
6. Mitra kerja harus membayar kontribusi ke kas daerah setiap tahun dalam jangka waktu pengoperasian;
7. Selama masa pengoperasian tanah dan bangunan tetap milik pemerintah daerah yang bersangkutan;
8. Penggunaan tanah yang dibangun harus sesuai dengan Rencana Umum Tata Ruang Wilayah/Kota (RUTRW/K);
9. Jangka waktu penggunausahaan paling lama 25 atau 30 tahun sejak dimulai masa pengoperasian.[311]

Dengan adanya pengesahan dari Menteri Dalam Negeri sebagai bentuk persetujuan kerjasama yang dilakukan antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional, timbulah hubungan hukum antara

[311] H. Nursyahid, H.N., *Op. Cit.*, hlm. 264.

Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional, yang meletakkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban kepada kedua belah pihak secara timbal balik.

Sesuai dengan Pasal 8 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tanggal 19 September 1996, pihak kedua yaitu PT. Mikasa Pama Internasional diwajibkan untuk menyelesaikan objek perjanjian tersebut yaitu pembangunan gedung perkantoran Pemerintah Provinsi Jawa Barat serta pembangunan gedung konvensi, pusat perdagangan, dan perhotelan beserta fasilitas pendukungnya dalam jangka waktu 2 (dua) tahun terhitung sejak diterbitkannya Surat Izin Mendirikan Bangunan (IMB) dari Kotamadya Daerah Tingkat II Bandung, dan apabila pihak kedua dalam hal ini PT. Mikasa Pama Internasional tidak melaksanakan pembangunan gedung sesuai dengan yang diperjanjikan maka pihak kesatu dapat mengambil alih pembangunan tersebut untuk dilaksanakan sendiri atau mengalihkan kepada pihak lain yang berminat, bersedia, dan mampu menyelesaikannya sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati para pihak. Dengan demikian penggantian kedudukan investor dalam pelaksanaan perjanjian BOT merupakan suatu alternatif yang dapat dilakukan Pemerintah Provinsi Tingkat I Jawa Barat jika pihak kedua (pihak investor) tidak melaksanakan pembangunan gedung tersebut.

Pelaksanaan pembangunan tertunda karena krisis moneter, dan penundaan pelaksanaan pembangunan dituangkan dalam Addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/98, tanggal 25 Mei 1998 yang berbunyi bahwa jangka waktu pelaksanaan dan penyelesaian pembangunan beserta fasilitasnya oleh pihak kedua (PT. Mikasa Pama Internasional) ditetapkan 4 (empat) tahun terhitung sejak diterbitkannya Surat Izin Mendirikan Bangunan (IMB) dari Kotamadya Daerah Tingkat II Bandung. Selain adanya perpanjangan jangka waktu pelaksanaan perjanjian, berdasarkan Addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/98 tersebut, sebenarnya telah ada penambahan ayat baru dari Pasal 7 Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tanggal 19 September 1996, yaitu ayat ke-3 (tiga) yang memasukkan krisis moneter sebagai keadaan memaksa (*force majeure),* yaitu suatu keadaan yang

terjadi setelah dibuatnya perikatan yang menghalangi pihak debitur untuk melaksanakan prestasinya sehingga debitur tidak dapat dipersalahkan tidak harus menanggung kerugian, dan semuanya itu terjadi di luar kesalahannya, dengan ketentuan semuanya itu terjadi sebelum debitur lalai.

Namun demikian, sampai batas waktu yang telah diperjanjikan dan kepada pihak kedua (PT. Mikasa Pama Internasional) telah beberapa kali diberikan surat peringatan dan pembahasan-pembahasan bersama mengenai kelanjutan kerjasama sebagaimana disyaratkan menurut ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata tentang penetapan lalai "*in gebrekke stelling*", [312] tetapi PT. Mikasa Pama Internasional belum juga melaksanakan dan melanjutkan pembangunan gedung perkantoran serta pembangunan gedung konvensi, pusat perdagangan, dan perhotelan beserta fasilitas pendukungnya tersebut. Oleh karena itu, sesuai dengan perjanjian antara pihak kesatu dengan pihak kedua sebagaimana tercantum di dalam Pasal 11 Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tanggal 19 September 1996, pihak kesatu (Pemerintah Provinsi Jawa Barat) mempunyai hak untuk melakukan pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik.

Merujuk pada ketentuan Pasal 11 Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96 tersebut, dan setelah dilakukan pertemuan di antara para pihak untuk membahas kelanjutan pelaksanaan perjanjian, maka pada tanggal 16 Juni 2001, PT. Mikasa Pama Internasional mengundurkan diri yang ditindaklanjuti dengan pengakhiran kerjasama pembangunan dan pemanfaatan lahan aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung yang dituangkan dalam Pasal 1 Kesepakatan Bersama No. 593/67/Huk/2001 – 062/PT. MPI/11/01, tanggal 20 November 2001. Dengan diakhirinya perjanjian kerjasama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Kesepakatan Bersama di atas, maka akibat hukumnya Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tanggal 19 September 1996 jo Addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/98, tanggal 25 Mei 1998 dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi. Akibat hukum lain dari pengakhiran perjanjian kerjasama tersebut, maka berdasarkan Pasal 3 Kesepatan Bersama No.

[312] R. Setiawan, *Loc.Cit.*

593/67/Huk/2001 – 062/PT.MPI/11/01, tanggal 20 November 2001 disebutkan bahwa biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh pihak kedua yaitu pemindahan lapangan tenis, studi dan perencanaan akan diperhitungkan pada saat pembangunan dilanjutkan oleh pihak kesatu yang besarnya disepakati bersama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional.

Didalam upaya melanjutkan kembali pembangunan objek perjanjian yang tertunda, pada tanggal 2 Juli 2001 Pemerintah Provinsi Jawa Barat mendapat penawaran kerjasama dari PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk membangun gedung perkantoran, gedung konvensi, pusat perdagangan, dan hotel berikut fasilitas pendukungnya yang dinyatakan dalam Surat No. 01/SKTLM/VII/01 tanggal 2 Juli 2001. Penawaran kerjasama tersebut ditindaklanjuti dengan beberapa kali pertemuan baik yang bersifat intern yang dihadiri oleh Tim Peneliti Kerjasama Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur dan Dinas/Badan/Lembaga/Unit Kerja terkait di tingkat Provinsi maupun Kota Bandung serta DPRD.

Di kalangan DPRD Provinsi Jawa Barat terdapat 2 (dua) pendapat mengenai prosedur pelaksanaan rencana kerjasama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur tersebut, yaitu :

1. Pendapat yang mengatakan bahwa pelaksanaan kerjasama dimaksud sepenuhnya merupakan kewenangan Gubernur, sehingga tidak memerlukan persetujuan DPRD; dan
2. Pendapat yang menyatakan bahwa dalam prosedur pelaksanaan kerjasama tersebut harus dimintakan persetujuan DPRD.

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, pada tanggal 2 Desember 2002, Komisi A DPRD Provinsi Jawa Barat telah melaksanakan konsultasi kepada Direktur Pengelolaan Keuangan Daerah Departemen Dalam Negeri yang pada kesempatan tersebut didampingi oleh Biro Hukum dan Biro Perlengkapan Sekretariat Daerah Provinsi Jawa Barat, dimana berdasarkan hasil pertemuan tersebut disimpulkan bahwa penggunausahaan barang daerah yang digunausahakan dalam bentuk kerjasama dengan pihak ketiga merupakan

wewenang Kepala Daerah dan Kepala Daerah cukup memberitahukan kerjasama tersebut kepada DPRD.

Keputusan Direktur Pengelolaan Keuangan Daerah Departemen Dalam Negeri tersebut, secara yuridis telah sesuai dengan ketentuan Pasal 36 ayat (1) Keputusan Menteri Dalam Negeri dan Otonomi Daerah No. 11 Tahun 2001 tentang Pedoman Pengelolaan Barang Daerah, yang menyebutkan bahwa :

> "Penggunausahaan barang daerah yang digunausahakan dalam bentuk kerjasama dengan pihak ketiga merupakan kewenangan Kepala Daerah, sehingga Kepala Daerah cukup memberitahukan rencana kerjasama tersebut kepada DPRD. Persetujuan DPRD hanya diperlukan jika kerjasama dengan pihak ketiga tersebut merubah status hukum barang daerah dan membebani APBD serta masyarakat".

Peraturan Daerah Provinsi Jawa Barat No. 4 Tahun 2001 tentang Pengelolaan Barang Daerah yang konkordan dengan Keputusan Menteri Dalam Negeri dan Otonomi Daerah No. 11 Tahun 2001 menyebutkan juga bahwa barang daerah yang digunausahakan dalam bentuk kerjasama dengan pihak ketiga diatur oleh Gubernur. Peraturan Daerah tersebut telah ditindaklanjuti dengan Keputusan Gubernur Jawa Barat No. 19 Tahun 2002 tentang Petunjuk Pelaksanaan Peraturan Daerah No. 4 Tahun 2001 yang menyebutkan bahwa bentuk-bentuk kerjasama dengan pihak ketiga di antaranya dilakukan melalui *Build Operate and Transfer (BOT)* maupun dengan cara-cara lain. Dengan demikian, mengingat rencana kerjasama pengelolaan aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur tidak merubah status hukum aset dan tidak membebani APBD, serta tidak membebani masyarakat, maka sesuai dengan Keputusan Menteri Dalam Negeri dan Otonomi Daerah No. 11 Tahun 2001 dan Peraturan Daerah Provinsi Jawa Barat No. 4 Tahun 2001, tidak memerlukan persetujuan DPRD.

Ketentuan di atas, sejalan pula dengan Pasal 8 ayat (1) dan (2) Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 22 Tahun 2009 tentang Petunjuk Teknis dan Tata Cara Kerjasama Daerah, yang menyebutkan bahwa hanya kerjasama daerah yang membebani APBD dan masyarakat saja harus mendapat persetujuan dari Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Menindaklanjuti penawaran kerjasama dari PT. Tritunggal Lestari Makmur kepada Pemerintah Provinsi Jawa Barat untuk melanjutkan kembali pembangunan gedung perkantoran, gedung konvensi, pusat perdagangan, dan hotel berikut fasilitas pendukungnya yang dinyatakan dalam Surat No. 01/SKTLM/VII/01, tanggal 2 Juli 2001 tersebut, maka pada tanggal 25 Mei 2003 dibuatlah Surat Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen tentang Pembangunan, Pengelolaan Dan Penyerahan (*Build Operate and Transfer/BOT*) Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung antara Pemerintah Daerah Provinsi Tingkat I Jawa Barat dengan PT. Tritungal Lestari Makmur.

Dengan disepakatinya perjanjian kerjasama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritungal Lestari Makmur sebagaimana dituangkan dalam Surat Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, terdapat beberapa ketentuan yang ada dalam perjanjian sebelumnya antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional yang tetap harus mendapat perhatian bagi Pemerintah Provinsi Jawa Barat maupun PT. Tritunggal Lestari Makmur, khususnya dalam ketentuan Pasal 3 Kesepakatan Bersama No. 593/67/Huk/2001-062/PT.MPI/11/01 tanggal 20 November 2001 tentang Pengakhiran Kerjasama Pengembangan dan Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, yang menyebutkan bahwa dengan adanya pengakhiran kerjasama tersebut di atas, maka biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh pihak kedua (PT. Mikasa Pama Internasional) berupa pemindahan lapangan tenis, studi, dan perencanaan akan diperhitungkan pada saat pembangunan dilanjutkan oleh pihak ke satu atau apabila pembangunan tersebut dilanjutkan oleh pihak ketiga, maka segala biaya-biaya tersebut akan dialihkan kepada pihak ketiga yang berminat, bersedia dan mampu menyelesaikannya sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati para pihak.

Dengan adanya penggantian kedudukan debitur/investor oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagai pihak yang akan melanjutkan kembali pembangunan gedung konvensi, pusat perdagangan, dan perhotelan, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 3 Kesepakatan Bersama No. 593/67/Huk/2001-

062/PT.MPI/11/01 tanggal 20 November 2001, segala biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh pihak kedua yaitu PT. Mikasa Pama Internasional berupa pemindahan lapangan tenis, studi dan perencanaan dialihkan menjadi tanggung jawab PT. Tritunggal Lestari Makmur, bukan lagi menjadi tanggung jawab pihak kesatu (Pemerintah Provinsi Jawa Barat). Sejalan dengan ketentuan Pasal 3 tersebut, PT. Tritunggal Lestari Makmur melakukan pemberesan terhadap hak-hak PT. Mikasa Pama Internasional atas prestasi yang telah dilakukannya.

Didalam melakukan pemberesan terhadap hak-hak PT. Mikasa Pama Internasional tersebut, PT. Tritunggal Lestari Makmur telah bersepakat untuk memasukkan PT. Mikasa Pama Internasional bergabung bersama-sama dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur dengan cara mengkompensasikan biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh PT. Mikasa Pama Internasional dalam bentuk kepemilikan saham sebesar 30% bagi PT. Mikasa Pama Internasional dan kepemilikan saham sebesar 70% bagi PT. Tritunggal Lestari Makmur.[313] Hubungan hukum antara PT. Tritunggal Lestari Makmur dengan PT. Mikasa Pama Internasional adalah hubungan hukum penanaman modal/investasi (*privaat placement).*[314]

Namun demikian, sejak saat ditandatangani perjanjian antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur pada tanggal 26 Mei 2003, PT. Tritunggal Lestari Makmur pun tidak dapat menyelesaikan pembangunan objek perjanjian sesuai dengan perjanjian yaitu paling lama 48 (empat puluh delapan) bulan sejak saat ditandatangani. Oleh karena itu merujuk pada ketentuan Pasal 15 jo Pasal 11 dan Pasal 12 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen tanggal 26 Mei 2003, Pemerintah Provinsi Jawa Barat memiliki hak untuk melakukan pemutusan perjanjian kerjasama tersebut.

---

313 Berdasarkan Surat Dari Gubernur Jawa Barat kepada Pimpinan DPRD Provinsi Jawa Barat No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung.

314 Sri Rejeki Hartono, *Beberapa Tentang Permodalan Pada Perseroan Terbatas*, Makalah Pada Seminar Nasional Menyongsong Berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas Dan Implikasinya Terhadap Perkembangan Dunia Usaha Di Indonesia, UNDIP/UGM, Yogyakarta, 1995, hlm. 2.

B. Analisis tentang Tanggung Jawab Investor Terhadap Pemilik Hak Atas Tanah Sebagai Perwujudan Asas Keseimbangan dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT).*

Bagi bangsa Indonesia yang sedang terus melaksanakan pembangunan, bumi, air dan ruang angkasa sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa mempunyai fungsi yang amat penting untuk membangun masyarakat adil dan makmur sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea keempat. Pembangunan di segala bidang kehidupan yang akan terus dilaksanakan secara berkesinambungan, selain membutuhkan modal yang cukup besar juga membutuhkan tanah yang luas sebagai sarananya. Bahkan untuk pembangunan di bidang-bidang tertentu misalnya pembangunan perindustrian, perhubungan, pusat perdagangan, perumahan membutuhkan tanah yang tidak sedikit, sehingga persoalan pengadaan tanah sangat menentukan suatu program pembangunan dapat dilaksanakan atau tidak.

Keterbatasan akan sumber daya tanah yang letaknya strategis, berhadapan dengan peningkatan kebutuhan tanah bagi pelaksanaan pembangunan, sebagaimana disebutkan di atas seringkali menjadi salah satu pemicu timbulnya sengketa/konflik pertanahan. Corak konflik pertanahan yang terjadi pada dasarnya menunjukkan posisi rakyat yang lemah dan sebaliknya posisi negara dan pemodal sangat kuat dalam menentukan arah dan corak perubahan sosial yang dinyatakan dengan kata atas nama pembangunan. Dalam hal ini, rakyat terpaksa menerima segala hal yang hendak dilakukan oleh negara untuk kepentingannya secara langsung atau pun untuk kepentingan pemodal. Hampir dalam setiap konflik, lemahnya posisi rakyat terlihat dalam proses terjadinya konflik itu sendiri. Berbagai kasus konflik tanah yang terjadi, terungkap bahwa dalam proses pengambilan hak-hak atas tanah masyarakat itu sering kali terjadi pengabaian prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia, di samping itu terkandung pula penerapan prinsip-prinsip diskriminasi dan hanya mengacu pada hak-hak absolut negara.

Namun demikian, sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, negara Indonesia menunjukkan keinginan untuk membentuk negara kesejahteraan yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh

tumpah darah Indonesia, serta untuk memajukan kesejahteraan umum, maka penguasaan negara atas tanah di seluruh wilayah Indonesia harus diselaraskan sesuai dengan ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 yang berbunyi sebagai berikut : "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat'. Untuk mengarahkan kebijaksanaan pertanahan itu, pada tanggal 24 September 1960 telah disahkan Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria atau yang lebih dikenal dengan Undang-undang Pokok Agraria (UUPA). Pelaksanaan UUPA ini mempunyai arti idiologis yang sangat penting, sebab Undang-undang ini merupakan penjabaran langsung dari Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, sebagai basis atau landasan kekuatan *(basic power*) demokrasi ekonomi yang sedang dikembangkan dalam rangka menciptakan kemakmuran rakyat.

Untuk merealisasikan cita-cita tersebut, menurut pandangan penulis meskipun bersifat sederhana konsep hukum adat atas tanah yang berasaskan pemisahan horisontal, yang memisahkan tanah dengan benda-benda yang ada di atasnya, dapat dipakai untuk menjembati pengembangan pembangunan terutama di pusat-pusat perkotaan, dimana masyarakat luas tidak akan dirugikan dengan gerak pembangunan yang ada karena masyarakat dapat tetap memiliki hak milik atas atasnya, dan pembangunan itu sendiri dalam upaya mewujudkan masyarakat adil dan makmur dapat terwujud. Bahkan bagi pemerintah yang memiliki keterbatasan pendanaan dalam APBN maupun APBD untuk melakukan pembangunan infrastrukturnya, dapat mengoptimalkan tanahnya melalui konsep Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*), sebagaimana telah dilakukan oleh Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional sebagai investor dalam pemanfaatan lahan/aset di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, untuk pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukungnya, yang dituangkan dalam Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tertanggal 19 September 1996.

Jika penandatangan perjanjian yang dilakukan antara pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional dikaji menurut Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen*), perjanjian tersebut merupakan salah satu wujud pelaksanaan asas kebebasan berkontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, dimana para pihak diberikan kebebasan untuk mengadakan perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT),* meskipun Undang-undang belum mengaturnya secara khusus. Kebebasan yang diberikan oleh Undang-undang tersebut, di dalamnya tercermin pula kebebasan untuk menentukan :

1. Dengan siapa pemanfaatan lahan melalui konsep BOT ini akan dilakukan.

   Berkaitan dengan kebebasan untuk menentukan dengan siapa pemanfaatan lahan melalui konsep BOT ini dilakukan, maka dalam mengembangkan dan memanfaatkan lahan di lokasi yang strategis untuk menambah fasilitas kota bagi masyarakat warga Bandung khususnya, serta dalam membantu menggerakkan roda perekonomian daerah dan pembangunan nasional maupun internasional, maka pemerintah Provinsi Jawa Barat yang diwakili oleh R. Nuriana, sebagai Gubernur Kepala Dearah Tingkat I, yang bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang disebut sebagai Pihak Kesatu, melakukan kerjasama dengan Trihatma K. Haliman, Direktur PT. Mikasa Pama Internasional yang bertindak untuk dan atas nama PT. Mikasa Pama Internasional, yang selanjutnya disebut Pihak Kedua.

2. kebebasan untuk menentukan bentuk perjanjian.

   Sesuai dengan asas kebebasan berkontrak pada dasarnya perjanjian BOT tersebut bersifat bebas, dimana sesuai ketentuan Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata pada dasarnya perjanjian tersebut telah terjadi pada saat detik tercapainya kesepakatan di antara para pihak, tidak memerlukan formalitas-formalitas tertentu. Namun demikian, menyimpang dari ketentuan Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata, karena perjanjian yang dilakukan oleh Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional ini memanfaatkan lahan/aset milik kekayaan daerah, maka

tidak cukup hanya ada kesepakatan di antara para pihak saja, tetapi harus memperhatikan formalitas-formalitas atau ketentuan-ketentuan tertentu, sebagaimana dapat dilihat dari ketentuan-ketentuan di bawah ini :

a. Surat Gubernur Kepala Daerah Provinsi Jawa Barat kepada DPRD Provinsi Jawa Barat No. 119/957/Huk, tanggal 4 April 1996 perihal Permohonan Persetujuan Rencana Kerjasama Pemda Tk. I Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional.
b. Keputusan DPRD Provinsi Jawa Barat No. 119/Kep-07/DPRD/1996 tentang Persetujuan Rencana Kerjasama Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional.
c. Surat Keputusan Gubernur Kepala Daerah Provinsi Jawa Barat No. 536/SK.1437-Huk/96 tentang Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional tentang Pengembangan dan Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung.
d. Surat Gubernur Kepala Daerah Provinsi Jawa Barat Kepada Bapak Menteri Dalam Negeri No. 536/3260/Huk, tanggal 19 September 1996 perihal Permohonan Pengesahan Surat Keputusan Gubernur Kepala Daerah Provinsi Jawa Barat tentang Perjanjian Kerjasama Antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional.
e. Surat Menteri Dalam Negeri No. 641/104/PUOD, tanggal 14 Januari 1997, perihal Persetujuan Prinsip Kerjasama Antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional.

Dengan ditandatanganinya perjanjian kerjasama tersebut, dan telah memenuhi formalitas-formalitas yang telah ditentukan sebagaimana diuraikan di atas, maka timbulah hubungan hukum antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat

dengan PT. Mikasa Pama Internasional sebagai investor, yang meletakkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban kepada kedua belah pihak secara timbal balik, dimana Pemerintah Provinsi Jawa Barat sebagai Pihak Kesatu, diwajibkan untuk menyediakan lahan/tanah seluas 25.421 m2 yang berstatus hak pakai Pihak Kesatu, berlokasi di Jalan Diponegoro dan Jalan Surapati Bandung. Adapun PT. Mikasa Pama Internasional sebagai investor, diberikan hak untuk melakukan pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukungnya, di atas tanah seluas 25.421 m2 milik Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, dengan biaya seluruhnya ditanggung oleh Pihaknya.

Selain itu, dalam pelaksanaan pembangunan gedung tersebut, PT. Mikasa Pama Internasional, berkewajiban untuk menyediakan dana lainnya seperti untuk membiayai perizinan, gambar perencanaan, pajak-pajak, notaris, konsultan, serta penyelesaian sertifikat atas nama Pihak Kesatu untuk lahan seluas 25.421 m2 sebagaimana dimaksud dalam kesepakatan bersama, serta melakukan studi kelayakan dan perencanana untuk pembangunan gedung konvensi, kantor, hotel berbintang dan pertokoan serta fasilitas pendukungnya, dan dalam jangka waktu 2 (dua) tahun terhitung sejak diterbitkannya Surat Izin Mendirikan Bangunan (IMB) dari Kotamadya Daerah Tingkat II Bandung, PT. Mikasa Pama Internasional diwajibkan untuk menyelesaikan objek pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan perhotelan beserta fasilitas pendukungnya. Kemudian Pemerintah Provinsi Jawa Barat, memiliki kewajiban membantu PT. Mikasa Pama Internasional menyelesaikan urusan administrasi/perizinan dari instansi-instansi terkait dalam rangka pengembangan lahan di Jalan Diponegoro dan Jalan Surapati Bandung.

Jika hubungan hukum antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional dianalisis berdasarkan salah satu asas perjanjian, selain menunjukkan adanya asas kerjasama yang saling menguntungkan, juga merupakan perwujudan penerapan asas keseimbangan perjanjian. Asas kerjasama yang saling menguntungkan, yaitu suatu asas dimana pemerintah yang semula hanya sebagai pemilik hak atas tanah saja, yang bilamana akan mewujudkan fisik

bangunannya memiliki keterbatasan dana APBN/APBD, setelah adanya kerjasama melalui perjanjian BOT, akan memiliki fisik bangunan sesuai dengan yang diharapkan. Demikian juga bagi pihak investor dengan adanya kerjasama melalui perjanjian BOT dapat melakukan pembangunan gedung bagi kegiatan usahanya tanpa harus memiliki tanah, serta dapat mengambil keuntungan dari pengelolaan gedung tersebut.[315]

Kemudian yang dimaksud dengan asas keseimbangan yang dimaknai dalam bahasa sehari-hari sebagai kata "seimbang" (*evenwicht*) yaitu suatu asas dimana adanya pembagian beban di kedua sisi yang berada dalam keadaan seimbang, sehingga tidak satu pihakpun mendominasi atau menguasai pihak yang lainnya. [316]

Lebih lanjut, jika penulis mencoba menyimpulkan pendapat dari Salim H.S., yang dimaksud dengan asas keseimbangan perjanjian dalam pemanfaatan lahan/aset milik Provinsi Jawa Barat, yaitu suatu asas yang menghendaki kedua belah pihak, baik Pemerintah Provinsi Jawa Barat, maupun PT. Mikasa Pama Internasional harus memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Pemerintah Provinsi Jawa Barat diwajibkan menyediakan lahan/aset tanah BOT serta menjamin bahwa tanah yang dijadikan objek BOT tidak terdapat gangguan-gangguan dari pihak ketiga karena adanya suatu alas hak tertentu. Kemudian PT Mikasa Pama Internasional sebagai investor memikul kewajiban untuk melaksanakan pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukungnya, dan manakala pihak investor tidak melaksanakan kewajibannya, pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat memiliki kekuatan melakukan penuntutan prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan investor sebagai debitur.[317]

Merujuk pada Pasal 8 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tertanggal 19 September 1996, pihak kedua yaitu PT. Mikasa Pama Internasional diwajibkan untuk menyelesaikan objek pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan perhotelan beserta fasilitas

[315] Andjar Pachta Wirana, *Op.Cit.,* hlm. 46
[316] Herlien Budiono, *Op. Cit.,* , hlm. 304.
[317] Salim H.S., *Op. Cit.,* hlm. 13-14.

pendukungnya dalam jangka waktu 2 (dua) tahun terhitung sejak diterbitkannya Surat Izin Mendirikan Bangunan (IMB) dari Kotamadya Daerah Tingkat II Bandung. Namun demikian, sampai dengan waktu yang telah ditentukan yaitu tahun 1998, PT. Mikasa Pama Internasional tidak dapat menyelesaikan pekerjaan tersebut sesuai dengan yang dijanjikannya. Wujud dari tidak dipenuhinya pelaksanaan pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan perhotelan beserta fasilitas pendukungnya tersebut dikatakan ingkar janji/wanprestasi (*default* atau *non fulfilment* ataupun disebut juga dengan istilah *breach of contract*).

Menurut Mariam Darus Badrulzaman, 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,[318] dan dari ketiga bentuk wanprestasi tersebut, bentuk wanprestasi yang dilakukan PT. Mikasa Pama Internasional merupakan bentuk wanprestasi pertama yaitu terlambat memenuhi prestasi.

Kemudian, berkaitan dengan keterlambatan pemenuhan prestasi yang dilakukan PT. Mikasa Pama Internasional, jika penulis merujuk pada ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa : "Si berutang adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatannya sendiri, ialah jika ini menetapkan, bahwa si berutang harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan", maka dengan lewatnya waktu pelaksanaan pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukungnya, sebagaimana telah ditentukan dalam Pasal 8 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, maka PT. Mikasa Pama Internasional sudah dapat dikatakan lalai "demi perikatannya sendiri". Bahkan, melihat pada pelaksanaan perjanjian yang dilakukan para pihak, meskipun demi perikatannya sendiri PT. Mikasa Pama Internasional sudah dapat dikatakan lalai, tetapi Pemerintah Provinsi Jawa Barat, sesuai dengan ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata, tetap memberikan penetapan

[318] Mariam Darus Badrulzaman, *Op.Cit.,* hlm. 23.

lalai atau "*in gebrekke stelling*" kepada PT. Mikasa Pama Internasional untuk memberikan kesempatan melakukan pelaksanaan perjanjiannya.

Dengan tidak dipenuhinya pelaksanaan perjanjian tersebut, mengakibatkan adanya ketidakseimbangan kedudukan di antara para pihak, dan sesuai dengan ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata, maka pihak yang tidak melaksanakan prestasinya kemudian menyebabkan kerugian kepada pihak lain, pihak tersebut dapat dimintai pertanggung jawaban untuk membayar ganti rugi. Selain menurut ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata, ketentuan Pasal 1267 KUH Perdata pun dapat menjadi dasar dalam memberikan kedudukan yang seimbang kepada pihak yang dirugikan akibat tidak dilaksanakannya pelaksanaan perjanjian, yang di dalamnya menyebutkan bahwa : "Pihak terhadap siapa perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih apakah ia, jika hal itu masih dapat dilakukan, akan memaksa pihak yang lain untuk memenuhi perjanjian, ataukah ia akan menuntut pembatalan perjanjian, disertai penggantian biaya kerugian dan bunga".

Masalah kerugian dan ganti rugi merupakan salah satu bagian terpenting dalam hukum kontrak, terutama terhadap kontrak komersial, sebab apapun pengaturan hukum kontrak, muaranya jelas agar kontrak tersebut tidak diabaikan sesuai dengan prinsip "*my word is my bond*", bahwa manusia itu yang dipegang adalah perkataannya. Oleh karena itu, ketika PT. Mikasa Pama Internasional melanggar kontrak yang telah dibuatnya, maka konsekuensi atas pelanggaran tersebut haruslah dibuat seadil-adilnya, sehingga Pemerintah Provinsi Jawa Barat tidak dirugikan. Berdasarkan hal tersebut pengaturan tentang kerugian dan ganti rugi menjadi sasaran utama dalam suatu kontrak. Jika merujuk Kitab Undang-undang Hukum Perdata, ketentuan tentang ganti rugi diatur dari Pasal 1243 sampai dengan Pasal 1252. Dari pasal-pasal tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa yang dimaksud dengan ganti rugi adalah sanksi yang dapat dibebankan kreditur kepada debitur yang tidak memenuhi prestasi dalam suatu perikatan untuk memberikan penggantian biaya, rugi, dan bunga.

Kembali kepada penerapan asas keseimbangan perjanjian, pembuat undang-undang memberikan kedudukan keseimbangan tersebut bukan hanya pada pihak kreditur, tetapi juga menempatkan kedudukan keseimbangan tersebut

kepada pihak debitur, karena tidak setiap kerugian yang diderita kreditur harus diganti oleh debitur, tetapi Undang-undang menentukan bahwa debitur hanya wajib membayar ganti rugi atas kerugian yang memenuhi dua syarat, yaitu :

1. Kerugian yang dapat diduga atau sepatutnya diduga pada waktu perikatan dibuat; dan
2. Kerugian yang merupakan akibat langsung dan serta merta daripada ingkar janji.[319]

Selain itu, penempatan kedudukan keseimbangan kepada pihak debitur tersebut dapat pula dianalisis dari ketentuan Pasal 1244, Pasal 1245 KUH Perdata, sebagai ketentuan yang mengesampingkan berlakunya ketentuan Pasal 1239, yang intinya menjelaskan bahwa debitur tidak dapat dihukum untuk membayar ganti kerugian, berupa biaya, rugi, dan bunga, apabila tidak dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan suatu hal yang tidak terduga atau yang lazim disebut *overmacht,* serta tidak ada itikad buruk pada pihaknya".

Walaupun undang-undang tidak memberikan rumusan pengertian *force majeure* atau *overmacht*, tetapi apabila penulis mencoba menganalisis makna yang terkandung dalam Pasal 1244, dan Pasal 1245 KUH Perdata, bahkan Pasal 1444 KUH Perdata, maka dapat disimpulkan bahwa *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.

Berkaitan dengan tidak dilaksanakannya pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan perhotelan beserta fasilitas pendukungnya dalam jangka waktu 2 (dua) tahun terhitung sejak diterbitkannya Surat Izin Mendirikan Bangunan (IMB) dari Kotamadya Daerah Tingkat II Bandung tersebut, PT. Mikasa Pama Internasional mengajukan alasan *force majeure* atau *overmacht* sebagai suatu keadaan yang menghalangi Pihak PT. Mikasa Pama Internasional untuk melaksanakan prestasinya pada Pemerintah Provinsi Jawa

[319] R. Setiawan, *Op.Cit*., hlm. 24.

Barat. Dengan diajukannya keadaan *overmacht,* berlandaskan pada asas keseimbangan perjanjian yang diletakkan oleh Undang-undang kepada kedua belah pihak tersebut, maka setelah mendapatkan persetujuan dari DPRD Provinsi Jawa Barat tanggal 13 Mei 1996 dengan Keputusan No. 119/Kep.07/DPRD/1996, dan mendapatkan pengesahan dari Menteri Dalam Negeri tanggal 13 Mei 1997 No. 641.32.319, pada tanggal 25 Mei 1998, atas kesepakatan para pihak dibuat addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998, yang memiliki kekuatan yang sama dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian induknya yaitu Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/ PT.MPI/09/96 tertanggal 19 September 1996.

Salah satu isi Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/ 05/1998, di antaranya adalah memasukkan klausul *force majeure* dalam Pasal 7 ayat (3) dan Pasal 8 ayat (1). Adapun isi Pasal 7 ayat (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/ 05/1998, berbunyi sebagai berikut :

> "Apabila terjadi keadaan *force majeure* seperti peristiwa huru hara, bencana alam, devaluasi, krisis moneter, kebijaksanaan pemerintah dan hal-hal lain yang tidak dapat dihindari serta berakibat terjadi kenaikan biaya pembangunan dan ketidaklayakan proyek, maka perencanaan, disain, dan jadwal pelaksanaan pembangunan dapat ditinjau kembali atas kesepakatan Pihak Kesatu dan Pihak Kedua".

Kemudian Pasal 8 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT. MPI/05/1998, berbunyi sebagai berikut :

> "Jangka waktu pelaksanaan dan penyelesaian pembangunan beserta fasilitasnya oleh Pihak Kesatu dan Pihak Kedua, ditetapkan 4 (empat) tahun, terhitung sejak diterbitkannya Surat Izin Mendirikan Bangunan (IMB) oleh Pemerintah Kotamadya Daerah Tingkat II Bandung".

Merujuk pada kedua pasal di atas, yaitu Pasal 7 ayat (3) dan Pasal 8 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998, akibat adanya suatu keadaan *force majeure*/*overmacht,* PT. Mikasa Pama Internasional diberikan kesempatan kembali untuk melaksanakan pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukungnya, sampai dengan tahun 2000. Namun demikian, sampai dengan tahun 2000, kembali PT. Mikasa Pama Internasional tidak dapat melaksanakan perjanjian pembangunan

gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukung gedung tersebut sesuai dengan Addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998. Alasan tidak dilaksanakannya perjanjian tersebut, menurut PT. Mikasa Pama Internasional sebagai akibat adanya krisis ekonomi yang berkepanjangan. Oleh karena itu, pada tanggal 26 Juni 2001, PT. Mikasa Pama Internasional telah mengundurkan diri, yang ditindaklanjuti dengan Kesepakatan Bersama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional tentang Pengakhiran Kerjasama Pengembangan dan Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, No. 593/67/Huk/2001 – 062/PT.MPI/II/2001 tertanggal 20 Nopember 2001, yang di dalamnya hanya berisi 3 ayat, yaitu sebagai berikut :

> "(1) Pihak Kesatu dan Pihak Kedua, sepakat untuk mengakhiri Perjanjian Kerjasama Pengembangan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung sebagaimana dimaksud dalam Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96 tertanggal 19 September 1996 jo Addendum No. 539/23/Huk – 015/PT.MPI/05/98 tertanggal 25 Mei 1998;
>
> (2) Dengan diakhirinya Perjanjian Kerjasama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Kesepakatan Bersama ini, maka Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96 tertanggal 19 September 1996 jo Addendum No. 539/23/Huk – 015/PT.MPI/05/98 tertanggal 25 Mei 1998, dicabut dan dinyatakan tidak berlaku;
>
> (3) Dengan pengunduran diri dari Pihak Kedua dan diakhiri perjanjian kerjasama sebagaimana dimaksud Pasal 1 dan Pasal 2 Kesepakatan Bersama ini, maka biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh Pihak Kedua akan diperhitungkan pada saat pembangunan dilanjutkan oleh Pihak Kesatu, yang besarannya disepakati bersama antara Pihak Kesatu dan Pihak Kedua".

Berdasarkan uraian di atas, jika penulis menganalisis isi Addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998, tertanggal 25 Mei 1998 serta Kesepakatan Bersama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional tentang Pengakhiran Kerjasama Pengembangan

dan Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, No. 593/67/Huk/2001 – 062/PT.MPI/II/2001 tertanggal 20 Nopember 2001, maka analisisnya adalah sebagai berikut :

1. Dengan tidak dilaksanakannya kembali pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukung gedung tersebut oleh PT. Mikasa Pama Internasional sebagaimana diatur dalam Pasal 8 Addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998, jika merujuk pada bentuk-bentuk wanprestasi yang dikemukakan oleh Mariam Darus Badrulzaman, maka PT. Mikasa Pama Internasional telah melakukan wanprestasi bukan lagi dalam bentuk terlambat memenuhi prestasi, tetapi sudah dalam bentuk "Tidak memenuhi prestasi sama sekali", karena Pemerintah Provinsi Jawa Barat sama sekali sudah tidak dapat mengharapkan pemenuhan prestasi dari PT. Mikasa Pama Internasional.

2. Akibat wanprestasi PT. Mikasa Pama Internasional, pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat tidak perlu memberikan kembali Penetapan Lalai atau *"in gebrekke stelling"*, sebagaimana diatur dalam Pasal 1238 KUH Perdata. Hal ini disebabkan karena alasan-alasan sebagai berikut : (a) PT. Mikasa Pama Internasional sama sekali tidak melaksanakan pemenuhan prestasi; dan (b) PT. Mikasa Pama Internasional secara tegas memberitahukan pada Pemerintah Provinsi Jawa Barat tidak dapat memenuhi pelaksanaan prestasinya.

3. Berbeda dengan akibat tidak dilaksanakannya Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional sebagaimana diatur dalam Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tertanggal 19 September 1996, dimana tidak dilaksanakannya pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukung gedung tersebut disebabkan karena

adanya krisis moneter sebagai suatu keadaan *overmacht.* Namun demikian, kelalaian PT. Mikasa Pama Internasional dalam melaksanakan kembali pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukung gedung, sebagaimana diatur dalam Addendum Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998 tertanggal 25 Mei 1998, tidak dapat dikategorikan sebagai keadaan *overmacht.* Adapun alasan penulis tidak dapat dimasukkan ke dalam keadaan *overmacht,* karena dengan ditandatanganinya Addendum Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998 tertanggal 25 Mei 1998, sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (1), PT. Mikasa Pama Internasional sudah memberikan kesanggupan untuk bertanggung jawab atas pelaksanaan perjanjian tersebut dan sudah memperhitungkan risikonya dengan baik, sehingga kurang tepat untuk kemudian menempatkan keadaan krisis ekonomi ini sebagai keadaan *overmacht* yang membebaskan PT. Mikasa Pama Internasional untuk bertanggung jawab atas kelalaiannya, sehingga ketentuan Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata yang mengatur *overmacht,* tidak dapat mengesampingkan ketentuan Pasal 1239 KUH Perdata.

4. Untuk mewujudkan asas keseimbangan perjanjian, maka atas kelalaian PT. Mikasa Pama Internasional, Pemerintah Provinsi Jawa Barat dapat melakukan upaya hukum sesuai dengan ketentuan Pasal 1239 dan Pasal 1267 KUH Perdata, yaitu : (1) Meminta pelaksanaan prestasi; (2) Meminta pelaksanaan prestasi dengan ganti rugi; (3) Meminta ganti rugi saja; (4) Melakukan pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik; dan (5) Meminta pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik disertai dengan ganti rugi. Oleh karena pelaksanaan Pasal 1267 KUH Perdata itu tidak dapat dilakukan secara kumulatif, maka dari beberapa upaya hukum di atas, Pemerintah Provinsi Jawa Barat tidak perlu melakukan upaya hukum pertama yaitu meminta pelaksanaan prestasi, karena setelah diberikan perpanjangan jangka waktu pelaksanaan perjanjian dari 2 tahun menjadi 4

tahun sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (1) Addendum Perjanjian Kerjasama No. 593/23/Huk– 015/PT.MPI/05/1998 tertanggal 25 Mei 1998, PT. Mikasa Pama Internasional tetap tidak dapat menyelesaikan pelaksanaan pembangunan gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan fasilitas pendukung gedung tersebut.

Menurut kajian penulis, upaya hukum yang lebih tepat dilakukan Pemerintah Provinsi Jawa Barat akibat kelalaian PT. Mikasa Pama Internasional adalah meminta pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik disertai dengan ganti rugi. Perlu dipahami bahwa, yang dimaksud pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik di sini bukanlah pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik karena tidak dipenuhinya salah satu syarat atau pun dua syarat pertama dari syarat sahnya perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, tetapi yang dimaksud pemutusan pembatalan perjanjian di sini adalah sanksi yang diberikan Undang-undang kepada debitur yang tidak melaksanakan perjanjiannya, karena dalam perjanjian timbal balik, hak dan kewajiban di satu pihak selalu berhadapan dengan hak dan kewajiban di pihak lain, yang dikenal dalam Hukum Romawi, sebagai suatu asas yang menyatakan bahwa apabila salah satu pihak dalam perjanjian timbal balik tidak memenuhi kewajibannya, maka pihak lain pun tidak perlu memenuhi kewajibannya.

Di dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, pemutusan pembatalan perjanjian diatur dalam Pasal 1266 Buku III KUH Perdata tentang Perikatan *(van verbintenissen*), tentang Perikatan Bersyarat, yang bunyi selengkapnya adalah sebagai berikut :

”(1) Syarat batal dianggap selalu dicantumkan dalam perjanjian-perjanjian yang bertimbal balik, manakala salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya;

(2) Dalam hal demikian perjanjian tidak batal demi hukum, tetapi pembatalan harus dimintakan kepada hakim;

(3) Permintaan itu harus dilakukan, meskipun syarat batal mengenai tidak dipenuhinya kewajiban dinyatakan di dalam perjanjian;

(4) Jika syarat batal tidak dinyatakan dalam perjanjian, hakim adalah leluasa untuk menurut keadaan, atas permintaan si tergugat, Memberikan suatu jangka waktu untuk masih juga memenuhi

kewajibannya, jangka waktu mana namun tidak boleh lebih dari satu bulan".[320]

Merujuk pada ketentuan Pasal 1266 KUH Perdata tersebut, maka meskipun dalam perjanjian yang bersifat timbal balik itu dikenal "syarat batal", tetapi sesuai dengan Pasal 1266 ayat (2) KUH Perdata di atas, kelalaian tersebut tidak secara otomatis membatalkan perjanjian, pembatalan perjanjian baru dapat dilakukan apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut : (1) Perjanjian tersebut merupakan perjanjian timbal balik; (2) Adanya kelalaian atau wanprestasi; dan (3) Adanya putusan hakim.

Namun demikian, meskipun untuk melakukan pembatalan perjanjian tersebut harus ada putusan hakim, tetapi karena ketentuan Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen*) ini bersifat mengatur/pelengkap artinya ketentuan dalam Buku III KUH Perdata itu dapat dikesampingkan atau disimpangi oleh para pihak dan para pihak dapat membuat aturannya sendiri selain yang telah ditetapkan dalam Undang-undang, maka atas dasar kesepakatan para pihak ketentuan Pasal 1266 KUH Perdata yang menetapkan pemutusan pembatalan perjanjian ini harus dengan putusan hakim dapat dikesampingkan, dan para pihak dapat mengatur penyelesaian perjanjian tersebut atas dasar kesepakatannya.

5. Dengan adanya Kesepakatan Bersama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional tentang Pengakhiran Kerjasama Pengembangan Dan Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung No. 593/56/Huk/2001-062/PT.MPI.11/01 tertanggal 20 Nopember 2001, menurut pendapat penulis merupakan salah satu bentuk penyimpangan ketentuan Pasal 1266 ayat (2) KUH Perdata. Hal ini disebabkan karena pengakhiran perjanjian akibat wanprestasi PT. Mikasa

[320] *Ibid*., hlm. 65.

Pama Internasional sebagai debitur tidak dilakukan di depan hakim, tetapi didasarkan atas kesepakatan para pihak sebagaimana tertuang dalam Kesepakatan Bersama No. 593/56/Huk/2001-062/PT.MPI.11/01. Jika hasil kesepakatan para pihak tersebut, dirujuk pada salah satu asas perjanjian yaitu asas konsensual sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata dan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, maka hasil kesepakatan yang tertuang dalam Kesepakatan Bersama No. 593/56/Huk/2001-062/PT.MPI.11/01 menjadi undang-undang bagi yang membuatnya.

6. Namun demikian, jika mendalami 3 (tiga) isi kesepakatan bersama No. 593/56/Huk/2001-062/PT.MPI.11/01, khususnya ketentuan Pasal 3 yang menyebutkan bahwa dengan pengunduran diri dari PT. Mikasa Pama Internasional sebagai pihak kedua, maka biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh Pihak Kedua akan diperhitungkan pada saat pembangunan dilanjutkan oleh Pihak Kesatu, yang besarannya disepakati bersama antara Pihak Kesatu dan Pihak Kedua. Sehubungan dengan hal tersebut, sebenarnya Pemerintah Provinsi Jawa Barat "kurang cermat" dalam menyepakati isi ketentuan Pasal 3 tersebut, karena sebagai pihak yang dirugikan Pemerintah Provinsi Jawa Barat harus mengkompensasikan biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh PT. Mikasa Pama Internasional ketika pelaksanaan pembangunan gedung dilanjutkan oleh Pemerintah Provinsi Jawa Barat atau pun pihak ketiga, sehingga terlihat adanya ketidakseimbangan kedudukan dalam penyelesaian kelalaian PT. Mikasa Pama Internasional sebagai pihak investor.

7. Sebagai pihak yang dirugikan akibat tidak dilaksanakannya Perjanjian Kerjasama No. 536/27/Huk/96 – 012/PT.MPI/09/96, tertanggal 19 September 1996 jo. khususnya Addendum Kerjasama No. 593/23/Huk – 015/PT.MPI/05/1998 tertanggal 25 Mei 1998, menurut pendapat penulis seharusnya Pemerintah Provinsi Jawa Barat memberikan kesepakatan untuk mengakhiri perjanjian kerjasama tersebut sesuai dengan ketentuan

Pasal 1267 KUH Perdata tentang pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik disertai dengan ganti rugi, sebagai pertanggungjawaban atas kelalaian PT. Mikasa Pama Internasional terhadap Pemerintah Provinsi Jawa Barat, sehingga tercermin adanya keseimbangan kedudukan dalam perjanjian.

Namun demikian, sesuai dengan ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, maka pengakhiran Kerjasama Pengembangan dan Pemanfaatan Lahan Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, sebagaimana tertuang dalam Perjanjian No. 593/67/Huk/2001 – 062/PT.MPI/II/2001 tertanggal 20 Nopember 2001, merugikan pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat, berdasarkan ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata tersebut, maka perjanjian itu mengikat kepada para pihak dan harus dilaksanakannya dengan itikad baik.

Oleh karena itu, ketika pada tanggal 2 Juli 2001 Pemerintah Provinsi Jawa Barat mendapatkan penawaran kerjasama dari PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk membangun gedung konvensi, perkantoran, pusat perdagangan, dan hotel berikut fasilitas pendukungnya, yang kemudian pada tanggal 26 Mei 2003 ditindaklanjuti dengan penandatanganan Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen tentang Pembangunan Pengelolaan dan Penyerahan *(Build Operate and Transfer/BOT)* Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, terdapat beberapa ketentuan yang ada dalam perjanjian sebelumnya antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional yang tetap harus mendapat perhatian bagi Pemerintah Provinsi Jawa Barat maupun PT. Tritunggal Lestari Makmur, khususnya sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3 Perjanjian Pengakhiran Kerjasama No. 593/67/Huk/2001 – 062/PT.MPI/II/2001 tertanggal 20 Nopember 2001.

Jika penulis analisis isi Perjanjian Kerjasama No. 539/59 Desen tentang Pembangunan Pengelolaan dan Penyerahan *(Build Operate and Transfer/BOT)* Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur, maka di dalamnya dapat dipilah-pilah menjadi 3 unsur perjanjian, yaitu unsur *essentialia*, unsur *naturalia,* dan unsur *aksedentalia*.[321] Merujuk pada pendapat Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, yang dimaksud unsur *essentialia*, yaitu unsur yang wajib ada dalam suatu perjanjian, tanpa keberadaan unsur tersebut, maka perjanjian yang dikehendaki oleh para pihak tidak akan terwujud. Unsur *essentialia* ini menjadi unsur yang memberikan karakteristik tersendiri yang membedakan antara perjanjian yang satu dengan perjanjian yang lain.[322] Jika unsur *essentialia* tersebut diimplementasikan dalam Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur, sebagaimana tersurat dalam Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, maka kharaktristik yang ada dalam perjanjian BOT, yaitu :

a. Pelaksanaan perjanjiannya terdiri dari 3 (tiga) tahapan, yaitu tahap pembangunan (*Build),* tahap pengoperasian *(Operate),* dan tahap penyerahan (*Transfer).*
b. Pihak yang terlibat dalam perjanjian BOT, yaitu pihak pemilik hak atas tanah, dan pihak investor sebagai pihak yang mendanai pembangunan objek BOT. Bahkan karena pelaksanaan perjanjian BOT tersebut terdiri dari 3 (tiga) tahapan, maka pihak-pihak yang terlibat dari perjanjian BOT itu melibatkan pula pihak pemborong atau kontraktor, pihak bank, pihak asuransi, dan pihak pengguna (*user).*

Kemudian yang dimaksud dengan unsur *naturalia*, adalah bagian yang oleh Undang-undang dikatakan sebagai bagian yang bersifat mengatur, dan yang termasuk ke dalam unsur *naturalia* dalam Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, yaitu : (1) Jaminan dari para pihak, baik mengenai tanah yang dijadikan objek perjanjian BOT, maupun pendanaan untuk membiayai pelaksanaan

---

321 Mariam Daris Badrulzaman, *Op.Cit*., hlm. 99.
322 Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 86

perjanjian BOT; (2) Pengaturan mengenai hak-hak dan kewajiban para pihak; (3) Masalah perpajakan; (4) Asuransi objek BOT; (5) Masalah wanprestasi; (6) Pertanggungjawaban akibat wanprestasi; (7) *force majeure;* (8) Pemutusan perjanjian; dan (9) Penyelesaian sengketa serta pilihan hukum.

Lebih lanjut, yang dimaksud unsur *aksedentalia*, yaitu bagian yang tidak diatur oleh undang-undang, tetapi "ditambahkan oleh para pihak dalam perjanjian". Menurut kajian penulis, salah satu contoh penerapan unsur *aksedentalia* dalam pemanfaatan tanah/aset milik Pemerintah Provinsi Jawa Barat melalui perjanjian BOT, yaitu adanya persetujuan dari PT. Tritunggal Lestari Makmur terhadap ketentuan Pasal 3 Kesepakatan Bersama No. 593/56/Huk/2001-062/PT.MPI.11/01, dengan cara mengkompensasikan biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh PT. Mikasa Pama Internasional melalui bentuk saham dengan komposisi saham 70% (tujuh puluh) persen para pemegang saham PT. Tritunggal Lestari Makmur, dan 30% (tiga puluh) persen saham PT. Mikasa Pama Internasional.

Adapun gambaran penerapan ketiga unsur perjanjian yang terdiri dari unsur *essentialia*, unsur *naturalia,* dan unsur *aksedentalia* di atas diterapkan dalam pelaksanan perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen tentang Pembangunan Pengelolaan dan Penyerahan *(Build Operate and Transfer/BOT)* Aset Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur, di dalamnya memuat hal-hal sebagai berikut :

1. Para pihak.

   Para pihak yang melaksanakan perjanjian BOT adalah :

   a. Pihak Pertama, yaitu Pemerintah sebagai pemilik lahan strategis, yang diwakili oleh R. Nuriana sebagai Gubernur Jawa Barat, yang bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Provinsi Jawa Barat, yang berkedudukan di Jalan Diponegoro No. 22 Bandung.
   b. Pihak Kedua, yaitu Pihak Investor, yang diwakili oleh Ir. Kusnadi Surya Chandra sebagai Direktur Utama, yang bertindak untuk dan

atas nama PT. Tritunggal Lestari Makmur, berkedudukan di Bandung.

Berkaitan dengan para pihak ini, dalam hukum perdata disebut sebagai subjek perjanjian, dimana pihak yang berhak disebut pihak kreditur sedangkan pihak yang memiliki kewajiban disebut sebagai pihak debitur. Apabila subjek perikatan di atas, diterapkan dalam pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), maka lazimnya Pemerintah Provinsi Jawa Barat disebut sebagai pihak kreditur, sedangkan PT. Tritunggal Lestari Makmur disebut sebagai pihak debitur, meskipun dari sisi Pemerintah Provinsi Jawa Barat ada juga kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan terhadap Pihak PT. Tritunggal Lestari Makmur, demikian juga ada hak-hak pada sisi PT. Tritunggal Lestari Makmur. Hal ini disebabkan karena perjanjian BOT merupakan perjanjian timbal balik atau perjanjian atas beban yaitu perjanjian yang meletakkan hak-hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak secara timbal balik, dimana terhadap prestasi pihak yang satu terdapat prestasi pihak lainnya.

2 Ruang Lingkup Perjanjian.

Menurut Pasal 2 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, menyebutkan bahwa : "Kerjasama ini meliputi transaksi pembangunan, pengelolaan, dan penyerahan gedung komersial di atas tanah oleh dan sepenuhnya atas biaya Pihak Kedua sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam perjanjian ini dan Pihak Kedua memiliki hak terhadap gedung komersial termasuk untuk mengoperasikan dan mengelola gedung komersial dan menarik hasil sepenuhnya dari pengoperasian dan mengelola gedung komersial tersebut selama jangka waktu pengelolaan serta menyerahkan kembali gedung komersial serta hak terhadap gedung komersial termasuk pengoperasian serta pengelolaannya kepada Pihak kesatu setelah jangka waktu pengelolaan berakhir". Berkaitan dengan ruang lingkup perjanjian yang telah disepakati antara Pemerintah Provinsi

Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur, lingkup pekerjaan yang sudah disepakati para pihak tersebut, termasuk pada objek perjanjian/prestasi atau isi perjanjian, yaitu hak-hak dan kewajiban yang telah disepakati para pihak.

Secara umum, menurut Pasal 1234 KUH Perdata, objek perjanjian terdiri dari 3 (tiga), yaitu : (1) Memberikan sesuatu; (2) Berbuat sesuatu; dan (3) Tidak melakukan sesuatu perbuatan tertentu. Jika seluruh isi perjanjian yang telah disepakati para pihak di atas, dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1234 KUH Perdata, penulis berpendapat pada dasarnya memenuhi ketiga objek perjanjian di atas, baik prestasi memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, maupun prestasi untuk tidak melakukan sesuatu perbuatan tertentu.

3. Penunjukan**.**

Menurut Pasal 3 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, menyebutkan bahwa :

"(1) Pihak Kesatu dengan ini menunjuk Pihak kedua untuk melakukan atau menyuruh melakukan pembangunan gedung dan membiayai pembangunan tersebut serta menanggung semua dari setiap biaya, ongkos, pengeluaran, dan kewajiban membayar didalam merancang, melaksanakan dan menyelesaikan pembangunan tersebut. Pihak Kesatu dengan ini juga menunjuk Pihak kedua untuk mengoperasikan dan mengelola gedung komersial sesuai dengan ketentuan-ketentuan dan syarat-syarat yang tercantum dalam perjanjian ini, dan Pihak Kedua dengan ini menerima penunjukan-penunjukan tersebut;

(2) Pihak Kesatu dan Pihak Kedua setuju dan sepakat bahwa Pihak Kedua dalam melaksanakan segala perbuatan dan tindakan berdasarkan syarat-syarat dan ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam perjanjian ini, dan perjanjian-perjanjian lain yang timbul atau wajib dibuat dari dan menurut perjanjian ini, tidak akan

bertindak untuk dan atas nama atau sebagai kuasa dari Pihak Kesatu kecuali pengurusan perolehan perizinan untuk pembangunan dan pengoperasian gedung dan tidak satupun ketentuan atau syarat dalam perjanjian ini yang boleh diartikan dan ditafsirkan sebagai menciptakan hubungan antara pemberi kuasa dan penerima kuasa, atau antara mitra, atau suatu usaha patungan, atau hubungan kerja dan hubungan hukum lain antara Pihak Kesatu dan Pihak Kedua selain dari pada hubungan sebagai pihak-pihak yang mengikatkan diri secara bebas dan independen;

(3) Pihak kesatu dan Pihak Kedua setuju dan sepakat bahwa sebagai akibat dari ketentuan ayat (2) pasal ini, tanggung jawab terhadap setiap Pihak Ketiga sepenuhnya merupakan tanggung jawab Pihak Kedua sendiri, kecuali hal-hal yang diatur dalam Pasal 4 ayat (2), Pihak Kesatu secara hukum dan dalam keadaan apapun tidak bertanggung jawab atau turut bertanggung jawab atau tidak harus memberikan ganti rugi kepada atau dari segala tuntutan, biaya, dan pengeluaran yang timbul berkenaan dengan keterlibatan atau timbulnya gugatan atau tuntutan terhadap Pihak Kedua. Dengan ini Pihak Kedua membebaskan Pihak Kesatu, dan Pihak Kesatu dengan ini tidak mengambil alih setiap dan semua tanggung jawab yang dituntut oleh Pihak Ketiga manapun sebagai akibat pelaksanaan perjanjian ini;

(4) Pihak Kedua bertanggung jawab penuh terhadap setiap Pihak Ketiga yang tanpa persetujuan Pihak Kesatu, menggantikan hak dan kewajibannya yang timbul berdasarkan perjanjian ini. Setiap klaim atau tuntutan dari Pihak Kedua yang berdasarkan pernyataan kesalahan yang ada pada Pihak Ketiga yang menggantikan hak dan kewajibannya yang timbul dari perjanjian ini adalah batal demi hukum. Ketentuan ini tidak membatasi atau mengurangi hak Pihak Kedua untuk menuntut Pihak Ketiga yang menggantikan hak dan kewajiban tadi;

(5) Keuntungan dan kerugian yang dinikmati atau diderita oleh Pihak Kedua dalam pembangunan, pengoperasian, dan pengelolaan gedung komersial sepenuhnya merupakan keuntungan atau kerugian Pihak Kedua".

Menurut kajian penulis, ketentuan Pasal 3 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, memiliki keterkaitan dengan salah satu asas dalam perjanjian nasional yaitu asas kepribadian perjanjian sebagaimana disimpulkan dalam Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUH Perdata. Asas kepribadian perjanjian adalah suatu asas yang menyatakan bahwa perjanjian hanya mengikat kepada para pihak yang membuat perjanjian saja, yaitu pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur. Oleh karena itu, ketika Pihak Kedua melakukan pelaksanaan perjanjian objek BOT kemudian melibatkan Pihak Ketiga seperti Pihak Pemborong atau Kontraktor untuk merealisasikan pembangunan objek BOT tersebut misalnya, maka sesuai Pasal 3 ayat (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen bahwa tanggung jawab terhadap setiap Pihak Ketiga sepenuhnya merupakan tanggung jawab Pihak Kedua sendiri. Pihak Kesatu secara hukum dan dalam keadaan apapun tidak bertanggung jawab atau turut bertanggung jawab atau tidak harus memberikan ganti rugi kepada Pihak Ketiga atas segala tuntutan, biaya, dan pengeluaran yang timbul berkenaan dengan keterlibatan atau timbulnya gugatan atau tuntutan terhadap Pihak Kedua.

4. Hak dan Kewajiban Pihak Pertama dan Pihak Kedua.

a. Tahap Persiapan Pembangunan.

1) Kewajiban Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat).

a) Menyerahkan pemanfaatan tanah dalam keadaan kosong yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung seluas 25.421 m2

(dua puluh lima ribu empat ratus dua puluh satu) meter persegi kepada pihak kedua selama berlangsungnya perjanjian. (Pasal 4 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

b) Memberikan jaminan bahwa pihak kesatu adalah satu-satunya pihak yang berhak atas tanah/lahan sehingga pihak kedua dapat menjalankan dan menikmati hak-hak tersebut secara leluasa selama masa perjanjian berlangsung. Pihak pertama menjamin tidak akan terjadi gangguan dan tuntutan dari pihak manapun yang akan mengganggu dan mengakibatkan terhentinya pekerjaan, tetapi jika hal tersebut terjadi maka pihak kesatu akan mengatasi gangguan dan hambatan tersebut dalam waktu paling lambat 6 (enam) bulan. (Pasal 4 ayat (2) dan (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

c) Memberikan rekomendasi yang diperlukan pihak kedua dalam rangka memperoleh izin pengadaan dan pembangunan sarana proyek bersangkutan;

d) Menyediakan fasilitas yang menjadi tanggung jawabnya tepat pada waktunya.

2) Hak Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat).

a) Mendapatkan informasi tertulis dari Pihak Pertama mengenai sumber pembiayaan untuk pembangunan proyek, dan mendapatkan jaminan bahwa segala pembiayaan yang dibutuhkan untuk pelaksanaan serta penyelesaian transaksi pembangunan, pengelolaan, penyerahan kembali BOT, baik secara langsung maupun tidak langsung, bukan berasal dari sumber-sumber keuangan yang akan merugikan

kepentingan Negara Republik Indonesia. (Pasal 17 ayat (1) c Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

b) Mendapatkan bantuan uang sebesar Rp. 5.200.000.000,- (lima milyar dua ratus juta rupiah) dalam rangka menunjang pembiayaan penyelenggaraan pemerintah sebagai kompensasi atas perjanjian *BOT* yang pembayarannya diatur sebagai berikut : (Pasal 6 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

(1) Termin I dibayar pada tanggal 5 Juni 2003 sebesar Rp. 1.800.000.000,- (satu milyar delapan ratus juta rupiah);

(2) Termin II dibayar pada tanggal 5 Agustus 2003 sebesar Rp. 1.700.000.000,- (satu milyar tujuh ratus juta rupiah);

(3) Termin III dibayar pada tanggal 6 Oktober 2003 sebesar Rp. 1.700.000.000,- (satu milyar tujuh ratus juta rupiah).

3) Kewajiban Pihak Kedua (PT. Tritunggal Lestari Makmur).

a) Menyampaikan informasi tertulis kepada Pihak Pertama mengenai sumber pembiayaan untuk pembangunan proyek, dan memberikan jaminan bahwa segala pembiayaan yang dibutuhkan untuk pelaksanaan serta penyelesaian transaksi pembangunan, pengelolaan, penyerahan kembali BOT, baik secara langsung maupun tidak langsung, bukan berasal dari sumber-sumber keuangan yang akan merugikan kepentingan Negara Republik Indonesia. (Pasal 17 ayat (1) c Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

b) Menyediakan biaya pembangunan beserta sarana dan prasarananya sebesar Rp. 350.000.000.000,- (Tiga ratus lima puluh milyar rupiah). (Pasal 1 ayat (4) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

c) Membayar uang kompensasi atas perjanjian BOT sebesar Rp. 5.200.000.000,- (Lima milyar dua ratus juta rupiah) yang pembayarannya dibagi kedalam tiga termin seperti yang telah diuraikan pada bagian atas. (Pasal 6 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

4) Hak Pihak Kedua (PT. Tritunggal Lestari Makmur).

a) Mendapatkan penyerahan pemanfaatan tanah dalam keadaan kosong yang terletak di Jalan Diponegoro dan Jalan Surapati No. 6 Bandung seluas 25.421 m2 (dua puluh lima ribu empat ratus dua puluh satu) meter persegi selama berlangsungnya pelaksanaan perjanjian pada tahap persiapan pembangunan ini. (Pasal 4 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

b) Mendapatkan jaminan dari pihak kesatu, bahwa pihak kesatu adalah satu-satunya pihak yang berhak atas tanah/lahan sehingga pihak kedua dapat menjalankan dan menikmati hak-hak tersebut secara leluasa selama masa perjanjian berlangsung, dan pihak kedua mendapatkan jaminan tidak akan mendapat gangguan dan tuntutan dari pihak manapun yang akan mengganggu dan mengakibatkan terhentinya pekerjaan, tetapi jika hal itu terjadi, maka pihak kesatu memberikan jaminan kepada pihak kedua, bahwa pihak kesatu

akan mengatasi gangguan dan hambatan tersebut dalam waktu paling lambat 6 (enam) bulan. (Pasal 4 ayat (2) dan (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

c) Mendapatkan jaminan untuk mendapatkan rekomendasi dari pihak pertama dalam rangka memperoleh izin pengadaan dan pembangunan sarana proyek bersangkutan;

d) Mendapatkan jaminan untuk mendapatkan fasilitas-fasilitas yang menjadi kewajiban pihak kesatu tepat pada waktunya.

b. Tahap Pelaksanaan Pembangunan.

1) Kewajiban Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat).

a) Memberitahukan secara tertulis kepada pihak kedua penunjukkan konsultan pengawas, yang akan mengawasi pelaksanaan pembangunan gedung (Pasal 10 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

b) Dalam melakukan pengawasannya harus dilakukan sedemikian rupa, sehingga tidak mengganggu kelancaran pembangunan gedung (Pasal 10 ayat (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

2) Hak Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat).

a) Melakukan pengawasan seperti meninjau, memberikan teguran-teguran, menyampaikan permintaan koreksi dan penyesuaian pembangunan gedung tersebut sesuai dengan ketentuan-ketentuan

yang telah ditetapkan dalam perjanjian (Pasal 10 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

b) Mendapatkan laporan mengenai perkembangan dan kemajuan fisik pekerjaan pembangunan gedung, dan berdasarkan laporan tersebut konsultan pengawas memiliki hak untuk memberikan pendapatnya atas perancangan tersebut, serta mengadakan penilaian (evaluasi) atas pekerjaan pihak kedua (Pasal 10 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

c) Memanggil dan meminta pihak kedua untuk melaksanakan hal-hal yang ditegurkan tersebut, apabila dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari setelah penyampaian teguran-teguran, pemberitahuan-pemberitahuan atau permintaan koreksi dan penyesuaian-penyesuaian tersebut, pihak kedua tidak mengambil langkah-langkah yang memuaskan pihak kesatu (Pasal 10 ayat (4) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

d) Pada masa pembangunan, pihak pertama berhak menerima imbalan tahunan/royalti dari pihak kedua, dengan ketentuan sebagai berikut : (Pasal 6 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

   (1) Pada masa persiapan yaitu tahun pertama, sebesar Rp. 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah);

   (2) Pada masa pembangunan, yaitu tahun kedua dan tahun ketiga, sebesar masing-masing Rp. 750.000.000,- (Tujuh ratus lima puluh juta rupiah);

(3) Pada masa pembangunan tahun keempat sebesar Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah).

3) Kewajiban Pihak Kedua (PT. Tritunggal Lestari Makmur).

a) Menyediakan dana sebesar Rp. 350.000.000.000,- (Tiga ratus lima puluh milyar rupiah) untuk melakukan pembangunan gedung konvensi, pusat perdagangan, hotel dan perparkiran sesuai struktur dan desain yang telah disepakati oleh kedua belah pihak (Pasal 1 ayat (4) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

b) Melakukan pembangunan gedung perparkiran setinggi 4 (empat) lantai di atas tanah seluas 5.421 m2 (lima ribu empat ratus dua puluh satu) meter persegi), dan di atas tanah seluas 20.000 m2 (Dua puluh ribu) meter persegi diwajibkan untuk melakukan pembangunan gedung komersial yang terdiri dari gedung konvensi (pertemuan) yang terdiri dari 1 (satu) lantai, gedung pusat perdagangan/promosi terdiri dari 4 (empat) lantai, dan gedung hotel yang berada di atas gedung konvensi/pertemuan yang terdiri atas 8 (delapan) lantai sesuai dengan syarat-syarat dan ketentuan-ketentuan mengenai waktu, mutu, perincian, spesifikasi, rancangan dan harga sebagaimana dimaksud dalam perjanjian (Pasal 5 ayat (2a, b, dan c) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

c) Membayar pajak bumi dan bangunan atas tanah dan pajak-pajak lainnya atas tanah dan bangunan selama berlangsungnya perjanjian itu terhitung sejak

penandatanganan perjanjian serta membayar pajak pertambahan nilai (PPN) atas imbalan tahunan/royalti yang wajib disetorkan oleh pihak kedua langsung ke kantor pajak (Pasal 8 ayat (2) dan (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

d) Membayar uang tahunan/royalti kepada pihak pertama, yang besarnya dan ketentuannya seperti yang telah diuraikan pada bagian atas (Pasal 6 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

4) Hak Pihak Kedua (PT. Tritunggal Lestari Makmur).

Membangun bangunan dengan biaya sebesar Rp. 350.000.000.000,- (Tiga ratus lima puluh milyar rupiah) berupa gedung konvensi, pusat perdagangan, hotel, dan tempat perparkiran atas biaya pihak kedua sendiri di atas lahan/aset milik pihak pertama yang terletak di Jalan Diponegoro No. 27 dan Jalan Surapati No. 6 Bandung, tanpa gangguan atau tuntutan dari pihak manapun yang dapat mengakibatkan terganggunya atau terhentinya pekerjaan (Pasal 5 ayat (2) jo Pasal 4 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

c. Tahap Pengelolaan Bangunan.

1) Kewajiban Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat).

Melakukan pengawasan dari setiap aspek pemeliharaan gedung di sepanjang jangka waktu pengelolaan baik terhadap pemeliharaan gedung maupun kenaikan operasional pada seluruh gedung yang harus dilaksanakan sedemikian rupa sehingga tidak mengganggu kelancaran pengelolaan operasional gedung (Pasal 5 ayat (6) huruf g

dan Pasal 10 ayat (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

2) Hak Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat).

(a) Menerima imbalan tahunan/royalti atas tanah dengan ketentuan sebagai berikut : (Pasal 6 ayat (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

(1) Pada lima tahun pertama, sebesar Rp. 5.000.000.000,- (Lima milyar rupiah);

(2) Pada lima tahun kedua, sebesar Rp. 5.750.000.000,- (Lima milyar tujuh ratus lima puluh juta rupiah);

(3) Pada lima tahun ketiga, sebesar Rp. 6.612.500.000,- (Enam milyar enam ratus dua belas juta lima ratus rupiah);

(4) Pada lima tahun keempat, sebesar Rp. 7.604.375.000,- (Tujuh milyar enam ratus empat juta tiga ratus tujuh puluh lima ribu rupiah);

(5) Pada lima tahun kelima, sebesar Rp. 8.745.031.250,- (Delapan milyar tujuh ratus empat puluh lima juta tiga puluh satu ribu dua ratus lima puluh rupiah);

(6) Pada lima tahun keenam, sebesar Rp. 10.056.785.937,50,- (Sepuluh milyar lima puluh enam juta tujuh ratus delapan puluh lima ribu sembilan ratus tiga puluh tujuh rupiah lima puluh sen).

b) Menerima uang hasil sewa, apabila jangka waktu penyewaan atau manfaat yang dinikmati oleh pihak kedua dari operasional dan pengelolaan gedung

komersial melewati saat berakhirnya jangka waktu pengelolaan (Pasal 13 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

3) Kewajiban Pihak Kedua (PT. Tritunggal Lestari Makmur).

a) Membuat dan menyerahkan suatu laporan pemeliharaan dan perawatan gedung komersial yang didalamnya harus memuat : (Pasal 5 ayat (6) huruf c Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

(1) Rincian keadaan fisik gedung komersial beserta peralatan operasional dan perlengkapan untuk tahun yang bersangkutan serta perkiraan keadaan hal-hal tersebut untuk tahun berikutnya;

(2) Kerusakan atau penyusutan yang terjadi atau diberlakukan pada gedung komersial serta peralatan operasional dan perlengkapan pada tahun yang bersangkutan;

(3) Tindakan dan langkah-langkah yang telah atau direncanakan akan diambil oleh pihak kedua untuk memperbaiki dan mencadangkan dana bagi kerusakan dan penyusutan.

(4) Mengasuransikan bangunan melalui perusahaan asuransi yang bereputasi baik dengan jumlah pertanggungan senilai bangunan dan telah disepakati oleh kedua belah pihak (Pasal 5 ayat (6) huruf d jo. Pasal 18 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

4). Hak Pihak Kedua (PT. Tritunggal Lestari Makmur).

a) Mengoperasikan, mengelola, dan menyewakan gedung komersial baik sebagian maupun seluruhnya sesuai dengan peruntukannya sebagai hotel, usaha konvensi/gedung pertemuan, pusat perdagangan/ promosi kepada pihak kedua sesuai jangka waktu perjanjian. (Pasal 14 huruf a Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

b) Menentukan tingkat dan memungut uang sewa atau pungutan lainnya yang wajar dari suatu penyewaan gedung komersial dari penyewa atau pengunjung (Pasal 14 huruf b Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

c) Melakukan perubahan pemanfaatan struktural atau perubahan besar pada gedung setelah mendapat izin tertulis dari pihak pertama (Pasal 14 huruf g Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

d) Mengalihkan pemanfaatan gedung kepada pihak lain dengan persetujuan tertulis pihak pertama dan jangka waktunya tidak melebihi jangka waktu perjanjian yang telah disepakati para pihak (Pasal 14 huruf h Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

e) Menjaminkan gedung komersial tidak termasuk tanah kepada pihak kedua dengan ketentuan masa penjaminan maksimal sampai dengan tahun ke-25 (dua puluh lima) dalam jangka waktu pengelolaan (Pasal 14 huruf i Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

d. Tahap Penyerahan Bangunan.

1). Hak Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat).

Menerima bangunan-bangunan dan bagian-bagiannya serta turutan dan perlengkapannya termasuk segala perubahan dan tambahan pada bangunan dalam keadaan baik, berfungsi secara baik dan laik pakai (Pasal 5 ayat (6) huruf h Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

2) Kewajiban Pihak Kedua (PT. Tritunggal Lestari Makmur).

Menyerahkan bangunan-bangunan dan bagian-bagiannya serta turutan dan perlengkapannya termasuk segala perubahan dan tambahan pada bangunan dalam keadaan baik, berfungsi secara baik dan laik pakai .

Apabila perjanjian ini putus karena persetujuan tertulis oleh Pihak Kesatu dan Pihak Kedua, maka masing-masing pihak wajib melaksanakan hak dan kewajibannya sesuai dengan akibat putusnya perjanjian ini, salah satunya Pihak Kedua wajib menyerahkan fisik bangunan dalam keadaan apa adanya. (Pasal 5 ayat (6) huruf h jo Pasal 16 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

Berkaitan dengan hak-hak serta kewajiban-kewajiban Pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur baik pada tahap pembangunan, tahap pengoperasian, maupun pada tahap penyerahan, sebagaimana diatur dalam Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, maka dapat ambil suatu kesimpulan bahwa :

a. Jika dilihat dari salah satu asas perjanjian nasional, yaitu asas keseimbangan perjanjian, hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang telah ditetapkan para pihak dalam perjanjian BOT tersebut, telah memenuhi asas keseimbangan perjanjian yang dalam bahasa sehari-hari disebutkan dengan kata “seimbang” (*evenwicht*), karena

dalam Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, ada pembagian beban di kedua pihak berada dalam keadaan seimbang, tidak satupun pihak mendominasi atau menguasai pihak yang lainnya.[323] Hal ini dapat dilihat dari tahapan-tahapan sebagai berikut yaitu :

1. Pada tahap persiapan pembangunan, baik Pemerintah Provinsi Jawa Barat maupun PT. Tritunggal Lestari Makmur, selain dibebani kewajiban-kewajiban, tetapi juga memiliki hak-hak antara satu dengan yang lainnya, di antaranya sebagai berikut :
    a) Pihak Pertama (Pemerintah Provinsi Jawa Barat), dibebani kewajiban untuk menyerahkan pemanfaatan tanah yang menjadi objek BOT. Selain itu Pemerintah Provinsi Jawa Barat menjamin bahwa pihaknya benar-benar sebagai pemilik hak atas tanah tersebut, serta menjamin bahwa tidak ada gangguan-gangguan dari Pihak Ketiga, dan jika ada gangguan-gangguan yang datang dari Pihak Ketiga yang menghambat pelaksanaan pembangunan, Pihak Kesatu akan mengatasi gangguan dan hambatan tersebut dalam waktu paling lambat 6 (enam) bulan. Bahkan Pihak Pertama pun, membantu memberikan rekomendasi yang diperlukan pihak kedua dalam rangka memperoleh izin pengadaan dan pembangunan sarana proyek bersangkutan, serta menyediakan fasilitas-fasilitas yang menjadi tanggung jawabnnya.
    b) Pihak Kedua dalam hal ini PT. Tritunggal Lestari Makmur, pun dibebani kewajiban untuk membiayai pembangunan beserta sarana dan prasarananya sebesar Rp. 350.000.000.000,- (Tiga ratus lima

[323] *Ibid.*, hlm. 304.

puluh milyar rupiah), dan menyampaikan informasi tertulis kepada Pemerintah Provinsi Jawa Barat bahwa dana untuk melakukan pembangunan objek BOT tersebut bersumber dari pendanaan Pihak Kedua sendiri.

(Apa yang menjadi kewajiban Pemerintah Provinsi Jawa Barat sebagai Pihak Kesatu, pada dasarnya merupakan Hak dari PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagai Pihak Kedua, demikian juga kewajiban Pihak Kedua, menjadi hak Pihak Pertama).

2. Pada tahap pelaksanaan pembangunan, penerapan asas keseimbangan kedudukan di antara para pihak dapat terlihat dari adanya hak dari PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk melaksanakan pembangunan objek BOT di atas lahan/aset Milik Pemerintah Provinsi Jawa Barat. Namun demikian, Pemerintah Provinsi Jawa Barat pun, memiliki hak untuk menunjuk pengawas yang akan melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan pembangunan objek BOT. Pemerintah pun memiliki hak untuk mendapatkan laporan mengenai perkembangan serta kemajuan fisik pekerjaan pembangunan gedung, serta melakukan teguran-teguran jika pelaksanaan pembangunan objek BOT tidak sesuai dengan perjanjian.

3. Pada tahap pengelolaan bangunan, PT. Tritunggal Lestari Makmur, memiliki hak mengoperasikan, mengelola, dan menyewakan gedung komersial serta memungut uang sewa atau pungutan lainnya yang wajar dari suatu persewaan gedung komersial. Hak Pihak Kedua untuk memungut uang sewa tersebut sebagai kontra prestasi terhadap biaya-biaya

yang telah dikeluarkannya untuk melakukan pembangunan objek BOT. Namun demikian, Pihak Kedua pun dibebani kewajiban membuat dan menyerahkan suatu laporan pemeliharaan dan perawatan gedung komersial yang di dalamnya memuat : (1) Rincian keadaan fisik gedung komersial beserta peralatan operasional untuk tahun yang bersangkutan serta perkiraan keadaan hal-hal tersebut untuk tahun-tahun berikutnya; (2) Kerusakan dan penyusutan yang terjadi atau diberlakukan pada gedung komersial serta peralatan operasional dan perlengkapan pada tahun yang bersangkutan; (3) Tindakan dan langkah-langkah yang telah atau direncanakan akan diambil oleh Pihak Kedua untuk memperbaiki dan mencadangkan dana bagi kerusakan dan penyusutan; serta (4) Mengasuransikan bangunan melalui perusahaan asuransi yang bereputasi baik.

Merujuk pada uraian di atas, maka hak Pihak Kedua untuk mengoperasikan dan memungut uang sewa tersebut berhadapan dengan kewajiban-kewajiban yang harus dilakukannya. Bahkan jika waktu pengoperasian yang dilakukan Pihak Kedua tersebut sudah melampaui batas waktu pengelolaan dan pengoperasian gedung komersial, Pihak Kedua tidak berhak lagi menerima uang sewa. Pembayaran uang sewa tersebut merupakan hak Pihak Pertama.

4. Merujuk kembali kepada pengertian perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), sebagai suatu perjanjian antara pemilik hak atas tanah dengan pihak investor, dimana pemilik hak atas menyerahkan studi kelayakan, pembangunan, pengoperasian pada suatu jangka waktu tertentu, dengan ketentuan jika waktu pengoperasian

dan pengelolaan tersebut telah habis, pihak investor diwajibkan untuk menyerahkan bangunan, beserta perlengkapannya kepada pihak pemilik hak atas tanah, tanpa pemilik hak atas mengeluarkan suatu jumlah uang tertentu.

Mengkaji pengertian perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* di atas, maka salah satu esensi dilakukan konsep BOT baik oleh Pemerintah Provinsi Jawa Barat sebagai Pihak Pertama, maupun oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagai Pihak Kedua, karena perjanjian BOT tersebut memiliki beberapa keuntungan.

Bagi pemerintah beberapa keuntungan yang akan diperoleh melalui konsep BOT, yaitu :

a) Pemerintah yang memiliki lahan/aset strategis, tetapi terkendala oleh APBD yang terbatas, melalui konsep BOT ini maka setelah masa pengelolaan dan pengoperasian objek BOT dari PT. Tritunggal Lestari Makmur berakhir, akan mendapatkan bangunan beserta fasilitas pendukungnya;

b) Bahkan Pemerintah Provinsi Jawa Barat, bukan hanya memiliki keuntungan untuk mendapatkan tanah beserta gedung serta fasilitas yang mendukung dari gedung tersebut, tetapi juga mendapatkan uang kompensasi dan imbalan tahunan/royalti dari PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (1) (2) dan (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, yang dapat diuraikan sebagai berikut:

    1) Dalam rangka menunjang pembiayaan penyelenggarakan pemerintahan, Pemerintah Provinsi Jawa Barat akan mendapatkan uang

kompensasi sebesar 5.200.000.000,- (lima milyar dua ratus juta rupiah), yang pembayarannya diatur sebagai berikut :

(a) Termin I dibayar pada tanggal 5 Juni 2003 sebesar Rp. 1.800.000.000,- (satu milyar delapan ratus juta rupiah);

(b) Termin II dibayar pada tanggal 5 Agustus 2003, sebesar Rp. 1.700.000.000,- (satu milyar tujuh ratus juta rupiah);

(c) Termin III dibayar pada tanggal 6 Oktober 2003, sebesar Rp. 1.700.000.000,- (satu milyar tujuh ratus juta rupiah).

2) Pada masa persiapan/pembangunan, yaitu selama 4 (empat) tahun sejak ditandatanganinya perjanjian, Pihak Pertama akan menerima imbalan tahunan/royalti dari pihak kedua, dengan ketentuan sebagai berikut :

(a) Pada masa persiapan yaitu tahun pertama, sebesar Rp. 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah);

(b) Pada masa pembangunan, yaitu tahun kedua dan tahun ketiga, sebesar masing-masing Rp. 750.000.000,- (Tujuh ratus lima puluh juta rupiah);

(c) Pada masa pembangunan tahun keempat sebesar Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah).

3) Pada masa jangka waktu pengelolaan, Pihak Kedua wajib membayar imbalan tahunan/ royalti atas tanah kepada Pihak Kesatu dengan ketentuan sebagai berikut :

(a) Pada lima tahun pertama, sebesar Rp. 5.000.000.000,- (Lima milyar rupiah);

(b) Pada lima tahun kedua, sebesar Rp. 5.750.000.000,- (Lima milyar tujuh ratus lima puluh juta rupiah);

(c) Pada lima tahun ketiga, sebesar Rp. 6.612.500.000,- (Enam milyar enam ratus dua belas juta lima ratus rupiah);

(d) Pada lima tahun keempat, sebesar Rp. 7.604.375.000,- (Tujuh milyar enam ratus empat juta tiga ratus tujuh puluh lima ribu rupiah);

(e) Pada lima tahun kelima, sebesar Rp. 8.745.031.250,- (Delapan milyar tujuh ratus empat puluh lima juta tiga puluh satu ribu dua ratus lima puluh rupiah);

(f) Pada lima tahun keenam, sebesar Rp. 10.056.785.937,50,- (Sepuluh milyar lima puluh enam juta tujuh ratus delapan puluh lima ribu sembilan

ratus tiga puluh tujuh rupiah lima puluh sen).

Merujuk pada ketentuan uang kompensasi dan imbalan tahunan/royalti sebagaimana diatur dalam Pasal 6 khususnya ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, Pemerintah Provinsi Jawa Barat telah menerima sebagian dari kewajiban PT. Tritunggal Lestari Makmur, berupa dana bantuan untuk pembangunan gedung pemerintahan Provinsi Jawa Barat, sebesar Rp. 5.200.000.000,- (lima milyar dua ratus juta rupiah).

c) Pembiayaan dengan sistem BOT telah menguntungkan Pemerintah baik secara finansial maupun secara administratif, dimana pemerintah tidak harus mengadakan studi kelayakan, proyek dibiayai dan dilaksanakan oleh dan atas risiko PT. Tritunggal Lestari Makmur, dan dari mutu atau kualitas hasil pembangunan dapat dipertanggung-jawabkan;

d) Pemerintah dapat merealisasikan pengadaan infrastruktur untuk menambah fasilitas kota di masyarakat warga Bandung khususnya, serta membantu menggerakkan roda perekonomian daerah dan pembangunan nasional maupun internasional;

Adapun keuntungan yang akan diterima oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur melalui konsep BOT ini, yaitu :

a) Dapat memanfaatkan lahan strategis yang dimiliki Pemerintah Provinsi Jawa Barat untuk mengembangkan kegiatan usahanya;

b) Bagi PT. Tritunggal Lestari Makmur dengan adanya kerjasama dengan Pemerintah Provinsi Jawa Barat selain mendapatkan kesempatan untuk mengambil bagian dalam penanganan dan pengoperasian proyek yang potensial mendatangkan keuntungan yang biasanya selama ini dimonopoli oleh pemerintah sendiri juga memperluas usaha ke bidang lain yang mempunyai prospek bagus dan menguntungkan;

b. Kemudian jika, penulis mengindentifikasi lebih lanjut hak-hak dan kewajiban para pihak sebagaimana diatur dalam Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, maka di dalam tahapan-tahapan pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* yang didalamnya terdiri dari 3 (tiga) tahapan pelaksanaan, yaitu tahap pembangunan *(Build)*, tahap pengoperasian *(Operate*), dan tahap penyerahan *(Transfer)* bukan hanya melibatkan Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagai pihak-pihak yang melakukan perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT*) saja, tetapi melibatkan pihak-pihak lainnya, yaitu :

1. Pihak Notaris, sebagai pihak yang membantu merumuskan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang telah disepakati oleh para pihak, sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) b Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen.

   Dengan adanya keterlibatan notaris di atas, maka timbulah hubungan hukum perjanjian pemberian kuasa antara Notaris dengan para pihak dalam perjanjian Bangun Guna

Serah (BOT) yaitu Pemerintah Provinsi Jawa Barat dan PT. Tritunggal Lestari Makmur, sebagaimana diatur dalam Pasal 1792 KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa :

"Perjanjian pemberian kuasa adalah suatu perjanjian dengan mana seorang memberikan kekuasaan kepada seorang lain, yang menerimanya, untuk dan atas namanya menyelenggarakan suatu urusan".

Merujuk pada ketentuan Pasal 1792 KUH Perdata tersebut, maka dengan ini Pemerintah Provinsi Jawa Barat dan PT. Tritunggal Lestari Makmur memberikan kekuasaan kepada Pihak Notaris, untuk dan atas nama Pemerintah Provinsi Jawa Barat dan PT. Tritunggal Lestari Makmur membuat perjanjian BOT.

2. Pihak Kontraktor/Pemborong, sebagai pihak yang akan melaksanakan pembangunan gedung objek BOT, sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) d Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen.

   Adanya peran serta pihak pemborong dalam melakukan pembangunan objek BOT, menimbulkan hubungan hukum perjanjian pemborongan pekerjaan dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur, sebagaimana diatur dalam Buku III KUH Perdata tentang Perikatan *(van verbintenissen*) Bab VII A, Pasal 1601 b KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa Pemborongan Pekerjaan adalah :

   "Perjanjian, dengan mana pihak yang satu, si pemborong mengikatkan diri untuk menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak yang lain, pihak yang memborongkan, dengan menerima suatu harga yang ditentukan".

3. Pihak Konsultan sebagai pihak yang akan melakukan pengawasan pelaksanaan gedung yang dilakukan PT.

Tritunggal Lestari Makmur sebagaimana diatur dalam Pasal 10 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen.

Dengan adanya keterlibatan pengawas di atas, maka timbulah hubungan hukum perjanjian pemberian kuasa antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan Pihak Konsultan sebagaimana diatur dalam Pasal 1792 KUH Perdata. Merujuk pada ketentuan Pasal 1792 KUH Perdata tersebut, maka dengan ini Pemerintah Provinsi Jawa Barat memberikan kekuasaan kepada Pihak Pengawas, untuk dan atas nama Pemerintah :

a) Melakukan pengawasan pekerjaan pembangunan gedung yang dilakukan PT. Tritunggal Lestari Makmur, seperti meninjau, memberikan teguran-teguran, menyampaikan permintaan koreksi dan penyesuaian pembangunan gedung tersebut sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang telah ditetapkan dalam perjanjian. (Pasal 10 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen);

b) Konsultan pengawas memiliki kewajiban untuk memberikan pendapatnya berupa penilaian atau evaluasi atas laporan perkembangan dan kemajuan fisik pembangunan gedung yang dilakukan PT. Tritunggal Lestari Makmur. (Pasal 10 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen).

4. Pihak Perbankan, sebagai pihak yang akan membiayai pembangunan proyek BOT, sehingga timbulah hubungan hukum perjanjian kredit, antara Pihak Bank dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagaimana diatur dalam Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, serta hubungan hukum perjanjian jaminan di antara

keduanya sebagaimana diatur dalam Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Dan Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah, ataupun Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Keterlibatan Pihak Perbankan dalam membiayai objek pembangunan BOT PT. Tritunggal Lestari Makmur, tampak dari isi-isi perjanjian di bawah ini yaitu ketentuan Pasal 17 ayat (1) c Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, yang menyebutkan bahwa : "Pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat memiliki hak untuk meminta informasi secara tertulis mengenai sumber pembiayaan untuk pembangunan proyek dan mendapatkan jaminan bahwa segala pembiayaan yang dibutuhkan untuk pelaksanaan serta penyelesaian transaksi pembangunan, pengelolaan, penyerahan kembali BOT, baik secara langsung maupun tidak langsung, bukan berasal dari sumber-sumber yang akan merugikan kepentingan Negara Republik Indonesia".

Jika mencermati isi perjanjian di atas, sebenarnya ketentuan tersebut tidak memberikan suatu interpretasi adanya suatu kesimpulan bahwa Pihak Kedua dalam hal ini PT. Tritunggal Lestari Makmur tidak dapat mengoptimalkan pendanaan dari Pihak Perbankan dalam membiayai pembangunan objek BOT.

Hal tersebut, jika mengkaji lebih lanjut terhadap hak PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagaimana diatur dalam Pasal 14 huruf i Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, yang menyebutkan bahwa : "Hak Pihak Kedua untuk menjaminkan gedung komersial, tidak termasuk tanah kepada Pihak Ketiga dimana masa penjaminan tersebut

maksimal sampai dengan tahun ke-25 (dua puluh lima) dalam jangka waktu pengelolaan".

Adapun timbulnya hubungan hukum antara PT. Tritunggal Lestari Makmur dengan Pihak Perbankan, lazimnya didahului oleh perjanjian kredit perbankan sebagai perjanjian pokoknya, dan perjanjian jaminan yang memiliki fungsi untuk memberikan perlindungan bagi Pihak Bank terhadap kemungkinan kelalaian PT. Tritunggal Lestari Makmur merupakan perjanjian *acessoir,* yaitu perjanjian yang ada dan berakhirnya tergantung pada perjanjian pokoknya, yaitu perjanjian kredit perbankan.

5. Pihak Asuransi sebagai pihak yang akan menjamin klaim-klaim yang bersifat musibah yang mungkin menimpa objek BOT, sebagaimana diatur Pasal 5 ayat (6) huruf d jo. Pasal 18 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen), yang intinya berbunyi sebagai berikut :

"Kewajiban PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk mengasuransikan bangunan melalui perusahaan asuransi yang bereputasi baik dengan jumlah pertanggungan senilai bangunan dan telah disepakati kedua belah pihak".

Keterlibatan Pihak Asuransi dengan PT. Tritunggal Lestari Makamur ini, mengingat perjanjian BOT pelaksanaannya terdiri dari 3 (tiga) tahapan, yaitu tahap pembangunan *(build),* pengoperasian *(operate*) dan penyerahan (*transfer),* menyebabkan pelaksanaan perjanjian BOT sangat rentan dengan berbagai risiko. Oleh karena itu, untuk mendapatkan kompensasi atau klaim-klaim yang bersifat musibah yang mungkin menimpa objek BOT sehingga pelaksanaan perjanjian tidak dapat dilaksanakan, maka Pemerintah Provinsi Jawa Barat sesuai

dengan ketentuan Pasal 5 ayat (6) huruf d jo. Pasal 18 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, mewajiban PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk mengasuransikan bangunan tersebut. Sebagai akibat pelaksanaan kewajiban tersebut PT. Tritunggal Lestari Makmur melakukan hubungan hukum perjanjian asuransi dengan Pihak Asuransi sebagaimana diatur dalam Pasal 246 Kitab Undang-undang Hukum Dagang, dan Pasal 1 ayat (1) Undang-undang No. 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian.

Pasal 246 Kitab Undang-undang Hukum Dagang, yang menyebutkan bahwa :

"Asuransi atau pertanggungan adalah suatu perjanjian, dengan mana seorang penanggung mengikatkan diri pada tertanggung dengan menerima suatu premi, untuk memberikan penggantian kepadanya karena suatu kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan, yang mungkin akan dideritanya karena suatu peristiwa yang tidak tertentu".

Lebih lanjut menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-undang No. 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian, menyebutkan bahwa :

"Asuransi atau Pertanggungan adalah perjanjian antara dua pihak atau lebih, dengan mana pihak penanggung mengikatkan diri kepada tertanggung, dengan menerima premi asuransi, untuk memberikan penggantian kepada tertanggung karena kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan, atau tanggung jawab hukum kepada pihak ketiga yang mungkin diderita tertanggung, yang timbul dari suatu peristiwa yang tidak pasti, atau untuk memberikan suatu pembayaran yang didasarkan atas meninggal atau hidupnya seseorang yang dipertanggungkan".

Jika merujuk kembali kepada ketentuan Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUH Perdata, sebagai ketentuan yang mengatur

asas kepribadian perjanjian, dimana perjanjian hanya mengikat pada pihak-pihak yang membuat perjanjian saja. Namun demikin, perjanjian asuransi sebagaimana telah diuraikan di atas merupakan salah satu ketentuan yang mengesampingkan asas kepribadian perjanjian. Artinya perjanjian asuransi itu tidak hanya mengikat antara PT. Tritunggal Lestari Makmur dengan Perusahaan Asuransi saja, tetapi juga melibatkan Pemerintah Provinsi Jawa Barat.

Keterlibatan Pemerintah Provinsi Jawa Barat dalam perjanjian asuransi tersebut karena :

a. Hubungan hukum yang terjadi antara PT. Tritunggal Lestari Makmur dengan Perusahaan Asuransi sebagai salah satu pelaksanaan kewajiban PT. Tritunggal Lestari Makmur kepada Pemerintah Provinsi Jawa Barat sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (6) huruf d jo. Pasal 18 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen;

b. Jika terjadi risiko pada objek perjanjian BOT, yang menyebabkan perjanjian BOT tidak dapat dilaksanakan PT. Tritunggal Lestari Makmut, maka Pemerintah Provinsi Jawa Barat sebagai pihak yang dirugikan untuk mendapatkan klaim-klaim dan ganti rugi dari perusahaan asuransi.

6. Pihak penyewa, sebagai pihak yang memanfaatkan objek BOT yang dikelola oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur, sehingga timbulah hubungan hukum perjanjian sewa menyewa sebagaimana diatur dalam Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen*) Pasal 1548 KUH Perdata, dimana PT. Tritunggal Lestari Makmur

mengikatkan dirinya untuk memberikan kenikmatan kepada Pihak Penyewa selama jangka waktu yang telah ditentukan, dengan membayar sejumlah uang sewa.

Namun demikian, sesuai Pasal 13 ayat (2) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, Pemerintah Provinsi Jawa Barat, memiliki hak untuk menerima uang sewa, apabila jangka waktu penyewaan atau manfaat yang dinikmati oleh Pihak Kedua dari operasional dan pengelolaan gedung komersial melewati saat berakhirnya jangka waktu pengelolaan.

6. Jangka Waktu.

Berkaitan dengan jangka waktu ini, dapat dirujuk ketentuan-ketentuan di antaranya Pasal 1 ayat (5) dan Pasal 12 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen.

Pasal 1 ayat (5) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, menyebutkan bahwa : "Jangka waktu pengelolaan adalah suatu jangka waktu selama maksimal 30 (tiga puluh) tahun terhitung sejak tanggal penyelesaian pembangunan, yang tidak lebih lama dari 48 (empat puluh delapan) bulan sejak tanggal efektif".

Jika ketentuan jangka waktu 30 (tiga puluh) tahun pengoptimalan tanah di atas dihubungkan dengan beberapa pengertian perjanjian Bangun Guna Serah, seperti pengertian perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/BOT)* menurut Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 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),* serta Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 470/KMK.01/1994 tentang Tata Cara Penghapusan Dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara, serta Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, memiliki satu

pengertian yang sama bahwa pihak investor yang telah melakukan pembangunan objek BOT diberikan hak untuk mengoptimalkan bangunan tersebut pada suatu jangka waktu tertentu, lazimnya selama 30 (tiga puluh) tahun. Ditetapkannya ketentuan selama jangka waktu 30 (tiga puluh) tahun ini, dengan harapan biaya-biaya yang sudah dikeluarkan PT. Tritunggal Lestari Makmur sebagai Pihak Investor dalam membiayai pembangunan objek BOT tersebut dapat kembali lagi kepada Pihak Investor, bahkan Pihak Investor diharapkan mendapat keuntungan lebih dari hasil pengelolaan objek BOT nya.

Lebih lanjut, menurut ketentuan Pasal 12 ayat (1), (2), (3), (4), (5) (8), (9), (10), (11), (12), (13), (14), (15), dan ayat (16) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, mengatur jadwal penyelesaian pembangunan gedung komersial, yang berbunyi sebagai berikut :

"(1) Perancangan gedung komersial dan pelaksanaan serta penyelesaian pembangunan gedung komersial akan berlangsung paling lama 48 (empat puluh) bulan terhitung sejak tanggal efektif;

(2) Dalam jangka waktu 15 (lima belas) bulan sejak tanggal efektif paling sedikit sudah harus selesai pekerjaan perencanaan gedung komersial (yang terdiri dari perencanaan arsitektur dan perencanaan struktur serta mekanikal dan elektrikal) dan semua proses perizinan telah dapat diselesaikan atau sesuai jadwal pokok pembangunan (*Master Time Schudule);*

(3) Dalam jangka waktu 36 (tiga puluh enam) bulan sejak tanggal efektif paling sedikit sudah harus selesai 50% (lima puluh) persen dari pembangunan gedung komersial, sebagaimana dilaporkan oleh wakil Pihak Kedua dan disetujui oleh Pihak Kesatu atau sesuai jadwal pokok pembangunan (*Master Time Schedule*);

(4) Dalam jangka waktu 48 (empat puluh delapan) bulan sejak tanggal efektif, pembangunan gedung komersial harus selesai dilaksanakan. Pada penyelesaian pembangunan gedung komersial, maka Pihak Kedua atau wakilnya wajib mengeluarkan suatu

Certificate of Completion, yang harus turut ditandatangani oleh dan disetujui secara tertulis oleh Pihak Kesatu sebagai bukti bahwa penyelesaian telah tercapai pada tanggal penyelesaian pembangunan;

(5) Semua jadwal waktu penyelesaian pembangun gedung komersial yang tercantum dalam Pasal 12 perjanjian ini, diperinci lebih lanjut dalam suatu jadwal pokok pembangunan (*Master Time Schedule*);

(8) Apabila dalam anggapan Pihak Kesatu pembangunan gedung mengalami keterlambatan maka atas permintaan Pihak Kesatu, Pihak Kedua wajib menyampaikan penjelasan terperinci secara tertulis tentang alasan-alasan keterlambatan dan perkiraan tentang saat penyelesaian pembangunan. Pihak Kesatu dan Pihak Kedua akan bersama-sama menilai selisih antara prestasi pekerjaan yang telah tercapai dan rencana pekerjaan yang seharusnya tercapai menurut jadwal penyelesaian sebagaimana tercantum dalam jadwal pokok pembangunan *(Master Time Schedule*);

(9) Dalam hal tidak tercapai kesepakatan antara Pihak Kesatu dan Pihak Kedua tentang prestasi pekerjaan yang telah tercapai termaksud, maka Pihak Kesatu dan Pihak Kedua bersama-sama menunjuk *Quantity Surveyor* yang disetujui Pihak Kesatu dan Pihak Kedua untuk menetapkan secara *final* volume prestasi pekerjaan tersebut. Biaya atas penggunaan jasa *Quantity Surveyor* tersebut sepenuhnya menjadi beban Pihak Kedua;

(10) Apabila keterlambatan pembangunan gedung komersial terjadi pada akhir bulan ke 36 (tiga puluh enam) sejak tanggal efektif dari jadwal penyelesaian pembangunan dan dari hasil perincian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 perjanjian ini, prestasi pekerjaan yang telah tercapai adalah kurang dari 50% (lima puluh) persen dari rencana pekerjaan yang seharusnya tercapai, maka Pihak Kedua wajib menyampaikan perhitungan dan pernyataan kepada Pihak Kesatu yang cukup meyakinkan bagi Pihak Kesatu

tentang bagaimana Pihak Kedua akan mengatasi keterlambatan sehingga jadwal pokok pembangunan *(Master Time Schedule*) akan tetap tercapai;

(11) Apabila sampai dengan akhir bulan ke-48 (empat puluh delapan) sejak tanggal efektif dimana penyelesaian pembangunan/pekerjaan masih belum diselesaikan maka atas permintaan Pihak Kedua dapat diberikan perpanjangan waktu penyelesaian pembangunan (masa keterlambatan) oleh Pihak Kesatu yaitu tidak melebihi 6 (enam) bulan;

(12) Perpanjangan waktu (masa keterlambatan) penyelesaian pembangunan gedung komersial sebagaimana dimaksud ayat (11) pasal ini secara otomatis mengurangi jangka waktu pengelolaan dengan waktu yang melampaui bulan ke-48 (empat puluh delapan) sejak tanggal efektif. Untuk setiap keterlambatan tersebut Pihak Kedua wajib membayar ganti rugi kepada Pihak Kesatu yang dihitung secara proporsional dengan lamanya keterlambatan berdasarkan besarnya imbalan tahunan/royalti sebagaimana dimaksud pada Pasal 6 ayat (2) perjanjian ini;

(13) Untuk tujuan pelaksanaan ganti rugi yang dimaksud dalam ayat (12) pasal ini keterlambatan melampaui 10 (sepuluh) hari dihitung sebagai keterlambatan 1 (satu) bulan. Pembayaran ganti rugi tersebut harus dilaksanakan pada akhir bulan, dengan keterlambatan pembayaran dikenakan bunga;

(14) Apabila keterlambatan pelaksanaan pekerjaan berlangsung lebih lama dari 6 (enam) bulan sebagaimana dimaksud dalam ayat (11) pasal ini, maka Pihak Kesatu berhak mengakhiri perjanjian ini dengan memperhatikan ketentuan Pasal 15 butir b perjanjian ini (pemutusan perjanjian) dan menunjuk pihak lain untuk menyelesaikan pekerjaan dan menggunakan hak cipta perancangan gedung secara cuma-cuma;

(15) Untuk pelaksanaan pengakhiran perjanjian sebagaimana dimaksud dalam ayat (14) pasal ini, Pihak Kesatu dan Pihak Kedua dengan tegas setuju dan sepakat untuk mengesampingkan berlakunya Pasal 1266 dan Pasal 1267 KUH Perdata, sehingga pengakhiran perjanjian tidak usah dimintakan izinnya dari hakim dan pengadilan;

(16) Apabila penyelesaian pembangunan gedung komersial selesai lebih cepat dari jadwal yang telah ditentukan, maka jangka waktu pengelolaan yang selama 30 (tiga puluh) tahun dapat dimajukan setelah ditandatangani *Certificate of Completion* sebagaimana dimaksud ayat (4) pasal ini.

Jika menelaah ketentuan Pasal 12 ayat (1) sampai dengan ayat (4) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, maka PT. Tritunggal Lestari Makmur, dibebani kewajiban untuk merancang gedung komersial, melaksanakan serta menyelesaikan pembangunan gedung komersial untuk waktu paling lama 48 (empat puluh) bulan terhitung sejak tanggal efektif, yang menurut ketentuan Pasal 1 ayat (14) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen adalah tanggal ditandatanganinya perjanjian oleh Pihak Kesatu dan Pihak Kedua. Namun demikian, dalam jangka waktu 15 (lima belas) bulan sejak tanggal efektif paling sedikit sudah harus menyelesaikan pekerjaan perencanaan gedung komersial (yang terdiri dari perencanaan arsitektur dan perencanaan struktur serta mekanikal dan elektrikal) dan semua proses perizinan telah dapat diselesaikan sesuai jadwal pokok pembangunan (*Master Time Schudule).* Kemudian, dalam jangka waktu 36 (tiga puluh enam) bulan sejak tanggal efektif paling sedikit PT. Tritunggal Lestari Makmur sudah harus menyelesaikan 50% (lima puluh) persen dari pembangunan gedung komersial, sebagaimana dilaporkan oleh wakil Pihak Kedua dan disetujui oleh Pihak Kesatu atau sesuai jadwal pokok pembangunan (*Master Time Schedule*).

Sebagai salah satu wujud pelaksanaan perjanjian pembangunan gedung objek BOT, pada tahap awal pembangunan ini PT. Tritunggal Lestari Makmur telah melaksanakan sebagian kewajibannya sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, yaitu menyerahkan dana bantuan sebesar Rp. 5.200.000.000,- (lima milyar dua ratus juta rupiah) untuk melakukan pembangunan gedung Pemerintah propinsi Jawa Barat. Namun demikian, sampai dengan jangka waktu yang telah ditentukan menurut Pasal 12 khususnya ayat (1), (2), dan (3) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, PT. Tritunggal Lestari Makmur belum melaksanakan pembangunan gedung komersial tersebut. Hal ini disebabkan oleh karena PT. Tritunggal Lestari Makmur belum sepenuhnya memulai pelaksanaan kewajiban awal dari pelaksanaan perjanjian kerjasama sebagaimana diatur dalam Pasal 12 ayat (5) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, yaitu menyusun dan menyelesaikan jadwal pokok pembangunan *Master Time Schedule* untuk pelaksanaan proyek.

Namun demikian, meskipun PT. Tritunggal Lestari Makmur belum menyusun dan menyelesaikan jadwal pokok pembangunan *Master Time Schedule* untuk pelaksanaan proyek, sehingga sampai dengan waktu yang telah ditentukan yaitu untuk waktu paling lama 48 (empat puluh) bulan terhitung sejak tanggal efektif, belum juga menyelesaikan pelaksanaan pembangunan objek BOT, PT. Tritunggal Lestari Makmur tidak dapat dikatakan wanprestasi. Hal ini didasarkan pada alasan-alasan sebagai berikut :[324]

1. Pemerintah Kota Bandung belum memberikan izin pembangunan *Commercial Centre* sesuai dengan rencana penataan ruang Kota Bandung, sedangkan telah ada itikad baik berupa kesanggupan dari PT. Tritunggal Lestari Makmur yang dinyatakan pada tahun 2005 untuk menyelesaikan tahap konstruksi pada tahun 2007 apabila izin dari Pemerintah Kota Bandung segera diterbitkan;

[324] Hasil Penelitian pada Kantor Pemerintah Provinsi Jawa Barat Bagian Hukum dan HAM, tanggal 18 Maret 2011, Jam. 9 wib.

2. Selain itu, adanya gangguan-gangguan yang terjadi pada objek BOT, yang menghambat PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk melaksanakan pembangunan objek BOT tersebut. Gangguan tersebut berupa pengakuan dari sekelompok masyarakat yang mengklaim tanah tersebut sebagai miliknya.

Jika kedua alasan di atas dikaji berdasarkan ketentuan Pasal 4 ayat (1), (2) dan ayat (3) Perjanjian Kerjasama No 593/59 Desen, belum dilaksanakannya pelaksanaan pembangunan objek BOT tersebut, karena Pemerintah Provinsi Jawa Barat telah lalai melakukan kewajibannya, sebagaimana disimpulkan dari Pasal 4 tersebut, yaitu :

a. Lalai dalam menyerahkan tanah dalam keadaan kosong;
b. Lalai dalam menjamin Pihak Kedua, terhadap gangguan-gangguan atau tuntutan dari pihak Ketiga yang turut memiliki hak atas tanah tersebut karena adanya suatu alas hak tertentu, sehingga menggangu Pihak Kedua dalam mengoptimalkan lahan objek BOT untuk melakukan pembangunan gedung komersial tersebut;
c. Lalai dalam mengatasi gangguan atau tuntutan dari Pihak Ketiga dalam jangka waktu 6 (enam) bulan sebagaimana dijanjikan oleh Pihak Kesatu.

Kelalaian Pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang kemudian menyebabkan PT. Tritunggal Lestari Makmur tidak dapat melaksanakan kewajiban, dapat dijadikan alasan PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk mengungkapkan suatu pembelaan yang disebut dengan *exeptio non adimpleti contractus.* Menurut Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 156K/SIP/1955, tertanggal 15 Mei 1957, yang dimaksud dengan *exeptio non adimpleti contractus*, yaitu tangkisan yang menyatakan bahwa debitur tidak melaksanaan perjanjian sebagaimana mestinya justru karena kreditur sendiri tidak melaksanakan perjanjian itu sebagaimana mestinya. Bilamana debitur selaku tergugat dapat membuktikan kebenaran tangkisannya,

debitur tidak dapat dimintai pertanggungjawaban apa-apa atas tidak dilaksanakannya perjanjian itu.[325]

Berlandaskan pada konsep *exeptio non adimpleti contractus* tersebut, maka PT. Tritunggal Lestari Makmur yang dituduh telah wanprestasi tidak melaksanakan pembangunan gedung objek BOT, dapat melakukan suatu pembelaan bahwa tidak dilaksanakannya pembangunan gedung tersebut, karena Pemerintah Provinsi Jawa Barat pun telah terlebih dahulu lalai melaksanakan kewajibannya untuk menyerahkan tanah dalam keadaan kosong, lalai dalam memberikan jaminan bahwa tanah tersebut tidak ada gangguan-gangguan yang datang dari pihak ketiga yang didasarkan karena adanya suatu alas hak yang sah, dan dalam jangka waktu 6 (bulan) sebagaimana diperjanjikan belum dapat menyelesaikan gangguan-gangguan yang datang dari Pihak Ketiga tersebut, sehingga pelaksanaan perjanjian menjadi terhenti.

Kelalaian Pemerintah Provinsi Jawa Barat terhadap PT. Tritunggal Lestari Makmur di atas, jika penulis analisis lebih lanjut kemudian menghubungkannya dengan kajian penulis berkaitan dengan penerapan asas keseimbangan perjanjian, maka konsep *exeptio non adimpleti contractus* yang diatur dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 156K/SIP/1955, tertanggal 15 Mei 1957 merupakan salah satu wujud penerapan asas keseimbangan perjanjian.

Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 156K/SIP/1955, tertanggal 15 Mei 1957 ini, ingin meletakkan kedudukan yang seimbang bukan hanya kepada kreditur sebagai pihak yang berhak atas pelaksanaan prestasi, tetapi ingin pula memberikan kedudukan yang seimbang kepada debitur sebagai pihak yang berkewajiban melaksanakan prestasi. Pandangan masyarakat bisnis yang ada selama ini, berkaitan dengan perjanjian tersebut seolah-olah yang selalu ingkar janji atau lalai dalam melaksanakan perjanjian itu hanyalah pihak debitur. Hal ini pun dapat

[325] Riduan Syahrani, *Seluk Beluk dan Asas-asas Hukum Perdata*, PT. Alumni, Bandung, 2006, hlm. 242.

dikaji dari beberapa pasal Perjanjian Kerjasama No 593/59 Desen, di antaranya seperti Pasal 9, Pasal 15, dan Pasal 16.

Pasal 9 Perjanjian Kerjasama No 593/59 Desen, mengenai Keterlambatan Pembayaran, yang berbunyi sebagai berikut :

"(1) Apabila Pihak Kedua tidak melakukan pembayaran uang kompensasi dan imbalan tahunan/royalti tepat pada waktunya sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 6 perjanjian ini, tanpa adanya teguran tertulis dari Pihak Kesatu maka Pihak Kedua dikenakan denda keterlambatan sebesar tingkat rata-rata suku bunga sebagaimana dimaksud Pasal 1 ayat (16) per bulan dari jumlah imbalan tahunan/royalti yang seharusnya dibayar, denda mana merupakan hutang Pihak Kedua kepada Pihak kesatu yang ditagih dengan seketika dan sekaligus lunas pada waktu pembayaran imbalan tahunan/royalti bersangkutan;

(2) Apabila Pihak Kedua tetap tidak melakukan pembayaan imbalan tahunan/royalti beserta bunganya sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (1) perjanjian ini dan keadaan tersebut berlangsung lebih dari 30 (tiga puluh) hari kalender setelah masa bayar, maka Pihak Kesatu berhak memberikan peringatan tertulis pertama kepada Pihak Kedua untuk memenuhi kewajibannya dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak berakhirnya masa bayar;

(3) Apabila keterlambatan tersebut sudah mencapai 60 (enam puluh) hari kalender berturut-turut terhitung sejak masa bayar dan Pihak Kesatu telah memberikan peringatan tertulis kedua, dan peringatan tertulis ketiga, masing-masing 30 (tiga puluh) hari kalender, maka Pihak Kesatu dapat membatalkan perjanjian ini secara sepihak".

Kemudian, sesuai Pasal 15 Perjanjian Kerjasama No 593/59 Desen, tentang Pemutusan Perjanjian menyebutkan bahwa :

"Perjanjian ini dapat diputuskan apabila :

(1) Dengan persetujuan tertulis oleh Pihak Kesatu dan Pihak Kedua;

(2) Pihak kedua tidak dapat menyelesaikan pembangunan gedung perparkiran dan gedung komersial, sebagaimana dimaksud Pasal 11 dan Pasal 12 perjanjian ini, kecuali jika terjadi keadaan kahar (*force majeure);*

(3) Pihak Kedua berada dalam keadaan berhenti membayar sebagaimana dimaksud Pasal 9 perjanjian ini dan telah mengambil langkah pertama kearah pernyataan kepailitan;

(4) Terjadi keadaan kahar *(force majeure*) dimana dari hasil perundingan Pihak kesatu dan Pihak Kedua, sepakat untuk mengakhiri perjanjian".

Lebih lanjut, ketentuan Pasal 16 Perjanjian Kerjasama No 593/59 Desen, tentang Akibat Putusnya Perjanjian menyebutkan bahwa :

"(1) Apabila perjanjian putus karena persetujuan tertulis oleh Pihak Kesatu dan Pihak Kedua, maka masing-masing pihak wajib melaksanakan hak-hak dan kewajibannya sesuai dengan akibat-akibat putusnya perjanjian ini;

(2) Pihak kedua wajib menyerahkan fisik bangunan dalam keadaan apa adanya".

Merujuk kembali kepada ketentuan Pasal 9, Pasal 15, dan Pasal 16 Perjanjian Kerjasama No 593/59 Desen, maka ketentuan-ketentuan tersebut menujukkan Pihak kedualah sebagai pihak yang "selalu melakukan wanprestasi". Namun demikian, ketika menghadapi suatu persoalan dimana justru yang ingkar janji atau lalai untuk melaksanakan kewajibannya itu adalah Pemerintah Provinsi Jawa Barat, yang kemudian akibat kelalaiannya menyebabkan PT. Tritunggal Lestari Makmur tidak

dapat melaksanakan kewajibannya, padahal sebagaimana diuraikan di atas sudah ada itikad baik dari PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk melaksanakan isi perjanjian kerjasama tersebut seperti : (1) Melaksanakan sebagian kewajibannya sebesar Rp. 5.200.000.000,- (lima milyar dua ratus juta rupiah) sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (1) Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, untuk membantu pembangunan gedung Pemerintah Propinsi Jawa Barat, serta (2) Adanya kesanggupan untuk menyelesaikan tahap konstruksi pada tahun 2007 apabila izin dari Pemerintah Kota Bandung segera diterbitkan.

Pertanyaannya apakah ketentuan-ketentuan di atas khususnya Pasal 9, Pasal 15 dan Pasal 16, dapat dijadikan dasar bagi PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk menuntut hak-haknya atau untuk memberikan sanksi terhadap kelalaian Pemerintah Provinsi Jawa Barat? Sejalan dengan "Pandangan Hukum Atas Perjanjian Kerjasama Antara Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur yang dilakukan oleh Sekretariat Daerah Provinsi Jawa Barat Biro Otonomi Daerah dan Kerjasama Bandung", yang dilakukan pada tahun 2009, maka ketentuan-ketentuan di atas khususnya ketentuan Pasal 15 Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, ayat (2), (3), dan ayat (4), tidak dapat dijadikan dasar bagi Pemerintah Provinsi Jawa Barat untuk mengakhiri perjanjian kerjasama dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur, karena Perusahaan tersebut tidak berada dalam keadaan lalai atau wanprestasi.

Menyikapi kondisi-kondisi sebagaimana telah diuraikan di atas, serta dengan tetap berpegang pada asas keseimbangan kedudukan dalam perjanjian BOT, maka ketika Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen, sebagai ketentuan khusus tidak mengaturnya secara tersendiri, maka Buku III KUH Perdata tentang Perikatan (*van verbintenissen*) sebagai dasar hukum umum perjanjian nasional dapat dijadikan dasar untuk menyelesaikan persoalan kelalaian Pemerintah Provinsi Jawa Barat.

Ada beberapa langkah yang dapat dilakukan oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur untuk menyelesaikan kelalaian Pemerintah Provinsi Jawa Barat :

1. Untuk sampai pada suatu kesimpulan bahwa Pemerintah Provinsi Jawa Barat telah melakukan wanprestasi, maka sesuai ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata, perlu diberikan terlebih dahulu penetapan lalai (*in gebrekke stelling*), sebagai suatu pesan dari PT. Tritunggal Lestari Makmur kepada Pemerintah Provinsi Jawa Barat pada saat kapankah selambat-lambatnya Pemerintah Provinsi Jawa Barat harus melaksanakan kewajibannya. Apabila sampai dengan waktu yang telah ditentukan Pemerintah Provinsi Jawa Barat tetap melalaikan kewajibannya, maka PT. Tritunggal Lestari Makmur sudah dapat menyatakan Pemerintah Provinsi Jawa Barat lalai atau wanprestasi.

2. Sesuai dengan ketentuan Pasal 1267 KUH Perdata, upaya hukum yang dapat dilakukan PT. Tritunggal Lestari Makmur terhadap kelalaian Pemerintah Provinsi Jawa Barat, yaitu :
   a. Meminta pemenuhan prestasi;
   b. Meminta pemenuhan prestasi disertai dengan ganti rugi;
   c. Meminta ganti rugi saja;
   d. Melakukan pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik; dan
   e. Melakukan pemutusan pembatalan perjanjian timbal disertai dengan ganti rugi.

   Perlu dipahami bahwa kelima upaya hukum di atas, tidak dapat dilakukan oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur secara kumulatif. Artinya bahwa dari beberapa upaya hukum di atas, PT. Tritunggal Lestari Makmur harus secara cermat memilih salah satu dari lima upaya hukum di atas, karena setiap upaya hukum yang

diambil, memiliki konsekuensi-konsekuensi yang berbeda satu dengan yang lainnya. Melihat kondisi dari perjanjian kerjasama yang bersifat stagnan, salah satu di antaranya karena adanya gangguan dari Pihak Ketiga terhadap lahan/aset yang menjadi objek BOT, maka pada tanggal 29 Maret 2006, dengan menyimpang pada ketentuan Pasal 1266 KUH Perdata, PT. Tritunggal Lestari Makmur dan Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang dihadiri oleh Ketua DPRD, telah menyepakati untuk mengakhiri Perjanjian Kerjasama No. 593/59 Desen.

Langkah-langkah yang sudah dilakukan para pihak untuk menyelesaikan persoalan kerjasama tersebut, sejalan dengan ketentuan Pasal 1267 KUH Perdata khususnya poin (d) di atas, yaitu pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik.

Adapun akibat hukum dari pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik yaitu menempatkan para pihak pada keadaan semula seperti sebelum dilakukan perjanjian, apa-apa yang telah diterima oleh salah satu pihak harus dikembalikan kepada pihak lainnya. Artinya bahwa lahan/aset objek BOT diserahkan kembali oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur kepada Pemerintah Provinsi Jawa Barat, demikian juga Pemerintah Provinsi Jawa Barat harus mengembalikan dana bantuan Rp. 5.200.000.000,- (lima milyar dua ratus ribu ripuah) kepada PT. Tritunggal Lestari Makmur.

Namun demikian, karena titik tolak kelalaian ada di Pihak Pemerintah Provinsi Jawa Barat, maka upaya hukum yang dapat dilakukan PT. Tritunggal Lestari Makmur bukan hanya meminta pemutusan pembatalan perjanjian timbal balik, tetapi juga disertai permintaan ganti rugi sebagaimana diatur dalam Pasal 1267 KUH Perdata poin (e) di atas. Di dalam KUH Perdata, ketentuan tentang ganti rugi diatur dalam Pasal 1243-Pasal 1252 KUH Perdata. Dari pasal-pasal tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa yang

dimaksud dengan ganti rugi adalah sanksi yang dapat dibebankan kepada debitur dalam hal ini Pemerintah Provinsi Jawa Barat yang tidak memenuhi prestasi dalam suatu perikatan untuk memberikan penggantian biaya, rugi, dan bunga.

Jika dikaji lebih lanjut dari pelaksanaan perjanjian BOT yang telah dilakukan para pihak, dari unsur-unsur ganti rugi tersebut, PT. Tritunggal Lestari Makmur dapat meminta penggantian biaya, dan bunga. Biaya adalah pengeluaran-pengeluaran atau perongkosan yang nyata-nyata telah dikeluarkan oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur, sedangkan bunga adalah keuntungan yang diharapkan atau sudah diperhitungkan oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur, jika seandainya Pemerintah Provinsi Jawa Barat memenuhi perstasinya. Namun demikian, tuntutan PT. Tritunggal Lestari Makmur pun jika dihubungkan dengan doktrin hukum yang membatasi penerimaan ganti rugi dari wanprestasi suatu kontrak, harus didasarkan "doktrin kepastian yang rasional" (*resonable certanity)*, yang mengajarkan bahwa suatu ganti rugi hanya dapat diberikan sampai dengan jumlah yang dapat diestimasi secara pasti dan wajar. 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.

Merujuk pada doktrin hukum yang membatasi tuntutan ganti rugi berdasarkan doktrin kepastian yang rasional, maka PT. Tritunggal Lestari Makmur, dapat meminta penggantian atas biaya-biaya yang sudah dikeluarkan dalam pelaksanaan perjanjian BOT, serta bunga dari sejumlah uang bantuan pembangunan sebesar Rp. 5.200.000.000,- (lima milyar dua ratus juta rupiah) mulai dari pendanaan itu diserahkan sampai pengakhiran perjanjian yang telah disepakati para pihak.

Kemudian satu hal lagi yang perlu secara cermat menjadi perhatian untuk diperhitungkan oleh PT. Tritunggal Lestari Makmur ketika akan menyepakati pengakhiran perjanjian dengan Pemerintah Provinsi Jawa Barat, yaitu melepaskan kembali tanggung jawab PT. Tritunggal Lestari Makmur kepada Pemerintah Provinsi Jawa Barat, berkaitan dengan pengkompensasian pembangunan yang telah PT. Mikasa Pama Internasional lakukan pada waktu mengadakan kerjasama dengan Pemerintah Provinsi Jawa Barat sesuai Pasal 3 Kesepakatan Bersama No. 593/56/Huk/2001-062/PT.MPI.II/MPI/01, yang menyebutkan bahwa biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh PT. Mikasa Pama Internasional akan diperhitungkan pada saat pembangunan dilanjutkan oleh pihak lain yang kebetulan pembangunan tersebut dilakukan PT. Tritunggal Lestari Makmur, sehingga kemudian menjadi beban PT. Tritunggal Lestari Makmur. Cara yang dilakukan PT. Tritunggal Lestari Makmur berkaitan dengan ketentuan Pasal 3 Kesepakatan Bersama No. 593/56/Huk/2001-062/PT.MPI.II/MPI/01, yaitu dengan menghapuskan hak saham PT. Mikasa Pama Internasional sebesar 30% saham di perusahaan PT. Tritunggal Lestari Makmur, menjadi tanggung jawab Pemerintah Provinsi Jawa Barat.

Berdasarkan uraian di atas, baik pada waktu pelaksanaan perjanjian yang dilakukan Pemerintah Provinsi Jawa Barat dengan PT. Mikasa Pama Internasional, maupun dengan PT. Tritunggal Lestari Makmur, maka tanggung jawab investor maupun pemilik hak atas tanah sendiri akibat wanprestasi yang dilakukannya terhadap pihak lainnya merupakan bentuk penerapan asas kesimbangan perjanjian dalam perjanjian Bangun Guna Serah *(Build Operate and Transfer/*BOT).

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku.

Arief B. Sidharta, *Revisi Pemikiran Soediman Kartohadiprodjo tentang Pancasila Berkaitan dengan Pengembangan Sistem Hukum Nasional*, Dies Natalis ke-51 Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2009.

Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum : Suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis*, Cetakan Kedua, Gunung Agung, Jakarta, 2002.

Achmad Ichsan, *Hukum Perdata IA*, Pembimbing Masa, Jakarta, 1970.

Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan Pemerintah Di Bidang Pertanahan*, PT. Raja Grafindo, Jakarta, 2009.

_____, *Tebaran Pemikiran Seputar Masalah Hukum Tanah*, Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia, Jakarta, 2005.

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

Aslan Noor, *Konsep Hak Milik Atas Tanah Bagi Bangsa Indonesia Ditinjau Dari Ajaran Hak Asasi Manusia*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2006.

A. Pitlo, *Tafsiran Singkat Tentang Beberapa Bab Dalam Hukum Perdata*, Alih Bahasa M. Moerasad, PT. Intermasa, Jakarta, 1979.

A.P. Parlindungan, *Komentar Atas Undang-undang Pokok Agraria*, Mandar Maju, Bandung, 1993.

Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, Yapemdo, Bandung, 2006.

A. Gunawan Widjaya, *Hak Asasi Manusia Berdasarkan Idiologi Pancasila*, Kanisius, Yogyakarta, 1993.

A.R. Bloembergen, C.C. van Dam, Jac. Hijma, W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, 1995.

Bagir Manan, *Politik Perundang-undangan Dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisasi Perekonomian*, Fakultas Hukum UNILA, Lampung, 1996.

_____, *Perkembangan UUD 1945*, Cetakan Pertama, FH. UII, Yogyakarta, 2004.

Boedi Harsono, (a) *Undang-undang Pokok Agraria Sejarah Penyusunan, Isi Dan Pelaksanaannya,* Djambatan, Jakarta, 1971, hlm. 79.

_____, (b) *Hukum Agraria Indonesia : Sejarah Pembentukan UUPA, Isi Dan Pelaksanaannya,* Cetakan Kedelapan, (Edisi Revisi) Djambatan, Jakarta, 1999.

_____, (c) *Hukum Agraria Indonesia : Sejarah Pembentukan UUPA, Isi Dan Pelaksanaannya,* Cetakan Kedelapan, (Edisi Revisi) Djambatan, Jakarta, 2003.

_____, (d) *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi Dan Pelaksanaannya*, Djambatan, Jakarta, 2005.

Bachsan Mustofa, *Hukum Agraria Dalam Perspektif,* Remadja Karya, Bandung, 1988.

Budi Santoso, *Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur Dengan Model BOT (Build Operate and Transfer),* Genta Press, Yogyakarta, 2008.

Budiono Kusumohamidjojo, *Ketertiban Yang Adil : Problematik Filsafat Hukum*, Grasindo, Jakarta, 1999.

C.F.G. Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia,* Bina Cipta, Bandung, 1982.

_____, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991.

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

Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Penjabaran Nilai-nilai Pancasila Dalam Sistem Hukum Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1996.

_____, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia,* PT. Gramedia, Jakarta, 2004.

Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah Dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah Dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horizontal*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.

Darwin Ginting, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah Bagi Penanaman Modal Bidang Agrobisnis Di Indonesia,* Unpad Press, Bandung, 2009.

Dirman, *Perundang-undangan Agraria Di Seluruh Indonesia*, Gronongen, Jakarta, 1952.

E. Saefullah Wiradipraja, *Tanggung Jawab Pengangkut Dalam Hukum Pengangkutan Udara Internasional Dan Nasional*, Liberty, Yogyakarta, 1989.

_____, *Beberapa Masalah Pokok Tentang Tanggung Jawab Pengangkutan Udara*, Pusat Penerbitan Universitas LPPM, Universitas Islam Bandung (UNISBA), Bandung.

E. Suherman, *Masalah Tanggung Jawab Pada Charter Pesawat Udara Dan Beberapa Masalah Lain Dalam Bidang Penerbangan,* Alumni, Bandung, 1979.

Eddy Ruchiyat, *Politik Pertanahan Sebelum Dan Sesudah Berlakunya UUPA*, Alumni, Bandung, 1984.

E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Cetakan Keempat, Balai Ichtiar, Jakarta, 1957.

Effendi Perangin, *Hukum Agraria Di Indonesia Suatu Telaah Dari Sudut Pandang Praktisi Hukum,* Rajawali, Jakarta, 1989.

Freidman, *Legal Theory*, Steven & Sons Limited, Fifth Edition, 1967.

F.H. Lawson and Bernard Rudden, *The Law of Property,* Clarendon Press-Oxford, 1982.

Fauzi N., *Penghancuran Populisme dan Pembangunan Kapitalisme, Dinamika Politik Agraria Indonesia Pasca Kolonial (Dalam Reformasi Agraria),* Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, 1997.

Gustav Radbruch, *Legal Philosophy, Dalam 20th Century Legal Philosophy Series Vol IV ; the Legal Philosophies of Lask*, Radbruch and Dabin, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1950.

Garuda Wiko, *Pembangunan Sistem Hukum Berkeadilan*, Dikutif Dari Buku "*Memahami Hukum Dari Konstruksi Dan Implementasi*", PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009.

Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.

Hans Kelsen, *General Theory of Law and State,* diterjemahkan Raisul Muttaqien : *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara,* Cetakan Pertama, Nusa Media dan Nusantara, Jakarta, 2006.

Huala Adolf, *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2006.

Hugo Grotius, *On the Rights of War and Peace*, Dalam Clarence Morris (ed), The Great Legal Philosophers: Selected Readings in Jurisprudence, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1959.

Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Sinar Harapan, Jakarta.

H. Nursyahid, H.N., *Pedoman Pengelolaan Barang Milik Kekayaan Pemerintah Daerah Tahun 2001,* BP. Panca Usaha, Jakarta, 2001.

Hood Phillips, *A First Book of English Law,* Sweet & Maxwell Limited, London, 1953.

H. Muchsin, Imam Koeswahyono, dan Soimin, *Hukum Agraria Indonesia Dalam Perspektif Sejarah*, Refika Aditama, Bandung, 2007.

Heinz H. Bunker, *Business Opportunities In the Pipeline Transmission Sistem Throug BOT*, The Asian Conference on Planning, Packiging & Implemneting BOT Projects, Hilton Singapore, 1988.

H. Ali Achmad Chomzah, *Hukum Pertanahan Seri Hukum Pertanahan I (Pemberian Hak Atas Tanah Negara) Dan Seri Hukum Pertanahan II (Sertifikat dan Permasalahannya)*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2000.

Ida Nurlinda, *Prinsip-prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum,* Rajawali Pers, Jakarta, 2009.

I Nyoman Tjager, *Prinsip-prinsip "Good Corporate Governance" Pada BUMN*, dalam *Buku Kebijakan Fiskal Pemikiran, Konsep, Dan Implementasi*, Kompas, Jakarta, 2004.

Imam Sudiyat, *Hukum Adat Sketsa Asas*, Liberty, Yogyakarta, 1981.

Johannes Ibrahim, *Pengimpasan Pinjaman (Kompensasi) Dan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Kredit Bank*, CV. Utomo, Bandung, 2003.

Johannes Ibrahim dan Lindawaty Sewu, *Hukum Bisnis Dalam Persepsi Manusia Modern*, Refika Aditama, Bandung, 2007.

John Locke, *Two Treaties of Civil Govermment*, J.M. Dent & Sons Ltd, London, 1960.

Jac Hijma en M.M. Olthof, *Compendium Nederlands Vermogensrecht*, Leidraad voor het nieuwe BW, Kluwer-Deventer, 1993.

J.B. Daliyo, dkk, *Hukum Agraria*, PT. Prenhallindo, Jakarta, 1989.

J. Satrio, *Hukum Perikatan Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999.

J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking, Een rechtsverelijkende studie*, diss, KUB, 1990, Zwolle, 1990.

J.J. H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum*, Alih Bahasa oleh Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.

_____, *Rechtsreflecties, Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, Deventer, 1993

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss, RUL 1995, Arnhem, 1995

John Rawls, *a Theory of Justice* terjemahan Uzair Fauzan dan Hern Prasetyo, *Teori Keadilan : Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, Cetakan Pertama, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006.

Kleyn, W.M., *Ichtiar Hukum Benda Belanda, "Compendium Hukum Belanda*", Yayasan Kerja Sama Ilmu Hukum Indonesia – Negeri Belanda di s'Gravenhage, 1978.

Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002.

Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum, Apakah Hukum Itu?*, Cetakan Keempat, Remadja Karya, Bandung, 1988.

Lili Rasjidi dan Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Cetakan Ketiga, Mandar Maju, Bandung, 2003.

Lili Rasjidi dan Arief Sidharta, *Filsafat Hukum : Mazhab Dan Refleksinya*, Cetakan Kedua, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1994.

_____, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*, Alumni, Bandung, 1985.

Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, Cetakan Kedua, Mandar Maju, Bandung, 2002.

_____, *Dasar-dasar Filsafat Dan Teori Hukum*, Cetakan Kesepuluh, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007.

Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat, dan Pembinaan Hukum Nasional Suatu Uraian Tentang Landasan Pikiran, Pola dan Mekanisme Pembaharuan Hukum di Indonesia*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi, Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, 1976.

_____, *Pengantar Hukum Internasional*, Bina Cipta, Bandung, 1976.

_____, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*, PT. Alumni, Bandung, 2006.

Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum : Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum, Buku I,* Cetakan Pertama, Alumni, Bandung, 2000.

Muchsin, Imam Koeswahyono, dan Soimin, *Hukum Agraria Indonesia Dalam Perspektif Sejarah*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2007.

Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi*, Kompas, Jakarta, 2001.

_____, *Puspita Serangkum : Aneka Masalah Hukum Agraria*, Cetakan Pertama, Andi Offset, Yogyakarta, 1982.

_____, *Kewenangan Negara untuk Mengatur dalam Konsep Penguasaan Tanah oleh Negara,* Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 14 Februari 1998.

Munir Fuady, *Sejarah Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 1982.

_____, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis),* Buku Kesatu, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.

_____, *Pembiayaan Perusahaan Masa Kini, Tinjauan Hukum Bisnis,* PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.

_____, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2007.

Mariam Darus Badrulzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, Alumni, Bandung, 1996.

_____, *Aneka Hukum Bisnis,* Alumni, Bandung, 1994.

_____, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001

M. Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, PT. Alumni, Bandung, 1992.

Mahadi, *Uraian Singkat Hukum Adat Sejak RR Tahun 1954*, Cetakan Ketiga, Alumni, Bandung, 2003.

_____, *Falsafah Hukum, Suatu Pengantar*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, hlm. 114.

_____, *Hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, Binacipta, Bandung, 1983.

Moh. Koesno, *Hukum Adat Sebagai Suatu Model Hukum : Bagian I (Historis*), Mandar Maju, Bandung, 1992.

Moch. Chidir Ali, H. Achmad Samsudin, dan Mashudi, *Pengertian-pengertian Elementer Hukum Perjanjian Perdata,* CV. Mandar Maju, Bandung, 1993.

Nasution, *Metode Research*, Bumi Aksara, Bandung, 2001.

Notonagoro, *Politik Hukum Dan Pembangunan Agraria di Indonesia*, Pancuran Tujuh, Jakarta, 1974.

Neil Bieker, *Cessie Boggs, Foreign Investment in Privatised Infrastructure Projects*, Hadinoto, Hadiputranto & Partners, Jakarta, 1997.

Notohamidjojo, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, BPK Gunung Mulia, Jakarta, 1975.

Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan Indonesia : Suatu Pendekatan Ekonomi-Politik,* Disertasi S3, UGM, Yogyakarta, 2006.

Noer Fauzi, *Tanah dan Pembangunan*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1997.

P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th. Ed. Oxford University Press Inc., New York, 1995.

Philipus M. Hadjon, *Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, dalam Bagir Manan (Editor) *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1996.

Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, In-Dhill. Co., Jakarta, 1989.

Rudolf van Dijk, *Pengantar Hukum Adat*, Sumur Bandung, Bandung, 1960.

Rudolf van Jhering, *Law as a Means to an End*, Dalam Clarence Morris (ed.), *The Great Legal Philosophers : Selected Reasings in Jurisprudence*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1959.

R.J. Jue, *Grondbeginselen van het recht*, Groningen, 1980.

R. Dworkin, *Talking Rights Seriously*, Harvard Universoty Press, Cambrigde, Massachusetts, 1977.

_____, *Law's Empire*, Fontana Press, Harper Collins Publisher, London, 1991.

R.M. Suryodiningrat, *Asas-asas Hukum Perikatan*, Cet. Kedua, Tarsito, Bandung, 1985.

Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale UP., 1954.

Ridwan Khairandy, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003.

Riduan Syahrani, *Seluk Beluk Dan Asas-asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 1985.

Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990.

Subekti, R. *Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992.

_____, *Hukum Perjanjian*, PT. Pembimbing Masa, Jakarta, 1972.

_____, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1995.

Subekti, R. dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata Terjemahan Burgerlijk Wetboek*, cetakan ke-27, Pradnya Paramita, Jakarta,1995.

Setiawan, R., *Pokok-pokok Hukum Perikatan,* Binacipta, Bandung, 1978.

Soetojo Prawirohamidjojo, R. *Hukum Perikatan*, Bina Ilmu, Surabaya, 1979.

Soepomo, R. *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, Cetakan Pertama, Pradya Paramita, Jakarta, 2003.

_____, *Hukum Perdata Adat Jawa Barat*, Terjemahan Nani Soewondo, Djambatan, Jakarta, 1967.

Soeprapto, R., *Undang-undang Pokok Agraria Dalam Praktik,* UI Press, Jakarta, 1986.

Roestandi Ardiwilaga, R., *Hukum Agraria Indonesia : Dalam Teori Dan Praktek*, Cetakan Kedua, Masa Baru, Bandung, 1962.

Salindeho J., *Masalah Tanah Dalam Pembangunan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1987.

Satjipto Rahardjo, *Sisi Lain Dari Hukum Di Indonesia*, Kompas, Jakarta, 2003.

Salim H.S., *Hukum Kontrak Teori Dan Teknik Penyusunan Kontrak,* Sinar Grafika, Jakarta, 2003.

Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perutangan IA* (Terjemahan Dari Buku *Inleiding Nederlands Burgerlijk Recht* dari HFA. Vollmar, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum, UGM, Yogyakarta, 1975.

_____, *Beberapa Masalah Palaksanaan Lembaga Jaminan Khususnya Fiducia Di Dalam Praktek Dan Pelaksanaannya Di Indonesia*, FH. Gajah Mada, Yogyakarta, 1977.

_____, *Hukum Jaminan Di Indonesia, Pokok-pokok Hukum Jaminan Dan Jaminan Perorangan,* Liberty, Yogyakarta, 1980.

_____, *Hukum Perdata Hukum Benda*, Liberty, Yogyakarta, 1974.

Sjahran Basah, *Eksistensi Dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1986.

Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank Di Indonesia*, Institut Bangkit Indonesia, Jakarta, 1993.

Shidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia*, PT. Grasindo, Jakarta, 2000.

Sudargo Gautama, *Masalah Agraria*, Alumni, Bandung, 1973.

Soerjono Soekanto, *Perspektif Teoritis Studi Hukum Dalam Masyarakat*, Cetakan Kedua, Rajawali, Jakarta, 1985.

Soedjono Dirdjosisworo, *Kontrak Bisnis (Menurut Sistem Civil Law, Common Law dan Praktek Dagang Internasional)*, Mandar Maju, Bandung, 2003.

Soedikno Mertokusumo, *Hukum dan Politik Agraria*, Universitas Terbuka, Karunika, Jakarta, 1988.

S.J. Pockema Andrea, *Rechtsgeleer Hamwoordenboek*, Groningen, 1984, dikutif dari Aripin P. Soeria Atmadja, *Mekanisme Pertanggungjawaban Keuangan Negara : Tinjauan Yuridis*, Gramedia, Jakarta, 1986.

Thoga H. Hutagalung, *Hukum Dan Keadilan Dalam Pemahaman Filsafat Pancasila Dan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi, UNPAD, Bandung, 1995.

Ter Haar, *Asas-asas Dan Susunan Hukum Adat*, (Terjemahan), Pradnya Paramita, Jakarta, 1983.

Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Cetakan Ke Sembilan, Kanisius, Yogyakarta, 1995.

_____, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cetakan Kelima Belas, Kanisius, Yogyakarta, 1982.

Urip Santoso, *Hukum Agraria Dan Hak-hak Atas Tanah*, Prenada Media, Jakarta, 2005.

Vollmar, H.F.A., *Pengantar Studi Hukum Perdata*, Jilid I, Terjemahan Adiwimarta, Rajawali, Jakarta, 1983.

Van Dijk, *Pengantar Hukum Adat Indonesia*, Cetakan Ketiga, Diterjemahkan oleh Soehardi, Vorkink-Van Hoeve, Bandung-S'Gravengage.

Van Dale, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, tiende druk, Utrecht/Antwerpen, 1982.

Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata*, Cetakan Ketujuh, Sumur Bandung, Bandung, 1979.

Wiradi, *Prinsip-prinsip Reforma Agraria, Jalan Penghidupan Dan Kemakmuran Rakyat*, LAPERA Pustaka Utama, Jakarta, 2001.

B. Peraturan Perundang-undangan :

Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen ke 1 sampai dengan ke 4.

Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria.

Undang-undang No. 25 Tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional.

Undang-undang No. 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025.

Peraturan Pemerintah No. 7 Tahun 2005 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional Tahun 2004-2009.

Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.

Peraturan Pemerintah No. 5 Tahun 2010 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional 2010-2014.

Peraturan Pemerintah No. 67 Tahun 2005 yang telah diubah oleh Peraturan Presiden No. 13 Tahun 2010 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur.

Peraturan Menteri Negara Agraria/Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat.

Keputusan Menteri Keuangan RI No. 470/KMK.01/1994 tentang Tata Cara Penghapusan Dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara.

Keputusan Menteri Keuangan RI No. 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).*

Surat Keputusan Menteri BUMN No. Kep. 117/M-MBU/2002.

Peraturan Daerah No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Ulayat.

C. Sumber Lain :

1. Jurnal.

Mochtar Kusumaatmadja, *Pemanfaatan Cita Hukum Dan Asas-asas Hukum Nasional Di Masa Yang Akan Datang*, Majalah Hukum Nasional, No. 1 Tahun 1995, BPHN, Jakarta.

Teng Tjin Leng, *Azas "Pemisah Secara Horizontal" Dalam Hukum Tanah Indonesia Sebelum Dan Sesudah UUPA*, Majalah Hukum No. 5 Tahun ke-4, 1978.

2. Makalah

Heinz H. Bunker, *Business Opportunities In the Pipeline Transmission Sistem Throug BOT*, The Asian Conference on Planning, Packiging & Implementing BOT Projects, Hilton Singapore, 1988.

Mahfud M.D., *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, Makalah Pada Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, BPHN Departemen Hukum Dan HAM, Jakarta, 2006.

Satjipto Raharjo, *Peranan Dan Kedudukan Asas-asas Hukum Dalam Kerangka Hukum Nasional (Pembahasan Terhadap Makalah Sunaryati Hartono)*, Seminar dan Lokakarya Ketentuan Umum Peraturan Perundang-undangan, Jakarta, 19-20 Oktober 1988

Sri Rejeki Hartono, *Beberapa Tentang Permodalan Pada Perseroan Terbatas*, Makalah Pada Seminar Nasional Menyongsong Berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas Dan Implikasinya Terhadap Perkembangan Dunia Usaha Di Indonesia, UNDIP/UGM, Yogyakarta, 1995.

3. Laporan Hasil Penelitian

Felix O. Soebagyo, *Laporan Akhir Pengkajian Tentang Aspek-aspek Hukum Perjanjian Build Operate and Transfer (BOT*), Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Jakarta, Tahun 1993-1994.

Imam Sudiyat, *Asas Pemisah*, Himpunan Laporan Hasil Pengkajian Bidang Hukum Adat, BPHN, Jakarta, 1985.

Tim Naskah Akademis BPHN, "*Naskah Akademis Lokakarya Hukum Perikatan*", Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, 1985.

4. Artikel

A.Z. Nasution, *Iklan Dan Perlindungan Konsumen*, Artikel yang dimuat dalam Majalah Manajemen Usahawan Indonesia, No. 3 Thn. XXIII, Maret 1994.

Gaspar Ganggas, *Tanggung Jawab Produk Dalam Era Industrialisasi Dan Pengaturannya Di Indonesia*, Artikel Dimuat Dalam Majalah Science, No. 19 Januari 1993.

5. Kamus.

Abdul Azis Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 2001.

Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, West Group St. Paul Minn., USA, 2009.

Henry Campbell Black, *Black Law Dictionary*, Sixth Edition, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1990.

R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Kamus Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1983.

W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1976.

_____, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Cetakan Kelima, Pusat Pembinaan Dan Pengembangan Bahasa, Departemen Pendidikan & Kebudayaan, Balai Pustaka, Jakarta, 1982.

6. Surat Kabar

R.W. Liddle, *Dua Wajah Individualisme*, Harian Kompas, 8 Januari 1996.

7. Internet

Arik Hariyono, *Tinjauan Aspek Peraturan Agraria, Peraturan Perpajakan dan Kerjasama Penggunausahaan Properti*, makalahjurnal. com/dir/ http:// www.slideshare.net/prasetyosampurno/hukum-properti-Lengkap, diuduh tanggal 6 Juni 2011.

Grotius, H., *The Law of War and Peace : De Jure Belli et Pacis*, 1964 ed., Kelsey, F.W. trans., Oxford, 1916 – 25 dan Pufendorf, S., *The Law of Nature and Nations: De Jure Naturae et Gentium,* 1988 ed. Oxford, 1934, TLDB Document ID : 105700 diakses dari http:/tldb.uni-koeln.de/phb/pub

Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, http://tldk.uni-koeln.de/php/pub, 2 Agustus 2004.

INDEKS

A

a comman of the law giver, 180
a human being, 47
a tool, 183, 184
aanmaning, 117
absolut onmogelijkheid, 133
absorptie, 115
abstract justice, 208
acessoir, 303
Adat diisi, limbago dituang, 227
Adequate Verorzaking, 124
adol bedol, 88
adol ngebregi, 88
afscheiding, 52
afsluiting, 52
afwezigheid van schuld, 133
ager, 13
Agraria Reform, 80
Agrarisch Besluit, 15, 25, 26, 36, 39, 40, 196
Agrarische Wet, 15, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 36, 39
agrarius, 13
Agrees damages, 126
agros, 13
akker, 13
aksedentalia, 103, 279, 280
al haqq, 46
al milk, 46
Algemene Bepaling van Wetgeving, 180
Algemene Domeinverklaring, 36
antinomy, 212
anvulled recht, 103
appetitus societatis, 177
arbeidsovereenkomsten, 105

Dipindai dengan CamScanner

arglist, 120, 124
asas *accessie*, 199
asas *domein*, 22, 30, 31, 39
assosiations, 47
ATLAS Aman, Tertib, Lancar, dan Sehat, 81
Avoidable Consequences Doctrine, 121

B

bankable, 250
basic power, 263
basic truth, 145
Bataafse Republiek, 19
Bataviaasche Grondhuur, 90
bedingen, 149
bedrog, 162
Benoemde, 113
Beschikking, 51
beschikkingsrecht, 61, 62, 219, 230
betrekking, 110
bevel, 117
billikheid redelijkheid, 153
Black's Law Dictionary, 14, 47, 98
Borneo, 37
bouwheer, 140
bouwstenen, 157
breach of contract, 116, 268
Build Operate and Transfer/BOT, 9, 11, 18, 38, 45, 46, 55, 56, 57, 68, 69, 82, 94, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 177, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 209, 213, 219, 225, 229, 232, 233, 238, 239, 244, 248, 253, 260, 262, 264, 279, 280, 281, 297, 300, 306, 320

C

Certificate of Completion, 308, 310
Cita hukum Pancasila, 187
Civil and Commercial Code of Thailand, 148
Civil Code Article, 93
Civil Code of Japan, 148

Dipindai dengan CamScanner

civil law, 1, 100
Civil Law Sistem, 157
clan, 62
closed logical sistem, 180, 182
Code Civil Prancis, 127, 148
Collateral Source Doctrine, 125
combinatie, 115
Commercial Centre, 312
Common law, 1
Common Law Sistem, 157
communitarian vison of property, 74
commuun, 199
Conditio Sine Qua Non, 123
constitution, 1, 3
Continental, 1
Contingenten, 18, 19
Contract, 49, 158, 166
Contractual controlled remedies, 126
contributory negligence, 122
Controller, 76
corporations, 47
corrective justice, 207, 210
Credietverband, 37
Crown, 27
culpa, 134
cultuur stelsel, 19
custodian, 214

D

das sein, 212
das sollen, 212
de objective overmachtsleer, 141
de subjective overmachtsleer, 142
Declaration des Droit de l'home et du Citoyen, 51
default, 116, 118, 268
deklaratoir, 128
derden beding, 149, 245
difficultas, 135
discreationer, 126

Dipindai dengan CamScanner

distributive justice, 207
doktrin tenure, 26
domein, 26, 31, 39
domeinverklaring, 15, 196
dorpenbond, 62
droit inviolable et sacre, 51
duty, 121
duty to mitigate damages, 121
duty to mitigate loss, 121
dwaling, 161, 162
dwang, 161, 162
dwingen recht, 215

E

een man een man, een woord een woord, 147
egalite, 155
eigenaar, 51, 89
eigendom, 22, 24, 26, 51, 52, 53, 54, 89, 232
eigenrichting is veboden, 204
Eindresume, 23
eindtermijn, 111
Epicuristen, 150
equality, 3, 209
equality before the law, 3
erfacht, 22, 23
erven, 52
essentialia, 103, 279, 280
Eudaemonia, 99
evenwicht, 10, 159, 209, 267, 294
exeptio non adimpleti contractus, 313
expectation damages, 126
exploitation de 'home par l 'homme, 151

F

fault, 125
Faute de la Victime, 122
Feudal Survivals, 27
financing gap, 170

Dipindai dengan CamScanner

force majeure, 12, 129, 132, 137, 252, 257, 270, 271, 272, 280, 315
foreign person, 75
foreseeability, 120
fraternite, 155

G

gebroki, 88
generale welfare, 211
Genot, 51
gens, 62
gerechtigkeit, 206
grondrechten, 2
Grundnorm, 4, 181
guiding principle, 188

H

handeling, 159, 199
handelings onbevoegdheid, 164
handelingson-bekwaamheid, 163
Hoge Raad, 123, 161
horizontal, 85
horizontale scheiding beginsel, 82
human welfare, 211

I

idée des recht, 212
Immovables Registration Law, 92
immunity, 197
impossibilitas, 136, 137, 142
impossible, 138
in gebrekke stelling, 116, 117, 118, 128, 257, 269, 274, 317
Indische Staatsregeling, 23
inhoud, 159
inter vivos, 48
ius tollendi, 89, 90

Dipindai dengan CamScanner

J

Juristic Act, 100

K

keeping of faith, 99
kolonialistis tradisional, 4
Koninklijk Besluit, 37
konsensualisme, 146, 147, 148
konstitutif, 129
kontante handeling, 199
Kontinental, 2, 50
koopman, 18

L

labor organization, 47
laissez fair, 150
landreform, 80
landrent, 20
Landrente, 21
law applying act, 100
Law as a tool of sosial engineering, 183
law creating act, 100
legal justice, 207, 208
legal representatives, 47
legal transaction of civil law, 100
lex specialis, 194, 201
lex specialis derogat lex generalis, 194
liberte, 155
life support sistem, 6, 213
liquidated damages, 125
Living Law, 182
Lord, 27
(LOSS) Lestari, Optimal, Serasi, dan Seimbang, 81

Dipindai dengan CamScanner

M

Machtsstaat, 1
magersari, 88, 156
Midlle Ages, 26
Minister for Law, 76
mitigation, 121
Mitverchulden, 122
modern roman law, 1
mutual compact, 98
my word is my bond, 119, 269

N

nakomen, 119
nakoming, 133, 159
National Planning, 81
natrekking, 85, 86
natural justice, 207, 208
naturalia, 103, 104, 279, 280
Nederlands Indie, 20
Nicomachean Ethics, 206
nietig, 143, 166
nominaat contract, 113
non fulfilment, 116, 268
Notice of default, 118

O

Occupation Theory, 49
Octroi, 18
of andre soortgelijke akte, 117
of toevel, 131
omstandigheiden, 110
onbenoemde, 113, 193
onbindende tydsbepaling, 111
onmogelijkeheid, 133
onrechtmatige, 189
onverschuldigde betaling, 167, 168
onvoorziene toevel, 131

Dipindai dengan CamScanner

Operate, 9, 11, 18, 38, 45, 46, 55, 56, 57, 68, 69, 82, 94, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 177, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 209, 213, 219, 225, 229, 232, 233, 234, 238, 239, 243, 244, 248, 253, 259, 260, 262, 264, 279, 280, 281, 297, 300, 306, 320
opschotende tijdsbepaling, 111
opstal, 26, 87, 88, 89, 90
opstallen, 89
overeenkomst, 95, 98, 108, 113, 193
overmacht, 12, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 167, 202, 250, 251, 252, 270, 271, 272, 274

P

pach, 106
pachter, 88
pacta sunt servanda, 10, 146, 153, 154, 157
pand, 113
participating interest, 175
partnerships, 47
permanent resident, 75, 76
physical impossibility, 137
planning, 81
pleonexia, 206
pluralistis, 4
positive discrimination, 210
post-modern dialectic of property, 74
pragmatical legal realism, 186
Present worth Doctrine, 124
price fixing, 151
privaat placement, 261
private autonomy, 100
privaty of contract, 148
project lender, 235
promissorum implendorum obligati, 153
public interest, 183
publiekrechtelik, 40

Dipindai dengan CamScanner

Q

Quantity Surveyor, 309
quantum meruit, 140

R

raison et conscience, 211
rapport du droit, inbreng van recht, 209
rasionable, 57
reasonable certainty, 121
reasonable certanity, 319
reasonable effort, 121
reasonable value, 141
recht als opwoner, 88
rechtmatig, 146
rechtmatigheids toetsing, 2
rechts als bijwoner, 88
rechts idee, 177
rechts idée, 1
rechtssicherkeit, 203
rechtsstaat, 1, 177
redhibition, 126
Regerings Reglement (RR), 22
Regional Planning, 81
Reine Rechtlehre, 182
relative onmogelijkheid, 133
reliance demages, 126
religie, 61, 219
renaissance, 150
res communes, 48
res nullius, 48
resicoleer, 142
Residential Property Advisory Committee, 76
residentie zuider en Osterafdeling van, 37
resource based economy, 6, 213
restitution, 140
risk relocation, 252
Roerendiensten, 19
royalty, 10, 176

Dipindai dengan CamScanner

rule of law, 1, 2, 177, 212
Rural Development, 80

S

schade vergoeding, 119
schadevergoeding, 133
seinskatagorie, 180
self regarding vision, 74
servitude, 93
Six Lives de La Republique, 211
Sociological Jurisprudence, 181, 182, 183, 186
sollenskatagorie, 180
sommasi, 117
Sommatie, 118
Sommation, 118
sosial interest, 184
souvereign, 18
Staatsblaad, 23, 25
stam, 62
standard contract, 151
State, 27, 100, 180
status quo, 184
Stufenbau Theorie, 181
Sui generis, 115
Summum jus, summa injuria; summa lex, sum crux, 210
Superficies solo cedit, 87
super-landlord, 20
Supremacy of law, 3
syarak, 46

T

te goeder trouw, 152
tegenstelling, 103
tenant, 26
terme de grace, 129
the bargain theory, 101
the constitution based on individual rights, 3
the equivalent theory, 101

Dipindai dengan CamScanner

the greatest happiness for the greatest number people, 211
the invisible hand, 150
The Law of Property Act, 27
The Residential Property Act, 75
the rule of law, 1
to prevent certain kinds of harm, 158
tractaat, 18
Transfer, 9, 11, 18, 38, 45, 46, 55, 56, 57, 68, 69, 82, 94, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 177, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 209, 213, 219, 225, 229, 232, 233, 238, 239, 243, 244, 248, 253, 259, 260, 262, 264, 279, 280, 281, 297, 300, 306, 320
treaty, 154
trustees, 47
trustees in bankcruptcy, 47
Turgut's Formula, 169
Turkish Electronical Authority, 170
turn key, 140
two sided legal transactions, 101

U

uit de wet allen, 189
uit de wet door's mensen toedoen, 189
uitdrukkelijk, 110
unjust enrichment, 140
user, 233, 237, 238, 280
Utilitarianisme, 99, 211, 212

V

van verbintenissen, 95, 188, 189, 193, 194, 201, 225, 234, 238, 239, 264, 276, 301, 306, 316
verbintenis, 95
Verenigde Oost Indische Compagnie, 18
Verplichte Leveranten, 19
Verplichte Leverantie, 18
vertical, 85
verticale accessie beginsel, 82
VOC (Verenigde Oost Indische Compagnie), 18
volksgeist, 183

Dipindai dengan CamScanner

vreemde oorzaak, die hemniet kanworden toegerekend, 131
vruchtgebruik, 51

W

welfare state, 214
wettelijke grondslag, 1
will theory, 101, 102

Z

zaakwaarnening, 189
zakelijke eis, 147
Zamindar, 21
zich verbinden, 149
zweckmassigkeit, 211

Dipindai dengan CamScanner

BIODATA PENULIS



Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H., Dosen Lembaga Layanan Pendidikan Tinggi (LLDIKTI) Wilayah IV Jawa Barat, Dpk. FH Universitas Suryakancana, serta menjadi Dosen Program Pascasarjana Ilmu Hukum UNSUR. Dilahirkan di Bandung, pada 9 Januari 1969. Menyelesaikan S1, di FH Universitas Padjadjaran Bandung lulus tahun 1991. Lulus dari Program Magister Ilmu Hukum Bisnis Universitas Padjadjaran Bandung tahun 2004, dan tahun 2011 lulus pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Parahyangan Bandung. Menulis di beberapa jurnal ilmiah maupun buku, memberikan pendapat hukum (legal Opini) serta menjadi saksi ahli pada beberapa kasus hukum. Periode 2008-2013 pernah menjabat sebagai Wakil Dekan I FH UNSUR, dan saat sekarang menjabat sebagai Wakil Rektor III Bidang Kemahasiswaan UNSUR. E-mail. anita.kamilah@ yahoo.co.id.

Mata kuliah yang dibina pada S1 Fakultas Hukum, yaitu Hukum Perdata, Hukum Agraria, Hukum Perikatan, Hukum Dagang, Hukum Perdata Internasional, dan Hukum Perjanjian Internasional. Adapun mata kuliah yang dibina di S2 adalah Hukum Fiskal dan Hukum Keuangan Pusat dan Daerah.

Dipindai dengan CamScanner

BANGUN GUNA SERAH
(BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT)
MEMBANGUN TANPA HARUS MEMILIKI TANAH
(PERSPEKTIF HUKUM AGRARIA, HUKUM PERJANJIAN DAN HUKUM PUBLIK)

BOT merupakan istilah yang relatif baru dari sistem hukum nasional, namun telah memberikan manfaat besar dalam mendukung pembangunan nasional mengingat pembangunan membutuhkan tanah yang cukup luas sedangkan tanah terbatas baik jumlah maupun luasnya yang bersifat tetap serta tidak bertambah dalam segala dimensi kebutuhan manusia. Selain tanah, meningkatnya pembangunan ekonomi nasional membutuhkan pula penyediaan dana yang cukup besar, sedangkan pemerintah memiliki keterbatasan pendanaan APBN maupun APBD dalam pembangunan infrastrukturnya. Sehubungan dengan hal tersebut, perlu dikembangkan model kemitraan yang saling menguntungkan dalam pembiayaan pembangunan dengan mengundang pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan proyek pemerintah melalui sistem Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).



Dr. Anita Kamilah, S.H., M.H., Dosen Lembaga Layanan Pendidikan Tinggi Wilayah IV Jawa Barat, Dpk. FH Universitas Suryakancana, serta menjadi Dosen Program Pascasarjana Ilmu Hukum UNSUR. Menyelesaikan S1, di FH Universitas Padjadjaran Bandung lulus tahun 1991. Lulus dari Program Magister Ilmu Hukum Bisnis Universitas Padjadjaran Bandung tahun 2004, dan tahun 2011 lulus pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Parahyangan Bandung. Menulis di beberapa jurnal ilmiah maupun buku, memberikan pendapat hukum (legal Opini) serta menjadi saksi ahli pada beberapa kasus hukum. Periode 2008-2013 pernah menjabat sebagai Wakil Dekan I FH UNSUR, dan saat sekarang menjabat sebagai Wakil Rektor III Bidang Kemahasiswaan UNSUR. e.mail. anita.kamilah@yahoo.co.id.

Mata kuliah yang dibina pada S1 Fakultas Hukum, yaitu Hukum Perdata, Hukum Agraria, Hukum Perikatan, Hukum Dagang, Hukum Perdata Internasional, dan Hukum Perjanjian Internasional. Adapun mata kuliah yang dibina di S2 adalah Hukum Fiskal dan Hukum Keuangan Pusat dan Daerah.

KENI MEDIA
Jl. Salendro Timur II No. 8
Bandung 40275
Phone (022) 731 5535 | Fax (022) 8734 0715
www.kenimedia.id
kenimedia@yahoo.com

LAW
U 17+
9 786029 847895
Harga P. Jawa Rp. 98.000,-

Dipindai dengan CamScanner