

**PENERAPAN ASAS PROPORSIONALITAS DALAM
PERJANJIAN BUILD OPERATE TRANSFER ANTARA
PEMERINTAH KABUPATEN BANJAR DAN INVESTOR**

TESIS



Oleh:

Anita Nilawardhani Srimanganti

No Mhs. : 98M0022

BKU : Hukum Bisnis

Program Studi : Ilmu Hukum

**PROGRAM PASCA SARJANA
PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA**

2011

**PENERAPAN ASAS PROPORSIONALITAS DALAM
PERJANJIAN BUILD OPERATE TRANSFER ANTARA
PEMERINTAH KABUPATEN BANJAR DAN INVESTOR**

TESIS

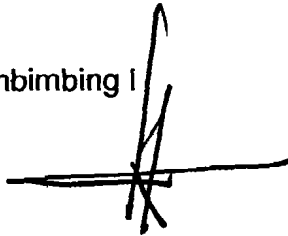
Oleh :

Anita Nilawardhani Srimanganti

Nomor Mhs : 98 M 0022
BKU : Hukum Bisnis
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk diajukan ke
Dewan Penguji dalam ujian tesis

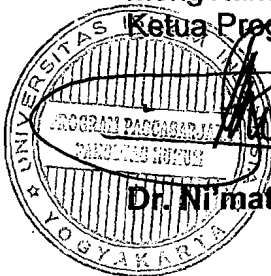
Pembimbing I



Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.

Tanggal

Mengetahui
Ketua Program



Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

Tanggal

**PENERAPAN ASAS PROPORSIONALITAS DALAM
PERJANJIAN BUILD OPERATE TRANSFER ANTARA
PEMERINTAH KABUPATEN BANJAR DAN INVESTOR**

TESIS

Oleh :

Anita Nilawardhani Srimanganti

Nomor Mhs : 98 M 0022
BKU : Hukum Bisnis
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah dipertahankan di depan Dewan Penguji
pada tanggal 19 Agustus 2011 dan dinyatakan LULUS

Tim Penguji

Ketua



Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.

Tanggal

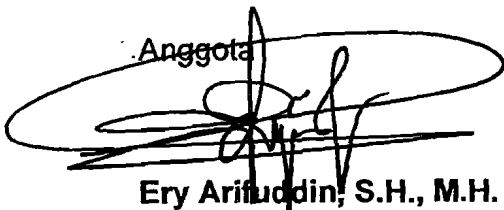
Anggota



Dr. Siti Anisah, S.H., M.Hum.

Tanggal

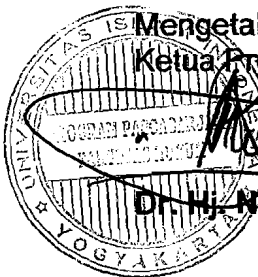
Anggota



Ery Arifuddin, S.H., M.H.

Tanggal

Mengetahui
Ketua Program



Dr. H. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

Tanggal

MOTTO :

- ❖ **Sesungguhnya sesudah kesulitan itu ada kemudahan.**
(QS. Al Insyirah : 6)

- ❖ **“Ya Allah, jadikanlah bermanfaat bagiku apa yang Engkau ajarkan kepadaku, dan ajarkanlah kepadaku apa yang bermanfaat bagiku, dan tambahkanlah kepadaku ilmu”.**
(H.R. Turmudzi)

Terima Kasih kupersembahkan pada :

- **Kedua orang tuaku yang tercinta,**
- **Suamiku tersayang**
- **Tante-tanteuku tercinta,**
- **Kedua kakakku Mbak Sari dan Mas Dedhi tersayang.**

KATA PENGANTAR

Assalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh

Tiada kata-kata indah yang pantas diucapkan selain puji syukur Alhamdulillah, kepada Allah SWT, sebab dengan rahmat, nikmat dan karunia-Nya penulis dapat menyelesaikan tulisan ini. Walaupun dalam bentuk dan isi sederhana yang terangkum dalam tesis berjudul ” Penerapan Asas Proporsional dalam Perjanjian *Build Operate Transfer* (BOT) Antara Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar dan Investor”, sebagai persyaratan untuk menyelesaikan studi Pasca Sarjana Program Studi Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia.

Sebagai insan yang lemah tentunya banyak sekali kekurangan-kekurangan dan keterbatasan yang terdapat pada diri penulis tidak terkecuali pada penulisan tesis ini, oleh karena itu penulis sangat mengharapkan koreksi, kritik saran dan perbaikan dari berbagai pihak agar penulisan tesis ini lebih baik.

Tidak sedikit bantuan dari berbagai pihak yang diberikan kepada penulis baik dari segi moril maupun materil. Oleh karena itu dengan segala ketulusan hati penulis mengucapkan beribu-ribu terima kasih atas segala bantuan dan dukungan yang selama ini penulis terima sehingga penulisan tesis ini dapat diselesaikan. Pada kesempatan ini ijinkanlah penulis mengucapkan rasa terima kasih kepada :

1. Bapak Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H. selaku Pembimbing yang telah memberikan bimbingan dan arahan dengan penuh kesabaran sampai selesainya tesis ini.
2. Ibu Dr. Hj. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum. sebagai Ketua Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia , yang telah memberikan kesempatan dan motivasi sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini

3. Bapak Drs. Agus Tryanta, M.A. M.H.,Ph.D selaku Ketua Bidang Akademik. Program Pasca Sarjana UII atas kesempatan dan dorongan semangat sampai penulis dapat menyelesaikan tesis ini.
4. Bapak Dr. Hary Supriady, S.H., M.A. selaku Asisten II Setda Kabupaten Banjar atas arahan dan waktu yang telah diberikan untuk berdiskusi dalam hal pendalaman analisis perjanjian *build operate transfer* sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini.
5. Ibu Siti Mahmudah, S.H., M.H. selaku Kabag Hukum Setda Kab. Banjar yang telah memberikan arahan , masukan , waktu dan kesempatan kepada penulis sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini.
6. Yang tercinta ibu, bapak, dan mertuaku atas doa yang tulus ikhlas sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini.
7. Suamiku yang tercinta Mas Agung Wahyuwono, S.Pt yang telah memberikan motivasi, dorongan moril maupun materiil dan doa yang tulus ikhlas sehingga penulis dapat menyelesaikan thesis ini,
8. Tante Yusniar, Tante Yunizar, Tante Yuzaimar, Tante Nur, Tante Etty, Om Mursalin atas dorongan semangat dan bantuan baik moril dan materiil serta doa yang tulus ikhlas sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini.
9. Mbak Sari, Mas Dedi , Mbak Nurul, Faizal, Mita, Deden, Puput serta keponakan-keponakanku yang lucu atas dorongan semangat serta doa yang tulus ikhlas sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini.
10. Rekan-rekan Bagian Hukum Setda Kab. Banjar yang telah mau merelakan waktu untuk sedikit berdiskusi dan memberi kesempatan bagi penulis untuk segera menyelesaikan tesis ini.
11. Mas Sutik yang telah banyak membantu kelancaran dalam menyelesaikan tesis ini, Pak Ashari, Pak Ismanto, Mbak Ilmi, Mbak Nani, ,Mbak Desi yang selama ini membantu dalam kegiatan akademik

12. Sahabat dan Rekan penulis yang tersayang dan semua pihak yang telah membantu hingga selesainya tesis ini.

Akhirnya, semoga amal baik mereka mendapat imbalan dan pahala dari Allah SWT. Amien.

Wassalaamu'alaikum Wr. Wb.

Yogyakarta, Agustus 2011

Penulis

ABSTRAK

Dalam upaya optimalisasi asset tanah yang mempunyai nilai ekonomi tinggi dan dalam rangka pembangunan Infrastruktur di Kabupaten Banjar maka Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar mengembangkan pola kerjasama antara Pemerintah Daerah dan swasta, hal tersebut dapat dilakukan sejalan dengan tuntutan otonomi daerah untuk meningkatkan kemampuan keuangan daerah agar mampu membiayai kegiatan pembangunan daerah. Hal ini sesuai dengan kewenangan daerah sebagaimana diatur dalam Pasal 194 dan Pasal 195 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004.

Kerjasama pemerintah daerah dengan swasta untuk pelaksanaan pembangunan fasilitas umum tersebut adalah dalam bentuk kontrak Bangun Guna Serah /*build operate transfer* (BOT), dengan konsep pihak swasta membangun bangunan siap pakai berikut fasilitas di atas tanah tersebut dan mendayagunakan selama periode konsesi tertentu untuk kemudian setelah jangka waktu berakhir menyerahkan kembali tanah dan bangunan berikut fasilitasnya beserta pendayagunaannya untuk dikelola oleh Pemerintah Daerah. Permasalahan yang dibahas dalam tulisan ini adalah bagaimanakah penerapan asas proporsionalitas dalam perjanjian *build operate transfer* antara pemerintah Kabupaten Banjar dengan Investor dan akibat apabila tidak menerapkan asas proporsionalitas dalam perjanjian *build operate transfer*.

Metode penelitian yang dipakai dalam penulisan tesis ini adalah metode yuridis normatif dengan teknik analisis secara diskriptif kualitatif yaitu mengkaji materi-materi perjanjian *Build Operate Transfer* antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor.

Asas proporsionalitas tidak dilihat dari konteks keseimbangan matematis (*equilibrium*), tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara fair. Perjanjian BOT antara pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor apabila ditinjau dari pertukaran hak dan kewajiban diantara para pihak pada seluruh proses kontrak baik dari tahapan sebelum kontrak, pembuatan kontrak maupun pelaksanaan kontrak dapat dilihat bahwa perjanjian tersebut tidak menerapkan asas proporsionalitas, hal ini dapat dilihat dari adanya pemberian hak kepada investor yang tidak sebanding dengan kewajiban yang dilakukan oleh investor dan hak yang diberikan kepada Pemerintah Daerah tidak sebanding dengan kewajiban yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah. Sehingga tidak terjadi pertukaran diantara para pihak secara proporsional.

Akibat dari tidak diterapkannya asas proporsionalitas maka tujuan perjanjian BOT yakni mendapatkan keuntungan tidak dapat terwujud. Perjanjian tersebut tidak *implementatif* dengan tujuan dibuatnya perjanjian yakni mewujudkan apa yang dibutuhkan oleh para pihak yakni terwujudnya Pusat Perbelanjaan di Martapura dan untuk memperoleh keuntungan bersama.

ABSTRACT

In an attempt to optimize the land asset which have high economic value and infrastructure development in Local Government of Banjar District, to develop cooperation patterns between Local Governments and Private, it can be done in line with demands of local autonomy to improve a local financial capacity to finance the local development activities. This is consistent with the regional authority as regulated in Article 194 and Article 195 of Law No. 32 , 2004.

The local government cooperation with private for implementation development of public facilities are in the form of contracts Build Operate Transfer (BOT), with concept the private parties builds a ready building following facilities on the land and utilize during the specified concession period and then after the time period expired gave back the land and buildings following its facilities and utilization to be managed by the Local Government.

The research method used in the writing of this thesis is a normative juridical method with a descriptive qualitative analysis technique that is reviewing the materials BOT agreement between the district Banjar with investors.

The problems discussed in such writing is how application the principle of proportionality in the build operate transfer agreement between the government of Banjar District with Investors and the consequences if it does not apply the principle of proportionality in the build operate transfer agreement.

The principle of proportionality was not seen in the context of mathematical balance (equilibrium), but in process and mechanism of the rights exchange and obligations fairly. The BOT Agreement between the Government of Banjar District with investors when viewed from the rights exchange and obligations between the parties on the entire of contract process either from the stage before the contract, contracting and implementation of the contract can be seen that the agreement did not apply the principle of proportionality, this can be seen from the grant of rights to investors which are not comparable with the obligations undertaken by investors and the rights granted to the Local Government was not comparable with the obligations undertaken by the Local Government, so there is no rights exchange and obligations proportionally among the parties.

As a result from not applied the principle of proportionality then the purpose of BOT agreement to get the benefit can not be realized. The agreement does not implementative with the purpose of agreement that is realizing what is needed by the parties namely its realization of the Shopping Centers in Martapura and to gain a *mutual benefits*.

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Halaman Persetujuan	ii
Halaman Pengesahan	iii
Halaman Motto dan Persembahan	iv
Kata Pengantar	v
Abstrak	viii
Abstract	ix
Daftar Isi	x
Bab I Pendahuluan	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	15
C. Tujuan Penelitian	16
D. Manfaat Penelitian	16
E. Metode Penelitian	26
Bab II Perjanjian Pada Umumnya dan Perjanjian Build Operate Transfer	31
A. Pengertian dan Syarat Syahnya Perjanjian	31
B. Asas Proporsionalitas	37
C. Wan Prestasi dan Keadaan Memaksa	53
D. Pengertian Perjanjian <i>Build Operate Transfer</i> (BOT)	62
Bab III Penerapan Asas Proporsionalitas dalam Perjanjian <i>Build Operate Transfer</i> Pemerintah Kabupaten Banjar dan Investor	71

A.	Perjanjian <i>Build Operate Transfer</i> Antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan Investor serta penerapan asas proporsionalitas.....	71
B.	Implikasi Tidak menerapkan asas proporsionalitas dalam Perjanjian BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar.....	109
Bab IV	Penutup	121
A.	Kesimpulan	121
B.	Saran-Saran	122

Daftar Pustaka

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam rangka otonomi daerah maka daerah mempunyai kewenangan untuk mengelola daerahnya masing-masing. Potensi yang beraneka ragam yang dimiliki berbagai daerah membuat pemasukan yang didapatkan oleh masing-masing daerah tidak sama. Demikian pula dalam pemenuhan kebutuhan belanja daerah, berbeda-beda sesuai dengan kebutuhan masyarakatnya.

Sejalan dengan pemberian kewenangan yang lebih luas yang diberikan kepada daerah, secara tidak langsung tanggung jawab pemerintah daerah akan pelayanan kepada masyarakat juga semakin besar. Dengan tanggung jawab yang semakin besar pemerintah daerah diharapkan mampu untuk mengembangkan strategi yang tepat untuk menyelesaikan masalah dan meningkatkan kualitas pelayanan publik, namun demikian pemerintah daerah dihadapkan pada sumber keuangan yang terbatas maka pemerintah daerah perlu untuk mencari solusi untuk memecahkan permasalahan tersebut.

Strategi yang bisa dikembangkan diantaranya adalah menjalin kerjasama dengan swasta, karena salah satu prinsip utama otonomi daerah adalah meningkatkan peran serta masyarakat, masyarakat didorong untuk secara aktif memberikan kontribusinya, tidak saja dalam menentukan arah dan substansi kebijakan pemerintah daerah, tapi juga implementasinya. Dengan kata lain, masyarakat dan sektor swasta merupakan kekuatan yang dapat diandalkan dalam manajemen kebijakan publik.

Untuk itu perlu ada terobosan yang inovatif dan kreatif dalam memfasilitasi pengadaan pelayanan publik dengan melibatkan berbagai pihak yang mempunyai kompetensi dan kredibilitas yang memadai.

Bagi Pemerintah daerah pembiayaan pembangunan infrastruktur dengan mengandalkan APBD (Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah) juga dirasakan semakin terbatas jumlahnya, untuk itu dibutuhkan pola-pola baru sebagai alternatif pendanaan yang tidak jarang melibatkan pihak swasta (nasional-asing) dalam proyek-proyek pemerintah.¹

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, khususnya Pasal 194 dan Pasal 195, telah membuka kesempatan bagi Pemerintah daerah untuk melakukan kerja sama dengan berbagai pihak, baik Pemerintah Daerah lain maupun Pihak Ketiga yaitu Departemen/Lembaga Non Departemen atau sebutan lain, perusahaan swasta yang berbadan hukum, BUMN, BUMD, koperasi, yayasan dan lembaga lainnya di dalam negeri yang berbadan hukum.

Adanya kewenangan daerah sebagaimana diatur dalam Pasal 194 dan Pasal 195 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, maka dengan melihat keterbatasan Pemerintah Daerah dalam penyediaan dana untuk membangun infrastruktur dan dalam rangka pendayagunaan barang milik daerah khususnya barang milik daerah yang berupa tanah perlu dilakukan kerja sama dalam bentuk Bangun Guna Serah (BGS) atau sering dikenal dengan *Build Operate and Transfer* (BOT).

¹ Budi Santosa, *Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur Model BOT (Build Operate Transfer)*, Genta Press, Solo, 2008, Hal 1

Didalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah menyatakan bahwa dalam pengelolaan Barang Milik Daerah, Pemerintah Daerah dapat mengembangkan beberapa pola kerjasama dengan pihak swasta dengan 2 model²

- 1 Bangun Guna Serah (*Build Operate Transfer*) adalah pemanfaatan barang milik daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.
- 2 Bangun Serah Guna (*Build Transfer Operate*) adalah pemanfaatan Barang Milik daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, dan setelah selesai pembangunannya diserahkan untuk didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang disepakati.

Selain itu definisi Bangun Guna Serah atau *build operate transfer* adalah bentuk kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian bangun guna

² Said Fadhil, S.I.P (Tim PKP2A III) 2008, "Pola Kemitraan Pemerintah Kota dengan Swasta Dalam Pembangunan Daerah di Kalimantan, Samarinda:PKP2A III LAN Samarinda, Hal 13

serah (BOT) dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah Perjanjian masa guna serah berakhir³

Dalam penulisan ini istilah kontrak atau perjanjian mempunyai pengertian yang sama ha lini berdasarkan pada perspektif *Burgelijk Wetboek* (BW) dimana antara perjanjian dan persetujuan (*Overeenkomst*) mempunyai pengertian yang sama dengan dengan kontrak (*contract*). Hal ini dapat dilihat Buku III Titel Kedua tentang Perikatan yang lahir dari kontrak atau perjanjian yang dalam bahasa aslinya (bahasa Belanda) yaitu *Van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden*.

Pada dasarnya perjanjian berawal dari perbedaan atau ketidaksamaan kepentingan diantara para pihak. Melalui perjanjian perbedaan tersebut diakomodir dan selanjutnya dibingkai dengan perangkat hukum sehingga mengikat para pihak. Dalam perjanjian aspek keadilan dan kepastian hukum akan tercapai apabila perbedaan yang ada diantara para pihak terakomodir dalam hubungan kontraktual yang berlaku secara proporsional.

Urgensi pengaturan perjanjian adalah untuk menjamin pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) berlangsung secara proporsional bagi para pihak sehingga akan terwujud hubungan kontraktual yang adil dan saling menguntungkan bagi para pihak.

Ukuran proporsioanalitas pertukaran hak kewajiban didasarkan pada nilai-nilai kesetaraan (*equitability*), kebebasan, distribusi-proporsional, tentunya juga tidak dapat dilepaskan dari asas atau prinsip kecermatan (*zorgvuldigheid*),

³ Keputusan Menteri Keuangan Nomor.248/KMK.04/1995 tentang *Perlakuan Pajak Penghasilan terhadap pihak-pihak yang Melakukan Kerjasama Dalam bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operate and transfer)*

kelayakan (*redelijkheid;reasonableness*) dan kepatutan (*bilijkheid;equity*). Asas proporsionalitas tidak mempermasalahkan keseimbangan (kesamaan) hasil secara matematis, namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban diantara para pihak yang berlangsung secara layak dan patut.⁴

Perjanjian *Build Operate Transfer* (BOT) merupakan suatu kerjasama antara pemerintah dan swasta dalam membangun infrastruktur publik yang bertujuan untuk meningkatkan pertumbuhan infrastruktur tanpa pengeluaran dana dari pemerintah. Dalam Perjanjian BOT pihak swasta membiayai, mendesain, membangun, mengoperasikan dan memelihara fasilitas infrastruktur dalam periode konsensi tertentu dan diakhiri dengan penyerahan fasilitas kepada pemerintah tanpa kompensasi apapun. Pihak swasta mendapatkan *revenue* dari pengoperasian fasilitas infrastruktur tersebut selama masa konsensi berlangsung.

Perjanjian BOT dapat memberikan keuntungan baik bagi pemilik lahan (Pemerintah Daerah) maupun Investor (penyandang dana). Dengan perjanjian BOT ini Pemerintah Daerah yang semula tidak mempunyai anggaran untuk membangun pada akhirnya dapat memiliki bangunan yang dapat dioperasikan untuk memperoleh keuntungan. Sebaliknya bagi investor yang sebetulnya hanya yang memiliki anggaran yang sangat terbatas, dapat mendirikan bangunan komersial tanpa harus menyediakan lahan terlebih dahulu. Bagi Daerah, melakukan pembangunan dengan system BOT juga dapat mendatangkan manfaat yang sangat besar, karena Pemerintah Daerah dapat menyediakan sarana dan

⁴ Agus Yudo Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hal 89

prasarana yang dibutuhkan dengan tetap melakukan efisiensi terhadap Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah.

Dari uraian tersebut dapatlah disimpulkan bahwa keterlibatan pihak swasta dalam pembangunan daerah dapat berpotensi membantu mengoptimalkan pelayanan publik dan meningkatkan transparansi penyelenggaraan pembangunan di daerah. Dan juga dengan adanya kerjasama dengan pihak swasta tersebut, sebenarnya pihak swasta dapat mengoptimalkan pemanfaatan barang milik daerah yang belum dimanfaatkan sehingga dapat meningkatkan Pendapatan Asli Daerah (PAD).

Sehubungan hal tersebut antara Pemerintah Daerah dengan pihak swasta dalam upaya meningkatkan Pendapatan Asli Daerah (PAD) sangat dipengaruhi oleh Perjanjian Kerjasama yang disepakati oleh Pemerintah daerah dengan Pihak Swasta yang merupakan pedoman bagi para pihak yakni Pemerintah daerah dan pihak swasta.

Kerjasama dalam bentuk BOT merupakan salah satu solusi kerjasama yang saling menguntungkan, BOT dilakukan dalam jangka waktu yang lama sehingga perlu dilakukan pengkajian mendalam keuntungan dan kerugian yang akan muncul dikemudian hari

Salah satu sarana umum yang penting adalah pasar. Pasar merupakan tempat berkumpulnya orang dan terjadinya aktivitas jual beli. Pentingnya melakukan pembangunan pasar karena alasan pasar merupakan kebutuhan pokok masyarakat yang merupakan sentral kegiatan perekonomian sehingga agar pasar tidak ditinggalkan konsumen maka perlu adanya penataan dan peremajaan agar

lebih tertib dan rapi sehingga dapat memberikan kenyamanan dan menumbuhkembangkan perekonomian daerah serta meningkatkan Pendapatan Asli Daerah.

Orientasi Penggalian sumber pendapatan dari retribusi merupakan rangkaian dari kewenangan yang dimiliki daerah otonom, sehingga apabila suatu pasar tidak terurus dan semrawut maka wewenang Pemerintah Daerah untuk melakukan penataan pembangunan dan peremajaan pasar dalam rangka usaha untuk meningkatkan pelayanan bagi pedagang dan pengunjung untuk belanja pada pasar tersebut.

Pemerintah mempunyai tanah kosong yang dapat digunakan untuk membangun pasar yang lebih bagus dan teratur namun mengingat keterbatasan dana yang dimiliki oleh Pemerintah Daerah maka diperlukan kerjasama dengan pihak swasta dalam bentuk pembiayaan atau investasi dalam melakukan pembangunan pasar sehingga kendala dalam hal pendanaan dapat teratasi.

Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar mempunyai beberapa pasar antara lain pasar Martapura, Pasar Kertak Hanyar, Pasar Thaibah. Adanya keterbatasan anggaran Pemerintah daerah mengakibatkan kemampuan pemerintah daerah dalam menyediakan lahan perdagangan maupun pasar juga menjadi terbatas maka diperlukan pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan pasar tersebut dengan kerjasama pemanfaatan barang milik Negara/ daerah berupa Bangun Guna Serah (*Build Operate Transfer*).

Dalam perjanjian BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor perlu dilihat penerapan asas proporsionalitas sehingga ada pertukaran

antara hak dan kewajiban yang *fair* (proporsional) diantara para pihak. Asas proporsionalitas tidak dilihat dari konteks keseimbangan matematis (*equilibrium*), tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara fair.

Makna asas proporsionalitas adalah asas yang mengatur pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya, yang meliputi seluruh proses kontrak baik pada tahapan prakontrak, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak⁵

Klausul dalam perjanjian BOT apakah sudah menerapkan asas proporsionalitas yakni adanya pembagian hak dan kewajiban yang saling bertukar secara proporsional diantara para pihak. Untuk menganalisis hubungan antara para pihak dalam perjanjian maka proporsionalitas hubungan antara para pihak tidak ditentukan oleh kesamaan dan kesebandingan jumlah klausul yang ada , namun yang lebih penting adalah hak dan kewajiban diantara mereka terbagi secara proporsional.

Perjanjian Kerjasama Pembangunan Infrastuktur dengan system BOT merupakan kontrak komersial. Fungsi Kontrak komersial (*commercial transactions*) mempunyai karakteristik pertukaran kepentingan melibatkan pelaku bisnis (*business people and companies*), yaitu :⁶

⁵ *Ibid* hal 323

⁶ *Ibid*, hal 99

- a. Kontrak menjamin harapan yang saling diperjanjikan diantara para pihak akan terpenuhi, atau akan tetap ada kompensasi yang dibayarkan apabila terjadi wanprestasi;
- b. Kontrak mempermudah rencana transaksi bisnis masa depan dari berbagai kemungkinan yang merugikan;
- c. Kontrak menetapkan standar pelaksanaan dan tanggung jawab para pihak;
- d. Kontrak memungkinkan pengalokasian risiko bisnis secara lebih tepat (meminimalisir risiko bisnis para pihak);
- e. Kontrak menyediakan sarana penyelesaian sengketa bagi para pihak.

Dengan memperhatikan asas proporsionalitas maka akan terwujud kontrak yang secara proporsional mampu memberikan keadilan dan kepastian bagi para pihak. Melalui kontrak ini diharapkan akan terwujud pola hubungan yang saling menguntungkan (*simbiosis mutualisma*), yang pada akhirnya menunjang iklim investasi yang kondusif.

Perjanjian BOT perlu dilihat dari proses awal dilakukannya kerjasama hingga pada tahap pelaksanaan. Dengan melihat perjanjian yang berkaitan dengan hak dan kewajiban para pihak perlu dikaji mendalam apakah sudah sesuai dengan peraturan yang berlaku dan apakah asas proporsionalitas telah di terapkan dalam perjanjian BOT. Bagaimanakah system pengelolaan atau pengopersionalan pasar apakah sudah diatur secara rinci dalam perjanjian termasuk apabila terjadi risiko, dan pembagian keuntungan yang diperoleh selama perjanjian berlangsung, bisa berbentuk bagi hasil atau bentuk lainnya.

Tujuan dari kerjasama pembangunan Infrastruktur tersebut harus mengacu kepada peningkatan bagi kesejahteraan masyarakat dan bagi percepatan pertumbuhan perekonomian masyarakat.

Sistem BOT dengan segala kelebihanannya memiliki potensi untuk dikembangkan dan diterapkan pada proyek infrastruktur. dalam system *BOT* ini terdapat berbagai permasalahan yakni sulitnya merumuskan alokasi risiko sehingga menghambat penerapan pola perjanjian ini.

Dalam Perjanjian Kerjasama Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor secara materi berisi konsep BOT yaitu kontrak dimana pihak kontraktor menyerahkan bangunan yang sudah dibangunnya itu setelah masa transfer, sementara sebelum proyek diserahkan, ada masa tenggang waktu bagi pihak kontraktor (misalnya 20 tahun) yang disebut dengan masa konsensi untuk mengoperasikan proyek yang bersangkutan.⁷

Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura untuk menampung pedagang dan pedagang kaki lima di Martapura, dalam Perjanjian kerjasama antara Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar dengan PT Sinar Harapan Jaya Martapura dalam pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura dimana Pemerintah Daerah menyertakan modal seluas 78.000 M2, dan sedangkan PT Sinar Harapan Jaya Martapura menyertakan modal berupa pembangunan Pusat Perbelanjaan

⁷ Munir Fuady, *Kontrak Pemborongan Mega Proyek*, PT Citra Aditya Bakti , Bandung, 1998, hal 51-52

Martapura berikut sarana dan prasarana serta fasilitas umum dengan nilai Rp. 21.844.087.000,-

Pada pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura Pemerintah Daerah akan menerima keuntungan berupa Pembangunan Terminal, Polsekta, Taman Kanak-kanak, Taman dan Infrastruktur, Penerimaan Biaya IMB, Retribusi Galian C setelah bangunan selesai dan ditempati selama 5 tahun berikutnya, Pemerintah Daerahpun mulai menerima pendapatan berupa sewa toko dan retribusi lainnya.

Persoalan yang timbul dalam Perjanjian Kerjasama Pembangunan Pusat Perbelanjaan Sekumpul Martapura pada tahap pengoperasionalannya atau pengelolaannya terdapat kendala yakni setelah pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura selesai , bangunan pertokoan dan rumah toko pada pusat perbelanjaan tersebut tidak semuanya terisi sehingga bangunan toko maupun ruko tersebut menjadi tidak terawat sehingga baik investor maupun pemerintah daerah mengalami kerugian, selain itu dengan tidak berfungsinya fasilitas tambahan di lingkungan Pusat Perbelanjaan Sekumpul maka bagi hasil tidak dapat dilaksanakan, sehingga baik investor maupun Pemerintah Daerah di rugikan serta setelah 5 tahun maka Pihak Pemerintah Daerah seharusnya dapat memungut retribusi tetapi karena Pihak investor tidak mempunyai data mengenai penyewa ruko maka pemerintah daerah tidak dapat memungut retribusi hal ini merugikan pemerintah daerah .

Dalam Pasal 29 ayat (3) huruf c Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah menyebutkan bahwa

mitra Bangun Guna Serah atau mitra Bangun Guna Serah yang telah di tetapkan, selama jangka waktu pengoperasian harus memenuhi kewajiban memelihara objek bangun Guna Serah dan Pasal 29 ayat (4) menyebutkan bahwa Dalam Jangka Waktu pengoperasiannya sebagian barang milik Negara/daerah hasil bangun guna serah harus dapat digunakan langsung untuk penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi pemerintah.

Pengelolaan Barang Milik Daerah Bangun Guna Serah yang dilakukan oleh pihak swasta pada hakikatnya yang dituangkan dalam perjanjian kerjasama memuat kewenangan, hak dan kewajiban dalam perjanjian kerjasama tersebut sesuai dengan tujuan dari perjanjian itu sendiri yakni membangun, mengoperasikan, dan menyerahkan kembali kepada pemilik tanah (dalam hal ini Pemerintah daerah) setelah jangka waktu yang ditentukan atau disepakati.

Dengan demikian dalam Perjanjian Pembangunan dan Pengelolaan Pembangunan Pasar (infrastruktur) antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan investor terjadi permasalahan dalam mengoperasikan atau pengelolaan objek perjanjian sehingga merugikan kedua belah pihak. Dengan demikian dalam perjanjian kerjasama perlu dilakukan perencanaan yang matang sehingga hukum akan dapat mempengaruhi pembangunan. Selain itu dalam perjanjian kerjasama pembangunan pasar perlu adanya klausul tentang risiko baik dalam masa berlakunya perjanjian atau dalam hal pemeliharaan dan pengelolaan.

Dalam perjanjian kerjasama dengan sistem BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor perlu dilihat penerapan asas proporsionalitas

sehingga ada pertukaran antara hak dan kewajiban yang *fair* (proporsional) diantara para pihak. Asas proporsionalitas tidak dilihat dari konteks keseimbangan matematis (*equilibrium*), tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara *fair*.⁸

Makna asas proporsionalitas adalah asas yang mengatur pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya, yang meliputi seluruh proses kontrak baik pada tahapan prakontrak, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak⁹

Klausul dalam perjanjian kerjasama dengan system BOT apakah sudah menerapkan asas proporsionalitas yakni adanya pembagian hak dan kewajiban yang saling bertukar secara proporsional diantara para pihak. Untuk menganalisis hubungan antara para pihak dalam perjanjian maka proporsionalitas hubungan antara para pihak tidak di tentukan oleh kesamaan dan kesebandingan jumlah klausul yang ada , namun yang lebih penting adalah hak dan kewajiban diantara mereka terbagi secara proporsional.

Dengan memperhatikan asas proporsionalitas maka akan terwujud kontrak yang secara proporsional mampu memberikan keadilan dan kepastian bagi para pihak. Melalui kontrak ini diharapkan akan terwujud pola hubungan yang saling menguntungkan (*simbiosis mutualisma*), yang pada akhirnya menunjang iklim investasi yang kondusif.

⁸ Agus Yudo Hernoko, *op.ci,t* hal 8

⁹ *Ibid*, hal 323

Agar supaya hukum dapat berpengaruh terhadap pembangunan maka hukum harus mencerminkan nilai-nilai keadilan (*fairness*) dan dapat diprediksi (*predictable*) sebagaimana yang dikemukakan oleh Prof. Erman Rajagukguk :

“ Faktor utama bagi hukum untuk dapat berperan dalam pembangunan ekonomi adalah apakah hukum mampu menciptakan *stability*, *predictability* dan *fainess*. Dua hal yang pertama adalah prasyarat bagi system ekonomi apa saja yang berfungsi. Termasuk dalam fungsi stabilitas (*stability*) adalah potensi hukum untuk menyeimbangkan potensi-potensi hukum yang saling bersaing.¹⁰

Dalam Perjanjian Pembangunan dan Pengelolaan Pasar Antara Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar dengan Investor secara materi berdasarkan system BOT sehingga setelah pembangunan pasar selesai maka pengelolaan selama 20 tahun menjadi kewenangan investor dan pihak investor harus merawat pasar tersebut, setelah 20 tahun diserahkan kepada Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar. Sehingga setelah 20 tahun apakah bangunan pasar tersebut akan mempunyai nilai ekonomi yang sama seperti pada awal pembangunan dan apabila dalam pengopersionalnya pembangunan pasar tersebut mengalami kendala sehingga bangunan pasar menjadi tidak terawat yang menyebabkan pemerintah daerah mengalami kerugian. Setelah masa konsesi berakhir Pemerintah Daerah menerima bangunan dan fasilitas dimaksud dalam kondisi baik dan masih memiliki nilai komersial, sehingga selama masa pengelolaan oleh investor , pihak investor wajib melakukan pemeliharaan. Selama masa BOT, segala risiko yang terjadi atas

¹⁰ Erman Rajagukguk, *Hukum Ekonomi Indonesia memperkuat Persatuan Nasional, Mendorong Pertumbuhan Ekonomi dan Memperluas Kesejahteraan Sosial, Dalam seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII*, Bali 14-18 juli 2003, Buku 3. Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakioman RI, Jakarta, 2004, hal 252

bangunan dan fasilitas yang dibangun pihak swasta akan merupakan tanggungan pihak swasta karena secara hukum kepemilikan bangunan dan fasilitas tersebut masih ada pada pihak swasta.

Adapun alasan mendasar pemilihan topik penerapan asas proporsionalitas dalam perjanjian kerjasama system BOT antara pemerintah Kabupaten Banjar dengan Investor ini adalah melihat pertumbuhan Kabupaten Banjar yang pesat dimana pembangunan infrastruktur merupakan tanggung jawab Pemerintah Daerah dalam memberikan pelayanan publik dan kaitannya dengan adanya perjanjian kerjasama Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura antara Pemerintah Daerah dan Investor apakah sudah menerapkan asas proporsionalitas dimana hak dan kewajiban saling bertukar secara *fair*. Pada tahap pengoperasionalan atau pengelolaan pasar (Infrastruktur) terjadi kendala maka hal ini perlu di perhatikan dengan seksama hal ini dikarenakan apabila dalam perjanjian kerjasama yang secara materi berdasarkan BOT maka tahap Pengoperasionalan atau pengelolaan menjadi hal yang penting untuk mewujudkan tujuan perjanjian.

B. Perumusan Masalah

- 1 Apakah perjanjian *Build Operate Transfer* antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan Investor telah menerapkan asas proporsional?
- 2 Bagaimanakah akibat jika perjanjian *Build Operete Transfer* antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan investor tidak menerapkan asas proporsionalitas?

C. Tujuan Penelitian

Penulisan tesis yang mengangkat persoalan sentral mengenai penerapan asas proporsionalitas dalam perjanjian Kerjasama dengan system *BOT* antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan Investor bertujuan untuk mendiskripsikan secara analitis , yang lebih lanjut diharapkan:

- 1 Untuk mengetahui tentang apakah perjanjian *BOT* antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan Investor telah menerapkan asas proporsional.
- 2 Untuk mengetahui tentang Bagaimana akibat jika perjanjian *BOT* antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan investor tidak menerapkan asas proporsionalitas.

D. Kerangka Teori

Hukum Perjanjian bersifat sistem terbuka yang berbeda dengan hukum benda yang bersifat tertutup¹¹ Artinya hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisidada saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Pasal-Pasal dari hukum perjanjian merupakan apa yang dinamakan hukum pelengkap (*optional law*) yang berarti pasal-pasal itu tidak boleh disingkirkan manakala dikehendaki pihak-pihak yang membuat suatu perjanjian. Mereka diperbolehkan membuat ketentuan-ketentuan sendiri yang menyimpang dari pasal-pasal hukum perjanjian. Mereka diperbolehkan mengatur sendiri kepentingan mereka dalam perjanjian-perjanjian yang diadakan itu. Kalau mereka tidak mengatur sendiri

¹¹ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cetakan ke VIII, Jakarta, PT Intermasa, hal 13

sesuatu soal, itu berarti mereka mengenai soal tersebut tunduk pada undang-undang. Dengan demikian hukum perjanjian dapat dikatakan melengkapi perjanjian-perjanjian yang dibuat secara lengkap.¹²

asas yang terdapat dalam Hukum Perjanjian yaitu :

Asas Kebebasan Berkontrak

Asas ini disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang berbunyi :

“ Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya¹³

Pasal 1338 KUH perdata pada intinya memberikan kebebasan bagi tiap-tiap subyek hukum untuk melakukan kontrak dengan muatan materi yang disepakati oleh kedua belah pihak. kebebasan tersebut meliputi isi, bentuk maupun hukumnya.

Dalam kontrak yang dilakukan para pihak meskipun adanya suatu kebebasan dalam hal materi kontrak nya , namun harus adanya suatu batas – batas yang melekat di dalamnya. Dengan kata lain, penerapan terhadap asas kebebasan berkontrak mempunyai toleransi yang sah sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum (*public policy*), kepatutan serta kesusilaan, atau tidak melanggar i'tikad baik serta undang- undang.

¹² Iwan E. Joesoef, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) sebagai kontrak Bsnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Investor (Swasta) dalam Proyek Infrastruktur*, PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk, Jakarta, 2006, hal 19.

¹³ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pasal 1338 ayat (1)

Asas Konsensualitas

Perkataan ini berasal dari perkataan latin *consensus* yang berarti sepakat¹⁴. Arti asas konsensualitas ialah pada dasarnya perjanjian perikatan yang timbul karenanya itu sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kesepakatan. Asas konsensualitas tersebut lazimnya di simpulkan dalam pasal 1320 KUH Perdata yang berbunyi¹⁵:

“ Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat : 1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; 2. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian; 3 Suatu hal tertentu; 4. Suatu sebab yang halal.

Dengan demikian disimpulkan perjanjian sah (dalam arti “mengikat”) apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal pokok dari perjanjian itu.

Asas Kepribadian

Asas ini diatur dan dapat kita temukan dalam ketentuan Pasal 1315 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan :

“ Pada umumnya tak seorangpun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu perjanjian yang dibuat oleh seseorang dalam kapasitasnya sebagai individu, subjek hukum pribadi, hanya akan berlaku dan mengikat untuk dirinya sendiri.

Menurut pasal ini, mengikatkan diri ditujukan untuk memikul kewajiban-kewajiban atau menyanggupi melakukan sesuatu, sedangkan minta ditetapkannya suatu janji, ditujukan pada memperoleh hak-hak atas sesuatu atau dapat menuntut

¹⁴ Subekti, *op.cit* ,hal 13

¹⁵ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pasal 1320

sesuatu. Suatu perjanjian hanya meletakkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban antara para pihak yang membuatnya. Orang-orang lain adalah pihak ketiga yang tidak mempunyai sangkut paut dengan perjanjian tersebut, namun apabila dikuasakan untuk mengikat orang itu pada seorang lain lagi, saya tidak bertindak atas nama diri sendiri, tetapi atas nama orang lain yaitu si pemberi kuasa.

Asas Itikad Baik

Pasal 1338 (3) BW menyatakan bahwa, “perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.” Apa yang dimaksud dengan itikad baik (*to goeder trouw; good faith*) perundang-undangan tidak memberikan definisi yang tegas dan jelas. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, yang dimaksud dengan itikad adalah kepercayaan, keyakinan yang teguh, maksud, kemauan (yang baik).

Pasal 1338 (3) BW, yang menetapkan bahwa persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik (*contractus bonafidei* – kontrak berdasarkan itikad baik). Maksudnya perjanjian itu dilaksanakan menurut kepatuhan dan keadilan. Sebagaimana dipahami bahwa pemahaman substansi itikad baik dalam Pasal 1338 (3) BW tidak harus diinterpretasikan secara gramatikal, bahwa itikad baik hanya muncul sebatas pada tahap pelaksanaan kontrak. Itikad baik harus dimaknai dalam keseluruhan proses kontraktual, artinya itikad baik harus melandasi hubungan para pihak pada tahap pra kontraktual, kontraktual, dan pelaksanaan kontraktual. Dengan demikian, fungsi itikad baik dalam Pasal 1338 (3) BW mempunyai sifat dinamis melingkupi keseluruhan proses kontrak

tersebut¹⁶. Dalam dunia bisnis, iktikad baik yang berkolerasi dengan keadilan akan menjadi keniscayaan apabila diterapkan secara proporsional.

Asas Proporsionalitas

Makna Asas proporsional adalah asas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual. Asas proporsionalitas mengandaikan pembagian hak dan kewajiban diwujudkan dalam proses hubungan kontraktual, baik pada fase prakontraktual, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak (*Pre-contractual, contractual, post contractual*).¹⁷

Asas proporsional sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak (menjaga kelangsungan hubungan agar berlangsung kondusif dan *fair*).

Fungsi asas proporsionalitas baik dalam proses pembentukan maupun pelaksanaan kontrak komersial adalah :¹⁸

- a. Dalam tahap prakontrak, asas proporsionalitas membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*. Oleh karena itu, tidak proporsional dan harus ditolak proses negosiasi dengan itikad buruk;

¹⁶ Agus Yudo Hernoko, *op.cit*,hal 139

¹⁷ *Ibid*, hal 87

¹⁸ *Ibid* hal 101

- b. Dalam pembentukan kontrak, asas proporsionalitas menjamin kesetaraan serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara *fair*.
- c. Dalam pelaksanaan kontrak, asas proporsionalitas menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati/dibebankan para pihak;
- d. Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, dan harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut fundamental (*fundamental breach*) sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil (*minor important*). Oleh karena itu pengujian melalui asas proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain;
- e. Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, asas proporsionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang *fair*.

Kriteria yang dapat dijadikan pedoman untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak, sebagai berikut:¹⁹

- a. Kontrak yang substansi asas proporsional adalah kontrak yang memberikan pengakuan terhadap hak, peluang dan kesempatan yang sama

¹⁹ *Ibid*, hal 88

- kepada para kontraktan untuk menentukan pertukaran yang adil bagi mereka. Kesamaan bukan dalam arti “ kesamaan hasil” melainkan pada posisi para pihak yang mengandaikan “kesetaraan kedudukan dan hak (*equitability*)” (prinsip kesamaan hak/kesetaraan hak);
- b. Berlandaskan pada kesamaan/kesetaraan hak tersebut, maka kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang dilandasi oleh kebebasan para kontraktan untuk menentukan substansi apa yang adil dan apa yang tidak adil bagi mereka (prinsip kebebasan);
 - c. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara proporsional bagi para pihak. Perlu digarisbawahi bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, dalam konteks ini dimungkinkan adanya hasil akhir yang berbeda. Dalam hal ini, maka prinsip distribusi-proporsional terhadap hak dan kewajiban para pihak harus mengacu pertukaran yang fair (prinsip distribusi-proporsional);
 - d. Dalam hal terjadinya sengketa kontrak, maka beban pembuktian, berat ringan kadar kesalahan maupun hal-hal lain terkait harus diukur berdasarkan asas proporsionalitas untuk memperoleh hasil penyelesaian yang elegan dan *win-win solution*.

Perjanjian Pembangunan dan Pengelolaan Pasar antara Pemerintah Kabupaten Banjar secara materi berisi konsep BOT. Dalam konsep BOT tersebut

dijelaskan oleh Munir Fuady²⁰ adalah kontrak dimana pihak kontraktor menyerahkan bangunan yang sudah dibangunnya itu setelah masa transfer, sementara sebelum sebelum proyek diserahkan (misalnya 20 tahun) yang disebut dengan masa konsensi untuk mengoperasikan proyek yang bersangkutan.

Sistem Bangun Guna Serah atau *BOT agreement* adalah perjanjian antara 2 (dua) pihak, dimana pihak yang satu menyerahkan penggunaan tanah miliknya untuk di atasnya didirikan suatu bangunan komersial oleh pihak kedua (investor), dan pihak kedua tersebut mengoperasikan atau mengelola bangunan komersial untuk jangka waktu tertentu dengan memberikan *fee* (atau tanpa *fee*) kepada pemilik tanah, dan pihak kedua wajib mengembalikan tanah beserta bangunan komersial di atasnya dalam keadaan dapat dan siap dioperasikan kepada pemilik tanah setelah jangka waktu operasional tersebut berakhir.

Berdasarkan pengertian sebagaimana dimaksud diatas maka unsur-unsur perjanjian sistem bangun guna serah (BOT) atau *BOT agreement* adalah:

1. Investor (penyandang dana)
2. Tanah
3. Bangunan komersial
4. Jangka waktu operasional
5. Penyerahan (transfer)

Berdasarkan unsur yang terkandung dalam perjanjian system bangun guna serah BOT maka pada dasarnya ada pemisahan yang tegas antara pemilik

²⁰ Munir Fuady, *op.cit* hal 51-52

(yang menguasai tanah) dengan investor (penyandang dana). Pemisahan yang tegas terkait hak dan kewajiban para pihak. perjanjian tersebut harus memuat secara tegas semua hal yang berkaitan dengan waktu pembangunan, pengelolaan, pengoperasian dan penyerahannya nanti.

Perjanjian BOT adalah suatu kerjasama antara pemerintah dan swasta dalam membangun infrastruktur publik yang bertujuan untuk meningkatkan pertumbuhan infrastruktur tanpa pengeluaran dana dari pemerintah.

Perjanjian sistem Bangun Serah Guna (BOT) atau *BOT agreement* terjadi dalam hal jika :

1. Ada pemilik tanah atau pihak yang menguasai tanah, ingin membangun suatu bangunan komersial diatas tanahnya tetapi tidak mempunyai biaya, dan ada investor yang bersedia membiayai pembangunan tersebut.
2. Ada investor yang ingin membangun suatu bangunan komersial tetapi tidak mempunyai tanah yang tepat untuk berdirinya bangunan komersial tersebut, dan ada pemilik tanah yang bersedia menyerahkan tanahnya untuk tempat berdirinya bangunan komersial tersebut.
3. Investor membangun suatu bangunan komersial diatas tanah milik pihak lain, setelah pembangunan selesai investor berhak mengoperasikan untuk jangka waktu tertentu. Selama jangka waktu operasional, pihak pemilik tanah berhak atas fee tertentu.

4. Setelah jangka waktu operasional berakhir, investor wajib mengembalikan tanah kepada pemiliknya beserta bangunan komersial di atasnya.²¹

Perjanjian Perjanjian BOT di bagi dalam 3 Tahapan yaitu :

- a. Tahap Pembangunan

Pada Tahap ini Pihak Pertama menyerahkan tanahnya kepada pihak lain untuk dibangun.

- b. Tahap operasional

Pada Tahap ini berfungsi mendapatkan penggantian biaya atas pembangunan dalam jangka waktu tertentu.

- c. Tahap Transfer

Pihak Kedua menyerahkan kepemilikan bangunan komersial kepada pemilik tanah.²²

Kerugian pembiayaan dengan sistem BOT²³

Dari sudut pemerintah c.q Departemen

- a. Melepaskan hak eksklusifnya di bidang usaha tertentu dan menyerahkannya kepada pihak swasta;
- b. Melepaskan salah satu sumber pendapatan yang potensial;

²¹ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2005 tentang *Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan gedung* Pasal 26

²² Fauzul A. *Hukum Perikatan Sewa Guna Usaha (Leasing) dan Build Operation and Transfer (BOT)*, (<http://elearning.upnjatim.ac.id>.2008)

²³ Anjar Pachita Wirana, *Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI*, 1994 hal 11-12

- c. Melepaskan hak eksklusifnya beserta hak pengelolaan asset-asset strategis tertentu dengan memberkannya kepada pihak swasta untuk jangka waktu tertentu;
- d. Dalam beberapa hal kepada pemerintah diminta untuk melaksanakan dan menyelesaikan tugas yang “rumit“ dan “rawan”, misalnya sehubungan dengan acara pembebasan lahan atau tanah.

Dari sudut investor

- a. Usaha yang dilakukan banyak mengandung resiko;
- b. Memerlukan perhitungan, pertimbangan dan persiapan khusus untuk menerapkan pembiayaan sistem BOT ini ;
- c. Kemungkinan akan menghadapi kendala yang secara konvensional (jalinan berupa tanah) di syaratkan oleh perbankan, sehingga dana yang akan diberikan bank tidak akan diberikan jika tanpa jaminan yang cukup memadai;
- d. Sehingga sebagai akibat lebih lanjut pihak investor akan menghadapi kesulitan dalam mendapatkan pinjaman perbankan, karena menurut penilaian perbankan proyek tersebut kurang “*feasible*” untuk dibiayai.

E. Metode Penelitian

Penelitian yang dilakukan dalam thesis ini akan menggunakan penelitian sebagai berikut :

1. Tipe penelitian

Tipe penelitian yang digunakan adalah tipe penelitian Kepustakaan yang bersifat yuridis Normatif. Tipe penelitian ini akan lebih mengacu kepada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan putusan pengadilan, serta kebiasaan umum yang berkaitan dengan praktek pembuatan perjanjian kerjasama.

2. Obyek penelitian

- a. Perjanjian BOT
- b. Asas Proporsionalitas
- c. Akibat Hukum Tidak diterapkannya Asas Proporsionalitas

3. Bahan hukum

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini ada tiga macam yaitu bahan hukum primer, bahan hukum skunder, dan bahan hukum tersier .

a. Bahan hukum primer

bahan hukum primer adalah bahan yang mempunyai kekuatan mengikat seperti norma dasar peraturan perundang-undangan yang terkait dengan penelitian yang dilakukan, antara lain :

- a. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
- b. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.
- c. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

- d. Peraturan Pemerintah Nomor 36 tahun 2005 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan gedung.
- e. Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah
- f. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah
- g. Peraturan Menteri Keuangan Nomor 470/KMK.01/1994 tentang Tata cara Penghapusan dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara.
- h. Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/KMK.06/2007 tentang Tata Cara Pelaksanaan, Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara.
- i. Peraturan Menteri keuangan Nomor 248/KMK.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan terhadap Pihak-Pihak Yang melakukan Kerjasama Bangun Guna Serah.

b. Bahan hukum skunder adalah

merupakan Bahan hukum yang sifatnya menjelaskan terhadap bahan hukum primer bahkan dapat membantu menganalisa dan memahami bahan hukum primer yaitu berbagai literatur, buku artikel, serta jurnal yang berkaitan dengan penelitian dan karya ilmiah lainnya yang terhubung dengan penelitian ini.

c. **Bahan Hukum Tersier**

Merupakan bahan hukum yang memberikan informasi, petunjuk dan penjelasan terhadap bahan-bahan hukum sekunder seperti kamus dan lain-lain.

4. Metode Pendekatan

Dalam pendekatan ini digunakan pendekatan yuridis normative, yaitu metode yang dalam proses pendekatannya meninjau dari sudut pandang ketentuan hukum atau perundang-undangan yang berlaku.

5. Teknik analisis

Analisis data pada penelitian hukum normative ini dilakukan secara diskriptif kualitatif yaitu materi atau bahan-bahan hukum tersebut dikumpulkan dipilah-pilah untuk dapat diketahui taraf sinkronisasi, kelayakan norma dan pengajuan gagasan normatif baru.

6. Sistematika Penulisan

1. Pada Bab I yang merupakan pendahuluan diuraikan suatu kerangka pemikiran yang akan menjadi landasan atau acuan pelaksanaan penelitian , yaitu hal-hal yang berkenaan dengan latar belakang masalah, perumusan masalah, Tinjauan Pustaka, Metode Penelitian yang digunakan serta sistematika penulisan.

2. Pada Bab II ini merupakan tinjauan umum tentang Perjanjian pada umumnya dan Perjanjian BOT yang meliputi Pengertian dan syarat sahnya perjanjian, Asas-asas Perjanjian, Wanprestasi dan Keadaan memaksa, Pengertian Perjanjian Build Operate Transfer.
3. Pada Bab III menganalisa perjanjian BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan Investor apakah telah menerapkan asas proporsionalitas dan akibat jika perjanjian BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan Investor tidak menerapkan asas proporsionalitas
4. Pada Bab IV penutup yang berisi kesimpulan dan saran. Kesimpulan dan saran ini diharapkan memberikan sumbangsih terhadap cabang ilmu hukum di Indonesia khususnya hukum perjanjian.

BAB II

PERJANJIAN PADA UMUMNYA DAN PERJANJIAN BUILD OPERATE TRANSFER

A. Pengertian dan Syarat Syahnya Perjanjian

1. Pengertian Perjanjian

Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang yang lain atau dimana dua orang atau lebih saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal. Dari peristiwa itu timbullah suatu hubungan antara dua orang yang dinamakan perikatan.

Mengenai perikatan Subekti memberikan pengertian sebagai berikut: "perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua orang/ dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hat dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu."²⁴

Ketentuan Pasal 1233, yang menyatakan bahwa "Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang" ditegaskan bahwa setiap kewajiban perdata dapat terjadi karena dikehendaki oleh pihak-pihak yang terkait dalam perkatan yang secara sengaja dibuat oleh mereka, ataupun karena ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dengan demikian berarti

²⁴ Subekti, *op.cit* , hal 1

perikatan adalah hubungan hukum antara dua orang atau lebih dengan melahirkan kewajiban pada salah satu pihak dalam hubungan hukum tersebut

Dari rumusan tersebut diatas diketahui unsur perikatan adalah sebagai berikut :

1. Perikatan adalah hubungan hukum.
2. Melibatkan dua orang atau lebih.
3. Hubungan hukum tersebut melahirkan kewajiban bagi salah satu pihaknya.

Perikatan timbul dari adanya perjanjian atau perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang atau lebih yang membuatnya. Dalam bentuknya perjanjian merupakan suatu rangkaian kata yang telah disepakati oleh dua orang atau lebih mengenai sesuatu hal kesanggupan baik tertulis maupun tidak tertulis. Sedangkan pengertian dari perikatan lebih luas dan abstrak.

Perjanjian merupakan salah satu sumber dari perikatan selain undang-undang. Jadi yang menjadi kaitan antara perikatan dan perjanjian adalah bahwa perjanjian itu menerbitkan perikatan.

Perjanjian itu berupa rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau tanggapan yang diucapkan secara tertulis²⁵

Istilah perjanjian, jika ditinjau menurut bahasa, berasal dari istilah *Overeenkomst*, sedangkan istilah *Overeenkomst* itu sendiri berasal dari kata kerja *Overeenkomen* yang artinya setuju atau sepakat. Pasal 1313 KUH Perdata menyebutkan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain/lebih. Pengertian perjanjian mengandung unsur:

1. Perbuatan

Penggunaan kata “perbuatan” pada perumusan tentang Perjanjian ini lebih tepat jika diganti dengan kata “Perbuatan hukum” karena perbuatan tersebut membawa akibat hukum bagi para pihak yang memperjanjikan.

2. Satu orang atau lebih terhadap satu orang lain atau lebih, Untuk adanya suatu perjanjian, paling sedikit harus ada dua pihak yang saling berhadap-hadapan dan saling memberikan pernyataan yang cocok/pas satu sama lain. Pihak tersebut adalah orang atau badan hukum

3. Mengikatkan dirinya.

Di dalam perjanjian terdapat unsur janji yang diberikan oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain. Dalam perjanjian ini orang terikat kepada akibat hukum yang muncul karena kehendaknya sendiri.

²⁵ *Ibid*, hal 1

Mengenai batasan tersebut para Sarjana Hukum Perdata pada umumnya berpendapat bahwa definisi atau batasan atau juga dapat disebut rumusan yang terdapat dalam pasal 1313 KUH Perdata kurang lengkap dan bahkan dikatakan terlalu luas dan banyak mengandung kelemahan-kelemahan.

Adapun kelemahan tersebut dapat dirinci sebagai berikut :²⁶

Hanya menyangkut perjanjian sepihak saja. Disini dapat diketahui dari rumusan “satu orang lain atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih lainnya”. Kata “mengikat” merupakan kata kerja yang sifatnya hanya datang dari satu pihak saja, tidak dari kedua belah pihak.

Sedangkan maksud dari perjanjian itu mengikat diri dari kedua belah pihak, sehingga nampak kekurangannya di mana setidaknya-tidaknya perlu rumusan “ saling mengikatkan diri”. Jadi nampak jelas adanya konsensus/kesepakatan antara kedua belah pihak yang membuat perjanjian.

Kata perbuatan mencakup juga tanpa konsensus atau kesepakatan. Dalam pengertian perbuatan termasuk juga tindakan : mengurus kepentingan orang lain dan perbuatan melawan hukum.

Kedua hal tersebut merupakan perbuatan yang tidak mengandung konsensus atau tanpa adanya kehendak untuk menimbulkan akibat hukum. Juga perbuatan itu sendiri pengertiannya sangat luas, karena sebetulnya maksud perbuatan yang ada dalam rumusan tersebut adalah perbuatan hukum, yaitu perbuatan yang menimbulkan akibat hukum.

²⁶ Purwahid Patrik, *Dasar-dasar Hukum Perikatan*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1984, Hal 45-46

Atas dasar alasan-alasan tersebut maka perlu diadakan perbaikan-perbaikan mengenai pengertian perjanjian tersebut. Untuk dapat mencerminkan apa yang dimaksud perjanjian maka rumusannya sebagai berikut :

Perjanjian adalah perbuatan hukum yang terjadi sesuai dengan formalitas-formalitas dari peraturan hukum yang ada, tergantung dari persesuaian kehendak dua atau lebih orang yang ditujukan untuk timbulnya akibat hukum demi kepentingan salah satu pihak atas beban pihak lain atau demi kepentingan dan atas beban masing-masing pihak secara timbal-balik.²⁷

Perjanjian adalah dasar adanya sebuah perikatan. Dasar lain dari perikatan adalah undang-undang. Untuk memenuhi perjanjian sebagai dasar dari sebuah perikatan, perjanjian mempunyai unsur-unsur, adalah sebagai berikut:

- a. Ada pihak-pihak, sedikitnya dua orang
- b. Ada persetujuan antara pihak-pihak itu
- c. Ada tujuan yang ingin dicapai
- d. Ada prestasi yang akan dilaksanakan
- e. Ada bentuk tertentu, lisan atau tulisan
- f. Ada syarat-syarat tertentu sebagai isi perjanjian

²⁷ *Ibid*, hal 49

Unsur-unsur yang ada dalam sebuah perjanjian memenuhi unsur-unsur yang terdapat dalam perikatan. Jelas tersurat bahwa perjanjian merupakan dasar bagi terbentuknya suatu perikatan.

Mengenai pengertian perjanjian para Sarjana Hukum memiliki pengertian yang berbeda-beda satu sama lain, ini terjadi karena masing-masing Sarjana ingin mengemukakan atau memberikan pandangan yang dianggapnya lebih tepat. Beberapa pandangan para Sarjana mengenai perjanjian adalah :

Rutten menyatakan bahwa perjanjian adalah perbuatan hukum yang terjadi sesuai dengan formalitas-formalitas dari peraturan yang ada, tergantung dari persesuaian kehendak dua orang atau lebih orang-orang yang ditunjukkan untuk timbulnya akibat hukum demi kepentingan salah satu pihak atas beban pihak lain atau demi kepentingan dan atas beban masing-masing pihak secara timbale balik²⁸

J. Van Dunne menyatakan bahwa perjanjian dapat ditafsirkan sebagai suatu hubungan hukum penawaran dari satu pihak dan perbuatan hukum penerimaan dari pihak lain²⁹

R. Subekti mengatakan bahwa perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal³⁰

²⁸ *Ibid*, hal 46-47

²⁹ *Ibid*, hal 47

³⁰ R. Subekti, *op.cit.* Hal 1.

KRMT Tirtodiningrat , bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat diantara dua orang atau lebih untuk menimbulkan akibat-akibat hukum yang diperkenankan oleh undang-Undang.³¹

Beberapa pengertian yang dikemukakan para penulis diatas, adalah merupakan pengertian konvensional atau klasik, karena perjanjian disini hanya diartikan sebagai perbuatan hukum, bukan hubungan hukum.

Sedangkan doktrin modern menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan perjanjian adalah hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum³²

2. Syarat sahnya perjanjian

Perjanjian memerlukan syarat-syarat yang harus dipenuhi, karena terpenuhi ataupun tidaknya syarat-syarat perjanjian berdampak pada kelangsungan dan kelancaran perjanjian yang dibuat oleh para pihak.

Suatu perjanjian dapat berlaku dan mengikat para pihak bila perjanjian itu dibuat sah sesuai dengan ketentuan yang berlaku, berupa persyaratan yuridis. Agar suatu perjanjian dapat menjadi sah dan mengikat para pihak harus terpenuhi empat syarat yang tercantum dalam Pasal 1320 KUH Perdata yaitu :

a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

³¹A. Qirom Syamsudin Meliala, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya* (Yogyakarta, Liberty, 1985) hal 7-8

³² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Edisi Keempat, Cetakan Pertama, Liberty, 1996) Hal.103-104

- b. Kecakapan untuk membuat perjanjian
- c. Suatu hal tertentu
- d. Suatu sebab/kausa yang halal

Dua syarat yang pertama dinamakan syarat-syarat subyektif, karena mengenai orang-orangnya atau subjek yang mengadakan perjanjian, sedangkan dua syarat yang terakhir dinamakan syarat objektif karena mengenai perjanjiannya itu sendiri atau objek dari perbuatan hukum yang dilakukan itu.

- a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

Kesepakatan dalam perjanjian merupakan perwujudan dari kehendak dua atau lebih pihak dalam perjanjian mengenai apa yang mereka kehendak untuk dilaksanakan, bagaimana cara melaksanakannya, kapan harus dilaksanakan, dan siapa yang harus melaksanakan.

Mengandung arti bahwa antarandun para pihak dalam perjanjian telah ada kesesuaian kehendak masing-masing. Perjanjian atas kehendak para pihak tidak boleh mengandung unsur:

- 1) Unsur Paksaan (*dwang*)

Paksaan terhadap badan, paksaan terhadap jiwa atau paksaan yang dilarang undang-undang.

- 2) Unsur Kekeliruan (*khilaf*)

Dalam hal kekeliruan yang dimungkinkan terhadap orang (subjek hukum) atau kekeliruan terhadap barang (objek hukum).

3) Unsur penipuan (*bedrog*)

Hal ini terjadi apabila dengan niat salah satu pihak memberikan keterangan tidak benar.

Jika perjanjian mengandung salah satu unsur diatas maka dapat dituntut pembatalannya sampai batas jangka waktu 5 tahun, sebagaimana dimaksud Pasal 1454 KUH Perdata.

Persetujuan dapat dinyatakan secara tegas maupun secara diam-diam.³³ Persetujuan kehendak itu sifatnya bebas, artinya betul-betul atas kemauan sukarela pihak-pihak, tidak ada paksaan sama sekali dari pihak manapun.

Sebelum adanya persetujuan biasanya pihak-pihak mengadakan perundingan (*negotiation*), yaitu pihak yang satu memberitahukan kepada pihak yang lain menyatakan pula kehendaknya sehingga tercapai persetujuan yang mantap.³⁴

Pada hakekatnya yang menyebabkan terjadinya perjanjian dijawab oleh 3 teori, yaitu :

1) Teori Kehendak

Menurut teori ini, pada hakekatnya yang menyebabkan terjadinya perjanjian adalah kehendak. Suatu penerapan konsekwen dari teori ini adalah bahwa kalau terjadi perbedaan atau pertentangan antara pernyataan

³³ Riduan Syahrani, *Seluk Beluk Asas-asas Hukum Perdata*, Bandung, Alumni, 1992, hal 214

³⁴ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Bandung, PT Citra Adhya Bakti, 1992 hal 89-90

dengan kehendaknya maka tidak terjadi perjanjian. Teori ini akan menghadapi kesulitan apabila tidak ada persesuaian antara kehendak dan pernyataan.

2) Teori Keterangan

Menurut teori ini yang menyebabkan terjadinya perjanjian adalah semata-mata keterangan atau pernyataan yang dikemukakan. Jika terjadi pertentangan antara kehendak dengan pernyataan, maka perjanjian dianggap terjadi seperti yang dituangkan dalam keterangan atau pernyataan.

3) Teori Kepercayaan

Menurut teori ini tidak semua keterangan atau pernyataan yang menyebabkan terjadinya perjanjian, tetapi hanyalah keterangan atau pernyataan yang menimbulkan kepercayaan bahwa hal itu memang sungguh-sungguh dikehendaki.

Ketiga teori diatas mempunyai keuntungan dan kerugian masing-masing. Ketiga-tiganya tanpa koreksi tidak dapat begitu saja diterapkan secara konsekuen dalam masyarakat.

b. Kecakapan untuk membuat Perjanjian

Cakap berarti mampu melakukan perbuatan hukum. kata mampu berarti para pihak telah dewasa, tidak dibawah pengawasan karena perilaku yang tidak stabil dan bukan orang-orang yang dalam undang-undang dilarang membuat suatu perjanjian. Kecakapan bertindak ini dalam

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

Kecakapan diatur dalam pasal 1329 Kitab Undang-Undang Hukum

Perdata yang menyatakan bahwa :

“Setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan, jika ia oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap.

Rumusan tersebut berarti bahwa selain dinyatakan tidak cakap maka setiap orang adalah cakap dan berwenang bertindak dalam hukum.

Orang yang membuat suatu perjanjian harus cakap menurut hukum, dalam KUH Perdata pasal 1330 disebutkan sebagai orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian:

- 1) Orang yang belum dewasa
- 2) Mereka yang masih di bawah pengampuan.
- 3) Orang perempuan dalam hal tertentu.

Sumber lain menyebutkan kewenangan orang perorangan dalam hukum dibedakan dalam ³⁵

- 1) Kewenangan untuk bertindak untuk dan atas namanya sendiri, yang berkaitan dengan kecakapannya untuk bertindak dalam hukum;
- 2) Kewenangan bertindak selaku kuasa pihak lain;
- 3) Kewenangan bertindak dalam hal kapasitasnya sebagai wali atau wakil dari pihak lain.

³⁵ Kartini Mulyadi dan Gunawan Widjaya, *op.cit*, hal 17

Dilihat dari sudut rasa keadilan memang benar-benar perlu bahwa orang yang membuat perjanjian yang nantinya terikat dengan perjanjian yang dibuatnya itu harus benar-benar mempunyai kemampuan untuk menginsyafi segala tanggung jawab yang bakal dipikulnya karena perbuatannya itu.³⁶

Dengan demikian syarat kecakapan untuk membuat suatu perjanjian ini mengandung kesadaran untuk melindungi baik bagi miliknya maupun dalam hubungannya dengan keselamatan keluarganya.

c. Suatu Hal Tertentu

Suatu hal tertentu dalam perjanjian adalah barang yang menjadi objek perjanjian. Objek perjanjian adalah isi dari prestasi yang menjadi pokok perjanjian yang bersangkutan. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menjelaskan maksud hal tertentu, dengan memberikan rumusan Pasal 1333 KUH Perdata yang berbunyi :

“ Suatu perjanjian harus mempunyai sebagai pokok perjanjian berupa suatu kebendaan yang paling sedikit ditentukan jenisnya. Tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah kebendaan tidak tentu, asal saja jumlah itu kemudian dapat ditentukan atau dihitung”.

Suatu hal tertentu adalah pokok perjanjian karena merupakan objek perjanjian dan prestasi yang harus dipenuhi. Prestasi itu harus tertentu atau setidaknya dapat ditentukan. Apa yang diperjanjikan harus jelas, ditentukan jenisnya ataupun jumlahnya.

³⁶ Subekti, *op.cit* ,hal 18

Keharusan mengenai suatu hal tertentu artinya apa yang diperjanjikan hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari kedua belah pihak jika timbul suatu perselisihan. Misalnya barang yang dimaksudkan dalam perjanjian jual beli harus ditentukan jenisnya³⁷

d. Adanya Suatu Sebab yang Halal

Sebab diatur dalam Pasal 1335 hingga pasal 1337 KUH Perdata.

Pasal 1335 KUH Perdata menyatakan bahwa:

“ Suatu perjanjian tanpa sebab, atau yang telah dibuat karena suatu sebab yang palsu atau yang terlarang, tidaklah mempunyai kekuatan .

Sebab yang halal dalam perjanjian yaitu isi dari perjanjian itu sendiri.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tidak memberikan definisi dengan jelas tentang causa yang halal. Dalam Pasal 1335 KUH Perdata di jelaskan bahwa sebab yang ini halal adalah ³⁸

- 1) Bukan tanpa sebab
- 2) Bukan sebab yang palsu
- 3) Bukan sebab yang terlarang

Dalam Pasal 1336 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dinyatakan lebih lanjut bahwa :

“ Jika tidak dinyatakan suatu sebab, tetapi ada sebab yang tidak terlarang, atau jika ada sebab lain selain daripada dinyatakan itu, perjanjian itu adalah sah.

³⁷ Subekti, *op.cit*, hal 19

³⁸ Kartini Mulyadi dan Gunawan Wijaya, *op.cit*,hal 161

Berdasarkan rumusan Pasal 1336 KUH perdata sesungguhnya tidak memperdulikan apakah yang ada dalam benak para pihak yang membuat dan mengadakan perjanjian. Undang-undang hanya memperhatikan apakah prestasi yang disebutkan dalam perjanjian yang dibuat tersebut merupakan prestasi yang dilarang oleh hukum, dan oleh karenanya dapat dipaksakan pelaksanaannya oleh para pihak dalam perjanjian tersebut.

Dengan membatasi sendiri, rumusan sebab yang halal menjadi hanya sebab yang terlarang. Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyatakan bahwa

suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh Undang-Undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan dan ketertiban umum.

Syarat-syarat sahnya perjanjian sebagaimana tersebut diatas dapat dikategorikan menjadi dua, yaitu kategori syarat subjektif dan kategori objektif. Syarat Subjektif yaitu syarat sepakat mereka yang mengikatkan diri dan kecakapan untuk membuat perjanjian. Apabila syarat subyektif tidak dapat dipenuhi maka perjanjian dapat dibatalkan. Syarat Objektif yaitu syarat suatu hal tertentu dan syarat suatu sebab yang halal.

Apabila dalam perjanjian syarat objektif tidak terpenuhi, maka perjanjian batal demi hukum.³⁹ Artinya dari semula tidak pernah ada atau dianggap ada perjanjian, dengan demikian tidak ada hak bagi para pihak untuk saling menuntut di depan hakim.

³⁹ Purwahid Patrick, *op.cit*, hal 65

Apabila perjanjian telah memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana tersebut diatas, maka perjanjian tersebut harus ditaati oleh masing-masing pihak, apabila ada pelanggaran terhadap isi perjanjian maka pelakunya dapat dikenai sanksi menurut ketentuan hukum yang berlaku.

Kesalahan salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya terhadap pihak yang lain yang seharusnya dilaksanakan berdasarkan perikatan yang telah dibuat merupakan suatu bentuk wanprestasi. Bentuk prestasi berupa member sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Sedangkan wanprestasi dapat berupa tidak memberi atau tidak berprestasi sama sekali, terlambat dalam berprestasi atau berprestasi tidak sebagaimana mestinya.

B. Asas proporsionalitas

Berasal dari kata proporsi (*proportion*- inggris; *proportie*-Belanda) yang berarti perbandingan, perimbangan, sedang kata proporsionalitas atau proporsional dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia⁴⁰ berarti sesuai dengan proporsi, sebanding, berimbang. asas proporsional sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak (menjaga kelangsungan hubungan agar berlangsung kondusif dan *fair*).

Menurut PS Atijah dalam bukunya "*An Introduction to The Law of Contract*" memberikan landasan pemikiran mengenai asas

⁴⁰ Kamus Besar Bahasa Indonesia,

proporsionalitas dalam kaitannya dengan peran kontrak dalam landasan pertukaran yang adil di dunia bisnis. Menurut PS. Atijah pertemuan para pihak dalam mekanisme pasar sesuai dengan apa yang diinginkan (*proportion in what the want*) merupakan bentuk pertukaran yang adil (*fair exchange*). Mekanisme ini merupakan dasar fundamental yang melandasi konsep *freedom of choice in exchange-freedom contract*⁴¹

Asas proporsionalitas dalam perjanjian diartikan sebagai asas yang mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya. Asas proporsionalitas tidak mempermasalahkan keseimbangan (kesamaan) hasil, namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban diantara para pihak⁴²

Dalam menganalisis asas proporsionalitas dalam perjanjian dimulai dari aspek keadilan berkontrak. Menurut Upiamus keadilan adalah "*justitia est constans et perpetua ius suum cuique triuendi*" keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing haknya atau "*tribuere cuique suum* " *to give everyvody his own* " memberikan setiap orang yang menjadi haknya. sedang menurut Thomas Aquinas⁴³ keadilan *distributive* pada dasarnya merupakan penghormatan terhadap person manusia (*acceptio personarum*) dan keluhurannya (*dignitas*). Dalam konteks keadilan distributive, keadilan dan kepatutan (*equity*) tidak tercapai semata-mata dengan penetapan nilai yang actual,

⁴¹ Agus Yudo Hernoko, *op.cit* ,hal 38

⁴² *ibid*, hal 31-32

⁴³ *Ibid* hal 48-49

melainkan juga atas dasar kesamaan anatara satu hal dengan hal lainnya (*aequalitas rei ad rem*). Ada dua bentuk kesamaan yaitu :

- a. Kesamaan proporsional (*acqualitas proportionis*)
- b. Kesamaan kualitas atau jumlah (*acqualitas quantitas*)

Thomas Aquinas menyatakan bahwa penghormatan terhadap person dapat terwujud apabila ada sesuatu yang dibagikan/diberikan kepada seseorang sebanding dengan yang seharusnya diterima (*praeter proportionem dignitas ipsius*)

Hubungan bisnis yang terjalin diantara para pihak pada umumnya karena mereka bertujuan saling bertukar kepentingan. Roscoe Pound⁴⁴ memberikan definisi “kepentingan” atau interest adalah ‘*a demand or desire which human being, either individually or through groups or associations in relations seek to satisfy*” (kepentingan sebagai suatu tuntutan atau hasrat yang ingin dipuskan manusia, baik secara individu ataupun kelompok atau assosiasi).

Ruang lingkup asas proporsionalitas lebih dominan pada kontrak komersial. Hal ini karena karakteristik kontrak komersial menempatkan posisi para pihak dalam kesetaraan, sehingga tujuan kontrakan yang berorientasai pada bisnis akan terwujud apabila terdapat pertukaran hak dan kewajiban yang *fair* (proporsional). Asas proporsionalitas tidak dilihat

⁴⁴ Johanness Ibrahim dan Lindawati sewu, *Hukum Bisinis dalam Persepsi Manusia Modern*, Bandung, Refika Aditama, 2003, hal 12-13

dari konteks keseimbangan matematis (*equilibrium*) tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara fair.⁴⁵

Menurut Peter Mahmud Marzuki menyebut asas proporsionalitas dengan istilah "*equitability contract*" dengan unsur *justice* serta *fairness*. Makna *equitability*" menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (*fair*), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar.

Sedang makna asas proporsionalitas yakni asas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual. Asas proporsionalitas menggandaikan pembagian hak dan kewajiban diwujudkan dalam seluruh proses kontraktual baik pada fase prakontraktual, pembentukan kontrak, maupun pelaksanaan kontrak (*pre contractual, contractual, post contractual*)⁴⁶

Kriteria yang dapat dijadikan pedoman untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak, sebagai berikut:⁴⁷

1. Kontrak yang substansi asas proporsional adalah kontrak yang memberikan pengakuan terhadap hak, peluang dan kesempatan yang sama kepada para kontraktan untuk menentukan pertukaran

⁴⁵ Agus Yudo Hernoko *op.cit*, hal 84

⁴⁶ *Ibid*, hal 87

⁴⁷ *Ibid*, hal 88

yang adil bagi mereka. Kesamaan bukan dalam arti “ kesamaan hasil” melainkan pada posisi para pihak yang mengandaikan “kesetaraan kedudukan dan hak (*equitability*)” (prinsip kesamaan hak/kesetaraan hak);

2. Berlandaskan pada kesamaan/kesetaraan hak tersebut, maka kontrak yang substansi asas proporsional adalah kontrak yang dilandasi oleh kebebasan para kontraktan untuk menentukan substansi apa yang adil dan apa yang tidak adil bagi mereka (prinsip kebebasan);
3. Kontrak yang substansi asas proporsional adalah kontrak yang mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara proporsional bagi para pihak. Perlu digarisbawahi bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, dalam konteks ini dimungkinkan adanya hasil akhir yang berbeda. Dalam hal ini, maka prinsip distribusi-proporsional terhadap hak dan kewajiban para pihak harus mengacu pertukaran yang *fair* (prinsip distribusi-proporsional);
4. Dalam hal terjadinya sengketa kontrak, maka beban pembuktian, berat ringan kadar kesalahan maupun hal-hal lain terkait harus diukur berdasarkan asas proporsionalitas untuk memperoleh hasil penyelesaian yang elegan dan *win-win solution*

Dengan demikian, kontrak sebagai proses mata rantai hubungan para pihak harus dibangun berdasarkan pemahaman keadilan yang dilandasi atas pengakuan hak kontraktan. Pengakuan terhadap eksistensi hak para kontraktan tersebut termanifestasi dalam pemberian peluang dan kesempatan yang sama dalam pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban). Namun demikian pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) tersebut mempertimbangkan asas proporsionalitas.

Ukuran proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban didasarkan pada nilai-nilai kesetaraan (*equitability*), kebebasan, distribusi-proporsional, prinsip kecermatan (*zorgvuldigheid*), kelayakan (*redelijkheid; reasonableness*) dan kepatutan (*bilijkheid; equity*). Untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak dengan ukuran atau nilai-nilai tersebut diatas, hendaknya jangan diartikan akan memperoleh hasil serupa angka matematis. Asas proporsionalitas tidak mempermasalahkan keseimbangan (kesamaan) hasil secara matematis, namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban diantara para pihak yang berlangsung secara layak dan patut (*fair dan reasonableness*)⁴⁸

Perjanjian atau kontrak merupakan instrument penting yang membingkai hubungan hukum dan mengamankan transaksi. kontrak merupakan pertukaran hak dan kewajiban yang adil. J Beatson

⁴⁸ *Ibid*, hal 89

mengemukakan beberapa fungsi kontrak komersial yang mempunyai karakteristik pertukaran kepentingan melibatkan pelaku bisnis yaitu⁴⁹:

- a. Kontrak menjamin harapan yang saling diperjanjikan diantara para pihak akan terpenuhi, atau akan tetap ada kompensasi yang dibayarkan apabila terjadi wanprestasi;
- b. Kontrak memudahkan rencana transaksi bisnis masa depan dari beberapa kemungkinan yang merugikan;
- c. Kontrak menetapkan standard pelaksanaan dan tanggung jawab para pihak;
- d. Kontrak memungkinkan pengalokasian risiko bisnis secara lebih tepat (meminimalisir risiko bisnis para pihak);
- e. Kontrak menyediakan sarana penyelesaian sengketa bagi para pihak.

Kontrak berfungsi untuk mengamankan transaksi, hal ini mengingat dalam kontrak mempunyai tujuan akan adanya keuntungan yang diperoleh para pihak. Fungsi asas proporsionalitas baik dalam proses pembentukan maupun pelaksanaan kontrak komersial adalah :⁵⁰

1. Dalam tahap prakontrak, asas proporsionalitas membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*. Oleh karena itu, tidak proporsional dan harus ditolak proses negosiasi dengan itikad buruk;

⁴⁹ *Ibid*, hal 101

⁵⁰ *Loc.cit*

2. Dalam pembentukan kontrak, asas proporsionalitas menjamin kesetaraan serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara *fair*.
3. Dalam pelaksanaan kontrak, asas proporsionalitas menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati/dibebankan para pihak;
4. Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, dan harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut fundamental (*fundamental breach*) sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil (*minor important*). Oleh karena itu pengujian melalui asas proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain;
5. Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, asas proporsionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang *fair*.

C. Wan prestasi dan keadaan memaksa

1. Wan prestasi

Suatu perjanjian dapat terlaksana dengan baik apabila para pihak telah memenuhi prestasinya masing-masing seperti yang telah diperjanjikan tanpa ada pihak yang dirugikan. Prestasi adalah suatu yang wajib harus dipenuhi oleh debitur dalam setiap perjanjian. Tetapi adakalanya perjanjian tersebut tidak terlaksana dengan baik karena adanya wan prestasi yang dilakukan salah satu pihak atau debitur.

Perkataan wanprestasi berasal dari bahasa Belanda, yang artinya prestasi buruk. Adapun yang dimaksud dengan wanprestasi adalah suatu keadaan yang dikarenakan kelalaian atau kesalahannya, debitur tidak dapat memenuhi prestasi seperti apa yang ditentukan dalam perjanjian dan bukan daalam keadaan memaksa. Adapun bentuk-bentuk wanprestasi yaitu :

1. Tidak memenuhi prestasi sama sekali;
2. Memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktu;
3. Memenuhi prestasi tetapi tidak sesuai atau keliru.

Sedangkan menurut Subekti bentuk wanprestasi (kelalaian atau kealpaan) dapat berupa empat macam :

- a. tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya;
- b. melaksanakan apa yang dijanjikan, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan;

- c. melakukan apa yang dijanjikan tetapi terlambat;
- d. melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Untuk mengatakan bahwa seseorang melakukan wanprestasi dalam suatu perjanjian, terkadang tidak mudah karena sering juga tidak dijanjikan dengan tepat kapan suatu pihak diwajibkan melakukan prestasi yang diperjanjikan.

Dalam hal bentuk prestasi debitur dalam perjanjian yang berupa tidak berbuat sesuatu, akan mudah ditentukan sejak kapan debitur melakukan wanprestasi yaitu sejak pada saat debitur berbuat sesuatu yang tidak diperbolehkan dalam perjanjian. Sedangkan bentuk prestasi debitur berupa berbuat sesuatu yang memberikan sesuatu apabila batas waktunya ditentukan dalam perjanjian maka menurut Pasal 1238 KUH Perdata debitur dianggap wanprestasi dengan lewat batas waktu tersebut. Dan apabila tidak ditentukan mengenai batas waktunya maka untuk menyatakan seorang debitur melakukan wanprestasi, diperlukan surat peringatan tertulis dari kreditur yang diberikan kepada debitur. Surat peringatan tersebut disebut somasi.

Somasi adalah pemberitahuan atau pernyataan dari kreditur kepada debitur yang berisi ketentuan bahwa kreditur menghendaki pemenuhan prestasi seketika atau dalam jangka waktu seperti yang ditentukan dalam pemberitahuan itu.

Menurut pasal 1238 KUH Perdata yang menyatakan bahwa :

Si berutang adalah lalai apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatan sendiri, ialah jika ini menetapkan bahwa si berutang harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan.

Dari ketentuan Pasal tersebut dapat dikatakan bahwa debitur dinyatakan wanprestasi apabila sudah ada somasi.

Terkait dengan wanprestasi dapat dilihat dari Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa :

Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampauinya melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.

ada 4 akibat yang dapat terjadi jika salah satu pihak melakukan wanprestasi yaitu :

1. Membayar kerugian yang diderita oleh pihak lain berupa ganti-rugi.
2. Dilakukan pembatalan perjanjian
3. Peralihan risiko
4. Membayar biaya perkara jika sampai berperkara di muka hakim

Mencari pengakuan akan kelalaian atau wanprestasi tidaklah mudah. Sehingga apabila yang bersangkutan menyangkal telah melakukan wanprestasi dapat dilakukan pembuktian di depan pengadilan.

Namun demikian pada umumnya wanprestasi baru terjadi setelah adanya pernyataan lalai dari pihak kreditur kepada debitur. Pernyataan lalai ini pada dasarnya bertujuan menetapkan tenggang waktu yang wajar kepada debitur untuk memenuhi prestasinya dengan sanksi tanggung gugat atas kerugian yang dialami kreditur

Adakalanya dalam keadaan tertentu untuk membuktikan adanya wanprestasi debitur tidak diperlukan lagi pernyataan lalai, ialah :

1. untuk pemenuhan prestasi berlaku tenggang waktu yang fatal (*fatal termijn*);
2. debitur menolak pemenuhan;
3. debitur mengakui kelalaiannya;
4. pemenuhan prestasi tidak mungkin (diluar overmach);
5. pemenuhan tidak lagi berarti (*zinloos*); dan
6. debitur melakukan prestasi tidak sebagaimana mestinya

Dalam praktek penyusunan kontrak seringkali dimasukkan klausul yang isinya sebagaimana tersebut diatas, miasal "*fatale termijn*" sehingga dengan tidak terpenuhinya salah satu kewajiban debitur dalam kontrak, secara otomatis telah terjadi wanprestasi. Biasanya untuk menindaklanjuti kondisi ini di cantumkan juga klausul pemutusan kontrak sebagai salah satu bentuk sanksi yang mungkin ditempuh pihak kreditur.⁵¹

⁵¹ Agus Yudo Hernoko, *op.cit*, hal 262

Dengan adanya wanprestasi, pihak kreditur yang dirugikan sebagai akibat kegagalan pelaksanaan kontrak oleh pihak debitur mempunyai hak gugat dalam upaya menegakkan hak kontraktualnya. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 1267 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa:

Pihak yang terhadapnya perikatan tidak terpenuhi, dapat memilih; memaksa pihak yang lain untuk memenuhi kontrak, jika hal itu masih dapat dilakukan, atau menuntut pembatalan persetujuan, dengan penggantian biaya, kerugian dan bunga.

Hak Kreditur tersebut dapat secara mandiri diajukan maupun dikombinasikan dengan gugatan lain, meliputi ⁵²:

1. Pemenuhan (*nakoming*)
2. Ganti Rugi (*vervangende vergoeding; schadeloosstelling*); atau
3. Pembubaran, pemutusan atau pembatalan (*ontbinding*);
4. Pemenuhan ditambah ganti rugi pelengkap (*nakoming en aanvulled vergoeding*); atau
5. Pembubaran di tambah ganti rugi pelengkap (*ontbinding en aanvulled vergoeding*)

2. Keadaan Memaksa (*Overmacht*)

Istilah keadaan memaksa berasal dari bahasa Inggris, yaitu *force majeure*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut *overmacht*. Keadaan

⁵² *Ibid*, hal 263

memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya perjanjian, yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, dimana debitur tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung risiko serta tidak dapat menduga pada waktu persetujuan dibuat.

Buku III KUH perdata mengaturnya dalam beberapa Pasal yaitu Bagian IV tentang Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan (Pasal 1244-1245 KUH Perdata dan Bagian VII tentang Musnahnya Barang yang terutang (Pasal 1444-1445 KUH Perdata)

Rumusan *overmacht* menurut pasal-pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 1244 KUH perdata menyatakan :

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

Pasal 1245 KUH Perdata menyatakan bahwa:

Tidak ada penggantian biaya, rugi dan bunga, bila karena keadaan memaksa atau karena suatu kejadian yang tidak disengaja, siberutang debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau karena hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.

Pasal 1444 KUH Perdata menyatakan:

Jika barang tertentu yang menjadi pokok persetujuan musnah, tidak dapat diperdagangkan, atau hilang, hingga sama sekali tak diketahui barang-barang tersebut masih ada, maka hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang diluar kesalahan si berutang dan sebelum ia lalai dan menyerahkannya.

Bahkan meskipun si berutang lalai menyerahkan suatu barang sedangkan ia tidak pernah menanggung terhadap kejadian-kejadian yang tidak terduga, perikatan tetap hapus jika barang itu musnah juga dengan cara yang sama ditangannya si berpiutang, seandainya sudah diserahkan kepadanya.

Si berutang diwajibkan membuktikan kejadian yang tak terduga, yang dimajukannya itu.

Dengan cara bagaimanapun suatu barang yang telah dicuri, musnah atau hilang, hilangnya barang ini tidak sekali-kali membebaskan orang yang mencuri dari kewajibannya untuk mengganti harganya.

Pasal 1445 KUH perdata

Jika barang yang terutang, diluar salahnya si berutang, musnah, tak dapat lagi diperdagangkan, atau hilang maka si berutang, jika ia mempunyai hak-hak atau tuntutan-tuntutan ganti rugi mengenai barang tersebut, diwajibkan memberikan hak-hak dan tuntutan-tuntutan tersebut kepada orang yang mengutangkan kepadanya.

Berdasarkan rumusan pasal-pasal tersebut maka *overmacht* dapat disimpulkan merupakan peristiwa yang tidak terduga yang terjadi diluar kesalahan debitur setelah penutupan kontrak yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, sebelum ia dinyatakan lalai dan karenanya tidak dapat dipersalahkan serta tidak menanggung risiko atas kejadian tersebut. Untuk itu sebagai sarana bagi debitur melepaskan diri dari gugatan kreditur, maka dalil *overmacht* harus memenuhi syarat, bahwa:

- a. Pemenuhan prestasi terhalang atau tercegah;
- b. Terhalangnya pemenuhan prestasi tersebut diluar kesalahan debitur;
- c. peristiwa yang menyebabkan terhalangnya prestasi tersebut bukan merupakan risiko debitur.

Adanya peristiwa yang dikategorikan sebagai *overmacht* membawa konsekwensi (akibat hukum) sebagai berikut ⁵³:

- a. Kreditur tidak dapat menuntut pemenuhan prestasi;
- b. Debitur tidak dapat lagi dinyatakan lalai;
- c. Debitur tidak wajib membayar ganti rugi;
- d. Risiko tidak beralih kepada debitur;
- e. Kreditur tidak dapat menuntut pembatalan dalam perjanjian timbal balik;
- f. Perikatan dianggap gugur.

Macam-macam Keadaan Memaksa ⁵⁴:

1. Keadaan memaksa mutlak (*absolut*)

adalah suatu keadaan memaksa yang menyebabkan suatu perikatan bagaimanapun tidak mungkin bias dilaksanakan.

2. Keadaan Memaksa Relatif

adalah suatu keadaan memaksa yang menyebabkan suatu perikatan hanya dapat dilaksanakan oleh debitur dengan pengorbanan yang demikian besarnya sehingga tidak lagi sepatasnya pihak kreditur menuntut pelaksanaan perikatan tersebut.

Untuk menetapkan sifat memaksa dari *overmacht* secara relative ada 2 macam ukuran yaitu : ukuran obyektif dan ukuran subyektif.

⁵³ *Ibid*, hal 272

⁵⁴ Riduan Syahrani, *op.cit*, hal235-236

- a. Ukuran obyektif adalah ukuran bagaimana keadaan orang pada umumnya. Bilamana suatu keadaan menyebabkan semua orang tidak dapat melaksanakan perikatan. keadaan ini merupakan keadaan memaksa yang bersifat obyektif.
- b. Ukuran subyektif adalah ukuran bagaimana keadaan tertentu yang berbeda dengan orang lain. Ukuran ini menentukan apabila suatu keadaan menyebabkan orang tertentu tidak dapat melaksanakan perikatan karena hal-hal yang melekat pada diri orang yang bersangkutan.

Pihak yang harus membuktikan adanya *overmacht* dalam KUH Perdata adalah debitur sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1244 KUH perdata bahwa:

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

Menurut Prof Subekti⁵⁵ adanya *overmacht* (keadaan memaksa) harus dibuktikan oleh debitur, sedang siapa yang menuntut penggantian kerugian yang disebabkan suatu perbuatan melanggar hukum harus membuktikan adanya kesalahan pihak yang dituntut.

⁵⁵ Subekti, *Hukum Pembuktian*, Pradnya Pramita, Jakarta, Cetakan IV, 1978, hal 19

Pada akhirnya hakimlah yang memberikan penilaian terhadap bukti-bukti yang diajukan para pihak yang berperkara dipersidangan, apakah benar tidak dipenuhinya suatu perjanjian karena *overmacht*, dan sampai sejauh mana *overmacht* terjadi.

D. Pengertian Perjanjian *Build Operate Transfer* (BOT)

Semakin pesatnya perkembangan sector bisnis menyebabkan kebutuhan akan modal semakin besar. Disatu sisi ada pihak yang kekurangan modal sedangkan disisi lain ada pihak yang kelebihan modal. Untuk menyalurkan modal pada pihak yang memerlukan diperlukan adanya kerjasama sebagai alternative pembiayaan yang sering dilakukan pelaku ekonomi. Adapun bentuk kerjasama tersebut antara lain dengan Bangun Guna Serah (*Build Operate Transfer*)

Menurut Keputusan Menteri Keuangan Nomor 248/KMK.04/1995 tanggal 2 Juni 1995 disebutkan bahwa yang dimaksud Bangun Guna Serah/*Build Operate Transfer* adalah bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian bangun guna serah (BOT) dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa bangun guna serah berakhir.

Badan Pembinaan Hukum Nasional, dalam sebuah penelitiannya yang berjudul “ Aspek Hukum Perjanjian *Build Operate Transfer*” mengungkapkan bahwa yang dimaksud dengan perjanjian BOT adalah suatu perjanjian baru, dimana pemilik hak eksklusif atau pemilik lahan menyerahkan studi kelayakan, pengadaan barang dan peralatan, pembangunan serta pengoperasian hasil pembangunannya kepada investor, dan investor ini dalam jangka waktu tertentu (Jangka waktu konsensi) diberi hak mengoperasikan, memelihara serta mengambil manfaat ekonomi dari bangunan tersebut, dengan maksud untuk mengganti biaya yang telah dikeluarkan investor untuk membangun proyek tersebut, kemudian setelah jangka waktu tertentu selesai bangunan beserta fasilitas yang melekat padanya diserahkan kepada pemilik hak eksklusif atau pemilik lahan.

Sedangkan Budi Santosa dalam bukunya yang berjudul “ Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur Model BOT (*Build Operate Transfer*) mengemukakan bahwa BOT adalah pemanfaatan tanah dan bangunan milik atau dikuasai oleh Pemerintah Daerah oleh pihak ketiga dengan cara pihak ketiga membangun bangunan siap pakai atau menyediakan, menambah sarana lain berikut fasilitas diatas tanah atau bangunan tersebut dan mendayagukannya selama jangka waktu tertentu untuk kemudian setelah jangka waktu berakhir menyerahkan kembali tanah dan bangunannya serta sarana lain berikut fasilitasnya beserta pendayagunaannya kepada daerah serta

membayar kontribusi sejumlah uang atas pemanfaatannya yang besarnya ditetapkan sesuai kesepakatan.⁵⁶

Pengertian tentang Bangun Guna Serah BOT semula belum ditemukan satu pengertianpun yang bersifat baku, namun sejak tahun 2006 yaitu dengan dikeluarkannya Peraturan Pemerintah Nomor 6 tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah mulai ditemukan pengertian Bangun Guna Serah (BOT) dalam peraturan perundang-undangan, yaitu dalam Pasal 1 angka 13 Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, jo Pasal 1 angka 14 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah, Bangun Guna Serah adalah pemanfaatan barang milik daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, dan setelah selesai pembangunannya diserahkan kepada Pemerintah Daerah, kemudian oleh Pemerintah Daerah diserahkan kembali kepada pihak lain tersebut untuk didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, setelah jangka waktu selesai tanah beserta bangunan diserahkan kepada Pemerintah Daerah.

Pengertian Bangun Guna Serah juga ditemukan dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 22 Tahun 2009 tentang petunjuk Teknis Tata Cara Kerja Sama Daerah, pada lampiran II yang mengatur tentang contoh bentuk/model kerja sama Daerah, Dalam lampiran Peraturan Menteri Dalam

⁵⁶ Budi Santoso, *op.cit*, hal 46-47

Negeri Nomor 22 tahun 2009 tersebut dijelaskan tentang Kontrak Bangun Guna Serah yaitu Badan Hukum bertanggung jawab untuk membangun infrastruktur/fasilitas termasuk membiayainya dan setelah selesai pembangunannya lalu infrastruktur/fasilitas tersebut diserahkan penguasaan dan kepemilikannya kepada pemerintah Daerah, selanjutnya Pemerintah Daerah menyerahkan kembali kepada Badan hukum untuk dikelola selama waktu tertentu untuk pengembalian modal investasinya serta memperoleh keuntungan yang wajar.

Dari beberapa pengertian tentang perjanjian BOT sebagaimana telah dipaparkan di atas, maka dapat ditarik satu pemahaman bahwa di dalam perjanjian BOT, terdapat 3 tahapan tindakan, yaitu tahap pertama berupa tindakan pembangunan proyek yang dilakukan oleh pihak investor, tahap kedua berupa pengoperasian proyek bangunan yang merupakan hak dan wewenang investor, serta tahap ketiga berupa tindakan penyerahan proyek bangunan dari investor kepada pemilik lahan, yang dilakukan pada saat berakhirnya masa konsensi yang telah disepakati sebelumnya.

BOT mempunyai masa konsensi yaitu masa bagi pihak swasta untuk mengoperasikan proyek selama beberapa tahun (misalnya selama 20 tahun) selama waktu tersebut dapat memungut hasil atau imbalan jasa karena membangun proyek tersebut.

Sistem Bangun Guna Serah atau BOT agreement adalah perjanjian antara 2 (dua) pihak, dimana pihak yang satu menyerahkan penggunaan tanah

miliknya untuk di atasnya didirikan suatu bangunan komersial oleh pihak kedua (investor).

Pihak Kedua tersebut berhak mengoperasikan atau mengelola bangunan komersial untuk jangka waktu tertentu dengan memberikan fee (atau tanpa fee) kepada pemilik tanah, dan pihak kedua wajib mengembalikan tanah beserta bangunan komersial di atasnya dalam keadaan dapat dan siap dioperasikan kepada pemilik tanah setelah jangka waktu operasional tersebut berakhir.

Dari berbagai pengertian di atas, juga dapat diketahui bahwa dalam perjanjian BOT terdapat beberapa unsur sebagai berikut :

- a. adanya para pihak yang melakukan perjanjian, dalam hal ini adalah pihak investor dan pihak pemilik lahan;
- b. adanya objek perjanjian BOT, berupa lahan dan bangunan tertentu;
- c. adanya masa konsensi, dimana pihak investor diberi hak untuk mengoperasikan bangunan dan mengambil keuntungan yang diharapkan;
- d. adanya proses penyerahan bangunan beserta fasilitas yang melekat padanya, dari pihak investor kepada pihak pemilik lahan, pada saat berakhirnya masa konsensi.

Perjanjian BOT terjadi dalam hal jika :

- a. Ada pemilik tanah atau pihak yang menguasai tanah, ingin membangun suatu bangunan komersial di atas tanahnya tetapi tidak mempunyai biaya, dan ada investor yang bersedia membiayai bangunan tersebut.

- b. Ada investor yang ingin membangun suatu bangunan komersial tetapi tidak mempunyai tanah yang tepat untuk berdirinya suatu bangunan komersial tersebut, dan ada pemilik tanah yang bersedia menyerahkan tanahnya untuk tempat berdirinya bangunan komersial tersebut
- c. Investor membangun suatu bangunan komersial di atas tanah milik pihak lain, dan setelah bangunan selesai investor berhak mengoperasionalkannya untuk jangka waktu tertentu, selama jangka waktu operasional, pihak pemilik tanah berhak atas fee tertentu.
- d. Setelah jangka waktu operasional berakhir, investor wajib mengembalikan tanah kepada pemiliknya beserta bangunan komersial di atasnya (Pasal 62 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2005 tentang peraturan pelaksanaan Undang-undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung);

Dalam hal perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah selama jangka waktu pengoperasian pihak swasta harus memenuhi kewajibannya sebagai berikut:

- a. Membayar kontribusi ke rekening umum Negara/daerah setiap tahun, yang besarnya ditetapkan berdasarkan hasil perhitungan tim yang dibentuk oleh pejabat yang berwenang;
- b. Tidak menjaminkan, menggadaikan atau memindahtangankan objek bangun guna serah atau bangun serah guna
- c. Memelihara objek bangun guna serah dan bangun serah guna.

Dengan keterbatasan anggaran pembangunan di daerah maka pelaksanaan pembangunan daerah dan meningkatkan kualitas pelayanan kepada publik, pemerintah daerah perlu melibatkan peran serta pihak swasta.

Dalam hal kerjasama antara Pemerintah Daerah dengan pihak swasta dalam hal pengelolaan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah dimaksudkan adanya kerjasama yang saling menguntungkan antara dua pihak atau lebih untuk mencapai tujuan tertentu, dimana Pemerintah Daerah memiliki barang daerah berupa tanah sedangkan pihak swasta memiliki modal untuk membangun fasilitas umum.

Praktek Kerjasama bisa diwujudkan apabila ada kepentingan yang saling bertemu dalam suatu objek yang dijadikan sebagai media serta kesepakatan terhadap pembagian atau sharing hasil kerjasama tersebut.

Kewajiban selama jangka waktu pengoperasian yang dimiliki pihak swasta dalam perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk bangun serah guna yaitu :

1. Membayar kontribusi ke rekening kas umum Negara/daerah setiap tahun, yang besarnya ditetapkan berdasarkan hasil perhitungan tim yang di bentuk oleh pejabat yang berwenang;
2. Tidak menjaminkan, menggadaikan atau memindahtangankan objek bangun guna serah atau bangun serah guna;
3. Membayar Pajak Bumi dan Bangunan dan pajak lainnya;

4. Selama jangka waktu perjanjian kerjasama pihak swasta bertanggung jawab atas pengelolaan, mengatur tata tertib pengelolaan dan penerimaan uang sewa bagian-bagian yang disewakan beserta fasilitasnya;
5. Memelihara objek bangunan bangun guna serah
6. Setelah berakhirnya jangka waktu yang diperjanjikan, pihak swasta wajib menyerahkan tanah dan bangunan kepada pemilik tanah dalam hal ini Pemerintah Daerah dalam keadaan baik, utuh, dan bebas segala tuntutan hukum dari hak-hak pihak ketiga.

Dalam Surat Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk bangun guna serah antara Pemerintah Daerah dengan pihak swasta sebagaimana yang diatur dalam Pasal 29 Ayat (5) Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Penegelolaan Barang Milik Negara/Daerah yang berbunyi Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna dilaksanakan berdasarkan surat perjanjian yang sekurang-kurangnya memuat:

1. Pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian;
2. Objek Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna
3. Jangka Waktu Bangun Guna Serah
4. Hak dan Kewajiban para pihak yang terikat perjanjian
5. Persyaratan lain yang dianggap perlu

Sedangkan di dalam Peraturan Teknis mengenai pengelolaan barang milik daerah yakni Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah , pelaksanaan Bangun Serah Guna atas Barang Milik Daerah ditetapkan dalam Surat Perjanjian yang memuat antara lain :

1. Pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian;
2. Objek Bangun Guna Serah;
3. Jangka Waktu Bangun Guna Serah;
4. Pokok-Pokok mengenai Bangun Guna Serah;
5. Data barang milik daerah yang menjadi objek bangun guna serah;
6. Hak dan Kewajiban para pihak yang terikat perjanjian;
7. Jumlah/besarnya kontribusi yang harus dibayar pihak ketiga;
8. Sanksi;
9. Surat Perjanjian yang ditandatangani pengelolaan atas nama Kepala Daerah dan mitra kerjasama;
10. Persyaratan lain yang dianggap perlu.

BAB III

Penerapan Asas Proporsionalitas dalam Perjanjian BOT Antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan Investor.

Pembangunan Infrastruktur merupakan kewajiban dari Pemerintah Daerah dalam rangka untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat namun demikian pembangunan infrastruktur memerlukan biaya yang besar. Pemerintah Daerah memiliki keterbatasan dana dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) bahkan tidak dianggarkan, disisi lain daerah mempunyai potensi berupa lahan-lahan strategis yang perlu dukungan pemodal agar lebih bernilai ekonomis dan dapat menguntungkan para pihak dan masyarakat luas.

Menjawab permasalahan kekurangan dana tersebut Pemerintah dalam Hal ini pemerintah Kabupaten Banjar menjalin kerjasama menggunakan Sistem BOT untuk membiayai pembangunan sarana dan prasarana tersebut.

Hal ini sejalan dengan alasan yang diajukan oleh pihak investor dalam memilih kerjasama ini dikarenakan melihat potensi Kabupaten Banjar yang dapat dikembangkan dengan Kerjasama investasi. Kerjasama tersebut dalam system BOT sebagai solusi menguntungkan karena sebagai pemilik modal (investor) tidak memiliki lahan yang merupakan salah satu modal penting dalam melakukan usaha.

Beberapa hal yang layak dijadikan pertimbangan dalam memilih kerjasama dalam bentuk BOT didasarkan pada kepentingan Pemerintah :

- 1 Perjanjian ini tidak membebani neraca pembayaran Pemerintah (*off Banlanced-Sheet Financing*)
- 2 Mengurangi jumlah pinjaman pemerintah maupun sector public lainnya.
- 3 Perjanjian BOT merupakan tambahan sumber pembiayaan bagi proyek-proyek yang diprioritaskan(*Additional financing source for priority project*)
- 4 Pemerintah mendapatkan tambahan fasilitas baru.
- 5 Upaya dalam mengalihkan resiko bagi konstruksi, pembiayaan dan pengoperasian kepada sektor swasta.
- 6 Mengoptimalkan kemungkinan pemanfaatan perusahaan maupun teknologi asing.
- 7 Diperolehnya fasilitas yang lengkap dan operasional setelah masa berakhirnya konsensi.

Sebagai objek penelitian penulis mengkaji penerapan asas proporsionalitas dalam perjanjian kerjasama yang dilakukan oleh Pemerintah Kabupaten Banjar dengan PT. Sinar Harapan Jaya Martapura dalam Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura

Perjanjian atau sering disebut juga dengan kontrak pada prinsipnya merupakan hubungan hukum antara beberapa pihak yang sepakat untuk

melakukan perbuatan hukum tertentu. Disamping itu kontrak sebagai suatu perjanjian akan mengikat para pihak dan dapat dipaksakan secara hukum.

Perjanjian kerjasama BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor merupakan perjanjian dimana pihak pemegang hak atas tanah yaitu Pemerintah Kabupaten Banjar memberikan hak *eksklusif* kepada investor untuk membangun, memiliki dan menikmati segala hasil keuntungan dari bangunan gedung yang dibangun, namun terbatas dalam jangka waktu tertentu yang diperjanjikan. Terjadi pengalihan hak atas tanah dari pemegang hak atas tanah kepada investor untuk sementara waktu.

Kerjasama ini merupakan hubungan hukum yang lahir dari perjanjian oleh karena itu harus tunduk pada ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata terutama Buku III Bab 2 tentang Perikatan yang lahir dari perjanjian.

Sebagai landasan melakukan perjanjian terdapat asas-asas perjanjian, dimana setiap perjanjian harus berlandaskan pada asas tersebut terutama asas konsensualisme dan kebebasan berkontrak serta asas proporsionalitas. Asas Konsensualisme dan asas kebebasan berkontrak dinyatakan dalam syarat-syarat perjanjian di dalam Pasal 1320 KUHPerdata yang menyebutkan untuk syahnya perjanjian diperlukan 4 syarat yaitu :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

Kesepakatan disini adalah persetujuan kehendak dari para pihak yaitu Pemerintah Kabupaten Banjar dan PT. Sinar Harapan Jaya untuk mengadakan perjanjian kerjasama investasi yang konsepnya mengacu

pada BOT untuk melakukan pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura. Di dalam perjanjian kerjasama ini kesepakatan terjadi pada saat ditanda tangannya surat perjanjian oleh para pihak.

Setelah terjadi kesepakatan, ini berarti telah timbul hak dan kewajiban bagi kedua belah pihak dan kedua belah pihak harus menjalankan hak dan kewajiban berdasarkan asas iktikad baik.

2. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian.

Kecakapan bertindak sebagai hal subjektif yang harus dipenuhi oleh kedua belah pihak untuk melakukan perjanjian yang sah. Dalam perjanjian kerjasama yang dilakukan oleh Pemerintah Kabupaten Banjar yang diwakili oleh Bupati Banjar H. Rudy Arifin dengan PT Sinar Harapan Jaya yang diwakili oleh Direktur H. Antemas telah memenuhi ketentuan tersebut masing-masing pihak sudah cakap dalam melakukan perjanjian.

Para pihak melakukan perjanjian sebagai wakil Badan Hukum yang menurut Hukum Perdata juga merupakan subjek hukum yang berhak melakukan perjanjian dan kewenangan mewakili perusahaan merupakan Anggaran dasar dan Anggaran Rumah Tangga Perusahaan.

3. Perikatan tersebut harus mengenai suatu hal tertentu

Suatu hal tertentu dapat dikatakan prestasi dalam melakukan perjanjian kerjasama ini. Apa saja yang diperjanjikan dalam kerjasama ini berupa hak-hak dan kewajiban dari kedua belah pihak

yang dituangkan dalam perjanjian. Maka prestasi yang harus dipenuhi dari perjanjian kerjasama ini adalah pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura di Kabupaten Banjar oleh PT. Sinar Harapan Jaya berupa pembangunan pusat perbelanjaan yang terdiri dari blok pertokoan dan Rumah Toko, Polsekta Martapura, kantor pengelola pasar, Taman dan Terminal Induk, TK Lontar, Kantor Pengelola Terminal, Gudang Barisan Pemadam Kebakaran, mengelola dan mendayagunakan, dan sebaliknya kewajiban pemerintah untuk menyediakan lahan itu.

4. Suatu sebab yang halal.

Mengacu pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata bahwa perjanjian yang dilakukan tidak boleh bertentangan dengan ketentuan dan perjanjian harus sejalan dengan asas kebebasan berkontrak asal tidak dilarang oleh undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan. Jika mengacu pada syarat-syarat perjanjian diatas, perjanjian kerjasama antara Pemerintah Daerah kabupaten Banjar dengan PT Sinar Harapan jaya ini dinyatakan telah memenuhi.

Perjanjian Kerjasama dengan system BOT yang dilakukan oleh pihak swasta dituangkan dalam perjanjian kerjasama yang memuat kewenangan, hak, dan kewajiban dalam perjanjian kerjasama tersebut sesuai dengan tujuan dari perjanjian itu sendiri yaitu membangun, mengoperasikan dan menyerahkan kembali kepada pemilik tanah (dalam hal ini pemerintah daerah) setelah jangka waktu yang ditentukan atau yang disepakati.

Dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (BOT) antara Pemerintah Daerah dengan Pihak Swasta sebagaimana yang diatur dalam Pasal 29 ayat (5) Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah yang berbunyi Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna dilaksanakan berdasarkan perjanjian yang sekurang-kurangnya memuat:

- a. Pihak-pihak yang terkait dalam perjanjian
- b. Objek Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna;
- c. Jangka waktu Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna;
- d. Hak dan kewajiban para pihak yang terikat dalam perjanjian;
- e. Persyaratan lain yang dianggap perlu.

Sedangkan dalam Peraturan Teknis mengenai Pengelolaan Barang Milik Daerah yakni Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah, pelaksanaan Bangun Guna Serah atas barang Milik Daerah ditetapkan dengan Surat Perjanjian yang memuat antara lain :

- a. Pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian;
- b. Objek Bangun Guna Serah;
- c. Jangka Waktu BangunGuna Serah;
- d. Pokok-pokok Bangun Guna Serah;
- e. Data barang milik daerah yang menjadi objek bangun guna serah;
- f. Hak dan Kewajiban para pihak yang terikat dalam perjanjian;

- g. Jumlah/besarnya kontribusi yang harus di bayar oleh pihak ketiga;
- h. Sanksi;
- i. Surat Perjanjian ditandatangani oleh pengelola atas nama Kepala Daerah dan mitra kerjasama;
- j. Persyaratan lain yang dianggap perlu.

Berdasarkan uraian diatas maka perjanjian BOT merupakan perjanjian kerjasama yang dilakukan oleh swasta dalam jangka waktu yang ditentukan dalam perjanjian.

Sesuai dengan Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 jo Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 bahwa jangka waktu perjanjian BOT paling lama 30 (tiga puluh) tahun, dalam perjanjian kerjasama pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura untuk pengelolaan toko/kios investor diberi hak menyewakan selama 5 (lima) tahun setelah lima tahun maka pemerintah daerah yang menerima pendapatan yakni hak sewa toko dan retribusi lainnya sedangkan untuk rumah toko (ruko) investor diberi Hak Guna Bangunan selama 20 (dua puluh) tahun dan diberi hak mengelola rumah toko selama 20 tahun dan dapat di perpanjang kembali.

Berdasarkan perjanjian Kerjasama tertanggal 21 Oktober 2003 Nomor 33/PKS-BANJAR/2003 antara Pemerintah Kabupaten Banjar dan PT Sinar Harapan Jaya dalam Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura Kabupaten Banjar. Pihak Pemerintah Kabupaten Banjar diwakili oleh H. Rudy Arifin selaku Bupati Banjar dan H. Antemas selaku Direktur PT. Sinar Harapan Jaya. Para pihak dalam perjanjian sepakat untuk

mengikatkan diri untuk melaksanakan kerjasama pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura Kabupaten Banjar. Perjanjian Kerjasama Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura secara materi mengacu BOT.

Perjanjian kerjasama ini dihitung sejak penandatanganan Surat Perjanjian Kerjasama yaitu sejak 21 Oktober 2003 sedangkan serah terima bangunan pada Oktober 2005. Sejak tahun keenam yaitu pada Oktober 2011 pemerintah daerah dapat memungut sewa toko , Untuk bangunan rumah toko investor berhak mengelola selama 20 tahun dan setelah 20 (dua puluh) tahun seluruh bangunan toko/ruko diserahkan kembali kepada pemerintah daerah atau dapat diperpanjang kembali.

Perjanjian Kerjasama Pembangunan Pusat Pebelanjaan Martapura secara materi perjanjian BOT antara Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar dengan investor berisi :

1. Adanya para pihak, H. Rudy Arifin selaku Bupati Banjar bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar selaku pemilik lahan (pemilik hak eksklusif) dan H. Antemas selaku Direktur PT. Sinar Harapan Jaya (Investor)
2. Adanya objek yang diperjanjikan dalam perjanjian *build operate transfer* yaitu tanah seluas 78.000 M2 dan Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura Kabupaten Banjar berikut sarana dan prasarana serta fasilitas umum dengan nilai Rp. 21.844.087.000,- (Dua puluh satu Milyard Delapan Ratus Empat Puluh Juta Delapan Puluh

Tujuh Ribu Rupiah) yang berupa pembangunan Rumah Toko, Pertokoan/Warung, Polsekta Martapura, Areal Terbuka pedagang kaki lima, Kantor Pengelola Pasar, Taman, Terminal Induk, Areal Parkir, TK Lontar, Jalan Lingkungan, Kantor Pengelola Terminal, Gudang Barisan Pemadam Kebakaran (BPK) dan Fasilitas lain yang disebutkan dalam dokumen pembangunan.

3. Adanya jangka waktu pengelolaan yang diberikan kepada Investor dimana dalam perjanjian kerjasama ini Investor diberi hak untuk menyewakan pertokoan selama 5 tahun dan diberi hak guna bangunan atas bangunan rumah toko (ruko) selama 20 tahun, jangka waktu tersebut diberikan dengan harapan modal yang telah diinvestkan (ditanam untuk membangun bangunan tersebut) kembali atau bahkan menguntungkan.
4. Setelah tahun keenam sewa pertokoan menjadi hak pemerintah daerah dan setelah 20 tahun investor mengembalikan rumah toko (Ruko) dan prasarana dan fasilitas lainnya kepada pemilik lahan dalam hal ini pemerintah daerah Kabupaten Banjar

Hal ini berarti kesepakatan yang didapati adalah melakukan kerjasama yang secara materi berkonsep BOT yakni akan melakukan kerjasama selama 20 tahun. Pihak Investor akan mendirikan bangunan berupa Pusat Perbelanjaan Martapura dan fasilitas lainnya, kemudian akan mengelola atau mendayagukannya selama rentang waktu 20 tahun. Selama jangka waktu tersebut pihak PT Sinar Harapan Jaya selaku investor akan mendapat

keuntungan melalui pendayagunaan bangunan tersebut. Setelah jangka waktu 20 tahun berakhir tanah dan bangunan tersebut akan dikembalikan kepada Pemerintah Kabupaten Banjar.

Perjanjian Kerjasama dengan system BOT yang dilakukan oleh pihak swasta dituangkan dalam perjanjian kerjasama yang memuat kewenangan, hak, dan kewajiban dalam perjanjian kerjasama tersebut sesuai dengan tujuan dari perjanjian itu sendiri yaitu membangun, mengoperasikan dan menyerahkan kembali kepada pemilik tanah (dalam hal ini pemerintah daerah) setelah jangka waktu yang ditentukan atau yang disepakati.

Kerjasama dengan BOT merupakan kerjasama yang bersifat saling menguntungkan. Keuntungan yang di dapat dari sewa pertokoan dan penjualan Ruko (HGB), pembagian keuntungan dari laba bersih pengelolaan areal parkir, areal terbuka (*openspace*), WC Umum yang akan berlangsung selama 20 tahun.

Perjanjian BOT terdapat 3 tahapan yakni Tahap pembangunan berarti investor dalam hal ini PT. Sinar Harapan Jaya dan Pemerintah kabupaten Banjar bekerjasama membangun Pusat Perbelanjaan Martapura yang terdiri dari pertokoan dan rumah toko, pada tahap pembangunan ini system BOT dimungkinkan dapat berjalan dengan baik, karena sebelum tahap ini dilaksanakan investor telah melalui tahap perencanaan.

Tahap pengoperasionalan atau pengelolaan yakni setelah bangunan Pusat Perbelanjaan Martapura selesai maka investor diberi hak untuk mengelola rumah toko dan pertokoan. Pemerintah daerah diuntungkan baik dari segi financial, maupun juga dari segi administrative, yaitu pihak investor yang mengoperasionalkan bangunan tersebut akan tercapai suatu standar efisiensi yang tinggi. Sementara melaksanakan pengoperasian, investor juga diharapkan mengadakan pemeliharaan terhadap fasilitas tersebut, sehingga sewaktu pengalihan dilakukan, fasilitas tersebut berada dalam keadaan baik, serta masih dapat digunakan.

Tahap pengelolaan mulai Oktober 2005 yaitu sejak berita acara serah terima bangunan. Pada tahap pengelolaan lebih dititik beratkan atas penjualan blok pertokoan dan Rumah Toko (Ruko) yang telah disediakan serta keuntungan pengelolaan areal parkir, *openspace*, WC Umum.

Pada tahap pengelolaan atau pengoperasionalan Pusat Perbelanjaan Martapura tidak semua toko terisi penuh, sehingga blok pertokoan dan Rumah Toko (Ruko) menjadi tidak terawat, dan keuntungan bagi hasil pengelolaan areal parkir, areal terbuka (*openspace*) dan pengelolaan WC umum serta pajak dan retribusi tidak dapat diterima oleh pemerintah Daerah karena tidak terisinya toko dan rumah toko(ruko). Investor juga mengalami kerugian karena biaya yang telah dikeluarkan untuk pembangunan pusat perbelanjaan tidak semua diterima sehingga agar perjanjian kerjasama ini dapat sesuai dengan tujuan dibentuknya kerjasama ini maka perlu untuk memperbaiki isi perjanjian dengan melakukan perjanjian addendum.

Perjanjian ini dihitung sejak penandatanganan Surat Perjanjian Kerjasama yaitu sejak 21 Oktober 2003 dan serah terima bangunan pada Oktober 2005. sejak tahun keenam yaitu pada Oktober 2011 pemerintah daerah dapat memungut sewa toko tetapi karena banyak toko tidak terisi penuh sehingga pemerintah daerah tidak dapat memungut retribusi. Untuk bangunan rumah toko investor berhak mengelola selama 20 tahun dan setelah 20 (dua puluh) tahun seluruh bangunan toko/ruko dikembalikan kepada pemerintah atau dapat diperpanjang kembali.

Pada tahap pengalihan dari pihak investor kepada Pemerintah , masyarakat ataupun pemerintah akan memperoleh suatu fasilitas yang telah beroperasi, terpelihara baik, dan disamping itu telah memiliki suatu arus pendapatan. Sedangkan intensitas dari arus pendapatan tersebut diketahui dari pelaksanaan proyek tersebut, yang dilakukan sebelumnya oleh pihak investor. Namun demikian akibat tidak semua bangunan pertokoan dan rumah toko tidak terisi penuh maka dalam tahap penyerahan atau pengalihan dari investor kepada Pemerintah Daerah terjadi kendala mengingat fasilitas tersebut tidak beroperasi dan terpelihara baik dan tidak memiliki arus pendapatan maka tujuan dari dibuatnya perjanjian ini tidak dapat terwujud.

Selain itu pada tahap pengalihan nilai bangunan Pusat Perbelanjaan Martapura setelah berakhir masa pengelolaan mempunyai nilai ekonomi yang rendah.

Dalam perjanjian BOT antara pemerintah daerah Kabupaten Banjar dengan investor dalam tahap penyerahan tidak diatur secara tegas dan rinci tentang kondisi bangunan yang harus diserahkan kepada pihak pemilik tanah yakni Pemerintah daerah Kabupaten Banjar.

Dalam perjanjian Kerjasama Pembangunan Pusat perbelanjaan Martapura antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan Investor akan dianalisis apakah perjanjian tersebut dilandasi pertukaran hak dan kewajiban para pihak secara proporsional sehingga akan menghasilkan kontrak yang *fair*.

Untuk itu proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban dapat dicermati dari substansi klausul-klausul perjanjian atau kontrak yang disepakati para pihak. Penilaian terhadap asas proporsionalitas yakni adanya pertukaran hak dan kewajiban diantara para pihak dapat dinilai dari seluruh proses pertukaran hak dan kewajiban para pihak

.Asas proporsionalitas yakni asas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual. Asas proporsionalitas menggandaikan pembagian hak dan kewajiban diwujudkan dalam seluruh proses kontraktual baik pada fase prakontraktual, pembentukan kontrak, maupun pelaksanaan kontrak (*pre contractual, contractual, post contractual*).⁵⁷

Asas Proporsionalitas berbeda dengan asas keseimbangan, asas keseimbangan bermakna *equal-equilibrium* akan bekerja memberikan

⁵⁷ *ibid* hal 87

keseimbangan manakala posisi tawar para pihak dalam menentukan kehendak menjadi tidak seimbang, ruang lingkup asas keseimbangan pada kontrak konsumen sedangkan ruang lingkup dan daya kerja asas proporsionalitas lebih dominan pada kontrak komersial. Dengan asumsi dasar karakteristik kontrak komersial menempatkan posisi para pihak pada kesetaraan, sehingga tujuan kontrakan yang berorientasi pada keuntungan bisnis akan terwujud apabila terdapat pertukaran hak dan kewajiban yang *fair* (proporsional). Asas proporsionalitas tidak dilihat dari konteks keseimbangan matematis (*equilibrium*), tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara *fair*.⁵⁸

Berdasarkan uraian diatas maka perjanjian BOT merupakan perjanjian kerjasama yang dilakukan oleh swasta dalam jangka waktu yang ditentukan dalam perjanjian. Dalam perjanjian kerjasama dengan system BOT antara pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor apabila ditinjau dari asas proporsional maka terlebih dahulu beranjak dari makna filosofis keadilan, menurut Ulpianus keadilan sebagai *justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique triubendi* (keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya” *to give everybody his own*”, Artinya keadilan dapat terwujud apabila sesuatu yang diberikan kepada seseorang sebanding dengan yang seharusnya diterima (*praeter proportionem dignitas ipsius*)⁵⁹

⁵⁸ Agus Yudo Hernoko, *op.cit* ,hal 84

⁵⁹ *Ibid*,hal 85

Pembahasan tentang hubungan kontraktual para pihak tidak dapat dilepaskan dari masalah keadilan. Kontrak sebagai wadah yang mempertemukan kepentingan satu pihak dengan pihak yang lain menuntut pertukaran kepentingan yang adil. Untuk itu untuk menganalisis asas proporsionalitas dalam perjanjian dimulai dari aspek filosofis keadilan berkontrak.

Dengan demikian, perjanjian sebagai proses mata rantai hubungan para pihak harus dibangun berdasarkan pemahaman keadilan yang dilandasi atas pengakuan hak para kontraktan. Pengakuan terhadap eksistensi hak para kontraktan tersebut termanifestasi dalam memberikan peluang dan kesempatan yang sama dalam pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban). Namun demikian pengakuan terhadap hak, kebebasan dan kesamaan dalam pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) tersebut harus dalam bingkai aturan main yang mempertimbangkan prinsip distribusi yang proporsional.

Apabila ditinjau dari hal tersebut maka untuk mengkaji asas proporsionalitas dalam perjanjian kerjasama antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor dalam hal ini PT Sinar Jaya Harapan harus melihat seluruh proses kontraktual yakni sebelum kontrak itu dibuat, pada saat pembentukan kontrak dan pelaksanaan kontrak semua tahapan tersebut dilihat secara keseluruhan.

Pada tahap sebelum kontrak dibuat yakni adanya keinginan Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar untuk membangun Pusat Perbelanjaan Martapura dimana Pemerintah Daerah memiliki lahan/tanah yang semula ingin membangun Pusat Perbelanjaan modern berupa mall dan pasar tradisional, dalam hal ini karena tidak adanya dana untuk membangun sehingga mengadakan kerjasama dengan pihak swasta/investor untuk membangun pusat perbelanjaan tersebut, untuk pembangunan perbelanjaan modern tersebut Pemerintah Kabupaten Banjar menjalin kerjasama dengan Investor besar yakni Satyatama Graha Tama, namun sejak ditandatanganinya Mou antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan PT Satyatama Graha Tama dan telah melewati waktu yang telah ditentukan, sehingga tidak dapat dilanjutkan ketingkat perjanjian. Sehingga Pemerintah Kabupaten Banjar hanya membangun Pasar yang dapat dijangkau masyarakat pedagang maupun investor. Ternyata keinginan Pemerintah Kabupaten Banjar mendapat respon positif dari PT. Sinar Harapan Jaya Martapura.

Pada tahap pembentukan perjanjian yakni dimana pemerintah dimana perjanjian kerjasama Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura dibuat secara materi berkonsep system BOT. Perjanjian BOT terdapat 3 (tiga) tahap tindakan , yaitu tahap pertama berupa tahap pembangunan yaitu pembangunan pusat perbelanjaan Martapura yang dilakukan PT. Sinar Harapan Jaya, tahap kedua berupa pengoperasian atau pengelolaan Pusat Perbelanjaan Martapura yang merupakan hak dan wewenang PT. Sinar Harapan Jaya (investor), tahap ketiga berupa tindakan penyerahan Pusat

Perbelanjaan Martapura dari investor kepada Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar selaku pemilik lahan, yang dilakukan pada saat berakhirnya masa konsesi yang telah disepakati sebelumnya sesuai yang diatur dalam perjanjian.

Tahap Pelaksanaan Perjanjian berarti bagaimana pihak-pihak dalam perjanjian menepati janjinya untuk melakukan prestasi sesuai dengan yang diperjanjikan atau merealisasi apa yang menjadi hak dan kewajibannya dalam perjanjian.

Ukuran proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban di dasarkan pada nilai-nilai kesetaraan (*equitability*), kebebasan, distribusi proporsional, tentunya juga tidak dapat dilepaskan dari asas atau prinsip kecermatan (*zorgvuldigheid*), kelayakan (*redelijkheid, reasonableness*) dan kepatutan (*bilijkheid; equity*). Asas proporsionalitas tidak mempermasalahkan keseimbangan (kesamaan) hasil secara matematis, namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban diantara para pihak secara layak dan patut (*fair dan reasonableness*).⁶⁰

Perjanjian Kerjasama dengan system BOT yang dilakukan oleh pihak swasta dituangkan dalam perjanjian kerjasama yang memuat kewenangan, hak, dan kewajiban dalam perjanjian kerjasama tersebut sesuai dengan tujuan dari perjanjian itu sendiri yaitu membangun, mengoperasikan dan menyerahkan kembali kepada pemilik tanah (dalam hal ini pemerintah daerah) setelah jangka waktu yang ditentukan atau yang disepakati.

⁶⁰ *Ibid*, hal 89

Untuk menganalisis penerapan asas proporsionalitas dalam Perjanjian BOT perlu dilihat dari keseluruhan proses dan perlu melihat klausul-klausul dalam perjanjian kerjasama tersebut yakni:

1. Klausul Para Pihak

Para Pihak dalam perjanjian Kerjasama ini adalah H. Rudi Arifin selaku Bupati Banjar dalam hal ini bertindak atas nama Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar dan H. Antemas dalam hal ini bertindak dalam kedudukan selaku Direktur PT. Sinar Harapan Jaya para pihak sepakat untuk mengikatkan diri dalam perjanjian kerjasama ini.

2. Klausul mengenai Objek Perjanjian

Objek Perjanjian BOT yakni dijelaskan dalam Pasal 2 berupa tanah seluas 78.000M2 dan Sarana dan Prasarana serta fasilitas Umum dengan nilai Rp. 21.844.087.000,- (Dua puluh satu Milyard Delapan Ratus Empat Puluh Empat Juta Delapan Puluh Tujuh Ribu Rupiah) yang berupa pembangunan : Rumah Toko (Ruko), Pertokoan/Warung, Polsekta Martapura, Areal terbuka untuk pedagang kaki lima, Kantor Pengelola Pasar, Taman, Terminal Induk, Areal Parkir, Pembangunan kembali TK. Lontar, Jalan Lingkungan, Fasilitas lain yang disebutkan dalam dokumen pembangunan, Kantor Pengelola Terminal, Gudang Barisan Pemadam Kebakaran (BPK).

Jenis bangunan yang akan dibangun adalah sebagai berikut : a) pasar Tradisional yang terdiri dari Ukuran 4x4m = 148 buah, Ukuran 4x6 =32 buah, Ukuran 3x3m = 54 buah (Pujasera), Ukuran 3x3 m = 122 buah,

Ukuran 1,5 x 1,5 = 1008 buah (kaki lima), Ukuran 1,5 x 2 m = 200 buah, Ukuran 2x3m = 112 buah. b) Ruko (Rumah Toko) yang terdiri dari Ukuran 4x8 m = 77 buah, Ukuran 4x12m = 73 buah, Ukuran 5x15 m = 26 buah. Sarana dan prasarana yang terdiri dari drainase diselesaikan sepanjang jalan (kiri –kanan) Hydran pada 4 (empat) titik sebanyak 4 buah, WC dan Kamar Mandi sebanyak 3 Unit, (masing-masing unit 6 buah).

Apabila melihat dari objek perjanjian tersebut yakni Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura yang terdiri dari pasar tradisional dan rumah toko (ruko) dimana pemerintah daerah mendapatkan kompensasi atas Pembangunan Pusat Perbelanjaan martapura yakni dibangunnya terminal, TK Lontar , Kantor Pengelola Pasar , Kantor Pengelola Terminal, Gudang Barisan Pemadam Kebakaran, Taman dan infrastruktur lainnya . Pemberian kompensasi tersebut sebanding dengan keuntungan yang akan didapat dari pengelolaan pertokoan dan rumah toko (Ruko) oleh investor.

Pada Perjanjian Kerjasama ini Pemerintah Daerah mempunyai hak penuh atas tanah dilahan Eks PKM seluas 78.000 M dan pihak pertama selaku pemegang hak atas tanah bersedia memberi sebagian menjadi Hak Guna Bangunan (HGB) atas tanah kepada pihak kedua dengan luas tanah 9.112 M dengan jangka waktu selama 20 tahun. HGB atas tanah tersebut akan dimanfaatkan menjadi Rumah Toko (Ruko) dan apabila masa HGB

selama 20 (dua puluh) tahun habis maka Pihak Kedua dapat mengajukan perpanjangan HGB kembali.

Sedangkan untuk blok pertokoan pada tahun pertama sampai tahun ke lima hak sewa menjadi hak dari investor sedangkan pada tahun ke enam sampai dengan tahun kedua puluh pemerintah daerah dapat memungut sewa dan retribusi. Pembagian pengelolaan hak sewa pada pertokoan selama 5 tahun pada pihak investor dan pemberian Hak Guna Bangunan selama 20 tahun pada investor mengacu pada pengeluaran biaya yang telah dikeluarkan untuk pembangunan pusat perbelanjaan dan biaya pembangunan untuk kompensasi yang diberikan kepada pemerintah daerah.

3. Klausul Jangka Waktu BOT

Kesepakatan yang didapati dalam perjanjian kerjasama ini adalah melakukan kerjasama pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura yang secara materi berkonsep BOT yakni akan melakukan kerjasama selama 20 tahun. Pihak Investor akan mendirikan bangunan berupa Pusat Perbelanjaan Martapura dan fasilitas lainnya, kemudian akan mengelola atau mendayagunakan selama rentang waktu 20 tahun. Selama jangka waktu tersebut pihak PT Sinar Harapan Jaya selaku investor akan mendapat keuntungan melalui pendayagunaan bangunan tersebut. Setelah jangka waktu 20 tahun berakhir tanah dan bangunan tersebut akan dikembalikan secara utuh kepada Pemerintah Kabupaten Banjar

Sedangkan untuk blok pertokoan pada tahun pertama sampai tahun ke lima hak sewa menjadi hak dari investor sedangkan pada tahun ke enam sampai dengan tahun kedua puluh pemerintah daerah dapat memungut sewa dan retribusi. Pembagian pengelolaan hak sewa pada pertokoan selama 5 tahun pada pihak investor dan pemberian Hak Guna Bangunan selama 20 tahun pada investor mengacu pada pengeluaran biaya yang telah dikeluarkan untuk pembangunan pusat perbelanjaan dan biaya pembangunan untuk kompensasi yang diberikan kepada pemerintah daerah.

Apabila melihat jangka waktu perjanjian BOT tersebut maka jangka waktu 20 (dua puluh) tahun untuk pengelolaan rumah toko dan 5 (lima) tahun untuk hak sewa yang diberikan kepada investor sebanding dengan biaya yang telah dikeluarkan investor untuk membangun Pusat Perbelanjaan Martapura.

4. Klausul Pengelolaan

Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar selaku pemegang hak atas tanah, bersedia memberi sebagian Hak Guna Bangunan (HGB) atas tanah kepada PT Sinar Harapan Jaya dengan luas 9112 M² dengan jangka waktu selama 20 tahun. Dengan adanya klausul ini maka selama masa konsesi pemerintah daerah tidak mendapat kompensasi atas pemberian Hak Guna Bangunan hal ini apabila ditinjau dari asas proporsionalitas tidak mencerminkan keadilan karena selama 20 tahun pemerintah daerah tidak mendapat kompensasi atas pemberian hak guna bangunan.

5. Klausul Hak dan Kewajiban para pihak

Hak dan Kewajiban harus secara tegas dituangkan dalam perjanjian ini. Hal-hal yang berkaitan dengan waktu dan pelaksanaan perjanjian serta hal yang berkaitan dengan hak-hak eksklusif yang di miliki oleh pihak investor terhadap tanah tersebut. Penekanan terhadap hal tersebut berdampak pada kelancaran pelaksanaannya nanti, terutama yang berkaitan dengan pembagian keuntungan masing-masing pihak.

Seperti halnya Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar pihak investor juga mempunyai kewajiban yang dituangkan klausul perjanjian tersebut. Dalam penjabarannya hak PT Sinar Harapan Jaya tidak terlepas sebagaimana perannya selaku investor yang memiliki modal untuk melakukan pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura.

Sebagai sebuah hubungan hukum yang terbentuk dalam perjanjian kerjasama ini terdapat hak dan kewajiban di dalam perjanjian yang dinyatakan sebagai berikut :

- 1) Kewajiban bersama antara Pemerintah Daerah (Pihak Kesatu) dan Investor (Pihak Kedua):
 - a) Kedua belah pihak sepakat melaksanakan sosialisasi perencanaan pembangunan dan pelaksanaannya kepada para pedagang kaki lima (PKL), pedagang dan masyarakat umum yang berminat untuk membeli Ruko, Toko/Warung;

- b) Kedua belah pihak akan melaksanakan pengukuran site sesuai dengan desain, pelaksanaan pembangunan dan pengawasan pembangunan.
- c) Kedua belah pihak sepakat untuk melakukan sosialisasi harga unit Toko/Warung/PKL yang dibangun sesuai dengan harga yang telah ditetapkan oleh PIHAK PERTAMA dengan berdasarkan usulan PIHAK KEDUA

2) Pihak Kedua berkewajiban :

- a) Pihak Kedua berkewajiban untuk membangun bangunan sebagai berikut : Terminal induk, Polsekta, Taman Kanak-kanak , Pos BPK, Kantor UPTD dan KM/WC, Pos Jaga dan KM/WC, Jalan, Saluran drainase.

Klausul kewajiban diatas merupakan kompensasi yang diberikan kepada Pemerintah daerah.

- b) menyelesaikan pembangunan yang jenis bangunannya sebagaimana objek perjanjian yang telah disepakati, pihak investor diberikan perpanjangan waktu pelaksanaan selama 3 (tiga) bulan, khusus untuk pasar tradisional dilaksanakan dalam jangka waktu 15 (limabelas) bulan dan apabila setelah diperpanjang selama 3 (tiga)bulan PIHAK KEDUA belum menyelesaikan pembangunan maka PIHAK KEDUA dapat memohon pengajuan tertulis pada PIHAK PERTAMA apakah dapat diberi perpanjangan kembali sesuai dengan kesepakatan

kedua belah pihak, menyelesaikan pembangunan pasar tradisional dalam jangka waktu 15 (lima belas) bulan sejak terbitnya IMB.

Pada saat pembangunan selesai dilakukan maka kewajiban pihak investor sebagaimana tercantum dalam klausula tentang hak pihak investor sebagaimana tercantum dalam Pasal 17,18,19 yakni :

- 1) Pihak Pertama (Pemerintah Daerah) berhak untuk
 - a) Memungut retribusi pasar kepada pedagang sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku;
 - b) Menerbitkan Keputusan tentang pemegang hak sewa menempati terhadap blok pasar tersebut;
 - c) Terhitung sejak tahun ke enam sampai tahun ke dua puluh masa bebas sewa blok pertokoan selesai pemerintah daerah dapat memungut sewa
 - d) Mengelola terminal induk, TK lontar, Kantor Pengelola Pasar, Kantor Pengelola Terminal.Gudang Barisan Pemadam Kebakaran.
 - e) Menerima 40 % dari hasil bersih selama 20 % dari areal parkir di sekitar bangunan di luar terminal induk;
 - f) Menerima 40 % dari hasil bersih selama 20 (dua puluh) tahun dari pengelolaan areal terbuka (*open space*)
 - g) Menerima 40 % setelah tahun ke 11 (sebelas) tahun dari pengelolaan WC Umum;

2) Pihak Kedua berhak:

- a) Mengelola Rumah Toko selama 20 tahun;
- b) Memasarkan kepada calon pemegang hak sewa dan menerima hasil penjualan blok pertokoan dan menerima hasil penjualan bangunan blok pertokoan;
- c) Menjual bangunan Rumah Toko (Ruko) pada masyarakat umum dan harga jual di tentukan oleh Pihak Pertama dengan persetujuan pihak Pertama
- d) Mengelola Areal parkir di sekitar bangunan di luar terminal induk dengan kontribusi kepada Pemerintah Kabupaten Banjar sebesar 40 % dari hasil bersih selama 20 (dua puluh) tahun;
- e) Mengelola Areal Terbuka (*open space*) dengan kontribusi kepada Pemkab Banjar sebesar 40 % dari hasil bersih selama 20 (dua puluh) tahun;
- f) Mengelola WC Umum dengan masa bebas sewa selama 10 tahun dan selanjutnya pada tahun ke 11 dengan kontribusi kepada Pemkab Banjar sebesar 40 %

Pemerintah Daerah dalam perjanjian kerjasama tersebut menerima kompensasi yaitu dibangunnya Terminal, Polsekta, Taman Kanak-kanak, Taman dan Infrastruktur, Penerimaan biaya IMB, Retribusi Galian C. Setelah bangunan selesai dan ditempati selama 5 (lima) tahun berikutnya Pemerintah Daerah pun akan mulai menerima pendapatan berupa sewa toko dan retribusi lainnya.

Selama masa konsesi pemerintah daerah mendapat keuntungan pembagian kontribusi 40 % dari pengelolaan areal parkir, pengelolaan areal terbuka (*openspace*), dan pengelolaan WC umum setelah tahun ke 11 selain itu pemerintah akan mendapat masukan dari pajak dan retribusi. Namun demikian dalam perjanjian kerjasama ini tidak dicantumkan secara tegas bahwa diakhir perjanjian pemerintah daerah menerima seluruh bangunan dalam keadaan terawat dan layak. sebagaimana dicantumkan dalam hak pihak kedua yakni menanggung biaya pemeliharaan

Dengan demikian keuntungan pemerintah daerah yang di dapat dari perjanjian tersebut yakni akan mendapat menerima uang sewa blok pertokoan setelah enam tahun dan memungut pajak dan retribusi serta mendapat bagi hasil sebesar 40 % dari laba bersih pengelolaan parkir, areal terbuka (*open space*) dan wc umum. Biaya pemeliharaan menjadi tanggung jawab pihak kedua namun demikian dalam perjanjian ini tidak ada klausula yang menyebutkan bahwa investor wajib untuk merawat bangunan dan fasilitas lainnya sehingga setelah masa konsensi berakhir pihak pertama menerima seluruh bangunan dan fasilitas lainnya dalam keadaan terawat dan layak. Sehingga pihak investor bertanggung jawab untuk melakukan pemeliharaan gedung dengan sebaik-baiknya, melakukan perbaikan/renovasi dari waktu ke waktu untuk menjaga stabilitas bangunan dan menjamin bahwa bangunan layak pakai diakhir

perjanjian. Pihak kedua juga harus senantiasa menjaga nilai teknis, fungsi, komersil bangunan tersebut tidak akan berkurang, kecuali hal-hal yang bersifat alami dan wajib memberikan pengamanan dengan jaminan asuransi, selama perjanjian BOT masih berlangsung antara para pihak, maka pihak kedua wajib :

1. Memelihara dan menjaga dengan baik dengan lazimnya apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku, atas ongkos/biaya yang harus dipikul oleh pihak kedua.
2. memperbaiki kerusakan-kerusakan yang terjadi atas apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku, atas ongkos/biaya yang harus dipikul oleh pihak kedua.
3. mentaati semua peraturan dan ketentuan yang berlaku, baik yang sekarang telah ada maupun yang akan ada kemudian.
4. memberikan pengamanan dalam bentuk asuransi..

Apabila ditinjau dari klausul hak dan kewajiban para pihak maka dapat dianalisa bahwa perjanjian kerjasama ini hak dan kewajiban diantara para pihak tidak proporsional hal ini dapat dilihat dari klausul hak dan kewajiban pihak investor sehingga keadilan dan kepatutan dalam perjanjian ini tidak dapat terwujud diantaranya diberikannya hak kepada investor untuk mengelola Areal Parkir dan open space selama 20 tahun dan pemerintah daerah mendapat bagian 40 % dari laba bersih dan Mengelola WC Umum dengan masa bebas

sewa selama 10 tahun dan pada tahun ke 11 dengan kontribusi ke pemerintah daerah sebesar 40 %.

Hak yang diberikan pemerintah daerah kepada investor besar, untuk lebih *fair* dalam perjanjian ini hak untuk mengelola areal parkir disekitar bangunan diluar terminal, areal *open space*, dan WC Umum diserahkan kepada pemerintah daerah dan pihak investor mendapat 40 % dari laba bersih hal ini mengingat selama 20 tahun investor telah mendapatkan Hak Guna Bangunan atas Rumah Toko tanpa kompensasi dari pemberian HGB.

Hak Pemerintah Daerah dan Investor dalam perjanjian *build operate transfer* tidak dapat terpenuhi mengingat pertokoan dan rumah toko (Ruko) tidak terisi penuh sehingga pemerintah daerah tidak dapat memungut retribusi , tidak dapat memperoleh bagi hasil pengelolaan *open space*, parkir dan WC Umum serta investor tidak dapat memperoleh keuntungan dari sewa toko selama 5 tahun, penjualan Hak Guna Bangunan. Untuk itu agar perjanjian kerjasama ini proporsional maka perlu diadakan perjanjian tambahan (addendum) agar terjadi pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*.

Syarat-Syarat lain yang ditentukan yakni :

1. Klausul asuransi

1. Pihak Kedua berkewajiban untuk mengasuransikan seluruh bangunan blok pertokoan tersebut sejak awal pembangunannya

sampai diserahkan kepada Pemerintah Daerah ditambah 60 (enam puluh) hari masa pemeliharaan;

2. Dalam hal terjadi *force majeure* pada waktu pihak kedua belum mengasuransikan bangunan sebagaimana ayat (1) pasal ini maka seluruh biaya pembangunan kembali beban dan tanggung jawab Pihak Kedua.

Penetapan klausul asuransi merupakan sifat antisipatif pihak kedua (investor) untuk meminimalisir potensi kerugian pihak kedua (investor) maupun Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar. Klausul ini pada umumnya terkait dengan objek jaminan, dengan klausul asuransi ini potensi kerugian pihak kedua dapat diproteksi lebih optimal dibanding tanpa asuransi. Namun demikian asuransi dalam perjanjian ini hanya pada tahap pembangunan sampai masa pemeliharaan selama 60 hari sehingga pada masa pengoperasionalan atau pengelolaan sampai tahap penyerahan bangunan tidak diasuransikan dengan demikian apabila terjadi kerugian maka Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar yang akan menanggung kerugian.

Dengan demikian agar perjanjian BOT ini lebih *fair* maka Asuransi ditanggung oleh investor, asuransi dilakukan sejak mulai di bangunnya Pusat Perbelanjaan Martapura dan setelah bangunan selesai dibangun dan selama dioperasikan oleh investor.

2. Klausul masa pemeliharaan

Klausul masa pemeliharaan dalam perjanjian kerjasama ini hanya mencantumkan bahwa pihak kedua (investor) wajib melaksanakan pemeliharaan selama 60 (enam puluh) hari kalender, terhitung sejak hari dan tanggal serah terima bangunan dari Pihak Kedua kepada Pihak Pertama yang dituangkan dalam Berita Acara Serah Terima sehingga kondisi objek perjanjian selama tahap pengelolaan sampai penyerahan tidak tegaskan dalam klausul masa pemeliharaan seharusnya dalam klausul masa pemeliharaan ditegaskan bahwa selama masa pemeliharaan pihak kedua wajib memelihara objek perjanjian sampai pada masa penyerahan sehingga kondisi objek yang diserahkan pada dasarnya harus dalam keadaan baik sesuai dengan kesepakatan kedua belah pihak.

Dalam perjanjian kerjasama ini klausul masa pemeliharaan atau pengelolaan harus dicantumkan secara tegas jangka waktunya kewajiban pemeliharaan pada masa pengelolaan pihak kedua wajib untuk melakukan pemeliharaan dan biaya pemeliharaan ditanggung oleh pihak kedua hal ini agar pada tahap penyerahan bangunan masih layak digunakan dan masih mempunyai nilai ekonomi.

Dengan tidak terisi penuh blok pertokoan dan rumah toko maka bangunan Pusat Perbelanjaan Martapura menjadi tidak terawat sehingga apabila jangka waktu perjanjian berakhir dan investor menyerahkan bangunan Pusat Perbelanjaan Martapura kepada Pemerintah Daerah bangunan tersebut dalam kondisi yang tidak terawatt

dan tidak dapat dioperationalkan sehingga tidak sesuai dengan tujuan diadakannya perjanjian kerjasama ini.

3. Klausul Pemasaran Toko/kios

Pencantuman klausul pemasaran toko/kios yakni pihak kedua memperoleh hak penuh untuk memasarkan kepada calon pemegang hak sewa dan menerima hasil penjualan bangunan blok pertokoan, investor memperoleh jangka waktu pemasaran sejak dimulai pembangunan sampai dengan 1 (satu) tahun setelah serah terima bangunan. Adanya Klausul pemasaran toko/kios menunjukkan bahwa investor mempunyai hak untuk memasarkan toko/kios, sedangkan pada salah satu kewajiban pemerintah daerah adalah mensosialisasikan perencanaan, pembangunan dan harga unit toko/warung sehingga seharusnya pemerintah bersama dengan investor memasarkan warung/toko agar antara sosialisasi pembangunan pertokoan dan pemasaran bisa saling bersinergi.

4. Klausul *Force Majeur*

1. Selama berlakunya perjanjian ini, apabila terjadi hal-hal diluar kekuasaan atau jangkauan kemampuan Pemerintah Daerah dan Investor (*Force Majeur*) yang mengakibatkan tanah dan bangunan tersebut tidak dapat dipergunakan, maka kedua belah akan mengatasinya dengan jalan musyawarah untuk mencapai mufakat.

2. Yang dimaksud *Force Majeur* adalah peristiwa-peristiwa yang mempunyai dampak/akibat langsung terhadap penyelesaian pekerjaan pembangunan blok pertokoan, yang dapat berupa :
 - a. Bencana alam (gempa bumi, tanah longsor dan banjir)
 - b. Kebakaran yang tidak sengaja (bukan karena kealpaan/kelalaian)
 - c. Perang, huru-hara dan pemberontakan

Dalam Klausul tersebut *Force Majeur* hanya berlaku dalam masa berlakunya perjanjian dan bila berakhir masa berlakunya perjanjian tersebut, maka *force majeure* menjadi tanggung jawab Pemerintah Kabupaten Banjar. Seharusnya dalam klausul tersebut *force majeure* harus dicantumkan jangka waktu baik dalam masa berlakunya perjanjian atau dalam hal pemeliharaan atau pengelolaan sehingga Pemerintah Kabupaten Banjar tidak menanggung *force majeure* bila jangka waktu perjanjian selesai.

Klausul *force majeure* dalam perjanjian ini apabila dilihat dari aspek keadilan tidak terpenuhi mengingat investor yang mengelola dan memperoleh keuntungan atas bangunan toko dan Ruko tetapi apabila terjadi *force majeure* maka Pemerintah daerah yang menanggung kerugian.

5. Klausul Sanksi dan Denda

1. Apabila Investor tidak dapat melaksanakan pekerjaan sesuai dengan jadwal waktu, maka pemerintah daerah (pihak pertama) berhak memutuskan secara sepihak terhadap perjanjian kerjasama ini;

2. Apabila Investor tidak dapat menyelesaikan pembangunan pertokoan dalam jangka waktu yang telah ditentukan , Pemerintah Daerah (Pihak Pertama) berkewajiban mengembalikan semua biaya pembangunan pertokoan yang dikeluarkan pihak kedua, yang dihitung oleh konsultan pengawas.
3. Apabila Investor dalam jangka waktu 3 (tiga) bulan setelah menerima Surat Perintah Kerja (SPK) dari Pemerintah Daerah tidak melaksanakan pembangunan tanpa alasan maka Pemerintah Daerah dapat memutuskan secara sepihak terhadap perjanjian kerjasama ini.
4. Investor (Pihak Kedua) tidak berhak menuntut ganti rugi akibat diputusnya perjanjian oleh Pihak Pertama.

Klausul sanksi dan denda dalam perjanjian kerjasama ini menunjukkan bahwa Pemerintah Daerah selaku Pihak Pertama akan berkewajiban mengembalikan semua biaya pembangunan pertokoan yang telah dikeluarkan, hal ini menunjukkan bahwa denda dalam klausul ini ditunjukkan pada Pemerintah daerah , sedangkan sanksi diberikan pada pihak kedua apabila pihak kedua tidak dapat melaksanakan sesuai dengan jadwal waktu maka pemerintah daerah berhak melakukan pemutusan secara sepihak perjanjian kerjasama dan apabila dalam jangka waktu 3 (tiga)bulan setelah menerima Surat Perintah Kerja (SPK) dari Pihak Pertama tidak melaksanakan pembangunan tanpa alasan maka Pemerintah Daerah dapat memutuskan secara sepihak terhadap perjanjian kerjasama ini, pihak kedua tidak berhak

menuntut ganti rugi akibat diputusnya perjanjian oleh pihak pertama, dalam perjanjian antara sanksi dan denda tidak mempunyai korelasi sehingga denda diberikan bukan sebagai akibat sanksi. Denda disini menunjukkan bahwa pemerintah akan ikut menanggung kerugian apabila investor tidak dapat menyelesaikan pembangunan.

Selain daripada itu klausul Apabila Investor tidak dapat menyelesaikan pembangunan pertokoan dalam jangka waktu yang telah ditentukan ,Pemerintah Daerah berkewajiban mengembalikan semua biaya pembangunan pertokoan yang dikeluarkan oleh investor , yang dihitung oleh konsultan pengawas. Hal ini menunjukkan bahwa aspek keadilan dan kecermatan dalam perjanjian ini tidak terpenuhi hal ini mengingat pemerintah daerah harus mengganti semua biaya yang telah dikeluarkan investor sesuai dengan kemajuan fisiknya. Seharusnya investor apabila melakukan wan prestasi tidak mendapat penggantian atas biaya yang telah dikeluarkan namun karena investor telah memberikan kompensasi bangunan berupa Terminal Induk,TK Lontar, Kantor Pengelola Pasar, Kantor Pengelola Terminal, Gudang Barisan Pemadam Kebakaran maka pemerintah daerah akan memberikan penggantian biaya yang telah dikeluarkan atas kemajuan fisik bangunan. Akan tetapi Penggantian biaya tersebut hanya sebagian tidak semuanya, hal ini merupakan konsekwensi dari adanya wanprestasi.

Dalam perjanjian kerjasama ini tidak ada klausul tentang keterlambatan penyelesaian pekerjaan atau melebihi jangka waktu yang telah ditetapkan. klausul sanksi dan denda tidak mencantumkan denda apabila pihak kedua terlambat menyelesaikan pekerjaan.

Hal wanprestasi atau para pihak tidak melaksanakan prestasinya dinyatakan wanprestasi yaitu apabila ternyata pihak kedua tidak dapat melaksanakan pekerjaan sesuai dengan jadwal waktu, maka pihak pertama berhak memutuskan secara sepihak perjanjian kerjasama ini

6. Klausul Pengambil alihan

1. Apabila Investor tidak dapat melanjutkan/menyelesaikan bagian dari pada bangunan secara keseluruhan, Pemerintah Daerah dapat menunjuk Pihak Ketiga untuk menyelesaikannya dan segala biaya yang dikeluarkan oleh Pihak Ketiga untuk menyelesaikan pembangunan tersebut dibebankan pada pihak kedua.
2. Dalam hal pihak kedua tidak dapat menyelesaikan bangunan sebagaimana dimaksud ayat (1) pasal ini, Pemerintah Daerah akan memberikan penggantian biaya atas bangunan-bangunan yang sudah selesai sesuai kemajuan fisik bangunan dilapangan sesuai bestek dari gambar/rencana.

3. Apabila pihak kedua dianggap wan prestasi maka biaya pembangunan dan biaya lainnya yang telah diserahkan menjadi Pihak Pertama dan biaya bangunan yang telah dibangun akan dibayar oleh Pihak pertama kepada Pihak Kedua sesuai dengan kemajuan fisik bangunan.

Klausul pengambil alihan menunjukkan bahwa perjanjian kerjasama tidak memenuhi aspek keadilan hal ini ditunjukkan bahwa antara ayat 1 dan 2 bertentangan yakni ditegaskan bahwa apabila pihak kedua tidak dapat melanjutkan/menyelesaikan bagian dari pada bangunan secara keseluruhan, Pemerintah daerah dapat menunjuk Pihak Ketiga untuk menyelesaikannya dan segala biaya yang dikeluarkan oleh Pihak Ketiga untuk menyelesaikan pembangunan tersebut dibebankan pada Investor, klausul ini menunjukkan bahwa investor bertanggung jawab untuk menyelesaikan pembangunan. Hal ini bertentangan dengan ayat 2 yakni Dalam hal Investor tidak dapat menyelesaikan bangunan sebagaimana dimaksud ayat (1) pasal ini, Pemerintah Daerah akan memberikan penggantian biaya atas bangunan-bangunan yang sudah selesai sesuai kemajuan fisik bangunan di lapangan sesuai bestek darigambar/rencana. Klausul ini menunjukkan bahwa pemerintah daerah bertanggung jawab dan menanggung biaya yang telah dikeluarkan investor. Jika melihat dari dua ayat tersebut dapat dilihat bahwa tidak terjadi ketidaksinkronan antara ayat 1 dan 2.

Ayat 3 disebutkan Apabila pihak kedua dianggap wan prestasi maka biaya pembangunan dan biaya lainnya yang telah diserahkan menjadi Pihak Pertama dan biaya bangunan yang telah dibangun akan dibayar oleh Pihak pertama kepada Pihak Kedua sesuai dengan kemajuan fisik bangunan. Jika melihat klausul ini tidak sesuai dengan ketentuan wan prestasi bahwa pihak yang wanprestasi yang akan menanggung kerugian. wanprestasi adalah keadaan yang dinyatakan dikarenakan kelalaian atau kesalahan, tidak dapat memenuhi prestasi seperti apa yang ditentukan dalam perjanjian dan bukan dalam keadaan memaksa.

7. Klausul Kebakaran

Apabila terjadi kebakaran akibat kelalaian Pihak Kedua pada pembangunan blok pertokoan tersebut sebelum bangunan diserahkan terimakan ditambah dengan masa pemeliharaan 60 (enam puluh) hari, maka menjadi tanggung jawab Investor.

Klausul ini menunjukkan bahwa pada masa pembangunan dan pemeliharaan selama 60 (enam puluh) hari masih menjadi tanggung jawab pihak kedua, sehingga apabila terjadi kebakaran maka investor yang bertanggung jawab namun setelah bangunan diserahkan apabila terjadi kebakaran menjadi tanggung jawab pihak pertama dalam hal ini pemerintah daerah. Klausul ini apabila ditinjau dari aspek keadilan dan kecermatan tidak terpenuhi mengingat investor yang mengelola dan

mengoperasionalkan serta memperoleh keuntungan atas pertokoan dan Ruko namun apabila terjadi kebakaran menjadi tanggung jawab pemerintah daerah. Agar perjanjian kerjasama proporsional maka apabila terjadi kebakaran akan menjadi tanggung jawab investor atau menjadi tanggung jawab Pemerintah Daerah dan Investor.

8. Klausul Pailit

1. Apabila Pihak Kedua pada saat pelaksanaan pembangunan blok pertokoan mengalami pailit, maka Pemerintah Daerah akan memberikan ganti rugi sebesar biaya yang telah dikeluarkan oleh Pihak Kedua, sesuai dengan kemajuan fisik bangunan dilapangan.
2. Biaya Ganti rugi yang dikeluarkan oleh Pihak Pertama sebagaimana dimaksud ayat (1) pasal ini, sebelum pembayarannya dilakukan terlebih dahulu dibuatkan Berita Acara hasil Kemajuan Fisik oleh konsultan Pengawas pembangunan.

Klausul ini menunjukkan bahwa pemerintah daerah akan mengganti biaya yang telah dikeluarkan dalam pembangunan tersebut apabila investor pailit. Sehingga dalam hal ini pemerintah daerah yang menanggung kerugian apabila investor pailit sehingga aspek keadilan dalam perjanjian ini tidak terpenuhi, hal ini mengingat apabila investor mengalami pailit namun Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar yang menanggung kerugian. Agar perjanjian ini lebih proporsional maka apabila Investor pailit pemerintah daerah akan menawarkan pada pihak

ketiga yang sanggup mengganti biaya pembangunan, apabila pihak ketiga tidak mampu mengganti biaya pembangunan maka Pemerintah Daerah dan Investor melakukan lelang terbuka kepada investor lain atau masyarakat.

Implikasi Tidak menerapkan Asas Proporsionalitas dalam Perjanjian BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan Investor

Perjanjian BOT merupakan perjanjian yang banyak diminati oleh masyarakat, karena perjanjian tersebut dirasakan dapat memberikan banyak keuntungan, baik bagi pemilik lahan (Pemerintah Daerah) maupun pihak investor. Dengan perjanjian BOT, pemerintah daerah yang semula tidak mempunyai anggaran untuk membangun pada akhirnya dapat memiliki bangunan yang dapat dioperasikan untuk memperoleh keuntungan. Sebaliknya pihak investor yang sebetulnya hanya memiliki anggaran yang sangat terbatas, dapat mendirikan bangunan komersial tanpa harus menyediakan lahan terlebih dahulu. Bagi Daerah membangun proyek melalui BOT juga dapat mendatangkan manfaat yang sangat besar, karena Pemerintah daerah dapat menyediakan sarana dan prasarana yang dibutuhkan dengan tetap melakukan efisiensi Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah sehingga APBD yang tersedia dapat dialihkan untuk memenuhi kebutuhan di bidang lain.

Secara umum perjanjian BOT memang saling menguntungkan, namun jangka waktu yang berlangsung lama nyaris satu generasi dikhawatirkan akan mampu mempengaruhi kekonsistenan dari para pihak dalam perjanjian yang telah dibuat. Begitupun dengan kondisi bangunan tidak bisa dipastikan akan tetap berfungsi dengan baik setelah digunakan selama 20 tahun lamanya. Sehingga dalam perjanjian kerjasama ini perlu secara tegas dicantumkan penetapan waktu yang pasti di dalam perjanjian sampai pada kesempatan untuk memperpanjang kerjasama nantinya. Serta sesuai dengan asas konsensualisme dan kebebasan berkontrak sebagai acuan perjanjian, segala sesuatu harus berdasarkan kesesuaian kehendak.

Dalam Perjanjian BOT pihak pemegang hak eksklusif yakni Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar memiliki lahan kosong berkeinginan untuk membangun Pusat Perbelanjaan Martapura guna untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat maka diperlukan dana yang besar dan karena adanya keterbatasan anggaran maka diperlukan pihak investor yang menyediakan dana untuk membangun Pusat Perbelanjaan Martapura sebagai ganti atas dana yang telah dikeluarkan oleh investor untuk membangun pusat perbelanjaan tersebut, kepada investor dalam jangka waktu tertentu (jangka waktu konsensi) di beri hak untuk mengelola bangunan guna diambil manfaat ekonominya dengan pola bagi hasil dengan pemerintah daerah. Setelah jangka waktu konsensi berakhir maka tanah, bangunan beserta sarana dan prasarananya diserahkan kepada pemilik hak eksklusif dalam hal ini pemerintah daerah untuk dikelola lebih lanjut

Pada perjanjian BOT agar dapat memperoleh keuntungan seoptimal mungkin oleh para pihak umumnya, dan bagi pihak pemerintah khususnya, maka langkah pertama yang sebaiknya harus dilaksanakan adalah mengadakan studi kelayakan yang benar-benar memadai. Studi kelayakan ini sebaiknya dilakukan oleh berbagai konsultan, menurut keahliannya masing-masing, dan meliputi antara lain masalah-masalah dibidang hukum, masalah-masalah dampak lingkungan, prospek keberhasilan proyek tersebut secara umum, dan struktur manajemen.⁶¹

Asas proporsionalitas merupakan salah satu asas yang penting dalam pembuatan perjanjian. Urgensi pengaturan perjanjian adalah untuk menjamin pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) berlangsung secara proporsional bagi para pihak, sehingga dengan demikian terjalin hubungan kontraktual yang adil dan saling menguntungkan diantara para pihak.

Disamping itu Asas proporsionalitas merupakan asas yang mengatur pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya, yang meliputi seluruh proses kontrak, baik pada tahapan prakontraktual, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak. Dalam tahap prakontrak terjadi negosiasi diantara para pihak yakni Pemerintah Kabupaten Banjar dengan PT Sinar Harapan Jaya selaku investor.

⁶¹ Anjar Pacta Wiraana, *op.cit.*, hal 45

Untuk menganalisa perjanjian BOT dalam perjanjian kerjasama pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura dilihat apakah perjanjian tersebut terjadi pertukaran hak dan kewajiban yang didasarkan pada nilai-nilai kesetaraan (*equitability*), kebebasan, distribusi-proporsional, prinsip kecermatan, kelayakan dan kepatutan.

Pertukaran yang adil akan muncul apabila dalam hubungan tersebut terwujud perikatan yang berisi prestasi dan kontra prestasi. Kontrak merupakan bentuk pertukaran yang adil hal ini terkait dengan kewajiban kontraktualnya yang didasarkan pada proporsi masing-masing, selain itu kontrak merupakan pertukaran yang saling menguntungkan. Kewajiban kontraktual tersebut tidak lain muncul karena adanya pertukaran janji diantara para pihak. Pertukaran kepentingan (*prestasi-kontaprestasi*) merupakan titik tolak bagi keadilan para pihak

Menurut PS Atijah Kontrak memiliki tiga tujuan :⁶²

1. Kontrak wajib untuk dilaksanakan (memaksa) serta memberikan perlindungan terhadap suatu harapan yang wajar
2. Kontrak berupaya mencegah terjadinya suatu penambahan kekayaan secara tidak adil.
3. Kontrak bertujuan untuk mencegah terjadinya kerugian tertentu dalam hubungan kontraktual.

⁶² Agus Yudo Hernoko, *op.cit*, hal 90

Kontrak hendaknya mengatur prosedur dan syarat yang lebih terperinci untuk mencegah hambatan dalam pelaksanaan kontrak. Perjanjian yang berdasarkan asas proporsional akan terwujud suatu perjanjian yang dapat menjamin harapan yang saling diperjanjikan diantara para pihak akan terpenuhi, atau tetap akan ada kompensasi apabila terjadi wanprestasi, perjanjian mempermudah rencana transaksi bisnis masa depan dari berbagai kemungkinan yang merugikan, perjanjian menetapkan standar pelaksanaan dan tanggungjawab para pihak, serta perjanjian memungkinkan pengalokasian risiko bisnis secara lebih tepat (meminimalisir risiko bisnis para pihak).

Agar supaya proses pertukaran kepentingan dalam kontrak berjalan *fair*, para pihak dituntut untuk memahami dasar-dasar hukum kontrak. Hal ini penting mengingat bahwa perjanjian yang dibuat atau di susun oleh para pihak pada dasarnya adalah proses penuangan proses bisnis kedalam rumusan perjanjian, dengan memahami dasar-dasar perjanjian para pihak mempunyai pedoman dalam penyusunan kontrak. Dengan demikian perjanjian yang bertujuan untuk memperoleh keuntungan oleh para pihak, fungsi asas proporsionalitas menunjukkan pada kegunaan yang *operasional dan implemetatif* dengan tujuan mewujudkan apa yang dibutuhkan oleh para pihak.

Dalam pembuatan perjanjian BOT perlu benar-benar melindungi para pihak, kontrak tersebut perlu memenuhi ketentuan-ketentuan umum atau khusus. Perjanjian BOT harus benar-benar terperinci yang memuat secara tegas hak dan kewajiban para pihak, pembagian risiko yang mungkin timbul dalam pelaksanaan perjanjian tersebut. Selain itu untuk memperlancar

pengambil alihan objek perjanjian maka sebaiknya selama masa pengoperasian yang dilakukan oleh investor, pihak investor melakukan pemeliharaan terhadap objek perjanjian yakni pusat perbelanjaan Martapura.

Perjanjian Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura yang secara materi mengacu pada system BOT dalam klausul-klausulnya tidak semua klausulnya menerapkan asas proporsionalitas hal ini dilihat dari pertukaran hak dan kewajiban para pihak yang tidak terjalin secara proporsional diantaranya pada klausul pemeliharaan dimana dalam perjanjian tersebut tidak mencantumkan secara tegas klausul Kewajiban investor untuk melakukan pemeliharaan bahwa investor wajib untuk merawat bangunan dan fasilitas lainnya sehingga setelah masa konsensi berakhir pihak pertama menerima seluruh bangunan dan fasilitas lainnya dalam keadaan terawat dan layak. Sehingga pihak investor bertanggung jawab untuk melakukan pemeliharaan gedung dengan sebaik-baiknya, melakukan perbaikan/renovasi dari waktu ke waktu untuk menjaga stabilitas bangunan dan menjamin bahwa bangunan layak pakai diakhir perjanjian. Pihak kedua juga harus senantiasa menjaga nilai teknis, fungsi, komersil bangunan tersebut tidak akan berkurang, kecuali hal-hal yang bersifat alami dan wajib memberikan pengamanan dengan jaminan asuransi.

Dalam Klausul tersebut *Force Majeur* hanya berlaku dalam masa berlakunya perjanjian dan bila berakhir masa berlakunya perjanjian tersebut, maka *force majeure* menjadi tanggung jawab Pemerintah Kabupaten Banjar. Seharusnya dalam klausul tersebut *force majeure* harus dicantumkan jangka

waktu baik dalam masa berlakunya perjanjian atau dalam hal pemeliharaan atau pengelolaan sehingga Pemerintah Kabupaten Banjar tidak menanggung *force majeure* bila jangka waktu perjanjian selesai.

Klausul *Force Majeur* dalam perjanjian ini apabila dilihat dari aspek keadilan tidak terpenuhi mengingat investor yang mengelola dan memperoleh keuntungan atas bangunan toko dan Ruko tetapi apabila terjadi *force majeure* maka Pemerintah daerah yang menanggung kerugian.

Pada tahap pelaksanaan perjanjian BOT antara pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor terjadi kendala pada tahap pengoperasionalannya yakni tidak semua bangunan toko dan rumah toko terisi penuh sehingga banyak bangunan toko dan rumah toko yang dibiarkan tidak terawat sehingga investor maupun Pemerintah Daerah dirugikan mengingat seharusnya Pemerintah Daerah mendapat bagi hasil atas pengelolaan areal parkir, *open space* dan WC Umum. Setelah jangka waktu build operate transfer selesai dan bangunan diserahkan kepada pemerintah daerah bangunan Pusat Perbelanjaan Martapura tersebut sudah tidak layak pakai .

Perjanjian Pembangunan Pusat Perbelanjaan Seumpul dalam pelaksanaannya tidak sesuai dengan tujuan perjanjian yakni untuk memperoleh keuntungan hal ini dikarenakan tidak semua bangunan toko terisi penuh sehingga keuntungan pemerintah daerah yang di dapat dari perjanjian tersebut yakni akan mendapat uang sewa blok pertokoan setelah

enam tahun dan memungut pajak dan retribusi serta mendapat bagi hasil sebesar 40 % dari laba bersih pengelolaan parkir, areal terbuka (*open space*) dan we umum tidak terwujud.

Pada tahap pengoperasionalan atau pengelolaan investor menikmati keuntungan atas bangunan tersebut namun demikian untuk melindungi kepentingan pemerintah daerah untuk menerima bangunan dan fasilitas dimaksud dalam kondisi baik dan masih memiliki nilai komersial. maka selama masa pengelolaan oleh investor , investor selain berkewajiban untuk melakukan pemerliharaan juga diwajibkan menutup asuransi dari risiko kemusnahan. Selama masa BOT segala risiko yang terjadi atas bangunan dan fasilitas yang dibangun investor akan merupakan tanggungan investor karena secara hukum kepemilikan bangunan dan fasilitas tersebut masih ada pada investor.

Hak Pemerintah Daerah dan Investor dalam perjanjian *build operate transfer* tidak dapat terpenuhi mengingat pertokoan dan rumah toko (Ruko) tidak terisi penuh sehingga pemerintah daerah tidak dapat memungut retribusi, bagi hasil pengelolaan *open space*, parkir dan investor tidak dapat memperoleh keuntungan dari sewa toko selama 5 tahun, penjualan Hak Guna Bangunan. Untuk itu agar perjanjian kerjasama ini proporsional maka perlu diadakan perjanjian tambahan agar terjadi pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*.

Apabila ditinjau dari klausul hak dan kewajiban para pihak maka dapat dianalisa bahwa perjanjian kerjasama ini menguntungkan investor hal ini dapat dilihat dari klausul hak pihak investor sehingga keadilan dan kepatutan dalam perjanjian ini tidak dapat terwujud diantaranya diberikannya hak kepada investor untuk mengelola Areal Parkir dan *open space* selama 20 tahun dan pemerintah daerah mendapat bagian 40 % dari laba bersih dan Mengelola WC Umum dengan masa bebas sewa selama 10 tahun dan pada tahun ke 11 dengan kontribusi ke pemerintah daerah sebesar 40 %.

Hak yang diberikan pemerintah daerah kepada investor besar sehingga menguntungkan investor untuk lebih *fairnya* dalam perjanjian ini hak untuk mengelola areal parkir disekitar bangunan diluar terminal, arel open space, dan WC Umum diserahkan kepada pemerintah daerah dan pihak investor mendapat 40 % dari laba bersih hal ini mengingat selama 20 tahun investor telah mendapatkan Hak Guna Bangunan atas Rumah Toko tanpa kompensasi dari pemberian HGB.

Dalam perjanjian BOT tidak menerapkan asas proporsionalitas sehingga perjanjian kerjasama antara pemerintah Kabupaten Banjar dengan PT. Sinar Harapan Jaya tidak dapat dilaksanakan sesuai dengan tujuan perjanjian, tidak terwujud kontrak yang secara proporsional mampu memberikan keadilan dan kepastian bagi para pihak, sehingga tidak terwujud hubungan yang saling menguntungkan diantara para pihak (*simbiosis mutualisme*).

Pembagian hak dan kewajiban diantara para pihak tidak proporsional, hal ini dapat dilihat dari hak yang diterima pemerintah daerah tidak sebanding dengan kewajiban yang dilakukan oleh pemerintah daerah dan hak yang diterima oleh investor tidak sebanding dengan kewajiban yang diterima investor.

Perjanjian menjamin para pihak untuk memenuhi janjinya. Hanya melalui pendekatan perjanjian sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil.

Para pembuat perjanjian dalam membuat perjanjian kerjasama pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura tidak menggunakan asas kecermatan, asas kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian. Hal ini dapat dilihat bahwa perjanjian pembangunan pusat perbelanjaan Martapura tidak mengatur secara terperinci syarat-syarat tertentu seperti kewajiban investor untuk melakukan pemeliharaan terhadap bangunan selama masa konsensi berlangsung serta klausul *force majeure* tidak dicantumkan secara rinci mengenai jangka waktu *force majeure* yakni selama perjanjian berlangsung dan pada tahap pengoperasionalan bangunan.

Tahap pengoperasionalan atau pengelolaan merupakan tahap penting dalam perjanjian BOT hal ini mengingat pada tahap pengoperasionalan ini para pihak akan mendapat keuntungan atas biaya yang telah dikeluarkan. Pihak investor akan memperoleh keuntungan apabila bangunan pusat perbelanjaan tersebut dapat semuanya terisi penuh begitu juga

pemerintah daerah akan memperoleh keuntungan dengan bagi hasil dari pengelolaan parkir, *open space* dan WC Umum.

Perjanjian sebagai proses matarantai harus dibangun berdasarkan pemahaman hubungan para pihak yang dibangun berdasarkan pemahaman keadilan yang dilandasi atas pengakuan hak para pihak yang membuat perjanjian. Pengakuan atas hak para pihak dalam perjanjian tersebut termanifestasi dalam pemberian peluang dan kesempatan yang sama dalam pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban). Namun demikian pertukaran hak, kebebasan dan kesamaan dalam pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) tersebut harus mempertimbangkan prinsip-distribusi yang proporsional.

Dengan tidak diterapkannya asas proporsionalitas dalam perjanjian BOT antara Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar dengan investor maka perjanjian tersebut dalam pelaksanaannya tidak sesuai dengan tujuan dibuatnya perjanjian yaitu untuk memperoleh keuntungan bagi para pihak baik Pemerintah daerah maupun investor. Hal ini disebabkan tidak terjadinya pertukaran hak dan kewajiban secara *fair* diantara para pihak sehingga pada tahap pelaksanaan perjanjian tidak dapat dilaksanakan. Perjanjian tersebut tidak *implementatif* dengan tujuan dibuatnya perjanjian yakni mewujudkan apa yang dibutuhkan oleh para pihak yakni terwujudnya Pusat Perbelanjaan yang menjadi pusat perbelanjaan di Martapura dan memperoleh keuntungan.

Kendala dalam pengimplementasian perjanjian BOT tersebut yakni kurangnya manajemen yang baik dari pihak investor sehingga pada aspek

pemasaran toko dan rumah toko tidak dapat dijalankan secara optimal, Disamping itu untuk membangun pasar atau pertokoan perlu dilakukan studi kelayakan apakah pusat perbelanjaan tersebut dapat beroperasi seperti yang diinginkan.

Perjanjian BOT antara Pemerintah Kabupaten Banjar dengan Investor tidak menerapkan asas proporsionalitas sehingga perjanjian tujuan dari perjanjian tersebut yakni untuk memperoleh keuntungan diantara para pihak dalam perjanjian tersebut tidak dapat terwujud. Namun demikian tugas Pemerintah Daerah dalam memberikan pelayanan publik terpenuhi.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian –uraian yang telah dikemukakan dari Bab-bab terdahulu, maka penulis dapat menarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Perjanjian Pembangunan Pusat Perbelanjaan Martapura secara materi mengacu pada sistem BOT dimana Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar berkewajiban menyediakan fasilitas berupa tanah sedangkan Pihak PT. Sinar Harapan Jaya berkewajiban untuk melakukan pembangunan gedung (*build*), melakukan pengelolaan atau pengoperasionalan bangunan agar bernilai ekonomi (*operation*) dan setelah berakhir perjanjian selama 20 tahun maka tanah dan bangunan dikembalikan kepada Pemerintah daerah (*transfer*).
2. Perjanjian BOT antara pemerintah Kabupaten Banjar dengan investor apabila ditinjau dari pertukaran hak dan kewajiban diantara para pihak pada seluruh proses kontrak baik dari tahapan sebelum kontrak, pembuatan kontrak maupun pelaksanaan kontrak dapat dilihat bahwa perjanjian tersebut tidak menerapkan asas proporsionalitas, hal ini dapat dilihat dari adanya pemberian hak kepada investor yang tidak sebanding dengan kewajiban yang dilakukan oleh investor dan hak yang diberikan kepada Pemerintah Daerah tidak sebanding dengan kewajiban yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah. Selain daripada itu klausul-klausul dalam perjanjian BOT tidak mengatur secara terperinci baik itu klausul kewajiban investor, *force majeure*, asuransi,

masa pemeliharaan sehingga tidak terjadi pertukaran hak dan kewajiban secara proporsional..

3. Akibat dari tidak di terapkannya asas proporsionalitas maka tujuan perjanjian BOT yakni mendapatkan keuntungan tidak dapat terwujud. Pemerintah Daerah maupun investor mengalami kerugian dikarenakan bangunan toko dan rumah toko tidak terisi penuh. Perjanjian tersebut tidak *implementatif* dengan tujuan dibuatnya perjanjian yakni mewujudkan apa yang dibutuhkan oleh para pihak yakni terwujudnya Pusat Perbelanjaan yang menjadi pusat perbelanjaan di Martapura untuk memperoleh keuntungan bersama.

B. Saran

Dari kesimpulan sebagaimana tersebut diatas maka penulis memberikan saran sebagai berikut :

1. Perlu segera diatur pengaturan yang jelas tentang kerjasama BOT ke dalam peraturan perundang-undangan yang lebih konkret, peraturan yang ada sekarang ini belum merinci tentang kerjasama BOT ini, sehingga dikemudian hari terdapat acuan yang pasti dalam penerapan BOT.
2. Sebelum perjanjian BOT dibuat perlu adanya studi kelayakan yang dilakukan oleh konsultan, menurut keahliannya masing-masing baik bidang hukum, lingkungan, prospek keberhasilan perjanjian tersebut, manajemen pemasaran sehingga pada pelaksanaan perjanjian akan dapat sesuai dengan tujuan perjanjian yakni memperoleh keuntungan.

3. Perlu untuk membuat perjanjian *addendum* (tambahan) dalam perjanjian BOT antara Pemerintah Daerah Kabupaten Banjar dengan Investor untuk menyeimbangkan hak dan kewajiban diantara para pihak sehingga tujuan perjanjian tersebut dapat terpenuhi yakni untuk memperoleh keuntungan dan dapat mendorong iklim investasi di Kabupaten Banjar.
4. Agar tujuan perjanjian tercapai maka dalam pembuatan perjanjian BOT pembuat perjanjian perlu untuk mengetahui dasar-dasar hukum perjanjian, asas - asas perjanjian diantaranya asas proporsionalitas sehingga perjanjian tersebut dapat diterapkan dan tujuan dari dibuatnya perjanjian dapat terwujud Untuk itu perlu adanya peningkatan kompetensi Sumber Daya Manusia khususnya dalam penyusunan perjanjian BOT.

DAFTAR PUSTAKA

Agus Yudha Hernoko, Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial , Kencana Media Group, Cetakan 1, Jakarta, 2010

Abdul Halim, Analisa Investasi, Salemba Empat, Jakarta, 1999

Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Bandung, PT Citra Adhya Bakti, 1992

Andjar Pachta Wirana, Penelitian tentang Aspek Hukum Perjanjian Built,Operate dan Transfer (BOT), Badan pembinaan Hukum Nasional Departemen kehakiman, 1995

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

Bambang Sunggono, *Methodology Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan Ketujuh, 2005

Budi Santosa, *Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur Model BOT (Build Operate Transfer)*, Genta Press, Solo, 2008

Erman Rajagukguk, Hukum Investasi di Indonesia, Cetakan 1, Fakultas Hukum Universitas Al Azhar Indonesia, Jakarta, 2007

_____, Hukum Ekonomi Indonesia Memperkuat Persatuan Nasional, Mendorong Pertumbuhan Ekonomi dan Memperluas Kesejahteraan Sosial, Dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional

VIII, Bali 14-16 Juli 2003, Buku 3, Badan Pembinaan Hukum Nasional
Departemen Kehakiman RI, Jakarta, 2004

Frank J Fabozzy, Manajemen Investasi, Salemba Empat, Simon
and Schutter Asia, Ptc,Ltd Prantice

Iwan E. Joesof, Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) sebagai
kontrak Bisnis berdimensi Publik Antara pemerintah dengan Investor
(swasta) dalam Proyek Infratraktur, PT Citra Marga Nusaphala Persada
tbk, Jakarta, 2006

J. Satrio, Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari perjanjian,
Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995

Juaro Umar, Peran Swasta dan kepentingan masyarakat dalam
pembangunan Infrastruktur, Jakarta, Koperasi Jasa Profesi, Jakaerta,1997

Johanness Ibrahim dan Lindawati sewu, *Hukum Bisinis dalam Persepsi
Manusia Modern*, Bandung, Refika Aditama, 2003

Kamaruddin Ahmad , Dasar-dasar Manajemen Investasi, PT
Rineka Cipta, Jakarta, 1996

Kartini Mulyadi & Gunawan Widjaya, Perikatan Yang Lahir dari
Perjanjian, Raja Grafindo Persada, Cetakan ke 5 , Jakarta, 2010

Munir Fuady, Kontrak Pemborongan Mega Proyek, Bandung, PT
Citra Aditya Bakti,1998,

Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, Prenada Media, Jakarta, 2005

Purwahid Patrik, *Dasar-dasar Hukum Perikatan*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1984,

Riduan Syahrani, *Seluk Beluk Asas-asas Hukum Perdata*, Bandung, Alumni, 1992

Ridwan Khairandy, Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak, Fakultas Universitas Indonesia, Jakarta Cetakan II, 2004

Said Fadhil, S.I.P., "Pola Kemitraan Pemerintah Kota dengan Swasta Dalam Pembangunan Daerah di Kalimantan, Samarinda: PKP2A III, 2008

Sentosa Sembiring, Hukum Investasi Pembahasan di lengkapi dengan Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal, CV Nuansa Aulia, Bandung 2007

Subekti, Hukum Perjanjian, Cetakan ke VIII , PT intermasa, Jakarta,

_____, *Hukum Pembuktian*, Pradnya Pramita, Jakarta, Cetakan IV, 1978

Suharnoko, Hukum Perjanjian Teori dan Analisa Kasus, Kencana Prenada media Group, Cetakan ke VI , 2004

Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank*, Jakarta, Institut Bankir Indonesia , 1993

Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar* Yogyakarta : Edisi Keempat, Cetakan Pertama, Liberty,1996

Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Perdata*, Bandung, Sumur ,1992

Peraturan Perundang-Undangan

Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Burgelijk Wetboek

Undang-undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Undang-undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal

Peraturan Pemerintah Nomor 36 tahun 2005 tentang Peraturan Pelaksana Undang-undang Nomor 28 tahun 2002 tentang Bangunan Gedung

Peraturan Pemerintah Nomor 6 tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara dan Daerah.

Peraturan Menteri Keuangan Nomor 470/KMK.01/1994 tentang Tata Cara Penghapusan dan Pemanfaatan Barang Milik /Kekayaan Negara

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

Peraturan Menteri Keuangan Nomor 470/KMK.01/1994 tentang Tata cara Penghapusan dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara.

Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/KMK.06/2007 tentang Tata Cara Pelaksanaan, Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara.

Peraturan Menteri keuangan Nomor 248/KMK.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan terhadap Pihak-Pihak Yang melakukan Kerjasama Bangun Guna Serah.