

Regulasi Pemanfaatan Tanah Pemerintah dalam Perjanjian, Bangun, Guna, Serah

Regulation of Government Land Utilization Under Build,
Operate and Transfer Contract

✉ **Indah Juwita Sari**

Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Indonesia

DOI: 10.32781/cakrawala.v14i1.320

ARTICLE INFO

BGS,
Pemanfaatan,
Pemerintah,
Regulasi,
Tanah,

Article History:

Received : 29 Nov 2019

Accepted : 30 Mei 2020

Publish : 10 Juni 2020

Abstrak:

Dalam rangka penyelenggaraan tugas dan fungsi pemerintahan Negara/ Daerah namun tidak tersedia dana dalam APBN/D, maka ditentukan berbagai macam skema pemanfaatan barang milik Negara/Daerah yang salah satunya melalui kerja sama bangun, guna, serah (BGS). Pada tahap pelaksanaan dan akhir perjanjian banyak perbedaan persepsi terhadap regulasi pemanfaatan khususnya terhadap objek BGS. Jenis Penelitian dalam penulisan ini adalah penelitian yuridis normative, yaitu jenis penelitian hukum yang meneliti bahan pustaka dengan bahan hukum primer sebagai bahan hukum yang mengikat. Hasil penelitian menunjukkan dalam praktek terdapat 2 jenis perjanjian BGS yaitu yang berupa privat contract dan government contract. BGS yang berupa government contract memiliki karakteristik berbeda dan diatur dalam PP No 27 Tahun 2014 dan Permendagri 19 Tahun 2016 sebagai tindak lanjut dari UU No 1 Tahun 2004 Perbedaan persepsi diakibatkan tidak adanya regulasi yang secara khusus mengatur perjanjian BGS sehingga banyak pihak salah mengidentifikasi objek pemanfaatan.

Abstract:

In the framework of carrying out the tasks and functions of the State / Regional government, but there are no funds available in the APBN / D, then various types of utilization of state / regional property are determined, one of which is cooperation with built, operate and transfer (BOT). At the implementation stage of the agreement, disputes often arise because there are different perceptions regarding BOT object regulations. This type of research in this paper used normative legal research, which is one type of legal research that examines library materials. The results showed that in practise there are 2 type BOT agreements namely in the form of private contract and government contract. BOT in the form of government contract has different characteristic and it's regulated in Government Regulation No. 27 of 2014 and Ministry Of Home Affairs Regulation No 19 of 2016 as the implementation of Act No 1 of 2004. Differences in perception occur because there are no specific regulations governing the BOT agreement so that many parties mistakenly identify the object of utilization.

✉ Corresponding author :

Address : Jl. Veteran, Ketawanggede, Kec. Lowokwaru,
Kota Malang, Jawa Timur 65145

Email : indah.juwita87@gmail.com

Phone : 087738289504

Hal. 37-50

p-ISSN 1978-0354 | e-ISSN 2622-013X

Pendahuluan

Sebagai negara yang condong pada konsep negara kesejahteraan (*welfare state*), Negara memiliki tanggung jawab besar dalam menjamin kesejahteraan rakyat dengan memprioritaskan kebijakan publik yang adil dan merata dan merealisasikannya melalui berbagai macam regulasi yang berpihak pada kepentingan umum sesuai amanat dalam Sila ke-5 Pancasila yang berbunyi “keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Untuk menindaklanjuti sila ke-5 Pancasila tersebut, maka dalam Bab XIV Pasal 33 ayat (1), (2), (3), (4), (5) diatur tentang perekonomian nasional dan kesejahteraan sosial yang pada pokoknya menyiratkan bahwa penguasaan perekonomian terkait hasil kekayaan alam harus beralaskan pada kepentingan bersama dan kesejahteraan rakyat. Menurut Sukmana (2016), negara kesejahteraan adalah suatu sistem kesejahteraan sosial yang memberi peran lebih besar kepada Negara/pemerintah untuk mengalokasikan sebagian dana publik demi menjamin terpenuhinya kebutuhan dasar warga.

Salah satu upaya yang dapat dilakukan negara melalui pemerintah untuk meningkatkan kesejahteraan adalah dengan selalu mendorong dan memfasilitasi sektor usaha dan bisnis sehingga membuka peluang bagi warga negaranya untuk lebih kreatif dan dapat berpartisipasi dalam peluasan lapangan kerja. Persoalan muncul ketika risiko pertumbuhan ekonomi berdampak pada penyempitan lahan di kota-kota besar, pembangunan yang tidak merata (sentralistik di Jawa) dan kelesuan investasi di daerah, maka diadopsilah suatu skema yang bisa saling menguntungkan antara pemilik tanah dengan Investor yang salah satunya dengan perjanjian Built, Operate And transfer yang diterjemahkan sebagai Bangun, Guna dan Serah (BGS). Secara sederhana skema BGS merupakan simbiosis mutualisme antara pemerintah dengan investor, dimana pemerintah

menyediakan tempat sedangkan investor swasta membangun dan melakukan investasi dengan jangka waktu tertentu, kemudian setelah jangka waktu berakhir maka investor swasta akan menyerahkan seluruh asetnya kepada pemerintah, simbiosis mutualisme ini terjadi karena ada ikatan yang saling menguntungkan, saling membutuhkan dan memiliki tujuan memperoleh keuntungan (Kamilah, 2013). Adapun bentuk kerjasama ini bisa bermacam-macam misalnya jalan tol, pasar, rumah susun/apartemen, pusat perbelanjaan tradisional atau modern (*Mall*), hotel dan lain sebagainya. Perjanjian BGS ini tentu saja tidak terbatas hubungan antara pemerintah dengan investor swasta namun dapat dilakukan oleh siapapun dan bentuk badan hukum apapun (Soerodjo, 2016) hanya saja dalam penulisan ini akan memfokuskan pada salah satu jenis perjanjian BGS dalam ranah pemerintahan dengan investor swasta atau yang menurut Irawan Soerodjo disebut sebagai *government contract*.

Hubungan kemitraan ini, meskipun dianggap menguntungkan namun dalam pelaksanaannya terdapat banyak persepsi terhadap objek perjanjian BGS karena tidak semua pihak memahami tentang kebijakan mengenai asset tanah pemerintah, bahkan tak jarang timbul sengketa dengan Pihak Ketiga. Berdasarkan hal tersebut, tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengetahui regulasi pemanfaatan tanah pemerintah melalui skema perjanjian BGS.

Tinjauan Pustaka

Regulasi

Regulasi dalam hal ini adalah seperangkat aturan, yaitu berupa Peraturan Perundang-undangan dibuat secara tertulis, dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang, dan mengikat secara umum.

Pemanfaatan

Sebagaimana pengertian dalam Ketentuan

Umum Pasal 1 Angka 10 PP No 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah Juncto Ketentuan Umum Pasal 1 Angka 32 tentang Pengelolaan Barang Milik Daerah, Pemanfaatan adalah pendayagunaan Barang Milik Negara/Daerah yang tidak digunakan untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi Kementerian/Lembaga/satuan kerja perangkat daerah dan/atau optimalisasi Barang Milik Negara/Daerah dengan tidak mengubah status kepemilikan.

Tanah

Pasal 4 Undang-undang Pokok Agraria (UUPA) menentukan bahwa atas dasar hak menguasai dari Negara ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi, yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang-orang lain serta badan-badan hukum. Dalam hal ini tanah adalah permukaan bumi baik dilekati hak atas tanah maupun tidak.

Pemerintah

Menurut Ismatullah & Saebeni (2018), Pemerintah adalah institusi pemegang amanah rakyat yang menjalankan fungsi Negara dan hukum ketetaneagaraan. Realitas dari pemerintahan merupakan pembagian ke-kuasaan yang direfleksikan dalam kinerja penyelenggaraan Negara. Secara umum kekuasaan dalam Negara dibagi menjadi 3 yaitu legislative, eksekutive dan yudikatif.

Bangun, Guna dan Serah (BGS) /Built, Operate And Transfer (BOT)

Regulasi Umum Pasal 1 Angka 14 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2014 Juncto Peraturan Umum Pasal 1 Angka 36 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Pedoman Pengelolaan Barang Milik Daerah disebutkan BGS adalah pemanfaatan barang milik Negara/Daerah berupa tanah oleh

pihak lain dengan mendirikan bangunan dan atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu. Definisi ini senada dengan pendapat Andjar P. Wirana yang mengemukakan bahwa BGS merupakan bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang mana para investor diberikan hak untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa BGS berakhir (Kamilah, 2013).

Teori Perjanjian

Dalam Pasal 1313 KUH Perdata menyebutkan perjanjian adalah suatu perbuatan dengan satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih, namun karena menurut ahli hukum definisi ini terlalu luas maka muncul teori baru yang dikemukakan oleh Hariri (2011), yaitu bahwa perjanjian adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat atau menimbulkan akibat hukum. Teori baru ini tidak hanya focus pada pokok perjanjian semata tetapi terdapat tahapan-tahapan pembuatan perjanjian yaitu tahap pracontractual, tahap contractual dan tahap post contractual.

Teori Kewenangan

Kewenangan dalam bahasa Belanda disejajarkan dengan istilah *bevoegdheid* yang berarti kekuasaan. Dalam hukum kenegaraan, wewenang merupakan dasar atau sebagai parameter badan dan/pejabat untuk bertindak serta mengambil keputusan (Yulius, 2015). Hal ini berarti konsep kewenangan erat kaitannya dengan asas

legalitas atau dikenal sebagai kekuasaan Undang-undang/de heerschappij van de wet Kusdarini (2011), sedangkan Kewenangan Pemerintah menurut Ketentuan Umum Pasal 1 angka 3 PP No 25 Tahun 2000 Tentang Kewenangan Pemerintah dan Kewenangan Propinsi sebagai Daerah Otonom adalah hak dan kekuasaan Pemerintah untuk menentukan atau mengambil kebijakan dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

Hasil Penelitian terdahulu

Untuk mengetahui kajian dan penelitian yang sudah dilakukan pada penelitian terdahulu, maka perlu adanya upaya perbandingan sehingga bisa diperoleh perbedaan, persamaan ataupun kemiripan. Orisinalitas/keaslian yang dimaksud adalah bahwa karya yang dihasilkan tidak pernah ditulis oleh orang lain. Terdapat beberapa penelitian mengenai BGS, namun yang serupa adalah Penelitian dari Santoso (2014), dengan judul Perjanjian Bangun, Guna, Serah Antara Pemerintah Kabupaten/ Kota dan Perseroan Terbatas. Persamaan dari penilian ini adalah adanya pembahasan mengenai status tanah objek BGS dan perolehannya, sedangkan perbedaannya ada pada landasan hukum penulis yang lebih baru baru yaitu PP No 27 tahun 2014 dan Permendagri 19 tahun 2016 dan secara lebih detail menelaah karakteristik khusus Perjanjian BGS yang memiliki sifat publik sehingga tidak terjadi kekeliruan dalam penerapannya.

Metode Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penulisan ini adalah yuridis normatif, jenis penelitian ini dipilih guna menganalisis kebijakan-kebijakan di bidang hukum publik terkait penguasaan tanah yang diberikan kepada investor/pihak ketiga selama masa pengoprasian perjanjian BGS. Metode yang digunakan adalah metode analisis Interpretasi sistematis melalui

pendekatan perundang-undangan yaitu mempelajari konsistensi norma-norma hukum secara komprehensif dan sistematis dan pendekatan konseptual yang bertujuan memahami doktrin atau pandangan dalam argumentasi hukum (Achmad, 2010). Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat otoritatif artinya mempunyai otoritas Marzuki (2017), yaitu berupa perundang-undangan, peraturan pemerintah yang berkaitan dengan Pengelolaan Barang Milik Negara dan hak-hak atas tanah. Bahan hukum sekunder, yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer Sunggono (2016), contohnya buku, jurnal, makalah, hasil penelitian para ahli, dan lain sebagainya. Teknik dan pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan dengan cara penelitian kepustakaan (*Library Research*).

Hasil dan Pembahasan

Regulasi Bangun Guna Serah Dalam Hukum Positif

Regulasi mengenai perjanjian BGS hingga saat ini belum ada yang secara spesifik mengatur atau dengan kata lain belum ada undang-undangnya. Dasar hukum dari perjanjian BGS secara umum berpatokan dari 2 aspek yaitu aspek privat dengan dasar buku III KUHPer tentang perikatan dan aspek pertanahan dengan dasar hukum tanah nasional, di mana hal ini berkaitan erat dengan ketentuan-ketentuan yang melekat atas penguasaan hak atas objek BGS. Selain dua aspek tersebut terdapat pula aspek publik, yaitu aspek yang memiliki perbedaan regulasi dengan kedua aspek lainnya karena keterlibatan pemerintah/badan hukum publik sebagai salah satu pihak dalam perjanjian. Karakteristik dari *government contract* ini memiliki ciri khas yang membedakan dengan kontrak bisnis pada umumnya karena adanya irisan antara hukum publik dan hukum privat tersebut, yang menurut

Sogar Simamora merupakan rezim hukum khusus (Irawan Soerodjo, 2016). Ia bersifat publik karena mengatur prosedur dan pengadaan yang melibatkan barang milik Negara/daerah dan ia bersifat privat karena menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak. Tanpa adanya aspek public BGS hanyalah perjanjian biasa antara pemilik lahan dengan investor, kesepakatan yang terjadi hanyalah hubungan bisnis semata yang saling menguntungkan dan bernilai ekonomis tanpa mempertimbangkan pertanggungjawaban terhadap keuangan negara sebagaimana pemanfaatan objek BGS berupa barang milik negara atau daerah

Pengelolaan keuangan Negara dalam rangka pelaksanaan APBN/APBD ada dalam UU No 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (Pemerintah Republik Indonesia, 2004) yang secara garis besar berisi kaidah-kaidah hukum administrasi keuangan Negara. Perbendaharaan Negara merupakan pengelolaan dan pertanggungjawaban keuangan negara, termasuk investasi dan kekayaan yang dipisahkan, yang ditetapkan dalam APBN dan APBD. Berdasarkan pengertian tersebut diatur di dalamnya tentang pemanfaatan barang milik Negara/daerah dalam rangka optimalisasi. Hal pokok yang diatur terhadap Barang Milik Negara/Daerah dengan objek tanah adalah: Menteri keuangan adalah pengelola fiscal dan mewakili pemerintah pusat dalam kepemilikan asset Negara mengatur pengelolaan barang milik Negara;

- a. Menteri/pimpinan lembaga adalah pengguna barang bagi kementerian Negara/lembaga yang dipimpinya sedangkan kepala kantor dalam lingkungan kementerian Negara/lembaga adalah kuasa pengguna barang;
- b. Barang milik negara yang berupa tanah yang dikuasai pemerintah pusat harus disertifikatkan atas nama Pemerintah

Republik Indonesia dan Menteri Keuangan selaku Bendahara Umum Negara, dalam menetapkan regulasi pelaksanaan pensertifikatan tanah yang dimiliki dan dikuasai pemerintah pusat wajib berkoordinasi dengan lembaga yang bertanggung jawab di bidang pertanahan nasional;

- c. Barang milik negara dilarang digadaikan atau dijadikan jaminan dan Pihak manapun dilarang melakukan penyitaan terhadap barang tidak bergerak dan hak kebendaan lainnya milik negara/daerah dan barang milik pihak ketiga yang dikuasai oleh negara/daerah yang diperlukan untuk penyelenggaraan tugas pemerintahan.

Sebagai tindak lanjut UU Perbendaharaan Negara ini, pengaturan mengenai barang milik Negara /daerah ini diatur dalam Peraturan Pemerintah No 27 Tahun 2014 (PP No 27 Tahun 2014) tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, (Pemerintah Republik Indonesia, 2014) dan Peraturan Menteri Dalam Negeri No 19 Tahun 2016 (Permendagri No 19 Tahun 2016) tentang Pedoman Pengelolaan Barang Milik Daerah (Pemerintah Republik Indonesia, 2016). Kedua peraturan itu menentukan berbagai jenis pemanfaatan yang salah satunya melalui perjanjian BGS, yang dimaknai sebagai pemanfaatan barang milik Negara/Daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan mendirikan bangunan dan atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu. Definisi ini mempertegas objek pemanfaatan berupa tanah. Pemanfaatan dalam hal ini mengandung pengertian pendayagunaan Barang Milik Negara/Daerah yang tidak digunakan untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi Kementerian/Lembaga/satuan kerja

perangkat daerah dan/atau optimalisasi Barang Milik Negara/Daerah dengan tidak mengubah status kepemilikan. Sementara itu barang milik Negara/daerah adalah semua barang yang dibeli atau diperoleh atas beban APBN/APBD atau berasal dari perolehan lainnya yang sah. Perolehan lainnya yang sah dijelaskan dalam Pasal 6 Permendagri 19 Tahun 2016 adalah barang yang diperoleh dari: 1). hibah/sumbangan atau yang sejenis, 2). hasil pelaksanaan dari perjanjian/kontrak, 3). regulasi peraturan perundang-undangan, 3) putusan pengadilan yang inkrah dan 4). hasil divestasi atas penyertaan modal pemerintah daerah;

Pemanfaatan barang milik Negara/daerah merupakan salah satu usaha dalam optimalisasi asset Negara dengan tujuan memberikan kontribusi dan pemasukan uang Negara. Secara prinsip optimalisasi ini dilakukan dengan tujuan menciptakan iklim ekonomi yang baik dan seimbang antara Negara dengan pihak lain dengan tidak mengganggu tugas pokok serta fungsi pemerintahan Negara, dengan demikian negara bersifat pasif dan hanya menyediakan lahan/objek pemanfaatan. Boedi Santoso juga memberikan pengertian bahwa perjanjian BGS tidak lain adalah sebuah kontrak atau perjanjian antara pemilik proyek (pemerintah) dengan pihak lain sebagai operator atau pelaksana proyek. Dalam hal ini pemilik proyek memberikan hak kepada operator atau pelaksana untuk membangun sebuah sarana serta prasarana serta mengoperasikannya untuk selama jangka waktu tertentu dan mengambil seluruh atau sebagian keuntungan dan pada akhir masa kontrak harus mengembalikan proyek tersebut kepada pemilik proyek (Santoso, 2017). Berikut ini akan dijelaskan beberapa hal penting mengenai BGS dalam PP No 27 Tahun 2014 dan Permendagri No 19 Tahun 2016:

Ketentuan BGS dalam PP No 27 Tahun 2014 dan Permendagri 19 tahun 2016 :

- a. Dasar pertimbangan BGS
 1. Barang milik Negara/daerah yang belum dioptimalkan;
 2. Dalam rangka efisiensi pengelolaan keuangan Negara/daerah;
 3. Pemerintah memerlukan bangunan dan fasilitas namun terdapat keterbatasan dana;
- b. BGS dapat dilaksanakan dengan ketentuan :
 1. Terhadap objek BGS milik Negara dilaksanakan oleh kementerian keuangan, sedangkan objek BGS milik daerah dilaksanakan oleh Gubernur/Walikota/Bupati;
 2. Penetapan status penggunaan barang milik Negara/daerah adalah kementerian untuk barang milik Negara dan Gubernur/Walikota/Bupati untuk Barang milik Daerah;
 3. Jangka waktu pemanfaatan dengan BGS adalah 30 tahun dan tidak dapat diperpanjang;
 4. Penetapan mitra / investor dilakukan melalui tender;
- c. Kewajiban mitra/investor BGS
 1. Kontribusi kas umum negara/daerah setiap tahun;
 2. Menanggung semua biaya persiapan
 3. Memelihara objek BGS;
 4. Dilarang menjaminkan, menggadai dan memindahtangankan tanah objek BGS;
 5. IMB harus di atas namakan Pemerintah Republik Indonesia untuk barang milik Negara dan Pemerintah Daerah untuk barang milik daerah.
 6. Hasil BGS selama jangka waktu pengoperasian harus digunakan langsung untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi pemerintah Pusat/ Daerah minimal 10%;

7. Mengembalikan atau menyerahkan objek BGS setelah jangka waktu perjanjian berakhir setelah dilakukan audit oleh aparat pengawasan intern pemerintah
- d. Perjanjian BGS minimal memuat adanya para pihak dalam perjanjian/ subjek, objek BGS, jangka waktu BGS, hak dan kewajiban para pihak
- e. Pihak yang dapat melakukan BGS adalah pengelola barang dengan mitra BUMN, BUMD, Swasta kecuali perorangan, Badan hukum lainnya;

Tahapan Kerjasama BGS Antara Pemerintah dengan Swasta

Menurut Urip Santoso terdapat 5 tahapan perolehan hak atas tanah oleh investor/swasta dalam kerja sama BGS (Santoso, 2014), yaitu:

Tahap Perjanjian

Dalam tahapan perjanjian tentu saja tidak terlepas dari syarat sahnya perjanjian dalam 1320 KUHPer sebagai suatu ketentuan yang mengikat sebagai undang-undang bagi para pihak. Keabsahan perjanjian harus memenuhi 4 unsur yaitu adanya kesepakatan, kecakapan, objek tertentu dan kausa yang halal. 1) Kesepakatan dalam perjanjian BGS adalah kesepakatan antara pemerintah dengan investor yang di dalamnya merupakan hal ihwal isi perjanjian BGS, yang sekurang-kurangnya kesepakatan mengenai status hak atas tanah, jangka waktu, kewajiban pengurusan sertipikat atas objek BGS, tujuan dan kegunaan, hak, kewajiban serta larangan, cara penyelesaian sengketa dan lain sebagainya (Santoso, 2014) atau bisa juga mencakup pembagian risiko. 2) Kecakapan adalah kewenangan bertindak dalam hukum yang berkaitan dengan subjek hukum yang menurut doktrin ilmu hukum merupakan pemegang, pengemban atau pendukung hak dan kewajiban (Adriano, 2013). Subjek hukum terdiri dari orang (*persoon*)

dan badan hukum (*rechtspersoon*), badan hukum terbagi lagi menjadi 2 yaitu badan hukum publik (negara, organ negara/pemerintah) dan badan hukum privat yaitu swasta. Dalam perjanjian BGS ini subjeknya adalah pemerintah pusat/daerah dengan mitra kerjasama yaitu investor/swasta. 3) sebagaimana yang telah dijelaskan di atas bahwa objek perjanjian BGS adalah tanah meskipun tanah objek BGS ini tidak dijelaskan hak penguasaannya sehingga perlu dikaji jenisnya menurut hukum tanah nasional yang akan dibahas dalam sub bab berikutnya. 4) *causa*/sebab yang halal, sifat dari KUHPer yang terbuka memberi peluang bagi siapapun untuk membuat perjanjian sesuai dengan kebutuhan asal tidak bertentangan dengan pasal 1337 KUHPer yaitu undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Sebagai perjanjian tak bernama perjanjian BGS merupakan produk dari perkembangan dan kebutuhan yang berdasar pada asas kebebasan berkontrak, namun perlu diperhatikan bagi investor/swasta bahwa jika pihaknya adalah pemerintah, maka pembatasan itu tidak hanya berpangkal pada pasal 1337 KUHPer, namun juga pada kewenangan legislative pemerintah berdasarkan undang-undang sebagai kriteria badan hukum publik (Santosa, 2019), atau dengan kata lain Pemerintah dengan posisi dominan bisa membuat kebijakan baru melalui perundang-undangan yang sah dan secara tidak langsung bisa berpengaruh pada pelaksanaan perjanjian BGS. Menurut Lalu Hadi Adha ini terjadi karena kuatnya unsur publik dalam *government contract* yang terkait dengan anggaran keuangan Negara (Adha, 2011). Hal ini berbeda dengan perjanjian BGS yang pihaknya bukan dari pemerintah, di mana kedudukan masing-masing pihak berlandaskan pada asas keseimbangan yaitu keadaan pembagian beban di kedua sisi berada dalam keadaan seimbang, tidak satupun mendominasi atau menguasai yang lainnya (Kamilah, 2013).

Dengan dibuatnya perjanjian ini baik dengan akta otentik yang dibuat oleh notaries maupun akta di bawah tangan, maka telah lahir hubungan hukum antara pemerintah dengan investor, namun belum lahir hubungan hukum hak penguasaan terhadap objek BGS.

Penerbitan Surat Rekomendasi

Pemerintah menerbitkan surat rekomendasi untuk penggunaan tanah, misalkan perolehan hak guna bangunan atas tanah hak pengelolaan.

- **Permohonan Hak Atas Tanah**

Investor mengajukan permohonan hak atas tanah kepada Kepala Kantor Pertanahan kabupaten/kota tempat objek BGS berada disertai dokumen seperti surat permohonan hak atas tanah, perjanjian BGS, surat rekomendasi yang diterbitkan oleh pemerintah, sertipikat asal, akta pendirian / identitas mitra.

- **Penerbitan Surat Pemberian Hak**

Apabila semua persyaratan dalam permohonan hak atas tanah dipenuhi maka selanjutnya Kantor Pertanahan Kabupaten/Kota menerbitkan Surat Keputusan Pemberian Hak Atas Tanah (SKPH). SKPH tersebut kemudian didaftarkan di Kantor Pertanahan untuk dibuatkan buku tanah. Dengan dibuatnya buku tanah diterbitkanlah sertipikat. (Soerodjo, 2016).

- **Penerbitan Sertifikat**

Sertipikat merupakan tanda bukti hak baru, yang berarti bahwa investor berkedudukan sebagai subyek hak atas hak atas tanah yang baru diterbitkan itu (Soerodjo, 2016).

Tanah yang dikuasai oleh Pemerintah

Apabila ditinjau dari terminologi barang milik negara, di mana salah satu objek barang milik negara adalah tanah dapat dimaknai bahwa objek pemanfaatan merupakan tanah negara, padahal tanah negara dengan tanah pemerintah pada hekatatnya berlainan. Terminologi ini tentu

saja bertentangan dengan Undang-undang No 5 tahun 1960 tentang Pengaturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA) tidak menempatkan negara sebagai pemilik, melainkan menetapkan hak menguasai dari Negara sebagaimana Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Tanah Negara merupakan tanah yang tidak dilekati dengan sesuatu hak atas tanah, adapun konsep tanah Negara adalah penguasaan yang meliputi seluruh permukaan bumi di wilayah Negara kesatuan Republik Indonesia yang bukan merupakan *right and property* tetapi wewenang beraspek publik (Santoso, 2014).

Berdasarkan pemaparan tersebut untuk menentukan objek tersebut merupakan tanah Negara atau tanah pemerintah, maka perlu ditinjau regulasi BGS pada PP No 27 Tahun 2014 dan Permendagri 19 Tahun 2016, yang meskipun tidak mengatur jenis penguasaan hak atas tanah, akan tetapi diatur subjek pengelola barang dan pengguna barang yaitu menteri keuangan untuk barang milik Negara dan Gubernur/Walikota/Bupati untuk barang milik daerah, maka dapat disimpulkan bahwa objek BGS merupakan tanah yang dikuasai oleh pemerintah/tanah pemerintah, hal ini juga dapat dibuktikan pada Pasal 49 UU Perbendaharaan negara yang mewajibkan pensertipikatan barang milik negara/daerah atas nama pemerintah Republik Indonesia sehingga lazimnya tanah yang dimanfaatkan sebagai obyek BGS adalah Hak pakai atau hak pengelolaan.

Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1953 (PP No 8 tahun 1953) tentang Penguasaan Tanah-Tanah Negara (Pemerintah Republik Indonesia, 1953). Merupakan prototipe penguasaan tanah oleh pemerintah karena terdapat penyerahan tanah negara kepada kementerian, jawatan dan daerah swatantra, setelah berlakunya Undang-undang nomor 5 tahun 1960 Tentang Pengaturan Dasar Pokok-Pokok Agraria/UUPA (Pemerintah Republik

Indonesia, 1960), dasar hukum dari adanya tanah pemerintah terdapat dalam Penjelasan Umum Angka II Nomor 2 UUPA yang menyebutkan Negara dapat memberikan tanah kepada seseorang atau badan hukum dengan sesuatu hak menurut peruntukkan dan keperluannya seperti halnya hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan dan hak pakai atau memberikannya dalam pengelolaan kepada suatu badan penguasa (departemen, jawatan atau daerah swatantra) untuk digunakan bagi pelaksanaan tugasnya masing-masing (Harsono, 2013). Jenis penguasaan tanah yang dikuasai oleh Pemerintah berupa hak pengelolaan muncul pertama kalinya pada Peraturan Menteri Agraria No 9 Tahun 1965 (“Permenag No 9 Tahun 1965”) Tentang Pelaksanaan Konversi Hak Penguasaan Atas Tanah Negara dan Ketentuan-ketentuan tentang Kebijaksanaan Selanjutnya yang memberi pengaturan bahwa hak penguasaan yang diberikan kepada departemen-departemen, direktorat-direktorat dan daerah-daerah swatantra berdasarkan PP No 8 tahun 1953 yang dipergunakan untuk keperluan instansi itu sendiri dikonversi menjadi hak pakai, sedangkan hak penguasaan yang diberikan kepada departemen-departemen, direktorat-direktorat dan daerah-daerah swatantra berdasarkan PP No 8 tahun 1953 yang tidak dipergunakan untuk keperluan instansi itu sendiri juga dengan maksud untuk diberikan kepada pihak ketiga, dikonversi menjadi hak pengelolaan;

Berdasarkan UUPA dan Permenag No 9 tahun 1965 di atas telah ditentukan jenis-jenis hak penguasaan tanah Negara yang diberikan kepada pemerintah yang merupakan bagian dan wujud wewenang yang ada pada hak menguasai dari Negara dan dapat diberikan kepada pihak ketiga yaitu hak pengelolaan sedangkan dasar hukum terhadap subyek pemegang hak pengelolaan diatur dalam Pasal 67 Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 9 Tahun

1999 (Permenag/KBPN No 9 Tahun 1999”) tentang Tentang Tata Cara Pemberian dan Pembatalan Hak Atas Tanah Negara dan Hak Pengelolaan (Pemerintah Republik Indonesia, 1965) yaitu instansi pemerintah termasuk pemerintah daerah, Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, PT Persero, Badan otorita, dan badan-badan hukum pemerintah lainnya yang ditunjuk oleh pemerintah. Menurut Boedi Harsono Hak Pengelolaan merupakan gempilan hak menguasai dari negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan pada pemegangnya. Bagian-bagian tanah tersebut dapat diberikan kepada pihak lain dengan hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan atau hak pakai (Harsono, 2013) sebagaimana ketentuan dalam Pasal 2 Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 1 Tahun 1977 (Permendagri No 1 Tahun 1977) tentang Tata Cara Permohonan dan Penyerahan Pemberian Hak Atas Bagian-bagian Tanah Hak Pengelolaan Serta Pendaftarannya (Pemerintah Republik Indonesia, 1977). Senada dengan itu, Undang Undang Nomor 2 Tahun 2012 Tentang Pengadaaan Tanah Untuk Kepentingan Umum (Pemerintah Republik Indonesia, 2012) dalam ketentuan umum Pasal 1 angka 7 juga menyatakan bahwa hak pengelolaan merupakan hak menguasai dari negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegangnya. Dengan demikian maka dapat ditarik sebuah kesimpulan bahwa tanah objek BGS merupakan tanah dengan status hak pengelolaan. Urip Santoso berpendapat pada dasarnya tanah yang dikuasai oleh Pemerintah dengan status hak pakai bisa dijadikan objek BGS dengan melepaskan status hak pakainya dan menjadi tanah negara, kemudian Pemerintah mengajukan permohonan hak pengelolaan kepada Badan Pertanahan Negara dan jika disetujui oleh Kepala Badan Pertanahan Nasional maka akan terbit Surat Keputusan Pemberian Hak

Pengelolaan yang akan menjadi dasar pendaftaran untuk diterbitkan sertipikat hak pengelolaan (Santoso, 2014).

Sebenarnya pada pasal 41 Ayat (3) Permendagri No 17 tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pemanfaatan Barang Milik Daerah secara jelas telah menentukan jenis penguasaan hak atas tanah oleh investor yaitu hak pengelolaan milik Pemerintah Daerah dan dalam Ayat (4) HGB di atas Hak Pengelolaan milik Pemerintah dapat dijaminan sesuai perundang-undangan. Ketentuan ini kemudian ditiadakan dalam Permendagri 19 tahun 2016, sehingga Permendagri No 19 Tahun 2016 sejalan dengan amanat UU No 1 Tahun 2004 yang mengatur bahwa objek pemanfaatan berupa tanah tidak dapat dijaminan.

Perbandingan Karakteristik Antara Skema BGS Berupa *Government Contract* dengan *Private Contract*.

Perbedaan pada table di atas menunjukkan bahwa aspek publik membawa pengaruh yang besar terhadap perjanjian BGS berupa *government contract* karena berkaitan erat dengan keuangan Negara, yang berarti segala transaksi yang dilakukan Pemerintah memiliki pertanggung jawaban kepada rakyat, oleh sebab itu para pihak dalam perjanjian harus tunduk pada tatanan hukum publik. Hal yang menunjukkan komitmen Pemerintah terhadap perlindungan asset Negara nampak pada larangan menjaminkan objek BGS baik itu terhadap hak atas tanah sekunder maupun terhadap hasil BGS dan dengan adanya ketentuan perjanjian yang hanya memberikan jangka waktu selama 30 tahun tanpa perpanjangan, serta larangan / pembatasan lainnya terhadap objek BGS (meskipun selama masa pengoperasian status hak tanah baru di atas hak pengelolaan sudah diperoleh oleh investor). Dengan demikian dapat pula dimknai bahwa sebagian kaidah/ prinsip hak atas tanah terhadap objek BGS dalam *Government contract* tidak berlaku /

disimpangi. Asas *lex specialis derogat legi generalie* ini dapat dipakai untuk mengatasi konflik antara UU No 1 Tahun 2004 dengan UUPA dan UUHT, dengan demikian penerapan asas ini bisa diberlakukan karena UUPA dan UUHT berkedudukan sebagai *generalie* yang bisa dikesampingkan oleh UU No 1 Tahun 2004.

Simpulan

Berdasarkan pembahasan di atas maka dapat ditarik kesimpulan bahwa dalam praktek terdapat 2 jenis perjanjian BGS yaitu yang berupa *privat contract* dan *government contract*, BGS yang berupa *government contract* diatur dalam PP No 27 Tahun 2014 dan Permendagri 19 Tahun 2016 sebagai tindak lanjut dari UU No 1 Tahun 2004 dengan karakteristik khusus yang timbul dari adanya aspek publik dalam *government contract*, terutama pengaturan tentang objek pemanfaatan berupa tanah Pemerintah yang berstatus Hak Pengelolaan. Perbedaan persepsi yang sering terjadi diakibatkan tidak adanya regulasi yang secara khusus mengatur perjanjian BGS sehingga banyak pihak salah mengidentifikasi objek pemanfaatannya, dengan demikian untuk menjamin kepastian hukum maka regulasi mengenai kerjasama BGS harus jelas perumusannya dengan adanya undang-undang khusus yang komprehensif, agar kelak tidak terjadi kesalahan persepsi atau sengketa yang merugikan Para Pihak maupun Pihak Ketiga.

Ucapan Terima Kasih

Penulis menyampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada para pembimbing di Universitas Brawijaya Dr. Budi Santoso, S.H., L.L.M, Dr. Bambang Sugiri, S.H., M.S., Dr. Imam Koeswahyono, S.H., M.H. dan DR. Rachmi Sulistyarini, S.H., M.H.

Daftar Pustaka

- Achmad, M. F. dan Y. (2010). *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Adha, L. H. (2011). Kontrak Build Operate Transfer sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah dengan Pihak Swasta. *Jurnal Dinamika Hukum*, 11(3). 548–558. doi: 10.20884/1.jdh.2011.11.3.181.
- Adriano. (2013). Menguji Konsep Pertanggungjawaban Pidana Korporasi', *Yuridika*, 28 No 3, pp. 331–350.
- Hariri, W. M. (2011) *Hukum Perikatan: Dilengkapi Hukum Perikatan Dalam Islam*. Bandung: Pustaka Setia.
- Harsono, B. (2013). *Hukum Agraria Indonesia : Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*. Revised ed. Jakarta: Universitas Trisakti.
- Ismatullah, D., Saebeni, B. A. (2018) *Hukum Tata Negara : Refleksi Kehidupan Ketatanegaraan di Negara Republik Indonesia*. Bandung: CV Pustaka Setia.
- Kamilah, A. (2013). *Bangun Guna Serah (Build, Operate And Transfer/ BOT) Membangun Tanpa Harus Memiliki Tanah (Perspektif Hukum Agraria, Hukum Perjanjian dan Hukum Publik)*. Bandung: Keni.
- Kusdarini, E. (2011) *Dasar-Dasar Hukum Administrasi Negara dan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik*. Yogyakarta: UNY Press
- Marzuki, M. (2017). *Penelitian Hukum: Edisi Revisi*. 13th edn. Jakarta: Kencana.
- Pemerintah Republik Indonesia. (1953). *Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1953 Tentang Penguasaan Tanah-Tanah Negara, Tambahan Lembaran Negara No 362, Tambahan Lembaran Negara No 362*. Indonesia: atr.bpn.go.id. Available at: <https://www.atrbpn.go.id/Publikasi/Peraturan-Perundangan/Peraturan-Pemerintah/peraturan-pemerintah-nomor-8-tahun-1953-1041>.
- Pemerintah Republik Indonesia. (1960). *Undang-undang Nomor 5 tahun 1960 Tentang Pengaturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Lembaran Negara Tahun 1960, Nomor 104*. indonesia.
- Pemerintah Republik Indonesia. (1965). *Peraturan Menteri Agraria Nomor 9 Tahun 1965 Tentang Pelaksanaan Konversi Hak Penguasaan Atas Tanah Negara dan Ketentuan-ketentuan tentang Kebijaksanaan Selandjutnja*. Indonesia: ATRBPN. Available at: <https://www.atrbpn.go.id/Publikasi/Peraturan-Perundangan/Peraturan-Menteri-Negara/peraturan-menteri-negara-agraria-nomor-9-tahun-1999-782>.
- Pemerintah Republik Indonesia. (1977). *Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 1 Tahun 1977 tentang Tata Cara Permohonan dan Penyelesaian Pemberian Hak Atas Tanah Bagian-bagian Tanah Hak Pengelolaan Serta Pendaftarannya*. Indonesia: atrbpn.go.id. Available at: <https://www.atrbpn.go.id/Publikasi/Peraturan-Perundangan/Peraturan-Menteri-Negara/peraturan-menteri-dalam-negeri-nomor-1-tahun-1977-818>.

- Pemerintah Republik Indonesia. (1996). *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1996 Nomor 42*. doi: 10.1017/CBO9781107415324.004.
- Pemerintah Republik Indonesia. (1999). *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3889*. Indonesia: www.hukumonline.com.
- Pemerintah Republik Indonesia. (2002). *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2002 Tentang Bangunan Gedung, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4247, Kaos GL Dergisi*. Indonesia. doi: 10.1007/978-1-4614-7990-1.
- Pemerintah Republik Indonesia. (2004). *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 5*. Indonesia: bsn.go.id. Available at: <https://bsn.go.id/uploads/download/UU120041.pdf>.
- Pemerintah Republik Indonesia. (2012). *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012, Nomor 22*. Indonesia: atr.bpn.go.id. Available at: <https://www.atrbpn.go.id/Publikasi/Peraturan-Perundangan/Undang-Undang-undang-undang-nomor-2-tahun-2012-876>.
- Pemerintah Republik Indonesia. (2014). *Peraturan pemerintah Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2014 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5533, JDIH BPK RI*. Indonesia: bpk.go.id. doi: 10.1016/j.gaitpost.2018.03.005.
- Pemerintah Republik Indonesia. (2016). *Peraturan Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Pedoman Pengelolaan Barang Milik Daerah, Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 547, Peraturan Mentri Dalam Negeri*.
- Santosa, A. A. G. D. H. (2019). Perbedaan Badan Hukum Publik dan Badan Hukum Privat. *Jurnal Komunikasi Hukum (JKH)*, 5(2). 152–166.

- Santoso, U. (2014). Perjanjian Bangun Guna Serah Antara Pemerintah Kabupaten/Kota dan Perseroan Terbatas. *Mimbar Hukum*, 26(1). doi: 10.22146/jmh.16052.
- Santoso, U. (2017). *Hukum Agraria: Kajian Komprehensif*. Cetakan Ke. Jakarta: Kencana.
- Soerodjo, I. (2016). *Hukum Perjanjian dan Pertanahan : Perjanjian Build, Operate and Transfer Atas Tanah*. Yogyakarta: Laksbang Pressindo.
- Sukmana, O. (2016). Konsep dan Desain Negara Kesejahteraan (Welfare State) Pendahuluan Dewasa Ini, Wacana Mengenai Negara Kesejahteraan (Welfare State) menjadi Didefinisikan sebagai Suatu Negara dimana Pemerintahan Negara Dianggap Bertanggung Jawab Dalam Menjamin Standa. *Sospol*, 2(1). 103–122.
- Sunggono, M. B. (2016). *Metodologi Penelitian Hukum*. XIV. Jakarta: Rajawali Pers.
- Yulius. (2015). Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Penyalahgunaan Wewenang di Indonesia (Tinjauan Singkat dari Perspektif Hukum Administrasi Negara Pasca Berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014. *Jurnal Hukum dan Peradilan*, 4(3). 361-384. Doi: 10.25216/JHP.4.3.2015.361-384.

Lampiran 1. Karakteristik Antara Skema BGS Berupa Government Contract dengan Private Contract

	<i>Government Contract</i>	<i>Private Contract</i>
Dasar hukum	Buku III KUH Perdata tentang Perikatan, UU No 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, PP No 27 Tahun 2014 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, PP No 19 Tahun 2016 tentang Pedoman Pengelolaan Barang Milik Daerah, UU No 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA) beserta peraturan turunan dari UUPA.	Buku III KUH Perdata tentang Perikatan, UU No 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria beserta aturan turunannya.(Pemerintah Republik Indonesia, 1960)
Subjek perjanjian	Badan hukum public (instansi Pemerintah) dengan BUMN, BUMD, Swasta (kecuali perorangan) dan badan hukum lainnya.	Swata dengan swasta baik perorangan sebagai pemilik lahan maupun badan hukum.
Objek perjanjian	Tanah dan hasil BGS	Tanah dan hasil BGS
Status Objek perjanjian	Hak pengelolaan	Hak Milik, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai.
Jangka Waktu Pelaksanaan	30 tahun untuk satu kali perjanjian dan tidak dapat diperpanjang (Pasal 36 Ayat (1) PP 27 Tahun 2014 Jo Pasal 229 Ayat (1) Permendagri No 19 Tahun 2016)	Dapat diperpanjang
Jaminan terhadap objek BGS dan hasil BGS	Tidak dapat dijaminan / dibebani hak tanggungan termasuk pemberian fidusia atas bangunan hasil BGS (Pasal 49 Ayat (6) UU No 1 Tahun 2004 Jo Pasal 36 Ayat (3) Huruf c Jo Pasal 80 Ayat (1) Jo Pasal 221 Ayat (1) Huruf c Permendagri No 19 Tahun 2016)	Dapat dijaminan dengan Hak Tanggungan atau fidusia atas bangunan terhadap hasil BGS. (UU No 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (UUHT)(Pemerintah Republik Indonesia, 1996), UU No 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia)(Pemerintah Republik Indonesia, 1999)
Peralihan hak atas tanah	Tidak dapat beralih / dipindahtangankan (Pasal 36 Ayat (3) huruf c PP No 27 Tahun 2014 jo Pasal 221 Ayat (1) Huruf C Permendagri 19 Tahun 2016)	Disesuaikan dengan perjanjian
Penyitaan	Tidak berlaku ketentuan sita (Pasal 50 UU No 1 Tahun 2004 jo Pasal 4 Ayat (2) Peremendagri No 19 Tahun 2016)	Dapat disita
IMB	Atas nama pemerintah (Pasal 36 Ayat (6) PP No 27 Tahun 2014 Jo Pasal 219 Ayat (2) Permendagri 19 Tahun 2016)	Atas nama investor / pemilik bangunan (Pasal 8 Ayat (1) UU No 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung beserta penjelasannya.(Pemerintah Republik Indonesia, 2002)

Sumber : Data Primer Diolah, 2020