

**MODEL KERJASAMA PEMERINTAH DAN SWASTA:
STUDI PENERAPAN KONTRAK *BUILD OPERATE
TRANSFER* DALAM PERJANJIAN PENGUSAHAAN
JALAN TOL DI INDONESIA**

DISERTASI

**IWAN ERAR JOESOEF
0706221275**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
JAKARTA
JULI 2011**

**MODEL KERJASAMA PEMERINTAH DAN SWASTA:
STUDI PENERAPAN KONTRAK *BUILD OPERATE
TRANSFER* DALAM PERJANJIAN PENGUSAHAAN
JALAN TOL DI INDONESIA**

DISERTASI

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam
ilmu hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.**

**IWAN ERAR JOESOEUF
0706221275**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
HUKUM EKONOMI
JAKARTA
JULI 2011**

ii

Universitas Indonesia

PERNYATAAN ORISINALITAS

Disertasi ini adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun yang dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : Iwan Erar Joesoef

NPM : 0706221275

Tanda Tangan

: 

Tanggal : 9 Juli 2011

PENGESAHAN

Nama : Iwan Erar Joesoef
NPM : 0706221275
Program Studi : Pascasarjana
Judul Disertasi : Model Kerjasama Pemerintah Dan Swasta: Studi Penerapan Kontrak *Build Operate Transfer* Dalam Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Di Indonesia.

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Doktor pada Program Studi Pascasarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Promotor : Prof. Dr. Felix Oentoeng Soebagjo, S.H.,LL.M (.....)

Ko-Promotor : Prof. Dr. Agus Sardjono, S.H.,M.H (.....)

Tim Penguji :

(Ketua) Prof. Safri Nugraha, S.H.,LL.M.,Ph.D (.....)

(Anggota) Prof. Hj. Arie Sukanti Hutagalung, S.H.,MLI (.....)

(Anggota) Prof. Erman Rajagukguk, S.H.,LL.M.,Ph.D (.....)

(Anggota) Prof. Hikmahanto Juwana, S.H.,LL.M.,Ph.D (.....)

(Anggota) Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H.,M.H (.....)

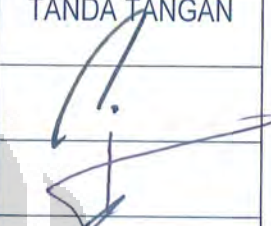
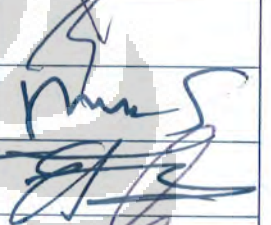
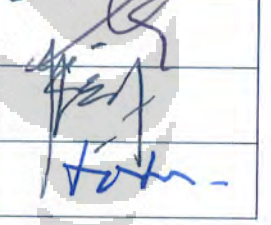





(Anggota) Dr. Ida Nurlinda, S.H.,M.H (.....)

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 9 Juli 2011

BERITA ACARA

Pada hari ini Sabtu, 9 Juli 2011 telah diselenggarakan ujian Promosi Doktor:
Atas Nama : **Iwan Erar Joesoef**
N.P.M. : **0706221275**
Judul Disertasi : **" Model Kerjasama Pemerintah dan Swasta: Studi Penerapan Kontrak *Build Operate Transfer* Dalam Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol di Indonesia"**
berdasarkan keputusan para penguji yang terdiri :

NAMA PENGUJI	JABATAN	TANDA TANGAN
1. Prof. Safri Nugraha, S.H.,LL.M., Ph.D	Ketua Sidang/ Anggota	
2. Prof. Dr. Felix Oentoeng Soebago, S.H.,LL.M	Promotor/Anggota	
3. Prof. Dr. Agus Sardjono, S.H.,M.H	Ko-Promotor / Anggota	
4. Prof. Hj. Arie Sukanti Hutagalung, S.H.,MLI	Anggota	
5. Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M.,Ph.D	Anggota	
6. Prof. Hikmahanto Juwana, S.H.,LL.M., Ph.D	Anggota	
7. Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H.,M.H	Anggota	
8. Dr. Ida Nurlinda, S.H.,M.H	Anggota	

yang bersangkutan telah dinyatakan :

~~Lulus/Tidak Lulus~~

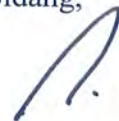
Dengan yudisium :

A = Cum Laude

(B+) = Sangat Memuaskan

B = Memuaskan

Depok, 9 Juli 2011
Ketua Sidang,



Prof. Safri Nugraha, S.H.,LL.M.,Ph.D

KATA PERSEMBAHAN

Disertasi ini saya persembahkan untuk:

**Ayahanda (Almarhum) dr. H. Moh. Arbain Joesoef, MPH.
Ibunda Hj. Lies Syamsudin
Istriku Yusrida**

**Anak-anakku:
Hanif Yusuf dan Hasan Yusuf**

**Keponakan-keponakanku:
Irfan Yusuf, Syeila Yusuf, Handayani Nabilah, Ganesha Rahmandalah,
Atika Fairuz, Wyneke Fattia Rizqi, Sabastian Yusuf Tanjung dan M. Hadziq
Yusuf Tanjung.**

**Semoga anak-anakku dan keponakan-keponakanku menjadi generasi
penerus yang terbaik di negeri ini yang dilandasi dengan kesalehan, alim dan
bijaksana. Amin.**

UCAPAN TERIMA KASIH

Alhamdulillah, tidak mudah untuk menyelesaikan penulisan disertasi ini. Berkat Rahmat dari Allah SWT, akhirnya penulisan disertasi dengan judul “Model Kerjasama Pemerintah dan Swasta: Studi Penerapan Kontrak *Build Operate Transfer* Dalam Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol” dapat diselesaikan. Untuk itu Sholawat dan Salam saya persembahkan kepada kekasih Allah SWT Baginda Nabi Besar Sayyidina Muhammad SAW beserta keluarga, para sahabat dan para pengikutnya.

Sebagai wujud syukur peneliti yang sangat mendalam, disertasi ini peneliti persembahkan untuk ibunda Hj. Lies Syamsudin dan almarhum ayahanda dr. H. Moh. Arbain Joesoef, MPH. Ibunda yang begitu tegar dan selalu mendoakan anak-anaknya, dari perhatian dan doa ibunda, telah memperkuat peneliti untuk menyelesaikan program doktoral ini. Almarhum ayahanda yang bekerja sebagai seorang peneliti di Kementerian Kesehatan RI telah menjadi inspirasi bagi peneliti, dan kecintaan almarhum ayahanda pada ilmu telah diwariskan sebagai suatu warisan yang tiada tara. Semoga ilmu yang peneliti peroleh akan menjadi ladang amal ibadah bagi peneliti untuk keluarga, bangsa dan negara serta agama. Tidak mampu peneliti membalas kasih sayang dan perhatian ibunda dan almarhum ayahanda, kecuali peneliti selalu mendoakan mereka agar selalu diberikan Rahmat dan Hidayah dari Allah SWT di dunia dan akhirat. Amin.

Terima kasih yang sangat mendalam sekali peneliti haturkan pada istri tercinta Yusrida yang telah banyak mendukung dengan penuh kesabaran dan ikhlas atas setiap situasi yang peneliti hadapi dan selalu mengingatkan peneliti untuk selalu bersabar dan berdoa. Juga peneliti sangat berterima kasih sekali kepada ibu mertua Siti Richwani dan almarhum ayah mertua Sukri Sukur. Semoga Allah SWT memberikan Rahmat dan Hidayah pada kedua mertua dan juga istri peneliti.

Untuk ananda Hanif Yusuf dan Hasan Yusuf yang sangat ayahanda cintai, maafkan ayahanda yang telah banyak menyita dan menunda beberapa hak ananda

sebagai anak-anak selama ayahanda menyelesaikan studi program doktor ini. Insya Allah ayahanda dengan ridho Allah SWT dapat memberi ganti dari yang tersita dan tertunda. Semoga semangat peneliti menuntut ilmu menjadi tauladan yang baik bagi ananda dan ananda menjadi anak-anak yang sholeh. Amin.

Tidak lupa peneliti sampaikan terima kasih yang sangat dalam untuk keluarga besar peneliti: Dr. H. Adie Erar Yusuf, S.Pd.,MA., Hj. Nirawati Sube, Dra. Anita Erar Yusuf, M.Kesos., Ir. Untung Budi Santoso, MT., Dra. Heni Erar Joesoef, Ade Yuliadi Erar Yusuf, SH., dan Dini Satriana, SH., beserta keluarga yang telah memberikan dukungan moril dan materil sehingga peneliti dapat menyelesaikan studi program doktor ini. Semoga Allah SWT memberikan kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Kepada Bapak Prof. Safri Nugraha, S.H.,LL.M.,Ph.D selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, izinkan peneliti mengucapkan terima kasih yang sangat mendalam atas segala kemudahan dan suasana perkuliahan yang menyenangkan dengan perhatian yang sangat baik bagi mahasiswa. Semoga semua kebijakan-kebijakan yang telah diambil mendapat ridho dari Allah SWT serta diberikan kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Kepada Bapak Prof. Dr. Satya Arinanto, SH., MH., selaku Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Indonesia, izinkan peneliti mengucapkan terima kasih yang sangat mendalam atas rekomendasinya untuk peneliti sehingga peneliti dapat melanjutkan studi di program doktor FHUI. Semoga Allah SWT memberikan kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Penulisan disertasi ini telah mendapatkan suatu bimbingan yang sangat telaten dan penuh kesabaran untuk menjadi suatu tulisan ilmiah yang dapat dengan mudah dibaca, baik oleh akademisi namun juga oleh masyarakat umum serta dapat dipertanggungjawabkan secara akademis. Untuk itu ucapan terima kasih yang sangat mendalam kepada Bapak Prof. Dr. Felix Oentoeng Soebagio, S.H.,LL.M sebagai Promotor. Sebagai akademisi dan juga praktisi, beliau tetap memberikan waktu untuk memberikan pengarahan dan diskusi. Semoga ilmu

yang telah diamalkan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Penulisan disertasi ini juga telah mendapat analisa substansi yang sangat mendalam dengan pertanyaan-pertanyaan yang sangat filosofis dan mendasar sehingga tulisan ilmiah ini dapat melihat permasalahan secara mendasar dan memberikan solusi bagaimana seharusnya atas permasalahan yang terjadi sekarang. Untuk itu ucapan terima kasih yang sangat mendalam kepada Bapak Prof. Dr. Agus Sardjono, S.H.,M.H sebagai Ko-Promotor. Sebagai akademisi, beliau selalu meluangkan waktunya untuk memberikan pengarahan dan diskusi. Semoga ilmu yang telah diamalkan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Penulisan disertasi ini juga telah mendapatkan masukan-masukan dalam setiap tahapan ujian disertasi ini dan bimbingan-bimbingan sehingga disertasi ini mendapatkan ide-ide yang dapat dijadikan bahan analisa dari banyak sudut pandang dan aspek. Untuk itu ucapan terima kasih yang sangat mendalam kepada para penguji Ibu Prof. Hj. Arie Sukanti Hutagalung, S.H.,MLI., Bapak Prof. Safri Nugraha, S.H.,LL.M.,Ph.D., Bapak Prof. Erman Rajagukguk, S.H.,LL.M.,Ph.D., Bapak Prof. Hikmahanto Juwana, S.H.,LL.M.,Ph.D., Ibu Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H.,M.H., dan Ibu Dr. Ida Nurlinda, S.H.,M.H. Semua ide dan masukan yang cemerlang dari para penguji sangat membantu peneliti dalam melakukan analisa yang lebih tajam sehingga dapat melihat solusi permasalahan dengan tajam dan tentu saja membuat tulisan disertasi ini menjadi tulisan ilmiah yang dapat dipertanggungjawabkan secara akademis. Semoga ilmu yang telah diamalkan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Peneliti sangat berterima kasih kepada para pengajar Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana FHUI dimana ilmu yang telah diajarkan sangat bermanfaat bagi peneliti dikemudian hari. Untuk itu ucapan terima kasih yang sangat mendalam kepada Ibu Prof. Dr. Valerine J.L.Kriekhoff, SH.,MA (yang telah mengajarkan metodologi penelitian hukum normatif), Ibu Prof. Harkristuti Harkrisnowo, SH.,MA.,Ph.D (yang telah mengajarkan metodologi penelitian

hukum empiris), Ibu Dr. Jufrina Rizal, SH.,MA (yang telah mengajarkan filsafat hukum), dan Bapak Prof. Erman Rajagukguk, S.H.,LL.M.,Ph.D (yang telah mengajarkan teori hukum ekonomi dan penulisan disertasi). Semoga ilmu yang telah diamalkan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Penulisan disertasi ini juga telah mendapatkan bahan-bahan dan masukan-masukan untuk penyempurnaan penelitian disertasi ini. Untuk itu peneliti sangat berterima kasih kepada Bapak Ir. Hari Sasongko, M.Sc atas bahan-bahan penelitian serta diskusi pengalaman-pengalaman beliau di proyek-proyek infrastruktur jalan tol baik di ruas jalan tol Simpang Susun Waru – Tanjung Perak Surabaya, ruas jalan tol Depok – Antasari maupun di perusahaan jalan tol PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk. Terima kasih juga peneliti sampaikan kepada Ibu Ir. Riry Trigustina, MM atas bahan-bahan penelitian dari Badan Pengatur Jalan Tol (BPJT) Kementerian Pekerjaan Umum RI yang telah memperkaya penelitian disertasi ini. Terima kasih juga peneliti sampaikan kepada Bapak Dr. Enoh Suharto P, SE., MA dari Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian RI yang telah memberikan bahan-bahan terkait kerjasama pemerintah dan swasta sehingga telah memperkaya analisa penelitian disertasi ini. Tidak lupa juga peneliti berterima kasih pada Bapak Anhar Rivai, SH seorang praktisi infrastruktur jalan tol yang sekarang menjadi konsultan hukum telah memberikan masukan yang sangat berarti pada saat penelitian disertasi ini hampir selesai. Semoga bantuan yang telah diamalkan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Terima kasih yang sangat mendalam peneliti sampaikan pada Direksi PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk., Direksi PT Citra Waspphutowa dan Direksi PT Citra Marga Surabaya, yang telah banyak memberikan dukungan dan bantuan serta kesempatan bagi peneliti dalam menyelesaikan program doktor ini. Izinkan pula peneliti menyampaikan terima kasih yang mendalam pada Drs. Winten Peradika, MM yang semasa menjabat sebagai Direktur Umum dan SDM PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk, telah banyak membantu penerbitan buku-buku mengenai jalan tol yang peneliti tulis serta juga rekomendasinya untuk peneliti

mengambil program doktor di FHUI untuk lebih mendalami infrastruktur jalan tol. Terima kasih juga peneliti sampaikan kepada Kepala Biro Hukum PT Jasa Marga (Persero) Tbk dan Kepala Biro Hukum Kementerian Pekerjaan Umum RI. Semoga bantuan yang telah diamalkan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Untuk teman-teman seangkatan di program S3-FHUI (2007) Anne Safrina Kurniasari, SH.,MA., Ima Mayasari, SH.,MH., Elen Setiadi, SH.,M.Ec., Laode Rudita, SH.,MH., Safrizal Arifin, SH.,MH., Arief Wibisono, SH.,LL.M., Laurel Heydir, SH.,M.Sc., dan FC. Susila Adiyanta, SH.,MH., kebersamaan kita dalam menimba ilmu sangat menyenangkan. Namun sebagai suatu pilihan rasional yang telah diambil, kita harus berupaya menyelesaikannya walaupun memang tidak mudah. Semoga Allah SWT memberikan kita kemudahan. Amin.

Tidak lupa peneliti sampaikan terima kasih yang mendalam untuk pamanda Dr.Drs. H. Lukman Nul Hakim, MM juga pada pamanda H. Irsan Syam, pamanda H. Azhari Nurdin dan keluarga besar ibunda dan almarhum ayahanda yang tidak dapat disebut satu persatu. Tidak lupa juga peneliti haturkan terima kasih pada sahabat peneliti bang Uke Umar Rahmat, SH., Sp.N., M.Kn yang sejak kuliah di program Notariat FHUI banyak berbagi pengalaman-pengalaman berharga, juga Adi Sujatmiko, SH. Semoga perhatian yang telah diberikan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

Akhirnya, peneliti mengucapkan terima kasih banyak kepada Ibu Prof. Dr. Rosa Agustina, SH., MH., selaku Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan jajarannya termasuk sahabat-sahabat di Sekretariat Pascasarjana dan perpustakaan FHUI, Bapak Pagiyono, Bapak Watijan, Mas Huda, Mas Tono, Mas Hari serta Mas Ivan. Semoga bantuan yang telah diamalkan akan menjadi kebaikan-kebaikan yang terus mengalir baik di dunia maupun akhirat. Amin.

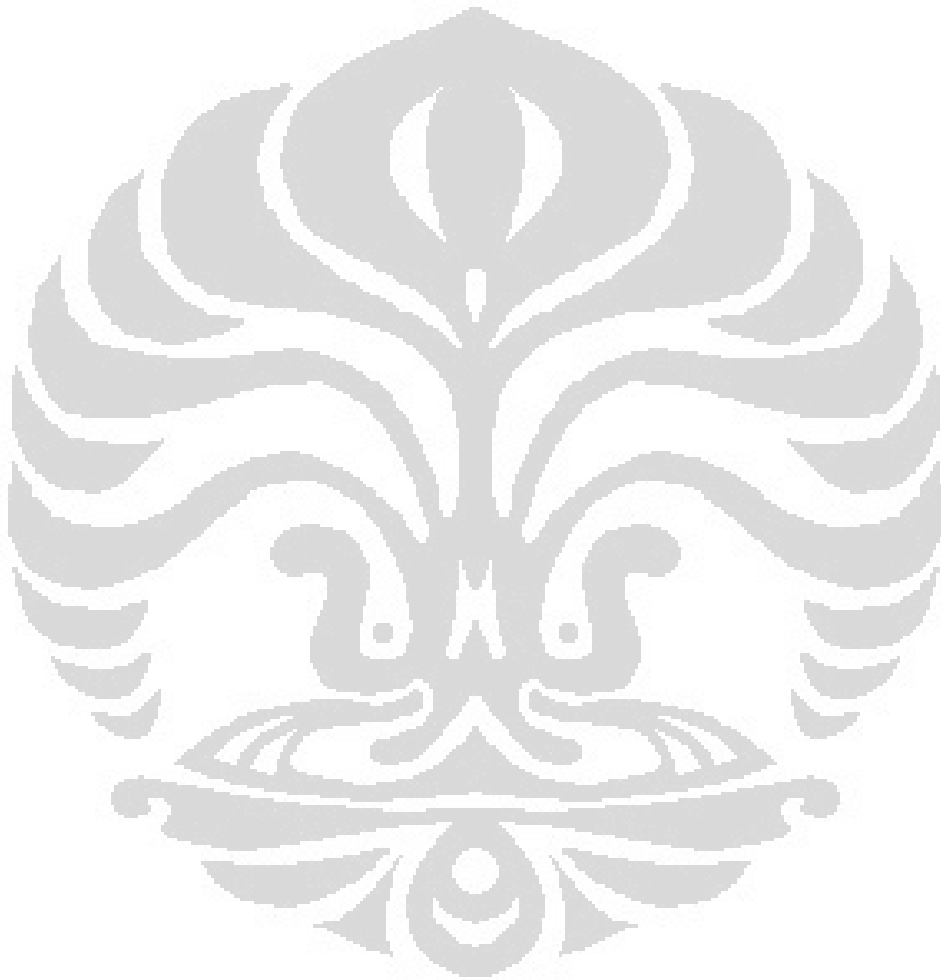
Semoga Allah SWT yang maha cepat ridhonya memberikan Rahmat dan Hidayah bagi kita semua. Amin.

Tidak ada gading yang retak, namun apa yang telah peneliti gali berbekal ilmu yang peneliti timba di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, walaupun

hanya setetes air di samudra luas dari ilmu Allah SWT Yang Maha Mengetahui,
izinkan hasil penelitian disertasi ini menjadi ladang amal ibadah bagi peneliti.

Jakarta, 9 Juli 2011

Iwan Erar Joesoef



PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Iwan Erar Joesoef
NPM : 0706221275
Program Studi : Pascasarjana
Departemen : Hukum Ekonomi
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Disertasi

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

“Model Kerjasama Pemerintah Dan Swasta: Studi Penerapan Kontrak *Build Operate Transfer* Dalam Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Di Indonesia”.

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmediakan/formatkan, mengelola dalam bentuk pengkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta
Pada tanggal : 9 Juli 2011-07-16

Yang menyatakan



(Iwan Erar Joesoef)

ABSTRAK

Nama : Iwan Erar Joesoef
Program Studi : Pascasarjana
Judul Disertasi : Model Kerjasama Pemerintah Dan Swasta: Studi Penerapan Kontrak *Build Operate Transfer* Dalam Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Di Indonesia.

Disertasi ini mengkaji bagaimana Pemerintah menerapkan konsep model kontrak *build operate and transfer* (BOT) dalam kerjasama Pemerintah dan Swasta (KPS) yang dituangkan dalam perjanjian pengusahaan jalan tol (PPJT) dibidang infrastruktur jalan tol di Indonesia setelah dikeluarkannya Undang-undang Nomor 38 Tahun 2004 Tentang Jalan (UU No. 38/ 2004) yang menggantikan Undang-undang Nomor 13 Tahun 1980 Tentang Jalan (UU No. 13/ 1980). Data yang diperoleh menunjukkan bahwa total ruas jalan yang terbangun berdasarkan UU No. 38/2004 (2004-2010) sepanjang 131,35 Km yang jauh lebih kecil dibandingkan total ruas jalan yang terbangun berdasarkan UU No. 13/1980 (1978-2004) yaitu sepanjang 610,62 Km. Partisipasi investor swasta juga sangat kecil yaitu hanya 25 % (dua puluh lima persen) sedangkan sisanya 75 % (tujuh puluh lima persen) adalah Jasa Marga sebagai badan usaha milik negara (BUMN). Pemerintah telah melakukan regulasi-regulasi yang mendukung, namun kendala-kendala masih ditemukan seperti: kenaikan harga tanah, status tanah yang dimiliki Pemerintah namun dibiayai investor swasta, pengadaan tanah, kelembagaan dan prosedur badan layanan umum untuk pendanaan tanah, kemampuan investor swasta dalam pendanaan pengadaan tanah, dan adanya ruas jalan tol yang layak secara ekonomi namun belum layak secara finansial. Permasalahan yang mendasar adalah bahwa Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 menyatakan bahwa infrastruktur sebagai salah satu cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh Negara. Hal ini terlihat dari pola investasinya dimana tanah dibiayai oleh investor swasta, namun dimiliki secara hukum oleh Pemerintah. Secara teoritis pola tersebut mengarahkan infrastruktur jalan tol sebagai *public goods*, padahal konsep model kontrak BOT secara teoritis merupakan *private goods*. Disertasi ini mencoba memberikan solusi dengan membuat struktur hukum dimana infrastruktur jalan tol model kontrak BOT tetap sebagai *private goods* namun tidak melepaskan statusnya sebagai *public goods*, yaitu dengan memberikan hak penggunaan tanah kepada investor dalam bentuk hak pakai (HP) di atas hak pengelolaan (HPL) dari Kementerian Pekerjaan Umum RI. Dengan diberikannya HP di atas HPL selama masa konsesi kepada investor swasta maka infrastruktur jalan tol berstatus sebagai *private goods* dan dapat dialihkan, disewa atau dijadikan jaminan utang dengan hak tanggungan, namun berdimensi publik, karena Pemerintah (Negara) masih menguasai infrastruktur jalan tol tersebut melalui HPL.

Kata kunci:

Kerjasama Pemerintah dan swasta, infrastruktur, jalan tol, konsesi, bangun-serah-guna, hak pakai, hak pengelolaan.

ABSTRACT

Nama : Iwan Erar Joesoef
Program Studi : Pascasarjana
Judul Disertasi : Model Kerjasama Pemerintah Dan Swasta: Studi Penerapan Kontrak *Build Operate Transfer* Dalam Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Di Indonesia.

This dissertation examines how the government of Indonesia implements the concept of *build operate and transfer* (BOT) contract model upon partnership between government and private sector or public private partnership (PPP) of which entered into the toll road concession agreement after the government promulgated Law No. 38 year 2004 concerning the Road (Law No. 38/ 2004) as new law which replaced the previous law. Data collected shows that total as built section roads refer to new law only 131,35 Km long compared with previous law which built as 610,62 Km long. Private sector was very small in participation as well with approximately 25 % (twenty five persen) only from which the remain with approximately 75 % (seventy five persen) operated by Jasa Marga as government enterprise. Government had issued the regulations to support its development, but obstacles still exist such as: increasing of land price, land status which owned by government legally but financed by private investor, land acquisition, and there are many toll road sections are economic worthyness but not financial worthyness. However, the basic problem of wich, the article 33 (2) of Indonesian Constitution (UUD 1945) stipulated that infrastructure as one of part of product (goods and services) that is very important for State and dominate the social lives are under authority of State. These could been seen from the pattern of investments where the land acquisition financed by private investor but then owned by the government legally. Theoretically, such patterns bring the toll road infrastructure as public goods whilst the concept of BOT contract model theoretically as private goods. This dissertation make an attempt to give a solution by making the legal structure where the toll road infrastructure contract model remain as private goods but do not realese the status as public goods, of which by giving to private investor the right of land use (Hak Pakai) upon the management right of land (Hak Pengelolaan) of Kementerian Pekerjaan Umum RI. By giving such the right of land during the concession period to private investor then the toll road infrastructure status could be as private goods, of which could be transferred, rent or could be put as collateral in debt financing (Hak Tanggungan), but with the public dimension, where the Government (State) still have the right of authority through Hak Pengelolaan.

Kata kunci:

Public private partnership, infrastructure, toll road, concession, build-operate-transfer, land use, management right of land.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	v
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	
UCAPAN TERIMA KASIH	
ABSTRAK	vi
ABSTRACT	vii
DAFTAR ISI	viii
DAFTAR SINGKATAN	xii
DAFTAR TABEL	xv
DAFTAR GAMBAR	xvii
1. PENDAHULUAN	1
1.1 Latar Belakang Masalah Penelitian	1
1.2 Perumusan Masalah Penelitian	28
1.3 Keaslian Penelitian	28
1.4 Tujuan Penelitian	30
1.5 Manfaat Penelitian	31
1.6 Lingkup dan Kerangka Teori Penelitian	32
1.7 Landasan Konseptual Penelitian	56
1.8 Metode Penelitian	58
1.9 Ruang Lingkup dan Sistematika Penelitian	63
2. KPS MODEL KONTRAK BOT DALAM PEMBANGUNAN INFRASTRUKTUR JALAN TOL	65
2.1 Infrastruktur Sebagai <i>Public Goods</i>	65
2.1.1 <i>Public Goods</i> dan Peran Negara	65
2.1.2 <i>Public Goods</i> sebagai <i>Public Property</i> dan <i>Public Utility</i>	68
2.1.3 <i>Public Goods</i> dalam konteks <i>Public Enterprise</i> , <i>Natural Monopoly</i> , Regulasi, Deregulasi, dan <i>Subsidi</i>	71
2.1.4 <i>Public Goods</i> dan <i>Private Goods</i>	74
2.2 Swastanisasi	75
2.2.1 Partisipasi swasta dan gelombang swastanisasi dunia	75
2.2.2 Tekanan swastanisasi dan dampak swastanisasi	83
2.2.3 Kewajiban layanan publik dan kewajiban layanan universal	87
2.2.4 Swastanisasi dan negara sejahtera	89
2.2.5 Strategi-strategi swastanisasi	94
2.3 Swastanisasi: Manfaat dan Kegagalan	93
2.4 Perubahan Paradigma Barang dan Jasa (<i>Public-Private Goods</i>)	101
2.5 Perkembangan KPS	102
2.5.1 Pembiayaan proyek	106
2.5.2 Kelahiran dan perkembangan KPS	112

2.5.3	Para pihak dalam KPS	118
2.5.4	Badan usaha kerjasama dalam KPS	121
2.5.5	Kerangka kerja hukum, regulasi dan kelembagaan KPS	123
2.5.6	Kerangka kerja kontrak KPS	129
2.5.6.1	Klasifikasi Kontrak KPS	129
2.5.6.2	Model-Model Kontrak KPS: Konsesi, PPA, Model Alternatif	131
2.5.7	Proses kegiatan KPS	135
2.5.8	Perbedaan KPS, swastanisasi dan konsesi	137
2.6	KPS model kontrak BOT	143
2.6.1	Kelahiran dan perkembangan KPS model kontrak BOT	143
2.6.2	Para pihak dalam KPS model kontrak BOT	144
2.6.3	Kerangka kerja KPS model kontrak BOT	145
2.7	KPS model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol swasta di beberapa negara	149
2.7.1	Aspek regulasi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara	149
2.7.2	Aspek hukum KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa Negara	165
2.7.3	Aspek kontrak dan penyelesaian perselisihan KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara	169
2.7.4	Aspek konsesi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara	173
2.7.5	Aspek penggunaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara	176
2.7.6	Aspek pengadaan dan pendanaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara	178
2.8	Pengalaman kegagalan KPS model kontrak BOT infrastruktur jalan tol swasta di negara Mexico	180
2.9	Pengalaman keberhasilan KPS model kontrak BOT infrastruktur jalan tol swasta di negara Amerika Serikat	181
3.	PENERAPAN KPS MODEL KONTRAK BOT PEMBANGUNAN INFRASTRUKTUR JALAN TOL SWASTA DI INDONESIA	186
3.1	Kesiapan Hukum Tanah Nasional Dalam Mendukung Pembangunan Infrastruktur Jalan Tol Di Indonesia	186
3.1.1	Hak Kebendaan Atas Tanah Di Indonesia	186
3.1.2	Hak Menguasai Negara (HMN) Atas Tanah di Indonesia	188
3.1.3	Hak Pengelolaan (HPL) Atas Tanah Di Indonesia	189
3.1.4	Hak Pengelolaan (HPL) Dalam Konteks Barang Milik Negara Di Indonesia	193
3.1.5	Hak Pakai (HP) di atas HPL dan Hak Tanggungan	197
3.2	Aspek-aspek Terkait KPS Model Kontrak BOT Jalan Tol Swasta di Indonesia	198
3.2.1	Aspek regulasi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di	

Indonesia	198
3.2.2 Aspek hukum KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia	207
3.2.3 Aspek kontrak dan penyelesaian perselisihan KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia	226
3.2.4 Aspek konsesi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia	236
3.2.5 Aspek penggunaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia	246
3.2.6 Aspek pengadaan dan pendanaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia	254
4. KENDALA-KENDALA DAN ALTERNATIF PENYELESAIAN PENERAPAN KPS MODEL KONTRAK BOT PEMBANGUNAN INFRASTRUKTUR JALAN TOL OLEH INVESTOR SWASTA DI INDONESIA	276
4.1 Kendala-kendala Penerapan KPS Model Kontrak BOT Pembangunan Infrastruktur Jalan Tol Oleh Investor Swasta Di Indonesia	276
4.1.1 Kendala kelayakan investasi jalan tol	276
4.1.1.1 Biaya tanah sebagai modal (investasi) badan usaha jalan tol	278
4.1.1.2 Transparansi informasi nilai tanah dalam pengadaan investasi jalan tol	284
4.1.1.3 Kenaikan harga tanah dalam penetapan ganti rugi hak atas tanah untuk pembangunan jalan tol	287
4.1.1.4 Keterlambatan pengadaan tanah oleh otoritas pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol	290
4.1.1.5 Penyelesaian perselisihan sengketa pengadaan tanah untuk kepentingan umum	290
4.1.1.6 Tidak transparannya informasi jumlah lalu lintas (<i>traffic</i>)	298
4.1.1.7 Tidak siapnya investor swasta melaksanakan proyek jalan tol	301
4.1.2 Kendala status infrastruktur jalan tol sebagai <i>public goods</i>	305
4.1.2.1 Pasal 33 ayat 2 dan (3) UUD 1945 dan infrastruktur jalan tol sebagai aset Negara.....	305
4.1.2.2 Penggunaan tanah dalam konteks konsesi, perjanjian dan kepemilikan tanah	309
4.1.2.3 Penggunaan tanah Pemerintah (aset Pemerintah) oleh swasta	312
4.1.2.4 Pendapatan tol di atas aset Pemerintah tidak dapat dijadikan jaminan hutang pembiayaan	315
4.1.2.5 Pembiayaan tanah oleh investor swasta	316
4.1.2.6 Pengadaan tanah untuk kepentingan umum	318
4.1.2.7 Status hukum infrastruktur jalan tol sebelum dan	

setelah berakhirnya masa konsesi berdasarkan PPJT (UU No. 38/2004)	320
4.1.3 Kendala dana BLU pendanaan tanah	322
4.2 Alternatif Penyelesaian Kendala-kendala Penerapan KPS Model Kontrak BOT Pembangunan Infrastruktur Jalan Tol Oleh Investor Swasta di Indonesia	325
4.2.1 Membuat standar kontrak BOT yang memberikan keseimbangan ekonomis (<i>economic equilibrium</i>) dan memperbaiki regulasi KPS	325
4.2.2 Memberikan landasan hukum kepemilikan hak atas tanah (HP di atas HPL) dalam penggunaan tanah kepada investor sebagai <i>private property</i> selama masa konsesi dan/atau selama masa pelunasan hutang pembiayaan dan persyaratan hukum yang diperlukan	335
4.2.3 Memperbaiki mekanisme dan persyaratan pemberian dana talangan BLU.....	349
5. KESIMPULAN DAN SARAN	351
A. Kesimpulan	351
B. Saran	356
LAMPIRAN TABEL	361
LAMPIRAN GAMBAR	379
LAMPIRAN REFERENSI	412

DAFTAR SINGKATAN

ADB	: Asian Development Bank
AMDAL	: Analisa Mengenai Dampak Lingkungan
APEC	: <i>Asia Pacific Economic Countries</i>
Apindo	: Asosiasi Pengusaha Indonesia
APBN	: Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara
ATI	: Asosiasi Jalan Tol Indonesia
Bappenas	: Badan Perencanaan Pembangunan Nasional
BIP	: Badan Investasi Pemerintah
BOT	: <i>Build-Operate-Transfer</i>
BOO	: <i>Build-Own-Operate</i>
BOOT	: <i>Build-Own-Operate-Transfer</i>
BLU	: Badan Layanan Umum
BLT	: <i>Build- Lease- Transfer</i>
BRT	: <i>Build- Rent- Transfer</i>
BPJT	: Badan Pengatur Jalan Tol
BTO	: <i>Build-Transfer-Operate</i>
BT	: <i>Build-Transfer</i>
BUMN	: Badan Usaha Milik Negara
BKPM	: Badan Koordinasi Penanaman Modal
CMS	: PT Citra Margatama Surabaya
CMNP	: PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk
Damija	: Daerah Milik Jalan (<i>right of way</i>)
Dep PU	: Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia
Dep Keu	: Departemen Keuangan Republik Indonesia
DBFO	: <i>Design-Build-Finance-Operate</i>
DBL	: <i>Design-Build-Lease</i>
DBO	: <i>Design-Build-Operate</i>
DCMF	: <i>Design-Contract-Maintenance-Finance</i>
DER	: <i>Debt to Equity Ratio</i>
DOT	: <i>Develop-Operate-Transfer</i>
EPC	: <i>Engineering, Procurement, and Construction</i>
FS	: <i>Feasibility Study</i>
FIRR	: <i>Financial Internal Rate of Return</i>
GCA	: <i>Government Contracting Agency</i>
Ha	: Hektar Are
Hal	: Halaman
HGB	: Hak Guna Bangunan atas tanah
HGU	: Hak Guna Usaha atas tanah
HM	: Hak Milik atas tanah
HMN	: Hak Menguasai Negara atas tanah
IBRD	: <i>International Bank for Reconstruction and Development</i>
IFC	: <i>Indonesian Finance Corporation</i>
IIF	: <i>Indonesian Infrastructure Fund</i>

IIS I 2005	: <i>Indonesia Infrastructure Summit I Tahun 2005</i>
IMF	: <i>International Monetary Fund</i>
Inpres No. 5/2008	: Instruksi Presiden Nomor 5 Tahun 2008 tentang Fokus Program Ekonomi Tahun 2008-2009
IRR	: <i>Internal Rate of Return</i>
ISTEA	: <i>Intermodal Surface Transportation Act</i>
JBIC	: <i>Japan Bank for International Cooperation</i>
JV	: <i>Joint Venture</i>
Keppres No.25/1987:	Keputusan Presiden Nomor 25 Tahun 1987 Tentang Pelaksanaan Sebagian Tugas Penyelenggaraan Jalan Tol oleh Perusahaan Patungan
Keppres No. 7/1998	: Keputusan Presiden Nomor 7 Tahun 1998 Tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta dalam Pembangunan dan/atau Pengelolaan Infrastruktur.
KFW	: <i>Kreditanstalt fur Wiederaufbau</i>
KKPPI	: Komite Kebijakan Percepatan Pembangunan Infrastruktur
Km	: Kilometer
KUHPerd	: Kitab Undang-undang Hukum Perdata Indonesia
KPS	: Kerjasama Pemerintah Swasta
LSM	: Lembaga Swadaya Masyarakat
LHR	: Lalu-lintas Harian
MRG	: <i>Minimum Revenue Guarantee</i>
NHS	: <i>The National Highway System Designation Act</i>
PBB	: Perserikatan Bangsa-Bangsa
P3CU	: <i>Public Private Partnership Central Unit</i>
PK	: Perjanjian Kerjasama
PP No. 8/1990	: Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1990 Tentang Jalan Tol
PP No. 15/2005	: Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 2005 Tentang Jalan Tol
Perpres No. 36/2005	: Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.
Perpres No. 42/2005	: Peraturan Presiden Nomor 42 Tahun 2005 Tentang Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur
Perpres No. 67/2005	: Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah Dan badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur.
Perpres No. 65/2006	: Perubahan Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.
PF	: <i>Project Finance</i>
PFI	: <i>Private Finance Initiative</i>
PICKO	: <i>The Private Infrastructure Investment Center of Korea</i>
PKPU	: Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Sementara
PPA	: <i>Power Purchase Agreement</i>

PPP	: <i>Public Private Partnership</i>
PPJT	: Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol
Prolegnas	: Program Legislasi Nasional
PSO	: <i>Public Service Obligation</i>
P2T	: Panitia Pengadaan Tanah
ROT	: <i>Rehabilitate Operate Transfer</i>
ROO	: <i>Rehabilitate Operate Own</i>
ROW	: <i>Right Of Way</i>
SDF	: <i>Saudi Development Fund</i>
SE Men Keu 22 Januari 1997	: Surat Edaran Menteri Keuangan No. Jl.03.01.Mn/11 tanggal 22 Januari 1997.
SPV	: <i>Special Purpose Vehicle</i>
TIFA	: <i>The Transportation Infrastructure Finance and Innovation Act</i>
TPT	: Tim Pengadaan Tanah
USAID	: <i>United State Aid for International Development</i>
USO	: <i>Universal Service Obligation</i>
UU No. 25/ 2004	: Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2004 Tentang Sistem Rencana Pembangunan Nasional
UU No. 13/1980	: Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1980 Tentang Jalan
UU No. 38/2004	: Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2004 Tentang Jalan

DAFTAR TABEL

Tabel Nomor 1.1.

Daftar Investor Yang Sudah Tandatangani Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) sejak diselenggarakannya *Infrastructure Summit 2005* (Januari 2005).

Tabel Nomor 1.2

Daftar Jalan Tol Dalam Tahap Konstruksi sejak diselenggarakannya *Infrastructure Summit 2005* (Januari 2005).

Tabel Nomor 1.3

Daftar Rekapitulasi Realisasi Luas Tanah Yang Dibebaskan sejak diselenggarakannya *Infrastructure Summit 2005* (Januari 2005).

Tabel Nomor 2.1

Daftar Tingkat Partisipasi Swasta Dalam KPS dalam 4 indikator pembangunan Jalan Tol di beberapa negara (panjang Jalan Tol, pendapatan domestik bruto per kapita, jumlah kepemilikan kendaraan dan tingkat partisipasi Swasta).

Tabel Nomor 2.2

Daftar Persentase Partisipasi Swasta per Sektor Infrastruktur

Tabel Nomor 2.3

Tekanan-Tekanan disamping Privatisasi

Tabel Nomor 2.4

Komponen signifikan perencanaan proyek BOT

Tabel Nomor 2.5

Identifikasi dan alokasi risiko-risiko

Tabel Nomor 2.6

Ringkasan dokumentasi bentuk kerangka kerja hukum proyek BOT

Tabel Nomor 2.7

Instrumen-instrumen yang melekat yang membentuk norma-norma Regulasi .

Tabel Nomor 2.8

Ketentuan-ketentuan pengoperasian usaha dan dampak potensi terhadap Konsesi.

Tabel Nomor 2.9

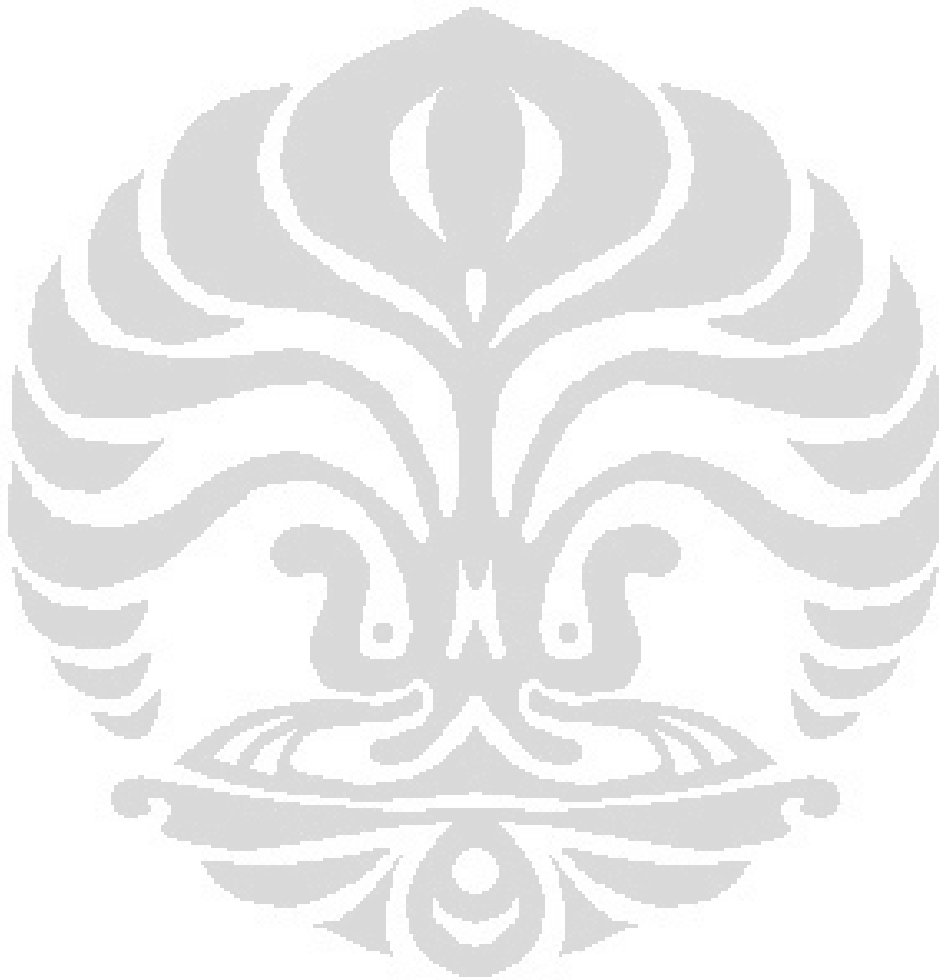
Elemen-elemen penting kontrak konsesi jalan tol

Tabel Nomor 2.10

Ukuran-ukuran dukungan Pemerintah untuk pembangunan jalan tol (untung-ruginya)

Tabel Nomor 3.1.

Anak Perusahaan dan Perusahaan Asosiasi Jasa Marga



DAFTAR GAMBAR

Gambar Nomor 1. 1.

Daftar Investor Swasta Yang Berhasil Membangun Jalan Tol Berdasarkan Undang-Undang No. 13 Tahun 1980 Tentang Jalan (Sampai dengan tahun 2004)

Gambar Nomor 1. 2

Progres pembangunan jalan tol setelah biaya tanah dibebankan pada Investor berdasarkan Surat Edaran Menteri Keuangan No. Jl.03.01.Mn/11 tanggal 22 Januari 1997.
(Tahun 1997 - 2004)

Gambar Nomor 2.1

Klasifikasi Infrastruktur berdasarkan tipe.

Gambar Nomor 2.2

Tipe-tipe partisipasi Swasta dalam Infrastruktur

Gambar Nomor 2.3

Wilayah-wilayah dan tanggungjawab berdasarkan tipe-tipe partisipasi Swasta yang berbeda.

Gambar Nomor 2.4

Gambar tingkat partisipasi Swasta dalam konsep KPS.

Gambar Nomor 2.5 (a)

Roda Privatisasi dan Nasionalisasi.

Gambar Nomor 2.5 (b)

Dimensi-dimensi barang dan jasa.

Gambar Nomor 2.6

Perbandingan Private Goods dan Collective Goods.

Gambar Nomor 2.7

Typical Private Sector Consortium.

Gambar Nomor 2.8

Pembiayaan Proyek untuk Konsesi Jalan (*Concession*).

Gambar Nomor 2.9

Pembiayaan Proyek untuk Penjualan Energi (*Power Purchase Agreement*).

Gambar Nomor 2.10

Pembiayaan Proyek untuk pembangunan sekolah dengan inisiatif pembiayaan swasta (*Private Finance Initiative*).

Gambar Nomor 2.11

Spektrum Publik dan Swasta Infrastruktur.

Gambar Nomor 2.12

Rentang skala model usaha publik – swasta.

Gambar Nomor 2.13

Penjelasan *non-recourse* dalam *layout* skema hubungan para pihak dalam BOT .

Gambar Nomor 2.14

Perencanaan kontrak tipe BOT

Gambar Nomor 2.15

Struktur Badan Pengatur dengan bentuk komisi.

Gambar Nomor 2.16

Struktur kontrak BOT untuk Jalan Tol

Gambar Nomor 3.1

Kriteria KPS dalam PPP Book (Planning Document of Public-Private Partnerships in Infrastructure Provision).

Gambar Nomor 3.2

Proses investasi KPS berdasarkan regulasi KPS Perpres No. 67/ 2005.

Gambar Nomor 3.3

Prosedur pengadaan investasi infrastruktur jalan tol oleh BPJT

Gambar Nomor 3.4

Pihak-Pihak Utama Dalam Kerangka KPS di Indonesia

Gambar Nomor 3.5

Skema Badan Usaha Kerjasama Jalan Tol

Gambar Nomor 3.6

Asas Perlekatan (*accessie*) dan asas Pemisahan Horizontal (*horizontal scheidings*)

Gambar Nomor 3.7

HP diatas HPL dalam Konsesi Jalan Tol

Gambar Nomor 4.1

Skema Pengusahaan Jalan Tol

(Pasal 43 ayat 2 UU No. 38/2004 dan Pasal 19-23 PP No. 15/ 2005)

Gambar Nomor 4.2

Proses kegiatan KPS

Gambar Nomor 4.3

4 Instrumen Hukum Dalam PPJT Jalan Tol (antara investor dan Pemerintah)

Gambar Nomor 4.4

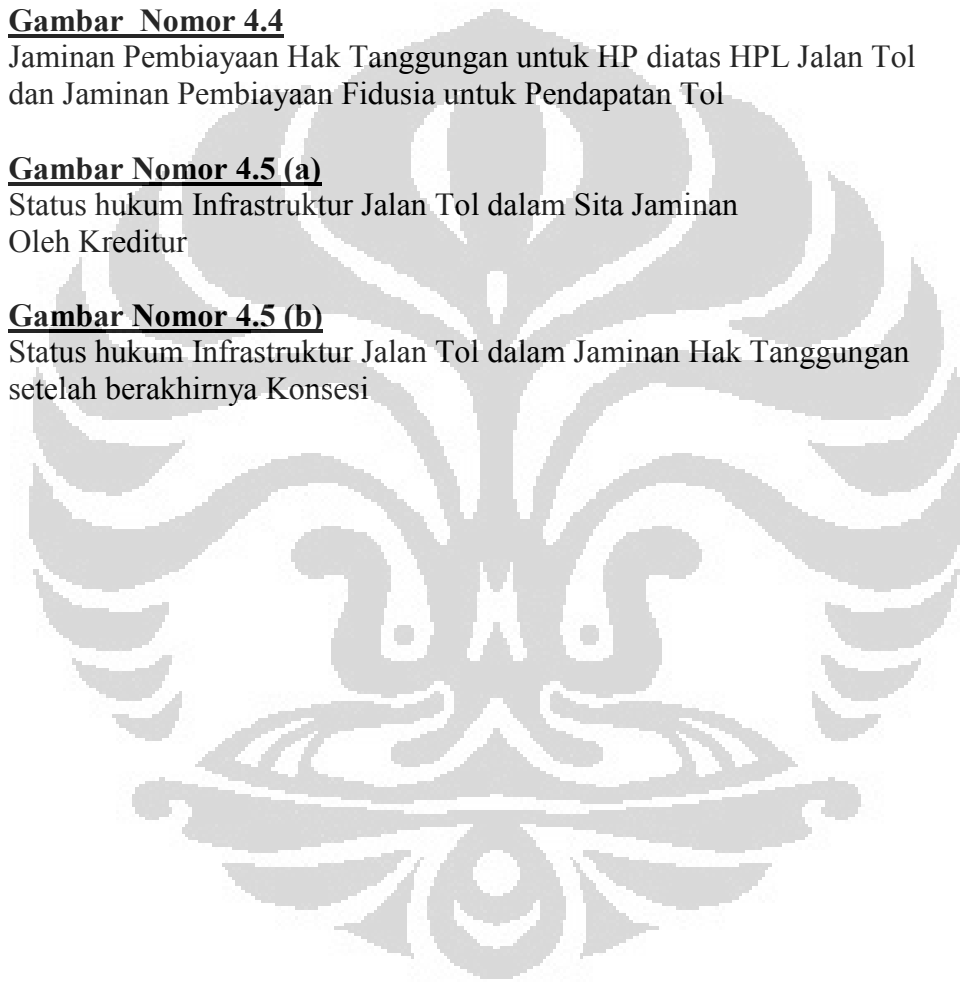
Jaminan Pembiayaan Hak Tanggungan untuk HP diatas HPL Jalan Tol dan Jaminan Pembiayaan Fidusia untuk Pendapatan Tol

Gambar Nomor 4.5 (a)

Status hukum Infrastruktur Jalan Tol dalam Sita Jaminan Oleh Kreditur

Gambar Nomor 4.5 (b)

Status hukum Infrastruktur Jalan Tol dalam Jaminan Hak Tanggungan setelah berakhirnya Konsesi



BAB 1 PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Penelitian.

Di Indonesia, konsep kerjasama Pemerintah dan swasta (KPS), dalam pembangunan infrastruktur, dipilih sebagai alternatif oleh Pemerintah sejak pembangunan infrastruktur mulai agak tersendat karena datangnya krisis moneter. Kondisi moneter dalam negeri yang saat itu tidak stabil mengakibatkan terjadi larinya modal ke luar negeri (*capital flight*). Pada saat kondisi Indonesia semakin terpuruk karena krisis, Presiden Soeharto mengeluarkan Keputusan Presiden Nomor 7 Tahun 1998 Tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta dalam Pembangunan dan/atau Pengelolaan Infrastruktur (Keppres No.7/1998). Namun, upaya ini tidak membuahkan hasil.¹

Pada tahun 1998 perekonomian Indonesia terperosok ke titik terdalam. Pengalaman dunia internasional menunjukkan bahwa ketika suatu negara terkena krisis ekonomi maka alokasi untuk infrastruktur merupakan hal pertama yang dikorbankan. Kebijakan Pemerintah yang dibidani oleh *International Monetary Fund* (IMF) menjadikan pengembangan infrastruktur seakan jalan di tempat (*stagnan*). Perhatian utama terfokus pada pembenahan kebijakan moneter melalui restrukturisasi perbankan.²

¹ http://www.fiscal.depkeu.go.id/webbkf/kajian/artikel_PPP_prap.pdf. 12/06/2008 11:47. Praptono Djunaedi, "Implementasi *Public-Private Partnership* dan Dampaknya ke APBN". Dalam tulisannya, Praptono Djunaedi mencoba memberikan pengertian dari KPS atau yang merupakan terjemahan dari *Public Private Partnership* (PPP) dengan mengutip pendapat William J. Parente dari USAID *Environmental Services Program*, yang mendefinisikan PPP tersebut sebagai: "*an agreement or contract, between a public entity and a private party, under which: (a) private party undertakes government function for specified period of time, (b) the private party receives compensation for performing the function, directly or indirectly, (c) the private party is liable for the risks arising from performing the function and, (d) the public facilities, land or other resources may be transferred or made available to the private party*". Keppres No.7/1998 ini telah beberapa kali direvisi, pertama dengan Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah Dan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur, tanggal 9 November 2005 (Perpres No. 67/2005), dan terakhir dengan Peraturan Presiden Nomor 13 Tahun 2010 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta Dalam Penyediaan Infrastruktur, tanggal 28 Januari 2010 (Perpres No. 13/2010).

² Suyono Dikun, ed., *Infrastruktur Indonesia – Sebelum, Selama, dan Pasca Krisis* (Jakarta: Kementerian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, 2003), 7-10. Pada awal terjadinya krisis, Pemerintah mengambil kebijakan stabilisasi dan reformasi ekonomi yang dituangkan dalam *Memorandum of Economic*

Pada tahun 2005, Pemerintah, mulai serius untuk menerapkan konsep KPS. Diawali dengan diselenggarakannya *Indonesia Infrastructure Summit I* pada pertengahan Januari 2005 (IIS I 2005). Saat itu, ada 91 proyek yang ditawarkan Pemerintah kepada investor untuk menjadi proyek KPS.³ Namun, dalam penerapan konsep KPS tersebut, banyak kendala-kendala dalam pelaksanaannya. Sebagai salah satu contoh adalah kendala dalam pengadaan tanah.⁴

Untuk mengawal proyek-proyek tersebut supaya layak dikerjasamakan membutuhkan kerja yang sangat keras Pemerintah. Banyak hal yang harus diperbaiki atau dibentuk. Untuk lebih memfasilitasi partisipasi swasta dalam infrastruktur sesuai dengan Instruksi Presiden Nomor 5 Tahun 2008 Tentang Fokus Program Ekonomi Tahun 2008-2009 (Inpres No. 5/2008), Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (Bappenas) mengumumkan daftar proyek-proyek yang akan dibangun dengan skema KPS. Usaha ini adalah bagian dari komitmen Pemerintah untuk transparansi dan partisipasi aktif terhadap para

*and Financial Policies (MEFP) bersama International Monetary Fund (IMF), 5. Krisis ekonomi kemudian menempatkan infrastruktur pada posisi dilematis. Di satu sisi, infrastruktur dituntut untuk mampu menunjang dinamika ekonomi yang efisien sehingga tidak terjadi *economic losses*, namun di sisi lain infrastruktur tersisih dari kebijakan alur utama (*the mainstream of macro sectors*) yaitu prioritas tertinggi diletakkan pada sektor moneter dan perbankan, sementara sektor riil dan sektor infrastruktur dianggap sebagai derivasi kedua dan ketiga dari ekonomi makro. Infrastruktur merupakan roda penggerak pertumbuhan ekonomi. Beberapa studi menunjukkan bahwa ketersediaan infrastruktur dengan pertumbuhan produk domestik bruto (PDB) ternyata mempunyai hubungan yang erat. Elastisitas PDB terhadap infrastruktur – perubahan persentase pertumbuhan PDB per kapita sebagai akibat dari naiknya satu persen ketersediaan infrastruktur – diberbagai negara bervariasi antara 0.07 sampai 0.44 mengutip *World Bank*, 1994.*

³ Iwan Erar Joesoef, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Swasta (Investor) Dalam Proyek Infrastruktur* (Jakarta: BP-FHUI, 2006), 84. Pada *Indonesia Infrastructure Summit II (Indonesia Infrastructure Conference & Exhibition 2006)* di Jakarta, 1-3 November 2006, Pemerintah menawarkan 10 model proyek senilai US\$ 4,4 miliar dan mempersiapkan 101 proyek potensial lain senilai US\$ 14,7 miliar, lihat Berita Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia, Rabu, 1 November 2006 di website <http://www.pu.go.id>.

⁴ Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia. "Memori Akhir Tugas Menteri Pekerjaan Umum – Kabinet Indonesia Bersatu 2004-2009", (tanpa tahun), 146-149. Dalam buku laporan Menteri tersebut disebutkan bahwa dalam era reformasi membuat masyarakat semakin terbuka dalam berbagai segi kehidupan, maka dalam pengadaan tanah untuk kepentingan pembangunan infrastruktur tidak dapat lagi didekati semata-mata oleh pendekatan kekuasaan. Kendala pengadaan tanah terhambat oleh pelaksanaan di lapangan seperti kenaikan harga tanah yang melebihi perkiraan biaya tanah yang telah ditetapkan Pemerintah yang mempengaruhi kelayakan investasi dan juga dihambat oleh pendanaan untuk pengadaan tanah.

Universitas Indonesia

pemangku kepentingan (*stakeholders*) dalam rangka implementasi rencana pembangunan.⁵

Dalam sektor infrastruktur jalan tol,⁶ dengan telah diselesaikannya penyempurnaan peraturan perundang-undangan terkait pembangunan jalan tol pada kurun waktu 2004-2009, percepatan pembangunan jalan tol ke depan akan lebih memiliki landasan peraturan dan kelembagaan yang jelas dan kuat. Proses memenuhi target politik untuk membangun jalan tol sepanjang sekitar 1.600 Km yang tidak terpenuhi telah memberikan pelajaran yang sangat berharga bagi pembangunan jalan tol ke depan. Beberapa faktor yang menjadi kendala antara lain: ketersediaan tanah, kelembagaan dan prosedur Badan Layanan Umum (BLU), hambatan pelaksanaan di lapangan, kemampuan pendanaan badan usaha terutama dikaitkan dengan melambungnya harga pengadaan tanah, dan sebagian ruas jalan tol ternyata dijumpai layak secara ekonomi namun belum layak secara finansial.⁷

Secara makro, Bank Dunia dalam laporan "Prospek Ekonomi Global 2010" masih mengingatkan bahwa krisis ekonomi dunia belum berakhir dan

⁵ State Ministry of National Development Planning/ National Development Planning Agency – Bappenas. "PPP Book: Public – Private Partnerships, Infrastructure Projects in Indonesia, Republic of Indonesia". (Jakarta: Bappenas 2009). Berdasarkan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2004 Tentang Sistem Rencana Pembangunan Nasional (UU No. 25/ 2004), PPP Book tersebut adalah rencana pemerintah. Dia merupakan signal bagi pasar (*market*) mengenai dukungan finansial yang dibutuhkan dari sektor swasta untuk melaksanakan rencana pembangunan infrastruktur. PPP Book adalah sebagai dasar untuk meningkatkan KPS di Indonesia bagi pemerintahan yang baik dan percepatan hasil-hasil pembangunan. Pemerintah kemudian melakukan terobosan baru pada tahun 2011 dengan melakukan peluruncuran Program Masterplan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Indonesia (MP3EI) 2011-2025 di JHCC, Senayan Jakarta oleh Presiden Susilo Bambang Yudhoyono, pada Jum'at, 27 Mei 2011. MP3EI dirumuskan dengan semangat "*Business as Not Usual*" dan telah ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 2011 Tentang Masterplan Percepatan Dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia 2011-2025 (<http://www.ekon.go.id/news/2011/05/27/peluncuran-masterplan-percepatan-dan-perluasan-pembangunan-ekonomi-indonesia>, tanggal 11 Juni 2011).

⁶ Manfaat pembangunan jalan tol, adalah: (a) bagi Pemerintah: menghemat APBN, mengurangi biaya pemeliharaan, meningkatkan aksesibilitas, mendorong pengembangan wilayah, mendorong pertumbuhan ekonomi, efek multiplier, (b) bagi perbankan: menyerap pinjaman perbankan, pinjaman dapat dimanfaatkan untuk sektor produktif, (c) bagi badan usaha: pengembalian investasi, peluang usaha bagi badan usaha lain (kontraktor, supplier, industri, dll), (d) bagi pengguna masyarakat: waktu dan biaya transportasi lebih rendah, pelayanan lebih baik, lapangan kerja meningkat (Lihat: Manurung, Nurdin. "Pengaturan/ Pengelolaan Program Jalan Tol di Indonesia", disampaikan pada Learning & Sharing Session IAMPI ke XXVIII, 23 Juli 2009, Jakarta.

⁷ Departemen Pekerjaan Umum, "Memori Akhir Tugas Menteri", 155.

pemulihannya pun masih terlihat rentan. Negara-negara miskin akan merasakan pertumbuhan ekonomi yang jauh lebih rendah selama lebih dari lima tahun. Negara-negara sedang berkembang akan menghadapi lemahnya ekspansi ekonomi dan menderita akibat kesulitan mendapatkan dana. Oleh karena itu, negara-negara sedang berkembang sangat rentan dalam ketidakstabilan pada lima hingga tujuh tahun ke depan.⁸

Di negara-negara Asia-Pasific, dalam konteks KPS, pemerintahan menghadapi sejumlah hambatan yang merintangangi progres KPS dalam pembangunan infrastruktur. Ada 6 hambatan secara umum yang dihadapi negara-negara Asia-Pasific dalam KPS sebagaimana yang digambarkan Noeleen Heyzer, yaitu:⁹

- a. Kurangnya perhatian dan pemahaman diantara para pejabat Pemerintah mengenai KPS (*lack of awareness about PPPs among government officials*).
- b. Kurangnya usaha yang langsung terhadap kapasitas membangun baik disektor publik dan sektor swasta (*it is essential that more efforts are directed towards addressing capacity building in both the public and private sector*).
- c. Kurangnya kerangka kerja regulasi dan administratif untuk menjamin lingkungan kondusif KPS (*lack of administrative and regulatory frameworks to ensure an environment condicive to PPPs*).

⁸ Kompas, Sabtu tanggal 13 Februari 2010, "Ekonomi 2010 Versi Bank Dunia", halaman 10, kolom 1-3. Dalam kondisi yang disebut Bank Dunia, Pemerintah Indonesia menyelenggarakan *Asia Pasific Ministerial Conference on Public Private Partnership for Infrastructure* yang dibuka Presiden Susilo Bambang Yudhoyono di JI-EXPO Kemayoran Jakarta pada tanggal 15 April 2010 (lihat Koran Kontan, Jumat 16 April 2010, 2 kolom 4-7 "Sepuluh Investor Tertarik Proyek PPP") dimana Pemerintah menawarkan 100 proyek bernilai total US \$ 500 miliar yang masuk dalam *PPP Book 2010-2014* yang dikeluarkan oleh Bappenas.

⁹ Noeleen Heyzer, *under-Secretary-General of the United Nations and Executive Secretary of the Economic and Social Commission for Asia and the Pacific*, "Breaking down the barriers to PPPs in infrastructure development", (dalam pidato pembukaan *Asia Pacific Ministerial Conference (APMC) on Public Private Partnership (PPP) for Infrastructure Development 2010*), Jakarta, 14-17 April 2010. Kesimpulan yang coba Penulis sampaikan dari pandangan Noeleen Heyzer tersebut adalah: (1) kurangnya pemahaman para pejabat Pemerintahan atas manajemen risiko, perjanjian konsesi dan berbagi kewajiban, (2) atas kurangnya pemahaman tersebut diperlukan program pelatihan dari publik dan swasta, (3) diperlukan juga struktur pengaturan yang baik dan panduan operasioal yang rinci, (4) diperlukan juga model standar kontrak konsesi dan model dokumen yang memberi pemahaman yang sama bagi para pihak dalam merancang kontrak, (5) diperlukan kejelasan standarisasi elemen-elemen disemua proses, dan (6) perlu dialog antara Pemerintah dan swasta.

- d. Kontrak-kontrak KPS kebanyakan dirancang berdasarkan kerja tim atau pantia (*PPP contracts are mostly drafted on an ad hoc basis*).
- e. Proses dan prosedur identifikasi, pembangunan, pengadaan, pelaksanaan, pengoperasian, dan manajemen kontrak tidak jelas didefinisikan dan tidak memiliki skedul yang pasti bagi pihak-pihak terkait (*the processes and procedures for project identification, development, procurement, implementation, operation, and contract management need to be clearly defined and have timelines that are adhere to by the relevant parties*).
- f. Pada tingkat kebijakan, kerjasama antara Pemerintah dan swasta masih belum saling asuh atau memelihara (*at the policy level, partnership between government and private investor still needs to be nurtured*).

Pada sekitar tahun 2006, penambahan ruas jalan tol di Indonesia telah menjadi kebutuhan yang mendesak. Pemerintah berkeinginan untuk mempercepat pembangunan jalan tol untuk mewujudkan sistem transportasi yang efisien dan mempercepat pertumbuhan ekonomi yang pada akhirnya akan menurunkan tingkat kemiskinan. Untuk mencapai tujuan tersebut, Pemerintah merencanakan untuk membangun 1.600 Km jalan tol baru dalam periode sampai dengan tahun 2009, dimana sepanjang 763 Km merupakan jalan tol “Trans Jawa”.¹⁰ Jalan tol Trans Jawa merupakan suatu jaringan jalan tol yang direncanakan Pemerintah sampai tahun 2014 di koridor pembangunan ekonomi bagian utara Jawa yang secara ekonomi sangat signifikan. Sebagai wilayah ekonomi yang sangat berkembang, sektor swasta diharapkan memberikan kontribusi untuk membangun infrastruktur di koridor pembangunan bagian utara Jawa. Koridor tersebut menghubungkan pusat-pusat manufaktur utama di Jawa yang akan meningkatkan efisiensi melalui hubungan jaringan jalan tol. Ruas-ruas baru jalan tol Trans Jawa akan melanjutkan ruas jalan tol Merak – Cikampek, 7 ruas dari 10 ruas menghubungkan Cikampek ke Surabaya telah memiliki pemegang konsesi, satu

¹⁰ Departemen Pekerjaan Umum, Badan Pengatur Jalan Tol (2006). ”Peluang Investasi Jalan Tol di Indonesia”, 6 dan 13.

- (A) Trans Java Toll Road: 13 Toll Roads Links – 763,24 Km – Rp43,31 triliun.
- (B) Trans Java Toll Road: 19 Toll Roads Links – 335,84 Km – Rp37,32 triliun.
- Total (A) + (B) = 32 Toll Roads Links – 1.099,08 Km – Rp80,63 triliun.

ruas baru mulai dioperasikan, 2 ruas telah selesai ditenderkan dan akan menandatangani Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT), sebagian pemegang konsesi telah mulai membangun sedangkan sebagian lainnya belum mulai membangun.¹¹

Pembangunan jalan tol sebagai bagian dari jaringan jalan nasional dimaksudkan untuk mempercepat perwujudan jaringan jalan bebas hambatan. Pemerintah setiap 5 tahun sekali menetapkan kebijakan dan program pembangunan jalan tol dengan mengacu kepada pembangunan ekonomi dan pengembangan wilayah, sistem transportasi nasional dan kebijakan nasional sektor lain.¹²

Pemerintah menetapkan pengembangan jaringan jalan tol sebagai bagian yang terintegrasi dari rencana pengembangan jaringan jalan nasional secara umum. Meskipun demikian, Pemerintah memberikan kesempatan lebih luas lagi bagi badan usaha untuk mengajukan proyek prakarsa, yaitu proyek diluar yang diprogramkan Pemerintah.¹³

Penelitian model KPS dalam pembangunan jalan tol di Indonesia dengan studi kasus penerapan kontrak konsesi dengan skema pembiayaan *Build Operate Transfer* (“BOT”), menjadi penting bagi Penulis, karena tiga hal:

- (a). KPS sangat dibutuhkan dalam pembangunan infrastruktur di Indonesia dengan keterbatasan dana Pemerintah, dimana pembangunan infrastruktur tersebut membutuhkan peran aktif swasta dengan dana investasi yang tidak sedikit serta keandalan dan profesionalisme swasta.
- (b). Penerapan KPS khususnya kontrak BOT di Indonesia membutuhkan penataan regulasi hukum yang baik, dan juga membutuhkan lingkungan hukum, sosial politik serta ekonomi yang mendukung penerapan tersebut,

¹¹ Dardak, Hermanto. *Vice Minister of Public Works, “Trans Java Toll Road – PPP Project Addressing Bottlenecks in the Economic Corridor of Northern Java to Expedite National Economic Growth”*, (dalam *Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010*, Jakarta 14-17 April 2010).

¹² Departemen Pekerjaan Umum, Direktorat Jenderal Bina Marga (tanpa tahun). “Jaringan Jalan Nasional di Indonesia 2008”, 117.

¹³ Ibid. Pemerintah merencanakan pengembangan jaringan jalan tol sepanjang 2.411,61 Km yang tersebar di pulau Sumatera, pulau Batam, pulau Jawa, pulau Bali, dan pulau Sulawesi.

sehingga regulasi hukum menjadi hal yang sangat penting dalam pelaksanaan kontrak BOT bagi swasta untuk berperan aktif.

- (c) Progres pembangunan infrastruktur jalan tol sejak diselesaikannya penyempurnaan peraturan perundang-undangan terkait pembangunan jalan tol pada kurun waktu 2004-2009, dengan target 1.600 Km tidak tercapai.¹⁴

Di Indonesia, jenis proyek infrastruktur yang akan dan dapat dikerjasamakan dengan investor diatur dalam Perpres No. 67/2005, meliputi:¹⁵

1. Infrastruktur transportasi, meliputi pelayanan jasa kebandarudaraan, penyediaan dan/ atau pelayanan jasa kepelabuhanan, sarana dan prasarana perkeretaapian;
2. Infrastruktur jalan, meliputi jalan tol dan jembatan tol;
3. Infrastruktur pengairan, meliputi saluran pembawa air baku;
4. Infrastruktur air minum, meliputi bangunan pengambilan air baku, jaringan transmisi, jaringan distribusi, instalasi pengelolaan air minum;
5. Infrastruktur air limbah, meliputi instalasi pengolah air limbah, jaringan pengumpul dan jaringan utama, dan sarana persampahan yang meliputi pengangkut dan tempat pembuangan;
6. Infrastruktur telekomunikasi dan informatika, meliputi jaringan telekomunikasi dan infrastruktur *e-governemnt*;
7. Infrastruktur ketenagalistrikan, meliputi pembangkit, termasuk pengembangan tenaga listrik yang berasal dari panas bumi, transmisi, atau distribusi tenaga listrik; dan

¹⁴ Kompas, Sabtu tanggal 13 Februari 2010.

Dari data BPJT (22 Februari 2010) dapat dirangkum progres jalan tol di Indonesia:

- (1978): total panjang jalan tol 50 Km
- (1978-1997): total panjang jalan tol 553 Km
- (1997-2001): penambahan jalan tol 13,30 Km
- (2001-2004): penambahan jalan tol 48,80 Km
- (1978-2004) – berdasarkan UU 13/1980: total 610,62 Km
- (2004-2010) – berdasarkan UU 38/2004: total 131,35 Km
- Total progres pembangunan jalan tol di Indonesia (1978-2010): total 741,97 Km.

¹⁵ Pasal 4 ayat (1) Perpres No. 67/2005. Infrastruktur tersebut, dikerjasamakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku disektor bersangkutan (Pasal 4 ayat 2). Perpres No. 67/2005 ini kemudian direvisi dengan Perpres No. 13/2010. Untuk menarik swasta Pemerintah dalam Perpres No. 13/2010 akan memberikan insentif fiskal dan non-fiskal. Dalam insentif non-fiskal misalnya urusan pembebasan lahan menjadi tanggungjawab Pemerintah dan akan dilakukan sebelum tender. Sedangkan insentif fiskal yang diberikan Pemerintah berupa pemotongan dan pembebasan pajak (Lihat harian Kontan, Senin, tanggal 15 Februari 2010, "Perpres Telah Terbit, Proyek Siap Tender", 1, kolom 2-5).

8. Infrastruktur minyak dan gas bumi, meliputi transmisi dan/ atau distribusi minyak dan gas bumi.

Kondisi infrastruktur di Indonesia menempati peringkat ke-86 dari 143 negara. Pada tahun sebelumnya, peringkat Indonesia hanya nomor 91 dari 131 negara. Kendati agak membaik, Indonesia masih merupakan negara yang paling tertinggal dibandingkan negara-negara lain di Asia Tenggara dalam hal ketersediaan infrastruktur. Infrastruktur penting dibangun karena kehidupan masyarakat tidak dapat terlepas dari kebutuhan infrastruktur yang memadai.¹⁶

Infrastruktur merupakan fasilitas fisik beserta layanannya, yang diadakan untuk mendukung bekerjanya sistem sosial-ekonomi, agar menjadi lebih berfungsi bagi usaha memenuhi kebutuhan dasar dan memecahkan berbagai masalah. Dari dimensi ekonomi, infrastruktur mencakup infrastruktur transportasi (jalan, rel, pelabuhan, bandara); infrastruktur ekonomi (bank, pasar, mal, pertokoan); infrastruktur pertanian (irigasi, bendungan, pintu-pintu pengambilan, dan distribusi air irigasi); serta infrastruktur sosial (bangunan ibadah, balai pertemuan, dan pelayanan masyarakat); infrastruktur kesehatan (pusat kesehatan masyarakat, rumah sakit, balai pengobatan); infrastruktur energi (pembangkit listrik, jaringan listrik); dan infrastruktur telekomunikasi (jaringan telepon).¹⁷

Secara tradisional, infrastruktur ekonomi direncanakan, dibangun, dioperasikan, dan dipelihara oleh Pemerintah. Persepsi ini didorong oleh konsep bahwa infrastruktur ekonomi merupakan barang publik (*public goods*),¹⁸ yaitu

¹⁶ Mudrajad Kuncoro, Guru Besar Fakultas Ekonomi & Bisnis Universitas Gajah Mada, lihat, *Seputar Indonesia*, "Akselerasi Infrastruktur", Rabu, 18 Februari 2009, 1.

¹⁷<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan018023.pdf>. 13/02/2009, 2:24. Paul H. Brietzke, dalam tulisannya "*Economic Law Reform In Indonesia*", 21 Februari 2000, menjelaskan bahwa Pasal 33 ayat (2) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945 (UUD 1945) menyebutkan: "Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara". Dengan berperannya swasta dalam pembangunan infrastruktur yang berdasarkan Pasal 33 ayat (2) UUD 1945, maka paradigma infrastruktur sebagai cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara, menjadi bergeser atau berubah. Hal ini juga menjadi dilema bagi Pemerintahan Habibie dalam melakukan reformasi hukum ekonomi yang merupakan permintaan menarik (desakan) dari IMF, ADB dan World Bank, yang jelas tidak sesuai dengan jiwa Pasal 33 ayat (1) UUD 1945, yang berasaskan kekeluargaan.

¹⁸ Emanuel S. Savas, *Privatization - The Key To Better Government* (New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1987), 3-4. Savas menjelaskan bahwa untuk tidak

adanya konsumsi oleh satu pihak tidak mengurangi konsumsi pihak lainnya, serta semua orang mempunyai akses dan hak yang sama untuk menggunakan infrastruktur, tanpa harus membayar. Oleh karena itu, Pemerintah menjamin pengadaannya dalam tugasnya melancarkan perekonomian negara, memudahkan pergerakan masyarakat, serta melindungi kepentingan dan keselamatan rakyat banyak. Contoh dari barang publik yang dibangun oleh Pemerintah adalah jaringan jalan dan jembatan, jaringan jalan kereta api, serta jaringan primer dan sekunder. Dengan karakteristik seperti itu, penyelenggaraan infrastruktur secara alamiah dimonopoli oleh sektor publik (*natural monopoly*).¹⁹

Di sisi lain, teori ekonomi juga menyimpulkan bahwa pasar dimana transaksi terjadi merupakan mekanisme yang efisien untuk melakukan alokasi sumber daya. Pemahaman tentang konsep pasar dan harga ini membawa pada perdebatan tentang peran Pemerintah dalam penyelenggaraan, dan pelayanan infrastruktur di masa kini dan mendatang. Sebagian sektor infrastruktur seperti telekomunikasi, jalan tol, dermaga pelabuhan komersial, dan fasilitas sisi darat bandar udara sudah bergerak menjadi komoditi ekonomi yang komersial dan berubah menjadi barang dan jasa swasta (*private goods*).²⁰ Dalam hal ini jasa

membingungkan apakah perusahaan yang sahamnya dimiliki publik (perusahaan terbuka) merupakan barang publik yang sama dengan gedung kantor pemerintahan, maka ada 3 kondisi yang berbeda yang harus diperhatikan untuk menggambarkan pengertian “publik”: (1) *government ownership*, (2) *widespread ownership*, (3) *widespread acces*.

¹⁹ Michel Kerf, *et al.*, *Concessions for Infrastructure - A Guide to Their Design and Award*, World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector, and Infrastructure Network (Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 1998), 3-5. Pada saat pasar dapat dilayani secara efisien oleh beberapa perusahaan, pada saat mereka secara alamiah berkompetisi (persaingan usaha), maka kompetisi yang luar biasa tersebut biasanya berjalan baik. Namun pada saat mereka merupakan *natural monopoly* yang luar biasa, maka kompetisi (*head-to-head competition*) tidak berjalan. Pemberian konsesi dapat digunakan untuk menciptakan kompetisi (persaingan usaha) di pasar. Infrastruktur yang dipertimbangkan sebagai *natural monopoly*, dan lebih sesuai dengan pemberian konsesi adalah: distribusi air, distribusi dan transmisi energi, distribusi dan transmisi gas, infrastruktur rel kereta api, jalan. Sedangkan infrastruktur yang secara potensial kompetitif, dan konsesi bukan solusi bagi infrastruktur tersebut adalah: pembangkit tenaga, produksi gas, pasokan retail gas dan energi, telekomunikasi, jasa layanan kereta api. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa pemberian konsesi adalah cara yang terbaik bagi industri-industri yang *natural monopoly*.

²⁰ Savas, 44. Savas mengatakan bahwa dalam konsep *private goods*, tidak ada masalah dalam hal *supply* karena pasar menyediakannya, dimana konsumen memerlukan barang, pengusaha melihat adanya kebutuhan tersebut lalu memproduksi, dan menjual kepada pembeli untuk memenuhi kebutuhannya dengan harga yang memuaskan secara bersama (*a mutually satisfactory price*).

infrastruktur sudah dapat dianggap sebagai komoditi, dan pendekatan pasar dapat ditempuh untuk meningkatkan efisiensi dan manfaat untuk penggunaannya. Contoh menarik dalam hal infrastruktur sebagai komoditi adalah swastanisasi sektor jalan sering diasosiasikan dengan jalan tol.²¹

Kontribusi investor swasta dalam pendanaan proyek infrastruktur selama 5 tahun terakhir masih belum memuaskan karena dari total kebutuhan dana US\$40 Miliar, hanya 10 % (sepuluh persen) yang dapat dipenuhi. Dedy S. Priatna, mengungkapkan selama periode 2005-2009, Indonesia sebenarnya membutuhkan US\$65 Miliar untuk mendanai proyek infrastruktur.²²

Pendanaan pembangunan proyek-proyek infrastruktur merupakan tanggungjawab Pemerintah. Pengalokasian dana diupayakan menyesuaikan penyeimbangan pemenuhan kebutuhan fasilitas infrastruktur dengan laju pertumbuhan penduduk. Akan tetapi, karena Pemerintah tidak mampu memenuhi seluruh kebutuhan pendanaan karena keterbatasan anggaran Pemerintah dalam anggaran pendapatan dan belanja negara (APBN), diharapkan partisipasi dari swasta.²³

²¹ Dikun, 536 dan 549. Implementasi pendekatan pasar (*market-based approach*) di sektor infrastruktur membutuhkan perubahan radikal dari peran Pemerintah. Dalam koridor ini partisipasi swasta dalam penyelenggaraan dan pelayanan infrastruktur sudah dapat diwujudkan. Bentuk partisipasi swasta yang paling mendasar adalah investasi. Pemerintah dapat saja melakukan intervensi dalam penyelenggaraan infrastruktur yang selama ini sudah dianggap sebagai *private goods*. Jalan tol adalah contoh dimana pasar tidak berhasil memasok infrastruktur dan pelayanan yang mampu melayani kebutuhan pergerakan uang dan barang (lihat: Dikun, 536). Beberapa pihak bahkan mengatakan bahwa jalan tol adalah *private and completely commercial goods*, dan oleh karena itu tidak perlu lagi ada campur tangan Pemerintah dalam penyelenggaraan jalan tol. Persepsi dan praktek bisnis jalan tol selama ini cenderung menopang teori ini. Jalan tol sebenarnya adalah fenomena skema pembiayaan (*financing scheme*) dari penyelenggaraan infrastruktur dan pelayanan jalan yang secara fundamental menjadi kewajiban sektor publik. Swastanisasi dan partisipasi sektor swasta dalam pembangunan dan penyelenggaraan infrastruktur sebenarnya merupakan salah satu opsi dalam pembiayaan infrastruktur. Namun ruang perdebatan masih terbuka untuk infrastruktur yang masih menjadi kewajiban Pemerintah, dan masih merupakan *public goods* seperti jalan, angkutan umum perkotaan, telekomunikasi dan listrik pedesaan, dan saluran irigasi (lihat: Dikun, 549).

²² Dedy S. Priatna, Deputy Bidang Sarana dan Prasarana Bappenas, dalam *Bisnis Indonesia*, Rabu, 18 Februari 2009, "Peran Swasta dalam Proyek Infrastruktur Tak Memuaskan", hal 2.

²³ Don Wallace, "*Private Participation in Infrastructure and the Provision of Public Services – Inevitable and Difficult*", Transnational Lawyer 2004, Symposium: Market in Transition: Reconstruction and Development Part Two-Building Up to a Drawdown: International Project Finance and Privatization – Expert Presentations on Lessons to be Learned, 18 Transnat'l

Dari hasil penelitian, terlihat bahwa pada awalnya konsep KPS dalam kebijakan pembangunan dan penyelenggaraan jalan tol, timbul ketika Pemerintah selesai membangun jalan bebas hambatan pertama yang menghubungkan Jakarta dengan Bogor pada tahun 1978. Pada saat itu, dengan alasan agar pengoperasian dan pemeliharaan ruas jalan tersebut dapat dilakukan mandiri tanpa membebani anggaran Pemerintah, maka pengoperasian dan pemeliharannya diserahkan kepada badan usaha milik negara (BUMN). Hal ini mendasari dibuatnya Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1980 Tentang Jalan, tanggal 29 Desember 1980 (UU No. 13/1980).²⁴

Pada tahun 1987, Pemerintah memberi kesempatan kepada investor swasta untuk dapat mengelola jalan tol. Pada saat itu terjadi gejala swastanisasi yang melanda dunia.²⁵ Dalam kasus di Indonesia, swasta harus membentuk suatu usaha

Law 117, Copyright © 2004 University of the Pacific, McGeorge School of Law (2004): 118-119. Don Wallace menjelaskan, kebutuhan pendanaan swasta (*private finance*) hampir bersifat universal. Solusinya bisa bervariasi dari suatu negara ke negara lain, tergantung dari tingkat pembangunan negara tersebut, yang mana dapat menjadi sesuatu yang berasal dari pemerintahan pusat ke provinsi. Partisipasi pendanaan swasta ini berawal dari negara Inggris, kemudian dikembangkan oleh *United Nations* dan Perancis, sebagaimana dikatakan oleh Don Wallace: “*The British have given us a great deal of this because the British first nationalized everything, and now they have denationalized, i.e., privatized, everything. They have the greatest number of consultants and many bank, lawyers. Britain used to call it the „PFI“ (Private Finance Initiative) and now they call it Public/Private Partnership. In the United Nations, we refer to it as privately financed infrastructure projects. Many of us have also heard the term of „BOT“ (Build Operate Transfer), „BOO“ (Build Operate Own), or „BOOT“ (Build Operate Own and Transfer), or „ROT“ (Rehabilitate Own Transfer). In the United Nations, we also refer to it as concessions. This is a term Americans resisted, but the French taught us about their concession system. The French system is a little different and deals that derive from their arrangements are called Concession Agreements. Partisipasi swasta tersebut kemudian disebutkan sebagai suatu hal yang tidak dapat dihindarkan namun suatu hal yang sulit (inevitable but difficult).*”

²⁴http://www.jasamarga.co.id/jsit/index.php?option=com_content&task=view&id=88&Itemid=18/09/2007. Setelah ruas jalan yang dibangun padatahun 1973 dan selesai pada tahun 1978, dibentuklah suatu badan usaha PT Jasa Marga (Persero), dan pada tanggal 9 Maret 1978 Presiden Soeharto meresmikan jalan tol tersebut sebagai jalan tol pertama di Indonesia yang diberi nama “Jagorawi”. Pada tanggal 29 Desember 1980, Pemerintah mengundang UU No. 13/1980 yang mendefinisikan jalan tol sebagai jalan umum yang kepada para pemakainya dikenakan kewajiban membayar tol atau sejumlah uang tertentu (Pasal 1 huruf h dan i). Prinsip jalan tol tersebut merupakan alternatif lintas jalan umum yang ada (Pasal 15).

²⁵ Savas, 3-4. Savas menjelaskan, kesempatan swasta untuk berperan dalam pembangunan seiring dengan gejala swastanisasi yang melanda dunia, sebagaimana dikatakan oleh Savas: “*Privatization is a new word that is rapidly coming into popular usage despite its awkward sound. The word privatize first appeared in a dictionary in 1983 and was defined narrowly as „to make private, especially to change (as a business or industry) from public to private control or ownership“. But the word has already acquired a broader meaning; it has come to symbolize a new way of looking at society’s needs, and rethinking of the role of government in fulfilling them.*”

Universitas Indonesia

patungan (*joint venture*)²⁶ dengan BUMN yang khusus bergerak dibidang infrastruktur jalan tol yaitu PT Jasa Marga Persero (Persero) Tbk (Jasa Marga). Pemerintah kemudian memberikan izin konsesi kepada usaha patungan tersebut.²⁷

Dalam Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1990 Tentang Jalan Tol (PP No. 8/1990), yang merupakan peraturan pelaksana UU No. 13/1980, Pemerintah memberi kesempatan pada investor swasta untuk ikut membangun infrastruktur jalan tol. Polanya adalah membentuk kemitraan dengan Jasa Marga.²⁸ Dalam kemitraan tersebut biaya pengadaan tanah ditanggung oleh Pemerintah.²⁹

It means relying more on society's private institutions and less on government to satisfy the needs of people. „Privatization is the act of reducing the role of government, or increasing the role of the private sector, in an activity or in the ownership of assets“.

²⁶ Erika P. Schultz, "Joint Venture Agreements: A New Mechanism For Investing In Colombia", World Arbitration and Mediation Report, Perspective, Copyright © 2001 by Juris Publications, Inc., (July, 2001): 190-191. Model usaha *joint venture* telah kembali sangat berhasil, khususnya dalam konstruksi, perminyakan, telekomunikasi dan manufaktur. Dia digunakan sebagai alternatif untuk menciptakan kerjasama strategis antara perusahaan-perusahaan untuk jangka waktu yang terbatas, memiliki tujuan tertentu dan tidak mensyaratkan suatu badan hukum baru ("*a joint venture is a special combination of forces by and between two or more parties, in which common benefits are sought without constituting a partnership or corporation*"). Dia juga digunakan sebagai alat yang penting bagi investor asing yang akan melaksanakan kesempatan investasi secara cepat dan mendapatkan keuntungan yang cepat, dengan meminimalkan dan berbagi resiko.

²⁷ Iwan Erar Joesoef, *Jaminan Pemerintah (Negara) Atas Kewajiban Hutang Investor Dalam Proyek Infrastruktur- Studi Kasus Proyek Jalan Tol* (Jakarta: BP-FHUI, 2005), 1-2. Disebutkan, dalam kasus pemberian izin konsesi pada perusahaan patungan PT Citra Marga Nusaphala Persada, sebagai investor swasta pertama yang membangun prasarana jalan tol, izin konsesi diberikan Pemerintah kepada investor (dalam hal ini usaha patungan PT Citra Marga Nusaphala Persada), mendahului PP No. 8/1990, dimana pada Pasal 38 ayat (2) mengizinkan Badan bekerjasama dengan pihak lain (investor), yaitu berdasarkan Keputusan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 601/KPTS/1987 Tentang Ijin Menyelenggarakan Jalan Tol Cawang – Tanjung Priok Kepada Perusahaan Perseroan (Persero) PT Jasa Marga Dalam Ikatan Usaha Patungan Dengan PT Citra Marga Nusaphala Persada tanggal 9 Desember 1987. Oleh sebab itu izin tersebut didasarkan pada Keputusan Presiden Nomor 25 Tahun 1987 Tentang Pelaksanaan Sebagian Tugas Penyelenggaraan Jalan Tol Oleh Perusahaan Patungan tanggal 20 Juli 1987. Dengan mengacu pada teori organ pemerintahan, hal tersebut (pemberian izin sebelum PP No. 8/1990) dimungkinkan sebagai suatu kebijakan (*policy*) dikarenakan peraturan perundang-undangan belum mengaturnya.

²⁸ Dikun, 164. PP No. 8/1990 menetapkan seluruh investasi swasta di jalan tol akan berbentuk kemitraan dengan Jasa Marga. Jenis kemitraan publik/swasta ini dilaksanakan dengan sistem BOT. Prinsip dasar yang melandasi kebijakan pemerintahan untuk penyelenggaraan jalan tol adalah: (a) menyediakan fasilitas jalan di kawasan yang sudah berkembang yang dibiayai melalui dukungan pengguna jalan (*road user*), (b) harus ada jalan alternatif yang disediakan untuk pengguna jalan, (c) tarif tol tidak lebih dari 70 persen dari penghematan biaya operasional kendaraan (BOK) jika kendaraan melalui jalan tol.

²⁹ Pasal 41 PP No. 8/1990, menyebutkan: "Biaya pra-studi kelayakan dan pembebasan tanah untuk pembangunan jalan tol ditanggung oleh Pemerintah".

Berdasarkan data dari Badan Pengatur Jalan Tol (BPJT) pada Juni 2008, investor jalan tol yang berhasil membangun dan mengoperasikan infrastruktur jalan tol berdasarkan PP No. 8/1990 (hampir 2 dekade – sampai tahun 2004), tercatat total panjang jalan tol sekitar 600 Km. Dari 600 Km, yang dibangun oleh Jasa Marga sebagai BUMN adalah sekitar 450 Km, dengan demikian peran investor swasta dalam membangun jalan tol berdasarkan PP No. 8/1990 tersebut adalah masih sekitar 150 Km.³⁰

Dalam pelaksanaan PP No. 8/1990, walaupun sedikit investor swasta yang berminat, namun, tidak ada hambatan yang berarti dalam masa pelaksanaan pengadaan investasi jalan tol, masa pelaksanaan pengadaan tanah, maupun masa pembangunan (konstruksi). Sedikit permasalahan adalah masalah pendanaan untuk konstruksi yang cukup tinggi nilainya, dimana perbankan nasional Indonesia belum begitu siap untuk hal ini. Sehingga banyak investor swasta yang mencari pendanaa luar negeri yang lebih murah melalui surat hutang jangka menengah, seperti yang dilakukan oleh PT Citra Marga Nusaphala Persada (CMNP) dengan menggunakan *Floating Rate Note* (FRN) dan *Eurobond* untuk proyek pembangunan infrastruktur jalan tol.³¹

Pada tahun 2004, saat Pemerintahan era reformasi, Presiden Megawati Soekarnoputri, mengganti UU No. 13/1980 dan mengeluarkan Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2004 Tentang Jalan (UU No. 38/2004). Dalam undang-undang tersebut, pengusahaan jalan tol dapat dilakukan oleh badan usaha, baik oleh BUMN dan/ atau badan usaha milik daerah (BUMD) dan/ atau swasta.³²

³⁰ Lihat Gambar Nomor 1.1.

³¹ Joesoef, *Jaminan Pemerintah*, 78-79.

³² Indonesia. Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2004 Tentang Jalan, disahkan tanggal 18 Oktober 2004, LNRI 2004 Nomor 132, Tambahan LNRI Nomor.444. (Pasal 50 ayat 4). Dalam Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah Dan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur (ditetapkan pada tanggal 9 November 2005) yang telah direvisi dengan Perpres No.13/2010, mendefinisikan badan usaha adalah badan usaha swasta yang berbentuk perseroan terbatas, badan usaha milik negara (BUMN), badan usaha milik daerah (BUMD), dan koperasi (Pasal 1 butir 4). Disini terlihat adanya dualisme pengaturan badan usaha yaitu yang diatur dalam UU No. 38/2004 dan Perpres No. 67/2005 yang direvisi dengan Perpres No. 13/2010, serta menggabungkan peran BUMN/BUMD dan swasta serta koperasi dalam satu regulasi.

Dalam implementasi kewajiban Pemerintah sebagaimana ditetapkan dalam undang-undang tentang jalan maupun yang disepakati dalam perjanjian PPJT antara Pemerintah dan investor swasta, pengadaan tanah dibiayai oleh investor swasta untuk membangun jalan tol. Biaya pengadaan tanah ini menjadi bagian dari investasi dari investor swasta. Pembebanan biaya tanah pada investor swasta ini sebenarnya telah dilakukan oleh Pemerintah sebelum perubahan UU No. 13/1980 menjadi UU No. 38/2004, yaitu dengan dikeluarkannya kebijakan Menteri Keuangan Republik Indonesia dalam bentuk Surat Edaran Menteri Keuangan Nomor Jl.03.01.Mn/11 tanggal 22 Januari 1997 (SE Men Keu 22 Januari 1997), yang menyatakan bahwa biaya pengadaan tanah seluruhnya menjadi beban investor swasta.³³ Akibat dari kebijakan tersebut, maka pembangunan jalan tol oleh investor swasta menjadi jalan ditempat (*stagnan*) dalam periode tahun 1997 - 2004.³⁴

Pemerintah juga mengalami kesulitan dalam menyediakan tanah bagi investor swasta yang akan membangun jalan tol. Keterlambatan penyediaan tanah oleh Pemerintah, tidak saja memberikan resiko investasi bagi pihak investor swasta dengan meningkatnya nilai tanah dan terjadinya penundaan masa konstruksi, namun juga memberikan dampak kepada investasi yang ditawarkan Pemerintah menjadi tidak layak dimata investor swasta.

Aspek hukum yang mengemuka dan menjadi kendala dalam pengadaan tanah adalah mengenai pengertian tentang “kepentingan umum” sebagaimana Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi

³³ Maria Farida Indrati Soeprato, *Ilmu Perundang-undangan 1 – Jenis, Fungsi dan Materi Muatan* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2007), 228. Terkesan bahwa Pemerintah seperti “lepas tangan” dalam masalah pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol. Dalam hirarkhis peraturan perundang-undangan, peraturan setingkat Menteri tidak dapat secara substansi menggantikan substansi undang-undang. Eksistensi Peraturan Menteri tersirat dalam Pedoman Nomor 173 Lampiran Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang menyebut: “Pendelegasian kewenangan mengatur dari Undang-Undang kepada Menteri atau Pejabat yang setingkat dengan Menteri dibatasi untuk pengaturan yang bersifat teknis administratif”. Tujuh tahun kemudian, beban yang luar biasa ini sedikit “direduksi” dalam Pasal 61 ayat 2 UU 38/2004 tentang Jalan, yaitu bahwa “*Pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol bagi kepentingan umum berdasarkan rencana tata ruang wilayah kabupaten/kota, dapat menggunakan dana yang berasal dari Pemerintah dan/atau badan usaha*”. Artinya, tidak lagi harus menjadi beban investor sepenuhnya.

³⁴ Lihat Gambar Nomor 1.2.

Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum (Perpres No. 36/2005).³⁵ Pengertian tentang kepentingan umum tersebut masih multi tafsir dan akibatnya menjadi kurang efektif sebagai dasar hukum dalam membebaskan tanah dalam proses pengadaan tanah. Perpres No. 36/2005 tersebut kemudian direvisi dengan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum (Perpres No. 65/2006).³⁶

Keterbatasan waktu yang tersedia untuk melaksanakan musyawarah dengan pemilik tanah dan bentuk ganti rugi yang belum diatur secara rinci merupakan kendala yang lain. Aspek perencanaan masih lemah sehingga menyebabkan pengadaan tanah tidak berjalan lancar karena adanya benturan antara pembangunan infrastruktur yang direncanakan dengan dokumen rencana tata ruang/ rencana tata ruang wilayah yang sudah ditetapkan. Selain itu, keterlibatan masyarakat dalam perencanaan juga dirasakan kurang maksimal.³⁷

Aspek kelembagaan yang mengemuka dan menjadi kendala dalam pengadaan tanah adalah lemahnya koordinasi antar instansi yang terlibat dalam pertanahan disamping peran Panitia Pengadaan Tanah (P2T) yang belum optimal. Dalam aspek pendanaan, kendalanya adalah masih ditemukan, terutamanya adalah ketersediaan dana Pemerintah maupun investor swasta yang terbatas. Dalam aspek ganti rugi, kendalanya adalah adanya perbedaan harga pasar dan Nilai Jual Objek Pajak (NJOP) yang menyebabkan harga ganti rugi yang diminta masyarakat lebih

³⁵ Republik Indonesia. Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Dalam Pasal 1 butir 5 hanya disebutkan bahwa: "Kepentingan umum adalah kepentingan sebagian besar lapisan masyarakat". Pasal 5 menyebutkan: "Pembangunan untuk kepentingan umum yang dilaksanakan Pemerintah atau Pemerintah Daerah ...".

³⁶ Republik Indonesia. Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Pasal 5 Perpres No. 36/2005 diubah menjadi: "Pembangunan untuk kepentingan umum yang dilaksanakan Pemerintah atau Pemerintah Daerah ..., yang selanjutnya dimiliki atau akan dimiliki oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah, ...".

³⁷ Departemen Pekerjaan Umum, "Memori Akhir Tugas Menteri", 148.

besar. Dari aspek *resettlement*³⁸ saat ini masih belum lengkap dari segi pengaturannya.³⁹

Pengusahaan jalan tol yang dilaksanakan oleh investor swasta tersebut dituangkan dalam suatu bentuk perjanjian yang disebut sebagai PPJT.⁴⁰ Disini, Pemerintah memberikan hak konsesi⁴¹ kepada investor swasta dalam jangka waktu 30-35 tahun.⁴² Konsep yang diterapkan dalam pengusahaan jalan tol tersebut adalah konsep KPS.⁴³

³⁸ Dikun, 453. Istilah *settlement* adalah yang terkait dengan aspek prasarana dan sarana pendukung yang diperlukan dalam suatu kawasan permukiman untuk memenuhi fungsinya sebagai kebutuhan dasar manusia, pengembangan keluarga dan mendorong kegiatan ekonomi.

³⁹ Departemen Pekerjaan Umum, "Memori Akhir Tugas Menteri", 148-149.

⁴⁰ UU No. 38/2004, Pasal 51 ayat (3): "Badan usaha yang mendapatkan hak pengusahaan jalan tol berdasarkan hasil pelelangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengadakan perjanjian pengusahaan jalan tol dengan Pemerintah".

⁴¹ Kerf, 1. Konsesi secara luas mengacu pada beberapa pengaturan dimana suatu perusahaan memperoleh suatu hak dari Pemerintah untuk menyediakan jasa layanan tertentu berdasarkan kondisi pasar. Konsesi merupakan alat yang dapat digunakan untuk menciptakan persaingan usaha di pasar apabila persaingan usaha tidak berjalan. Konsesi dapat dikatakan sebagai pengaturan hukum untuk menciptakan persaingan usaha tersebut. Konsesi tidak memerlukan keterlibatan swasta apabila Pemerintah memberikan konsesi pada perusahaan publik.

⁴² Dalam PPJT ruas tol Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 tanggal 29 Mei 2006, Pasal 2.3 disebutkan: "Masa konsesi adalah untuk jangka waktu 35 (tiga puluh lima) tahun terhitung sejak Tanggal Efektif".

⁴³ KPS, termasuk infrastruktur jalan tol, mengacu pada Perpres No. 67/2005. Prinsip-prinsip yang diterapkan dalam peraturan tersebut, disebutkan dalam Pasal 6:

1. Adil, berarti seluruh badan usaha yang ikut serta dalam proses pengadaan harus memperoleh perlakuan yang sama;
2. Terbuka, berarti seluruh proses pengadaan bersifat terbuka bagi badan usaha yang memenuhi kualifikasi yang dipersyaratkan;
3. Transparan, berarti semua ketentuan dan informasi yang berkaitan dengan penyediaan infrastruktur termasuk syarat teknis administrasi pemilihan, tata cara evaluasi, dan penetapan badan usaha bersifat terbuka bagi seluruh badan usaha serta masyarakat umumnya;
4. Bersaing, berarti pemilihan badan usaha melalui proses pelelangan;
5. Bertanggung-gugat, berarti hasil pemilihan badan usaha harus dapat dipertanggungjawabkan;
6. Saling menguntungkan, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang seimbang sehingga memberi keuntungan bagi kedua belah pihak dan masyarakat dengan memperhitungkan kebutuhan dasar masyarakat;
7. Saling membutuhkan, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang mempertimbangkan kebutuhan kedua belah pihak;
8. Saling mendukung, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan dengan semangat saling mengisi dari kedua belah pihak.

(Lihat harian Kontan, Senin, tanggal 15 Februari 2010, "Perpres Telah Terbit, Proyek Siap Tender", 1, kolom 2-5).

Dalam UU No. 38/2004,⁴⁴ Pemerintah melaksanakan pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol bagi kepentingan umum berdasarkan rencana tata ruang wilayah kabupaten/kota. Pelaksanaan pengadaan tanah tersebut dapat menggunakan dana yang berasal dari Pemerintah dan/atau badan usaha. Dalam PPJT, disepakati jadwal penyerahan tiap-tiap seksi tanah yang telah dikuasai Pemerintah kepada investor swasta jalan tol dalam suatu keadaan yang memungkinkan investor swasta jalan tol memulai pembangunan konstruksi.⁴⁵

Setelah menandatangani PPJT, investor swasta harus segera memenuhi kewajiban pendanaan sebagaimana yang disepakati dalam perjanjian, menyiapkan dana pembebasan tanah atas biaya investor sendiri, membangun fisik jalan tol tersebut dari pendanaan yang didapat dari pihak perbankan, mengoperasikannya serta memeliharanya dan kemudian pada akhir masa konsesi, jalan tol tersebut diserahkan pada Pemerintah.

Dengan peraturan perundang-undangan yang baru, Pemerintah mencoba melakukan pengadaan investasi (tender) jalan tol tahap pertama. Dari 6 (enam) proyek jalan tol yang ditawarkan Pemerintah kepada investor swasta pada tanggal 17-18 Januari 2005 sebagai tahap pertama, yang merupakan bagian dari total program 1600 Km,⁴⁶ terdapat 165 investor swasta yang menyatakan minatnya untuk menggarap proyek infrastruktur jalan tol tersebut⁴⁷.

Data dari Direktur Sistem Jaringan Prasarana Direktorat Jenderal Bina Marga - Kementerian Pekerjaan Umum Republik Indonesia (Kementerian PU), disebutkan, dari 181 investor swasta yang telah mengambil formulir penawaran pengadaan investasi, yang dikembalikan sebanyak 36 formulir penawaran dengan

⁴⁴ Lihat UU No. 38/2004 Pasal 61 ayat (1) dan (2).

⁴⁵ Joesoef, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol*, Lampiran VIII (Contoh draft PPJT), 315-397.

⁴⁶ Dalam rencana pembangunan jalan tol sesuai Surat Keputusan Menteri PU 369/2009 jo Surat Keputusan Menteri PU 280/2006 jo 360/2008 Tentang Rencana Umum Jaringan Jalan Nasional adalah sepanjang 3.087, 88 km (data diambil dari BPJT tanggal 19 Mei 2009).

⁴⁷ http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (diambil dari Investor Daily, "Enam Konsorsium Tawar 4 Ruas Tol", Kamis, 11 Agustus 2005, tidak menyebut halaman).

membentuk suatu konsorsium⁴⁸. Data Kementerian PU juga mengungkapkan bahwa sekitar 40 % (empat puluh persen) dari peserta yang mengambil formulir penawaran atas 6 ruas jalan tol tersebut adalah investor swasta modal asing, antara lain: Kajima Corporation dari Jepang, China Harbour Engineering dari China, Plus Express Way Berhard dari Malaysia dan MCA Intergroup. Sedangkan investor swasta modal dalam negeri yang berjumlah sekitar 60 % (enam puluh persen), antara lain: PT. Citra Marga Nusaphala Persada Tbk., PT. Bakrie Brothers dan PT Jakarta Propertindo.⁴⁹

Ke-enam ruas jalan tol yang ditawarkan dalam tahap pertama oleh Pemerintah kepada investor swasta diperkirakan bernilai investasi sekitar Rp12 triliun, dan terdiri dari ruas Cikarang – Tanjung Priok (53 Km), ruas Cileunyi – Sumedang – Dawuan (56 Km), ruas Medan – Binjai (15,80 Km), ruas Depok – Antasari (18,2 Km), ruas Cinere – Jagorawi (14 Km) dan ruas Makasar Seksi IV (11 Km).⁵⁰

Pada tahap prakualifikasi⁵¹ dalam proses pengadaan investasi tahap pertama, dari 35 konsorsium yang berminat mengikuti pengadaan investasi atas 6

⁴⁸ http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (diambil dari Bisnis Indonesia, “36 Konsorsium Perebutkan Proyek Enam Ruas Tol”, Selasa, 08 Februari 2005, tidak menyebutkan halaman).

⁴⁹ http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (diambil dari Bisnis Indonesia, “Asing Minati Tender Enam Ruas Tol”, Selasa, 01 Februari 2005, tidak menyebut halaman). Investor yang mengambil formulir ternyata berjumlah 181 investor, yang melebihi minat investor sebagaimana disebutkan dalam Investor Daily, “Enam Konsorsium Tawar 4 Ruas Tol”, Kamis, 11 Agustus 2005.

⁵⁰ http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (diambil dari Bisnis Indonesia, “147 Investor Berminat Ikut Tender Tol”, Rabu, 05 Januari 2005, tidak menyebut halaman).

⁵¹ Republik Indonesia, Departemen Pekerjaan Umum, Badan Pengatur Jalan Tol (BPJT) (tanpa tahun), “Dokumen Prakualifikasi Pelelangan Pengusahaan Jalan Tol”. Peminat yang mengikuti prakualifikasi adalah badan usaha Indonesia baik secara sendiri maupun secara bermitra/ bekerja sama operasional antar sesama badan usaha Indonesia dalam bentuk konsorsium badan usaha atau badan usaha asing yang berkonsorsium dengan badan usaha Indonesia yang berminat mengikuti prakualifikasi. Dokumen prakualifikasi terdiri dari (dokumen ini ditetapkan dalam Pasal 16 Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 27/PRT/M/2006 Tentang Pedoman Pengadaan Pengusahaan Jalan Tol, tanggal 21 November 2006):

1. Pengumuman prakualifikasi.
2. Jadwal waktu prakualifikasi.
3. Ketentuan umum.
4. Formulir isian prakualifikasi: (a). Formulir A : Surat Permohonan, (b). Formulir B : Data Peminat, (c). Formulir C : Ringkasan Pengalaman Badan Usaha, (d). Formulir D : Pengalaman

ruas jalan tol, hanya 18 konsorsium yang berhasil lolos setelah diumumkan oleh Kementerian PU pada tanggal 21 Maret 2005. Konsorsium lokal murni yang lolos sebanyak 7 konsorsium, sementara selebihnya merupakan konsorsium yang dibentuk investor lokal dan swasta asing (Malaysia dan Cina). Dari 6 ruas jalan tol yang ditawarkan dalam pengadaan investasi jalan tol ternyata hanya 3 ruas jalan tol yang diminati investor swasta, yaitu ruas Depok – Antasari, ruas Cinere Jagorawi dan ruas Makasar Seksi IV. Ruas Depok – Antasari sendiri ternyata hanya ada 2 konsorsium yang mengajukan penawaran pengadaan investasi dari 9 konsorsium yang berminat ditahap prakualifikasi, yaitu: PT Citra Wasphtowa dan PT Translingkar Kita Jaya⁵².

Pada pelaksanaan pengadaan investasi jalan tol yang pertama setelah keluarnya undang-undang UU No. 38/2004, banyak investor swasta yang mundur dari pengadaan investasi yang ditawarkan. Keadaan ini berulang pada pengadaan investasi tahap IV pada 10 Juni 2008 yang dalam proses prakualifikasi diikuti 87 calon investor yang mengambil dokumen, yang lolos evaluasi hanya 2-3 untuk setiap ruas. Akhirnya Pemerintah akan melakukan pengadaan investasi ulang untuk 4 ruas jalan tol, yaitu: ruas Medan-Binjai, ruas Tegineneng-Babatan, ruas Palembang-Indralaya, dan ruas Pandaan-Batang.⁵³

Dengan telah terbentuknya UU No. 38/2004, membuka kesempatan bagi semua investor swasta untuk ikut dalam pembangunan jalan tol di Indonesia dengan konsep KPS.⁵⁴ Setelah IIS I 2005, khususnya untuk infrastruktur jalan tol, sebagaimana data dari BPJT, investor swasta yang memenangkan pengadaan investasi infrastruktur jalan tol yang diadakan oleh Pemerintah dan telah

Badan Usaha, (e). Formulir E : Data Keuangan Tahunan, (f). Formulir F : Data Bank dan Akuntan Publik, (g). Formulir G : Pakta Integritas.

5. Adendum (bila ada).

⁵²http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (Diambil dari Investor Daily, “Hanya Dua Konsorsium Minati Depok – Antasari”, Selasa, 09 Agustus 2005, tidak menyebut halaman).

⁵³http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (Diambil dari Investor Daily, “4 Ruas Tol Batch IV Ditender Ulang”, 19, Rabu, 08 Oktober 2008).

⁵⁴ Joesoef, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol*, 84. Dalam pertemuan tersebut Pemerintah Indonesia menawarkan sekitar 91 Proyek dengan nilai US \$ 22.2 miliar atau Rp203 triliun kepada investor dalam maupun luar negeri, yaitu terdiri dari proyek-proyek jalan tol, rel kereta api, pelabuhan laut, pelabuhan udara, air bersih, dan pembangkit listrik.

menandatangani PPJT tercatat ada 22 ruas jalan tol yang akan dibangun oleh investor swasta dengan pola BOT. Sedangkan 4 ruas jalan tol lainnya akan dibangun oleh Pemerintah dengan pola *Design-Build-Operate* (DBO).⁵⁵

Skedul tahap pengadaan tanah berdasarkan PPJT, harus selesai dalam waktu 24 (dua puluh empat) bulan sejak tanggal efektif PPJT.⁵⁶ Status data BPJT pada tanggal 19 Mei 2009 atau 24 (dua puluh empat) bulan setelah PPJT ditandatangani, dari 22 ruas jalan tol yang PPJT-nya sudah ditandatangani oleh Pemerintah dan investor swasta, hanya 6 investor swasta yang berhasil sampai pada tahap pembangunan konstruksi dan telah melalui tahap pengadaan tanah.⁵⁷

Dari data Direktorat Jenderal Bina Marga, Kementerian PU, hingga tanggal 15 November 2007, untuk pembangunan 40 ruas jalan tol (Trans-Jawa maupun non Trans-Jawa) dari kebutuhan lahan sekitar 12.209 Ha, baru sekitar 248 Ha yang sudah dibebaskan atau hanya sekitar 2,04 % (2,04 persen).⁵⁸ Berdasarkan data dari BPJT pada bulan November 2008, dari luas Daerah Milik Jalan (Damija) yang harus dibebaskan sekitar 6.694,44 Ha, baru terealisasi pembebasannya sekitar 708,81 Ha atau baru mencapai sekitar 10,59 % (10,59 persen) sejak tahun 2005.⁵⁹ Pada realisasi tahun 2010 (April) tercatat, rekapitulasi pelaksanaan pengadaan tanah jalan tol trans jawa seksi prioritas dari 1.580,63 Ha yang sudah terealisasi 1.080,43 Ha (68, 35 %). Rekapitulasi pelaksanaan

⁵⁵ <http://www.bpjt.net/index.php?id=56&status=1&mode=3>. Lihat Tabel Nomor 1.1.

⁵⁶ Joesoef, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol*, Lampiran VIII (contoh draft PPJT).

⁵⁷ <http://www.bpjt.net/index.php?id=56&status=1&mode=3>. Lihat Tabel Nomor 1.2.

⁵⁸ http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (Diambil dari Kompas, "Lahan Tol, Sengketa Yang Tidak Pernah Berakhir", Sabtu, 15 Desember 2007, tidak menyebut halaman).

⁵⁹ Lihat Tabel Nomor 1.3. Diambil langsung dari data BPJT tanggal 19 Mei 2009. Praptono Djunaedi menyebutkan: "Secara garis besar, terdapat tiga hal yang harus segera diselesaikan Pemerintah": (1) membentuk kelembagaan baru yang mendukung pelaksanaan KPS, (2) melakukan harmonisasi, reformasi dan revisi terhadap berbagai aturan yang saling bertentangan dan yang menghambat masuknya investasi, (3) meningkatkan kualitas sumber daya manusia. (lihat: http://www.fiscal.depkeu.go.id/webbkf/kajian/artikel_PPP_prap.pdf. 12/06/2008 11:47. Praptono Djunaedi, "Implementasi *Public-Private Partnership* dan Dampaknya ke APBN".)

pengadaan tanah jalan tol non trans jawa dari 2,874.42 Ha yang sudah terealisasi 333,23 Ha (11.59 %).⁶⁰

Ketua Asosiasi Jalan Tol Indonesia (ATI) Fatchur Rochman mengatakan, dengan kondisi laju pembangunan jalan tol yang demikian memang sudah saatnya Pemerintah mengevaluasi ulang seluruh jalan tol. Evaluasi itu tidak hanya menyangkut ruas jalan tol yang PPJT-nya telah ditandatangani tapi belum dimulai konstruksinya, akan tetapi juga ruas jalan tol yang PPJT-nya belum ditandatangani dan masih dalam tahap persiapan, atau bahkan baru akan ditawarkan. Evaluasi diperlukan guna mencari penyebab lambannya realisasi setiap tahap pembangunan jalan tol dan solusinya.⁶¹

Permerintah dan investor swasta, harus bisa saling introspeksi. Pemerintah bisa memahami keinginan investor swasta dan investor swasta tidak hanya sekedar meminta insentif tanpa memberikan komitmen untuk menyelesaikan pembangunan jalan tol yang ditanganinya. Dalam kebijakannya, Pemerintah juga harus menjadikan jalan tol sebagai prioritas, sehingga dalam setiap anggarannya tersedia alokasi khusus untuk pembangunan jalan tol.⁶²

Melihat adanya perubahan kebijakan pengadaan tanah sebagai salah satu dari kebijakan-kebijakan Pemerintah untuk pembangunan jalan tol, dapat disimpulkan bahwa dalam konsep KPS, pelaksanaannya banyak dipengaruhi oleh politik, hukum dan ekonomi. Untuk itu, perlu dipelajari latar belakang kebudayaan, ekonomi, kekuatan politik didalam masyarakat, keadaan kelembagaan negara dan struktur sosialnya, selain dari institusi hukumnya

⁶⁰ Data penelitian di Sub Direktorat Pengadaan Tanah, Direktorat Jenderal Bina Marga, Kementerian Pekerjaan Umum, status tanggal 30 April 2010.

⁶¹http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (Diambil dari Investor Daily, "Skenario Percepatan Jalan Tol Mulai Dibahas", Rabu, 7 Januari 2009, halaman 19). Menurut ketua ATI, para pelaku usaha yang tergabung dalam ATI mengusulkan dua skenario terkait percepatan pembangunan jalan tol di tanah air. Pertama, Pemerintah harus membebaskan seluruh lahan untuk pembangunan jalan tol, baru kemudian ruas jalan tol itu ditawarkan. Kedua, Pemerintah membebaskan seluruh lahan untuk pembangunan jalan tol dan mengerjakan konstruksinya, setelah itu baru pengoperasiannya di tawarkan, seperti berlaku di ruas tol akses Pelabuhan Tanjung Priok.

⁶² http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (Diambil dari Investor Daily, "23 Ruas Tol, Nasibmu Kini...", 19, Jum'at, 23 Januari 2009).

sendiri.⁶³ Sehubungan dengan peranan hukum dalam pembangunan adalah untuk menjamin bahwa perubahan itu terjadi dengan cara yang teratur, karena baik perubahan maupun ketertiban (keteraturan) merupakan tujuan kembar daripada masyarakat yang sedang membangun, maka hukum menjadi suatu alat yang tak dapat diabaikan dalam proses pembangunan.⁶⁴

Pemerintah sendiri telah mengeluarkan kebijakan-kebijakan untuk mendukung risiko-risiko yang timbul dalam membangun infrastruktur jalan tol (*government support*). Sebagai suatu kontrak jangka panjang (*long term contract*), dalam pendekatan hukum dan ekonomi disebutkan bahwa risiko-risiko yang timbul tersebut disebut sebagai hal-hal yang tidak terduga (*unforeseen contingencies*), dimana Richard A. Posner menyebutnya sebagai kesalahan bersama (*mutual mistake*),⁶⁵ sedangkan Robert Cooter dan Thomas Ulen menyebutnya sebagai kesalahan bersama atas fakta-fakta (*mutual mistake about facts*).⁶⁶

⁶³ B.F. Sihombing, "Pergeseran Kebijakan Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Pemerintah Dan Swasta - Studi Kasus Pengaturan Pemilikan, Penguasaan Tanah di Provinsi DKI Jakarta", (Disertasi, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004) Mengutip, Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesenambungan dan Perubahan*, LP3S, cetakan Pertama (Jakarta: 1990), XII.

⁶⁴ *Ibid.* Mengutip, Mochtar Kusumaatmadja, *Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, (Bandung: Bina Cipta, 1986), 3.

⁶⁵ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, fifth edition (New York: Aspen Law & Business A Division of Aspen Publishers, Inc, 1998), 114-115. Kasus "the sale of the cow Rose 2d of Aberlone" (Sherwood v. Walker, 66 Mich. 568, 33 N.W. 919 (1887)). Dalam contoh kasus jual-beli sapi yang dijelaskan Posner, penjual dan pembeli yakin bahwa sapi tersebut mandul dan harga sudah ditetapkan. Kenyataannya sapi tersebut hamil dan harga menjadi 10 kali lipat harga yang disepakati. Kekeliruan tersebut ditemukan sebelum penyerahan pada pembeli, dan penjual membatalkan jual-beli. Posner dalam kasus tersebut menjelaskan: "The seller had made a reasonable – indeed, an unavoidable (at reasonable cost) – mistake. Because the parties had a different understanding of what the contract was, there was no basis for thinking that enforcing the contract would maximize value (i.e., that the cow plus calf were worth more to the buyer than to the seller); unless the seller was careless, there was no reason to "punish" him by enforcing the contract. Posner kemudian juga menjelaskan dalam suatu pendekatan lain yang lebih bermanfaat dengan mengamati bahwa: "an unforeseen contingency had occurred and asking how the parties would have allocated the risk of this occurrence had they foreseen it".

⁶⁶ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, third edition (New York: Addison-Wesley Longman, Inc, 2000), 270. Cooter dan Ulen menjelaskan *mutual mistake about facts* sebagai: "a contingency that materializes after the parties sign the contract and makes performance of a contract pointless. Another possibility is that the contingency materialize before the parties sign the contract, without them knowing it".

Dalam kebijakan Pemerintah untuk mendukung risiko-risiko tersebut, Pemerintah membaginya dalam tiga kategori risiko, yaitu, *Pertama*, risiko politik (*political risk*) yaitu risiko yang ditimbulkan oleh kebijakan/ tindakan/ keputusan sepihak dari Pemerintah yang secara langsung dan signifikan berdampak pada kerugian finansial badan usaha, yang meliputi risiko pengambilalihan kepentingan aset, risiko perubahan peraturan perundang-undangan, dan risiko pembatasan, konversi mata uang dan larangan repatriasi dana. *Kedua*, risiko kinerja proyek (*project performance risk*) yaitu risiko yang berkaitan dengan pelaksanaan proyek, yang antara lain meliputi risiko lokasi dan risiko operasional. *Ketiga*, risiko permintaan (*demand risk*) yaitu risiko yang ditimbulkan akibat lebih rendahnya permintaan atas barang/jasa yang dihasilkan oleh proyek kerjasama dibandingkan dengan yang diperjanjikan.⁶⁷

Risiko-risiko yang timbul secara tidak terduga dalam Peraturan Menteri tersebut (*unforeseen contingencies*), suatu argumentasi dari Klaus Berger yang dikutip John Y. Gotanda, menurut Penulis dapat menjadi suatu solusi atau suatu kajian lebih lanjut dalam menyelesaikan perselisihan atas tanggungjawab pengelolaan risiko yang tidak secara jelas diatur dalam perjanjian, yaitu perlunya suatu lembaga arbitrase dan renegosiasi yang harus dicantumkan dalam klausula perjanjian.⁶⁸ Untuk pelaksanaan kebijakan ini, Pemerintah sebelumnya juga telah membentuk Komite Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur.⁶⁹

Dalam risiko kenaikan harga tanah dalam investasi jalan tol, Pemerintah saat ini memiliki dua mekanisme pengadaan tanah yaitu, *pertama* dengan cara mematok kenaikan harga tanah (*land capping*)⁷⁰ dan *kedua* dengan cara

⁶⁷ Peraturan Menteri Keuangan Nomor 38/PMK.01/2006 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pengendalian Dan Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur, tanggal 19 Mei 2006.

⁶⁸ John Y. Gotanda, "Renegotiation And Adaptation Clauses In Investment Contracts Revisited", *Vanderbilt Journal of Transnational Law, International Commercial Arbitration, A Symposium Sponsored By Vanderbilt University Law and Business Program and Vanderbilt Journal of Transnational Law*, March 2003, (October, 2003): 1462.

⁶⁹ Lihat Keputusan Menteri Keuangan RI Nomor 518/KMK.01/2005 Tentang Pembentukan Komite Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur, tanggal 31 Oktober 2005.

⁷⁰ Kementerian PU menerapkan kebijakan *land capping* melalui Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 12 Tahun 2008, sebagai jaminan Pemerintah atas *contingent liabilities* pengadaan tanah (lihat Departemen Pekerjaan Umum, Direktorat Jenderal Bina Marga (tanpa tahun). *Jaringan Jalan Nasional di Indonesia 2008*, 124). *Land capping* merupakan biaya yang

memberikan fasilitas dana bergulir dari BLU,⁷¹ untuk mengurangi risiko investor swasta. Dalam mekanisme *land capping*, Pemerintah akan menanggung kelebihan harga tanah jika lebih dari 110 persen nilai tanah dalam rencana bisnis atau 2 persen dari nilai investasi. Dukungan ini hanya diberikan hingga batas tingkat pengembalian investasi atau *internal rate of return (IRR)*⁷² finansial atau standar kelayakan finansial.⁷³

Penyebab timbulnya risiko kenaikan harga tanah tersebut adalah nilai tanah yang ditawarkan Pemerintah pada waktu melakukan pengadaan investasi jalan tol pada investor swasta, dalam pelaksanaannya, setelah menandatangani PPJT, nilai tanah yang diperkirakan oleh investor jauh diatas nilai tanah yang ditetapkan Pemerintah. Dalam masalah ini, Bouckaert yang mengutip George G. Traintis, menyebutkan masalah kenaikan harga tanah tersebut sebagai adanya suatu informasi yang tidak seimbang antara Pemerintah dan investor (*asymmetric information*).⁷⁴

harus ditanggung Pemerintah karena kenaikan harga tanah. Menurut konsep ini investor membayar biaya pembebasan tanah hingga 110 persen dari alokasi dana untuk tanah yang telah diperhitungkannya, sedangkan sisanya dibayar Pemerintah (Lihat Kompas, "IRR Jadi Patokan „Landcapping“ Tol, Sabtu tanggal 22 Desember 2007, 18, kolom 2-4).

⁷¹ Untuk mengurangi resiko investasi badan usaha sehubungan dengan ketidakpastian pelaksanaan pengadaan tanah, Pemerintah memberikan dana talangan melalui dana bergulir (*revolving fund*) yang dikelola oleh badan layan umum (BLU). Melalui mekanisme ini, Pemerintah akan melakukan pembayaran dan pembebasan tanah pada seksi tertentu dan setelah tanah bebas, badan usaha melakukan pembayaran kepada BLU (lihat Departemen Pekerjaan Umum, Direktorat Jenderal Bina Marga (tanpa tahun). *Jaringan Jalan Nasional di Indonesia 2008*, 123).

⁷² Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 7th Edition (St. Paul, Minn: West Group, 1999), 1268. Dalam Black's Law Dictionary disebutkan, "*internal rate of return: (Accounting). A discounted-cashflow method of evaluating a long-term project, used to determine the actual return on an investment – Abbr. IRR*".

⁷³ http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (Diambil dari Koran Tempo, "Pemerintah Berlakukan Bagi Hasil Proyek Tol Kerugian Investor Tak Ditanggung", Jum'at, 04 Juli 2008, tidak menyebut halaman). Pemerintah kemudian juga akan memberlakukan pembagian imbal hasil (*clawback*) terhadap investor jalan tol yang menggunakan fasilitas *land capping*. Namun, ketua ATI mengatakan Pemerintah seharusnya tidak memaksa soal *clawback*, sebab, *land capping* bukan fasilitas Pemerintah, melainkan konskuensi logis dari kenaikan harga yang tak bisa diprediksi investor. Direktur Utama Jasa Marga Frans S. Sunito, juga mempertanyakan atas dukungan Pemerintah atas fasilitas *land capping* dikaitkan dengan IRR dan mempertanyakan mengapa Pemerintah tidak langsung mematok besaran persentase bagi kewajibannya membayar kelebihan harga untuk pembebasan tanah misalnya 200 persen, atau 300 persen, atau 400 persen, yang lebih sederhana dari pada menghitung nilai IRR (Kompas, "IRR Jadi Patokan *Landcapping* Tol, Sabtu tanggal 22 Desember 2007, 18, kolom 2-4).

⁷⁴ Morten Hviid, dalam Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III. The Regulation of Contracts, Cheltenham, Edward Elgar, 200,

Seharusnya pengadaan tanah untuk kepentingan infrastruktur merupakan kewajiban Pemerintah. Namun, karena keterbatasan dana, Pemerintah menyerahkan kepada investor swasta dengan memperhitungkan biaya pengadaan tanah dalam masa konsesi jalan tol atau masuk dalam investasi. Kebijakan menambah masa konsesi ini dalam praktik tidak banyak disukai oleh investor swasta. Penalaran investor swasta adalah bagaimana mendapatkan pengembalian investasi dan keuntungan dalam waktu singkat. Perbedaan paradigma investor swasta dan Pemerintah dalam hal ini bisa saja menjadi masalah dalam KPS. Untuk resiko pelaksanaan pengadaan tanah tersebut, Pemerintah telah memberikan dukungannya berupa penggunaan dana bergulir BLU.

Transparansi Pemerintah terhadap *masterplan* jalan maupun jumlah *traffic* atau lalu-lintas harian (LHR) serta nilai tanah yang ditawarkan dalam dokumen pengadaan investasi jalan tol juga sangat berpengaruh terhadap perhitungan investasi oleh investor swasta dalam rencana usaha (*business plan*). Perubahan *masterplan* jalan dan tidak akuratnya nilai tanah dan LHR menyebabkan meningkatnya nilai konstruksi dan tanah serta tidak tercapainya pendapatan yang diharapkan (*revenue*) dari LHR yang tidak sesuai rencana usaha. Hal ini dapat dilihat dari kasus PT Citra Margatama Surabaya (CMS).⁷⁵ Akibat dari hal ini

1205 p. ISBN 185898 986 8, IV General Contract Law, 4200 (*Long-Term Contracts and Relational Contracts*, by: Morten Hvidd, University of Warwick, Department of Economics), 4500 (*Unforeseen Contingencies, Risk Allocation in Contracts*, by: George G. Tرائتس, University of Virginia School of Law), Chapter 4200 A2-3, 1205. Disebutkan, bahwa doktrin *asymmetric information* adalah: “Consider a dynamic contract between a principal and an agent, where initially the productivity of the agent is not known to the principal. In any separating equilibrium, productivity of the agent will be known to the principal after the first period. For the ‘bad’ type of agent, separation of involves a distortion leading to a lower utility in every period of the contract than would be the case if his true type was known. If the true type is really the bad type, the distortion can be removed after the first period when the agent’s type is known for sure. Hence if renegotiation is possible, it will take place – the contract is not robust against renegotiation. Moreover, since both parties want to renegotiate, it is difficult to see how the legal system can prevent this happening.”

⁷⁵ Lihat: (a) PT Cipta Strada, Engineering Consultants (September 2008), “Laporan Akhir Audit Teknis Terhadap Konstruksi Dan Pengadaan Lahan Proyek Jalan Tol Waru – Juanda”. Dalam laporan disimpulkan bahwa: kewajiban Pemerintah dalam membebaskan tanah menjadi resiko penuh investor. Seperti lambatnya kinerja P2T menyebabkan investor melakukan operasi pasar untuk percepatan proyek, sehingga berakibat nilai ganti rugi yang lebih tinggi dari yang ditetapkan P2T, dan (b) PT Pamintori Cipta, *Engineering & Management Consultant* (Desember 2008). *Laporan Akhir Kajian Review Traffic Ruas Jalan Tol Waru – Juanda*. Dalam laporan disimpulkan bahwa: jumlah transaksi harian rata-rata (27 April s/d 16 November 2008) pengguna

CMS tidak mampu menutupi pengembalian pinjaman bank (*construction loan*) dari pendapatan yang diharapkan karena tidak tercapainya LHR yang diharapkan sebagaimana rencana usaha.⁷⁶ Untuk kasus ini CMS melakukan permohonan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Sementara (PKPU) ke Pengadilan Negeri Surabaya dalam perkara PKPU No. 01/PKPU/2009/PN-Niaga Surabaya pada tanggal 29 Januari 2009.⁷⁷

Dalam hal ini, bagaimana Pemerintah merealisasikan dukungannya dalam kebijakan-kebijakan yang akan dan telah dikeluarkan sendiri dalam UU No. 38/2004 dan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 2005 Tentang Jalan Tol (PP No. 15/2005), maupun dalam PPJT,⁷⁸ serta kebijakan-kebijakan pendukung lainnya. Khususnya dalam penelitian ini adalah bagaimana implementasi regulasi hukumnya berdasarkan konsep KPS.⁷⁹

Dukungan Pemerintah tersebut berdasarkan kebijakan Pemerintah, adalah melalui suatu Komite Kebijakan Percepatan Pembangunan Infrastruktur (KKPPI) yang dibentuk Pemerintah dengan suatu Peraturan Presiden Republik Indonesia

Jalan Tol Waru – Juanda (Tol WARJU) saat ini hanya mencapai sekitar 12.515 kendaraan/hari (dengan revenue rata-rata Rp65 Juta/hari) atau 15,7 % dari 79.778 kendaraan/hari *target demand* pada *review traffic* CMS Desember 2007, atau 23 % dari 53.462 kendaraan/hari *target demand* pada *business plan* CMS Januari 2007.

⁷⁶ Investor Daily, Jum'at, 06 Februari 2009, 9. Disebutkan: Utang senilai Rp 951 miliar dengan bunga 14 % per tahun itu sebelumnya dikucurkan BCA bersama PT Bank Mega Tbk (MEGA) untuk pembangunan jalan tol WARJU di Surabaya (12,8 km). Tahun ini, CMS seharusnya membayar cicilan sebesar Rp 11-12 miliar per bulan. Namun, CMS tidak sanggup membayar, apalagi jatuh temponya masih sekitar 10 tahun lagi Kewajiban itu tidak sebanding dengan pendapatan perusahaan yang hanya Rp 1,8-2 miliar per bulan.

⁷⁷ http://www.citra.co.id/default_newsdetail.asp?vnewsid=20050812092310 (Diambil dari Seputar Indonesia, "Pengumuman Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Sementara", 40, Kamis, 05 Februari 2009).

⁷⁸ PPJT tersebut merupakan bentuk baru kerjasama Pemerintah dan badan usaha swasta dalam penyediaan infrastruktur setelah diterbitkannya UU No. 38/2004. Sebelumnya berdasarkan UU No. 13/1980 dan PP No. 8/1980, badan usaha swasta bekerjasama dengan BUMN jalan tol.

⁷⁹ Dalam Forum Bersama Ekonomi Indonesia-Jepang di Jakarta, Senin, 11-01-2010, disebutkan bahwa Indonesia memiliki tiga kendala yang menghambat dunia usaha, yakni ketiadaan infrastruktur yang memadai, keterbatasan energi, dan masih buruknya regulasi, menjadi sorotan utama dalam peningkatan investasi. Kusuma AM (Ketua Kamar Dagang dan Industri Komite Indonesia-Jepang), menyebutkan, regulasi dalam pembangunan infrastruktur perlu perbaikan. Misalnya, jangka waktu pemanfaatan lahan, tidak ada kepastian hukum. Dalam memenuhi kebutuhan energi, perlu dukungan regulasi dengan tarif memadai atau sesuai dengan nilai keekonomian (lihat Kompas, "Tiga Kendala Investasi", Selasa tanggal 12-01-2010, 17, kolom 3-6).

Universitas Indonesia

(PP).⁸⁰ Dalam hal ini, akan dijabarkan bagaimana regulasi hukum realisasi kebijakan percepatan pembangunan infrastruktur tersebut oleh Pemerintah sendiri dalam mendukung penerapan konsep KPS khususnya untuk perusahaan jalan tol oleh badan usaha. BPJT sendiri telah berusaha mengidentifikasi masalah-masalah dalam industri jalan tol. Dalam Laporan BPJT “Pengembangan Jalan Tol Di Indonesia”, diidentifikasi permasalahan industri jalan tol adalah:⁸¹

- (a). Biaya pengadaan tanah menjadi beban investor dan waktu pengadaan dan biaya pengadaan tanah tidak pasti.
- (b). Waktu konsesi berkurang (terbuang percuma) akibat dari lamanya proses pengadaan tanah (ketidak pastian waktu) sehingga menurunkan tingkat kelayakan finansial.
- (c). Berbagai masalah dalam pelaksanaan pengadaan tanah antara lain faktor: tim P2T, sengketa tanah, aturan-aturan yang multi tafsir, Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) yang mendasari pengadaan tanah secara musyawarah.
- (d). Kemampuan badan usaha jalan tol dalam menyediakan modal (ekuitas).

1.2. Perumusan Masalah Penelitian.

Uraian-uraian di atas menunjukkan adanya berbagai masalah hukum yang penerapan KPS model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta. Masalah-masalah tersebut kemudian dapat dirumuskan sebagai berikut:

- (a). Bagaimana peran KPS model kontrak BOT sejak dikeluarkannya UU No. 38/2004 dan peraturan pelaksanaannya dalam pembangunan infrastruktur jalan tol di Indonesia?

⁸⁰ Republik Indonesia. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 2005 Tentang Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur (Perpres No. 42/2005).

⁸¹ Departemen Pekerjaan Umum, Badan Pengatur Jalan Tol (22 Februari 2010). “Pengembangan Jalan Tol Di Indonesia”, 15 (laporan tidak dipublikasikan).

- (b). Apakah kebijakan KPS model kontrak BOT sejak dikeluarkannya UU No. 38/ 2004 dan peraturan pelaksanaannya merupakan kebijakan yang tepat bagi pengembangan jalan tol di Indonesia?
- (c). Adakah kendala dalam praktik penerapan KPS model kontrak BOT untuk pembangunan infrastruktur jalan tol yang dilakukan investor swasta di Indonesia dan bagaimana alternatif penyelesaiannya?

1.3. Keaslian Penelitian

Mengenai konsep KPS dalam pembangunan jalan tol di Indonesia khususnya studi model kontrak BOT, ada beberapa penelitian yang telah dilakukan, antara lain:

1. Suatu penelitian tesis Magister Perencanaan dan Kebijakan Publik Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia 2006 oleh Nurdin Manurung dengan judul "Kerjasama Pemerintah Swasta dalam Pembangunan Jalan Tol: Studi Kasus Koridor Jogja – Solo – Kertosono".
2. Suatu penelitian Disertasi Doktor bidang ilmu Sosial dan Politik (Administrasi Publik) Pascasarjana UGM 2005 oleh Muhammad Machmudin Jusuf dengan judul "Privatisasi Layanan Publik" yang meneliti kebijakan pembangunan jalan tol Cawang-Tanjung Priok dengan skema BOT.
3. Suatu penelitian tesis program Magister Teknik Sipil Institut Teknologi Bandung 2005 oleh Arie Adrian Lubis dengan judul "Kajian Alternatif Pendanaan Proyek Jalan Tol Dengan *Private Financing* (Studi Kasus: Pendanaan PT Jasa Marga (Persero) Untuk Ruas Jalan Tol Cikampek A – Padalarang (Cipularang))".
4. Suatu penelitian tesis program Magister Teknis Sipil Institut Teknologi Bandung 2005 oleh Teuku Muhammad Ridwan dengan judul "Analisis Disparitas Pengembalian Investasi Berdasarkan Mekanisme Penentuan Tarif Tol Optimum Dengan Tarif Tol Tetap Pemerintah (Studi Kasus:

Rencana Pembangunan Infrastruktur Jalan Tol Lingkar Paling Luar Jakarta (JORR)”.

Kajian yang dilakukan dalam Disertasi ini adalah pelaksanaan KPS model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta di Indonesia. Dengan demikian yang dikaji adalah aspek-aspek: regulasi, hukum, kontrak dan penyelesaiannya, konsesi, penggunaan tanah, dan, pengadaan dan pendanaan tanah dari konsep KPS model kontrak BOT terkait dengan kesiapan hukum tanah nasional dalam mendukung konsep KPS model kontrak BOT tersebut, yaitu dari segi teori hukum,⁸² refleksi teoritis intelektual,⁸³ untuk menemukan konsep hukum yang benar secara filosofis,⁸⁴ dan latar belakang serta pelaksanaan penerapan KPS model kontrak BOT dalam pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta di Indonesia. Dengan demikian, penelitian Disertasi ini dimaksudkan untuk menghasilkan kajian kritis yang

⁸² J.J.H.Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum*, alih bahasa oleh Arief Sidharta (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999), 4. Bruggink mendefinisikan teori hukum sebagai: ”suatu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan keputusan-keputusan hukum, yang untuk suatu bagian penting sistem tersebut memperoleh bentuk dalam hukum positif”.

⁸³ Ibid. 159-160. Refleksi teoritis intelektual adalah suatu proses untuk menggambarkan pemahan teori hukum itu secara ilmiah dengan cara memikirkan bagaimana prosesnya. Bruggink mencoba mendefinisikan teori hukum dalam arti luas sebagai: ”suatu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum, dan sistem tersebut untuk sebagian yang penting dipoitifkan”. Pada definisi ini terlebih dahulu harus memperhatikan makna ganda dalam istilah ”teori hukum”. Dalam definisi tadi, yang ada dalam pikiran kita adalah teori hukum sebagai produk, karena keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan itu adalah hasil kegiatan teoritik bidang hukum. Namun orang juga dapat memandang teori hukum itu sebagai suatu proses. Dalam hal itu, maka perhatiannya diarahkan pada kegiatan teoritik tentang hukum atau pada kegiatan penelitian teoritik bidang hukum sendiri, tidak pada hasil kegiatan-kegiatan itu.

⁸⁴ B. Arif Sidharta, *Meuwissen Tentang Pengembanan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, terjemahan bab xv, bab xvi dan bab xviii, dari buku Van Apeldoorn’s *Inleiding* yang ditulis oleh Prof. Dr. D.H.M. Meuwissen, Guru Besar Hukum Tata Negara, Filsafat Hukum dan Teori Hukum di Fakultas Hukum Universitas Groningen, Belanda (Bandung: PT. Refika Aditama, 2007), 65-66. Konsep hukum yang benar secara filosofis adalah sebagaimana yang dijelaskan tentang filsafat yaitu: “suatu pendasaran diri dan perenungan diri secara radikal. Ia merefleksi terutama tentang segala hal yang ada, tentang „hal ada” dalam keumumannya”. Dalam konteks konsep hukum, maka filsafat itu berlaku juga bagi filsafat hukum, yaitu memberi pengertian untuk memahami hukum dalam keumumannya (hukum sebagai demikian, *law as such*). Dalam hal ini. Filsafat hukum ingin mendalami „hakikat” dari hukum, dan itu berarti bahwa ia ingin memahami hukum sebagai penampilan atau manifestasi dari suatu asas yang melandasinya. Hukum itu sendiri adalah suatu bagian dari „kenyataan” dan dengan demikian ia juga memiliki sifat-sifat dari kenyataan itu.

orisinal dari segi ilmu hukum mulai dari lapisan dogmatik hukum,⁸⁵ teori hukum dan filsafat hukum⁸⁶ yang pada gilirannya juga akan memberikan manfaat pada praktik hukum.⁸⁷

1.4. Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian yang dilakukan untuk Disertasi ini adalah:

- (a). Memberi gambaran tentang peran KPS model kontrak BOT sejak dikeluarkannya UU No. 38/ 2004 dan peraturan pelaksanaannya dalam pembangunan infrastruktur jalan tol di Indonesia.
- (b). Memberi pertimbangan dasar-dasar teoritis maupun filosofis hukum atas penerapan kebijakan KPS model kontrak BOT dalam PPJT antara Pemerintah dan investor swasta di Indonesia yang tepat dan sesuai.
- (c). Mengidentifikasi kendala-kendala yang menjadi hambatan pelaksanaan penerapan KPS model kontrak BOT dalam pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta di Indonesia dan memberikan alternatif jalan keluarnya.

1.5. Manfaat Penelitian

Manfaat dari penelitian yang dilakukan untuk Disertasi ini adalah:

- (a). Memberikan kajian kritis yang orisinal dari segi ilmu hukum dalam penerapan aspek-aspek: regulasi, hukum, kontrak dan penyelesaian perselisihan, konsesi, penggunaan tanah, serta pengadaan dan pendanaan tanah dalam pembangunan infrastruktur jalan tol yang tepat dan sesuai serta

⁸⁵ Bruggink, 168. Dogmatik hukum menurut Bruggink adalah ilmu hukum dalam arti sempit yang merupakan bagian utama dalam pengajaran pada fakultas-fakultas hukum. Menurut pembagian tradisional, hukum nasional itu dapat dibagi ke dalam cabang pokok hukum perdata, hukum tata negara, hukum administrasi dan hukum pidana, yang didalamnya dibedakan berbagai disiplin dogmatika hukum lainnya.

⁸⁶ Ibid., 177. Filsafat hukum: "Filsafat hukum adalah filsafat. Karena itu ia merenungkan semua persoalan fundamental dan masalah-masalah perbatasan yang berkaitan dengan gejala hukum".

⁸⁷ Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Normatif* (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), 427.

sinkron dengan hukum tanah nasional, dengan memberikan dasar-dasar teoritis maupun filosofis hukum untuk konsep KPS tersebut bagi pembangunan jalan tol oleh investor swasta di Indonesia.

- (b). Hasil penelitian secara teknis dapat dimanfaatkan dalam menyempurnakan PP No. 15/2005, dan menghasilkan rancangan kontrak BOT yang dapat diterima didunia perbankan (*bankable*) serta semua pihak yang berkepentingan (*stakeholders*), sehingga percepatan pembangunan infrastruktur di Indoneisa khususnya jalan tol dapat terlaksana tanpa kendala.
- (c). Secara teoritis infrastruktur jalan tol dalam konteks struktur hukum KPS bisa bersifat: "public goods", atau "private goods" namun berdimensi publik berdasarkan asas perlekatan (asas *accessie*) yang diikuti pemberian HP diatas HPL, atau "mixed public-private goods" berdasarkan asas pemisahan horisontal (*horizontal scheiding*), dan hal ini dapat sebagai bahan untuk kajian lebih mendalam lagi.
- (d). Secara teoritis infrastruktur jalan tol dalam konteks hukum kebendaan perdata terdiri dari tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak. Barang dalam konteks infrastruktur jalan tol adalah bangunan fisik jalan tol itu sendiri. Sedangkan hak-hak dalam konteks infrastruktur jalan tol adalah hak atas pendapatan tol selama konsesi dan hak-hak lain yang melekat.
- (d). Secara teoritis hak konsesi dalam KPS model kontrak BOT harus dilengkapi dengan hak atas penguasaan tanah yang berada di atas suatu hak atas tanah milik Negara (HP di atas HPL) dengan suatu perjanjian atas objek hak atas tanah milik Negara tersebut (HP di atas HPL) berdasarkan asas perlekatan (asas *accessie*) dan sifatnya sebagai "private goods" namun berdimensi publik dan dapat dijaminan dengan jaminan fidusia, dan hal ini dapat sebagai bahan untuk kajian lebih mendalam lagi.

1.6. Lingkup dan Kerangka Teori Penelitian

Batasan penelitian dalam Disertasi ini adalah perusahaan jalan tol oleh investor swasta berdasarkan UU No. 38/ 2004 dan peraturan pelaksanaannya, dan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan hak-hak atas tanah, pembebanan hak atas tanah, pengadaan tanah untuk kepentingan umum, serta peraturan terkait pengadaan investasi kerjasama Pemerintah dan swasta dalam membangun infrastruktur. Penelitian difokuskan pada penerapan KPS model kontrak BOT khususnya dalam penerapan aspek-aspek: regulasi, hukum, kontrak dan penyelesaian perselisihan, konsesi, penggunaan tanah, serta pengadaan dan pendanaan tanah dalam pembangunan infrastruktur jalan tol untuk investor swasta di Indonesia terkait dengan dukungan hukum tanah nasional dalam penerapan konsep KPS model kontrak BOT tersebut. Dalam kerangka teori dipergunakan paradigma⁸⁸ hukum dan ekonomi (*law and economic*), dengan suatu pendekatan perbandingan hukum (*comparative law*). Ada lima jenis penelitian yang dapat menggunakan metode perbandingan hukum:⁸⁹

- (a). Perbandingan sistem-sistem luar negeri dengan sistem dalam negeri untuk mengetahui dengan pasti persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan;
- (b). Kajian-kajian yang mempelajari hubungan sebab akibat antara sistem-sistem hukum yang berbeda;
- (c). Kajian-kajian yang membandingkan beberapa tingkat berbagai sistem-sistem hukum;

⁸⁸ M. Syamsudin, *Operasionalisasi Penelitian Hukum* (Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2007), 11-12. Paradigma adalah: “seperangkat keyakinan dasar (*a set of basic beliefs*) sebagai sistem filosofis utama, induk atau payung yang merupakan konstruksi manusia (bukan konstruksi agama), yang memandu manusia (baca:peneliti) dalam penelitian ilmiah untuk sampai pada kebenaran realitas dalam disiplin ilmu tertentu”. Dijelaskan juga bahwa untuk mencapai kepada kebenaran ilmiah yang diharapkan, yakni penemuan kebenaran realitas dalam suatu penelitian, diperlukan cara pandang atau paradigma tertentu. Dalam suatu penelitian, paradigma merupakan persoalan dasar yang perlu ditetapkan, sebab pilihan paradigma akan sangat berpengaruh terhadap keseluruhan langkah dalam proses penelitian yang dilakukan, baik menyangkut bagaimana cara melihat, memproses dan menganalisis data. Perbedaan paradigma akan berpengaruh pada perbedaan konsep, teori, asumsi, dan kategori tertentu yang melatarbelakangi penelitian tersebut dan berujung pada perbedaan hasil kesimpulan yang diambil. Oleh karena itu, dalam penetapan paradigma ini persoalannya bukan pada salah atau benarnya suatu penelitian, tetapi pada landasan paradigmatis apa yang melatarbelakangi penelitian menjadi sangat penting untuk diketahui.

⁸⁹ Peter de Cruz, *Comparative Law In A Changing World*, Second Edition (London: Cavendish Publishing Limited, 1999), 7.

- (d). Kajian-kajian yang berusaha menemukan atau menguji perkembangan hukum secara umum sesuai dengan periode-periode dan sistem-sistem; dan
- (e). Kajian-kajian yang menganalisa jalan keluar secara objektif dan sistematis dimana berbagai sistem menawarkan saran untuk suatu masalah hukum yang ada.

Perbandingan hukum dalam dunia modern merupakan bagian dari skenario kajian dan penelitian hukum untuk menilai suatu pembangunan. Ada sekitar 42 sistem hukum di dunia yang dapat difokuskan pada tiga keluarga hukum (*legal families*) yaitu, sistem hukum Eropa kontinental (*civil law system*), sistem hukum Inggris (*common law system*) dan sistem hukum sosialis (*socialist system*).⁹⁰ Sehingga perbandingan hukum dapat dikatakan untuk menggambarkan kajian yang sistematis dari tradisi-tradisi hukum khusus dan aturan-aturan hukum atas dasar perbandingan. Untuk menilai usaha yang dilakukan dengan menggunakan perbandingan hukum dibutuhkan perbandingan dua atau lebih sistem hukum, atau dua atau lebih tradisi hukum, atau aspek-aspek yang terseleksi, lembaga-lembaga atau cabang-cabang dari dua atau lebih dari sistem hukum. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa perbandingan hukum lebih merupakan sebagai suatu metode kajian dari pada suatu aturan-aturan badan hukum.⁹¹

⁹⁰ Ibid., 3.

⁹¹ Ibid., 1-29. Peter de Cruz menyebutkan:

- (a). *Comparative law is not the study of one foreign legal system or part of one legal system, even though there are occasional or even frequent glances at one's own system. A study of one branch of foreign law remains a course on a foreign law, and not comparative law.*
- (b). *It is not an elementary account of various legal systems or various families of law. Watson argues that there should be "the necessary intellectual content".*
- (c). *Comparative law cannot properly be referring to an enterprise which is primarily a matter of drawing comparisons. Watson regards this as the most contentious of his three propositions, and concedes that, for example, those who disagree with this may argue that they may start from an individual legal problem which they regard as the same in more than one jurisdiction, and examine the legal response to it. Watson dissents on the basis that, if the starting point is the problem, the danger is that the main focus of the investigation will be on the comparability of the problem, rather than on the comparability of the law, so that it becomes merely a sociological rather than a legal inquiry.*

Menurut Peter de Cruz, perbandingan hukum modern berakar dari dua akar yang berbeda yaitu: (a) *legislative comparative law*, dan (b) *scholarly comparative law*. Dengan demikian perbandingan hukum disimpulkan mempunyai fungsi-fungsi dan tujuan-tujuan sebagai berikut:

1. *Comparative law as an academic discipline;*
2. *Comparative law as an aid to legislation and law reform;*
3. *Comparative law as a tool of construction;*

Argumentasi Alan Watson mengatakan bahwa perbandingan hukum pada akhirnya adalah suatu kajian perkembangan hukum, pola perubahan hukum, dan juga hubungan hukum dan masyarakat. Dia juga mengatakan untuk menemukan faktor-faktor tersebut kita harus berkonsentrasi pada perkembangan hukum dalam periode waktu yang panjang dan dalam masyarakat-masyarakat yang berbeda. Sebagai contoh disebutkan peminjaman dan transplantasi hukum Romawi tentang hukum perbudakan (*slave law*) sebagai model hukum di Amerika Serikat dan Amerika Latin.⁹²

Kehebatan pengaruh hukum Romawi adalah hasil dari tiga faktor utama.⁹³

- (a). Bangsa Romawi membawa pengaruh yang lama (yang abadi) dalam hukum dan pengadilan.
- (b). Mereka membangun suatu sistem dimana perubahan relatif mudah dan kekuasaan untuk membuat reformasi penting ada dalam pekerjaan dari pikiran hukum yang terbaik.
- (c) Kodifikasi hukum kerajaan Justianus pada abad ke-6 masehi, memberikan para ahli hukum sesudahnya, suatu hal yang singkat namun komprehensif atas sistem pengembangan hukum yang tinggi yang membuat suatu model yang mudah disalin.

Banyak pelajaran yang dapat diambil dari perbandingan hukum yang memungkinkan kita melakukan pendekatan hukum Romawi dengan baik. Alan Watson menyimpulkan empat pelajaran yang dapat diambil, yaitu:⁹⁴

- (a). Pertama, seringkali Pemerintah tidak merasa perlu atau secara khusus tidak tertarik menerbitkan peraturan-peraturan (*legislation*) untuk hukum perdata (*private law*);

4. *Comparative law as a means of understanding legal rules;*

5. *Comparative law as a contribution to the systematic unification and harmonisation of law;*

⁹² Alan Watson, *Society and Legal Change*, Second Edition (Philadelphia: Temple University Press, 2001), vii-viii.

⁹³ Alan Watson, *Roman Law & Comparative Law* (Georgia: the University Georgia Press, 1991), 3.

⁹⁴ *Ibid.*, 111-115.

- (b).Kedua, meskipun muncul banyak para legislator hebat, mereka sering tidak tertarik dalam membentuk aturan-aturan individual (*individual rules*) baik pesan-pesan secara politis, sosial atau ekonomi;
- (c) Ketiga, dalam membangun masyarakat, apabila para legislator tidak membuat hukum perdata (*private law*), beberapa kelompok masyarakat akan membuatnya, tanpa otorisasi namun dengan secara diam-diam disetujui Pemerintah; dan
- (d).Keempat, para pembuat hukum pada tingkat lebih rendah seperti para hakim (*jurists or judges*) mengembangkan suatu budaya hukum berdasarkan penalaran hukum (*legal reasoning*) mereka.

Dalam perbandingan hukum, hukum Romawi merupakan sistem yang paling banyak disalin dan diperbaharui di negara-negara Barat. Sebagai contoh pendekatan perbandingan hukum atas pengaruh hukum Romawi terhadap sistem-sistem hukum di negara-negara barat (*western legal systems*) yang dapat kita lihat adalah, *Pertama*, hukum kontrak adalah bagian dari sistem yang sangat asli dan sangat dikagumi, dimana perjanjian-perjanjian perdata dan hukum terkait menempati peran sentral di negara-negara perdagangan. *Kedua*, kajian-kajian hukum Romawi (*Justinian's institutes*) mendominasi pendidikan hukum. *Ketiga*, dalam beberapa sistem hukum modern, berkembang suatu perbaikan hukum atas kontrak yang tidak seimbang bagi para pihak, seperti dalam hukum Skotlandia (*Scots law*) yang dikenal sebagai *laesio enormis*, yang bersumber dari hukum Romawi.⁹⁵

Hal penting terakhir dalam perbandingan hukum adalah masalah komunikasi hukum (*communication of the law*). Paling tidak, hukum dan sistem-sistem hukum membuat tata aturan dalam masyarakat dengan memberikan proses kelembagaan untuk perselisihan dalam membuat aturan. Kebanyakan, mereka langsung mengarahkan pemikiran dan perilaku individu sepanjang disetujui oleh politik yang berkuasa. Dalam masing-masing kasus diharapkan bahwa komunikasi aturan-aturan dan tujuan mereka pada pihak-pihak yang dipengaruhi

⁹⁵ Ibid., 122-201.

akan menjadi sentral ide hukum, namun komunikasi hukum tersebut kurang dihargai. Dunia barat telah membuat penggunaan empat sumber hukum (berdasarkan legitimasi bahwa peradilan biasanya menetapkan keputusannya), yaitu: kebiasaan (*custom*), preseden hukum (*judicial precedent*), pendapat hukum (*juristic opinion*), dan perundang-undangan (*statute - including codes*). Masing-masing sumber memiliki perbedaan implikasinya dalam komunikasi.⁹⁶

Alan Watson pada akhirnya menyimpulkan bahwa perbandingan hukum merupakan disiplin akademis:⁹⁷

Comparative law then, as an academic dicipline in its own right, is a study of the relationship, above all the historical relationship, between legal systems or between rules of more than one system.

Dalam paradigma hukum dan ekonomi, pembangunan jalan tol sebagai suatu investasi, banyak dipengaruhi oleh kebijakan-kebijakan ekonomi. Dalam orasi ilmiahnya, Hikmahanto Juwana menyebutkan hasil penelitian *Asian Development Bank* (ADB), dimana hukum dan lembaga-lembaga hukum di Asia berubah dalam merespon kebijakan ekonomi.⁹⁸

Dalam hukum dan ekonomi (*law and economics*), terdapat 2 karakteristik, yaitu karakteristik pilihan rasional yang maksimal (*rational maximization*) dari individu-individu yang beraktifitas bidang ekonomi,⁹⁹ sedangkan dalam bidang

⁹⁶ Ibid., 266. Komunikasi hukum (*communication of the law*) dikatakan Alan Watson: “At the least, law and legal systems operate to promote order within a society by providing an institutionalized process for regulating disputes. At the most, they exist to direct the thought and behaviour of individuals along channels approved by political superiors”.

⁹⁷ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach To Comparative Law*, 2nd Edition (Georgia: University of Georgia Press, 1993), 9.

⁹⁸ Hikmahanto Juwana, *Penegakan Hukum Dalam Kajian Law & Development*, disampaikan dalam orasi ilmiah, dalam peringatan Dies Natalis ke-56 UI. Dalam orasinya, disebutkan hasil penelitian Asian Deveopment Bank atas 6 negara Asia sehubungan dengan peran dari hukum dan institusi hukum pada pembangunan ekonomi, yang menyimpulkan bahwa, “*Law and legal institutions in Asia changed in response to economic policies. When economic policies were introduced....., the law and its role in Asia economic development became increasingly similar to the West. Not only substantive laws, but also legal process and institutions responded to these changes.....*”. Dalam konteks Indonesia, meskipun peraturan perundang-undangan (*substantive laws*) dan institusi hukum (*legal institutions*) telah merespons pada kebijakan ekonomi, namun mengapa peraturan perundang-undangan dan institusi hukum yang sudah dibentuk tidak dapat merespon sebagaimana yang diharapkan?”.

⁹⁹ Daniel Little, *Varieties of Social Explanations – An Introduction to the Philosophy of Social Science* (Oxford: Westview Press, Inc., 1991), 39. Daniel Little menyebutkan bahwa: “*Social phenomena results from the activities of human beings, and human beings are agent*

hukum, individu-individu tersebut terikat dengan norma-norma hukum yang menghendaki suatu keadilan yang fair (*fairness*) bagi semua anggota masyarakat. Dalam Chicago Law and Economics, dalam *fundamental building blocks of the Chicago approach*, disebutkan:¹⁰⁰

The defining characteristic of the Chicago approach is the straightforward application of microeconomic (or price-theoretic) analysis to the law. As such, this approach embodies the following premises: (1) individuals are rational maximizers of their satisfactions in their nonmarket as well as their market behavior, (2) individuals respond to price incentives in non-market as well as market behavior, and (3) legal rules and legal outcomes can be assessed on the basis of their efficiency properties, along with which comes the normative prescription that legal decision making should promote efficiency.

Pendekatan Chicago dilakukan dengan menganalisa langsung masalah mikro ekonomi terhadap hukum, dimana rasional individu yang bersifat memaksimalkan kepuasan dan respon terhadap harga, dengan suatu keputusan hukum akan menghasilkan suatu efisiensi. Hubungan antar perilaku ekonomi dan norma-norma dengan demikian dapat dikatakan ilegal bila dia bertentangan dengan norma-norma. Namun, dalam pendekatan ekonomi, perilaku dapat menjadi rasional meskipun bertentangan dengan norma-norma sosial:¹⁰¹

The „rational“ individual of economics contrasts, of course, with the „reasonable“ individual of traditional legal theory – an individual who is socialized into the norms and conventions of community, and whose behavior corresponds to these norms. The law is said to reflect these norms and conventions, and thus is obeyed by reasonable individuals. Those who engage in „illegal“ activities are seen as unreasonable in that they have violated these norms and conventions. In contrast, the economic approach says that behavior can be (and usually is) rational even when it conflicts with these social norms

whose actions are by their beliefs, goals, meanings, values, prohibitions, and scruples. Human beings, that is, are intentional creatures who act on the basis of reasons.”

¹⁰⁰ Nicholas Mercure and Steven G. Medema, *Economics and the Law – From Posner to Post Modernism* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997), 57.

¹⁰¹ *Ibid.*, 58.

Dalam pembangunan infrastruktur jalan tol di Indonesia, Pemerintah dalam UU No. 38/2004, telah menerapkan konsep hukum baru yaitu konsep KPS.¹⁰² Perubahan hukum dan lembaga-lembaga hukum tersebut banyak dikaitkan dengan fenomena transplantasi hukum (*legal transplant*).¹⁰³

Transplantasi hukum digunakan untuk menentukan mengenai kesesuaian konsep-konsep hukum dari luar (*compatibility foreign legal concepts*) atau kualitas sistem-sistem hukum luar negeri (*the merits of foreign legal systems*) dan untuk memberikan serangkaian ide-ide hukum dari luar negeri. Metode perbandingan hukum modern berhubungan dengan transplantasi hukum dan penerimaan hukum luar negeri.¹⁰⁴

Perdebatan sekitar teori transplantasi hukum dimulai pada tahun 1974, antara pendapat Alan Watson dan Otto Kahn-Freund. Pertentangan pendapat tersebut tidak hanya terkait masalah bagaimana mengevaluasi pelaksanaan transplantasi hukum yang diajukan, namun juga terhadap kegunaannya sebagai alat (*a tool of comparative scholars*). Perbedaan pendapat mereka dapat dilihat dari asumsi-asumsi (*propositions*) yang bertentangan mengenai hubungan antara hukum negara (*a state's law*) dan masyarakatnya (*its society*). Jika Alan Watson mengasumsikan tidak ada hubungan antara hukum dan masyarakat,¹⁰⁵ Otto Kahn-Freund berpendapat sebaliknya. Mengacu pada Montesquieu, Otto Kahn-Freund

¹⁰² Daniel Berkowitz, Katharina Pistor, and Jean-Francois Richard (February 2000), "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect". Working Paper Number 308, William Davidson Institute, 1. Semakin diakui bahwa hukum memainkan peran penting dalam pembangunan ekonomi. Transplantasi tidak saja merupakan suatu pendekatan untuk mengukur kualitas hukum namun juga efektivitas pelaksanaan aturan hukum (*judiciary, rule of law, the absence of corruption, low risk of contract repudiation and low risk of government expropriation*). Kerjasama yang kuat antara hukum dan pembangunan ekonomi secara sederhana dapat diartikan bahwa negara-negara kaya dapat memberikan lembaga-lembaga yang lebih baik.

¹⁰³ Steven J. Heim, "Predicting Legal Transplants: The Case of Servitudes in The Russian Federation", Symposium: Social Justice and Development: Critical Issues Facing the Bretton Wood System, Transnational Law & Contemporary Problems, (Spring 1996): 189. Dalam hal ini, dijelaskan oleh Steven J. Heim, kalimat "*legal transplants*" mengacu pada pergerakan (*movement*) dari aturan-aturan hukum (*legal norms*) atau hukum khusus (*specific laws*) dari suatu negara (*state*) ke negara lain selama proses penciptaan hukum (*law-making*) atau reformasi hukum (*legal reform*).

¹⁰⁴ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistel.html#68>. Loukas A. Mistelis, "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations", Reproduced with permission of 34 International Lawyer, (2000): 1065.

¹⁰⁵ Heim, "Predicting Legal Transplant", 193.

mengatakan bahwa hukum seharusnya sesuai dengan masyarakat dimana hukum tersebut dibuat dan tidak dapat dikatakan bahwa hukum suatu negara akan sesuai dengan hukum negara lain (*"it is very unlikely that the laws of one nation can suit another"*).¹⁰⁶

Dalam pergerakan norma-norma hukum atau hukum-hukum spesifik dari suatu negara ke negara lain selama proses pembuatan undang-undang atau reformasi hukum (transplantasi hukum), apakah hal ini dapat berhasil atau tidak, ada 2 teori yang berbeda dalam pendekatannya. *Pertama* teori dari Alan Watson dan *kedua* teori dari Otto Kahn-Freund.¹⁰⁷

Teori Watson dimulai dengan asumsi bahwa tidak ada hubungan yang melekat antara hukum dan masyarakat dalam pelaksanaannya. Watson percaya bahwa hukum secara luas bersifat otonomi, dengan kehidupannya sendiri. Watson menyatakan bahwa hukum dibangun dengan cara transplantasi.¹⁰⁸

Law develops by transplanting, not because some such rules was inevitable consequence of the social structure and would have emerged even without a model to copy, but because the foreign rule was known to those with control over law making and they observed the (apparent) benefits which could be derived from it. What is borrowed that is to say, is very often the idea.

Berdasarkan teori Watson, aturan-aturan hukum (*a legal rules*) ditransplantasikan secara sederhana, karena hal tersebut merupakan ide-ide yang baik (*good ideas*). Watson juga tidak secara nyata menghadirkan suatu metode untuk memprediksi kelangsungan transplantasi hukum yang diajukan. Tulisannya memberikan arahan untuk metode tersebut. Dia kemudian mengidentifikasi beberapa faktor, dimana dia yakin harus dipertimbangkan untuk diputuskan bila kondisi-kondisinya siap untuk perubahan hukum dengan cara transplantasi.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ibid., 195.

¹⁰⁷ Ibid., 189. Disebutkan dalam tulisannya: *"Aside from this vague definition of legal transplants, scholars debate nearly every aspect of legal transplant theory. Areas of contention range from whether legal transplants are even possible to the specific method used in predicting the success of a proposed transplant."*

¹⁰⁸ Ibid., 193.

¹⁰⁹ Ibid., 207.

Aplikasi teori transplantasi yang diajukan oleh Watson, harus dianalisa dan diuji. Teori Watson mengatakan bahwa aturan-aturan hukum (*a legal rules*) ditransplantasikan secara sederhana, karena hal tersebut merupakan ide-ide yang baik (*good ideas*). Permasalahannya adalah kita perlu menganalisa faktor-faktor apa saja yang menentukan ide yang baik (*good idea*) dapat ditransplantasikan secara sederhana. Kesimpulan analisa dan pengujian ide hukum yang akan ditransplantasikan adalah apabila ada kesamaan faktor antara negara donor (negara pemberi) dan negara penerima (*receiving state*), maka transplantasi ide hukum berhasil. Ada tujuh faktor yang harus diuji untuk menentukan tingkah laku masyarakat terhadap perubahan hukum dengan cara transplantasi dapat berjalan dengan baik, yaitu:¹¹⁰

- (a). *Pressure force*, yaitu perilaku masyarakat atas perubahan hukum dengan cara transplantasi (individu atau organisasi) yang percaya bahwa manfaat akan dihasilkan dari perubahan hukum;
- (b). *Opposition force*, yaitu berlawanan dengan *pressure force* dimana perilaku masyarakat atas perubahan hukum dengan cara transplantasi (individu atau organisasi) yang percaya bahwa kerugian akan dihasilkan dari perubahan hukum;
- (c). *Transplant bias*, yaitu perilaku umum masyarakat terhadap hukum yang ditransplantasikan atau setelah pengujian-pengujian secara menyeluruh atas penerimaan hukum;
- (d). *Discretion factor*, yaitu faktor yang mempertanyakan apakah aturan yang ditransplantasikan dapat dihindarkan dengan cara pilihan, atau apakah penerapan aturan tidak dapat dielakan;
- (e). *Generally factor*, yaitu lingkup aturan hukum atau tipe masyarakat atau tipe situasi dipengaruhi oleh transplantasi;
- (f). *Societal inertia*, yaitu sifat dari sekelompok elit berkuasa yang mempunyai kepentingan untuk tidak ada perubahan (*status quo*); dan

¹¹⁰ Ibid., 207-214.

(g). *Felt-needs*, yaitu apakah masyarakat merasa dirinya membutuhkan perubahan yang melekat dalam aturan hukum.

Penentuan keberlangsungan suatu perubahan hukum dengan cara transplantasi dapat dibuat hanya setelah faktor-faktor yang menunjang perubahan hukum tersebut didekatkan dengan hal-hal yang melarangnya atau yang menentanginya. Untuk membuat kedekatan tersebut, pengujian secara detail dari tiap-tiap faktor tersebut dibutuhkan.¹¹¹

Kahn-Freund tidak setuju dengan asumsi Watson tersebut. Kahn-Freund mengklaim bahwa hukum tidak harus dipisahkan dari tujuannya atau dari keadaan-keadaan dimana dia dibuat. Dia berargumentasi bahwa kita tidak dapat menjamin aturan-aturan atau lembaga-lembaga dapat ditransplantasikan (*we cannot take for granted that rules or institutions are transplantable*) dan yakin bahwa ada tingkat-tingkat dalam pemindahan aturan-aturan atau lembaga-lembaga tersebut (*there are degrees of transferability*).¹¹²

Disini terlihat bahwa Kahn-Freund dipengaruhi oleh pemikiran Carl Von Savigny, seorang penganut mazhab hukum sejarah dari Jerman, yang mengatakan bahwa hukum positif adalah berasal dari spirit masyarakatnya (*volkgeist*).¹¹³ Sehingga dalam perdebatan ini Alan Watson kemudian mengatakan:¹¹⁴

Law shows us many paradoxes. Perhaps the strangest of all is that, on the one hand, a people's law can be regarded as being special to it, indeed a sign of that people's identity, and it is in fact remarkable how different in important detail even two closely

¹¹¹ Ibid., 207. Faktanya, dari penelitian Steven J. Heim, Pertama, *servitudes* itu sendiri menginginkan *liberty, efficiency, public policy*, dan memungkinkan dalam masyarakat "*private land-owning*", yang sedang berkembang di Federasi Rusia. Kedua, ide kontrol "*private land-use*" tidak bertentangan dengan kondisi politik, sosial, atau ekonomi Federasi Rusia. Dengan demikian, berdasarkan analisa teori Watson, "*servitude system*" dapat ditransplantasikan dari negara Amerika (negara donor) ke negara penerima (the Russian Federation).

¹¹² Mistelis, "Regulatory Aspect", 1066. Dalam tulisannya, mengutip pendapat Ewald yang kemudian menyimpulkan teori Kahn-Freund sebagai: "*legal institutions may be more-or-less embedded in a nation's life, and therefore more-or-less readily transplantable from one legal system to another; but nevertheless at one end of the spectrum law is so deeply embedded that transplantation is in effect impossible.*"

¹¹³ Hari Chand, *Modern Jurisprudence* (Kuala Lumpur: International Law Book Services, 1994), 125. Carl Von Savigny mengatakan (dikutip oleh Hari Chand pada halaman 125: "*Law is based on a common conviction of the people. Law has no independent existence. It is based on the (volkgeist) common conviction of the people. Law is ... as a product of the people's life...*"

¹¹⁴ Watson, *Legal Transplants: An Approach To Comparative Law*, 21.

related systems might be; on the other hand, legal transplants – the moving of a rule or a system of law from country to another, or from one people to another – have been common since the earliest recorded history.

Kahn-Freund mengidentifikasi dua tahap proses untuk menetapkan keberlangsungan transplantasi yang diajukan:¹¹⁵

- (a). Tahap pertama adalah menentukan hubungan antara aturan hukum (*legal rule*) yang akan ditransplantasikan dan struktur sosial-politik dari negara donor (*the donor state*).
- (b). Tahap kedua adalah melibatkan perbandingan situasi lingkungan sosial-politik negara donor (*donor state*) dan negara penerima (*receiving state*).

Ada kesepakatan, bagaimanapun juga, kalimat transplantasi hukum mengacu pada pergerakan norma-norma hukum (*legal norms*) atau hukum-hukum khusus (*specific laws*) dari satu negara ke negara lainnya selama proses pembuatan undang-undang (*the process of law-making*) atau reformasi hukum (*legal reform*). Bagaimanapun juga, sebagai konsekuensi dari asumsi-asumsi yang bertentangan ini, pertentangan teori mereka tidak hanya mengenai bagaimana mengevaluasi keberlangsungan transplantasi hukum yang diajukan, tetapi juga untuk kesimpulan umum bahwa dapatkah dicapai kegunaan transplantasi hukum sebagai alat para akademisi perbandingan hukum (*a tool of comparative scholars*). Para ahli hukum lainnya memperdebatkan hampir semua aspek teori transplantasi hukum.¹¹⁶

Aplikasi teori transplantasi yang diajukan oleh Kahn-Freund, dilakukan dengan pendekatan yang berbeda secara keseluruhan dengan teori Watson. Kahn-Freund berargumentasi, dalam mengkaji penggunaan perundang-undangan luar

¹¹⁵ Mistelis, "Regulatory Aspect", 1066. Dalam pandangan teori transplantasi Kahn-Freund ini, Loukas A. Mistelis berpendapat bahwa kajian transplantasi hukum muncul kembali sejak jatuhnya aturan totalitarian. Tidak ada sistem dalam negeri yang sempurna atau dapat dipindahkan secara keseluruhan. Harmonisasi menjadi lebih efektif, dan transplantasi hukum akan berguna apabila sesuai dengan badan hukum yang ada di negara penerima dan hal ini bukan pertanyaan kesesuaian dengan masyarakat lokal. Penggabungan secara sukarela dan inspirasi dari ide-ide luar negeri, konsep-konsep hukum luar negeri, dan seleksi yang hati-hati atas transplantasi hukum dapat menjamin kerangka hukum komersial membantu pembangunan ekonomi. Paling tidak, dalam konteks transaksi internasional, kecenderungan ini telah tercatat dan harus diterima.

¹¹⁶ Ibid.

negeri (*foreign legislation*) untuk pembentukan hukum (*law-making*) di negaranya, harus mempertanyakan dirinya, yaitu sejauh mana aturan hukum atau lembaga memberikan keberadaannya atau kelanjutan keberadaannya pada distribusi kekuasaan di negara asal (*foreign country*) yang mana kita tidak melakukannya.¹¹⁷

Dalam hal tersebut, dua kunci pertanyaan harus dijawab sebelum keberlangsungan transplantasi dapat ditentukan. *Pertama*, pertanyaan yang menyangkut bagaimana hubungan antara penalaran aturan hukum dan lingkungan sosial-politik dari negara asal, dan *Kedua*, pertanyaan yang menyangkut seberapa dekat hubungan antara lingkungan sosial-politik negara asal dan negara penerima.

Untuk menjawab pertanyaan ini, Kahn-Freund menyarankan bahwa tiga aspek khusus dari kondisi lingkungan sosial-politik suatu negara harus diuji. *Pertama*, yang menyangkut struktur makro-politik negara asal (apakah negara demokrasi atau negara diktator, komunis atau non-komunis), *Kedua*, yang menyangkut distribusi kekuasaan dalam sistem politik (bagaimana pemisahan kekuasaan diantara lembaga-lembaga Pemerintah), dan *Ketiga*, yang menyangkut peran yang dimainkan organisasi-organisasi kelompok yang mempunyai kepentingan (tidak saja kelompok-kelompok berbasis ekonomi tapi juga budaya, agama dan lainnya).¹¹⁸

Teori Otto Kahn-Freund mengenai transplantasi hukum harus disikapi secara hati-hati. Eksistensi hukum tidak dapat dipisahkan dengan tujuan hukum itu sendiri dan dari lingkungan dimana hukum tersebut diberlakukan. Artinya, hukum sebenarnya dapat ditransplantasikan, namun demikian, jika tidak dapat diterima oleh budaya (masyarakat) dimana hukum tersebut hendak ditransplantasikan, transplantasi tidak berhasil, sebagaimana komentar Norman Marsh:¹¹⁹

¹¹⁷ Heim, "Predicting Legal Transplant", 215-218.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Widjaja, Gunawan. *Transplantasi Trust dalam KUH Perdata, KUHD, dan Undang-Undang Pasar Modal Indonesia* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2008), 24. Mengutip Norman Marsh (lihat juga: Heim).

Legal transplants of laws springing from a society with one kind of a power structure may wilt and wither in another society with different power structure. Comparist who aspire to be national law reformers must be careful to see that their legal transplants are put in the right plot, that is one which more or less provides the same kind of socio-political soil as that from which they were taken.

Dalam pandangan Kahn-Freund, Alan Watson juga menjelaskan bahwa suatu masyarakat tidak ingin meminjam suatu aturan yang banyak ketidaksesuaiannya.¹²⁰ Kenyataannya, faktor-faktor penentu untuk peminjaman sistem sering tidak ada hubungannya dengan kebutuhan masyarakat yang meminjam. Dalam pengalaman pengaruh hukum Jerman atas Jepang dan Yunani (*Greece*), ternyata bahwa penerimaan sistem hukum adalah bukan masalah kualitas namun adalah masalah kekuasaan (*power*),¹²¹ sebagaimana disebut Alan Watson:¹²²

¹²⁰ John Gillespie, "Globalisation And Legal Transplantation: Lessons From The Past", *Deakin Law Review*, (2001): bab VII. Dalam tingkat pelaksanaan, ide hukum Barat (*Western law*) dengan mudah ditransplantasikan ke teknokrat-teknokrat yang dilatih dengan hukum Barat (*Western trained legal rechnocrats*) yang sudah terlatih yang masuk dalam proyek-proyek harmonisasi hukum dan bantuan luar negeri. Proses politik dibutuhkan untuk melindungi kelemahan dari transplantasi sistem-sistem perdagangan bebas di negara-negara non-demokratis di Asia Timur.

¹²¹ R.M. Dworkin, *Filsafat Hukum, Sebuah Pengantar*, diterjemahkan oleh: Yudi Santoso, S. Fil. (Yogyakarta: Merkid Press, 2007), 1-41 Mengutip tulisan H.L.A. Hart, "Positivisme Dan Pemisahan Hukum Dan Moral". Kekuasaan (*power*) dalam hal ini sama dengan apa yang disebut sebagai "perintah" sebagai bagian dari unsur hukum dalam tulisan H.L.A. Hart tersebut, mengutip pendapat Austin (seorang filosof yang menganut aliran positivisme hukum, yang kemudian dikembangkan oleh H.L.A.Hart dengan konsep pemisahan hukum dan moral. Lihat: M.D.A Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, 207-219 dan 367-369), dimana, hukum yang benar terdiri dari 3 (tiga) unsur, yaitu: (a) perintah, (b) kewajiban, dan (c) sanksi. Dalam pemisahan hukum (*das sein*) dan hukum yang lain atau moral (*das sollen*), oleh Austin, disimpulkan bahwa hukum seperti ini tetaplh hukum walaupun bertentangan secara moral atau tidak. H.L.A. Hart mengkritisasi hubungan yang paling esensial antara hukum dan moral tersebut. Dikatakan bahwa tidak pernah ada pembuat undang-undang yang bisa menciptakan hukum kecuali diperlengkapi dengan aturan-aturan fundamental yang diterima secara umum, dan yang menghususkan diri kepada prosedur esensial pembuatan hukum. Sedangkan perintah sendiri dapat menjadi hukum apabila memenuhi dua kondisi, yaitu:

1. sifatnya umum, dan
2. diperintahkan oleh pihak tertentu disetiap masyarakat politis apapun bentuk konstitusionalnya.

H.L.A.Hart dalam hal ini juga mengkritisi Salmond (salah satu ahli hukum pertama di Inggris yang memisahkan diri dari tradisi Austinian), yang mengatakan bahwa analisa berdasarkan perintah tidak memberi tempat bagi konsep hak. Pemikiran Salmond adalah bahwa jika hukum hanyalah sebuah perintah, maka kita tidak bisa lagi membicarakan hak-hak legal dan kekuasaan sebagai suatu yang dilimpahkan atau muncul di bawahnya. Kritisasi Hart menyatakan bahwa

In other words, a foreign law is received not because it is regarded as the best. Much more, the receptibility of a foreign legal system is a question of power, the result of at least a spiritual and cultural power position of the receive law, a position of power which again is conditioned by the fact that the law is that of a strong political power, whether that power is still real or at least there exists a living memory of it and its culture.

Pendekatan badan reformasi hukum modern juga menimbulkan pertanyaan masalah peminjaman dan kekuasaan (*borrowing and authority*). Dalam hal ini, badan tersebut dibentuk untuk menyarankan reformasi hukum mulai secara normal tidak dengan mencoba memikirkan caranya berdasarkan karakter-karakter dan kondisi-kondisi lokal,¹²³ akan tetapi dengan menguji solusi-solusi eksternal. Dalam transplantasi ini Alan Watson menyimpulkan:¹²⁴

- (a). Transplantasi aturan-aturan individual atau sebagian besar sistem hukum adalah sangat umum - *The transplanting of individual rules or of a large part of a legal system is extremely common;*
- (b). Transplantasi, faktanya adalah sumber pembangunan yang sangat subur. Banyak perubahan-perubahan di banyak sistem adalah hasil dari peminjaman - *Transplanting is, in fact, the most fertile source of development. Most changes in most systems are the result of borrowing;*
- (c). Pada tingkat yang benar-benar mengherankan, hukum berakar dari masa lalu - *To a truly astounding degree law is rooted in the past;*

aturan-aturan sistem legal mestinya berkaitan dengan aturan moral atau prinsip keadilan, dan hanya diatas peninjauan ini barulah fenomena hak-hak legal bisa dijelaskan.

¹²² Watson, *Society and Legal Change*, 98-99. Penaklukan wilayah oleh Napoleon membantu penyebaran hukum Perancis meskipun diluar penaklukan wilayah, namun pengaruh dominan dari hukum Perancis di abad ke-19 adalah lebih karena kekuatan dari "*Code Civil*" dan ketiadaan saingan. Dengan demikian hal yang penting adalah pada saat suatu sistem digunakan atau diterima, maka aturan-aturannya akan dipinjam walaupun ada aturan-aturan tertentu yang tidak efisien dan tidak sesuai.

¹²³ David Nelken, "Signaling Conformity: Changing Norms in Japan and China", *Mixed Reception: Culture, International Norms, and Legal Change in East Asia Comment*, (Cite as: 27 Mich. J. Int'l L. 933), Michigan Journal of International Law. Copyright © 2006 University of Michigan Law School, (Spring 2006): 972. Dalam globalisasi, proses transplantasi juga dipengaruhi oleh peran budaya, norma dan juga hak asasi.

¹²⁴ Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 95-101.

Universitas Indonesia

- (d). Transplantasi aturan-aturan hukum adalah mudah secara sosial - *The transplanting of legal rules is socially easy;*
- (e). Penerimaan secara sukarela atau transplantasi hampir selalu dalam hal transplantasi mengenai permasalahan penting – melibatkan perubahan hukum, yang dapat disebabkan beberapa faktor, seperti iklim, kondisi-kondisi ekonomi, pandangan agama - *A Voluntary reception or transplant almost always – always in case of a major transplant – involves a change in the law, which can be due to any number of factors, such as climate, economic conditions, religious outlook;*
- (f). Tidak ada wilayah hukum perdata dapat dirancang secara ekstrim menentang perubahan akibat pengaruh dari luar negeri - *No area of private law can be designated as being extremely resistant to change as a result of foreign influence;*
- (g). Waktu proses penerimaan adalah selalu suatu waktu pada saat ketentuan dilihat secara dekat. Dengan demikian adalah suatu waktu ketika hukum dibentuk kembali atau dibuat lebih canggih. Hal tersebut kemudian memberikan masyarakat penerima (*the recipient society*) kesempatan baik untuk menjadi donor pada gilirannya - *The time of reception is often a time when the provision is looked at closely, hence a time when law can be reformed or made more sophisticated. It thus gives the recipient society a fine opportunity to become a donor in its turn;*
- (h). Penerimaan adalah mungkin dan masih mudah saat masyarakat penerima keadaan sangat kurang dari segi material dan budaya, bahkan dalam perubahan-perubahan membawa pada kesederhanaan, atau bahkan kebidaban. - *Reception is possible and still easy when the receiving society is much less advanced materially and culturally, though changes leading to simplification, even barbarisation, will be great;*
- (i). Hukum luar negeri dapat berpengaruh meskipun ketika secara total disalah mengerti - *Foreign law can be influential even when it is totally misunderstood;*

- (j). Dua kesimpulan sebelumnya, faktanya hampir semua sejauh ini, menunjukkan pentingnya otoritas untuk transplantasi dan hukum secara umum - *The previous two conclusions, in fact almost all so far, show the importance of authority for transplants and for law in general;*
- (k). Sebuah bangsa yang menemukan hukum bisa secara leluasa bebas dari menerima transplantasi meskipun pada saat pengaruh luar negeri sangat penting dalam masalah lain dimasyarakat. Namun ini tidak selalu menjadi permasalahan - *A nation which is inventive in law may be largely free from accepting transplants even at a time when foreign influence is very important in other matters in the society. But this is not always the case;*
- (l). Hukum sebagaimana halnya teknologi sangat bermanfaat bagi pengalaman manusia - *Law like technology is very much the fruit of human experience;*
- (m). Masyarakat berkembang sepanjang garisnya dan untuk memperlihatkan tanda perkembangan budaya dan penemuannya dalam satu bidang bukanlah indikasi bahwa perkembangan yang sama akan terjadi ditempat lain - *Peoples develop along their own lines and to show marked cultural progress and inventiveness in one field is no indication that similar progress will be made in others.*

Dengan demikian dalam transplantasi hukum ada beberapa teori yang dapat digunakan sebagai dasar untuk menggunakan dan menerapkan hukum atau sistem hukum asing di suatu negara.

Pertama teori transplantasi hukum yang diajukan oleh Kahn-Freund, dimana konsep hukum atau ide hukum dari luar (*the foreign rules*) dari negara asal tidak begitu saja dapat diterapkan di negara penerima.¹²⁵ Hukum dalam hal ini tumbuh dan berkembang dari masyarakat itu sendiri (*inner necessity*).¹²⁶ Tiga

¹²⁵ James Wiilard Hurst, *Justice Holmes On Legal History* (New York: The Macmillan Company, 1964), 4. Dijelaskan, dalam pandangan sejarah hukum, Justice Holmes melihat bahwa sejarah hukum turun dari masa ke masa, dan logika usaha membangun kasus-kasus konkret yang ada dalam pengalaman menjadi aturan yang universal. Holmes juga melihat bahwa perubahan lingkungan menghasilkan lembaga-lembaga baru, dan menghasilkan keyakinan-keyakinan dan keinginan-keinginan baru.

¹²⁶ Chand, 125-126. Pandangan Von Savigny (yang dikutip Hari Chand pada halaman 125), hal ini merupakan pandangan baru untuk melihat hukum yang berakar dari kehidupan masyarakat. Sebelum masa Von Savigny, hukum telah dipelajari sebagai akar dari hukum alam (*nature*) atau penalaran yang benar (*right reason*) atau dari positivisme hukum, sebagai kehendak

dalil (*postulates*) dalam hal ini telah dipadukan dari Kahn-Freund dan para ahli sosiologi hukum untuk mengidentifikasi interaksi antara hukum-hukum yang di-impor dan struktur-struktur sosio-politik negara penerima, yaitu:¹²⁷

- (a). Ideologi hukum: hukum-hukum yang ditransplantasi harus mengacu pada ideologi yang dominan di negara penerima. Transplantasi hukum yang berhasil dipengaruhi dengan sangat kuat oleh kesesuaian (harmonisasi) antara isi (*content*) ideologi hukum-hukum yang ditransplantasikan dan ideologi-ideologi politik hukum negara penerima. Ideologi digunakan untuk mengidentifikasi kategori maksud untuk memahami realita sosial.
- (b). Perbedaan struktural dalam distribusi kekuasaan: hukum-hukum yang ditransplantasikan harus bersikap sesuai dengan kerangka-kerangka kerja hukum dan budaya-budaya politik hukum. Keefektifan hukum yang

dari penguasa (*sovereign*). Menurut Von Savigny, sumber hukum adalah kehidupan masyarakat. Dengan demikian hukum bukan kehendak dari penguasa, atau berasal dari Tuhan (*divine*) atau alam (*natural law*), namun hukum berasal dari kehidupan masyarakat. Hukum menurut Von Savigny adalah produk dari kehidupan masyarakat sebagai manifestasi dari semangat masyarakat. Dengan demikian sumbernya adalah kesadaran masyarakat itu sendiri secara umum. Pada saat masyarakat hidup bersama kesatuan semangat memungkinkan dinyatakan dalam bahasa, cara, etika dan hukum. Kesatuan ini dilestarikan oleh tradisi oleh generasi selanjutnya. Hal ini berjalan secara lambat dan membutuhkan proses yang panjang.

Von Savigny menolak hukum alam (*natural law*), sejarah sendiri adalah jalan untuk memahami kondisi-kondisi kita sendiri, sehingga dikatakan Von Savigny (yang dikutip Hari Chand pada halaman 126):

1. *Law was a part of the culture of the people; people's natural spirit, volksgeist (a highly elusive and romantic idea);*
2. *All law originated in custom. It was later that it was created juristically, that is, law is to be found, not made;*
3. *The common conviction of the people is the origin of law. Law grows with the growth, and strengthens with the strength of the people, and finally dies away as the nation loses its nationality.*

Dalam perkembangan hukum (*development of law*), dengan demikian, menurut Hari Chand dengan mengacu pada Von Savigny, ada 3 (tiga) tahap perkembangan hukum:

1. *Political element – these are principles of law which are not found in legislation but are part of national convictions (volks glauben);*
2. *Technical element of juristic skill – codification is feasible when juristic skill is well developed;*
3. *Loss of national identity.*

¹²⁷ John Gillespie, "Globalisation And Legal Transplantation: Lessons From The Past", 15-19. John Gillespie melihat teori Kahn-Freund dalam konteks sejarah hukum yang memperlihatkan bahwa transplantasi hukum tertentu masuk di wilayah hukum negara luar, meskipun dengan keberhasilan yang sangat terbatas dalam pemakaian hukum diantara negara-negara barat. Sehingga John Gillespie membuat suatu kesimpulan (postulat) berdasarkan sintesis teori Kahn-Freund dan sosiologi hukum.

ditransplantasikan juga sangat dipengaruhi oleh keseusiannya dengan struktur-struktur kekuasaan dan budaya-budaya hukum negara penerima (*epistemologies*). Budaya politik hukum secara historis dikondisikan, secara dalam memperkuat perilaku yang mempengaruhi cara para birokrat dan hakim-hakim menggunakan hukum untuk menemukan realitas.

- (c). Kelompok-kelompok kepentingan khusus: hukum-hukum yang ditransplantasikan harus menarik dukungan dari kelompok-kelompok kepentingan negara penerima dan bersikap dengan rezim-rezim produksi lokal. Hukum-hukum tertentu memerlukan susunan-susunan khusus dari negara dan kelompok-kelompok kepentingan non-negara, seperti organisasi-organisasi dukungan pasar (sebagai contoh bank-bank, ahli-ahli hukum, para akuntan, serikat-serikat kerja, partai-partai politik, pasar dan keluarga berbasis struktur-struktur komersial) untuk berfungsi secara efektif.

Kedua adalah teori kekuasaan (*power*) yang diajukan oleh Alan Watson dalam transplantasi hukum. Dalam teori kekuasaan tersebut, dijelaskan oleh Alan Watson dalam contoh penaklukan wilayah oleh Napoleon. Penaklukan wilayah oleh Napoleon tersebut membantu penyebaran hukum Perancis. Selain penaklukan wilayah, pengaruh dominan dari hukum Perancis di abad ke-19 adalah lebih karena kekuatan dari “*Code Civil*” dan juga ketiadaan saingan.¹²⁸

Dalam penulisan Disertasi ini Penulis menggunakan teori kekuasaan (*power*) yang diajukan oleh Alan Watson dalam transplantasi hukum. Beberapa ahli hukum menafsirkan secara salah atas teori Watson sebagaimana cara pandang Piere Legrand:¹²⁹ “*At best, what can be displaced from one jurisdiction to another is, literally, a meaningless form of words*”. Namun banyak yang mendukung teori Watson seperti Roger Cotterrell, kemudian Hei Wei Guo dari Cina yang menguji transplantasi prinsip hukum “*Piercing the Corporate Veil*” di Cina. Pandangan Watson mengenai transplantasi hukum tersebut lebih didasarkan pada bukti

¹²⁸ Watson, *Society and Legal Change*, 98-99.

¹²⁹ Widjaya, 28. Mengutip He Wei Guo, yang mengutip Piere Legrand, “What Legal Transplants?” dalam David Nelken & Johannes Fees, ed., *Adopting Legal Cultures* (Oxford: Hart Publishing Co., 2001), 55.

sejarah, khususnya yang terkait dengan resepsi (penerimaan) hukum Romawi dan *common law* Inggris oleh sebagian besar negara di dunia.¹³⁰

Dalam konteks kekuasaan (*power*), konstitusi Indonesia dalam perubahan UUD 1945, Indonesia tidak menganut sistem pemisahan kekuasaan (*seperation of power* atau *scheiding van machten*),¹³¹ sebagaimana ajaran “trias politica” dalam penyelenggaraan pemerintahan Negara Republik Indonesia.¹³² Berdasarkan ketentuan dalam UUD 1945 Perubahan, ketiga kekuasaan Negara tersebut saat ini dilaksanakan oleh lembaga-lembaga Negara sebagai berikut:¹³³

- (a) Kekuasaan eksekutif, dipegang oleh Presiden.
- (b) Kekuasaan legislatif, dipegang oleh Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden.
- (c) Kekuasaan yudikatif dipegang oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, serta Badan-badan Peradilan lainnya.

Untuk pengujian teori kekuasaan (*power*) yang diajukan oleh Alan Watson dalam transplantasi hukum, maka digunakan pendekatan ilmiah (*scientific*

¹³⁰ Ibid., 29. Tidaklah mungkin hukum yang telah ditransplantasikan dan tumbuh pada negara yang berbeda persis sama dengan hukum tersebut pada negara asalnya. Orang tidak dapat mengabaikan adanya perbedaan-perbedaan yang terjadi setelah itu. Namun demikian, bukan perbedaan yang penting di sini, melainkan persamaan-persamaan yang terwujud dan ada di antara kedua sistem hukum tersebut, khususnya terhadap aturan-aturan yang ditransplantasikan tersebut (31-32). Mengutip Kanda & Milhaupt, transplantasi hukum terjadi dimana-mana karena: (1) dilakukan dengan murah, cepat, dan merupakan suatu sumber hukum baru yang potensial, (2) seringkali mengikuti suatu masa penjajahan, (3) tidak lepas dari peran serta kalangan ahli hukum yang cenderung mencontoh hukum-hukum yang dianggap baik. Proses transplantasi hukum itu sendiri dapat terjadi dalam bentuk adopsi seluruh aturan yang ada atau hanya sekedar menyalin satu ketentuan atau aturan hukum tertentu (33-34).

¹³¹ Montesquieu. *The Spirit of Laws: Dasar-Dasar Ilmu Hukum Dan Ilmu Politik*, diterjemahkan dari Jeremy Bentham, *The Spirit of Laws* (University of California Press, 1977), Cetakan I (Bandung: Nusamedia, 2007), 186-187. Montesquieu menolak kebebasan politik dan memandang perlu untuk memisahkan kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif, atau kalau tidak bisa, setidaknya mempertahankan agar kekuasaan yudikatif tetap independen.

¹³² Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan-1*, 129-130.

¹³³ Ibid. Namun dalam proses pembentukan di DPR, rancangan undang-undang (RUU) atau rancangan peraturan daerah (Raperda), yang telah disetujui bersama, apabila dalam waktu 30 hari setelah persetujuan bersama pihak eksekutif (Presiden/Gubernur/Bupati/Walikota) dan legislatif (DPR/DPRD), rancangan tersebut tidak ditandatangani pihak eksekutif, maka rancangan tersebut (RUU atau Raperda) sah menjadi UU atau Perda. Dalam hal ini terlihat kekuasaan legislatif lebih kuat dari kekuasaan eksekutif. Lihat: I Gede Pantja Astwa dan Suprin Na'a, *Dinamika Hukum Dan Ilmu Perundang-undangan Di Indonesia*, cetakan kesatu (Bandung: Alumni, 2008), 110-116.

approach). Dalam pendekatan ilmiah tersebut ada lima urutan langkah yang akan dilakukan:¹³⁴

- (a). Menyimpulkan suatu hipotesa (asumsi yang dapat diuji mengenai hubungan antara dua atau lebih peristiwa-peristiwa atau konsep-konsep) dari teori - *Deducting a hypothesis (a testable proposition about the relationship between two or more events or concepts) from the theory;*
- (b). Menyatakan hipotesa dalam persyaratan operasional (yaitu menunjukkan dengan jelas bagaimana variabel-variabel diukur) yang mengajukan suatu hubungan antara dua variabel khusus - *Expressing the hypothesis in operational terms (i.e. ones indicating exactly how the variables are to be measured) which propose a relationship between two specific variables;*
- (c). Menguji hipotesa operasional ini. Hal ini akan melibatkan suatu percobaan atau beberapa bentuk lain pengujian empiris - *Testing this operational hypothesis. This will involve an experiment or some other form of empirical enquiry;*
- (d). Menguji hasil pengujian khusus. Dia akan cenderung untuk menegaskan teori atau menunjukkan kebutuhan untuk modifikasinya - *Examining the specific outcome of the enquiry. It will either tend to confirm the theory or indicate the need for its modification;*
- (e). Bila perlu, modifikasi teori berdasarkan penemuan. Usaha tersebut kemudian membuat verifikasi teori yang diperbaiki dengan kembali pada tahap pertama dan mengulangi rangkaian keseluruhannya - *If necessary, modifying the theory in the light of the findings. An attempt is then made to verify the revised theory by going back to the first step and repeating the whole cycle.*

Dalam pendekatan ilmiah tersebut ada dua hal yang bersifat esensi, yaitu, *pertama*, kriteria penjelasan secara deduktif,¹³⁵ tidak selalu menjawab pertanyaan

¹³⁴ Colin Robson, *Real World Research – A Resource for Social Scientists and Practitioner-Researchers* (Oxford: Blackwell Publishers, 1993), 18-19.

¹³⁵ W. Lawrence Neuman, *Social Research Methods – Qualitative and quantitative Approaches*, 3rd edition (Boston: Pearson Education, Inc., 2003), 533. Dijelaskan dalam glossary,

permasalahan, dan *kedua*, untuk itu diperlukan kesimpulan secara empiris,¹³⁶ untuk menjelaskan.¹³⁷ Dalam ilmu sosial umumnya digunakan proses sebab akibat (*the causal process*) yang menghubungkan dua peristiwa (*events*). Pendekatan ilmiah tersebut,¹³⁸ mencoba untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan dalam rumusan permasalahan, dalam bentuk penjelasan-penjelasan dan prediksi-prediksi. Komponen dasarnya adalah konsep-konsep dan variable-variabel (*concepts and variables*),¹³⁹ yang berhubungan dan diketahui sebagai proposisi (*proposition*).¹⁴⁰

Dalam hal menghubungkan dua peristiwa (*events*), dalam penjelasan ilmiah perlu memahami apa itu “*explanandum*” dan “*explanans*”. *Explanandum* adalah peristiwa atau pola yang dijelaskan, sedangkan *explanans* adalah keadaan (situasi) yang menjelaskan suatu peristiwa. Dan dalam hal ini bagaimana hubungannya dalam suatu penjelasan yang baik. Dalam hubungan itu, bisa disebutkan sebagai “penjelasan logik” adalah: *explanans – explanandum*.¹⁴¹

Oleh karena penulisan disertasi ini bersifat studi kasus, dan apa yang dimaksud dengan struktur logika (*logical structure*) dari suatu penjelasan ilmiah, bisa dimulai dengan suatu pemikiran dasar, yang disebut sebagai model *the*

Deductive approach: “An approach to inquiry or social theory in which one begins with abstract ideas and principles then works toward concrete, empirical details to test the ideas”.

¹³⁶ Ibid., 534. Dijelaskan dalam glossary, *Empirical*: Events and things that are observable and can be experienced through the human senses (e.g., touch, sight, hearing, smell, taste). *Empirical generalization*: “A quasi-theoretical statement that summarizes findings or empirical regularities. It uses few if any abstract concepts and only makes a statement about a recurring pattern that researchers observe. Empirical hypothesis: A type of hypothesis in which the researcher express variables in specific empirical terms and express the association among the measured indicators in observable, empirical terms”.

¹³⁷ Royce Singleton, Bruce C. Straits, Margaret M. Straits, dan Ronald J McAllister, *Approaches to Social Research* (Oxford: Oxford University Press, 1988), 25-26.

¹³⁸ Kenneth D. Bailey, *Methods of Social Research, 2nd edition* (London: Collier Macmillan Publishers, 1982), 39-40.

¹³⁹ Ibid., 487 dan 500. Dijelaskan dalam glossary, *Concept*: “A mental image or perception”. *Variable*: “A concept, often but not always quantitatively measured, that contains two or more values or categories that can vary over time or over a given sample (for example, age), in contrast to a constant, the value of which remains fixed and never varies”.

¹⁴⁰ Neuman, 542. Dijelaskan dalam glossary, *Proposition*: “A basic statement in social theory that two ideas or variables are related to one another. It can be true or false (e.g., most sex offenders were themselves sexually abused when growing up), conditional (e.g., If a foreign enemy threatens, then the people of nation will feel much stronger social solidarity), and/or causal (e.g., poverty causes crime)”.

¹⁴¹ Little, 3.

covering-law.¹⁴² Model *the covering-law* tersebut adalah berdasarkan suatu asumsi bahwa suatu peristiwa yang ada (terberi) atau yang biasa (teratur) dapat dimasukkan dalam satu atau lebih hukum-hukum yang umum. Ide utamanya adalah kita memahami fenomena atau keteraturan yang muncul, dimana kita melihat bagaimana fenomena tersebut diturunkan dari keteraturan-keteraturan alam. Dengan perkataan lain, peristiwa atau keteraturan tersebut tidak dengan tiba-tiba (*accidental*) tapi adalah turunan dari lebih dari hukum umum dasar yang mengatur fenomena tersebut. Model *the covering-law* dengan demikian menjawab pertanyaan ini: mengapa suatu fenomena perlu dijelaskan dalam situasi ini?

Model *the covering-law* tersebut telah berkembang dalam bentuk model penjelasan *the deductive*¹⁴³ - *nomological*¹⁴⁴ atau (*D-N*) *model of explanation*. Menurut pendekatan ini, suatu penjelasan adalah suatu argumentasi yang menyimpulkan (*deductive argument*). Premisnya termasuk satu atau lebih hukum-hukum umum yang dapat diuji dan satu atau lebih fakta (*statements of fact*) yang dapat diuji. Kesimpulannya adalah fakta dan keteraturan itu akan dapat dijelaskan.

Model *the covering-law* menarik perhatian pada dua karakteristik penting dari penjelasan ilmiah.¹⁴⁵

- (a). Ia memberikan kerangka logis untuk digunakan dalam menggambarkan penjelasan-penjelasan: sebagai argumentasi deduktif dari premis-premis umum dan kondisi-kondisi yang terbatas kepada suatu *explanandum* (peristiwa yang dijelaskan);
- (b). Ia menempatkan tekanan pada pusat hukum-hukum umum, hukum-hukum alamiah, generalisasi hukum, dan lain-lain, dalam penjelasan ilmiah. Ia dengan demikian mencoba untuk menjelaskan peristiwa yang ada dalam pertanyaan dengan menunjukkan mengapa hal itu perlu (*necessary*) dalam suatu keadaan.

¹⁴² Ibid., 5.

¹⁴³ Neuman, 533. Dalam glossary dijelaskan, *Deductive approach*: “an approach to inquiry or social theory in which one begins with abstract ideas and principles then works toward concrete, empirical details to test the ideas”.

¹⁴⁴ Ibid., 540. Dalam glossary dijelaskan, *Nomothetic*: “an approach based on laws or one that operates according to a system of laws”.

¹⁴⁵ Little, 5.

Dalam Disertasi ini, teori kekuasaan (*power*) dalam transplantasi hukum yang diajukan oleh Alan Watson, digunakan sebagai alat untuk menganalisa penerapan konsep KPS dalam pembangunan infrastruktur di Indonesia. Khususnya dalam status tanah terkait transplantasi konsep KPS model kontrak BOT pembangunan jalan tol dimana biaya pengadaan tanah sebagai bagian dari investasi (modal) bagi badan usaha swasta di Indonesia sedangkan kepemilikan tanah secara hukum dimiliki oleh Bina Marga Kementerian PU..

Dalam penulisan Disertasi ini, kebenaran umum yang akan dijelaskan dan diuji adalah konsep KPS dari negara asal (negara donor) yang akan diterapkan pada negara penerima sangat ditentukan oleh kekuasaan dari Pemerintah. Untuk itu yang akan diuji adalah bagaimana kekuasaan Pemerintah dilaksanakan khususnya dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum dan juga status hukum tanah tersebut. Dalam kasus konkret dalam penulisan ini adalah tidak berjalannya pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol sebagai sarana publik dalam lingkungan investasi infrastruktur di Indonesia dan masalah status hukum tanah (penggunaan tanah) serta PPJT yang belum mengakomodir permasalahan KPS model kontrak BOT yang cukup rumit, memberi dampak pada lambatnya pertumbuhan pembangunan jalan tol di Indonesia.

Dalam perkembangan KPS dalam membangun jalan tol, mulai dari UU No. 13/ 1980, kemudian direvisi dengan UU No. 38/ 2004, banyak hal-hal yang menimbulkan masalah-masalah yang memberatkan investasi dari pihak investor swasta. Masalah-masalah tersebut secara umum dapat disimpulkan: *pertama*, Pemerintah melepaskan kewajiban pembiayaan pendanaan pengadaan tanah menjadi beban investor, *kedua*, lambatnya kinerja panitia pengadaan tanah yang dibentuk Pemerintah, *ketiga*, adalah timbulnya sengketa tanah yang berlarut-larut yang menyebabkan terbengkalainya skedul pembangunan infrastruktur jalan tol yang telah disepakati antara Pemerintah dan investor swasta, dan *keempat*, kurangnya dukungan Pemerintah dalam pembangunan infrastruktur jalan tol oleh badan usaha swasta yang berkarakteristik jangka panjang dan relatif rumit.

Suatu hal yang penting agar tidak terjadi kegagalan dalam pembangunan ekonomi, perlu adanya harmonisasi antara: “*governance structure (is a part of the organizational structure of the social group), legal system, and the concept of law*”,¹⁴⁶ sehingga memberikan suatu kebijakan yang fair bagi semua perilaku masyarakat dalam perekonomian. Dalam bidang hukum, pengembangan harmonisasi hukum telah muncul dalam ilmu hukum di Jerman pada tahun 1902. Harmonisasi hukum dikembangkan dalam ilmu hukum yang digunakan untuk menunjukkan bahwa dunia hukum, kebijakan Pemerintah, dan hubungan di antara keduanya terdapat keanekaragaman yang dapat mengakibatkan disharmoni.¹⁴⁷

Konsep KPS model kontrak BOT secara filosofis dapat ditransplantasikan dan dilaksanakan di Indonesia, apabila Pemerintah mempergunakan kekuasaan (*power*) dalam hal:

- a. Membentuk struktur badan-badan organisasi yang sesuai bagi investor swasta untuk membangun infrastruktur jalan tol, apakah bersifat sentralistis atau desentralistis, dan apakah membentuk struktur organisasi yang bersifat tunggal atau multi fungsi, serta merancang PPJT yang memberikan keseimbangan ekonomis (*economic equilibrium*) bagi para pihak.
- b. Melaksanakan pengadaan tanah untuk kepentingan umum yang secara substantif telah diberikan dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 Tentang Pencabutan Hak Atas Tanah (UU No. 20/ 1961), dan dilaksanakan dalam suatu sistem hukum dengan suatu keadilan yang fair,¹⁴⁸ serta

¹⁴⁶ Lewis A. Kornhauser, “Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law”, *Chicago-Kent Law Review*, Symposium: Law and Economics and Legal Scholarship, (2004): 355-365

¹⁴⁷ Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Hukum: Dalam Perspektif Perundang-undangan - Lex Specialis Suatu Masalah* (Surabaya: JP Books, 2006), 62-63. Dengan mengutip Rudolf Stammler, dikatakan bahwa Rudolf Stammler mengemukakan suatu konsep fungsi hukum, bahwa tujuan atau fungsi hukum adalah harmonisasi berbagai maksud, tujuan dan kepentingan antara individu dengan masyarakat. Sehingga dikatakan Rudolf Stammler: “*A just law aims at harmonizing individual purposes with that of society*”.

¹⁴⁸ John Rawls, *Teori Keadilan – Dasar-Dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, (Judul Asli: *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1995), diterjemahkan oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Cetakan I (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), 14.

memberikan status hukum tanah yang jelas yang memberikan kepastian hukum.

- c. Membentuk persepsi masyarakat dalam hal pengadaan tanah untuk kepentingan umum, dimana dalam kegiatan membangun infrastruktur jalan tol adalah untuk kepentingan masyarakat walaupun dikelola oleh investor swasta.

1.7. Landasan Konsepsional Penelitian.

-Infrastruktur adalah sarana dan prasarana atau fasilitas yang diperlukan untuk fungsi sosial dan ekonomi.¹⁴⁹ Sarana dan prasarana atau fasilitas tersebut dapat dikerjasamakan dengan badan usaha.¹⁵⁰

-Jalan Tol adalah salah satu sarana dan prasarana atau fasilitas yang dapat dikerjasamakan dengan badan usaha di Indonesia.¹⁵¹ Jalan tol tersebut merupakan jalan umum yang masuk bagian dari sistem jaringan jalan dan sebagai jalan nasional dimana penggunaannya diwajibkan membayar tol (yaitu sejumlah uang tertentu yang dibayarkan untuk penggunaan jalan tol).¹⁵²

-Kerjasama Pemerintah dan Swasta (KPS) adalah kerjasama antara Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur yang dalam hal ini melalui suatu perjanjian kerjasama.¹⁵³ Kerjasama ini dibedakan dengan swastanisasi (yang mengurangi peran Pemerintah, atau meningkatkan peran swasta dalam aktifitas atau dalam kepemilikan aset¹⁵⁴), melainkan berdasarkan perjanjian kerjasama, sektor publik mendapat jasa layanan dari sektor swasta selama masa konsesi.¹⁵⁵

¹⁴⁹ E.R. Yescombe, *Public Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*, 1st Edition (Oxford: Elsevier Ltd., 2007), 1.

¹⁵⁰ Pasal 4 Perpres No. 67/2005 (Perpres ini telah direvisi dengan Perpres No. 13/2010).

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Pasal 1 butir 2 dan butir 6 PP No. 15/2005.

¹⁵³ Pasal 5 Perpres No. 67/2005. (Perpres ini telah direvisi dengan Perpres No. 13/2010).

¹⁵⁴ Savas, *Better Government*, 3.

¹⁵⁵ J. Luis Guasch, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right*, World Bank Institute (Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 2004), 30.

-Pengadaan Tanah adalah setiap kegiatan untuk mendapatkan tanah¹⁵⁶ dengan cara memberikan ganti rugi kepada yang melepaskan atau menyerahkan tanah, bangunan, tanaman, dan benda-benda yang berkaitan dengan tanah.¹⁵⁷ Pengadaan tanah tersebut dilaksanakan dalam rangka pembangunan untuk kepentingan umum oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah dengan cara pelepasan atau penyerahan hak atas tanah,¹⁵⁸ yang selanjutnya dimiliki atau akan dimiliki oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah.¹⁵⁹ Pengadaan Tanah dalam hal ini adalah pengadaan tanah yang dilakukan oleh Pemerintah untuk pembangunan jalan tol bagi kepentingan umum berdasarkan rencana tata ruang wilayah kabupaten/kota.¹⁶⁰ Sumber pendanaan pengadaan tanah tersebut dapat berasal dari Pemerintah dan/atau badan usaha.¹⁶¹

-Pengusahaan Jalan Tol adalah kegiatan yang meliputi pendanaan, perencanaan teknis, pelaksanaan konstruksi, pengoperasian, dan/atau pemeliharaan yang dapat dilakukan oleh Pemerintah dan/atau badan usaha.¹⁶² Badan usaha tersebut telah memenangkan proses pelelangan investasi jalan tol.¹⁶³ Pengusahaan jalan tol tersebut dapat dilakukan dengan bentuk bangun serah guna (*build operate transfer*), kontrak operasi dan pemeliharaan (*operation and maintenance contract*), atau bentuk lainnya yang disetujui Menteri.¹⁶⁴

1.8. Metode Penelitian

¹⁵⁶ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia: Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya, Jilid I - Hukum Tanah Nasional*, cetakan ketujuh, edisi revisi (Jakarta: Djambatan, 1997), 17. Yang dimaksud tanah dalam hal ini adalah tanah dalam pengertian yuridis yaitu “permukaan bumi” sedangkan hak atas tanah adalah “hak atas sebagian tertentu permukaan bumi, yang berbatas, berdimensi dua dengan ukuran panjang dan lebar”.

¹⁵⁷ Pasal 1 Perpres No. 65/2006.

¹⁵⁸ Pasal 2 Perpres No. 65/2006.

¹⁵⁹ Pasal 5 Perpres No. 65/2006.

¹⁶⁰ Pasal 61 ayat (1) UU No. 38/2004.

¹⁶¹ Pasal 61 ayat (2) UU No. 38/2004.

¹⁶² Pasal 19 ayat (1) dan ayat (2) PP No. 15/2005.

¹⁶³ Penjelasan Pasal 19 ayat (2) PP No. 15/2005.

¹⁶⁴ Ibid.

Penelitian hukum berbeda dengan penelitian ilmu sosial lainnya.¹⁶⁵

Ilmu hukum adalah ilmu tentang praktek hukum sehingga ilmu hukum dan praktek hukum saling berkaitan dan saling mendukung satu sama lain. Sasaran atau objek penelitian hukum adalah hukum atau kaedah (*norm*). Meneliti pada hakekatnya berarti mencari, yang dicari dalam penelitian hukum adalah kaedah (*norm*) atau *das sollen*, bukan peristiwa dalam arti fakta (*fact*) atau *das sein*. Pengertian kaedah disini meliputi asas hukum, kaedah hukum dalam arti nilai (*norm*), peraturan hukum konkrit dan sistem hukum. Oleh karena itu penelitian hukum dalam arti meneliti kaedah atau *norm* disebut penelitian hukum normatif.¹⁶⁶

Kaedah merupakan data sekunder yang terdapat antara lain dalam peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi (bahan hukum primer), literatur atau kepustakaan (bahan hukum sekunder), kadang juga dari kamus hukum atau ensiklopedia (bahan hukum tertier). Oleh karena itu penelitian hukum normatif terutama merupakan penelitian kepustakaan. Penelitian kepustakaan dapat berdiri sendiri tanpa disertai atau dilengkapi dengan penelitian lapangan, akan tetapi penelitian kepustakaan itu dapat dilengkapi dengan penelitian lapangan. Kaedah hukum tidak hanya terdapat dalam peraturan perundang-undangan saja, tidak hanya bersifat tertulis saja, tetapi ada juga yang bersifat tidak tertulis yang mengejawantah dalam hukum kebiasaan.¹⁶⁷ Penelitian hukum normatif untuk lengkapnya sering perlu didukung dengan penelitian lapangan. Dalam hal ini yang menjadi sasaran penelitian bukanlah *norm* atau kaedah melainkan perilaku, dan yang dicari adalah data primer yang diperoleh langsung di lapangan yang meliputi

¹⁶⁵ Sudikno Mertokusumo. *Penemuan Hukum: sebuah pengantar*, edisi kedua. (Yogyakarta: Liberty, 2001), 28-29. Ilmu sosial berhubungan dengan apa yang ada, meneliti kebenaran fakta, bukan apa yang seharusnya. Ilmu sosial menjawab pertanyaan bagaimana dan mengapa sesuatu itu demikian. Tujuannya adalah untuk mendeterminasi pola logis dari keajegan dalam kehidupan sosial. Ini berarti ilmu sosial tidak memasalahkan nilai. Ada asumsi fundamental bahwa hidup ini teratur dan bukan merupakan khaos (kacau). Ilmu hukum sebaliknya berhubungan dengan apa yang seharusnya, menjawab pertanyaan bagaimanakan seharusnya. Ilmu hukum membawa pesan: "demikianlah anda seharusnya berbuat" (bersifat preskriptif) bukan "demikianlah adanya". Adapun tujuannya adalah untuk mengatur dan merealisasi peraturan.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid, 29-30. Oleh karena itu sasaran penelitian hukum disamping kaedah atau *das sollen* (penelitian hukum normatif), dapat juga berupa perilaku atau *das sein* (penelitian lapangan).

antara lain: kebiasaan, perjanjian, penegakkan hukum (*law enforcement*), kesadaran hukum, dan sebagainya. Jadi sasaran penelitian hukum dapat berupa kaedah (*das sollen*) dan perilaku atau fakta (*das sein*).¹⁶⁸

Metode¹⁶⁹ penelitian yang digunakan dalam penelitian ini, adalah metode penelitian hukum.¹⁷⁰ Penelitian hukum yang tidak membahas dikotomi penelitian hukum sebagai penelitian normatif dan sosiologis.¹⁷¹ Dalam penelitian hukum ini Penulis menggunakan tipe aktivitas penelitian hukum ”*applied research*”:¹⁷²

Applied research is original work, which is undertaken to acquire new knowledge with a specific practical application in view. Its aim to determine possible uses for findings of basic research or to determine new methods or ways of achieving some specific and predetermined objective.

Pada penelitian hukum terdapat empat tipe penelitian hukum, yaitu, *doctrinal research*, *reform-oriented research*, *theoretical research*, dan *fundamental research*. Dalam penelitian hukum ini penulis menggunakan tipe penelitian *reform-oriented research* yaitu: “*research which intensively evaluates the adequacy of existing rules and which recommends changes to any rules found wanting*”.¹⁷³

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1986), 51. Metodologi adalah: ” ... the process, principles, and procedures by which we approach problem and seek answers. ...”.

¹⁷⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009), 29. Pengertian penelitian hukum, dengan mengutip Morris L. Cohen: “Legal Research is the process of finding the law that governs activities in human society”. Selanjutnya dinyatakan bahwa: “It involves locating both the rules which are enforced by the states and commentaries which explain or analyze these rules”.

¹⁷¹ Christina L. Kunz, *et al.*, *The Process of Legal Research*, fourth edition (Boston: Little, Brown and Company, 1996), 2-4. Kunz menjelaskan penelitian hukum (*legal research*) sebagai satu dari beberapa tahap dalam penyelesaian masalah dari klien seorang Pengacara (*lawyer*) di suatu kantor hukum. Dia merupakan sentral kewajiban etis yang berjalan sesuai dengan keinginan klien yaitu “service to the legal system”. Penelitian hukum yang tidak kompeten dapat berakibat serius pada Pengacara tersebut. Kegagalan untuk memahami hukum bisa mengarah pada tindakan disipliner (*disciplinary action*). Penelitian yang tidak tepat juga bisa menghasilkan tanggungjawab malpraktik pada klien.

¹⁷² Marzuki, 31. Selain tipe “*applied research*” terdapat beberapa tipe aktivitas penelitian hukum yang lain yaitu: “*pure basic research*”, “*strategic basic research*”, dan “*experimental development*”.

¹⁷³ Ibid., 32.

Bahan-bahan sebagai sumber penelitian hukum dalam Disertasi ini terdiri dari:¹⁷⁴

- (a) Bahan-bahan hukum primer: merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif yang artinya mempunyai otoritas. Bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan,¹⁷⁵ catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim.
- (b) Bahan-bahan hukum sekunder: berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-keomentar atas putusan pengadilan.
- (c) Bahan-bahan non-hukum: berupa buku-buku mengenai ilmu politik, ekonomi, sosiologi, filsafat, kebudayaan ataupun laporan-laporan penelitian non-hukum dan jurnal-jurnal non-hukum sepanjang mempunyai relevansi dengan topik penelitian.¹⁷⁶

Dalam penelitian Disertasi ini Penulis melakukan penelitian hukum dengan langkah-langkah atau proses logika-hipotetika-verifikasi sebagai berikut:¹⁷⁷

- (a) Perumusan masalah.
- (b) Penyusunan kerangka berpikir dalam pengajuan teori.
- (c) Perumusan teori.
- (d) Pengujian teori.

¹⁷⁴ Ibid., 141-144. Kunz menyebut bahan-bahan hukum primer sebagai “*primary authority*” – *constitutes the law: (1) legislative bodies at the federal, state, and local levels create constitutions, statutes, charters, and ordinances, (2) the federal and state judiciaries decide case based on specific disputes that have arisen between two litigants (whether individuals or entities), (3) administrative agencies at the federal, state, and local levels generate law through two chief mechanisms.* Bahan-bahan hukum sekunder sebagai “*secondary authority*”, *not primary authority, created by individuals and non-governmental bodies (comments on the law or commentary – represents the author’s attempt to state what the law should be, and some of this secondary authority has proven influential with law makers): encyclopedias, treatises, and periodical articles, American Law Reports annotations and restatements.* (Lihat: Kunz, 4-7).

¹⁷⁵ Ibid. Peraturan perundang-undangan mengacu pada Pasal 7 (4) Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

¹⁷⁶ Ibid. Wawancara tidak masuk sebagai bahan hukum, akan tetapi dapat dimasukkan sebagai bahan non-hukum.

¹⁷⁷ C.F.G. Sunaryati Hartono. *Penelitian Hukum Di Indonesia Pada Akhir Abad Ke-20*, edisi pertama (Bandung: Alumni, 1994), 104.

(e) Penarikan kesimpulan.

Kesimpulan yang dapat ditarik adalah, bahwa metode penelitian merupakan cara atau jalan atau proses pemeriksaan atau penyelidikan yang menggunakan cara penalaran dan berpikir yang logis-analitis (logika), berdasarkan dalil-dalil, rumus-rumus dan teori-teori suatu ilmu (atau beberapa cabang ilmu) tertentu, untuk menguji kebenaran (atau mengadakan verifikasi) suatu hipotesa atau teori tentang gejala-gejala atau peristiwa alamiah, peristiwa sosial atau peristiwa hukum yang tertentu.¹⁷⁸

Sifat penelitian dalam Disertasi ini adalah yuridis normatif yang kualitatif,¹⁷⁹ dengan pendekatan konsep¹⁸⁰ (*conceptual approach*) dan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*).¹⁸¹ Dalam penelitian hukum normatif, maka norma-norma hukum, baik berupa peraturan perundangan dan kebijakan perusahaan jalan tol, maupun PPJT, adalah sebagai dalil utama.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ John W. Creswell, *Research Design – Qualitative & Quantitative Approaches*, Alihbahasa: Angkatan III & IV KIK-UI dan Nur Khabibah, Editor: Aris Budiman, Bambang Hastobroto, Chryshnanda DL (Jakarta: KIK Press, 2002), 1-3. Dijelaskan, penelitian kualitatif didefinisikan sebagai sebuah proses penyelidikan untuk memahami masalah sosial atau masalah manusia, berdasarkan pada penciptaan gambaran holistik lengkap yang dibentuk dengan kata-kata, melaporkan pandangan informan secara terperinci, dan disusun dalam sebuah latar alamiah. Paradigma kualitatif tersebut dinyatakan sebagai paradigma tradisional, positivis, eksperimental, atau empiris. Disebutkan juga bahwa tujuan penelitian kualitatif adalah untuk memahami suatu situasi, peristiwa, peran, kelompok atau interaksi tertentu. Pada umumnya paradigma ini merupakan sebuah proses investigasi dimana peneliti secara bertahap berusaha memahami fenomena sosial dengan membedakan, membandingkan, meniru, mengkatalogkan dan mengelompokkan objek studi (lihat halaman 155).

¹⁸⁰ Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Normatif* (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), 306. Mengutip Lorens Bagus, *Kamus Filsafat* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1996), 481-483. Dijelaskan, konsep (Inggris: *concept*, Latin: *conceptus*) dari *concipere* – yang berarti memahami, menerima, menangkap – merupakan gabungan dari kata *con-* bersama dan *cepere* – menangkap, menjinakkan. Konsep memiliki banyak pengertian. Konsep dalam pengertian yang relevan adalah unsur-unsur abstrak yang mewakili kelas-kelas fenomena dalam suatu bidang studi yang kadangkala menunjuk pada hal-hal universal yang diabstraksikan dari hal-hal yang partikular. Salah satu fungsi logis dari konsep adalah memunculkan, objek-objek yang menarik perhatian dari sudut pandangan praktis dan sudut pengetahuan dalam pikiran dan atribut-atribut tertentu. Berkat fungsi tersebut, konsep-konsep berhasil menggabungkan kata-kata dengan objek-objek tertentu. Penggabungan itu memungkinkan ditentukannya arti kata-kata secara tepat dan menggunakannya dalam proses pikiran.

¹⁸¹ Ibid., 299-322.

Dalam penelitian hukum normatif dengan pendekatan konsep (*conceptual approach*),¹⁸² akan dibantu dengan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), guna memperkaya pertimbangan-pertimbangan hukum yang tepat untuk menghadapi problem hukum yang dihadapi.

Dalam pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), yang akan diteliti adalah berbagai aturan hukum yang terkait perusahaan jalan tol yang menjadi fokus sekaligus tema sentral penelitian. Untuk itu dalam penelitian ini Penulis harus melihat hukum sebagai sistem tertutup yang mempunyai sifat-sifat sebagai berikut:¹⁸³

- (a). *Comprehensive*, artinya norma-norma hukum yang ada didalamnya terkait antara satu dengan lain secara logis.
- (b). *All-inclusive*, bahwa kumpulan norma hukum tersebut cukup mampu menampung permasalahan hukum yang ada, sehingga tidak akan ada kekurangan hukum.
- (c). *Systematic*, bahwa disamping bertautan antara satu dengan yang lain, norma-norma hukum tersebut juga tersusun secara hierarkis.

Berdasarkan paradigma hubungan yang dinamis antara teori, konsep-konsep dan bahan-bahan hukum yang merupakan umpan balik atau modifikasi yang tetap dari teori dan konsep yang didasarkan pada sumber penelitian yang dikumpulkan, maka secara komprehensif akan dianalisa dengan mengacu pada peraturan perundang-undangan terkait perusahaan jalan tol untuk dapat disinkronisasikan dan diharmonisasikan secara terpadu. Sifat bahan-bahan hukum yang akan dianalisis bersifat menyeluruh dan merupakan satu kesatuan yang

¹⁸² Ibid., 306-307. Menurut Johny Ibrahim mengutip Ayn Rand, secara filosofis konsep merupakan intergrasi mental atas dua unit atau lebih yang diisolasikan menurut ciri khas dan yang disatukan dengan definisi yang khas. Kegiatan pengisolasian yang terlibat adalah merupakan proses abstraksi yaitu fokus mental selektif yang menghilangkan atau memisahkan aspek realitas tertentu dari yang lain. Sedangkan penyatuan yang terlibat bukan semata-mata penjumlahan melainkan integrasi, yaitu pepaduan unit menjadi sesuatu yang tunggal, entitas mental baru yang dipakai sebagai unit tunggal pemikiran (namun dapat dipecahkan menjadi unit komponen manakala diperlukan). Dalam ilmu hukum, konsep dalam hukum perdata, akan berbeda dengan konsep-konsep dalam hukum pidana. Demikian juga dengan konsep-konsep dalam hukum administrasi yang memiliki perbedaan dalam konsep-konsep hukum pidana dan hukum perdata.

¹⁸³ Ibid., 302-303.

integral (*holistic*), dan sifat yang integral ini menuntut tersedianya informasi yang dalam (*indepth information*).

1.9. Ruang Lingkup dan Sistematika Penelitian

Ruang lingkup penelitian ini adalah penerapan KPS model kontrak BOT dalam perusahaan jalan tol oleh di Indonesia. Dalam hal ini yang diteliti adalah aspek-aspek regulasi, hukum, kontrak dan penyelesaian perselisihan, konsesi, penggunaan tanah, serta pengadaan dan pendanaan tanah dalam penerapan kontrak BOT perusahaan jalan tol oleh badan usaha swasta.

Untuk itu peneliti membuat sistematika penulisan dalam bentuk bab per bab adalah sebagai berikut:

Dalam Bab I adalah merupakan pendahuluan yang peneliti mencoba menguraikan latar belakang masalah penelitian, perumusan masalah penelitian, tujuan penelitian, manfaat penelitian, lingkup dan kerangka teori penelitian, landasan konseptual penelitian, metode penelitian, serta ruang lingkup dan sistematika penulisan.

Dalam Bab II, peneliti mencoba meneliti mengenai KPS model kontrak BOT dalam pembangunan infrastruktur jalan tol. Secara umum akan diuraikan sub-bab sub-bab: infrastruktur sebagai *public goods*, swastanisasi, kegagalan swastanisasi, perubahan paradigma barang dan jasa (*public-private goods*), Perkembangan KPS (suatu solusi kegagalan swastanisasi), KPS model kontrak BOT, kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol swasta di beberapa negara, pengalaman kegagalan BOT infrastruktur jalan tol swasta di negara Mexico, dan keberhasilan BOT infrastruktur jalan tol swasta di negara Amerika Serikat.

Dalam Bab III, peneliti akan meneliti penerapan kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol swasta di Indonesia. Secara umum akan diuraikan sub-bab sub-bab: kesiapan hukum tanah nasional dalam mendukung pembangunan infrastruktur jalan tol di Indonesia, dan aspek-aspek terkait kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia, yaitu aspek-aspek: regulasi, hukum, kontrak

dan penyelesaian perselisihan, konsesi, penggunaan tanah, serta pengadaan dan pendanaan tanah.

Dalam Bab IV, peneliti akan meneliti kendala-kendala dan alternatif penyelesaian penerapan kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta di Indonesia. Secara umum akan diuraikan sub-bab sub-bab: kendala-kendala pelaksanaan penerapan KPS model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta di Indonesia, dan, alternatif penyelesaian kendala-kendala penerapan KPS model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta di Indonesia.

Dalam Bab terakhir yaitu Bab V, penelitian ini akan ditutup dengan memuat beberapa kesimpulan dari jawaban terhadap permasalahan-permasalahan yang dibahas serta beberapa saran yang terkait dengan permasalahan yang muncul dalam pelaksanaan transplantasi KPS model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol di Indonesia.

BAB 2

KPS MODEL KONTRAK BOT DALAM PEMBANGUNAN INFRASTRUKTUR JALAN TOL

2.1 Infrastruktur Sebagai *Public Goods*.

2.1.1 *Public Goods* dan Peran Negara

Konstitusi Indonesia dalam Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 menyebutkan: “Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara”. Dalam penjelasannya dijelaskan bahwa: ”Perekonomian berdasar atas demokrasi, kemakmuran bagi segala orang. Sebab itu cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hidup orang banyak harus dikuasai oleh negara. Kalau tidak, tampuk produksi jatuh ketangan orang-orang yang berkuasa dan rakyat yang banyak ditindasnya. Hanya perusahaan yang tidak menguasai hajat hidup orang banyak boleh ditangan orang-seorang”.¹⁸⁴

Konstitusi Indonesia tidak merinci infrastruktur mana yang masuk kategori cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hidup orang banyak yang harus dikuasai oleh negara. Perpres 67/ 2005 kemudian merinci infrastruktur-infrastruktur yang dapat dikerjasamakan dengan sektor swasta, yaitu:¹⁸⁵

1. Infrastruktur transportasi, meliputi pelayanan jasa kebandarudaraan, penyediaan dan/ atau pelayanan jasa kepelabuhanan, sarana dan prasarana perkeretaapian;
2. Infrastruktur jalan, meliputi jalan tol dan jembatan tol;
3. Infrastruktur pengairan, meliputi saluran pembawa air baku;
4. Infrastruktur air minum, meliputi bangunan pengambilan air baku, jaringan transmisi, jaringan distribusi, instalasi pengelolaan air minum;
5. Infrastruktur air limbah, meliputi instalasi pengolah air limbah, jaringan pengumpul dan jaringan utama, dan sarana persampahan yang meliputi pengangkut dan tempat pembuangan;
6. Infrastruktur telekomunikasi dan informatika, meliputi jaringan telekomunikasi dan infrastruktur *e-governemnt*;

¹⁸⁴ UUD 1945 ayat (2) dan Penjelasannya.

¹⁸⁵ Perpres No. 67/2005, Pasal 4 ayat (1).

7. Infrastruktur ketenagalistrikan, meliputi pembangkit, termasuk pengembangan tenaga listrik yang berasal dari panas bumi, transmisi, atau distribusi tenaga listrik; dan
8. Infrastruktur minyak dan gas bumi, meliputi transmisi dan/ atau distribusi minyak dan gas bumi.

Dimungkinkannya dalam kesepakatan universal bahwa negara harus memainkan peran dalam infrastruktur publik, dengan alasan:¹⁸⁶

- (a). Sektor swasta tidak dapat terlibat dalam masalah eksternalitas yaitu manfaat sosial dan ekonomi secara umum, dan dengan demikian intervensi sektor publik dibutuhkan.
- (b). Tanpa intervensi tersebut, infrastruktur yang harus secara bebas tersedia untuk semua sebagai barang dan jasa umum (*public goods*) tidak dapat dibangun, khususnya dalam hal melibatkan jaringan, antara lain jalan dan jasa-jasa layanan jalan.
- (c). Ketentuan persaingan infrastruktur bisa menjadi tidak efisien, dan ketentuan monopoli memerlukan beberapa bentuk kontrol publik.
- (d). Meskipun persaingan dimungkinkan, sektor publik harus tetap menyediakan barang dan jasa yang berguna (*merit goods*) yaitu infrastruktur yang kurang tersedia (seperti sekolah-sekolah swasta dimana yang kaya dapat membayar biaya yang diperlukan, sedangkan yang miskin menjadi tidak mendapatkan kesempatan pendidikan).
- (e). Infrastruktur mensyaratkan investasi awal yang tinggi dengan demikian hanya mendapatkan hasil dari pendapatan jangka panjang. Hal ini ada kesulitan untuk mendapatkan modal swasta untuk investasi tersebut tanpa dukungan beberapa sektor publik.

¹⁸⁶ Yescombe, 2. Dengan demikian dapat menjadi perdebatan bahwa infrastruktur seharusnya disediakan oleh sektor publik karena persaingan harga pasar akan mengganggu perilaku atau mengarah pada kerugian manfaat sosial dan ekonomi. Dalam hal ini, dapat dikatakan bahwa peran swasta dalam proporsi besar infrastruktur publik memiliki norma secara historis sampai kini, namun pengertian perlunya infrastruktur publik secara jelas telah meluas pada akhir abad ini. KPS dengan demikian bisa dipertimbangkan sebagai cara modern untuk memfasilitasi swasta untuk memenuhi peningkatan kebutuhan infrastruktur publik.

Infrastruktur publik dapat didefinisikan sebagai fasilitas yang diperlukan untuk fungsi sosial dan ekonomi. Hal ini bukanlah suatu akhir namun merupakan dukungan aktivitas sosial dan ekonomi suatu bangsa, dan termasuk fasilitas-fasilitas pendukung fungsi tersebut, seperti kantor-kantor sektor publik atau akomodasi. Secara umum, infrastruktur publik dapat dibagi dalam: (a) infrastruktur ekonomi: seperti fasilitas-fasilitas transportasi dan jaringan utilitas (air, limbah, listrik, dll), dalam hal ini infrastruktur dipertimbangkan sebagai hal yang penting untuk kegiatan ekonomi sehari-hari, dan, (b) infrastruktur sosial: seperti sekolah-sekolah, rumah sakit-rumah sakit, perpustakaan, penjara, dan lainnya, dalam hal ini infrastruktur dipertimbangkan sebagai hal yang penting untuk struktur sosial.¹⁸⁷ Darrin Grimsey dan Mervyn K. Lewis kemudian merincinya lagi dalam kategori infrastruktur *hard* dan infrastruktur *soft*.¹⁸⁸

Pemerintah dan sektor swasta melaksanakan penyediaan jasa-jasa pelayanan kesejahteraan sosial secara terpisah dan bersama-sama dalam banyak cara. Negara bisa memiliki hak istimewa (*preempt*) atas semua bidang, mendominasi, atau secara damai berdampingan dengan pelaku-pelaku lainnya, bekerja secara aktif dalam suatu model kerjasama (*collaborative* atau

¹⁸⁷ Ibid., 1. Penulis lain mencoba memahami konsep infrastruktur publik sebagai *public goods* seperti Anatole Anton yang mengatakan: “*the concept of public goods is that they take the concept of an unregulated market for granted and with it the legitimacy of the institutional framework of private property* (lihat: Anton, Anatole., 8).

¹⁸⁸ Darrin Grimsey and Mervyn K. Lewis, *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance* (Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2007), 20-23. Perbedaan juga bisa dibuat antara “hard infrastructure” (apakah sosial atau ekonomi, terutama menyangkut masalah bangunan-bangunan dan fasilitas fisik), dan “soft infrastructure” (yang melibatkan masalah jasa pelayanan baik untuk infrastruktur ekonomi seperti pembersihan jalan atau infrastruktur sosial seperti pendidikan dan latihan, pelayanan sosial). Mengutip Jochimsen (1966), juga membedakan tipe infrastruktur menjadi 3 kategori, yaitu: *material infrastructure* (*social over head capital* dalam pembangunan ekonomi seperti struktur dan perlengkapan dalam telekomunikasi, transportasi, energi, dan air), *personal infrastructure* (yang terdiri dari *enterpreunership*, mental dan keterampilan-keterampilan masyarakat lainnya yang memberikan kontribusi untuk produksi ekonomi), dan *institutional infrastructure* (yang berhubungan dengan lembaga-lembaga baru ekonomi yang membentuk perilaku ekonomi dan proses-proses pengambilan keputusan. Dalam melihat proyek-proyek infrastruktur, perlu dibedakan “infrastructure financing” dan “infrastructure investment”. Dalam “infrastructure financing” dapat diadakan dari swastanisasi dari fasilitas-fasilitas yang sudah ada, sedangkan “infrastructure investment” melibatkan pembangunan, pengoperasian dan pemilikan baik oleh sektor swasta sendiri atau kerjasama (*joint venture*) antara Pemerintah dan badan hukum sektor swasta (19). Lihat Gambar Nomor 2.1.

competitive), atau berganti administrasi dan inisiatif kebijakan. Apakah negara dominan atau pasif, peran regulasinya memperbolehkan secara potensial untuk selalu menjadi faktor utama. Kesejahteraan sosial oleh swasta tentu dapat saja terjadi tanpa Pemerintah, akan tetapi alat-alat Pemerintah mempengaruhi ukuran dan bentuk keseluruhan bangunan kesejahteraan sosialnya.¹⁸⁹

Menghargai pentingnya infrastruktur dan kurangnya pendanaan yang cukup, maka kebanyakan negara-negara sedang berkembang (*developing countries*) menoleh kembali pada sektor swasta untuk berperan serta membiayai dan mengoperasikan jasa-jasa infrastruktur, mencari investasi dan pengetahuan untuk mempercepat perbaikan tingkat dan kualitas pelayanan. Partisipasi swasta selalu didahului oleh restrukturisasi dan dengan hukum dan peraturan yang baru. Usaha-usaha tersebut ditujukan untuk melindungi investor dari motivasi politik intervensi Pemerintah, melindungi pengguna jasa (*users*) dari kejahatan monopoli atau posisi dominan oleh operator-operator swasta yang baru (karena banyak jasa-jasa infrastruktur memiliki komponen-komponen monopoli alamiah), dan untuk menjamin bila terjadi persaingan operator antara pemain baru (*new entrants*) dan pemain lama yang dominan (*dominant incumbent*). Investasi-investasi yang diperlukan seringkali *highly specific sunk costs* (yaitu, biaya-biaya yang tidak dengan mudah diganti bila suasana ekonomi yang buruk atau bila operator tidak melanjutkan pengoperasiannya dan tidak dapat digunakan untuk aktivitas lainnya).¹⁹⁰

2.1.2 *Public Goods sebagai Public Property dan Public Utility*

Public goods memiliki dua kata kunci. *Pertama*, dia adalah *non-rival* yang berarti pemakaian oleh seseorang pengguna tidak mengurangi pasokan yang tersedia bagi yang lainnya. *Kedua*, dia adalah *non-excludable*, artinya para pengguna *public goods* tidak dapat dikecualikan dari penggunaan *public goods*

¹⁸⁹ Kamerman, Sheila B. Kahn, and Alfred J. ed., *Privatization and the Welfare State* (New Jersey: Princeton University Press, 1989), 67-68. Dalam tulisan Martin Rein, "The Social Structure of Institutions: Neither Public nor Private".

¹⁹⁰ *Ibid.*, 6-7.

tersebut. *Public goods* baik yang bersifat lokal atau nasional adalah termasuk: pertahanan negara, penegakkan hukum (*law and order*), kesehatan masyarakat, manajemen makro-ekonomi, jalan-jalan, taman-taman dan ruang-ruang terbuka. *Public goods* sering menghadapi bahaya ganda, yaitu kegagalan pasar (*market failure*) dan kegagalan Pemerintah (*government failure*). Dalam hal kegagalan tersebut diperlukan tindakan pemulihan oleh masyarakat (*civil society*).¹⁹¹

Banyak *public goods*, jasa-jasa layanan dan kegiatan-kegiatan publik, secara teoritis, dapat disediakan swasta, namun bukannya tanpa biaya-biaya sosial, subsidi, meningkatnya ketidakmerataan, kontrol yang ketat dan juga meningkatnya kolusi dan korupsi. Keputusan suatu negara sangat bervariasi dalam mengidentifikasi jasa layanan sebagai *public goods* untuk alasan-alasan kepentingan publik (*public interest*), keamanan (*security*), politik (*political*), sosial (*social*) dan ekonomi (*economic*), dan juga karena adanya pembatasan-pembatasan, dan dalam beberapa kasus, seperti kegagalan pasar dan swasta dalam memenuhi kebutuhan sosial dan publik.¹⁹²

Kebanyakan properti di negara-negara modern adalah milik publik atau masyarakat. Dalam konteks *public property* dalam hal ini adalah tanah, bangunan, atau benda-benda bergerak yang dimiliki negara. *Public property* tersedia secara cuma-cuma (*available for free use*) apabila seseorang masuk dan menggunakannya tanpa hambatan yang nyata. Lebih jelasnya, kebanyakan *public property* yang tersedia secara cuma-cuma adalah: jalan-jalan, trotoar-trotoar, taman-taman dan danau-danau, ruang udara, sekolah-sekolah, dan perpustakaan-

¹⁹¹ Whitfield, Dexter. *Public Services or Corporate Welfare – Rethinking the Nation State in the Global Economy* (London: Pluto Press, 2001), 19. Dexter menjelaskan bahwa ketentuan-ketentuan *public goods* adalah kunci bagi landasan sosial dan ekonomi bagi Negara. Namun hal ini selalu digambarkan dalam pengertian yang sempit dari kegagalan pasar, sebagai contoh adalah Negara menjalankan fungsi-fungsinya (dalam penyediaan *public goods*) dimana pasar tidak dapat atau tidak akan menyediakan.

¹⁹² Ibid., 21. Dexter menjelaskan pandangan birokrasi dalam melihat *public goods* yang dipengaruhi oleh “Public Choice Theory” yang berakar di Amerika Serikat dan didefinisikan sebagai: ... *the economic study of non-market decision-making, or simply the application of economic to political science: the theory of the state, voting rules, voter behaviour, party politics, the bureaucracy, and so on. The methodology of public choice is that of economics, however. The basic behavioural postulate of public choice, as for economics, is that man is an egoistic, rational, utility maximiser* (Mueller, 1989, 1-2).

perpustakaan adalah selalu terbuka untuk semua. Beberapa *public property*, bagaimanapun juga tersedia untuk digunakan dengan suatu pembayaran (*available for use for a fee*). Seseorang bisa dikenakan ongkos untuk mengendarai kendaraan di jalan tol (*turnpike*), menebang kayu dari tanah Negara (*public lands*), atau memasuki suatu museum. *Public property* lainnya tersedia untuk digunakan hanya oleh pihak-pihak yang mendapat otoritas (*available for use only by authorized parties*). Contoh *public property* ini adalah: basis militer dan pemadam kebakaran (*fire station*).¹⁹³

Dalam konteks *public utility*, *public goods* sebagai *public utility* mencakup industri-industri dengan rentang yang luas, seperti listrik, air, telekomunikasi, TV kabel, rel kereta. Industri-industri tersebut memiliki karakteristik yang sama. *Public utility* secara historis telah diatur (*regulated*) atau dimiliki Pemerintah (*government owned*). Industri-industri tersebut berbagi dalam struktur jaringan umum, sehingga mereka memiliki sistem jaringan distribusi, pipa, rute yang memerlukan penggunaan daerah milik jalan (*publics rights of way*) yang luas, sering juga dengan sambungan fisik antara bagian komponen. Dalam kasus tertentu, seperti perusahaan penerbangan, Pemerintah memiliki sebagian dari infrastruktur. *Public utility* ciri khasnya memiliki “substantial sunk costs”¹⁹⁴ karena kebutuhan perluasan infrastruktur. Secara historis, utilitas yang dimiliki swasta, memiliki regulasi untuk “rate-of-return”. Dibeberapa wilayah, utilitas adalah milik Pemerintah. Dalam hampir semua kasus, utilitas diberi hak monopoli secara legal atas jasanya. Akibat pengaruh liberal, utilitas kemudian diatur

¹⁹³ Shavell, Steven. *Foundation of Economic Analysis of Law* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004), 110-111. Shavell menjelaskan dasar mengapa *public property* disediakan secara cuma-cuma adalah bahwa sektor swasta tidak dapat mengambil keuntungan secara cukup dalam menyediakan properti tertentu dimana secara sosial diinginkan, atau sektor swasta akan memasang harga yang terlalu tinggi dan tidak ingin mengecilkan penggunaannya.

¹⁹⁴ Swerdlow, Irving. *The Public Administration Of Economic Development* (New York: Praeger Publishers, Inc., 1975), 267. Menurut Swerdlow: “Sunk Costs are costs that have already been incurred for future benefits. In a sense, all expenditures on capital formation are sunk costs, as are expenditures for training of personnel and for the development of institutions”.

(*regulatory reform*) dengan tujuan untuk meningkatkan kompetisi dan efektifitas.¹⁹⁵

2.1.3 *Public Goods* dalam konteks *Public Enterprise, Natural Monopoly, Regulasi, Deregulasi, dan Subsidi*.

Di banyak negara-negara sedang sedang berkembang (*developing countries*) dan negara industri (*industrialized countries*), jasa-jasa infrastruktur secara tradisional telah disediakan oleh badan-badan usaha milik Pemerintah (*government enterprises*) yang dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia disebutkan sebagai BUMN, akan tetapi di negara-negara sedang berkembang, paling tidak, badan-badan usaha milik Pemerintah tersebut terbukti tidak efisien, tidak dapat menyediakan kebutuhan-kebutuhan investasi yang banyak, dan melakukan manipulasi untuk mencapai tujuan-tujuan politik. Kenyataannya, banyak kajian telah memperlihatkan dalam 30 tahun, perusahaan-perusahaan swasta di negara-negara sedang berkembang telah, dengan rata-rata, memberikan kinerja yang lebih baik dan kebutuhan-kebutuhan investasi.¹⁹⁶

Badan-badan usaha milik Pemerintah merupakan suatu perusahaan publik (*public enterprise*).¹⁹⁷ Perusahaan publik tersebut dimiliki Negara, yang

¹⁹⁵ Geddes, Rick. "Public Utilities", dalam Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit, eds. *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III. The Regulation of Contracts (Cheltenham: Edward Elgar, 2000), 1162-1163.

¹⁹⁶ Guasch, 1-2. Dijelaskan juga oleh Guasch mengapa masalah tersebut terjadi: *pertama*, perusahaan-perusahaan swasta dikendalikan oleh keinginan akan keuntungan dan mendapatkan pengetahuan manajemen profesional, prosedur pengoperasian, dan penggunaan teknologi yang sesuai yang lebih banyak, *kedua*, partisipasi swasta dalam infrastruktur juga telah dikendalikan oleh kebutuhan mendesak untuk investasi yang lebih besar. Reformasi untuk memperbaiki dan memperluas jasa-jasa infrastruktur telah juga didorong oleh realisasi di negara-negara sedang berkembang dimana tingkat dan kualitasnya memiliki dampak yang besar dalam pertumbuhan ekonomi dan pengurangan kemiskinan, dan, tingkat dan kualitas tersebut saat ini adalah tidak cukup. Jasa-jasa infrastruktur secara kritis adalah untuk menghasilkan dan menentukan barang dan jasa dan secara signifikan mempengaruhi produktifitas ekonomi, biaya-biaya, dan persaingan. Kebijakan-kebijakan atas ketentuan jasa-jasa infrastruktur bergema keseluruhan ekonomi, dan jasa-jasa yang sangat jelek selalu membatasi persaingan di pasar-pasar yang lain.

¹⁹⁷ Kesari, U.P.D., and Kesari, Aditya. *Lectures On Administrative Law*, seventeenth edition (Allahabad: Central Law Publication, 2008), 498-499. Prof Wade menyebutkan: "*The public corporation is a hybrid organism, showing some of the features of a Government department and some of the features of a business company, and standing outside the ordinary framework of Central or Local Government*". Sedangkan Garner menyebutkan: "*The modern public corporation is a compromise between nationalization and private enterprise; the institution*

merupakan wakil rakyat (*on behalf of the citizenry*). Dapat disamakan dengan perusahaan-perusahaan swasta dalam setiap hal, selain dari hal para pemegang saham swasta. Dia menggunakan *inputs* untuk menghasilkan *outputs*, dan dia menjaga secara keseluruhan akan akun biaya-biaya, pendapatan-pendapatan, dan keuntungan. Namun meskipun keduanya berjalan secara paralel, perusahaan publik tidak perlu memaksimalkan keuntungannya sebagaimana perusahaan swasta. Ada tujuan-tujuan lain yang harus dikejar, dengan demikian kinerja ekonominya sangat berbeda dengan perusahaan swasta.¹⁹⁸

Ciri khas suatu perusahaan publik adalah adanya elemen sosial dalam memberikan jasa layanan dalam bentuk barang atau jasa (*goods*) kepada masyarakat. Dia terlepas dari tujuan komersial dalam menghasilkan jasa layanan secara efisien dan menjual jasa layanan tersebut pada harga yang sesuai dengan kondisi-kondisi biaya dan permintaan. Sebagai contoh sebuah bis angkutan lokal diharuskan menyediakan jasa layanan yang dapat diandalkan di seluruh wilayah kota, namun pada suatu perencanaan yang lebih luas, jalur bis komersial secara seksama dapat juga memberikan jasa layanannya.¹⁹⁹

Dalam konteks organisasi industrial, perusahaan publik yang merupakan badan-badan usaha milik Pemerintah merupakan suatu perusahaan yang secara konvensional menjadi memonopoli pasar (*natural monopoly*) atas *public goods*. Dalam pasar, monopoli dan kompetisi adalah dua kondisi pasar yang bertentangan. Namun kompetisi dan monopoli tidak secara sederhana bertolak belakang. Dalam pasar ada tingkat dan variasi-variasi pasar.²⁰⁰ Pada saat

is essentially an instrument devised of administering some particular enterprise in the public interest".

¹⁹⁸ Shepherd, William G. *The Economics of Industrial Organization*. Third Edition (New Jersey: Prentice Hall, 1990), 512-513.

¹⁹⁹ Ibid. Disebutkan juga oleh Shepherd, istilah elemen sosial masih menjadi perdebatan baik dalam konteks sifat maupun cakupannya. Sebagai contoh apa yang merupakan elemen sosial dari jasa pos, apakah harus adanya pengiriman pos setiap hari termasuk hari Sabtu (Shepard, 513).

²⁰⁰ Ibid. , 14. Tingkat dan variasi pasar:

1. *Pure monopoly: one firm has 100 percent of the market (electric, telephone, water, bus, and other utilities).*
2. *Dominant firm: one firm has 50-100 percent of the market and no close rival (soup-Campbell, razor blades-Gillette, newspapers-most local markets, film-Eastman Kodak, aircraft-Boing).*

Universitas Indonesia

kompetisi berjalan efektif, dia akan membawa kegiatan usaha menjadi efisien, inovatif, dan kaya akan peluang-peluang. Kekuasaan monopoli biasanya mengurangi efisiensi, mengurangi inovasi, mengurangi pengalihan kesejahteraan dari masyarakat biasa kepada masyarakat yang lebih sejahtera, dan mengurangi kebebasan memilih.²⁰¹

Listrik (yang termasuk *public goods*) adalah kasus klasik *natural monopoly* yang berada dibawah regulasi publik (*public regulation*). Jasa Pos Amerika Serikat adalah *public enterprise* yang juga diatur (*regulated*). Dalam kasus-kasus regulasi tersebut, kompetisi tidak efisien. Sebagai gantinya, masyarakat membiarkan pemasok memiliki monopoli dan kemudian diatur harganya (*regulates its prices*). Pemasok boleh juga berada dalam pemilikan publik. Kebaikan regulasi adalah menerapkan kontrol, secara cepat dan tajam dan secara fair. Terdapat dua tugas ekonomi dalam konteks regulasi, *pertama*, menetapkan tingkat harga sehingga perusahaan tidak menghasilkan eksese keuntungan dan mengeksploitasi pelanggan. *Kedua*, menetapkan struktur harga diantara berbagai variasi pelanggan sehingga adil dan masuk akal (*just and reasonable*).²⁰²

Tahun 1975-1985 dapat disebut sebagai dekade deregulasi (terhadap *public goods*). Kontrol dipindahkan dari industri-industri, termasuk perusahaan penerbangan, bank-bank, perusahaan truk, rel kereta, bis-bis, penyiaran, sistem

-
3. *Tight oligopoly: the leading four firms, combined, have 60-100 percent of the market; collusion among them to fix prices is relatively easy (cooper, aluminium, local banking, lightbulbs, soaps, textbook stores, breakfast cereals).*
 4. *Loose oligopoly: the leading four firms, combined, have 40 percent or less of the market; collusion among them to fix prices is virtually impossible (lumber, furniture, small machinery, hardware, magazines).*
 5. *Monopolistic competition: there are many effective competitors, none has more 10 percent of the market (most retailing, clothing).*
 6. *Pure competition: there are over 50 percent competitors, all with negligible market shares (wheat, corn, cattle, hogs, poultry).*

²⁰¹ Ibid., 1.

²⁰² Ibid., 491-492. Tradisi awal hanya *public utilities* yang harus diregulasi seperti “economic infrastructure”: rel kereta, tenaga listrik, air, dan limbah. Standar ini kemudian berkembang lebih luas (in 1877 by the Munn v. Illinois decision, 94 U.S. 113) dimana setiap usaha yang berdampak pada kepentingan publik (“affected with the public interest”) dapat diregulasi. Bahkan regulasi dapat diterapkan pada setiap pasar yang sebenarnya (in 1934, Nebbia v. New York, 291 U.S. 502)

telepon, dan *stockbrokers*. Berbagai perubahan yang tajam telah dibuat untuk kekacauan mengenai apa yang telah dilakukan dan seberapa besar manfaatnya. Pada kenyataannya, deregulasi telah digunakan untuk menunjukkan betapa banyaknya perubahan-perubahan yang dalam arti sebenarnya adalah tidak pasti. Definisi yang paling jelas dari deregulasi adalah mengganti kontrol Pemerintah dengan kompetisi yang efektif. Apabila pergerakan deregulasi ini berlanjut, maka dapat berakibat melucuti kontrol terhadap harga.²⁰³

Public goods tidak terlepas dari subsidi, yang merupakan pembayaran oleh publik atas *public goods* yang berasal dari pendapatan pajak Pemerintah. Subsidi dapat beragam jumlahnya, berkisar dari 100 persen sampai zero. Sekolah umum disubsidi secara total dari pajak, sementara pasokan air dibayar oleh pengguna. Kebanyakan universitas umum adalah diantara keduanya, didukung sebagian oleh subsidi Pemerintah dan sebagian oleh pembayaran dari mahasiswa. Subsidi seharusnya disesuaikan secara tepat kepada elemen sosial dari perusahaan publik. Sebagian kecil masyarakat memerlukan sedikit atau tidak perlu subsidi, sementara elemen sosial yang besar memerlukan subsidi total. Total subsidi berarti bahwa pengguna langsung *public goods* tidak perlu bayar, pembayar pajaklah yang membayarnya.²⁰⁴

2.1.4 *Public Goods* dan *Private Goods*

Andrew Light membedakan istilah antara *pure public goods* dan *publicly provided goods*. Istilah *publicly provided goods* dikatakan sebagai barang dan jasa yang tidak boleh diperdagangkan sebagai komoditas sebagaimana yang ditetapkan oleh suatu kebijakan publik. Pemerintah menyediakan secara sama untuk semua masyarakat (contohnya: polisi, pemadam kebakaran). Sedangkan istilah *pure public goods* atau *public goods* adalah istilah teknis dimana barang dan jasa adalah “non-rival” (penggunaan barang dan jasa oleh seseorang tidak membatasi yang lain) dan “non-excludable” (penggunaan barang dan jasa tidak hanya untuk

²⁰³ Ibid., 505.

²⁰⁴ Ibid., 513.

sekelompok orang dan mengecualikan yang lain).²⁰⁵ *Public goods* dengan demikian menurut Milton Fisk adalah ancaman bagi usaha neo-liberal untuk menjamin keuntungan dimana *public goods* menggunakan cara-cara: (1) *opposition to privatization*, (2) *limiting mobility of capital*, (3) *blocking competitiveness*, dan (4) *displacing financial control*.²⁰⁶

Istilah *private goods*, Penulis mencoba menarik pendapat Anatole Anton yang mengatakan bahwa: “the essence of private property is the right to effectively exclude others from what belongs to you”.²⁰⁷ Pemahaman *private* dalam *private goods*, Virginia Woolf pada tahun 1929 telah menyatakan suatu kalimat “a room of one’s own” untuk menjelaskan bahwa seseorang diberi hak atas suatu ruang untuk membangun kapasitasnya dan mengejar tujuan mereka. Idenya adalah bahwa individu diberi hak domain swasta, kebal dari campur tangan politik, masuk kedalam politik, ekonomi dan budaya modern.²⁰⁸

2.2 Swastanisasi

2.2.1 Partisipasi swasta dan gelombang swastanisasi dunia

Pada pertengahan tahun 1980-an banyak negara-negara sedang berkembang (*developing countries*), dimulai dari Amerika Latin dan Karibia, memulai reformasi ekonomi yang signifikan. Komponen yang besar dari reformasi tersebut melibatkan partisipasi swasta dalam jasa-jasa infrastruktur, pemindahan dari

²⁰⁵ Anatole Anton, *et al.*, *Not for Sale: In Defense of Public Goods* (Oxford: Westview Press, 2000), dalam tulisan Andrew Light “*Public Goods, Future Generations, and Environmental Quality*”, 212. Anatole Anton kemudian dalam tulisannya “*Public Goods as Commonstock: Notes on the Receding Commons*”, 12, menyebutkan *public goods* sebagai *commonstock* yang artinya dia bisa bersifat komoditi atau tidak, bisa diswastanisasi atau tidak. Sebagai contoh, tanah Negara (*the virgin land in the position of nation*) dapat dianggap sebagai *public goods* sebelum ditetapkan sebagai milik pribadi (*private owners*).

²⁰⁶ Ibid. 49. Dalam tulisan Milton Fisk “The Battle for Public Goods”.

²⁰⁷ Ibid. 8. Dalam tulisan Anatole Anton “Public Goods as Commonstock”.

²⁰⁸ Maurizio Passerin D’Entreves and Vogel, Ursula. *Public and Private: Legal, Political and Philosophical Perspective* (London: Routledge, 2000), 93-113. Mengutip tulisan Christine Sypnowich, “The Civility of Law: between public and private”. Dalam hal ini lembaga-lembaga hukum melindungi *privacy* dengan membentuk aturan hukum (*rule of law*) yang ideal. Aturan hukum itu mengacu pada ide dimana hukum harus sesuai dengan persyaratan prosedural tertentu sehingga individu dimungkinkan untuk mematuhiinya. Sistem hukum juga secara internal konsisten sehingga hukum-hukum khusus tersebut tidak bertentangan satu sama lainnya. Dapat juga dikatakan bahwa tidak ada *privacy* tanpa aturan hukum (98-99). Memasyarakatkan aturan hukum menjaga publik dan privat pada tempatnya, dan memisahkan satu sama lain (113).

Pemerintah ke perusahaan-perusahaan swasta atas bagian-bagian signifikan dari manajemen dan kontrol terhadap pengoperasian utilitas. Perusahaan-perusahaan swasta tersebut baik badan usaha yang sudah ada atau konsorsium dari badan-badan usaha (asing dan domestik) dibentuk untuk memberikan jasa-jasa pelayanan. Arah yang membawa partisipasi swasta dimotivasi oleh keinginan dan kebutuhan memperbaiki kinerja dan untuk menjamin kebutuhan-kebutuhan investasi yang banyak dimana sektor publik tidak dapat menyediakannya karena keterbatasan dana publik dan kebutuhan persaingan investasi di sektor-sektor dalam masyarakat. Banyak tipe-tipe partisipasi swasta terjadi dalam ketentuan infrastruktur.²⁰⁹

Tiap-tiap tipe partisipasi swasta berbeda dalam tingkat partisipasi Pemerintah, alokasi risiko, tanggungjawab investasi, persyaratan operasional, dan insentif untuk para operator. Tipe-tipe umum yang kebanyakan adalah swastanisasi dan konsesi, dan yang lebih sedikit adalah kontrak manajemen. Pengalihan jasa-jasa infrastruktur publik ke sektor swasta, apakah melalui swastanisasi atau konsesi, melibatkan ciri khas sebagai berikut:²¹⁰

(a). *Sector restructuring and bundling*, dimana perusahaan-perusahaan milik negara diurai (*unbundled*) untuk memfasilitasikan persaingan dan mengurangi potensi penyalahgunaan kekuasaan monopoli atau posisi dominan. Batasan-batasan vertikal dan horisontal sering dipaksa untuk penyalahgunaan posisi-posisi dominan dan mempromosikan strategi penggunaan fasilitas-fasilitas yang esensial.

²⁰⁹ Guasch, 23-24. Lihat Gambar Nomor 2.2.

²¹⁰ Ibid., 25. Lihat Gambar Nomor 2.3. Partisipasi swasta secara umum telah dicapai melalui swastanisasi yang ada yaitu pengurangan modal investasi (*divestiture*) yang digabungkan dengan reformasi struktur dan regulasi. Tetapi sektor-sektor yang lain seperti pelabuhan, bandara, jalan, rel kereta, air dan sanitasi, dan segmen-segmen sektor listrik, hambatan-hambatan hukum, politik dan konstitusi telah mengganggu penjualan utilitas publik kepada pihak-pihak swasta. Beberapa negara yang tidak memiliki kesulitan hukum atau konstitusi untuk memenuhi swastanisasi memberi perhatian pada kinerja yang membawa Pemerintah untuk menahan beberapa kontrol diberbagai sektor. Negara-negara yang tidak dapat atau tidak ingin mengalihkan kepemilikan aset publik ke sektor swasta, strategi inovatif telah digunakan untuk memperkenalkan partisipasi swasta. Diantara alternatif swastanisasi yang ada, konsesi telah muncul sebagai suatu pendekatan yang terbaik. Di Amerika Latin dan Karibia, konsesi secara khusus telah menjadi umum untuk jasa-jasa penyediaan air bersih, sanitasi dan transportasi (lihat: 23-27).

- (b). *Regulatory reform*, dimana regulasi diimplementasikan dan badan regulator (*regulatory agency*) dibentuk untuk membatasi keuntungan monopoli alamiah dan untuk melindungi para pengguna (*users*) dari perilaku monopoli dan melindungi investor dari tindakan Pemerintah yang sewenang-wenang.
- (c). *Prequalification*, dimana ditetapkan kondisi-kondisi teknis dan ekonomi (atau keduanya) bahwa persaingan operator-operator swasta harus memenuhi persyaratan untuk pengadaan investasi (*bidding*) dan proses seleksi.
- (d). *Competitive bidding or an auction mechanism*, dimana dibuat mekanisme untuk menghilangkan biaya-biaya monopoli dan menyeleksi operator yang paling efisien diantara para operator swasta yang berminat.
- (e). *Award of the concession contract*, dimana disiapkan kontrak konsesi kepada satu dari beberapa operator swasta yang berhak berdasarkan kriteria seleksi.
- (f). *Concession contract components*, dimana disiapkan komponen-komponen kontrak konsesi termasuk penetapan untuk lamanya kontrak, persyaratan investasi, parameter kualitas dan jasa, sumber penghasilan (*revenue sources*), ketentuan-ketentuan pengaturan (*regulatory provisions*), frekuensi penyesuaian tarif dan proses *review*, dan pengalihan aset-aset atas pengakhiran kontrak atau penutupan.
- (g). *Concession contract enforcement and regulatory oversight*, dimana diberikan pada badan pengatur (*regulatory agency*) bila ada, bila tidak ada, oleh kementerian suatu departemen Pemerintah, atas pelaksanaan kontrak konsesi dan kekeliruan regulasi.

Partisipasi swasta dalam konsep KPS dapat ditunjukkan dengan suatu gambar yang dapat menunjukkan tingkat partisipasi swasta secara rendah atau penuh.²¹¹ Berbagai bentuk konsep KPS telah diuji-cobakan dan dilaksanakan dengan catatan keberhasilan yang berbeda.

Partisipasi swasta khususnya dalam infrastruktur jalan tol di beberapa negara, dalam suatu penelitian dengan menghadirkan empat indikator pembangunan jalan tol (panjang jalan tol, pertumbuhan domestik bruto per kapita

²¹¹ <http://truu.worldbank.org/Documents/Toolkits/Highways/start.HTM> *Toolkit for Public Private Partnership in Highways*. Lihat Gambar Nomor 2.4.

atau *gross domestic product per capita*, kepemilikan kendaraan atau *auto ownership*, dan keterlibatan sektor swasta) telah diteliti tingkat partisipasi swasta tersebut yang dibagi dalam kategori rendah (*low*), sedang (*moderate*) dan tinggi (*high*).²¹²

Persentase partisipasi swasta per sektor infrastruktur, maka untuk infrastruktur transportasi jalan adalah 8 persen. Persentase yang tertinggi adalah disektor infrastruktur tenaga listrik (*power*) yaitu 30 persen.²¹³

Infrastruktur jalan bebas hambatan (*highway*) secara tradisional telah didanai melalui anggaran umum Pemerintah (*general government budgets*), pajak dan *fees* ketimbang *toll* itu sendiri. Di kebanyakan negara-negara industrial, 90 persen atau lebih jalan bebas hambatan didanai oleh anggaran publik (*public funded*), di negara-negara sedang berkembang (*developing countries*) Pemerintah selalu memikul keseluruhan biaya. Beberapa faktor tambahan telah memberikan kontribusi peningkatan kepentingan swasta untuk mendapatkan hasil jalan tol swasta, termasuk kecenderungan global terhadap komersialisasi dan swastanisasi BUMN, keberhasilan jalan tol publik dalam perolehan dana, dan perkembangan teknologi tol yang membuat lebih efisien dan aman.²¹⁴

²¹² The World Bank, Ministry of Construction, Japan, May (1999), "Asian Toll Road Development Program, Review of Recent Toll Road Experience in Selected Countries and Preliminary Tool Kit for Toll Road Development", Draft Final Report, Padeco Co. LTD, in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc. Lihat Tabel Nomor 2.1.

²¹³ Gregory Fischer, Suman Babbar, "Private Financing of Toll Roads", RMC Discussion Paper Series 117, (Gregory Fischer, Mercer Management Consulting, Inc., and Suman Babbar, World Bank, Project Finance and Guarantees Group), 1. (Lihat Tabel Nomor 2.2.) Kebutuhan jalan bebas hambatan (*highway*) bagi negara-negara berkembang (*developing countries*) semakin parah. Berdasarkan data *World Bank*, negara-negara tersebut memiliki 1,000 kilometer jalan per sejuta penduduk (*per million people*) dibandingkan dengan lebih dari 10,000 kilometer per sejuta penduduk (*per million people*) di negara-negara industri (*industrial countries*), dan banyak jalan-jalan tersebut memerlukan investasi yang substansial. Sebagai contoh, di Argentina, Chile, dan Kolombia kurang dari setengah dari jalan tersebut yang dalam kondisi baik. Indonesia sampai tahun 2004 memerlukan untuk membangun 28,000 kilometer jalan nasional dan provinsi untuk terlepas dari kemacetan lalu lintas. Cina, dalam rencana pembangunan jalan bebas hambatan menargetkan 92,000 kilometer untuk konstruksi jalan bebas hambatan yang baru (halaman 2).

²¹⁴ *Ibid.* Jalan tol swasta memiliki sejarah yang panjang di Amerika Serikat dan Eropa. Di pertengahan pertama abad ke-19 jalan tol swasta melebihi jalan umum di Amerika. Sektor publik memberikan dukungan melalui hibah tanah (*land grants*) dan subsidi, dan jalan publik dibangun terutama untuk mendukung jaringan jalan-jalan swasta. Pembiayaan jalan tol berkembang di Eropa setelah Perang Dunia ke-2, ketika hambatan anggaran dan pertumbuhan lalu-lintas yang cepat membuat pembiayaan tol swasta menjadi menarik. Di Perancis pembiayaan jalan tol publik

Industri-industri infrastruktur dan jasa sangat penting untuk membangkitkan pertumbuhan ekonomi, mengurangi kemiskinan, dan meningkatkan daya saing internasional. Pentingnya infrastruktur, membuat banyak negara telah meng-implementasikan reformasi dengan pencapaian yang jauh dalam dua dekade lalu, yaitu dengan melakukan restrukturisasi, mendorong partisipasi swasta, dan membentuk pendekatan baru untuk pengaturan. Dengan demikian hubungan antara reformasi infrastruktur dan kinerja infrastruktur tersebut selanjutnya adalah sangat kompleks.²¹⁵

Penilaian akademis dan persepsi publik atas swastanisasi ternyata tidak sesuai. Dugaan kegagalan swastanisasi telah terjadi dan meningkatkan kritisasi

digunakan pada akhir tahun 1950-an dan awal tahun 1960-an, dan pembiayaan jalan tol swasta diperkenalkan pada akhir tahun 1960-an dan awal tahun 1970-an. Di Spanyol pembiayaan tol digunakan untuk "intercity autopistas" pada akhir tahun 1960-an dan awal tahun 1970-an. Di Italia lebih dari 5,000 kilometer jalan tol telah dibangun oleh lebih dari duapuluh pemegang konsesi, meskipun Pemerintah pusat dan regional memegang kepemilikan mayoritas. Negara-negara sedang berkembang menjadi tertarik pada pembiayaan jalan tol pada tahun 1980-an, ketika pertumbuhan ekonomi dan populasi membawa pertumbuhan permintaan akan infrastruktur. Di Meksiko, Presiden Salinas membentuk "a National Highway Building Program" yang mengundang pembiayaan jalan tol swasta. Di Indonesia, harapan pertumbuhan lalu-lintas dan proyeksi biaya konstruksi yang tinggi membawa Pemerintah membentuk program "joint venture" pembiayaan jalan tol swasta untuk mendanai dan mengatur proyek jalan tol.

²¹⁵ Ionnis N. Kessides, *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation, and Competition* (Washington: A Copublication of the World Bank and Oxford University Press, 2004), xi-xii. Dikebanyakan negara-negara berkembang dan yang ekonominya dalam masa transisi, partisipasi swasta dalam infrastruktur dan restrukturisasi telah dijalankan dengan biaya tinggi dan kinerja yang buruk dari jaringan utilitas milik Negara. Dibawah kepemilikan Negara, jasa pelayanan masyarakat biasanya dibawah harga (*underpriced*). Tidak ada model reformasi yang universal. Setiap restrukturisasi dan partisipasi swasta harus terlibat dengan sektor-sektor yang utama dan karakteristik-karakteristik ekonomi, lembaga, sosial dan politik Negara. Seperti telekomunikasi misalnya, mungkin banyak menawarkan dorongan swastanisasi, sedangkan segmen-segmen transportasi kompetisi antar moda-nya selalu cenderung mengarah pada liberalisasi. Walaupun hubungan antara reformasi infrastruktur dan kinerja infrastruktur selanjutnya sangat kompleks, namun dari hubungan yang kompleks tersebut beberapa kesimpulan dapat ditarik:

1. Reformasi secara signifikan memperbaiki kinerja, membawa investasi, produktifitas, dan cakupan layanan dan kualitas yang lebih tinggi.
2. Regulasi yang efektif – termasuk menetapkan tingkat tarif yang sesuai – adalah kondisi yang sangat penting untuk reformasi infrastruktur.
3. Swastanisasi yang membangkitkan manfaat sosial yang luas, maka industri infrastruktur harus secara keseluruhan di-restrukturisasi dan harus dapat menjaga kompetisi. Manfaat dari swastanisasi monopoli infrastruktur adalah lebih kecil dari memperkenalkan kompetisi. Selalu sulit dan biaya tinggi untuk mengubah pilihan-pilihan struktural – seperti tingkat integritas secara vertikal dan horisontal setelah swastanisasi. Dengan demikian, restrukturisasi untuk memperkenalkan kompetisi harus dilakukan sebelum swastanisasi, dan regulasi harus sesuai dengan pembeli potensial baik dari elemen yang kompetitif maupun monopoli.

Universitas Indonesia

dari lembaga-lembaga keuangan internasional. Ada pengalaman yang cukup untuk memandu reformasi lembaga-lembaga. Mereka tidak diikuti secara buta di negara tertentu tanpa penilaian yang hati-hati terhadap persyaratan struktural dan kelembagaan dan tanpa perhatian yang tegas terhadap yang mereka capai. Pada abad ke-20 dibanyak negara, jaringan utilitas secara vertikal dan horisontal terintegrasi monopoli negara dibawah kontrol kementerian negara. Pada akhir dekade terlihat perubahan dramatis dalam pandangan bagaimana jaringan utilitas seharusnya dimiliki, diorganisir, dan diregulasi. Model baru adalah meningkatkan kepercayaan pada infrastruktur swasta untuk memperbaiki efisiensi, inovasi, dan meningkatkan jasa-jasa layanan.²¹⁶

Gelombang swastanisasi infrastruktur global dan liberalisasi²¹⁷ pada tahun 1990-an adalah awal penting dalam perkembangan konsensus ekonomi. Gelombang tersebut selain mempertanyakan kebutuhan kepemilikan negara atas jaringan utilitas juga mempertimbangkan kembali ide-ide monopoli alamiah dan intervensi-intervensi regulasi terkait. Diterima secara luas bahwa model utilitas monopoli tidak lagi diterapkan. Apabila industri-industri tersebut di-restrukturisasi secara benar, kompetisi yang substansial dapat muncul di banyak

²¹⁶ Ibid., xiii. Kritisasi-kritisasi tersebut adalah benar dalam hal menilai kasus-kasus dimana swastanisasi dilakukan tanpa perlindungan dan arahan lembaga dimana secara luas dinyatakan sebagai tidak sah (*illegitimate*). Informasi ekstensif dibutuhkan untuk menganalisa hubungan antara reformasi kebijakan khusus dan yang dihasilkan oleh infrastruktur, termasuk dimensi distribusinya. Pentingnya ekonomi besar dari infrastruktur, adalah suatu keinginan untuk melindungi kepentingan publik pada industri-industri yang memberikan jasa-jasa layanan pokok, dan perhatian mengenai kekuatan monopoli swasta membawa Pemerintah untuk menyimpulkan bahwa kontrol terhadap jasa-jasa layanan tersebut tidak dapat dipercaya untuk motivasi dan sanksi pasar bebas. Pemerintah juga yakin bahwa keterlibatan investasi besar, sumber-sumber publik diperlukan untuk meningkatkan cakupan infrastruktur. Dengan demikian, entitas publik tunggal biasanya mengontrol setiap aspek utilitas yaitu fasilitas-fasilitas, pengoperasian, dan administrasi, dan menetapkan jasa-jasa layanan pokok mana bagi konsumen. Prinsip-prinsip apa yang seharusnya memandu usaha-usaha yang akan datang untuk restrukturisasi, regulasi, dan mengembangkan infrastruktur?, (halaman 1). Kinerja monopoli infrastruktur yang dimiliki Negara juga bervariasi ditiap-tiap negara. Harga-harga bervariasi ditiap sektor. Masalah ini tertunda selama Pemerintah dapat menyediakan subsidi dan lembaga-lembaga keuangan internasional mau memberi jaminan. Namun, tahun-tahun kurang pendanaan (*underfunding*) dan kegagalan mengarahkan masalah-masalah yang sistematis telah membawa defisit infrastruktur yang signifikan dinegara-negara sedang berkembang, membangkitkan kehilangan kesejahteraan yang substansial. Tidak efisiennya infrastruktur menghambat pertumbuhan ekonomi domestik, merusak kompetitif internasional, dan menurunkan investasi asing (halaman 2).

²¹⁷ Kamerman and Kahn, ed., 25.

aktifitas. Negara-negara industri masih mengandalkan model lama (model monopoli), sedangkan negara-negara sedang berkembang dan negara-negara yang ekonominya dalam transisi mengambil pendekatan baru (model baru), yaitu model yang dengan pendekatan vertikal terintegrasi untuk membangun infrastruktur yang baik dan saat ini mengikuti *unbundling* (melepas perusahaan-perusahaan milik negara untuk memfasilitasi persaingan dan mengurangi potensi penyalahgunaan kekuasaan monopoli atau posisi dominan). Model baru ini menghadapi risiko-risiko yang signifikan apabila tidak disertai dengan perlindungan struktur dan regulasi.²¹⁸

Untuk memperoleh manfaat *unbundling*,²¹⁹ kebijakan-kebijakan memerlukan harmonisasi atas kekeliruan regulasi dari aktifitas monopoli dengan meningkatkan kompetisi (persaingan usaha). Bila tidak ada harmonisasi atas regulasi, maka akan terjadi beberapa distorsi dalam hubungan antara komponen-komponen yang merupakan biaya tinggi atas jasa layanan dan segmen-segmen yang kompetitif. Sistem campuran (*mixed system*) adalah yang terburuk untuk kedua model tersebut. Dengan demikian model *unbundling* membuat tugas

²¹⁸ Kessides, 4. Mengapa negara-negara sedang berkembang dan negara-negara ekonomi dalam transisi mengambil pendekatan baru (model baru). Jawaban sederhana adalah bahwa model yang baru, apabila terimplementasi secara benar (adanya perlindungan struktur dan regulasi yang sesuai), menawarkan manfaat yang terlalu besar untuk diabaikan, bagi Pemerintah, operator dan konsumen. Ada cukup pengalaman untuk memandu implementasinya. Bagaimanapun juga, model baru tersebut tidak seharusnya diteruskan atau diikuti dinegara-negara atau industri tertentu tanpa secara hati-hati menilai persyaratan-persyaratan kelembagaan dan struktural, dan tanpa perhatian yang jelas pada permasalahan yang muncul. Kebaikan utama dari model baru (*unbundling*) adalah bahwa dia mempromosikan kompetisi, menjamin bahwa perusahaan memberikan jasa-jasa layanannya pada harga yang efisien. *Unbundling* sepertinya secara khusus menjadi menarik ketika ukuran dan kejenuhan pasar membolehkan operator melakukan fungsi, memberikan kompetisi yang aktif dan potensial. *Unbundling* dapat mengurangi kebutuhan untuk regulasi dengan cara mengisolasi segmen-segmen yang monopoli, memuat konsekuensi-konsekuensi yang merugikan, dan mengganti regulasi dengan kompetisi. Kelemahan dari *unbundling*, yaitu meskipun aktifitas yang lebih sedikit, memaksa terjadinya kekeliruan regulasi dalam sistem *unbundling*, kinerja menjadi lebih sensitif untuk kemampuan regulasi. Faktanya, praktek-praktek yang tidak efisien (seperti *internal cross-subsidies*) yang dapat ditolerir dalam lingkungan monopoli dapat menyebabkan kerugian yang lebih banyak dalam pembentukan regulasi yang baru.

²¹⁹ Sebelum Pemerintah memberikan konsesi dalam sektor infrastruktur, maka Pemerintah harus mempertimbangkan struktur apa yang terbaik bagi industri yang akan diberi konsesi. Apa masuk akal untuk memilah (*unbundle*) industri secara vertikal? (*separating an upstream segment, such as generation, from downstream segment, such as transmission*). Atau apa masuk akal untuk memilah (*unbundle*) industri secara horisontal? (*creating, for example, several generation companies out of one*). Lihat: Michel Kerf, et. al., *Concession for Infrastructure*, 4.

regulasi lebih kompleks, seperti akan menjadi suatu masalah dalam lingkungan-lingkungan dengan kapasitas lembaga yang lemah, yang banyak terjadi di negara-negara sedang berkembang (*developing countries*) dan negara-negara dengan ekonomi transisi (*developing and transition economies*).²²⁰

Di Indonesia, swastanisasi²²¹ merupakan salah satu alat dan cara selain restrukturisasi²²² dalam membenahi BUMN untuk mencapai cita-citanya serta hal-hal penting lainnya yang mendukung dan dapat menjadi landasan bagi upaya-upaya penyehatan BUMN. Swastanisasi hanya dapat dilakukan terhadap BUMN yang berbentuk Persero sepanjang dimungkinkan berdasarkan peraturan perundang-undangan disektor kegiatan yang dilakukan Persero tersebut. BUMN Persero dapat diswastanisasi karena selain dimungkinkan oleh ketentuan dibidang pasar modal juga karena pada umumnya hanya BUMN Persero yang telah bergerak dalam sektor-sektor yang kompetitif. Swastanisasi senantiasa memperhatikan manfaat bagi rakyat.

Memperhatikan sifat BUMN, untuk memupuk keuntungan dan melaksanakan kemanfaatan umum, BUMN disederhanakan menjadi dua bentuk yaitu Perusahaan Perseroan (Persero) yang bertujuan memupuk keuntungan dan

²²⁰ Kessides, 5-7. Beberapa tahun lalu, swastanisasi digembar-gemborkan sebagai obat mujarab (*panacea*) untuk memulihkan kelesuan industri-industri infrastruktur yang boros dan mengembalikan stagnasi ekonomi. Namun saat ini, swastanisasi dipandang secara berbeda dan sering secara kritis. Skeptisisme dan permusuhan terhadap swastanisasi tidak terbatas pada sekelompok kecil pemerotes yang radikal. Poling pendapat di beberapa negara sedang berkembang dan negara-negara dengan ekonomi transisi, khususnya di Amerika Latin, memperlihatkan pertumbuhan ketidakpuasan publik dengan adanya swastanisasi. Ketidakuasan publik telah dibakar juga dengan kenaikan harga, pengurangan pekerjaan, keuntungan perusahaan yang digunakan untuk memperbaiki kinerja operasional, juga oleh krisis politik dan ekonomi yang kebijakan pemerintahannya tidak banyak melakukan sesuatu untuk infrastruktur. Namun, penyesuaian-penyesuaian ini menjadi diperlukan bagi swastanisasi untuk mencapai tujuan-tujuan kepentingan publik.

²²¹ Pasal 1 butir 12 Undang-undang Nomor 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara (UU No. 19/2003), menyebutkan swastanisasi (privatisasi) sebagai: "penjualan saham Persero, baik sebagian maupun seluruhnya, kepada pihak lain dalam rangka meningkatkan kinerja dan nilai perusahaan, memperbesar manfaat bagi negara dan masyarakat, serta memperluas pemilikan saham oleh masyarakat".

²²² Pasal 1 butir 11 UU No. 19/2003, menyebutkan Restrukturisasi sebagai: "upaya yang dilakukan dalam rangka penyehatan BUMN yang merupakan salah satu langkah strategis untuk memperbaiki kondisi internal perusahaan guna memperbaiki kinerja dan meningkatkan nilai perusahaan".

sepenuhnya tunduk pada ketentuan undang-undang Perseroan Terbatas,²²³ dan Perusahaan Umum (Perum) yang dibentuk oleh Pemerintah untuk melaksanakan usaha sebagai implementasi kewajiban Pemerintah guna menyediakan barang dan jasa tertentu untuk memenuhi kebutuhan masyarakat. Untuk bentuk usaha Perum, walaupun keberadaannya untuk melaksanakan kemanfaatan umum, namun demikian sebagai badan usaha diupayakan untuk tetap mandiri dan untuk itu Perum harus diupayakan juga untuk mendapatkan laba agar bisa hidup berkelanjutan.²²⁴

2.2.2 Tekanan swastanisasi dan dampak swastanisasi

Arah partisipasi swasta yang terjadi secara besar-besaran dalam pembangunan infrastruktur terjadi di banyak negara-negara sedang berkembang, dan manfaat dari mulainya gelombang swastanisasi dan investasi baru menjadi jelas. Pergerakan swastanisasi infrastruktur tersebut, yang diluncurkan pada pertengahan tahun 1980-an, dimulai pada sektor energi (*power sector*), khususnya fasilitas pembangkit tenaga (*power generation*) yang proyeknya dilaksanakan secara *Build-Own-Operate* (BOO) atau secara BOT. Para investor menjadi lebih aktif dalam berbagai tipe infrastruktur yang ditawarkan Pemerintah pada swasta dalam sektor-sektor pengairan, transportasi, dan sektor lainnya.²²⁵

²²³ Republik Indonesia. Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas, diundangkan tanggal 16 Agustus 2007, Lembaran Negara RI Tahun 2007 Nomor 106 Tambahan Lembaran RI Nomor 4756.

²²⁴ Penjelasan Umum UU No. 19/2003. Jasa Marga merupakan salah satu BUMN di Indonesia yang telah melakukan swastanisasi, dimana pada tanggal 12 November 2007, Jasa Marga telah mencatatkan sahamnya di Bursa Efek Indonesia untuk menjadi perusahaan terbuka, dimana Pemerintah melepaskan 30% sahamnya kepada masyarakat.

²²⁵ Gregory Fischer, Suman Babbar, "Private Financing of Toll Roads", RMC Discussion Paper Series 117, (Gregory Fischer, Mercer Management Consulting, Inc., and Suman Babbar, World Bank, Project Finance and Guarantees Group), vii. Dalam infrastruktur jalan tol, berbagai tantangan dalam pembangunan dan pembiayaan jalan tol adalah sama dalam menghadapi proyek infrastuktur lainnya, dimana secara tipikal adalah bersifat padat modal (*capital-intensive*) dan berbagi risiko-risiko tertentu (*share certain risks*), termasuk risiko konstruksi (*construction risk*), risiko politik (*political risk*), risiko mata uang (*currency risk*), dan risiko keadaan kahar (*force majeure risk*). Namun jalan tol menghadapi resiko-resiko lebih besar dalam beberapa area penting, termasuk pembebasan tanah untuk daerah milik jalan (*right-of-way*), kondisi cuaca dan geologi yang tidak terduga (*unforeseen geological and weather condition*) yang dapat meningkatkan biaya dan keterlambatan, dan bahkan yang lebih penting, tidak dapat diprediksinya lalu-lintas (*future traffic*) dan tingkat pendapatan (*revenue levels*). Proyek pembangkit tenaga listrik, sebagai contoh,

Swastanisasi itu sendiri adalah suatu kata baru yang secara cepat digunakan secara populer meskipun memiliki kelemahannya. Kata swastanisasi pertama muncul dalam kamus pada tahun 1983 dan didefinisikan secara sempit sebagai: *"To make private, especially to change (as a business or industry) from public to private control or ownership"*.²²⁶ Kata tersebut kemudian memperoleh arti yang lebih luas, menjadi simbol cara baru melihat kebutuhan masyarakat, dan suatu pemikiran kembali atas peran Pemerintah dalam pemenuhan kebutuhan masyarakat. Ini berarti lebih mengandalkan lembaga-lembaga swasta dari pada Pemerintah untuk memenuhi kebutuhan masyarakat. Untuk itu Emanuel S. Savas mendefinisikan swastanisasi (*privatization*) sebagai: *"... the act of reducing the role of government, or increasing the role of the private sector, in an activity or in the ownership of assets"*.²²⁷

Beberapa tekanan kuat berada disamping pergerakan swastanisasi, yaitu: tekanan pragmatis, tekanan ideologis, tekanan komersial dan tekanan populis. Tujuan para pragmatis adalah pemerintahan yang baik, dalam pengertian efektifitas biaya yang lebih baik. Tujuan dari pendekatan ideologi adalah pengurangan peran Pemerintah dan meningkatkan peran lembaga-lembaga swasta. Tujuan dari kepentingan komersial adalah untuk mendapatkan lebih banyak usaha dengan cara memperoleh belanja Pemerintah yang lebih, untuk dialihkan pada swasta. Tujuan dari para populis adalah untuk mencapai masyarakat yang lebih baik dengan memberikan masyarakat kekuasaan yang lebih untuk memperoleh kepuasan atas kebutuhan pokok mereka, sambil mengurangi birokrasi publik dan memperbesar peran swasta. Penjelasan tekanan swastanisasi dapat dijelaskan sebagai berikut:²²⁸

bisa menghadapi resiko-resiko yang lebih sedikit dari jalan tol karena fisik pabriknya (*physical plant*) adalah dalam satu lokasi (dengan fasilitas pembebasan tanah) dan pendapatan (*future revenues*) secara umum terjamin dalam suatu kontrak jangka panjang (*a long-term power purchase agreement*).

²²⁶ Savas, 3.

²²⁷ Ibid. Beberapa penentang swastanisasi melihatnya sebagai menyederhanakan Pemerintah dan kembali kepada Negara yang keras dimana hanya yang kuat yang berhasil dan yang lemah tertinggal dalam mengatasi masalahnya sendiri. Saat diterapkan dengan tepat, dia akan lebih menawarkan pada yang tidak beruntung.

²²⁸ Ibid., 4-5. Lihat Tabel Nomor 2.3.

- (a). Tekanan pragmatis, dimana ketika Pemerintah menghadapi beberapa tekanan fiskal, artinya, pada saat biaya aktifitas Pemerintah naik namun perlawanan publik atas pajak yang lebih tinggi juga naik, pejabat publik kemudian mencari solusinya. Swastanisasi adalah pendekatan strategis untuk memperbaiki produktivitas perwakilan-perwakilan Pemerintah dan dengan demikian memberikan masyarakat lebih banyak uang.
- (b). Tekanan ideologis, dimana alasan dari pandangan ini adalah berdasarkan pandangan filosofis politik dan ekonomi. Pada saat banyak penghasilan masyarakat diambil Pemerintah, saat keputusan mengenai pengaturan uang dibuat dengan cara meningkatkan kesenjangan dan tidak responnya organ-organ Pemerintah, dan saat kehadiran Pemerintah masuk lebih jauh ke area aktivitas kemanusiaan, maka ini disebut sebagai suatu kehilangan kebebasan ("*a loss of freedom*"). Masyarakat modern mensyaratkan individu-individu untuk menyerahkan kontrol yang substansial terhadap aspek-aspek vital kehidupan mereka kepada lembaga-lembaga yang tidak bersifat pribadi.
- (c). Tekanan komersial, dimana dukungan lebih jauh lagi dari swastanisasi datang dari kepentingan komersial. Pemikirannya adalah langsung pada sasaran. Grup bisnis melakukan advokasi lebih pada swastanisasi aktivitas interen Pemerintah dan mendukung legislasi yang melarang penggunaan pegawai pemerintahan untuk melakukan pekerjaan dimana swasta dan pembayar pajak dapat melakukannya. Tekanan komersial adalah pendukung yang aktif atas swastanisasi, walaupun kepentingan-kepentingan mereka sangat berbeda dari para pragmatis dan yang berdasarkan filosofis politik atau ekonomi.
- (d). Tekanan populis, dimana kelompok ini menentang, baik terhadap pemerintahan yang gemuk dan bisnis yang besar dan untuk lainnya. Kebanyakan berasal dari lembaga-lembaga lokal dan pemberdayaan masyarakat. Pandangan ini telah disimpulkan sebagai berikut: "*This country's „public” systems, governmental and private, have become too institutionalized, too bureaucratized, too protective of their own interests.*". Mereka bahkan percaya, pada suatu tingkat yang lebih besar kepada keluarga,

tetangga, tempat ibadah, dan masyarakat etnik dan asosiasi-asosiasi sukarela. Proses mem-formulasikan kebutuhan-kebutuhan pokok, dan bekerja melalui lembaga-lembaga tradisional lokal untuk memuaskan kebutuhan mereka.

Beralihnya peran Pemerintah kepada swasta, mengharapkan adanya pengalaman dan pembiayaan yang akan menyelesaikan pertumbuhan yang cepat atas permintaan jasa layanan infrastruktur. Kritik terhadap swastanisasi adalah terkait dengan pertanyaan akan adanya dampak yang merugikan atas tujuan-tujuan penting lainnya, seperti akses orang-orang miskin terhadap jasa layanan infrastruktur modern, dampak lingkungan dari infrastruktur,²²⁹ dan pengurangan korupsi.²³⁰

Kajian-kajian yang menyeluruh terhadap dampak-dampak swastanisasi terlihat bahwa skema-skema perencanaan yang baik dapat membawa peningkatan yang substansial atas kesejahteraan secara keseluruhan. Kajian-kajian tersebut terlihat bahwa manfaat-manfaat tersebut adalah meningkatnya investasi yang memberi jasa layanan kepada pengguna jasa baru, harga-harga yang lebih rendah, dan perbaikan produktifitas dan efisiensi. Terhadap faktor-faktor tersebut hanya sedikit yang memperlumahkan efisiensi secarta teknis dan operasional swastanisasi. Kritik terhadap swastanisasi umumnya terkait masalah harga yang meningkat akan berdampak pada tidak mampu memberikan jasa layanan, dan sektor swasta tidak tertarik mengembangkan jasa layanannya kepada pengguna

²²⁹ Mark Stallworthy, *Sustainability, Land Use and Environment: a legal analysis* (London: Cavendish Publishing Limited, 2002), 200. Sebagai contoh kasus dampak lingkungan dari infrastruktur dalam kritisasi swastanisasi adalah suatu tujuan regulasi dapat masuk dalam suatu konflik dimana tujuan otoritas jalan bebas hambatan (*highways*) melaksanakan kewenangannya dan dalam pelaksanaannya konflik dengan otoritas perencanaan terkait masalah keselamatan dan kepentingan publik. Konflik kedua rezim tersebut membutuhkan penyelesaian yudisial. Dalam penyelesaian sampai suatu tingkat pengadilan tinggi, permasalahan hubungan antara rencana penggunaan tanah dan kontrol terhadap polusi dapat digambarkan tidak jelas. Walaupun permasalahannya terkait kontrol terhadap polusi namun konflik yang timbul adalah konflik antar kedua otoritas tersebut. Penyelesaian kepentingan publik atas masalah lingkungan menjadi masalah karena adanya dua kepentingan otoritas yang terpisah.

²³⁰ Clive Harris, *Private Participation in Infrastructure in Developing Countries – Trends, Impact, and Policy Lessons*, World Bank Working Paper No. 5 (Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 2003), 17.

jasa yang lebih miskin.²³¹ Adanya tekanan dan kritikan terhadap swastanisasi sebagaimana yang dijelaskan di atas, dapat digunakan sebagai alat untuk mengukur tingkat kesimbangan antara publik dan swasta yang lebih fair.

2.2.3. Kewajiban layanan publik dan kewajiban layanan universal.

Pada saat Pemerintah selesai melakukan swastanisasi atas alat-alat negara kesejahteraannya, timbul pertanyaan apakah perusahaan-perusahaan milik negara tersebut harus terus melanjutkan penyediaan jasa layanan publik untuk memastikan para pengguna layanan dimana jasa-jasa tersebut tidak dibayar secara penuh. Haruskah perusahaan-perusahaan tersebut menyediakan suatu iklim usaha yang bersifat sosial, atau mendistribusikan sumber-sumber non-profit, seperti jasa-jasa pelayanan penduduk yang jauh, penduduk disuatu kampung, penduduk miskin, melarat, dan seterusnya. Jasa-jasa tersebut disebut sebagai kewajiban jasa layanan publik atau *public service obligation* (PSO), dan harus disediakan oleh perusahaan-perusahaan yang baru di swastanisasi, namun tetap aktifitas tersebut mempengaruhi profit.²³²

Kehadiran PSO diperlukan dalam rangka menjaga agar kegiatan penyediaan barang dan jasa publik, khususnya penyediaan jasa transportasi

²³¹ Ibid. Di Buenos Aires, partisipasi swasta dalam pengairan dan sanitasi meningkatkan kesejahteraan domestik secara keseluruhan menjadi \$ 1.4 billion sedangkan di Guinea \$ 23 billion. Enam kasus partisipasi swasta secara rinci dibidang telekomunikasi, energi dan pelabuhan terlihat juga secara substansial memberikan keuntungan kesejahteraan (*welfare gains*) kepada Pemerintah, pengguna jasa, investor dan, juga para pekerja. Dengan demikian swastanisasi dalam hal ini memberi dampak terhadap (*impacts on*): (1) *service expansion*, (2) *efficiency*, (3) *the quality of service*, dan (4) *prices*.

²³² Safri Nugraha, *Privatisation of State Enterprises in the 20th Century A Step Forwards or Backwards?* (Jakarta: Institute for Law and Economics Studies, Faculty of Law University of Indonesia, 2004), 181. PT Kereta Api yang belum diswastanisasi, adalah contoh yang baik untuk keseimbangan usaha profit dan non-profit, atau “the cross-subsidising scheme”, dalam usaha pengoperasiannya. Sementara melayani yang kaya, dengan membuat keuntungan yang besar, ini adalah dalam posisi untuk memberi jasa-jasa subsidi bagi yaang miskin, dan disebut “loss profits operations”. Dalam pengoperasiannya, kebanyakan jasa-jasa pengangkutan dibagi dalam tiga kelas pelayanan jasa. Kelas pertama diperuntukkan untuk pelayanan penumpang-penumpang dengan pendapatan tinggi, kelas kedua, adalah kelas untuk melayani para pengguna jasa dengan pendapatan menengah, dan kelas ketiga, adalah kelas yang diperuntukkan untuk melayani para pemegang tiket dengan pendapatan rendah. Contoh lain, dalam penyediaan air, kebijakan Pemerintah adalah menjamin suplai air untuk penduduk daerah yang jauh dan daerah perkotaan adalah dengan harga yang sama. Apabila PSO berpengaruh terhadap keuangan perusahaan, maka adalah tugas Pemerintah menyediakan subsidi untuk menutup pengaruhnya terhadap keuangan.

perhubungan, tersedia dalam jumlah yang cukup sekalipun tidak memberikan keuntungan yang cukup bagi penyediaan jasa untuk tetap dapat menjalankan kegiatannya. PSO yang ditawarkan untuk rute-rute yang secara finansial tidak memberikan keuntungan harus tetap disediakan, karena hal tersebut diharapkan akan memberikan efek multi-ganda (*multiplier effect*) secara ekonomi bagi masyarakat di wilayah yang dilewati oleh rute tersebut.²³³

Terkait dengan penugasan Pemerintah kepada BUMN untuk menyelenggarakan PSO tentunya Pemerintah harus menyediakan sejumlah dana pada pos pengeluarannya dalam APBN. Dana yang dianggarkan tersebut termasuk dalam pos pengeluaran subsidi,²³⁴ untuk bantuan kepada BUMN dalam rangka menjalankan PSO, diluar jenis subsidi yang diberikan Pemerintah berupa subsidi listrik, subsidi bahan bakar minyak, subsidi pupuk, subsidi pos dan subsidi lainnya.²³⁵ Untuk itu, meskipun BUMN didirikan dengan maksud dan tujuan untuk mengejar keuntungan, tidak tertutup kemungkinan untuk hal-hal yang mendesak, BUMN diberikan penugasan khusus oleh Pemerintah. Apabila penugasan tersebut menurut kajian secara finansial tidak fisibel, Pemerintah harus memberikan kompensasi atas semua biaya yang telah dikeluarkan oleh BUMN tersebut termasuk margin yang diharapkan.²³⁶

²³³ Makmun Syadullah, "Evaluasi Pelaksanaan Kewajiban Pelayanan Publik (*Public Service Obligation*) dan Subsidi, Studi Kasus: Bidang Tarnsportasi", dalam Jurnal Ekonomi dan Pembangunan (JEP), Pusat Penelitian Ekonomi Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (P2E-LIPI), Vol. XV (2), (2007): 52.

²³⁴ Ibid., 59. Pengertian subsidi, dari Mike Crosetti (1999), seperti yang dikutip oleh Kadoatje (2002), mendefinisikan subsidi sebagai berikut: "All measures that keep prices for consumers below the market level, keep prices for producers above the market level, reduce costs for consumers or producers by giving direct or indirect financial support". Subsidi tersebut dapat berupa uang (cash transfer) dan subsidi dalam bentuk barang atau subsidi innatura (*in kind subsidy*).

²³⁵ Ibid., 52-53. Pemberian subsidi tersebut sebenarnya menimbulkan dilema bagi Pemerintah, dimana pada satu sisi pemberian subsidi dan PSO merupakan konsekuensi dan tugas serta tanggungjawab Pemerintah namun disisi lain hal tersebut terkendala oleh terbatasnya anggaran yang tersedia. Berdasarkan hal tersebut di atas maka perlu dilakukan kajian serta evaluasi terhadap pelaksanaan PSO dalam kaitannya dengan pemberian subsidi sehingga diharapkan dapat memberikan rekomendasi strategi dan kebijakan sistem pelaksanaan kegiatan PSO dalam kaitannya dengan subsidi.

²³⁶ Penjelasan Pasal 66 ayat (1) Undang-undang Nomor 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara. Pada penjelasan Pasal 66 ayat (2) disebutkan bahwa karena penugasan pada prinsipnya mengubah rencana kerja dan anggaran perusahaan yang telah ada, penugasan tersebut harus diketahui dan disetujui pula oleh Rapat Umum Pemegang Saham/Menteri.

Kewajiban layanan universal atau *the universal service obligation* (USO) merupakan landasan batu pertama (*cornerstone*) dari industri dan kebijakan-kebijakan regulasi di jaringan industri-industri utama di kebanyakan negara-negara industri sedang berkembang. Khususnya, dia menempati tempat terhormat dalam perdebatan kebijakan di negara-negara Uni Eropa dan Amerika Serikat. Bahkan mungkin merupakan blok bangunan utama dari konsep layanan publik (*public service*) sebagai pusat kebijakan regulasi di banyak negara-negara Eropa. Dalam banyak contoh, USO secara historis diberikan oleh publik yang monopolistik atau operator yang telah diatur (*regulated operator*) dan mekanisme pembiayaannya yang telah di-disain. Proses liberalisasi yang masih berlangsung, pada tingkat yang lebih besar, membuat cara tradisional ini menjadi kuno. Sementara kebutuhan perlindungan monopoli telah dipertanyakan, ide pelayanan universal relatif tidak tersaingi. Kebanyakan regulator menyatakan komitmen kuat pada pelayanan universal, yang selalu memotivasi bagian besar dari intervensi regulasi yang ada, bila tidak akan meliberalisasi industri-industri. Konsekuensinya, pertanyaan baru muncul dan otoritas regulasi menghadapi masalah ketentuan organisasi dan keuangan dari pelayanan universal dalam lingkungan persaingan yang kompetitif.²³⁷

2.2.4 Swastanisasi dan negara sejahtera

Hubungan swastanisasi dan negara sejahtera telah banyak ditulis dan dibahas oleh para ahli. Hasilnya paling tidak adalah bersifat paradoks. Satu sisi, para penulis, bersimpati atas ide swastanisasi. Mereka yang bersimpati atas ide swastanisasi ini menerima sebagai hal yang tidak dapat dihindari dalam ekonomi, yang bercampur dan rumit dan mereka percaya beberapa hal dari swastanisasi tidak dapat dihindari dengan alasan historis. Mereka mengakui ide swastanisasi pada suatu saat akan mengklaim keuntungan-keuntungan efisiensi dan kelenturan yang lebih besar. Di sisi lain, mereka juga melihat kebutuhan untuk terus

²³⁷ Helmut Cremer, Farid Gasmi, Andre Grimaud, and Jean-Jacques Laffont, "The Economics of Universal Service: Theory", The Economic Development Institute of the World Bank, 1998, Copyright © 1998 by the International for Reconstruction and Development.

mempertahankan suatu peran untuk jasa layanan publik. Mereka melihat bahwa untuk menjamin keuntungan-keuntungan potensial swastanisasi hanya dapat dicapai apabila swastanisasi dilaksanakan secara benar dan tidak sembarangan.²³⁸

Pengertian negara sejahtera (*welfare state*) telah diberikan oleh banyak ahli dari berbagai disiplin ilmu. *Pertama*, kebanyakan secara umum diterima pengertian negara sejahtera sebagai suatu hal dimana Pemerintah memainkan suatu peran yang positif dalam mempromosikan kesejahteraan sosial. Negara sejahtera juga suatu hal yang memberikan persamaan yang penuh bagi semua orang. Negara sejahtera harus menghilangkan rintangan yang mencegah persamaan yang penuh dan merupakan visi dan dorongan kuat disamping proses melembagakan negara sejahtera. *Kedua*, negara sejahtera juga diartikan sebagai standar minimal kesejahteraan sosial. Dibanyak Negara, hakekat negara sejahtera terletak pada standar minimal Pemerintah yang dilindungi: pendapatan, nutrisi, kesehatan, perumahan dan pendidikan. *Ketiga*, negara sejahtera terkait pemindahan pembayaran-pembayaran dan ketentuan langsung dari jasa-jasa layanan sosial. *Keempat*, negara sejahtera adalah dimana setiap komunitas politik prinsipnya menyediakan atau mencoba menyediakan kebutuhan anggotanya sesuai yang diinginkan anggotanya. *Kelima*, sebagai suatu model untuk masyarakat.²³⁹

Dengan demikian negara sejahtera banyak melibatkan aktivitas Pemerintah, konsep negara sejahtera menjadi berkembang secara ekstensif dimana-mana. Banyak penerapan-penerapan yang dicoba negara-negara dalam pelaksanaan negara sejahtera. Selama akhir tahun 1980-an, suatu keyakinan kuat dalam pengecekan kekuatan bangsa-bangsa negara sejahtera dan penguatan sektor

²³⁸ Kamerman and Kahn, ed., 261.

²³⁹ Safri Nugraha, *Privatization*, 44-50. Briggs memberikan pengertian negara sejahtera sebagai: "...in which organised power is deliberately used (through politics and administration) in an effort to modify the play of the market forces in at least three directions – first, by guaranteeing individuals and families a minimum income irrespective of the market value of their property; second, by narrowing the extent of insecurity by enabling individuals and families to meet certain „social contingencies“ (for example, sickness, old age and unemployment) which otherwise lead to individual and family crises; and third, by ensuring that all citizens without distinction of status or class are offered the best standards available in relation to a certain agreed range of social services”.

swasta yang ada muncul dibanyak negara. Suatu gambaran bagaimana masyarakat di negara-negara tersebut percaya bahwa:²⁴⁰

Unless the welfare state is tempered and the role of private sector is strengthened, poverty and dependency will increase, not diminish, and the role of government will grow increasingly intrusive and produce further unforeseen negative consequences.

Dalam hubungannya dengan negara sejahtera, Paul Starr mengatakan bahwa swastanisasi merupakan suatu konsep yang tidak jelas:²⁴¹

Privatization is a fuzzy concept that evokes sharp political reactions. It covers a great range of ideas and policies, varying from the eminently reasonable to the wildly impractical. Yet however varied and at times unclear in its meaning, privatization has unambiguous political origins and objectives.

Swastanisasi tersebut muncul dari perlawanan terhadap perkembangan Pemerintah di barat dan mewakili kebanyakan usaha-usaha konservatif yang serius dari waktu kita untuk menyusun suatu alternatif yang positif. Usulan swastanisasi tidak bertujuan hanya untuk mengembalikan jasa-jasa layanan pada lokasi awal mereka di ruang swasta. Beberapa usulan mencari untuk menciptakan bentuk baru hubungan pasar dan menjanjikan hasil-hasil yang dapat diperbandingkan atau melebihi dari program-program publik yang konvensional. Dengan demikian adalah suatu kesalahan untuk memberikan pengertian dan melepas pergerakan secara sederhana yang mengulang perlawanan secara tradisional pada intervensi negara dan pengeluaran negara. Gelombang

²⁴⁰ *Ibid.* Mengutip Kaufmann, yang mencoba mengklasifikasi persepsi dominan negara sejahtera sebagai berikut:

1. *A state that provides economic security and social services for certain categories (or all) of its citizens;*
2. *A state that takes care of a substantial redistribution of resources from the wealthier to the poor;*
3. *A state that has instituted social rights as part of citizenship;*
4. *A state that aims at security for all and equality among its citizens;*
5. *A state that it is assumed explicitly responsible for the basic well-being of all its members.*

²⁴¹ Kamerman and Kahn, ed., 15. Dalam tulisan Paul Starr, "The Meaning of Privatization".

swastanisasi saat ini mulai membuka babak baru dalam konflik terhadap keseimbangan publik dan swasta.²⁴²

Pengertian swastanisasi tidak mendapat sirkulasi yang luas dalam politik sampai akhir tahun 1970-an dan awal tahun 1980-an. Dengan bangkitnya pemerintahan-pemerintahan konservatif di Inggris dan Amerika Serikat, swastanisasi datang terutama dalam dua arti:²⁴³

- (a). Setiap pemindahan aktifitas-aktifitas atau fungsi-fungsi Negara ke sektor swasta (*any shift of activities or functions from the state to the private sector*);
- (b). Lebih khusus lagi, setiap pemindahan dari publik ke swasta atas produksi barang dan jasa (*more specifically, any shift from public to private of the production of goods and services*).

Disamping menghasilkan jasa-jasa layanan secara langsung, Pemerintah membentuk kerangka kerja hukum (*legal framework*) masyarakat dan mengatur kehidupan sosial dan ekonomi, dan mereka membiayai jasa-jasa layanan dimana secara swasta dihasilkan dan dikonsumsi.²⁴⁴ Swastanisasi juga tidak harus secara otomatis dipersamakan dengan peningkatan persaingan. Dua proses terkait, yaitu swastanisasi dan liberalisasi, dengan demikian perlu secara hati-hati dibedakan. Liberalisasi secara umum berarti pengurangan kontrol Pemerintah. Dalam konteks ini, dia mengacu pada membuka suatu industri pada tekanan-tekanan yang kompetitif. Menerapkan deregulasi dari monopoli publik adalah suatu bentuk swastanisasi yang juga suatu proses liberalisasi.²⁴⁵

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid., 21-22.

²⁴⁴ Ibid. Dalam hal menghasilkan jasa-jasa layanan, ada empat tipe kebijakan-kebijakan Pemerintah yang akan membawa pengalihan dari sektor publik ke sektor swasta:

- a. *The cessation of public programs and disengagement of government from specific kinds of responsibilities ("implicit privatization") or, at a less drastic level, the restriction of publicly produced services in volume, availability, or quality, leading to a shift by consumers toward privately produced and purchased substitutes (also called "privatization by attribution");*
- b. *The transfer to private ownership of public asset, including sales of public land, infrastructure, and enterprises;*
- c. *The financing of private services, for example, through contracting out or vouchers;*
- d. *The deregulation of entry by private firms into activities that were previously treated as a public monopoly.*

²⁴⁵ Ibid., 25.

Dimungkinkan melakukan swastanisasi tanpa melakukan liberalisasi. Sebaliknya, dimungkinkan juga, melakukan liberalisasi tanpa swastanisasi, dengan memperkenalkan persaingan dalam sektor publik tanpa mengalihkan kepemilikan. Dengan demikian, dimungkinkan melakukan nasionalisasi dan liberalisasi pada saat yang bersamaan, sebagaimana negara sosialis Perancis melaksanakannya pada tahun 1980-an saat mereka terlebih dulu melakukan nasionalisasi bank-bank dan kemudian melakukan liberalisasi pasar finansial.²⁴⁶

Dapat diambil kesimpulan bahwa Pemerintah dan sektor swasta beroperasi secara terpisah dan bersama dalam banyak cara untuk menyediakan jasa-jasa layanan kesejahteraan sosial. Negara boleh mendapat hak khusus atau semua bidang, mendominasi, atau secara damai berdampingan dengan pelaku-pelaku pembangunan lainnya, bekerja secara aktif dalam suatu model kolaborasi atau persaingan, atau memindahkan inisiatif administrasi dan kebijakan. Apakah Pemerintah dominan atau pasif, peran regulasinya memperbolehkannya yang secara potensial selalu menjadi faktor utama. Kesejahteraan sosial swasta tentu akan tetap ada tanpa Pemerintah, namun alat-alat pemerintahan mempengaruhi ukuran dan bentuk dari bangunan kesejahteraan sosial tersebut.²⁴⁷ Apabila satu dari banyak komponen dari tindakan yang direncanakan (*planned action*) yaitu

²⁴⁶ Ibid., 26 *Pertama*, contoh swastanisasi tanpa melakukan liberalisasi. Pada saat pemerintahan Thatcher menjual saham-saham British Telcom dan British Gas, dia mengganti monopoli swasta menjadi publik dan memperkenalkan badan-badan regulasi baru untuk melaksanakan beberapa fungsi yang sebelumnya dilakukan melalui kepemilikan publik. Dalam hal pilihan untuk melakukan liberalisasi terlebih dulu (sebelum swastanisasi), adalah, mendorong persaingan yang lebih besar, yang secara nyata ditolak, mungkin karena ada ketakutan bahwa hal tersebut akan mengurangi harga saham perusahaan. *Kedua*, kebalikannya, contoh liberalisasi tanpa melakukan swastanisasi. Dalam hal ini, dia memperkenalkan kompetisi pada sektor publik tanpa pengalihan kepemilikan saham kepada swasta. Contohnya, Pemerintah bisa mengalokasikan dana untuk sekolah sesuai dengan pendaftaran pelajar dimana keluarga-keluarga bebas untuk memilih diantara sekolah-sekolah publik yang bersaing, atau mereka bisa memaksa perusahaan-perusahaan publik atau badan-badan pelaksana untuk bersaing dalam hal modal atau kontrak dari otoritas pada tingkat yang lebih tinggi.

²⁴⁷ Ibid., 67-68. Tujuan dari melihat hubungan antara swastanisasi dan negara sejahtera adalah untuk membentuk suatu masyarakat yang responsif yang membantu orang dan semua orang sehingga puas dengan kebutuhan mereka dan melindungi hak-hak mereka. Perubahan politik, ekonomi, dan hubungan internasional menimbulkan penyesuaian dan adaptasi yang terus menerus.

swastanisasi diperlakukan sebagaimana halnya anak sapi emas (*a golden calf*), maka keputusan nasional dapat rusak.²⁴⁸

2.2.5 Strategi-strategi swastanisasi

Banyak hal yang membuat bingung dari pengertian swastanisasi. Dia bukan hanya dalam pengertian yang sederhana yakni menjual perusahaan publik pada swasta. Dalam kenyataannya, banyak bentuk-bentuk alternatif swastanisasi dapat diidentifikasi, termasuk hal-hal sebagai berikut.²⁴⁹

(a) *government withdrawal of services*; (b) *divestiture*; (c) *joint public-private*; (d) *contracting out*; (e) *franchising*; (f) *farming out*; (g) *leasing*; (h) *voucher-and-grant*; (i) *user charges*; dan (j) *liberalization*.

Bentuk swastanisasi mana yang akan diadopsi tergantung aktifitas swastanisasi dan keadaan-keadaan tertentu dari kasus-kasus individual.

Untuk menghindari konflik yang tidak perlu dalam area reformasi, perlu suatu kerangka kerja konseptual yang sesuai. Dalam hal ini ada lima strategi swastanisasi yang diuji dan diusulkan untuk diadopsi, yaitu.²⁵⁰

- (a). *Strategi 1*: intervensi dan perbaikan persaingan usaha yang minimum (rendah), melalui liberalisasi. Contohnya, menghapus kontrol atas harga atas jasa layanan yang disediakan oleh BUMN, atas campur tangan manajemen BUMN, dan terhadap tipe dan jumlah hasil panen yang akan ditanam;
- (b). *Strategi 2*: produksi publik yang minimum, melalui *contracting out, franchising, farming out, leasing, and voucher-and-grant*. Contohnya, kontrak-kontrak: pembersih jalanan, manajemen BUMN, dan pungutan jembatan dan pungutan parkir;

²⁴⁸ Ibid., 270.

²⁴⁹ Dhiratayakinant, vii.

²⁵⁰ Ibid., vii-viii. Untuk meluncurkan program swastanisasi yang efektif, tindakan-tindakan khusus direkomendasikan sebagai berikut:

- (1) *For the short run: the very clear articulation of the privatization policy to be pursued by the government; and the establishment of some kind of national center for privatization.*
- (2) *For the long run: the codification and clarification of laws related to private property rights; the study of potential cases for privatization and steps to be carried out.*

- (c). *Strategi 3: load shedding*, melalui penarikan sebagian atau seluruhnya aktifitas Pemerintah atas jasa layanan. Contohnya, membatalkan ketentuan publik yang menolak pungutan, dan meningkatkan peran swasta atas barang dan jasa komersial seperti taman-taman hiburan dan kebun-kebun publik;
- (d). *Strategi 4*: penggunaan prinsip-prinsip komersial, melalui biaya-biaya pengguna barang dan jasa. Contohnya, memaksa biaya jasa layanan atas perbaikan penggunaan jalan dan jalur, dan;
- (e). *Strategi 5*: pengalihan kepemilikan, melalui *divestitur* dan *joint public-private ventures*. Contohnya, penjualan BUMN yang menghasilkan barang dan jasa yang potensial diambilalih swasta.

Malaysia telah menggunakan berbagai metode swastanisasi dalam penerapan program swastanisasinya. Metode yang diseleksi tergantung dari sifat dan tipe proyek yang akan diswastanisasi. Untuk swastanisasi yang melibatkan penjualan entitas Pemerintah, kebanyakan digunakan metode "sale and lease" atas aset-aset dan "sale of equity" dan "management buyout", sementara untuk proyek-proyek baru metode yang digunakan adalah BOT, BOO, BT, dan "asset swap". Dalam menseleksi metode yang sesuai, maka yang menghasilkan tingkat keterlibatan sektor swasta yang maksimum dan pendapatan yang memungkinkan bagi Pemerintah, akan dipilih. Berdasarkan prinsip ini, beberapa kasus kombinasi metode-metode telah dimanfaatkan.²⁵¹

2.3 Swastanisasi: Manfaat dan kegagalan

Pada abad ke-20 dan dibanyak negara, jaringan utilitas seperti, listrik, telekomunikasi, jalan kereta, penyediaan air, gas alam, secara vertikal dan horisontal terintegrasi dalam monopoli negara dibawah kontrol kementerian negara. Kemudian akhir dekade terjadi perubahan dramatis dalam melihat bagaimana jaringan utilitas seharusnya dimiliki, diorganisasi dan diatur. Kinerja monopoli BUMN bervariasi ditiap negara. Gelombang dunia swastanisasi dan

²⁵¹ Disertasi Irnanda Laksanawan, *Design and Implementation of Privatisation in Indonesia*, Disertasi untuk Doctor of Philosophy pada The School of Commerce – Division of Business University of South Australia, Adelaide, 2008, 50.

liberalisasi infrastruktur pada tahun 1990-an adalah awal penting konsensus ekonomi dimana model monopoli Negara tidak lagi diterapkan, dan menerapkan model *unbundling* (mengurai menjadi beberapa usaha). Swastanisasi adalah cara untuk menerapkan model *unbundling* tersebut. Namun, beberapa tahun kemudian, swastanisasi ditanggapi secara meragukan. Hal ini terjadi di negara-negara sedang berkembang dan ekonomi transisi terutama di negara-negara Amerika Latin, masyarakat tidak puas dengan swastanisasi. Ketidakpuasan masyarakat dengan swastanisasi telah dibakar dengan berkurangnya pekerjaan, dan masalah kunci atas pendapatan yang tidak sesuai. Efisiensi dan persaingan usaha berakibat pengurangan pekerjaan yang berlebihan, dan terakhir peran lembaga-lembaga melemah dan butuh waktu panjang untuk berkembang.²⁵²

Sangat sulit dan memerlukan biaya yang mahal untuk mengubah struktur kelembagaan, baik secara vertikal maupun horisontal setelah swastanisasi. Kemudian, ketiadaan regulasi yang menjelaskan permasalahan aturan main untuk investor potensial bisa menyebabkan peningkatan risiko yang akan menghantam swastanisasi. Dengan demikian, seharusnya restrukturisasi yang memperkenalkan persaingan harus terjadi sebelum swastanisasi, dan regulasi seharusnya berada untuk menjamin pembeli potensial, baik untuk elemen persaingan dan monopoli.²⁵³

Gejala ini seperti roda yang berputar. Banyak utilitas publik yang diswastanisasi dalam tahun 1980-an dan 1990-an. Sebagai contoh, swastanisasi di Inggris dan sebagian Amerika Latin, di mulai setelah periode perang dunia kedua. Dalam kasus-kasus Brazil dan Argentina, kemudian telah dilakukan nasionalisasi pada tahun 1960-an dan 1970-an. Usaha-usaha infrastruktur menjadi di atur lebih

²⁵² Kessides, 1-7. *Unbundling*: adalah mempromosikan persaingan, menjamin perusahaan menyediakan jasa layanan dengan harga yang efisien, dia dapat mengurangi regulasi dengan mengisolasi segmen monopoli dan mengganti regulasi dengan kompetisi atau persaingan. Untuk mendapatkan manfaat *unbundling* ini, kebijakan-kebijakan perlu mengharmonisasikan kekeliruan regulasi dari kegiatan monopoli dengan meningkatkan persaingan. Dengan demikian, *unbundling* membuat tugas regulasi semakin kompleks dan akan terkendala dengan lemahnya kapasitas kelembagaan. Sangat sulit untuk menciptakan lembaga-lembaga dalam masyarakat yang tidak memiliki tradisi konstitusional, politik dan hukum yang diperlukan. Dengan demikian untuk mencapai tujuan kepentingan publik atas swastanisasi akan butuh waktu panjang sejak reformasi tersebut diperkenalkan.

²⁵³ Ibid., 7-8.

ketat sejak saat itu dengan berbagai alasan. Hal ini membawa akibat berkurangnya pendapatan, dan kemudian berkurangnya investasi dan jasa layanan dengan kualitas rendah. Dibanyak negara hal ini kadang-kadang membawa akibat pengambilalihan oleh sektor publik. Ketidakefisienan dan harga yang lebih populis mengurangi sumber-sumber investasi, dan dengan pemerintahan yang tidak mampu untuk mendukung ini dengan pajak pendapatan, kemudian mendorong kembali ke ketentuan swasta.²⁵⁴

Strategi yang harus dilakukan Pemerintah dalam reformasi dan swastanisasi adalah harus diterimanya kenyataan mengenai akibat dan manfaat tipe-tipe skema partisipasi swasta. Meskipun demikian, kontrak-kontrak manajemen yang dirancang dengan baik dan sewa guna (*leasing*) telah menghasilkan hasil positif dan membawa perbaikan dalam ketentuan-ketentuan infrastruktur, dan untuk itu akan berlanjut memainkan peran.²⁵⁵

Dalam konteks komersialisasi, maka apabila sektor swasta berperan lebih besar dalam ketentuan jasa-jasa layanan infrastruktur, dia akan memberikan modal atau manajemen, atau keduanya. Apabila dia memberikan baik modal maupun manajemen, maka kemudian struktur yang ada atas kontrol dan manajemen sektor publik harus diubah untuk regulasi sistem yang lebih tegas dan untuk memonitor badan-badan swasta oleh badan-badan publik (*public agencies*). Apabila tidak demikian, maka ide-ide dan pemikiran swasta perlu dipinjam sebagai gantinya. Ada tiga cara dimana infrastruktur berorientasi komersial:

²⁵⁴ Harris, 39-40. Lihat Gambar Nomor 2.5 (a).

²⁵⁵ Ibid. Perlu waktu untuk memperbaiki sentimen pasar, memperbaiki tidak efisiennya badan usaha publik dan membuatnya lebih menarik bagi penawar potensial. Permasalahan ini timbul karena Pemerintah terlalu cepat memperkenalkan sektor swasta, dan bahwa ketentuan komersialisasi dalam sektor publik untuk beberapa periode sebelum reformasi secara mendalam akan membawa perubahan besar untuk kesuksesan ketentuan swasta. Dari pengalaman ada beberapa kekurangan. *Pertama*, sering terbukti sulit untuk memperbaiki kinerja badan-badan usaha publik dan juga hal khususnya adalah tidak efisien yang sangat tinggi. *Kedua*, sejak sektor swasta tidak ingin menempatkan modalnya dalam risiko proyek-proyek infrastruktur di negara-negara sedang berkembang, Pemerintah mempertimbangkan konsesi atau *divestitures* akan mengganti pilihan-pilihan seperti kontrak-kontrak "*lease and management*" sebagai ganti. *Terakhir*, karena sektor swasta tidak membiayai investasi, pendekatan-pendekatan seperti kontrak-kontrak manajemen memberikan lebih sedikit tekanan untuk terikat pada "*cost-covering tariffs*". Dengan demikian, perbaikan mobilisasi sumber internal bisa lebih dibatasi dan pendekatan-pendekatan ini juga akan menyandarkan pada suatu tingkat pertimbangan atas pembiayaan publik, yang juga mungkin terbatas.

Pertama, pada kebanyakan tingkat dasar, sektor publik dapat dioperasikan dengan suatu cara dimana mirip dengan cara kerja sektor swasta. *Kedua*, Pemerintah dapat mencari pemasok swasta secara terbatas melalui berbagai bentuk KPS. Terakhir, alternatif *ketiga*, Pemerintah dapat memilih swastanisasi penuh atas beberapa jasa-jasa layanan publik.²⁵⁶

Swastanisasi biasanya memiliki tugas yang kompleks, dia tidak hanya masalah pencapaian penjualan aset-aset atau mengizinkan pemain baru. Selain adanya keberhasilan swastanisasi, kegagalan swastanisasi banyak terjadi di beberapa negara. Keberhasilan yang signifikan dari swastanisasi adalah seperti para pendukung swastanisasi federal di Amerika Serikat masa pemerintahan Presiden Reagan tahun 1980-an, yaitu penjualan "Conrail" pada tahun 1987 yang merupakan perusahaan "freight railroad" milik Pemerintah yang sangat buruk kondisinya.²⁵⁷

Dalam sejarah, Inggris diakui sebagai pemimpin (leader) kebijakan-kebijakan swastanisasi. Pada pemilihan Pemerintahan konservatif tahun 1979, swastanisasi muncul sebagai isu kebijakan yang penting dan kontroversial. Banyak rencana dan tindakan swastanisasi yang diterbitkan Pemerintahan Thatcher di Inggris Sejas tahun 1979 dan melanda keseluruh dunia.²⁵⁸ Namun dalam catatan Sheperd pada tahun itu juga, swastanisasi menyembunyikan (*has shrunk*) serangkaian kegagalan preusan-perusahaan pada awal penyelamatannya. Beberapa perusahaan yang diswastanisasi benar-benar menghadapi kompetisi yang kuat: contohnya adalah British Rail Hotels dan Jaguar (*automobiles*). Perusahaan gas Inggris juga menghadapi pengalaman yang sama, dimana kompetisi tidak efektif. Bis travel dalam kota "National Express" yang merupakan monopoli tidak dijual, namun pemain baru dibuka pada tahun 1980 untuk jalur yang sama sehingga mengurangi porsi jalur. Penjualan British Airways juga telah

²⁵⁶Grimsey and Lewis, 33. Perjalanan KPS telah memberikan tanda perubahan yang berarti dalam kebijakan infrastruktur. Kebijakan infrastruktur dengan demikian dapat dipikirkan mencakup tiga tingkat: (1) *network planning (this means long-term planning of infrastructure at central and regional levels)*, (2) *financing*, (3) *operation (construction, operations, maintenance, and so on)*.

²⁵⁷ Donahue, John D. *The Privatization Decision* (USA: Basic Books, 1989), 5.

²⁵⁸ Nugraha, 19.

gagal untuk membangkitkan kompetisi yang efektif atau pemain baru. Pengalaman kegagalan swastanisasi Inggris tersebut memperlihatkan bahwa kompetisi yang efektif tidak mungkin berkembang dalam pasar yang monopolistik, sehingga swastanisasi yang sudah ada dapat mempertahankan perilaku monopoli. Dengan demikian swastanisasi diperlukan keseimbangan kepemilikan secara berhati-hati, "entry support" dan regulasi, dibawah kondisi-kondisi yang baik.²⁵⁹

Setelah menjadi model oleh Inggris pada tahun 1980-an, swastanisasi sekarang menjadi tidak jelas di seluruh dunia. Sebagian disebabkan karena tekanan yang lebih besar pada pasar bebas (*on free markets*), dan maksud swastanisasi agar pasar bekerja lebih baik, kedua hal tersebut menempati pusat pemikiran masyarakat internasional dan yang memberi dukungan pembiayaan untuk melakukan pengaturan kembali secara struktural. Keberhasilan negara-negara industri tidak berbagi secara universal. Diakui telah menjadi permasalahan dalam kasus-kasus (seperti di Argentina, Chile dan Mexico). Di negara-negara sedang berkembang keberhasilan tersebut belum membuahkan hasil.²⁶⁰

Progres swastanisasi di tujuh negara (Jamaica, Kenya, Malawi, Malaysia, Papua New Guinea, Sri Lanka, Trinidad and Tobago) berjalan lambat. Dari ketujuh negara yang diteliti hanya 98 perusahaan (BUMN) yang telah diswastanisasi (baik secara total atau sebagian) melalui penjualan atau leasing (*sale or leasing*) dari sekitar 2,000 BUMN. Proses swastanisasi cenderung terkonsentrasi pada perusahaan (BUMN) kecil sehingga swastanisasi hanya menyaring permukaan dari "state sector holdings".²⁶¹

Banyak permasalahan yang timbul dari swastanisasi seperti masalah kerangka regulasi, apakah swastanisasi dapat memperbaiki kinerja BUMN, apa peran Pemerintah yang sesuai dengan masa swastanisasi, dan apakah swastanisasi adalah suatu perencanaan yang mahal.²⁶² Namun, program-program swastanisasi

²⁵⁹ Shepherd, 515-516.

²⁶⁰ Adam, Christopher, *et al. Adjusting Privatization* (London: James Currey Ltd., 1992), ix.

²⁶¹ *Ibid.*, 39.

²⁶² Nugraha, 96-97.

dibanyak negara baik negara berkembang maupun negara sedang berkembang tercatat banyak keberhasilan.²⁶³ Sebagai contoh program swastanisasi di Indonesia apda tahun 1998-1999 telah memberikan sekitar US \$ 1,5 billion sebagai sumber anggaran Pemerintah.²⁶⁴ Namun dari manfaat keberhasilan swastanisasi di Indonesia tersebut terdapat juga kegagalan yang harus dicatat, yaitu seperti swastanisasi Bank BNI 1946 mencatat kerugian pada tahun fiskal 1998-1999 akibat masalah mis-management, juga Indosat pada tahun 1999 mengalami kesulitan finansial akibat tindakan direksi.²⁶⁵

Sebagai contoh keberhasilan swastanisasi yang dapat dipelajari adalah swastanisasi PT Telkom di Indonesia. Pemerintah melakukan restrukturisasi perusahaan sebelum dilakukan swastanisasi penuh. PT Telkom juga melakukan skema *joint-operation* dengan perusahaan-perusahaan telekomunikasi asing, seperti Singtel of Singapore, Cabel et Radio SA of France, dan Japanese company NTT, serta juga perusahaan-perusahaan lokal. Denga skema tersebut PT Telkom telah melakukan "transfer of technology and management schemes".²⁶⁶

Dapat disimpulkan dari swastanisasi, bahwa dari beberapa contoh, swastanisasi dapat memperbaiki kondisi dan ketentuan sosial (*social provision*). Bahkan adalah memungkinkan untuk mengkombinasikan swastanisasi dengan peningkatan kesamaan atau kesedarajatan (*equality*). Apabila kebanyakan swastanisasi tidak sederajat (*inegalitarian*) dalam praktik, hal ini adalah bukan hasil dari kualitas yang melekat dalam semua ketentuan struktur swastanisasi, akan tetapi disebabkan karena nilai-nilai social dan politik yang menimbulkan tekanan swastanisasi.²⁶⁷

²⁶³ Ibid., 154.

²⁶⁴ Ibid., 105.

²⁶⁵ Ibid., 152.

²⁶⁶ Ibid., 164-165.

²⁶⁷ Michael O'Higgins, *Social Welfare and Privatization: The British Experience*, 176, (dalam buku Kamerman, Sheila B., and Kahn, Alfred J., ed. *Privatization and the Welfare State*. New Jersey: Princeton University Press, 1989).

2.4 Perubahan Paradigma Barang dan Jasa (*Public-Private Goods*)

Untuk mengklasifikasikan dalam suatu kerangka kerja sehingga yang satu dapat ditetapkan barang dan jasa yang bisa di-swastanisasikan (sektor swasta) dan yang mana yang merupakan sektor publik, maka sifat barang dan jasa harus dianalisa. Ada dua dimensi penting yang digunakan untuk mengklasifikasi jenis-jenis barang dan jasa:²⁶⁸

- (a). *Excludability*. Dalam hal dimensi *excludability* ini mengacu pada suatu tingkat dimana barang dan jasa (atau manfaat yang diturunkan dari barang dan jasa tersebut) dapat dikecualikan dari para pengguna barang dan jasa yang tidak mampu membayarnya. Dengan kata lain, *excludability* mengacu pada kesanggupan pemilik atau penyedia barang dan jasa untuk mengecualikan yang lain dari penggunaan barang dan jasa pada saat ketentuan penggunaan tidak dapat disetujui pada pemilik atau penyedia barang dan jasa. Barang dan jasa dengan demikian dapat dikecualikan atau tidak dapat dikecualikan. Barang dan jasa boleh dikecualikan, namun biaya pengecualian bisa tinggi dimana pengecualian menjadi tidak layak secara ekonomi. Dalam kasus tersebut barang dan jasa tersebut diperlakukan sebagai "*non excludable*".
- (b). *Jointness in consumption*. Dalam hal dimensi *jointness in consumption* ini mengacu pada suatu tingkat dimana suatu barang dan jasa (atau manfaat yang diturunkan dari barang dan jasa tersebut) harus dikonsumsi secara bersama. Apabila penggunaan atau konsumsi barang dan jasa oleh pengguna membuatnya tidak mungkin untuk yang lainnya untuk menggunakan barang dan jasa, maka jasa layanan tersebut dikonsumsi secara terpisah atau secara individual. Barang dan jasa tersebut dikatakan sebagai "*rivalry in consumption*". Pada saat penggunaan barang dan jasa oleh seorang pengguna tidak secara bersamaan menghindari penggunaan barang dan jasa yang sama atau tidak mengurangi jumlah barang dan jasa yang digunakan oleh yang lainnya, barang dan jasa tersebut dikatakan sebagai "*jointly consumed*".

²⁶⁸ Kraiyudht Dhiratayakinant, *Privatization: An Analysis of the Concept and Its Implementation in Thailand*, Policy Study No.2 (Bangkok: The Thailand Development Research Institute Foundation, 1989), 12.

Meskipun dua dimensi tersebut di atas memperlihatkan pertentangan secara mencolok, pada kenyataannya kebanyakan barang dan jasa masuk dalam kategori murni “*individual*” dan murni “*joint consumption*”. Dalam dua dimensi barang dan jasa tersebut satu dapat dibedakan dari empat tipe barang dan jasa, yaitu:²⁶⁹

- (a). Barang dan jasa swasta (*private goods*): barang dan jasa swasta adalah barang dan jasa yang murni dikonsumsi secara individu dimana pengecualian sangat mungkin – *private goods are pure individually consumed goods for which exclusion is completely feasible* (contoh: pakaian, buah apel, minuman botol *soft-drink*).
- (b). Barang dan jasa komersial (*toll goods*): barang dan jasa komersial adalah barang dan jasa yang murni dikonsumsi secara bersama dimana pengecualian sangat mungkin – *toll goods are pure jointly consumed goods for which exclusion is completely feasible* (contoh: pipa air, bioskop, taman hiburan).
- (c). Barang dan jasa umum (*common-pool goods*): barang dan jasa umum adalah barang dan jasa yang murni dikonsumsi secara individu dimana pengecualian adalah sangat tidak mungkin – *common pool goods are pure individually consumed goods for which exclusion is completely infeasible* (contoh: udara, ikan di sungai, gas bawah tanah).
- (d). Barang dan jasa kolektif (*collective goods*): barang dan jasa kolektif adalah barang dan jasa yang murni dikonsumsi secara bersama dimana pengecualian adalah sangat tidak mungkin – *collective goods are pure jointly consumed goods for which exclusion is completely infeasible* (contoh: pertahanan nasional, perlindungan polisi, kontrol polusi udara).

2.5 Perkembangan KPS

Paradigma baru KPS memerlukan badan hukum publik yang lebih efisien dan keterlibatan swasta yang lebih besar dalam jasa pelayanan infrastruktur. Hal

²⁶⁹ Ibid., 13-14. Lihat Gambar Nomor 2.5 (b). Untuk membedakan *collective goods* dan *private goods* bisa dilihat Gambar Nomor 2.6.

ini karena, *pertama*, investasi proyek yang besar membutuhkan masalah dana-dana yang tidak dapat bersumber dari negara sendiri, *kedua*, secara manajerial ada hambatan kapasitas dalam sektor publik, dan *ketiga*, secara terus menerus diakui negara-negara menerapkan persaingan dalam pasar global dimana mereka harus meningkatkan efisiensi dan kualitas infrastruktur.²⁷⁰

Dalam kajian *World Bank* ada tujuh hambatan yang diidentifikasi dari negara-negara Asia Pasifik dalam meningkatkan peran partisipasi swasta. Ketujuh hambatan tersebut adalah:²⁷¹

- (a). Adanya gap (jurang pemisah) dalam perkiraan dan persepsi atas risiko-risiko. Hal ini adalah alasan dasar untuk negosiasi-negosiasi yang berkepanjangan dan frustrasi atas semua aspek adalah salah pengertian tentang tingkat risiko-risiko yang diketahui dan nyata dalam suatu proyek yang khusus.
- (b). Adanya tujuan-tujuan Pemerintah, komitmen dan proses pengambilan keputusan yang rumit.

²⁷⁰ The World Bank Washington, D.C., 6, "Infrastructure Development in East Asia and Pacific, Towards a New Public-Private Partnership", The report was prepared by Harinder Kohli (tanpa tahun). Meskipun sektor swasta memperluas perannya, sektor publik masih tetap penting. Hal ini karena, *pertama*, hal itu akan tetap memerlukan pendanaan bagi fasilitas-fasilitas infrastruktur dimana modal swasta yang ada tidak cukup atau dimana kesempatan-kesempatan tertentu tidak diminati swasta, sebagai contoh untuk jalan di pedesaan atau infrastuktur daerah tertinggal. *Kedua*, adanya peningkatan persaingan dan campuran utilitas swasta dan publik yang memberikan jasa layanan pada para pengguna jasa, peran-peran regulasi dan para pembuat kebijakan Pemerintah akan menganggap hal tersebut sangat penting dan memerlukan penguatan. Peran-peran tersebut juga perlu dipisahkan dari perannya sebagai pemilik badan-badan usaha milik negara. Lembaga-lembaga dan komisi-komisi independen baru dibutuhkan untuk melindungi kepentingan publik. Juga dibutuhkan prosedur-prosedur yang terarah dan transparan untuk menyeleksi dan menyetujui proyek-proyek swasta. Terakhir *ketiga*, Pemerintah perlu mempromosikan KPS baru. Bentuk KPS tersebut akan bervariasi di tiap Negara di tiap sektor dan juga berkembang tiap waktu.

²⁷¹ *Ibid.*, 11-17. Dalam investasi swasta yang besar dibidang infrastruktur terjadi dengan cara-cara yang terus berkembang dan meluas. Sementara beberapa proyek dapat dibiayai tanpa perubahan besar atas kebijakan-kebijakan yang sudah ada dan pengaturan kelembagaan (contoh melalui pengaturan model BOT), investasi swasta yang besar (baik lokal maupun internasional) akan hanya terjadi dengan beberapa pra-kondisi:

1. *That private projects are "bankable" without significant government subsidies or support e.g. financial return is commensurate with risks as seen by private markets (not only by investors but capital markets).*
2. *That the projects can produce services at prices the public is willing to pay.*
3. *That the projects are able to raise and service their debt (both local and foreign) without special government assistance, and*
4. *More generally, the private sector finds it feasible and practical to do bussiness in accordingly.*

- (c). Adanya kelemahan kebijakan-kebijakan sektor yang sesuai, hukum yang stabil dan dapat dipercaya dan kerangka kerja regulasi.
- (d). Adanya anggapan Pemerintah bahwa kebanyakan risiko-risiko (*unbundling, mitigation and managing of risks*) adalah termasuk risiko komersial yang oleh swasta menganggapnya normal dalam ekonomi pasar. Sehingga banyak negara-negara menganggapnya sebagai risiko-risiko yang tidak terduga (*contingent liabilities*) baik atas risiko-risiko komersial maupun negara yang mana tidak dapat didukung.
- (e). Adanya kebutuhan investasi infrastruktur adalah sangat besar. Proyek-proyek infrastruktur yang dibiaya secara swasta dengan demikian membutuhkan pasar modal dalam negeri yang berkembang dengan baik dan menyediakan kesempatan untuk berkembang.
- (f). Adanya kekurangan persyaratan pembiayaan yang sesuai karena karakteristik aset yang secara alamiah dimana kebanyakan proyek-proyek infrastruktur mensyaratkan jangka waktu pinjaman antara 15 sampai 20 tahun.
- (g). Adanya inisiasi untuk proyek baru dilakukan berdasarkan transaksi dimana kebanyakan transaksi tersebut tidak melibatkan persaingan yang terbuka dan dihasilkan dari suatu penawaran-penawaran yang tidak sesuai standar penawaran (*unsolicited offers*).

Dalam hal tersebut, ada tiga pihak yang harus mendapatkan kepuasan. *Pertama*, Pemerintah perlu mengetahui bahwa tujuan-tujuan efisiensi dan pembiayaan harus sesuai. *Kedua*, swasta harus diyakinkan atas pendapatan keuntungan yang konsisten dengan risiko. *Ketiga* publik atau masyarakat harus percaya bahwa jasa pelayanan akan ditingkatkan dan biaya disesuaikan. Untuk ini diperlukan suatu kerangka kerja (*framework*) yang mempunyai tujuan:²⁷²

²⁷² *Ibid.*, 17. Sementara kondisi-kondisi sektor dan negara akan bervariasi, semua kerangka kerja untuk memfasilitasi partisipasi swasta dalam skala besar di negara-negara ekonomi *Asia Pacific Economic Countries* (APEC) yang sedang berkembang secara normal terdiri dari dua komponen. *Komponen pertama* kerangka kerja terkait dengan kebijakan-kebijakan dan tindakan-tindakan yang perlu untuk mempromosikan seluruh pertumbuhan ekonomi dan pembangunan sektor swasta baik dalam maupun luar negeri disemua kegiatan ekonomi di negara. Kebijakan-kebijakan dan tindakan-tindakan tersebut adalah suatu hal yang perlu namun bukan kondisi yang cukup bagi partisipasi swasta di infrastruktur. *Komponen kedua* dari kerangka kerja terdiri dari

- (a).Memperbaiki kelangsungan dan keuntungan-keuntungan finansial (*improve financial viability and profits*);
- (b).Mengurangi risiko-risiko (*reduce risks*);
- (c).Meningkatkan persaingan usaha dan transparansi (*increase competition and transparency*);
- (d).Mengatasi kendala-kendala melepas hutang swasta jangka panjang yang besar pada persyaratan-persyaratan yang masuk akal (*overcome obstacles to unleashing availability of large volumes of private long-term debt on reasonable terms*).

Masalah-masalah yang terkait langsung dengan infrastruktur, ada empat area yang berhak mendapat prioritas dibanyak negara:²⁷³

- (a).Penyusunan tujuan-tujuan negara secara keseluruhan, dan prioritas-prioritas dan strategi, kebijakan-kebijakan reformasi sektor, dan kerangka regulasi dan hukum untuk mendukung strategi negara yang telah disetujui (*formulation of overall country objectives, strategy and priorities, and reform of sector*

tindakan-tindakan yang diperlukan untuk memfasilitasi partisipasi swasta di infrastruktur secara khusus. Dalam komponen *pertama* ada dua elemen yang berhak mendapatkan perhatian khusus. *Pertama*, adalah menjaga kestabilan lingkungan ekonomi makro untuk menjamin harga dan stabilitas nilai tukar dan mengizinkan menstabilkan dan menyesuaikan tingkat suku bunga dalam kondisi yang riil. *Kedua*, penciptaan transparansi dan mendorong lingkungan investasi. Khususnya, sektor swasta memberikan prioritas atas kehadiran: *a viable and robust investment code; a reasonable and predictable tax regime; an effective and credible legal and judicial systems; and a credible, reliable and prompt dispute resolution mechanism.*

²⁷³ Ibid., 18. Negara-negara yang berhasil menarik investasi swasta di infrastruktur semua telah berkembang dengan tujuan-tujuan yang untuk menarik investasi. Tanggungjawab secara kelembagaan dan proses-proses pengambilan keputusan Pemerintah harus diklarifikasi dan diarahkan untuk mengurangi keterlambatan birokrasi dan biaya-biaya transaksi. Pembuatan kebijakan-kebijakan sektor dan struktur kelembagaan yang kondusif dan kerangka kerja regulasi yang dapat dipercaya dan dapat mendorong adalah hal yang penting untuk meningkatkan partisipasi swasta berdasarkan dasar yang berkelanjutan dan untuk memperbaiki efisiensi sektor secara keseluruhan. Tanpa reformasi kebijakan dan kelembagaan yang perlu pada tingkat sektoral, investor swasta tidak dapat atau tidak ingin mengambil risiko-risiko komersial, menolak tujuan pembatasan kewajiban-kewajiban sektor publik. Transparansi dan mekanisme persaingan terkait persiapan pengadaan investasi penting untuk kepercayaan publik, juga kebijakan-kebijakan dan mekanisme-mekanisme kelembagaan untuk (*unbundling, sharing and management of risks*) penting bagi para investor dan juga pasar modal. Jadi, Ada lima hal yang berhak mendapat perhatian khusus: (i) *clear and publicly known policy and strategy to unbundle the sectors and to create contestable markets wherever possible, to open entry to private parties and to create equitable competition between all parties; (ii) clear policies to break public monopolies and reform and/or privatize public utilities; (iii) reasonable and clear pricing policies; (iv) clear and predictable regulatory framework; and (v) development of independent regulatory bodies.*

Universitas Indonesia

policies, and of the legal and regulatory framework to support the agreed country strategy);

- (b). Fasilitas-fasilitas proyek-proyek dan peningkatan transparansi keputusan-keputusan Pemerintah (*facilitation of projects and increased transparency of government decisions*);
- (c). Melepas, mengurangi dan mengatur risiko-risiko (*unbundling, mitigation and managing of risks*); dan
- (d). Pembentukan pasar-pasar modal dalam negeri dan mobilisasi persyaratan pembiayaan swasta baik dari lembaga-lembaga investor domestik maupun internasional (*development of domestic capital markets and mobilization of private term financing from both domestic and international institutional investors*).

2.5.1 Pembiayaan proyek

Pembiayaan proyek,²⁷⁴ adalah cara yang paling utama dalam pendanaan konstruksi dan operasional infrastruktur dan proyek-proyek energi di dunia. Pembiayaan proyek menurut O.P. Simorangkir yang dikutip oleh Abdulkadir Muhammad dan Rilda Murniati, mendefinisikannya sebagai berikut:²⁷⁵

Pembiayaan proyek adalah pembiayaan dari berbagai sumber keuangan yang diperlukan untuk menilai, mendirikan, dan mulai bekerjanya suatu proyek bermodal besar, pinjaman untuk proyek tersebut biasanya diberikan oleh sindikasi bank, dan jaminan keuangan atas pengembalian pinjaman tersebut hanya digantungkan pada arus pemasukan dimasa yang akan datang, dan tidak digantungkan pada jaminan pihak ketiga.

Karena adanya kebutuhan global infrastruktur, maka menjadi dorongan yang besar adanya hal-hal baru dalam pembagian risiko proyek. Sebagai contoh,

²⁷⁴ Graham D. Vinter, *Project Finance – a Legal Guide* (London: Sweet & Maxwell, 1995), xxvii. Vinter mencoba mendefinisikan pembiayaan proyek sebagai: “...*that project finance is financing the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is not to be provided by any form of share capital and is to be repaid principally out of revenues produced by the project in question*”.

²⁷⁵ Abdulkadir Muhammad dan Rilda Murniati, *Segi Hukum Lembaga Keuangan dan Perbankan* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000), 170.

kontraktor disyaratkan untuk mengambil risiko-risiko proyek yang panjang sebagai persyaratan dari kontrak yang telah dimenangkan. *World Bank* membangun program-program untuk membantu bank-bank komersial memberi pinjaman pada proyek-proyek, agen-agen kredit ekspor lebih berkeinginan untuk mengambil risiko proyek dari pada memberikan *sovereign guarantee* atau sejenisnya, dan pasar obligasi (*bond*) membangun instrumen-instrumen yang lebih luas bagi pinjaman proyek diluar pasar bank-bank komersial tradisional. Di Inggris, *private finance initiative* (PFI), dan inisiatif sejenis lainnya, dimana pembiayaan proyek mulai merambah ke aktifitas yang lebih luas, termasuk, rumah sakit-rumah sakit, sekolah-sekolah, penjara-penjara dan teknologi informasi. Untuk pembiayaan tersebut pihak swasta mencari teknik-teknik (cara) untuk pembiayaan proyek tersebut.²⁷⁶

Pada setiap infrastruktur berskala besar dan proyek-proyek pembangunan energi melibatkan masalah-masalah hukum, regulasi, finansial, kontrak, pajak, dan kepemilikan. Pihak-pihak yang melakukan dan menyelenggarakan suatu proyek infrastruktur (*sponsor* atau para *sponsor*) atas suatu proyek pembangunan secara teratur mencari bantuan dari para penasehat atau konsultan hukum dan finansial yang berpengalaman untuk mengatur dan membentuk kepemilikan proyek, rencana finansial dan pembangunan, memanggil pihak-pihak proyek lainnya, dan memastikan suatu transaksi yang berhasil. Kondisi lain, digunakan untuk merancang skema-skema tersebut termasuk, skema BOT dan skema *limited recourse*,²⁷⁷ meskipun ada banyak variasi dari skema-skema tersebut.

²⁷⁶ Ibid. Perkembangan pembiyaan proyek berlanjut pada area-area baru, hal ini melibatkan suatu disiplin yang dibutuhkan untuk pemahaman atas aspek-aspek dan prinsip-prinsip hukum.

²⁷⁷ Wendy N. Duong, "Partnership With Monarchs – Two Case Studies: Case Two Partnerships With Monarchs In Development Of Energy Resources: Dissecting An Independent Power Project And Re-evaluating The Role of Multilateral And Project Financing In The International Energy Sector", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. Copyright © 2005 Trustees of the University of Pennsylvania, (Spring 2005): 77. Disebutkan: *In such pure Non-Recourse Financing method, the existing assets of a corporate sponsor are unencumbered by the debts. In contrast, in hybrid (rather than classic) Project Financing, lenders may still have "limited recourse" directly or indirectly to the assets of the corporate sponsor or equivalent. For example, the sponsor's parent company may have issued a corporate guarantee to secure the sponsor's performance or to guard against financial losses suffered by others resulting from the sponsor's non-performance. Such guarantee may provide lenders recourse to the parent*

Dalam suatu kegiatan pembiayaan proyek, hal yang sangat penting adalah adanya badan hukum yang dapat menunjang kegiatan pembiayaan proyek. Badan hukum tersebut merupakan suatu perusahaan (*the project company*). Badan hukum tersebut mempunyai tujuan tertentu (*special purpose vehicle*) atau disebut sebagai badan usaha kerjasama.²⁷⁸ Investor atau pihak lain yang mempunyai kepentingan dalam proyek (kontraktor atau operator), akan menempatkan modal (*equity*) dalam badan usaha kerjasama, yang tingkatnya bervariasi tergantung dari pilihan mereka.²⁷⁹

Ada tiga pihak utama dalam kegiatan-kegiatan pembiayaan proyek yang terlibat secara langsung. *Pertama* adalah Pemerintah, dimana dalam suatu proyek dipersepsikan dalam kepentingan publik, namun Pemerintah juga mempromosikan proyek infrastruktur pada swasta untuk menghasilkan uang dan lapangan kerja. *Kedua* adalah swasta, dimana dalam suatu proyek bertujuan untuk

company's corporate assets in case of loan defaults. As another example, bankers may require the sponsor to obtain a surety bond, or a Standby Letter of Credit issued by the sponsor's bank to guard against the sponsor's default.

²⁷⁸ Katharine C. Baragona, "Project Finance", *Transnational Lawyer*, Symposium: Markets in Transition: Reconstruction and Development, Part Two – Building Up to a Drawdown: International Project Finance and Privatization – Expert Presentations on Lessons to Be Learned, (2004): 144. Ada lima bentuk dasar kepemilikan (dalam badan hukum tersebut) yang terlibat dalam suatu proyek: (1) *Corporation*: ini adalah bentuk yang paling sederhana dari kepemilikan proyek; (2) *General Partnership*: para sponsor bisa membentuk kerjasama kemitraan secara umum. Dibanyak wilayah suatu kerjasama diakui sebagai suatu badan hukum yang terpisah dan dapat memiliki, mengoperasikan dan masuk dalam kesepakatan pembiayaan untuk suatu proyek dengan namanya sendiri; (3) *Limited Partnerships*: suatu kerjasama kemitraan terbatas memiliki karakteristik sama dengan kerjasama kemitraan umum. Perbedaannya adalah kerjasama kemitraan terbatas, memiliki kontrol terbatas atas usahanya dan bertanggungjawab hanya sebatas untuk hutang piutangnya dari kerjasama kemitraannya sejauh kontribusi modalnya; (4) *Limited Liability Companies*: perusahaan-perusahaan dengan tanggungjawab terbatas campuran antara suatu perusahaan dan suatu kerjasama kemitraan terbatas, dan; (5) *Ownership Agreements*: para Sponsor dan Investor pemodal lainnya akan terlibat dalam suatu perjanjian pemegang saham, perjanjian kerjasama kemitraan yang terbatas atau umum, atau perjanjian lain.

²⁷⁹ *Ibid.*, 145. Proyek-proyek yang kuat dengan aliran kas (*cash flow*) yang kuat dan resiko rendah dapat dibentuk dengan minimum 10 (sepuluh) persen modal (*equity*) dan 90 (sembilan puluh) persen hutang (*debt*) atau *Debt to Equity Ratio* (DER adalah 90:10). Apabila aliran kas (*cash flow*) yang rendah dan resiko lebih tinggi maka DER bisa naik menjadi 40 (empat puluh) persen modal (*equity*) dan 60 (enam puluh) persen hutang (*debt*) atau *Debt to Equity Ratio* (DER adalah 60:40) tergantung dari paket finansial. Ini adalah kepentingan Investor untuk meminimalkan kontribusi modal (*equity*), dimana modal (*equity*) menimbulkan tingkat pengembalian yang lebih tinggi (*a higher rate of return*) dan lebih mahal dari biaya apabila menggunakan hutang bank komersial. Pemberi pinjaman (*lenders*) akan selalu mencari tingkat modal yang aman dari investor dari suatu SPV, untuk meyakinkan bahwa investor serius terikat pada proyek dan mempunyai kepentingan dalam melihat proyeknya berhasil.

Universitas Indonesia

menghasilkan keuntungan, namun keuntungan moneter bukan satu-satunya alasan keterlibatan swasta seperti dalam hal mempromosikan proyek lain yang terkait. *Ketiga* adalah pemberi pinjaman, dimana dalam menyediakan pinjaman untuk suatu proyek tidak dapat disamakan dengan para pemegang saham, yaitu adanya tujuan mendapatkan margin (keuntungan dari selisih).²⁸⁰

Dalam perspektif swasta sebagai *investor*, perlu memperhatikan alokasi risiko dengan suatu manajemen risiko, yaitu: *risk avoidance*, *loss prevention*, *risk retention*, *risk transfer*, dan *simply purchasing insurance or a surety bond*. Apabila biaya-biaya risiko tersebut melampaui keuntungan, maka secara konservatif diputuskan untuk tidak melakukan investasi dalam proyek tersebut. Dalam hal risiko politik, hal yang perlu diperhatikan investor adalah: menjaga hubungan baik dengan Pemerintah, penggunaan industri lokal dan tenaga kerja lokal, menyebar lokasi investasi, berusaha melibatkan Pemerintah dalam modal (*equity sharing*) untuk mendapatkan dukungan Pemerintah jangka panjang.²⁸¹

Struktur transaksi pembiayaan proyek membatasi jaminan pada aset dan arus kas pendapatan proyek khususnya dalam proyek BOT. Pinjaman menjadi "*limited recourse*"²⁸² atau sepenuhnya "*no recourse*"²⁸³ terhadap proyek, sehingga menjadi terbatas atau tidak ada beban jaminan (*no encumbrance*) dalam neraca keuangan badan usaha kerjasama. Dengan demikian badan usaha kerjasama dapat

²⁸⁰ Vinter, 1-5. *Pertama*, tujuan Pemerintah memberikan proyek pada swasta adalah untuk: mendapatkan proyek yang selesai sesegera mungkin, membawa proyek kembali pada kepemilikan publik saat akhir konsesi, mendapatkan jaminan proyek dioperasikan secara benar dan dalam kepentingan publik, mengurangi penggunaan dana Pemerintah, membatasi pelaksanaan pekerjaan yang diberikan oleh Pemerintah, memungkinkan menawarkan kepemilikan dan/ atau pengoperasian proyek ke sektor badan swasta lain, memperoleh kembali kontrol proyek itu sendiri atau mengembalikannya ke kepemilikan publik, mengekang kebijakan Pemerintah sekecil mungkin, dan secara umum memindahkan risiko dari sektor publik ke sektor swasta. *Kedua*, tujuan swasta adalah untuk: memenuhi tujuan strategis perusahaan, menghasilkan keuntungan, membagi risiko, melaksanakan suatu proyek "*off balance sheet*", yaitu para investor dalam badan usaha kerjasama membiayai proyek tanpa harus memperlihatkan adanya pinjaman untuk proyek diantara pinjaman-pinjamannya dalam rekening gabungannya, tetap melakukan kontrol proyek sepanjang mungkin dalam masa sulit. Dan *ketiga*, tujuan pemberi pinjaman adalah untuk: menghasilkan keuntungan, hanya mengambil risiko-risiko yang dapat diukur, mendapatkan kontrol terhadap keputusan-keputusan penting proyek, dan mendapatkan kontrol proyek sepanjang mungkin dalam masa sulit.

²⁸¹ *Ibid.*, 82.

²⁸² Vinter, vii-viii.

²⁸³ *Ibid.*

menjaga kelayakan kredit (rasio pinjaman terhadap modal). Dalam perspektif pemberi pinjaman, hal tersebut telah terbentuk secara kontraktual, dimana proyek dapat membayar pinjaman dalam suatu periode waktu yang ditetapkan, pemberi pinjaman akan memberi pinjaman berdasarkan kemampuan proyek jangka panjang dan kelayakan ekonomis. Pembiayaan proyek yang tradisional, pemberi pinjaman biasanya berhak mendapatkan pengembalian pinjaman dari semua aset dan penghasilan pendapatan yang akan datang (*revenues*).²⁸⁴

Suatu kendaraan (badan organisasi) tidak selalu dipersyaratkan untuk suatu proyek. Investor dalam badan usaha swasta tunggal bisa memutuskan untuk melaksanakan proyeknya sendiri. Investor dalam badan usaha swasta lainnya bisa memutuskan untuk berpartisipasi dalam proyek tetapi tidak dengan cara melakukan investasi. Misalnya mereka bisa menjadi kontraktor pembangunan dan menghasilkan keuntungan. Ada empat bentuk badan usaha dalam pembiayaan proyek, yaitu:²⁸⁵ usaha patungan bukan persero (*the unincorporated joint venture*), kerjasama umum (*unincorporated joint ventures*), kerjasama terbatas, dan perseroan terbatas.²⁸⁶

Kerangka kerja kontrak (*contract framework*) yang mendasari suatu proyek semuanya adalah penting. Hal tersebut mengalokasikan risiko-risiko antara berbagai pihak komersial sehingga dengan demikian menetapkan profil suatu risiko yang akan dijelaskan dalam usulan proyek pada para pemberi pinjaman. Filosofisnya, kontrak-kontrak proyek yang telah disebut di atas akan menetapkan alokasi risiko-risiko diantara berbagai pihak. Apabila semua hal

²⁸⁴ Duong, "Partnership with Monarch", 75.

²⁸⁵ Ibid., 8-15. Pilihan badan usaha akan dilaksanakan dengan pertimbangan-pertimbangan: (a) *The extent to which the sponsors wish to be insulated from the risks and liabilities inherent in the project*, (b) *The extent to which the sponsors wish to avoid moneys borrowed for the purpose of funding the project appearing on their respective balance sheet*, (c) *The ease with which profits can be extracted by the sponsors*, (d) *Tax efficiency*, (e) *Flexibility of management structure*, (f) *The level of minority protection*, (g) *The level of required publicity of the vehicle's affairs*, and (h) *Ease of dissolution*.

²⁸⁶ Munir Fuady, *Doktrin-Doktrin Modern Dalam Corporate Law & Eksistensinya Dalam Hukum Indonesia* (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002), 7. Badan usaha kerjasama ini dengan jelas memberikan pemisahan dengan tingkat yang tinggi untuk para investor dalam badan usaha kerjasama yang terlibat, dari risiko-risiko dan tanggungjawab proyek. Hukum Inggris mempersiapkan untuk "*pierce the corporate veil*" (membuka batas-batas korporasi, khususnya dalam hal tanggungjawab direksi).

adalah sama, badan usaha kerjasama akan bertarung dan berusaha untuk melepas sebanyak mungkin risiko-risiko kepada para investor dalam badan usaha kerjasama yang terlibat dan begitu juga sebaliknya para investor badan usaha berusaha untuk melepas sebanyak mungkin risiko-risiko kepada badan usaha dan investor dalam badan usaha kerjasama lainnya.²⁸⁷

Dalam hal kerangka kerja hukum (*legal framework*), *pertama* yang harus diperhatikan adalah aspek kemampuan perbankan (*bankability*), sebagaimana hakekatnya, adalah dapat diterimanya suatu struktur proyek sebagai dasar dari pembiayaan proyek, *kedua* adalah aspek asuransi yaitu suatu hal dalam area pembiayaan proyek yang sangat disayangkan jarang mendapatkan perhatian yang seharusnya didapatkan, *ketiga* adalah, aspek hukum terkait perjanjian kredit, *keempat* adalah aspek dukungan dari perusahaan (*sponsor support*), dan *kelima* adalah aspek tanggungjawab lingkungan (*environment liability*).²⁸⁸

Di Indonesia tidak mengatur secara khusus konsep pembiayaan proyek ini dalam suatu regulasi dan kelembagaan. Konsep pembiayaan proyek ini merupakan bagian dari konsep KPS yang telah diatur dalam suatu regulasi yang pengaturannya secara umum untuk semua sektor infrastruktur, yaitu dalam Perpres No. 13/ 2010 yang merupakan revisi dari Perpres No. 67/ 2005.

²⁸⁷ Vinter, 19-20. Permasalahannya dengan pembiayaan proyek, bagaimanapun juga, biasanya semua hal adalah tidak sama. Dalam proyek-proyek infrastruktur besar, sebagai contoh, badan usaha kerjasama seringkali secara awal adalah hanya satu badan dari perusahaan-perusahaan konstruksi. Apabila, saat kontrak-kontrak pembangunan dinegosiasikan, badan usaha kerjasama tidak memiliki manajemen yang independen dan kontrak-kontrak akan berakhir dengan keuntungan dipihak kontraktor-kontraktor, disana terdapat risiko-risiko dimana kontrak-kontrak akan tidak dapat diterima oleh para pemberi pinjaman pada saat datangnya pengaturan pembiayaan. Dalam hal ini yang menjadi kontrak-kontrak utama adalah: (i) *a concession agreement, licence or mineral lease or some other document (possibly legislation)*, (ii) *a construction contract or a development management agreement*, (iii) *a supply agreement*, (iv) *a sales agreement*, (v) *an opening agreement*. Sedangkan kontrak-kontrak pelaksanaannya adalah: (i) *shareholders' agreement*, (ii) *concession agreement*, (iii) *construction contracts*, (iv) *operating and maintenance agreements*, (v) *supply contracts*.

²⁸⁸ Ibid., 42-118. Dalam kontrak pembiayaan proyek ada dua masalah hukum utama bagi para pemberi pinjaman: (1) menjamin bahwa mereka melaksanakan jaminan yang efektif terhadap kontrak-kontrak, dan (2) menjamin bahwa kontrak utama tetap dalam satu bentuk atau bentuk lainnya bila atau pada saat mereka melaksanakan (*enforce*) jaminan mereka.

2.5.2 Kelahiran dan perkembangan KPS

Konsep penggunaan modal swasta untuk menyediakan fasilitas publik sebenarnya sudah sangat lama. Pada abad ke-18 dan awal abad ke-19, *Britain groups of local magnates* membentuk *turnpike trust*,²⁸⁹ yang meminjam uang dari investor-investor swasta untuk memperbaiki jalan, dan mengembalikan pinjaman dari tol (*charging tolls*). Semua jembatan-jembatan di Inggris juga dibiayai oleh semacam *bridge trusts* sampai pertengahan abad ke-19, dan juga sama sampai akhir abad ke-19 *the Brooklyn Bridge* di New York dibangun dengan modal swasta. Di Perancis, konstruksi kanal dengan modal swasta dimulai pada abad ke-17.²⁹⁰

Sejarah Yunani (*the Greek*) dan filsuf Strabo (63 BC-AD 21), menulis dalam *Geographia*, pada saat Caesar Augustus mencatat pemungutan tol atas jalan *the Little Saint Bernard's Pass*. Suku "Salassi" diberikan konsesi tol oleh kerajaan Romawi, sebagai pengembalian pemeliharaan jalan dan menyediakan panduan dan penjagaan melintasi pegunungan. Dalam abad pertengahan, tol digunakan untuk mendukung biaya pembangunan jembatan, dan pada awal tahun 1286 jembatan London memiliki tol. Tol sendiri kurang umum untuk jalan, meskipun pada tahun 1363, Edward III dari Inggris mengundang hak memungut tol atas jalan Great Northern dari London ke Philippe Litchfield untuk pengembalian hasil pekerjaan perbaikan jalan.²⁹¹

Gerbang tol di Inggris pertama kali disahkan dengan undang-undang pada tahun 1364, *turnpike* pertama dibentuk pada tahun 1663. Hakim-hakim dari

²⁸⁹ Grimsey and Lewis, 43. *Turnpikes* dijelaskan oleh Adrian Smith sebagai awal sistem yang modern atas pembangunan, pengoperasian dan transfer. *Turnpikes* adalah suatu jalan yang bagian atau seluruhnya dipungut biaya dari para pemakai jalan di gerbang toll. Dia berasal dari kata "the hinged barrier" (*spoke spear or English „pike"*) yang direntangkan di jalan yang menghalangi pelintas sampai ayunan terbuka untuk pembayar tol. *Turnpikes* meliputi untuk jalan-jalan yang baru maupun yang sudah direkonstruksi. *Turnpikes Trusts* dibentuk pada tahun 1706-1707 untuk memperbaiki seksi London-Holyhead Highway antara Fornhill dan Stony Stratford. Hal ini berhasil mengeluarkan ratusan peraturan (Acts) yang memperluas sistem pada hampir semua bagian negara Inggris. Pada tahun 1840-an hampir 1000 *Turnpikes Acts* dilaksanakan, diajukan oleh (*town councils, merchants, manufacturers, farmers and landowners*) termasuk tanggungjawab untuk memelihara paling tidak sebagian dari jalan.

²⁹⁰ Yescombe, 5.

²⁹¹ Grimsey and Lewis, 42.

Hertfordshire, Huntingdon dan Cambridge meminta Parlemen untuk membuat undang-undang yang memungkinkan mendapatkan pendanaan untuk perbaikan seksi jalan Great Northern yang melintasi tiga wilayah. Undang-undang tersebut memberikan hak pada hakim untuk menempatkan tiga gerbang tol untuk memungut tol dengan tarif tertentu atas kendaraan dan hewan (*livestock*) yang melewati jalan tersebut sampai periode lebih dari 21 tahun, dimana dalam periode tersebut diharapkan hutang akan lunas dan jalan kembali bebas dari pungutan. Sampai awal abad ke-18, bagaimanapun juga, konsep ini memberikan administrasi jalan dalam bentuk panitia (*ad hoc*) dari badan lokal, dan pengalihan biaya pemeliharaan dari publik ke pengguna jalan telah terbentuk.²⁹²

Pengertian KPS muncul awalnya di Amerika Serikat, yaitu awalnya terkait dengan kerjasama publik dan swasta (KPS) dalam pendanaan program-program pendidikan, kemudian pada tahun 1950-an dengan hal yang sama mendanai utilitas, kemudian penggunaannya meluas pada tahun 1960-an yaitu kerjasama modal (*joint ventures*) publik dan swasta untuk pembaharuan perkotaan. Juga di Amerika Serikat digunakan untuk ketentuan pendanaan publik untuk jasa-jasa layanan sosial oleh badan swasta, seringkali dari sukarela sektor (*not-for-profit*), juga pendanaan publik dalam penelitian dan pengembangan dibidang teknologi oleh swasta.²⁹³ Tidak ada pengertian yang tepat untuk istilah KPS sendiri, namun istilah KPS digunakan untuk menggambarkan banyaknya bentuk pengaturan antara sektor publik dan swasta dalam penyediaan jasa-jasa layanan publik.²⁹⁴

²⁹² Ibid., 43.

²⁹³ Yescombe, 2.

²⁹⁴ Sapte, Denton Wilde, *Public Private Partnerships: BOT techniques and project finance*, 2nd Edition (London: Euromoney Books, 2006), 1-2. Termasuk dalam hal ini (KPS) adalah: (1) *The contracting out of services* (dimana sektor swasta diikat untuk menyediakan jasa layanan untuk dan atas nama sektor Publik untuk periode tertentu dan harga kontrak yang disetujui, tanpa sektor swasta diminta menanggung risiko-risiko pembiayaan dan permintaan), (2) *joint ventures* (dimana sektor-sektor publik dan swasta menanggung tanggungjawab bersama dalam pembiayaan dan implementasi fasilitas-fasilitas jasa layanan publik), (3) *Leasing* (dimana semua atau bagian penting risiko-risiko terkait pendanaan, pembangunan dan pengoperasian fasilitas ditanggung oleh sektor swasta, dengan badan sektor publik melaksanakan fasilitas dengan cara leasing), (4) *BOT projects* (dimana sektor swasta bertanggungjawab atas pendanaan, pembangunan dan pengoperasian fasilitas-fasilitas untuk periode tertentu yang pasti, yang cukup bagi sektor swasta membayar hutang dan mencapai indeks pengembalian investasi yang diminta. Pada akhir periode, proyek dialihkan ke sektor publik). Bentuk ini dilakukan secara bervariasi,

KPS di Amerika Serikat didefinisikan sebagai:²⁹⁵

A Public-Private Partnership (PPP) is a contractual agreement between a public agency (federal, state or local) and a private sector entity. Through this agreement, the skills and assets of each sector (public and private) are shared in delivering a service or facility for the use of the general public. In addition to the sharing of resources, each party shares in the risks and rewards potential in the delivery of the service and/or facility.

Ada sejumlah alternatif nama-nama atau terminologi dari KPS, yang berbeda untuk beberapa negara, yaitu:²⁹⁶

- (a). *Private Participation in Infrastructure* (PPI), suatu istilah yang berasal dari World Bank, dan mungkin memberikan penjelasan lebih jelas, bagaimanapun istilah ini sedikit digunakan diluar sektor pembangunan-pembiayaan, kecuali program PPI Korea Selatan.
- (b). *Private-Sector Participation* (PSP), juga digunakan di sektor bank pembangunan (bagaimanapun juga baik PPI atau PSP adalah terbatas untuk istilah KPS).
- (c). P3 yang merupakan singkatan dari *Public Private Partnership*, digunakan di Amerika Utara.
- (d). *Privately-Financed Projects* (PFP), digunakan di Australia.

termasuk: *build, own, operate and transfer* (BOOT), *build, lease and transfer* (BLT), *build, rent and transfer* (BRT), *build, transfer and operate* (BTO), *design, build, finance and operate* (DBFO), dan, *design, construct, maintain and finance* (DCMF), kemudian, (5) *build, own and operate* (BOO) dimana sektor swasta membangun fasilitas dan menahan kepemilikan dan mengontrolnya namun bertanggungjawab dalam membuat fasilitas-fasilitas yang ada untuk suatu periode tertentu yang pasti. Tidak ada transfer fasilitas pada akhir masa ke sektor publik.

²⁹⁵ <http://www.ncppp.org/howpart/index.shtml#define> (diakses tanggal 26 Agustus 2010).

Di Amerika Serikat ada enam kunci keberhasilan KPS, yaitu: (1) *Statutory and Political Environment: A successful partnership can result only if there is commitment from "the top".* (2) *Public Sector's Organized Structure: Once a partnership has been established, the public-sector must remain actively involved in the project or program.* (3) *Detailed Business Plan (Contract): You must know what you expect of the partnership beforehand.* (4) *Guaranteed Revenue Stream: While the private partner may provide the initial funding for capital improvements, there must be a means of repayment of this investment over the long term of the partnership.* (5) *Stakeholder Support: More people will be affected by a partnership than just the public officials and the private-sector partner.* (6) *Pick Your Partner Carefully: The "lowest bid" is not always the best choice for selecting a partner. The "best value" in a partner is critical in a long-term relationship that is central to a successful partnership.*

²⁹⁶ Yescombe, 4.

- (e). *P-P Partnership* (untuk menghindari kerancuan dengan istilah PPP atau "purchasing power parity", suatu metode perbandingan nilai tukar mata uang yang menyatakan biaya riil barang dan jasa di negara-negara yang berbeda).
- (f). *Private Finance Initiative* (PFI), suatu istilah yang berasal dari Inggris, dan sekarang juga digunakan di Jepang dan Malaysia.

Sangat jelas sekali, ada banyak tipe KPS dan model-modelnya diaplikasikan secara berbeda dari suatu negara ke negara lainnya. Kenyataannya, konsep KPS berkembang dengan cara yang berbeda di tiap-tiap negara dimana pengaturannya diterapkan. Beberapa negara memiliki sebuah badan pusat mengenai KPS (seperti di Belanda), beberapa juga ada untuk penerapan khusus (seperti di Inggris), sementara yang lainnya diserahkan pada negara secara individual atau pemerintahan daerah (*municipalities*) (seperti di Australia, Amerika Serikat). Chili mencoba suatu sistem yang berbeda untuk melelang *franchises* (*the least-present-value-of-revenue* or LPVR). Perancis memiliki suatu kerangka kerja administratif yang mengatur KPS tipe *private concessions* (*delegation de service public*) berbeda dari yang dioperasikan berdasarkan hukum Inggris.²⁹⁷

Dari berbagai keragaman KPS, ada karakteristik yang bisa kita lihat secara umum maupun khusus. Karakteristik umum dari KPS adalah:²⁹⁸

- (a). *Participants*, KPS secara fair dan jelas melibatkan dua atau lebih pihak, dan paling tidak satu dari mereka haruslah badan publik. Masing-masing, bagaimanapun juga, perlu menjadi *principal* yang mampu bernegosiasi dan membuat kontrak atas dirinya sendiri. Semua pihak harus membuat komitmen organisasional pada kemitraan.
- (b). *Relationship*, kemitraan perlu untuk jangka waktu lama dan saling berhubungan. Pemerintah membeli barang dan jasa, mereka memberikan bantuan, dan mereka membebaskan denda dan pajak-pajak. Tidak satupun transaksi-transaksi tersebut mengandung perilaku kelanjutan yang nyata. Meskipun badan publik menggunakan pemasok yang sama setiap tahun, pola

²⁹⁷ Grimsey and Lewis, 12-13.

²⁹⁸ Ibid.

ini tidak dikatakan sebagai kerjasama kemitraan. Suatu departemen Pemerintah memesan roti *sandwiches* setiap hari dari perusahaan catering yang sama tidak menciptakan kerjasama kemitraan.

- (c). *Resourcing*, masing-masing pihak yang terlibat harus membawa suatu nilai dalam kerjasama kemitraan. KPS mencari kemampuan terbaik yang ada, pengetahuan dan sumber-sumber, apakah mereka ada di sektor publik atau swasta, dan menyerahkan nilai untuk uang dalam ketentuan jasa layanan infrastruktur publik. Untuk hal ini, masing-masing pihak harus mengalihkan sumber-sumber uang, harta, kekuasaan dan reputasi (*money, property, authority, reputation*) pada pengaturan.
- (d). *Sharing*, KPS melibatkan berbagi tanggungjawab dan risiko untuk akibat dari *financial, economic, environmental* atau *social*, dalam suatu kerangka kerja kolaboratif. Tanggungjawab bersama ini bertentangan dengan hubungan antara sektor-sektor publik dan swasta dimana badan publik memegang kontrol atas keputusan-keputusan kebijakan setelah mendapatkan masukan dari badan-badan sektor swasta. Juga bertentangan dengan hubungan antara sektor-sektor publik dan swasta yang pada dasarnya terikat kontrak dan melibatkan hubungan-hubungan perintah yang mendasar. Dalam kasus ini, badan-badan swasta bukanlah mitra dalam kenyataannya. Yang ada hanyalah kepentingan bersama dan kesatuan komitmen.
- (e). *Continuity*, landasan kerjasama kemitraan akan menjadi suatu kerangka kontrak, yang terdiri dari serangkaian aturan main dan memberikan para pihak hal-hal yang pasti. Keberadaan kontrak memungkinkan para pihak terlibat dalam membuat keputusan tanpa harus memulai tiap waktu, dan membangun mulai dari prinsip-prinsip pertama dari aturan yang mengatur interaksi. Kontrak KPS memberikan arsitektur dasar dari pengaturan, sementara kontrak adalah "*incomplete*"²⁹⁹ (tidak lengkap) dan tidak dapat (*does not and can not*)

²⁹⁹ Campbell, "Incompleteness of our Understanding", 645-646. Kontrak yang tidak lengkap (*incomplete contract*) mulai mendapat perhatian untuk direformasi dibidang komersial dimana Kostriksky dan Ben-Shahar berpendapat bahwa perjanjian yang dibuat berdasarkan hukum yang sekarang bisa jatuh pada kecurangan ("such agreements may fall foul of being struck out for indefiniteness, or of being effectively supplanted by judicial gap filling that does not capture the

menetapkan semua komponen dan memperbolehkan untuk semua hasil.

Harus ada nilai-nilai yang berbagi, suatu pemahaman umum atas prioritas dan tujuan-tujuan kebijakan, dan suatu langkah kepercayaan yang baik.

Dari karakteristik umum di atas maka, karakteristik khusus KPS yang bisa dilihat adalah sebagai berikut:³⁰⁰

- (a). *Type*, sementara, saat beberapa mitra kerjasama dibentuk untuk tujuan formulasi kebijakan, penyusunan prioritas dan koordinasi organisasi dari berbagai sektor (seperti, *crime prevention strategies, educational action*), perhatian utama kita terkait dengan jasa-jasa layanan berbasis aset dan kontrak-kontrak jasa layanan jangka panjang sehubungan dengan infrastruktur sosial dan ekonomi. Ada beberapa perbedaan antara kerjasama kemitraan yaitu ekonomi yang dominan dalam orientasi mereka sebagai lawan terhadap perhatian pada kesejahteraan, pendidikan dan kebijakan-kebijakan lain, sebagiannya karena kebutuhan para pemimpin sumber-sumber keuangan.
- (b). *Focus on service*, tekanannya adalah pada pelayanan yang diterima Pemerintah, bukan pada pengadaan infrastruktur sosial dan ekonomi Pemerintah. Pemerintah membayar jasa layanan yang disediakan pihak swasta, yang diserahkan melalui kepemilikan swasta atau penyewaan infrastruktur sebagai bagian dari paket layanan.
- (c). *Whole-of-life cycle costing*, dengan kontrak KPS ada kemungkinan untuk kesatuan yang lengkap, dibawah satu pihak, biaya-biaya sebelum rancangan dan pembangunan, dengan biaya-biaya yang sedang berjalan atas penyerahan jasa layanan, pengoperasian, pemeliharaan dan pembaruan.
- (d). *Innovation*, pendekatan KPS berfokus pada spesifikasi-spesifikasi yang dihasilkan, dan memberikan peningkatan kesempatan-kesempatan dan insentif-insentif pada para calon penawar (*bidders*) untuk membentuk inovasi pemecahan yang sesuai dengan persyaratan.

intention of the parties”). Kostriksy menghormati kesucian (*the sanctity*) kontrak namun kadang-kadang masih perlu intervensi untuk memberikan pengaruh pada para pihak. Dia memberikan penjelasan dengan penerimaan klaim-klaim kesejahteraan dari teori *equilibrium* umum (“the fully contingent contract of general equilibrium theory”).

³⁰⁰ Grimsey and Lewis, 14.

(e). *Risk allocation*, risiko ditanggung oleh Pemerintah dalam pemilikan dan pengoperasian infrastruktur dengan ciri khasnya adalah (*carries substantial, often unvalued, cost*). Pengalihan beberapa risiko ke pihak swasta, yang dapat mengaturnya menjadi biaya yang rendah, dapat secara substansial lebih rendah dari biaya-biaya Pemerintah.

2.5.3 Para pihak dalam KPS

Ada beberapa pihak yang berperan langsung dalam partisipasi kegiatan KPS, yaitu.³⁰¹

(a). **Pemerintah.** Tidak seperti swastanisasi, Pemerintah menguasai kepentingan permanen dalam penyerahan aset atau barang dan jasa.³⁰² Dia yang akhirnya bertanggungjawab untuk penetapan tujuan-tujuan, melihat hasil diserahkan sesuai standar, dan menjamin kepentingan publik dalam keadaan aman. Konsekuensinya, saat pelaksanaan bagian-bagian jasa layanan pada swasta, pelaksana pengadaan investasi sektor publik tetap dapat dipertanggungjawabkan (*accountable*) untuk banyak aspek. Termasuk: (i) menetapkan usaha-usaha, barang dan jasa yang dibutuhkan, dan sumber-sumber sektor publik yang tersedia untuk membayar usaha-usaha dan barang dan jasa tersebut (*defining the business and services required, and the public sector resources available to pay for them*); (ii) menetapkan prioritas-prioritas, target-target dan hasil-hasil (*specifying the priorities, targets and outputs*); (iii) melaksanakan proses pengadaan investasi yang direncanakan secara hati-hati (*executing a carefully planned procurement process*); (iv) menetapkan rezim kinerja dengan membentuk dan memonitor keselamatan, kualitas dan standar-standar kinerja untuk barang dan jasa (*determining the*

³⁰¹ Ibid., 111-114.

³⁰² Howard, "Public-Private Partnership", 736. Pemerintah yang berkuasa dalam hubungan KPS memiliki kekebalan dari segala tuntutan hukum dan tanggungjawab. Doktrin ini berjalan sebagai kendala di pemerintahan namun juga berdampak pada segala tindakan antara swasta yang terlibat dengan Pemerintah. Jack B. Tate (The Acting Legal Advisor of Department of State) menulis surat pada the "Acting Attorney General" pada bulan May 1952, dan menyatakan: "According to the newer or restrictive theory of sovereign immunity, the immunity of the sovereign is recognized with regard to sovereign or public acts (*jure imperii*) of State, but not with respect to private acts (*jure gestionis*) ..."

performance regime by setting and monitoring safety, quality and performance standards for those services); (v) mengatur kontrak dengan melaksanakan standar-standar, mengambil tindakan bila mereka tidak diserahkan (*governing the contract by enforcing those standards, taking action if they are not delivered*); (vi) mengatur harapan-harapan komunitas (*managing community expectations*); (vii) menyediakan lingkungan yang memungkinkan (*providing the enabling environment*); dan (viii) tanggap, dalam bekerjasama dengan swasta, untuk mengubah lingkungan proyek sambil tetap fokus pada tujuan-tujuan yang telah ditetapkan sebelumnya (*reacting, in cooperation with the private sector, to changes in the project environment while remaining focused on pre-defined objectives*). Badan-badan regulasi sektor publik dan badan-badan sektor publik lainnya memainkan peran kontribusi yang penting dalam hal izin (*permits*), lisensi (*licences*), kewenangan (*authorizations*) dan konsesi (*concessions*) dan mereka merancang kerangka kerja regulasi dimana struktur KPS harus disatukan.

- (b). **Badan usaha kerjasama.** Para investor dan para pemegang saham dari badan usaha kerjasama bertanggungjawab untuk memenuhi tanggungjawab kontraktualnya. Termasuk: (i) menghasilkan dan menyerahkan barang dan jasa yang ditetapkan sesuai standar yang dibutuhkan (*producing and delivering the defined services to the required standard*); (ii) merancang dan membangun atau meningkatkan aset infrastruktur (*designing and building or upgrading the infrastructure aset*); (iii) mencari dana untuk kebutuhan modal proyek (*raising funds for the capital needs of the project*); (iv) fokus pada tujuan-tujuan Pemerintah, sambil menanggapi dalam kerjasama dengan Pemerintah terhadap berbagai lingkungan proyek (*focusing on government's objectives, while repounding in cooperation with the public procurer to variations in the project enviroenment*); (v) mengembalikan aset dalam kondisi yang telah ditentukan pada akhir kontrak (*returning the assets in the specified condition at the end of contract*).

- (c). **Sub-kontraktor.** Kewajiban dan tanggungjawab badan usaha kerjasama pada Pemerintah diserahkan melalui sub-kontraktor yang ditentukan (*specialized*), yang dalam model tradisional sering adalah para investor yang memiliki modal dalam badan usaha kerjasama. Fungsinya adalah biasanya melakukan *outsourcing (subcontracted out)* oleh badan usaha kerjasama, yaitu konstuksi, pasokan perlengkapan, dan operasi dan pemeliharaan, dengan perjanjian terpisah untuk masing-masingnya.
- (d). **Penasehat/ konsultan.** Para penasehat/konsultan memberikan nasehat keuangan, hukum, teknis dan lainnya kepada baik Pemerintah maupun swasta dalam struktur KPS. Pemerintah patuh pada nasehat mereka untuk menerapkan dan memberikan pemeriksaan independen atas masing-masing transaksi tipe KPS, dan nilai tambah pada Pemerintah (*public procurement*). Para investor dalam badan usaha kerjasama menggunakan penasehat/konsultan luar atau dari tim mereka sendiri untuk ikut dalam pengadaan investasi proyek. Biasanya para pemberi pinjaman tunduk pada grup penasehat mereka atau kadangkala dari luar untuk menilai kelayakan finansial proyek dan risiko-risiko yang melekat pada arus pendapatan yang memberikan jaminan untuk pembiayaan.
- (e). **Badan pemeringkat.** Pada saat proyek dibiayai melalui penerbitan obligasi (*bonds*),³⁰³ badan pemeringkat diminta nasehatnya untuk memberikan peringkat kredit untuk hutangnya. Badan tersebut ciri khasnya terlibat pada tahap awal penyusunan proyek sehingga masalah kredit dapat ditunjukkan dan suatu hal yang baru berkembang (sebagai contoh, mengubah tingkat modal dalam badan usaha kerjasama). Lembaga asuransi dapat juga memberikan peningkatan kredit.
- (f). **Perusahaan asuransi.** Perusahaan memberikan perbaikan risiko dalam pembiayaan proyek masing-masing apakah risiko-risiko komersial atau risiko politik. Ciri khasnya, mereka bekerja secara dekat dengan para investor dan

³⁰³ Garner, 169. *Bond*: "An obligation, or in English a 'bond', is a document written and sealed containing a confession of a debt; in later times 'contract' is the genus, 'obligation' the species".

pemberi pinjaman, sehingga menghasilkan suatu paket asuransi yang membatasi risiko pada harga yang dapat dijangkau. Ini merupakan sub-sektor asuransi yang relatif baru yang menutup risiko kredit hutang (umumnya obligasi). Perusahaan asuransi *monoline* ini terlibat dalam arbitrase risiko kredit yang sering menciptakan nilai untuk pembiayaan proyek dalam keadaan dimana pasar umumnya cenderung meremehkan risiko-risiko.

2.5.4 Badan usaha kerjasama dalam KPS

KPS adalah suatu struktur organisasi yang membawa sejumlah pihak untuk suatu investasi infrastruktur. Ciri-cirinya adalah dalam bentuk badan usaha kerjasama yang dibuat secara khusus untuk suatu proyek. Pihak-pihak yang utama berpartisipasi adalah.³⁰⁴

- (a). Pemerintah (*the public sector procurer - the government, local governments and agencies, state-owned entities*);
- (b). Para investor pemodal dalam badan usaha kerjasama (*the sponsors who as equity investors normally create a special purpose vehicle (or project company) through which they contact with the public procurer, and the principal subcontractors*);
- (c). Pemberi pinjaman (*financiers*);
- (d). Sub-kontraktor (*subcontractors*); dan
- (e). Pihak-pihak lain yang terlibat (*other involved parties such as advisers - legal, financial, technical, and insurers, rating agencies, underwriters, etc.*

Dalam suatu proyek, masing-masing pihak memegang identitas dan tanggungjawabnya masing-masing. Mereka mengkombinasikan bersama dalam badan usaha kerjasama berdasarkan tugas-tugas dan risiko-risiko divisi yang didefinisikan secara jelas. Badan usaha kerjasama tersebut adalah suatu badan hukum terpisah yang sederhana, umumnya suatu perusahaan, dibentuk untuk melaksanakan kegiatan yang didefinisikan dalam suatu kontrak antara badan usaha kerjasama dan *client*-nya, dalam hal ini adalah Pemerintah (*public*

³⁰⁴ Grimsey and Lewis, 108.

procurer). Pelaksanaan kegiatan umumnya membutuhkan keterlibatan sejumlah pihak, dan badan usaha kerjasama mengikatkan diri dengan sub-kontrak dengan sejumlah organisasi untuk pelaksanaan kegiatan-kegiatan tersebut. Badan usaha kerjasama digunakan dalam KPS untuk alasan-alasan sebagai berikut.³⁰⁵

- (a). Memperkenankan peminjaman dana bagi proyek menjadi *non-recourse* kepada *sponsors* berdasarkan sifat tanggungjawab terbatas dari *special purpose vehicle*;
- (b). Memungkinkan aset dan hutang piutang (*liabilities*) proyek tidak muncul di neraca (*balance sheets*) dari *sponsors*, karena tidak ada *sponsors* memiliki lebih dari 50 persen saham dalam *special purpose vehicle* dan penerapan prinsip-prinsip konsolidasi normal saat menyiapkan pembukuan grup; dan
- (c). Untuk manfaat pemberi pinjaman proyek, untuk membantu menyekat proyek dari potensi pailit dari salah satu *sponsors* („bankruptcy remoteness“).

Dalam ilustrasi gambar bentuk umum konsorsium, termasuk dalam hal ini para pemberi pinjaman (biasanya dalam suatu sindikasi bank), para investor modal dan para investor lain dalam badan usaha kerjasama (yang berinvestasi dalam proyek yang secara risiko terbuka dari sisi atas maupun sisi bawah), kontraktor rancangan dan konstruksi, dan operator. Dalam hal pihak-pihak masuk dalam organisasi dan bersama-sama ikut dalam suatu penawaran (*bid*). Ada dua bentuk pendekatan dalam membentuk badan usaha kerjasama dalam KPS ini sebagai bentuk umum konsorsium. Pertama, disebut sebagai *the traditional construction and facilities management-led approach*, dan Kedua, disebut sebagai *the new financier-led approach*.³⁰⁶

³⁰⁵ Ibid., 109.

³⁰⁶ Ibid., 109-110. Lihat **Gambar Nomor 2.7**. Dalam konsorsium pendekatan *pertama* ini yaitu bentuk konsorsium, umumnya di Inggris, para kontraktor dan pemasok jasa sebagai investor dalam badan usaha kerjasama dan mengambil bagian saham sebagai komitmen pada proyek dan penyerahannya. Para pemberi pinjaman pembiayaan (*financiers*) terlibat dalam suatu konsorsium, mereka bisa mengambil minoritas saham dalam badan usaha kerjasama dan, selama perjalanan para investor dengan kepentingan keuangan yang kuat, dianggap memiliki peran yang penting dalam proyek setelah selesai masa konstruksi. Meskipun demikian, organisasi awal dan proses penawaran (*bidding*) dipimpin oleh perusahaan-perusahaan “engineering and construction” secara tandem (bersama) dengan para manajer fasilitas-fasilitas (*facilities managers*), para investor modal pihak ketiga (*third party equity investors*) dan para investor pemberi pinjaman (*debt investors*). Dalam konsorsium pendekatan *kedua*, berkembang akhir-akhir ini di Australia, bank-bank

2.5.5 Kerangka kerja hukum, regulasi, dan kelembagaan KPS

Konsesi selalu memerlukan hukum yang khusus terkait dengan suatu proyek, atau memerlukan kerangka hukum terkait konsesi secara umum, untuk memperkenankan perusahaan-perusahaan swasta membayar atau mengumpulkan pendapatan dari para pengguna, dalam rangka menyediakan jasa layanan publik. Di beberapa negara, khususnya negara-negara *common-law* (yaitu dimana sistem hukumnya berasal dari Inggris) KPS model kontrak inisiatif pembiayaan swasta (PFI) diperlakukan sebagai variasi pengadaan Pemerintah, untuk mana tidak ada pengaturan hukum yang khusus yang dibutuhkan. Dilain pihak, utamanya di negara-negara *civil-law* (yaitu dimana sistem hukumnya berasal dari kitab undang-undang hukum Perancis), hukum-hukum KPS yang khusus diperlukan untuk suatu kerangka kontrak tipe ini, hal yang sama juga pada hukum-hukum konsesi. Negara-negara *civil-law* juga sering memiliki kerangka-kerangka hukum yang terpisah dan pengadilan-pengadilan untuk hukum administrasi publik, termasuk KPS. Dengan demikian perlu untuk negara Perancis, sebagai contoh, untuk menghasilkan suatu undang-undang KPS yang khusus untuk mengatasi hambatan-hambatan hukum pada KPS model PFI, seperti:³⁰⁷

- (a). Ketentuan untuk mengatur pengadaan investasi yang terpisah untuk konstruksi dan pekerjaan pengoperasian dan pemeliharaan jangka panjang lebih baik dari

investasi khusus mengambil peran lebih aktif dalam mengatur (*managing*) badan usaha kerjasama dari sisi luar. Bank melakukan investasi modal dalam badan usaha kerjasama, mengotor penawaran (*the bid*), memutuskan harga, menjamin pendapatan komersial dari proyek, menilai (*underwrites*) hutang-hutang yang lebih senior (*senior debt*) dan melakukan subkontrak dengan kontraktor dan operator berdasarkan *letter of credit* (L/C) yang diterbitkan untuk pemegang hutang. Jelasnya, bank tidak dapat melaksanakan semua fungsi dan harus menjembatani dan memfinalisasikan perjanjian-perjanjian dengan pihak lain yang datang bersama secara kontraktual membentuk konsorsium. Meskipun demikian, adalah suatu bank investasi yang mengambil 100 persen modal dalam badan usaha kerjasama dan melakukan penilaian (*underwrites*) masalah pasar modal dan semua elemen kontrak.

³⁰⁷ Yescombe, 31-33. Sejumlah negara telah membuat atau secara substansial mengubah hukum-hukum KPS (khususnya terkait model kontrak PFI) akhir-akhir ini, seperti di Italy (*in* 2002), Belgium (*Flanders*), Portugal, dan Spain (*in* 2003), Brazil (*at both federal and state level*) dan France (*in* 2004), dan Greece, South Korea, Poland dan Rusia (*in* 2005). Beberapa negara bagian Amerika Serikat juga telah membuat atau mengubah aturan hukum atas konsesi-konsesi jalan bebas hambatan (*highway*). Selain melihat hambatan-hambatan hukum KPS perlu juga diperhatikan kerangka kerja legislasi untuk memilih model KPS serta juga memperhatikan pendekatan kontrak.

Universitas Indonesia

pada mengkombinasikannya dalam KPS (*the requirement to conduct separate tenders for construction and long-term operation and maintenance works, rather than combining them as in a PPP*);

- (b). Larangan penundaan pembayaran-pembayaran untuk pekerjaan publik - berdasarkan kewajiban terhadap anggaran yang akan datang yang secara hukum harus disetujui dengan basis tahunan, dan tidak dapat diikat terlebih dulu (*prohibition of deferred payments for public works - on the grounds that this was an obligation against future budgets which legally have to be agreed on an annual basis, and cannot be committed in advance*);
- (c). Pembatasan pengalihan kontrol infrastruktur publik (*limitations on transfer of control of public-sector infrastructure*);
- (d). Ketentuan-ketentuan jaminan pemberi pinjaman (*lenders' security requirements*);

Banyak pendekatan-pendekatan yang berbeda dalam pembiayaan swasta untuk penyediaan jasa-jasa layanan publik yang dikenal sebagai KPS. Konsesi (*concessions*) merupakan model yang paling panjang sejarahnya, kemudian berkembang model-model kontrak KPS seperti model perjanjian penjualan energi atau *power purchase agreement* (PPA), model inisiatif pembiayaan swasta atau *private finance initiative* (PFI), juga alternatif-alternatif model lain seperti model pengadaan sektor publik (*public-sector procurement*), model pengambilalihan paska konstruksi (*post-construction take-out*), model pendanaan sektor publik (*public-sector debt funding*), model kerjasama usaha patungan permodalan (*joint-venture*), dan model struktur non-profit (*not-for-profit structures*).³⁰⁸

Banyak jasa layanan infrastruktur akan menjadi monopoli, apakah dalam tangan publik atau swasta. Dengan demikian, fungsi regulasi muncul apakah dengan melibatkan ketentuan swasta atau tidak. Sebagaimana yang telah dijelaskan, konflik-konflik kepentingan yang mendasar memberikan pengertian

³⁰⁸ Yescombe, 4-11. Sebagai gambaran perbedaan tiga model kontrak KPS yaitu dengan pendekatan konsesi, penjualan energi dan inisiatif pembiayaan swasta dapat dilihat [Gambar Nomor 2.8](#) – untuk pendekatan konsesi, [Gambar Nomor 2.9](#) – untuk pendekatan penjualan energi, [Gambar Nomor 2.10](#) – untuk pendekatan inisiatif pembiayaan swasta.

bahwa Pemerintah umumnya dengan cara yang buruk melakukan pekerjaan mengkombinasikan regulasi dengan kepemilikan dari ketentuan jasa layanan.³⁰⁹

Di negara-negara dengan kapasitas relatif kecil, banyak fungsi-fungsi teknis regulasi dapat diserahkan pada pihak lain (*contracted out*). Kontrak-kontrak khusus banyak disediakan pada para investor, namun penyesuaian-penyesuaian harus dibuat melalui renegosiasi-renegosiasi, yang akan melibatkan biaya-biaya yang signifikan. Meningkatnya kebijakan dalam sistem-sistem regulasi dan memfasilitasi penyesuaian untuk hal-hal baru, namun membuka para investor ke risiko-risiko politik dan regulasi. Pada akhirnya, bagaimanapun juga, tidak terhindarkan kebutuhan untuk beberapa bentuk kebijakan, yang tidak dapat siap diserahkan keluar. Keputusan-keputusan kebijakan mungkin lebih baik ditangani oleh suatu badan Pemerintah (*agencies*) yang secara teknis berkompeten dan menyekat tekanan-tekanan politis dalam jangka pendek.³¹⁰

Dalam pengalaman penerapan badan-badan pengatur (*regulatory agencies*) dan kerangka regulasi, masalah-masalah legitimasi adalah hal penting khususnya dalam bagaimana mereka mengalokasikan risiko-risiko dan pemberian hak (*rewards*). Regim Pemerintah dengan kekuatan insentif tinggi seperti mematok harga (*price caps*) diadvokasi karena, dengan menempatkan risiko-risiko yang lebih banyak pada swasta, mereka akan memberikan insentif-insentif yang kuat untuk mengurangi biaya-biaya. Hal ini akan memberi manfaat pada pengguna (*consumers*) selama badan pengatur dapat melampaui penghematan biaya pada para pengguna (*consumers*) sampai *review* regulasi dikemudian hari. Namun hal ini memunculkan masalah-masalah legitimasi secara politis: penghematan efisiensi hanya timbul apabila perusahaan-perusahaan membuat keuntungan yang substansial yang dapat kemudian melampaui sebagai biaya-biaya yang lebih rendah. Kehadiran keuntungan-keuntungan ini bisa mengurangi kepercayaan publik dalam sistem regulasi.³¹¹

³⁰⁹ Harris, 33.

³¹⁰ *Ibid.*, 34.

³¹¹ *Ibid.* Prosedur-prosedur regulasi harus *predictable, accountable, dan transparent*. Badan regulasi harus: (a) *Have competent, non-political, professional staff-expert in relevant economic, accounting, engineering, and legal principles and familiar with good regulatory*

Regulasi yang dikeluarkan oleh badan-badan pengatur tersebut berperan secara sentral dalam persaingan usaha dalam jaringan fasilitas. Pemerintah juga memiliki peran permanen dalam melaksanakan kebijakan-kebijakan *anti-monopoly* dan *anti-trust*, yang menjamin persaingan usaha tidak ditekan oleh kekuatan monopoli swasta atau oleh kolusi diantara atau kombinasi para pesaing. Dalam penelitian *World Bank*, banyak badan pengatur yang baru (*new regulatory agencies*) tidak independen dan tidak dipisahkan dari kondisi-kondisi kontrol politik apabila swastanisasi ditujukan untuk mencapai kepentingan publik. Untuk efektifnya suatu regulasi, maka badan-badan pengatur tersebut haruslah bersifat:³¹²

- (a). *Coherence*: berarti regulasi untuk masing-masing sektor infrastruktur harus saling melengkapi dan mendukung secara bersama, kegiatan regulasi baik pusat maupun daerah haruslah harmonis dan dengan jelas mendefinisikan tanggungjawabnya.
- (b). *Independence*: berarti regulasi yang efektif memerlukan suatu hal dimana regulator secara luas bebas dari pengaruh politik, khususnya atas dasar kegiatan harian atau keputusan-keputusan. Badan tersebut harus objektif, tanpa tekanan politik dalam mengatur aturan.
- (c). *Accountability*: berarti regulator yang independen harus sejalan dengan akuntabilitas, artinya, mengizinkan regulator menetapkan harga dan standar

practices; (b) Operate in a statutory framework that fosters competition and market-like regulatory practices; (c) Be subject to substantive and procedural requirements that ensure integrity, independence, transparency, and accountability (lihat : Ioannis N. Kessides, *Reforming Infrastructure*, 18).

³¹² Kessides, 79-91. Dalam penelitian *World Bank*, banyak negara-negara sedang berkembang dan ekonomi transisi, kurang dalam persyaratan kelembagaan untuk regulasi yang efektif, termasuk: (a) *Separation of powers, especially between the executive and the judiciary; (b) Well-functioning, credible political and economic institutions – and an independent judiciary* (Bergara, Henisz, and Spiller 1998); (c) *A legal system that safeguards private property from state or regulatory seizure without fair compensation and relies on judicial review to protect against regulatory abuse of basic principles of fairness; (d) Norms and laws – supported by institutions – that delegate authority to a bureaucracy and enable it to act relatively independently; (e) Strong contract laws and mechanism for resolving contract disputes; (f) Sound administrative procedures that provide broad access to the regulatory process and make it transparent; (f) Sufficient professional staff trained in relevant economic, accounting, and legal principles.* Tentu untuk membangun hal ini membutuhkan waktu. Indonesia termasuk negara yang terburuk kondisi badan pengatur diantara negara-negara di Asia.

kualitas yang akan memberikannya kekuasaan yang besar untuk membagi sewa (*rents*).

- (d). *Transparency*: berarti regulasi infrastruktur adalah suatu masalah kebijakan yang penting, dan dalam negara demokrasi semua orang membutuhkan transparansi informasi untuk mengevaluasi kinerja Pemerintah.
- (e). *Predictability*: berarti badan regulasi dapat diperkirakan apabila mereka mengikuti aturan hukum, khususnya dalam hal keputusan-keputusan hukum sebelumnya (*precedent*) dan kasus-kasus yang sama faktanya diputuskan dengan cara yang sama setiap saat (*the principle of stare decisis*).
- (f). *Capacity*: berarti tanggungjawab badan pengatur harus sesuai dengan anggaran keuangan dan sumber daya manusianya.

Beberapa keputusan harus dibuat terkait masalah organisasi tata kelola (*governance*) regulasi. Bagaimana seharusnya tanggungjawab-tanggungjawab regulasi dilaksanakan diantara pemerintahan (pusat maupun daerah)? Apakah badan pengatur berfokus pada industri-industri yang spesifik, atau apakah mereka mengawasi sektor-sektor yang multipel (banyak)? Bagaimana seharusnya tanggungjawab-tanggungjawab secara fungsional, untuk masalah-masalah: harga, lisensi, kualitas, dan pertimbangan lingkungan dialokasikan? Dan tipe hubungan yang seperti apa badan pengatur dengan sektor kementerian dan dengan persaingan usaha atau otoritas *anti-trust*?

Merancang regulasi melibatkan banyak tawar-menawar (*trade-offs*), untuk itu beberapa alternatif bisa dilihat, sebagai berikut:³¹³

³¹³ Ibid., 95-99. Beberapa negara melakukan “cross-sectoral regulatory frameworks” untuk infrastruktur swasta, termasuk Brazil, Bulgaria, Chile, China, Colombia, Hungary, the Philippines, dan Vietnam. Secara detail sangat beragam di tiap-tiap negara, namun elemen kunci aturan-aturan hukumnya adalah: (a) *which infrastructure sectors are open to private participation*, (b) *which agencies are responsible for approving private projects or contracts*, (c) *tariff adjustment*, (d) *contract amendment and termination*, (e) *competitive bidding, including the scope of exceptions*, (f) *availability of international arbitration*, (g) *other issues important to private infrastructure arrangements that are not dealt with adequately in other laws*. Examples vary from country to country but include the treatment of security interests in private projects and rules on liquidated damages (that is rules regarding setting in advance of the amount of compensation to be paid in case of certain breaches of obligations). Sumber: Kerf and Smith (1996), lihat: Michel Kerf, *et al.*, *Concessions for Infrastructure*, 14.

(a). **Desentralisasi dan sentralisasi badan pengatur.**

Dalam hal desentralisasi badan pengatur, akan membuat Pemerintah daerah bertanggungjawab untuk mengatur regulasi utilitas, dengan keuntungan-keuntungan: mempermudah kondisi dan persyaratan lokal membentuk regulasi, mengarahkan badan pengatur lebih dekat pada layanan, mempermudah mereka untuk mengumpulkan informasi yang lebih baik atas para pelanggan atau pemakai, mempromosikan diantara badan pengatur Pemerintah daerah untuk menarik investasi swasta, dan bisa memperbaiki pelaksanaan keputusan-keputusan regulasi.

Dalam hal sentralisasi badan pengatur, memiliki keuntungan-keuntungan, seperti *pertama*, struktur regulasi nasional membuat penggunaan terbaik atas keahlian yang langka dan meminimalkan biaya-biaya regulasi (seperti dalam memelihara kantor-kantor regional). *Kedua*, sentralisasi juga mengurangi risiko-risiko perlombaan regulasi kebawah, pada saat wilayah-wilayah bersaing untuk investasi dengan risiko keuangan yang tinggi atau standar lingkungan yang lebih rendah. *Ketiga*, sentralisasi bisa diperlukan apabila wilayah-wilayah terlalu kecil untuk mendukung skala efisiensi atau lingkup pengoperasian untuk industri-industri tertentu.

Dengan demikian masalah-masalah yang timbul dari keliruan regulasi atas sentralisasi atau desentralisasi memangkas lembaga-lembaga yang besar (*wide range*) dan mencerminkan karakteristik-karakteristik dan hambatan-hambatan suatu negara. Dalam hal ini, analisa biaya dan manfaat dari kedua pendekatan harus mencerminkan struktur kelembagaan suatu negara dan keutamaan teknologi suatu industri.

(b). **Badan pengatur tunggal (umum) atau terpisah (spesifik).**

Apabila tanggungjawab-tanggungjawab regulasi dilaksanakan oleh pemerintahan secara tunggal, apakah pemerintahan harus menciptakan beberapa badan pengatur industri yang spesifik, atau suatu badan tunggal dengan mandat atau kewenangan yang lebih luas?

Dalam hal membentuk beberapa badan pengatur secara terpisah (spesifik) memiliki manfaat-manfaat keuntungan. Dia mengakui karakteristik-karakteristik secara ekonomi dan teknologi masing-masing industri infrastruktur dan memungkinkan badan pengatur membangun secara mendalam, keahlian-keahlian khusus industri. Dia juga memindahkan risiko-risiko kegagalan kelembagaan dan mendorong respon-respon inovasi pada tantangan regulasi.

Dalam hal menggunakan satu badan pengatur untuk beberapa industri secara tunggal (umum) juga terdapat manfaat-manfaat keuntungan. Dia memungkinkan untuk berbagi biaya-biaya tetap (*fixed costs*), keahlian yang terbatas (*scarce talent*), dan sumber-sumber lainnya. Konsolidasi juga membangun keahlian dalam masalah-masalah regulasi yang bertentangan atau tumpang tindih: meng-administrasikan aturan-aturan penyesuaian tarif, memperkenalkan persaingan usaha dalam industri-industri monopolistik, dan mengatur hubungan-hubungan dengan para pemangku kepentingan (*stakeholders*), serta tanggungjawab-tanggungjawab yang lebih luas dari badan pengatur multi-industri mengurangi ketergantungannya atas salah satu industri. Dengan demikian membantu melindungi terhadap permasalahannya. Badan pengatur multi-industri bisa lebih baik dalam independensi yang lebih besar dari sektor kementerian-kementerian di departemen.

2.5.6 Kerangka Kerja Kontrak KPS

2.5.6.1 Klasifikasi Kontrak KPS

Model-model kontrak KPS oleh E.R. Yescombe diklasifikasikan dalam dua kelompok, yaitu, sebagai berikut.³¹⁴

(a). **Klasifikasi kontrak KPS berdasarkan penggunaan (*usage-based*)**

Model kontrak konsesi adalah contoh klasifikasi kontrak berdasarkan pengguna dimana tol dibayar oleh pengguna (*usage-based*). Dalam hal ini, biaya penggunaan untuk fasilitas seperti jalan-jalan, jembatan-jembatan, terowongan-

³¹⁴ Ibid., 13-14.

terowongan, juga fasilitas-fasilitas transportasi lain seperti pelabuhan-pelabuhan, tram dan jaringan kereta ringan, serta risiko penggunaan dialihkan ke swasta. Model ini mungkin masih merupakan tipe KPS yang paling banyak diterapkan secara luas. Namun risiko penggunaan dapat juga dialihkan berdasarkan model PFI, sebagai contoh melalui pembayaran *shadow tolls*,³¹⁵ dalam hal ini pembayaran dibayar oleh Pemerintah, namun berdasarkan penggunaan fasilitas oleh pengendara-pengendara. Dapat juga dilakukan pendekatan campuran dari dua pendekatan tersebut, dimana tol atau biaya dibayar oleh para pengguna fasilitas, namun dengan subsidi-subsidi sektor publik.

(b).Klasifikasi kontrak KPS berdasarkan ketersediaan (*availability-based*).

Klasifikasi berdasarkan ketersediaan (*availability-based*) ini dirinci lagi dalam tiga kelompok klasifikasi. *Pertama*, berdasarkan akomodasi (*accomodation-based*). *Kedua*, KPS berbasiskan perlengkapan, sistem-sistem atau jaringan (*equipment, systems or networks-based*) yang masih kurang umum dalam KPS, dan semua adalah berdasarkan model inisiatif pembiayaan swasta (PFI). *Ketiga*, adalah klasifikasi berdasarkan pengolahan pabrik (*process plant*). Pembayaran oleh Pemerintah dalam kasus-kasus tersebut juga berdasarkan suatu bentuk ketersediaan.

³¹⁵ Ibid., 347. *Shadow tolls: tolls based on usage of the facility, but payable by the public authority rather than users* (lihat halaman 347). Dalam klasifikasi ketersediaan (*availability-based*), *Pertama*, proyek-proyek berbasiskan akomodasi (*accomodatioan based*) contohnya adalah rumah sakit-rumah sakit, sekolah-sekolah dan penjara-penjara, dimana pembayaran umumnya dibuat agar bangunan tersedia untuk digunakan oleh Pemerintah (khususnya dalam bidang infrastruktur sosial). *Kedua*, proyek-proyek berbasiskan perlengkapan, sistem-sistem atau jaringan (*equipment, systems or networks-based*) contohnya adalah proyek-proyek jalan dengan model *design-build-finance-operate* (DBFO), sebagai ganti pembayarannya tergantung penggunaan, tergantung atas jalan yang tersedia, ketersediaan ditetapkan dengan perhitungan-perhitungan seperti apakah ada jalur lalu lintas ditutup, kecepatan dimana lalu lintas dapat bergerak, tingkat kecelakaan, dan seterusnya. Dan *Ketiga*, proyek-proyek berdasarkan pengolahan pabrik (*process plant*) contohnya adalah adalah pabrik pengolahan penyediaan air dan pengolahan limbah, dan pembakaran limbah. Kunci perbedaan antara tipe terakhir ini dan tipe-tipe lainnya dari proyek yang telah disebut diatas adalah tipe ini melibatkan proses yang terukur dan jelas.

2.5.6.2 Model-Model Kontrak KPS: Konsesi, PPA, PFI, Model Alternatif

E.R. Yescombe mengelompokkan secara umum model-model kontrak KPS dalam tiga kategori model kontrak, yaitu:³¹⁶

(a). Model kontrak konsesi

Model kontrak konsesi,³¹⁷ awal perkembangannya adalah di Perancis. Meskipun istilah KPS adalah baru, konsep penggunaan modal swasta untuk menyediakan fasilitas-fasilitas publik adalah sudah sangat lama. Pada abad ke-18 dan awal abad ke-19 grup-grup perusahaan Inggris membentuk "turnpike trust"³¹⁸ yang meminjam uang dari para investor swasta untuk memperbaiki jalan-jalan, dan pinjaman tersebut dibayar kembali dari pungutan uang (*tolls*). Di Perancis, konstruksi kanal dengan modal sektor swasta dimulai pada abad ke-17. Model kontrak KPS ini dikenal sebagai model kontrak konsesi (*concession*): yaitu model "user pays" dimana pihak sektor swasta penerima hak konsesi ("the concessionaire") diizinkan untuk memungut biaya (*fee*) jasa layanan umum publik untuk penggunaan fasilitas, sebagai contoh, pembayaran tol untuk penggunaan jembatan, terowongan atau jalan. Tol digunakan untuk membayar kembali sektor

³¹⁶ Ibid., 310-326.

³¹⁷ Ibid. Perkembangan lebih lanjut dari konsesi adalah *franchise*, atau (untuk menggunakan istilah Perancis yang kurang jelas, *affermage*). *Franchise* adalah hak untuk mengeksploitasi fasilitas yang sudah siap dibangun, sebagai contoh, sama halnya dengan konsesi namun tanpa tahap awal konstruksi. Penerima hak *franchise* (*franchisee*) boleh membayar secara *lump-sum* (penuh) kepada Pemerintah sebagai imbalan hak tersebut. *Franchise* tidak dipertimbangkan sebagai KPS, karena dia tidak melibatkan ketentuan dan peningkatan infrastruktur, akan tetapi hanya pengoperasian. Meskipun penggunaan konsesi menghilang di banyak negara setelah abad ke-19, sejak meningkatnya peran Pemerintah, *franchise* berlanjut dan menjadi penting, seperti sektor pengairan di Perancis. Penggunaan konsesi mulai kembali pada akhir abad ke-20, pada saat kepentingan mulai menumbuhkan model ini dan tipe-tipe KPS lainnya sebagai alternatif model pendanaan. Tahap selanjutnya dalam perkembangan model kontrak PFI penuh ("full" PFI *model*) adalah penggunaan kontrak-kontrak untuk ketentuan-ketentuan fasilitas publik dimana risiko penggunaan karena sifatnya melekat tidak dapat dialihkan ke swasta, seperti sekolah-sekolah dan rumah sakit. Dalam kasus ini struktur kontrak masih berdasarkan model kontrak PPA, dimana swasta dibayar oleh Pemerintah untuk "ketersediaannya", seperti, pembangunan fasilitas untuk spesifikasi yang diminta dan membuatnya tersedia untuk periode kontrak PFI, juga untuk ketentuan jasa layanan seperti pemeliharaan, pembersihan dan catering. KPS saat ini dengan demikian didasarkan atas penemuan kembali (*rediscovery*) atas model kontrak KPS dengan pendekatan konsesi dan perkembangan model kontrak KPS dengan pendekatan PFI. Perlu dicatat bahwa di beberapa negara hanya model kontrak PFI yang disebut sebagai KPS, untuk membedakannya dari model kontrak konsesi.

³¹⁸ Grimsey and Lewis, 43.

swasta dalam pembangunan dan pengoperasian fasilitas, yang biasanya dikembalikan ke sektor publik pada akhir masa konsesi.

Dalam model kontrak KPS ini (model kontrak konsesi), berdasarkan klasifikasi yang dibuat E.R. Yescombe masuk dalam klasifikasi model kontrak KPS berdasarkan pengguna dimana tol dibayar oleh pengguna (*usage-based*). Dalam hal ini, biaya penggunaan untuk fasilitas seperti jalan-jalan, jembatan-jembatan, terowongan-terowongan, juga fasilitas-fasilitas transportasi lain seperti pelabuhan-pelabuhan, tram dan jaringan kereta ringan, serta risiko penggunaan dialihkan ke swasta.

(b).Model kontrak penjualan energi (PPA)

Model kontrak penjualan energi atau *power purchase agreement* (PPA), awal perkembangannya adalah di Amerika Serikat. Pada tahun 1980-an di Amerika Serikat berkembang suatu model kontrak KPS modern yang dikenal sebagai model kontrak penjualan energi (PPA). Dalam hal ini perusahaan yang membangun dan mengoperasikan stasiun pembangkit tidak menanggung risiko atas listrik yang dibangkitkan sesuai yang dibutuhkan, risiko tetap melekat pada utilitas, yang membayar biaya kapasitas, apakah dia menggunakan listrik itu atau tidak. Perusahaan, bagaimanapun, bertanggungjawab untuk pelaksanaan pengoperasian stasiun pembangkit, dan apabila ada alasan-alasan tidak cukup untuk membangkitkan listrik sesuai yang disepakati, pembayaran biaya kapasitas akan dikurangi. Dengan demikian, perusahaan, tidak menanggung risiko penggunaan, akan tetapi hanya risiko penyelesaian pembangunan stasiun pembangkit sesuai waktu dan anggaran. Jadi, risiko pengoperasian, tidak seperti konsesi, dimana hanya dibayar apabila masyarakat menggunakan fasilitas.

Dalam model kontrak KPS ini (model kontrak penjualan energi), berdasarkan klasifikasi yang dibuat E.R. Yescombe masuk dalam klasifikasi model kontrak KPS berdasarkan ketersediaan (*availability-based*). Pemerintah akan melakukan pembayaran langsung ke investor sebagai kompensasi atas peran investor dalam membangun infrastruktur dalam bentuk pembelian.

(c). Model kontrak inisiatif pembiayaan swasta (PFI)

Model kontrak inisiatif pembiayaan swasta (PFI), awal perkembangannya adalah di Inggris. Pada tahun 1992 Pemerintah Inggris mengumumkan PFI dengan tujuan membawa pembiayaan proyek dalam ketentuan-ketentuan peraturan infrastruktur publik. Hal ini merupakan dimulainya dari penemuan kembali (*rediscovery*) konsesi pada tahun 1980-an, seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, dan proyek-proyek gelombang pertama, pada tahun 1994, melibatkan konstruksi dan pengoperasian jalan-jalan baru. Namun, sejak lingkup jalan-jalan tol di Inggris terbatas, sebagai ganti dari prinsip “*user pays*” (dari konsesi sebagaimana tersebut pada butir 1 di atas), model kontrak PFI memperkenalkan konsep pembayaran oleh Pemerintah. Pembayaran awal (*initially payments*) dari Pemerintah masih berdasarkan penggunaan oleh pengendara (*usage by drivers*), disebut sebagai *shadow toll* (yaitu pembayaran-pembayaran dengan skedul yang pasti oleh Pemerintah).

Dalam model kontrak KPS ini (model kontrak inisiatif pembiayaan swasta),³¹⁹ berdasarkan klasifikasi yang dibuat E.R. Yescombe masuk dalam klasifikasi model kontrak KPS berdasarkan klasifikasi campuran antara klasifikasi berdasarkan pengguna (*usage-based*) dan berdasarkan ketersediaan (*availability-based*) yang pembayarannya dilakukan oleh Pemerintah (*shadow toll*).

(d). Model alternatif kontrak KPS

Dalam alternatif model-model kontrak KPS ini berdasarkan klasifikasi yang dibuat E.R. Yescombe bisa masuk dalam campuran klasifikasi model kontrak KPS berdasarkan pengguna (*usage-based*) dan berdasarkan ketersediaan (*availability-based*) yang pembayarannya dilakukan oleh Pemerintah (*shadow toll*), seperti: (i) model kontrak pengadaan sektor publik (*public-sector procurement*); (ii) model kontrak pengambilalihan paska konstruksi (*post-*

³¹⁹ Craig, 139. PFI merupakan instrumen Pemerintah untuk memberikan pelayanan publik yang efektif dan berkualitas tinggi, namun dalam PFI Pemerintah mengalihkan risiko atas aset, kepemilikan infrastruktur dan pemeliharannya pada sektor swasta (lihat: Paul Craig, 39).

construction take-out); (iii) model kontrak pendanaan sektor publik (*public-sector debt funding*); (iv) model kontrak usaha patungan (*joint-venture*),³²⁰ dan (v) model kontrak non-profit (*not-for-profit structures*).

Model kontrak KPS penjualan energi atau PPA pertama kali membentuk kontrak dengan skema pembiayaan BOO antara pihak-pihak swasta, dimana kepemilikan stasiun pembangkit tetap pada investor-investor-nya, namun kemudian menjadi jelas dimana struktur model yang sama dapat digunakan untuk pembangunan proyek-proyek sektor publik. Konsep kontrak dengan skema pembiayaan BOT pertama kali dibuat di Turki, kontrak ini juga ditujukan untuk pembangkit energi (*power generation*), namun dengan kunci perbedaan bahwa pembeli (*off taker* atau *purchaser*) dari energi adalah Pemerintah, utilitas energi Pemerintah, dan pada akhir kontrak kepemilikan stasiun pembangkit dapat berlanjut dari investor kepada pembeli (biasanya dengan harga nominal atau tanpa biaya) dan kemudian ke sektor publik.³²¹

Suatu tahap yang singkat dari model kontrak dengan skema pembiayaan BOT ke model kontrak dengan skema pembiayaan *Build-Transfer-Operate* (BTO) adalah dialihkannya kepemilikan ke Pemerintah pada saat selesainya konstruksi. Kontrak dengan skema pembiayaan *Design-Build-Finance-Operate* (DBFO) adalah suatu kepemilikan secara hukum dimana fasilitas tetap ada pada Pemerintah melalui kontrak, dengan mana kepentingan sektor swasta dalam proyek didasarkan semata-mata atas hak-hak kontraktual untuk mengoperasikan fasilitas dan menerima penghasilan (*revenue*) dari pembeli (*oftaker*) yang membeli, dari pada kepemilikan aset secara fisik.³²²

Kontrak dan bahasa kontrak telah digunakan diberbagai area: pengadaan, ketentuan jasa, *contracting-out*, PFI, perjanjian antara cabang-cabang

³²⁰ Yescombe, 97. Ada dua kategori investor dalam badan usaha kerjasama KPS: (a) *operational investors – i.e., companies for whom investment is part of strategy for securing other business as Subcontractors to the Project Company*; (b) *financial investors – i.e., entities only interested in the investment and not in ancillary business as Subcontractors; these may be banks or specialised PPP investment funds.*

³²¹ *Ibid.*, 7-8.

³²² *Ibid.*, 8, 11-13. Dalam penyediaan infrastruktur, KPS terletak dalam suatu spektrum antara "proyek-proyek sektor publik penuh" (dan risiko) dan "proyek-proyek sektor swasta penuh" (dan risiko). Spektrum publik dan swasta (infrastruktur), lihat [Gambar Nomor 2.11](#).

pemerintahan, perjanjian-perjanjian jasa publik, perjanjian antara departemen dan badan eksekutif, kontrol terhadap penyimpangan, jasa-jasa terhadap pengangguran (*unemployment*), dan pendidikan. Banyak bentuk (*taxonomies*) kontrak yang bisa digunakan. Suatu standar bisa menjadi suatu hal, apakah kontrak secara hukum mengikat, dalam arti bisa beberapa kontrak tersebut mengikat secara hukum dan yang lain tidak mengikat. Dalam kerangka hukum administrasi negara hal ini merupakan faktor pembeda yang penting. Standar alternatif yang diusulkan adalah membedakan antara pengadaan publik, perjanjian Pemerintah (*government by agreement*) dan kontrak publik baru (*new public contracting*), dimana yang terakhir digunakan untuk mencirikan pendelegasian kekuasaan (*delegation of powers*) kepada badan-badan publik (*public agencies*) dalam suatu pengaturan kontrak. Pemerintah pusat memelihara kontrol dan intervensi kekuasaan. Dalam hal ini terlihat adanya perubahan atas pertimbangan umum kontrak sebagai alat kebijakan Pemerintah (*contract as a tool of government policy*).³²³ Bisa terjadi ide kontraktual mempengaruhi hubungan antara badan-badan eksekutif dan para sponsor departemen, meskipun tidak terdapat kontrak yang nyata karena badan-badan tersebut tidak memiliki badan hukum yang terpisah (*no separate legal personality*).³²⁴

2.5.7 Proses kegiatan KPS

Proses kegiatan KPS ada beberapa tahap utama. Umumnya dibagi dalam dua fase yaitu fase pembangunan dan fase realisasi. Dalam fase pembangunan didahului dengan tahap inisiasi yang kemudian dilanjutkan dengan tahap: *the service need, option appraisal, business case, project development, bidding process, project finalization-review*, dan *final negotiation*. Setelah selesai tahap ini dilakukan kesepakatan pembiayaan dengan pihak pemberi pinjaman (*financial close*). Pada saat *financial close*, paket pembiayaan telah disetujui. Pemberi

³²³ Craig, 125-126. Kontrak sangat perlu (terkait) dengan dalam berbagai hal dalam hukum administrasi. Penggunaan kerangka kerja kontrak oleh badan eksekutif telah digunakan sementara terdapat kelemahan kontrak terhadap “judicial review” dan dianggap sebagai belenggu dalam pelaksanaan kebijakan administratif.

³²⁴ Ibid., 131.

pinjaman komit dengan pembiayaan proyek berdasarkan selesainya kerangka kerja kontrak antara Pemerintah dan investor (badan usaha) atau penandatanganan kontrak KPS, sebagai syarat untuk mendapatkan *financial close*.³²⁵

Paska tahap *financial close*, fokus secara khusus diarahkan pada manajemen kontrak. Pada saat kontrak telah ditandatangani maka badan Pemerintah harus mengatur tanggungjawab monitoring pelaksanaan kontrak, yaitu: *design stage, construction stage, operating stage*, sampai terjadinya proses *re-tender*. Dalam hal ini investor swasta membantu *special purpose vehicle* (SPV) sebagai badan hukum yang terpisah untuk melaksanakan proses kegiatan KPS ini.³²⁶

Para pihak berusaha untuk menghindari perselisihan selama proses kegiatan KPS. Namun apabila tidak dapat dihindari, berbagai metode penyelesaian perselisihan tersedia, mulai dari negosiasi-negosiasi informal antara para pihak, intervensi formal pihak ketiga, sampai pada proses hukum (*legal proceedings*), yaitu:³²⁷

- a. *Negotiation* – “the most common form of dispute resolution where the parties themselves attempt to resolve the dispute”;
- b. *Mediation* – “a private and structured form of negotiation assisted by a third party that is initially non-binding. If settlement is reached it can become a legally binding contract”;
- c. *Conciliation* – “as mediation, but a conciliator can propose a solution”;
- d. *Neutral evaluation* – “a private and non-binding technique whereby a third party, usually legally qualified, gives an opinion on the likely outcome at trial as a basis for settlement discussions”;
- e. *Expert determination* - “a private process involving an independent expert with inquisitorial powers who gives a binding decision”;
- f. *Adjudication* – “an expert is instructed to rule on technical issue, primarily used in construction disputes, where awards are binding on the parties at least on an interim basis or until a further process is invoked”;

³²⁵ Grimsey and Lewis, 196.

³²⁶ Ibid.

³²⁷ Ibid., 198-199.

- g. *Arbitration* – “a formal, private and binding process where the dispute is resolved by the decision of a nominated third party, the arbitrator or arbitartors”;
- h. *Litigation* – “the formal process whereby claims are taken through the civil courts and conducted in public. The judgements are binding on parties subject to rights of appeal”.

2.5.8 Perbedaan KPS, swastanisasi dan konsesi

Dalam hal ini yang menjadi pertanyaan adalah bagaimana KPS dibedakan dari swastanisasi dan konsesi. Satu alasan adalah, didalam KPS, sektor publik mendapat dan membayar jasa layanan dari sektor swasta untuk dan atas nama komunitas dan tetap mengontrol tanggungjawab terakhir untuk penyerahan jasa-jasa layanan, walaupun KPS tersebut disediakan oleh swasta dalam periode tertentu (yaitu 25 tahun atau lebih lama). Sebaliknya, saat badan usaha Pemerintah di-swastanisasi, perusahaan swasta mengambilalih usaha dan juga menanggung tanggungjawab penyerahan jasa layanan.³²⁸

Dalam KPS terdapat ruang industri yang disebut sebagai “the hybrid entities” yang merupakan spektrum sektor publik dan sektor swasta. Sehingga ada doktrin-doktrin yang berbeda apakah mengikuti atau menolak KPS sebagai “hybrid entities”: “*Each public private partnership (P3) is sui generis, and consequently ... no body of law or regulations ... applies to all (P3) contractual arrangements*”. KPS merupakan suatu hal yang didasarkan perjanjian kontraktual, sehingga badan usaha kerjasama harus memperhatikan rancangan, kemungkinan, dan standarisasi kontrak sebagai alat untuk menjaga transparansi antara Pemerintah dan swasta. KPS dikatakan berhasil bila dia berhasil dalam waktu yang cukup panjang untuk menghasilkan pendapatan. Ada enam prinsip dasar sebagai petunjuk untuk keberlangsungan KPS yang berhasil, yaitu: (a) *design the project to deliver a balanced risk profile between the public and private partners*; (b) *win the commitment of critical stakeholders and operators*; (c) *develop a strong contract setting forth the rules of the game and clearly defining roles and*

³²⁸ Grimsey and Lewis, 53-56. Dalam hal ini bisa dilihat suatu perbandingan dalam bentuk skala mulai dari model publik penuh disatu sisi skala dan swastanisasi penuh di sisi skala yang lain. Lihat [Gambar Nomor 2.12](#).

*responsibilities; (d) drive the bidding program allowing buy-in at all levels and stages of the process; (e) demonstrate improve service delivery; dan (f) sustain change.*³²⁹

Dalam kerangka hukum administrasi negara, Paul Craig yang mengutip pendapat Freedland, dijelaskan bahwa Freedland telah melakukan identifikasi KPS dalam tiga jenis utama (salah satu jenis merupakan hak konsesi – butir b), yaitu:³³⁰

- a. Dimana sektor swasta menyediakan aset modal yang digunakan dan kemudian dibayar oleh sektor publik. Hal ini dicontohkan oleh pendanaan sektor swasta dalam pembangunan penjara, kantor-kantor, ruang kelas dan sejenisnya yang kemudian disewakan oleh badan publik yang terkait.
- b. Dimana pelayanan jasa publik seperti jembatan atau jalan dibangun oleh sektor swasta, yang kemudian diberikan hak untuk memungut uang (*tolls*) dari pengguna jasa. Banyak infrastruktur publik pada abad ke-19 menjalankan bentuk ini.
- c. Dimana aset disediakan oleh sektor swasta yang akan dibayarkan sebagian dari sewa secara langsung dari badan publik, dan sebagian dibayarkan dari pembayaran langsung dari publik (masyarakat pengguna).

Administrasi KPS dan PFI adalah berbagi (*shared*). Apabila proyek KPS gagal maka kemitraan mengalami kerugian dan bila berhasil, kemitraan dan badan publik berbagi keuntungan. Dalam perjanjian PFI adalah jelas merupakan suatu kontrak yang nyata, ada bentuk standar kontrak PFI. Dalam kontrak tersebut

³²⁹ Howard, "Public-Private Partnership", 755-756. Dalam hal ini *independent advisors* telah diakui sangat berguna dalam transaksi-transaksi KPS untuk menjamin keseimbangan antara kepentingan-kepentingan publik dan swasta.

³³⁰ Paul Craig, *Administrative Law*, Sixth Edition (London: Sweet & Maxwell, 2008), 139. Ada dua alasan yang mendasari KPS dan PFI. Dalam konteks mikro-ekonomi, Pemerintah antusias melakukan "swastanisasi" dan "liberalisasi" jasa layanan publik. Dalam konteks makro-ekonomi, Pemerintah juga melihat kontrak pembiayaan swasta adalah cara untuk mengurangi atau menanggulangi pengeluaran (belanja) publik yang ada atau syarat-syarat pinjaman. Kebanyakan dalam cara yang sama pihak swasta akan lebih suka melakukan penjaminan (*a mortgage*) dari pada membayar secara tunai (*cash*). PFI kemudian menjadi instrumen utama Pemerintah yang efektif dalam jasa layanan publik, dimana meletakkan risiko-risiko aset dan kepemilikan infrastruktur dan pemeliharaannya pada sektor swasta.

terdapat ketentuan yang memberikan badan publik pilihan (opsi) untuk menjual (*to purchase*) aset modal pada akhir masa kontrak.³³¹

Pemerintah dan badan publik mengeluarkan pembelanjaan yang sangat besar melalui kontrak yang diberikan, dan telah menggunakan kekuasaannya untuk mempertahankan tujuan kebijakannya dari pada memperhatikan ketentuan barang dan jasa. Tawar menawar (*bargaining*) juga telah menjadi ciri-ciri yang biasa dalam konteks perencanaan, dan kontrak yang diberikan telah digunakan sebagai alat untuk menjamin kepatuhan terhadap kebijakan anti inflasi. Pada kebijakan masa kini, kekuasaan pengadaan tidak digunakan, namun penting untuk mempertimbangkan masalah hukum yang terkait. Legalitas dalam hal ini selalu menjadi perdebatan, dan kontrol hukum bisa didesak dengan berbagai cara. "judicial review" bisa diterapkan dalam situasi tertentu pada pelaksanaan kekuasaan kontraktual publik.³³²

Adanya pembagian publik dan swasta menjadi tidak jelas (kabur) sebagai akibat dari inisiatif baru dalam ketentuan jasa pelayanan. Garis antara formasi kebijakan dan pelaksanaan kebijakan selalu rentan (rapuh), dan menjadi rentan meskipun dari suatu metode pembiayaan yang secara sadar meletakkan tekanan pada KPS dan sejenisnya. Secara pasti telah menjadi perkembangan dimana telah memaksa penggunaan "dominium" (hak kepemilikan) sebagai teknik dari kebijakan Pemerintah (*as a technique of government policy*). Dalam hal ini Pemerintah sering menggunakan kekuasaannya (*power*) untuk menandatangani (*conclude*) kontrak dengan suatu undang-undang (*a statute*), namun di negara

³³¹ Ibid., 140. Freedland menyebut ada dua hal penting strategi Pemerintah, di satu sisi Pemerintah telah mengalihkan menjadi sikap yang lebih pro-aktif terkait PFI, disisi lain, pengalihan risiko dapat menghasilkan dalam suatu pendelegasian kontraktor swasta dari kekuasaan pembuat keputusan publik yang mempengaruhi kepentingan-kepentingan dan kesejahteraan warga negara. Dalam hal ini bisa terjadi kontraktor swasta memperoleh kepentingan komersial yang besar dalam pelaksanaan kekuasaan pembuatan keputusan, meskipun masih adanya kekuasaan, paling tidak dalam tangan otoritas publik.

³³² Ibid., 154-155. Daintith membedakan dua cara dimana Pemerintah dapat mencari untuk mempertahankan tujuannya. *Pertama*, Pemerintah dapat melakukan melalui suatu yang disebut "imperium" (hak untuk melaksanakan undang-undang) yang secara nyata dalam perintah undang-undang. *Kedua*, Pemerintah juga bisa melakukan melalui suatu yang disebut "dominium" (hak kepemilikan) dimana penggunaan dibuat oleh Pemerintah dengan kekuasaannya untuk membayar manfaat kepada yang mematuhi tujuan-tujuan pemerintahan.

common law Pemerintah (*the Crown*) memiliki kekuasaan berdasarkan hukum (*a common law power*) untuk melakukan kontrak.³³³

Di sisi lain, pendekatan kontraktual yang digunakan di negara-negara *common-law* telah mendapatkan manfaat-manfaat keuntungan fleksibilitas yang lebih besar untuk membuat perubahan-perubahan dalam program KPS. Berdasarkan pengalaman, dan karena banyak aspek-aspek kontrak KPS adalah umum untuk semua proyek, kebanyakan dapat juga dicapai dengan standarisasi klausula-klausula kontrak KPS berdasarkan pengalaman ini, seperti yang terkait dengan hal-hal.³³⁴

- (a) Persyaratan untuk menyelesaikan fasilitas sesuai spesifikasi yang disepakati sampai suatu tanggal tertentu (*requirement to complete the facility to the agreed specification by a certain date*);
- (b) Kemampuan otoritas publik untuk monitor rancangan dan konstruksi (*ability of the public authority to monitor design and construction*);
- (c) Kewajiban-kewajiban otoritas publik terkait konstruksi (*obligations of the public authority in relation to construction*);
- (d) Ketentuan-ketentuan untuk otoritas publik untuk mengubah spesifikasi (*provisions for the public authority to vary the specification*);
- (e) Pembatasan-pembatasan atas perubahan-perubahan kepemilikan badan usaha kerjasama, atau dalam ketentuan-ketentuan pembiayaan pinjaman (*restrictions on changes in ownership of the project company, or in the terms of the debt financing*);

³³³ Ibid., 156.

³³⁴ Yescombe, 31-33. Hasil akhir dari standarisasi kontrak dengan demikian bisa menjadi sangat sama dengan kerangka regulasi, dan kembali hal ini adalah bermanfaat dalam pembuatan hal-hal tertentu yang lebih besar untuk para penawar (*bidders*) dan para pemberi pinjaman (*lenders*), dan mempercepat proses pengadaan. Beberapa aspek kontrak-kontrak KPS banyak yang bersifat lebih spesifik untuk tipe-tipe kontrak (seperti model kontrak konsesi atau model kontrak PFI, dan bila yang belakangan, sifat dari pengalihan risiko) dan suatu sektor dimana badan usaha kerjasama sedang beroperasi (persyaratan-persyaratan untuk sebuah jalan sangat berbeda dari bangunan sekolah). Dengan demikian, lebih sedikit dari kerangka umum aturan atau suatu bentuk standar kontrak dapat ditarik dari masalah-masalah khusus sektor seperti mekanisme biaya (*fee*) jasa layanan, termasuk persyaratan-persyaratan jasa layanan. Bagaimanapun juga, apabila alur proyek KPS cukup panjang, adalah sangat berguna untuk mengambil bentuk-bentuk kontrak standar sektoral yang spesifik yang melingkupi masalah-masalah tersebut.

- (f) Ketentuan-ketentuan untuk asuransi, dan penerapan pelaksanaan asuransi untuk penggantian fasilitas (*provisions for insurance, and application of insurance proceeds to reinstatement of the facility*);
- (g) Ketentuan-ketentuan untuk otoritas publik untuk melakukan intervensi dan mengambilalih fasilitas yang sedang berjalan dalam hal keadaan darurat (*provisions for the public authority to intervene and take over running of the facility in case of emergency*);
- (h) Kewajiban-kewajiban pemeliharaan jangka panjang, termasuk ketentuan-ketentuan untuk mengembalikan fasilitas ke otoritas publik pada akhir kontrak KPS (*long-term maintenance obligations, including provisions for return of the facility to the public authority at the end of the PPP Contract*);
- (i) Ketentuan-ketentuan pengakhiran lebih awal atas kontrak KPS, termasuk pembayaran-pembayaran kompensasi bagi badan usaha kerjasama (*provisions of early termination of the PPP Contract, including compensation payments to the project company*).

Dalam swastanisasi, memiliki beberapa bentuk monopoli alamiah, kemudian Pemerintah biasanya akan mendorong beberapa tipe rezim regulasi, cirinya adalah terhadap harga dan tingkat pengembalian (*rate of return*). Regulasi yang ditekankan pada perusahaan swasta (swastanisasi) sangat berbeda dari KPS, dan perbedaan inilah sebagai dasar bedanya KPS dan swastanisasi. Regulasi KPS tidak datang dari beberapa badan pengatur peraturan perundang-undangan atau dari tekanan pasar yang tidak terduga (seperti swastanisasi), tetapi langsung hasil dari kontrak yang tergantung dari indikator kinerja dan standar kualitas.³³⁵

Dalam konsesi, pelaksanaannya yang efektif dikendalikan oleh rancangan regulasi dan rancangan konsesi yang sesuai. Rancangan konsesi (*concession design*) terdiri dari: *the award process, the award criteria, prequalification requirements, ownership restrictions, labor force adjustment issues, investment obligation versus output targets, guarantees, concession length, termination clauses and compensation rules, contingency clauses, performance bonds, conflict*

³³⁵ Guasch, 30.

resolution mechanisms and appeals structure, allocation of risks, dan lainnya.

Sedangkan rancangan regulasi terdiri dari: pilihan rezim regulasi (*rate of return versus price cap*), *tariff structure, adjustment of tariff procedures and triggers, ordinary and extraordinary tariff reviews, valuation of assets, cost allocation, asset base, quality of service standars, informational requirements, regulatory accounting, regulatory instruments, penalties and fees, consumer rights, services to be regulated*, yang semua itu harus dilakukan dengan struktur, organisasi dan prosedur dari badan pengatur. Keduanya baik rancangan konsesi maupun rancangan regulasi adalah terkait, dan hal-hal yang merupakan area abu-abu (tidak jelas) dapat dipertimbangkan sebagai bagian dari rancangan konsesi atau sebagai bagian dari rancangan regulasi.³³⁶

Melihat tujuannya, konsesi dan swastanisasi cenderung mencapai tujuan yang sama yaitu untuk memperoleh managerial sektor swasta dan pengalaman operasional serta investasi.³³⁷ Namun konsesi dan swastanisasi berbeda dalam tiga hal. *Pertama*, konsesi tidak terkait dengan penjualan atau pengalihan hak milik aset secara fisik, kecuali hanya hak untuk menggunakan aset dan mengoperasikan usaha. *Kedua*, kontrak konsesi terbatas dengan periode waktu biasanya 15-30 tahun tergantung sektor dan konteks infrastruktur. *Terakhir*, Pemerintah sebagai pemilik aset terlalu terlibat dan keliru dalam hal memahami konsesi. Implikasi dari konsesi adalah bahwa hak atas penghasilan selama konsesi (*cash flow*) dari pengguna, sifatnya tergantung dari permintaan dan tarif serta implikasi lain adalah kemungkinan pengakhiran kontrak oleh Pemerintah. Aset yang dapat diagunkan atau digadaikan hanya penghasilan selama konsesi, sedangkan aset tanah, pabrik, mesin tidak dapat diagunkan karena semua aset fisik adalah milik Pemerintah.³³⁸

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Irnanda Laksanawan memasukkan konsesi sebagai salah satu metode swastanisasi sebagaimana halnya “public offering”, “private sales (direct placement)”, “employee and management buy outs”, “management contracts and leases”, “merger and consolidations”, “joint ventures”, dan “voucher” (lihat Disertasi Irnanda Laksanawan, *Design and Implementation of Privatisation in Indonesia*, Disertasi untuk Doctor of Philosophy pada The School of Commerce – Division of Business University of South Australia, Adelaide, 2008, 34-44).

³³⁸ Guasch, 30.

2.6 KPS model kontrak BOT

2.6.1 Kelahiran dan perkembangan KPS model kontrak BOT

Dengan mengutip Adam Smith (1727-1790) “Society gains when men compete to better their position”, kelahiran dan perkembangan kontrak konsesi dengan model skema pembiayaan BOT (kontrak konsesi BOT) dicoba dijelaskan oleh C. Walker dan A. J. Smith sebagai berikut:³³⁹

- (a). Sejarah,³⁴⁰ dalam tahun 1709 mencatat revolusi industri mulai saat Abraham Darby pertama kali melebur *iron* dengan *coke*. Urbanisasi dan kebutuhan infrastruktur mengalir dan kemudian secara individu dibiayai dan dibangun infrastruktur seperti *the canals*, *turnpikes* dan *railroads* di Eropa kemudian di Amerika, Cina dan Jepang.
- (b). Akhir tahun 1700-an, pendapatan pajak untuk kesejahteraan terbangkit dari revolusi industri sehingga Pemerintah mulai mampu secara langsung mendanai infrastruktur, namun pada hal-hal yang khusus dan besar digunakan konsesi atau *franchise*.
- (c). Konsep konsesi tersebut kemudian dikembangkan di Perancis (kemudian melebar ke Spanyol, Itali, Belgia dan Jerman) pada pertengahan tahun 1800-an, hasilnya seperti, terusan Suez (Suez Canal) sepanjang 195 kilometer yang dibuka untuk navigasi internasional pada tanggal 17 November 1869 dengan konsesi selama 99 tahun.

³³⁹ C. Walker and A. J. Smith, ed., *Privatized Infrastructure: the Build Operate Transfer approach* (London: Thomas Telford Publications, 1999), pendahuluan dan 1-11.

³⁴⁰ Sartono Kartodirdjo, *Pendekatan Ilmu Sosial Dalam Metodologi Sejarah* (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1992), 1-2. Pemahaman arti dari sejarah ini, Sartono Kartodirdjo mencoba menjelaskan dengan memberikan perbedaan antara sejarah (*history*) dengan cerita atau narasi (*story*). Perbedaannya adalah dalam masalah penggunaan teori dan metodologi sejarah. Bertolak dari pengertian sejarah sebagai cerita atau *narrative (story)* tentang peristiwa di masa lampau, yang kecuali mengungkapkan fakta mengenai apa, siapa, kapan dan di mana, juga menerangkan bagaimana sesuatu sesuatu telah terjadi. Masalah teori dan metodologi sebagai bagian pokok ilmu sejarah mulai diketengahkan apabila penulisan sejarah tidak semata-mata bertujuan menceritakan kejadian tetapi bermaksud menerangkan kejadian itu dengan mengkaji sebab-sebabnya, kondisi lingkungannya, konteks sosial-kulturalnya. Pendeknya, sejarah (*history*) secara mendalam hendak diadakan analisis unsur-unsur yang merupakan komponen dan eksponen dari proses sejarah yang dikaji.

- (d). Antara akhir tahun 1800-an dan 1970-an negara-negara industri mendanai infrastruktur baru dengan sumber keuangan negara dan pinjaman negara.
- (e). Dalam tahun 1970-an menjadi jelas dimana banyak Pemerintah secara global memiliki sumber keuangan yang kurang dalam pendanaan pekerjaan-pekerjaan publik. Total swastanisasi dapat dan masih sebagai jawaban untuk proyek-proyek tertentu di negara-negara tertentu, selain pembiayaan *non-recourse*.³⁴¹

2.6.2 Para pihak dalam KPS model kontrak BOT

Ada tiga pihak utama dalam kontrak konsesi dengan skema pembiayaan BOT, yaitu:

(a). **Pihak pemberi konsesi.**

Sebagai pihak yang memberikan konsesi infrastruktur, kebanyakan adalah Pemerintah atau otoritas Pemerintah. Istilah Pemerintah sekarang dipakai untuk menggambarkan suatu badan dengan hak untuk memberikan konsesi. Semua negara memiliki campuran publik/swasta sendiri-sendiri, yang menyatu dengan etos politik, membentuk semangat untuk cepat memahami konsep swastanisasi. Masing-masing BOT memiliki suatu perjanjian konsesi yang membentuk pemahaman bersama antara Pemerintah dan penerima konsesi. Sebagai konsesi BOT harus menyatu dengan hukum-hukum lokal dan hal ini penting untuk menjamin para ahli hukum dibawa dari saat awal.³⁴²

(b). **Pihak pemberi pinjaman.**

Pemberi pinjaman terdiri dari badan-badan seperti bank-bank, perusahaan asuransi dan dana pensiun. Perhatian utama dari pemberi pinjaman akan menjadi prediksi neraca tahunan penerima konsesi, sebagai bukti model pembiayaan, bersamaan dengan jaminan-jaminan yang perlu. Pemberi pinjaman mencari untuk

³⁴¹ Walker and Smith, ed., 5. Pendekatan *non-recourse* hanya digunakan dalam hal proyek benar-benar dapat membayar hutang. Lihat Gambar Nomor 2.13.

³⁴² Ibid., 12-26.

mencapai pemahaman yang realistis dan penuh atas BOT. Untuk mencapai kredibilitas adalah sangat rumit dan butuh waktu.³⁴³

(c). **Pihak penerima konsesi.**

Definisi lengkap penerima konsesi infrastruktur BOT adalah grup/perusahaan swasta yang terbentuk untuk menerima suatu konsesi untuk membangun, memiliki/mengoperasikan dan kemudian dialihkan kembali ke Pemerintah dengan suatu cara pendanaan proyek "a limited or non-recourse".³⁴⁴ Grup tersebut memiliki sejumlah mitra komersial yang hubungannya satu sama lain secara formal terbentuk untuk mencerminkan tahap-tahap yang berbeda dari evolusi proyek. Ciri khasnya, dimasa lampau, konsorsium dipimpin oleh kontraktor teknik sipil dengan penasehat keuangan dan hukum, bersama dengan konsultan-konsultan perencanaan, perancangan dan jaminan kualitas.³⁴⁵

2.6.3 Kerangka kerja KPS model kontrak BOT

Dalam setiap perencanaan BOT pihak-pihak dalam kontrak harus mengakui kebijakan konvensional dimana risiko dipikul oleh pihak yang mengontrol risiko yang banyak. Fungsi utama perencanaan BOT adalah, dengan demikian, untuk mengakui dan memberikan mekanisme untuk penugasan dan manajemen risiko-risiko tersebut. Analisa dan alokasi risiko dengan demikian menjadi pusat pembentukan BOT. Meletakkan jaringan kerja-jaringan kerja pada tempatnya dapat menjadi proses yang sangat penuh dan rumit. Pengalaman dan bakat yang terlibat akan memberikan hasil atau mematahkan hasil. Dalam proyek-

³⁴³ Ibid., 31-49.

³⁴⁴ Vinter, vii-viii.

³⁴⁵ Walker and Smith, ed., 50-70. Penerima konsesi yang prospektif harus sabar, saat menghadapi pejabat-pejabat Pemerintah, khususnya yang sedikit atau tanpa pengalaman mengenai BOT. Hal ini mengutip argumentasi Montague: "*Without active goodwill towards the project on the part of the government, it is almost certain to be entombed in the impenetrable layers of bureaucracy that distinguish any government, in the developed or developing world. It is not uncommon for a BOT project to require the active concurrence of a dozen government departments whose officials may be, to a greater or lesser extent, impervious to the charms of the promoters of the project. If the project sponsors are compelled to treat individually with each government departement, the sense of urgency which contributes to the momentum of any project is likely to be lost and there is always a danger of constant renegotiation as the demands of one department secured those of its predecessor. Government reaction to BOT projects are the cause of much anguish for project sponsors. But patience is the order of the day*".

proyek infrastruktur BOT ada risiko yang pertama yaitu risiko konstruksi dan kemudian yang kedua adalah risiko pengoperasian. Kendaraan BOT harus dengan demikian mengambil keduanya.³⁴⁶

Infrastruktur yang di-swastanisasi untuk dapat sukses, dia harus memiliki struktur hukum yang sesuai dan jalinan antar hubungan antara para peserta harus dengan baik didefinisikan sehingga tercapai keseimbangan alokasi risiko-risiko antara para pihak dan mendapat manfaat yang dipersyaratkan Pemerintah dan sektor swasta.³⁴⁷ Terhadap struktur hukum tersebut, C. Walker dan A.J. Smith menjelaskan fungsi-fungsi dari kerangka kerja hukum adalah sebagai berikut:³⁴⁸

- (1). Definisi semua konsep dan struktur proyek termasuk pembiayaan proyek dan masalah-masalah pajak (*the definition of the overall concept and structure of the project including project finance and taxation issues*);
- (2). Pembentukan sistem regulasi dan peraturan perundang-undangan atas perlindungan lingkungan, perencanaan dan ongkos-ongkos oleh pengguna (*establishment of enabling legislation and regulatory systems on environmental protection, planning and user charges*);
- (3). Mengontrol persaingan usaha yang tidak semestinya (*controlling undue competition*);
- (4). Memfasilitasi negosiasi masing-masing hak dan kewajiban dan persiapan dokumentasi terkait, alokasi risiko-risiko dan mengidentifikasi persyaratan asuransi (*facilitating the negotiation of the respective rights and obligations and preparation of the associated documentation; allocating risks and identifying insurance requirements*);
- (5). Membentuk prosedur penyelesaian perselisihan (*establishing procedure for the resolution of disputes*).

Cakupan kerangka kerja hukum begitu luas baik kepentingan publik maupun kepentingan swasta, C. Walker dan A.J. Smith kemudian mengklasifikasi

³⁴⁶ Ibid., 6-9. Komponen-komponen signifikan secara ringkas bisa dilihat dalam Tabel Nomor 2.4, sedangkan perencanaan detail kontraktual BOT sebagaimana Gambar Nomor 2.14.

³⁴⁷ Kerf, et. al., 26-27. Identifikasi dan alokasi risiko dapat lihat Tabel Nomor 2.5.

³⁴⁸ Walker and Smith, ed., 172.

kerangka kerja hukum dalam empat tingkat, yaitu: tingkat 1 - *internal agreement*, tingkat 2 - *government agreement*, tingkat 3 - *internal agreements*, dan tingkat 4 - *external agreements*.³⁴⁹

Kebanyakan jasa layanan infrastruktur secara alamiah menjadi monopoli, apakah dalam tangan publik atau swasta. Dengan demikian, fungsi regulasi timbul apakah ada keterlibatan swasta atau tidak. Konflik kepentingan dasar adalah Pemerintah secara umum melakukan pekerjaan yang buruk dalam melakukan kombinasi regulasi dengan kepemilikan ketentuan jasa layanan publik. Regulasi tarif dapat memberikan para investor lebih pasti atas variabel-variabel penting, karena dia melibatkan sedikit perkiraan dalam informasi dan kemungkinan perubahan lingkungan, dan ini mungkin lebih sesuai di negara-negara dengan sedikit pengalaman dalam regulasi.³⁵⁰

Partisipasi swasta sering didahului oleh restrukturisasi dan hukum-hukum yang baru dan regulasi.³⁵¹ Usaha-usaha tersebut ditujukan untuk melindungi para investor dari motivasi intervensi Pemerintah secara politis, untuk melindungi para pengguna dari kesewenangan (*abuse*) monopoli atau posisi-posisi dominan oleh operator-operator swasta baru (karena banyak jasa layanan infrastruktur memiliki komponen-komponen monopoli secara alamiah), dan untuk menjamin persaingan usaha antara pemain baru (perusahaan operator baru) dan pemain lama (perusahaan operator lama) yang dominan bila mungkin.³⁵²

Michel Kerf membuat suatu daftar regulasi hukum yang perlu diketahui oleh para investor sebelum masuk dalam suatu kegiatan konsesi, yaitu:³⁵³

- (1).Batas hambatan-hambatan hukum partisipasi swasta (*threshold legal impediments to private participation*).
- (2).Properti dan hak guna tanah (*property and land-use rights*).³⁵⁴

³⁴⁹ Ibid., 172-180. Lihat Tabel Nomor 2.6.

³⁵⁰ Harris, 35.

³⁵¹ Kerf, et. al., 103. Norma-norma yang mengatur regulasi dalam bentuk instrumen-instrumen dapat dilihat dari susunan yang dibuat staff World Bank. Lihat Tabel Nomor 2.7.

³⁵² Guasch, 6-7.

³⁵³ Kerf, et. al., 16-20.

³⁵⁴ Walker and Smith, ed., 102. Dalam contoh kasus tanah untuk terowongan "Tate's Cairn" di Hong Kong diberikan dengan biaya bebas oleh Pemerintah termasuk pemindahan dan

- (3).Ketentuan-ketentuan hukum dan pengendalian pengambilalihan (*legal provisions and restraints on expropriation*).
- (4).Hukum pertanahan (*land law*).
- (5).Hukum lingkungan dan keselamatan (*environmental and safety laws*).³⁵⁵
- (6).Hukum perburuhan dan imigrasi (*labor and immigration laws*).
- (7).Hukum dan kebijakan persaingan usaha (*competition law and policy*).³⁵⁶
- (8).Ketentuan-ketentuan pengoperasian usaha (*business operation provisions*).³⁵⁷
- (9).Ketentuan-ketentuan pelaksanaan hukum (*enforcement provisions*).

Apapun sifat dari lembaga badan pengatur, ada dua hal penting. *Pertama*, badan pengatur harus mampu menyeimbangkan kepentingan-kepentingan operator, para pengguna, dan Pemerintah tanpa kalah pada tekanan-tekanan dari

relokasi (*removal and resettlement*) sekitar 15.000 penghuni liar (*squatters*). Pada awal swastanisasi infrastruktur, biasanya keperluan tanah untuk proyek-proyek besar seperti, rel kereta, terowongan, dan lainnya dilakukan (*assemble*) oleh Pemerintah dan diserahkan (*ceded*) ke swasta dalam usaha menghindari para spekulan dengan beberapa elemen perlindungan dan kemudian mendorong partisipasi swasta dalam pembangunan infrastruktur. Sebagaimana dilaporkan: “*Land grants proved effective in such large speculative ventures as the Indian railways and the trans-continental lines in United States*”

³⁵⁵ Stallworthy, 174. Dalam hubungan transportasi dan rencana penggunaan tanah, rezim baru yang terintegrasi muncul atas pertanyaan perubahan pola-pola penggunaan transportasi. Mark Stallworthy menjelaskan ada dua hal yang perlu diperhatikan: (1) *choice remains an important commitment. Thus reference is made to „reducing the physical separation of key land uses” so as to reduce the need for car journeys, through enabling „people to make sustainable travel choices”*. Moreover, designation for development is not to be „on the assumption that car will represent the only realistic means of access for the vast majority of people”. There are already indications of local resistance to road charging schemes. (2) *related form of the softly-softly approach, though arguably democratically less justifiable, applies in the case of freight transport. The guidance refers to „sustainable distribution, including where feasible the movement of freight by rail and water”, supported by encouragement of road/ rail interchanges and for large freight-generating developments to be served by rail. These may not in most cases be realistic, but there is no further indication as to how necessary transformations in demand are to be managed.*

³⁵⁶ Working Papers (Policy, Research, and External Affairs – Infrastructure), Mark Augenblick and B. Scott Custer, Jr., “The Build, Operate, and Transfer (“BOT”) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries”, The World Bank, August 1990, WPS 498, 24. Pemerintah harus memberikan beberapa jaminan terhadap lingkungan persaingan usaha dimana proyek BOT akan dioperasikan. Dalam kasus proyek jalan tol, sebagai contoh, investor proyek secara normal ingin mendapat jaminan atas paralelnya jalan-jalan tol dan non-tol yang mungkin dibangun selama periode konsesi. Meskipun dalam hal proyek “power plant”, dimana Pemerintah akan diikat dengan kontrak pembelian jangka panjang untuk mengambil atau membayar jumlah minimum harga dari “power” tersebut, para investor pemodal secara normal akan menghitung keuntungan dari penjualan yang lebih dari harga minimum. Mereka ingin beberapa komitmen dari Pemerintah mengenai berapa banyak potensi-potensi sumber persaingan usaha lainnya atas energi yang akan diperbolehkan untuk difungsikan selama periode konsesi.

³⁵⁷ Lihat Tabel Nomor 2.8.

satu atau lebih pihak-pihak tersebut. *Kedua*, beberapa fungsi regulasi memerlukan keahlian teknis khusus yang canggih, dan dengan demikian penting khususnya untuk membantu badan pengatur dengan kemampuan-kemampuannya. Beberapa yang harus mendapat perhatian adalah.³⁵⁸

- (1). Membentuk badan pengatur yang independen.
- (2). Menyeimbangkan independensi dengan akuntabilitas.
- (3). Harus memiliki kapasitas badan pengatur yang profesional.
- (4). Menetapkan fungsi-fungsi badan pengatur utilitas.
- (5). Menetapkan struktur pengambil-keputusan (individual atau komisi).³⁵⁹
- (6). Mencari strategi-strategi alternatif:³⁶⁰ (i) otoritas pengambil-keputusan pada badan independen dengan peran rekomendasi (*independent agency with an advisory role*); (ii) otoritas pengambil-keputusan pada perusahaan holding milik negara dengan kewenangan regulasi (*state holding companies with regulatory powers*); (iii) otoritas pengambil-keputusan pada unit kerja kementerian (*dedicated unit within ministries*); (iv) otoritas pengambil-keputusan pada pengadilan (*use of courts*); dan (v) otoritas pengambil-keputusan pada lembaga arbitrase (*use of arbitration*).

2.7 KPS model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol oleh swasta di beberapa negara.

2.7.1 Aspek regulasi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara

Masalah kualitas regulasi dan kuncinya adalah membangun suatu kerangka kerja regulasi (*regulatory frameworks*) yang dapat dipercaya oleh para investor dan dipandang sebagai suatu legitimasi oleh konsumen.³⁶¹ Proyek-proyek

³⁵⁸ Kerf, et. al., 83-93.

³⁵⁹ Ibid., 89. Beberapa negara mempercayakan otoritas pengambil-keputusan pada individual (contoh, di Inggris dan Malaysia), negara lain dengan suatu dewan atau komisi (contoh, Argentina, Chile, the Philippines, dan Amerika Serikat). Bentuk komisi ini sering dipilih, khususnya saat ada masalah mengenai pengaruh-pengaruh yang tidak baik atas badan pengatur dari industri atau Pemerintah. Lihat Gambar Nomor 2.15.

³⁶⁰ Ibid., 92-93.

³⁶¹ Harris, vii-viii.

infrastruktur swasta bisa mengecewakan semua pihak apabila proyek-proyek infrastruktur tersebut dimulai sebelum hukum dan kerangka kelembagaan berfungsi secara penuh. Memberikan lingkungan usaha yang stabil bagi partisipasi swasta dalam infrastruktur mensyaratkan perubahan-perubahan kelembagaan, hukum, dan kerangka kerja regulasi suatu wilayah.³⁶²

Regulasi bertujuan melindungi pengguna jasa dari penyalahgunaan kekuatan monopoli dan melindungi investor-investor dari perilaku Pemerintah yang oportunistis, memberikan sifat sensitifitas secara politis dari tarif infrastruktur dan karakteristik *sunk cost* yang besar dari investasi perusahaan. Tujuan regulator (badan pengatur) harus menjaga tingkat pengembalian keuntungan (*rate of return*) dan biaya-biaya modal suatu perusahaan.³⁶³

Dalam hal regulasi ini, ada dua rezim regulasi yang bisa dipilih. *Pertama*, rezim regulasi *rate of return*, dimana badan pengatur mempunyai kemungkinan membuat penyesuaian-penyesuaian harga (*price*) yang sering untuk menjaga penyesuaian kembali *rate of return* perusahaan dan biaya-biaya modal perusahaan (*the regulator has the possibility of making frequent price adjustments to keep realigning the company's rate of return with its cost capital*). *Kedua*, rezim regulasi *price cap*, dimana badan pengatur menetapkan tarif sehingga hasil (*return*) yang diharapkan sesuai dengan biaya-biaya modal, namun hasil yang diharapkan tersebut diperbolehkan tidak sama setelah regulasi yaitu selama periode antara review regulasi (*the regulators sets tariffs so that expected returns match the cost of capital „ex ante“; but allows these returns to diverge „ex post“ during the periods between regulatory reviews*). Dalam praktik, sebagai contoh di Amerika Latin, kedua rezim tersebut bercampur karena seringnya dilakukan renegotiasi kontrak-kontrak infrastruktur.³⁶⁴

³⁶² Lacina, Public-Private Road”, 666.

³⁶³ Luis Andres, Jose Luis Guasch, Stephane Straub, “Do Regulation and Institutional Design Matter for Infrastructure Sector Performance?”. Policy Research Working Paper 4378, The World Bank, Latin America and Caribbean Region, Sustainable Development Department, (October 2007): 4-5.

³⁶⁴ Ibid. Luis Andres, Jose Luis Guasch, Stephane Straub, dalam tulisannya mengutip hasil penelitian yang dilakukan oleh Guasch pada tahun 2004 di Amerika Latin atas 1000 konsesi antara akhir tahun 1980-an sampai awal tahun 2000-an.

Dalam reformasi regulasi memiliki dua aspek. *Pertama*, melakukan deregulasi (*deregulation*) atau menghilangkan regulasi-regulasi (*loosening regulations*) dan melakukan kontrol (*controls*), *Kedua*, memperbaiki kualitas regulasi-regulasi yang ada (*improvements in the quality of existing regulations*) atau kadang-kadang membuat regulasi-regulasi baru (*making new regulation*).³⁶⁵ Dalam tulisan ini yang dimaksud adalah aspek yang kedua, yaitu , memperbaiki kualitas regulasi-regulasi yang ada (*improvements in the quality of existing regulations*) atau kadang-kadang membuat regulasi-regulasi baru (*making new regulation*). Regulasi atau *regulations* didefinisikan dalam Black's Law Dictionary sebagai berikut:³⁶⁶

Such are issued by various governmental departments to carry out the intent of the law. Agencies issue regulations to guide the activity of those regulated by the agency and of their own employees and to ensure uniform application of the law. Regulation are not the work of the legislature and do not have the effect of law in theory. In practice, however, because of the intricacies of judicial review of administrative action, regulations can have an important effect in determining the outcome of cases involving regulatory activity.

Arus globalisasi yang berjalan pesat yang ditunjang oleh perkembangan teknologi informasi telah mengubah pola hubungan antara negara dan warga negara dengan pemerintahannya. Perubahan tersebut menuntut pula adanya penataan sistem hukum dan kerangka hukum yang melandasinya. Indonesia telah mengaturnya dalam suatu Program Legislasi Nasional (Prolegnas) yang diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 61 Tahun 2005 Tentang Tata Cara Penyusunan dan Pengelolaan Program Legislasi Nasional (Perpres No. 61/2005). Dalam Prolegnas supremasi hukum ditempatkan secara strategis sebagai landasan dan

³⁶⁵ Mitsuhiro Kagami and Masatsugu Tsuji, ed., *Privatization, Deregulation and Economic Efficiency: A Comparative Analysis of Asia, Europe and the Americas* (USA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2000), 17.

³⁶⁶ Black, 1156.

perekat bidang pembangunan lainnya serta kehidupan berbangsa dan bernegara dalam bingkai negara kesatuan Republik Indonesia melalui satu sistem hukum.³⁶⁷

Hukum sebagai landasan pembangunan bidang lainnya bermakna teraktualisasinya fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial/ pembangunan (*law as a tool of social engineering*), instrumen penyelesaian masalah (*dispute resolution*) dan instrumen pengatur perilaku masyarakat (*social control*). Supremasi hukum bermakna pula sebagai optimalisasi perannya dalam pembangunan, memberi jaminan bahwa agenda pembangunan nasional berjalan dengan cara yang teratur, dapat diramalkan akibat dari langkah-langkah yang diambil (*predictability*), yang didasarkan pada kepastian hukum (*rechtszekerheid*), kemanfaatan, dan keadilan (*gerechtigheid*). Hukum sebagai perekat kehidupan berbangsa dan bernegara bermakna bahwa dalam negara Republik Indonesia terdapat satu kesatuan sistem hukum nasional Indonesia. Sistem hukum nasional adalah sistem yang menganut asas kenusantaraan yang tetap mengakui keanekaragaman atau heterogenitas hukum seperti hukum adat, hukum Islam, hukum agama lainnya, hukum kontemporer dan hukum barat, serta merumuskan berbagai simpul yang menjadi titik taut fungsional diantara aneka ragam kaidah yang ada melalui unifikasi terhadap hukum-hukum tertentu yang dilakukan, baik secara parsial, maupun dalam bentuk kodifikasi.³⁶⁸

Negara-negara berkembang dan sedang berkembang diseluruh dunia memiliki akumulasi pengalaman dalam hal aspek-aspek kelembagan, regulasi, dan pembiayaan pembangunan dan pengoperasian sistem-sistem jalan tol. Sangat bernilai bagi para pembuat kebijakan di negara-negara untuk belajar dari pelajaran pelajaran dari keberhasilan dan kegagalan pembangunan jalan tol, untuk memformulasikan kerangka kerja kelembagaan dan regulasi yang sesuai dengan kebutuhan.³⁶⁹

³⁶⁷ Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan 2 – Proses dan Teknik Pembuatannya* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2007), 50-51.

³⁶⁸ *Ibid.*, 51.

³⁶⁹ Padeco in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc. (May 1999). Draft Final Report, The World Bank, Ministry of Construction, Japan. “Asian

Dari kajian World Bank ada sembilan masalah sebagai area penting (kunci masalah yang penting) dalam pembangunan jalan tol, yaitu sebagai berikut.³⁷⁰

- (a). *Planning and institutional* (mendefinisikan strategi jaringan jalan, jalur jalan yang sesuai, waktu konstruksi dan keberlangsungan ekonomi dan keuangan yang jelas);
- (b). *Legal and regulatory framework* (kebutuhan umum akan pembuatan hukum dan regulasi yang baik, prosedur pengadaan investasi, peraturan terkait jaminan, regulasi investasi asing langsung, masalah nilai tukar mata uang, penyelesaian perselisihan, dan hukum pengadaan tanah);
- (c). *Concession contracts* (kontrak konsesi antara Pemerintah dan swasta harus jelas atau *unambiguous* terkait dengan risiko-risiko yang ada, meningkatkan *fairness* dan negosiasi yang jelas), berdasarkan elemen-elemen kontrak konsesi;³⁷¹
- (d). *Government support* (ada berbagai dukungan Pemerintah yang dapat diberikan pada pemegang konsesi BUMN atau swasta, tingkat dukungannya bagaimanapun tergantung situasi politik dan ekonomi negara-negara);³⁷²
- (e). *Traffic forecasting* (perkiraan volume lalu lintas adalah jauh dari ilmu pengetahuan pasti alam (*exact science*), dia sangat melibatkan ketidakpastian dan kerentanan kualitas input data yang buruk dan kesalahan-kesalahan atau asumsi-asumsi yang tidak lengkap. Faktor-faktor seperti penggunaan tanah dan pertumbuhan populasi disepanjang jalan, penerimaan publik dan penggunaan jalan bebas hambatan, dan berbagai indikator ekonomi yang digunakan dalam model-model lalu lintas semuanya melekat ketidakpastian yang mempengaruhi perkiraan volume lalu lintas. Kelayakan proyek terkait dengan

Toll Road Development Program – Review of Recent Toll Road Experience in Selected Countries and Preliminary Tool Kit for Toll Road Development”. Japan: The World Bank Ministry of Construction, I-1.

³⁷⁰ Ibid., halaman I-6 – I-16.

³⁷¹ Lihat Tabel Nomor 2.9. Sedangkan untuk model BOT jalan tol dapat dilihat Gambar Nomor 2.16.

³⁷² Lihat Tabel Nomor 2.10.

volume lalu lintas, para operator, pemberi konsesi, penerima konsesi, lembaga pembiayaan, dan para investor, semuanya harus serius terhadap masalah ini);

- (f). *Setting and adjusting toll rates* (keuntungan proyek jalan tol, khususnya dalam lingkungan inflasi, akan sangat tergantung pada tingkat pendapatan tol, atau peningkatan yang dapat dicapai oleh operator-operator. Akumulasi pengalaman dunia menyarankan sejumlah petunjuk umum untuk menetapkan dan menyesuaikan tarif tol. Saran dari World Bank (untuk Vietnam) adalah: (i) tol hanya layak pada minimum 4.000 – 5.000 kendaraan per hari, (ii) tingkat tarif tol tidak harus menghasilkan pengalihan lalu lintas yang terlalu tinggi, dengan batas atas yang dapat diterima dengan rentang 10-15 persen, dan (iii) berdasarkan kondisi-kondisi tertentu, tarif tol dapat ditetapkan lebih tinggi dimana tidak ada alternatif yang layak;
- (g). *Financing structure and sources* (keputusan struktur dan sumber pembiayaan harus sesuai dengan analisa ekonomi karena melihat tujuan-tujuan – yaitu, mendapatkan tambahan pendapatan, *fairness* dalam hal pengguna membayar kepada perusahaan, harga optimal dan alokasi sumber – dan semua itu jarang dicapai) ;
- (h). *Public acceptance* (masalah terpenting dari penerimaan publik atas pembangunan jalan tol terkait dengan masalah pengadaan tanah dan relokasi warga (*resettlement*). Negara-negara tertentu seperti Cina dan Thailand dapat manfaat dari peningkatan kapasitas kelembagaan dan skema kompensasi untuk menyelesaikan masalah-masalah rencana relokasi. Risiko-risiko terkait pengadaan tanah yang terbaik diambil oleh Pemerintah, bukan developer, sebagaimana kasus “Guangzhou-Shenzhen” proyek *superhighway* di Cina. Kampanye *public relation* yang efektif dapat membantu penerimaan publik atas proyek jalan tol yang baik; dan
- (i). *The role of donor agencies* (badan-badan tersebut dapat menanggulangi masalah-masalah berbagai pembiayaan, kelembagaan, dan regulasi).

Motivasi penggunaan KPS di beberapa negara adalah paralel dengan alasan keterlibatan sektor swasta di sistem jalan Amerika Serikat, yaitu kurangnya sumber pendanaan dan meningkatnya biaya-biaya dan permintaan jalan. Negara Inggris kembali ke sektor swasta pada awal tahun 1990-an karena pemeliharaan infrastruktur jalan bebas hambatan dan perpanjangan proyek-proyek menjadi suatu „wabah“ dengan keterlambatan karena kurangnya modal. Negara Norwegia mulai menggunakan KPS untuk mengantisipasi meningkatnya biaya-biaya pemeliharaan dan konstruksi. Negara Selandia Baru dihadapkan dengan kurangnya infrastruktur transportasi secara relatif terhadap kebutuhannya, melewati otorisasi untuk KPS dalam rangka untuk mempercepat perbaikan-perbaikan dan untuk menyebar biaya konstruksi baru sepanjang waktu. Negara Australia dan Jerman kembali ke sektor swasta untuk mengurangi biaya-biaya konstruksi dan pemeliharaan dan untuk memelihara jalan-jalan, masing-masing dalam menanggapi kekurangan anggaran.³⁷³

Pemerintah bertanggungjawab atas pelaksanaan kemitraan dengan otoritas pemberian hak konsesi (*award*), atau memberikan rekomendasi, suatu proyek yang memiliki prioritas tinggi sebagai dasar perjanjian KPS. Pemerintah juga harus memiliki fleksibilitas untuk mengatur (regulasi) biaya-biaya pengguna jasa (*user fees*) untuk menyeimbangkan kebutuhan tingkat pengembalian (*rate of return*) yang cukup untuk menarik investasi swasta lebih lanjut dengan kemampuan membayar para pengguna jasa (*the willingness of users to pay*). Idealnya, biaya-biaya untuk memenuhi persyaratan kontrak seharusnya terletak pada pihak yang lebih mampu memikulnya (*the costs of fulfilling the terms of the contract should rest on the party that is better able to bear them*). Dengan demikian biaya-biaya: pengadaan tanah (*acquisition of land and rights of way*), izin dan sertifikasi dampak lingkungan (*environmental certification and permits*) dan persetujuan-persetujuan (*approvals*) lainnya seharusnya dibebankan (*borne*), paling tidak awalnya, pada mitra publik (*on the public partner*). Dalam

³⁷³ Christopher D. Carlson, “Public-Private Partnerships In State And Local Highway Transportation Projects”, *Federal Lawyer* (55-DEC FED. Law. 34). Copyright © 2008 by Federal Bar Association, (November/December 2008): 36.

konteks KPS, risiko-risiko dalam sifatnya lahir (*be borne*) oleh sektor swasta termasuk risiko-risiko konstruksi, skedul, lalu-lintas dan pendapatan, yang ditetapkan harganya dalam penawaran mitra swasta untuk proyek untuk suatu tingkat dimana mereka dapat diprediksi.³⁷⁴

Dari pengalaman-pengalaman terlihat bahwa, bagaimanapun juga, tidak semua proyek yang telah ditawarkan pada investasi swasta mendapatkan keuntungan. Beberapa peraturan perundang-undangan negara tidak secara ideal ditarik untuk seleksi proyek yang sangat efisien, keberlangsungannya (*viability*), dan biaya-biaya serta hasil-hasil alokasi risiko.³⁷⁵

Beberapa pengalaman regulasi hukum KPS model kontrak BOT dalam membangun jalan tol di beberapa negara, digambarkan sebagai berikut:

(a). Pengalaman negara Philippine

Dalam tahun 1986, negara Philippine mulai bangkit berbuat sesuatu dari apa yang ditinggalkan dari 20 tahun pemerintahan Marcos. Pada tahun 1987 kebijakan swastanisasi dimasukkan dalam konstitusi Philippine, dimana dinyatakan pengakuan negara atas pentingnya peran sektor swasta dalam mengejar tujuan pembangunan. Swastanisasi kemudian ditujukan untuk divestasi (*disposition and/or sale*) semua aset usaha yang dianggap tidak esensial bagi operasional Pemerintah. Pada gelombang swastanisasi kedua diterimalah (*inception*) tipe proyek BOT yang awalnya berfokus pada pembangkit energi swasta dan kemudian sektor lain. Pada bulan Juli 1990, Pemerintah mengeluarkan undang-undang BOT (*Republic Act 6957 or the Build-Operate-Transfer Law – BOT Law*) untuk memberikan kerangka kerja kebijakan untuk memberikan jalan kemampuan sektor swasta dalam solusi krisis energi (*power crisis*).³⁷⁶

Oleh karena dianggap bersifat membatasi untuk inisiatif perusahaan sektor infrastruktur lainnya dan proyek-proyek pembangunan yang bersifat kritis,

³⁷⁴ Ibid., 39-41.

³⁷⁵ Ibid., 41.

³⁷⁶ Eleazar E. Ricote, "The Philippine Build-Operate-Transfer (BOT) Center: Evolving a Public-Private-Partnership Agenda for Philippine Infrastructure and Development Sectors", *Perencanaan Pembangunan Nomor 04/ Tahun XIV/2008*, 40-41. Fakta masuknya peran swasta dalam konstitusi Philippine pada tahun 1987, membawa negara Philippine terdepan di Asia Tenggara dalam memanfaatkan sektor pembiayaan swasta (KPS) dalam membangun infrastruktur.

Pemerintah melakukan perubahan BOT Law pada bulan May 1994 (Republic Act 7718) yang memberikan ketentuan-ketentuan sebagai berikut:³⁷⁷

- (a). *Liberalized the regulatory framework for pricing using market-based principles in rate setting and adjustments to allow equity investors a competitive rate of return;*
- (b). *Provided a clear framework for structuring BOT contracts, particularly on the scope of authority and obligations and rights of the private sector;*
- (c). *Standardize and streamlined government procedures for approval of projects and contracts, selection of proponents with clear-cut decision rules;*
- (d). *Provided a reasonable security package to make projects financially viable for private financing; and*
- (e). *Designated a coordinating and monitoring body within the government.*

Pada tahun 1993, berdasarkan BOT Law, Presiden Fidel V. Ramos menerbitkan Memorandum Order No. 166 membentuk *the Coordinating Council of the Philippine Assistance Center* (CCPAP) dan mendirikan “BOT Center”. Struktur lembaga tersebut memberikan kapasitas membangun dan bantuan teknis untuk mendukung badan-badan pelaksana (*implementing agencies*) dan unit-unit pemerintahan lokal (*local government units*) dalam tahap-tahap kritis pembangunan proyek BOT, melakukan *review*, memberikan persetujuan-persetujuan, pengadaan investasi dan penerapannya. Dalam Pemerintahan Presiden Joseph E. Estrada, “CCPAP-BOT Center” di-reorganisir dalam bentuk *the Coordinating Council for Private Sector Participation* (CCPSP) berdasarkan Administrative Order 67, sebagai kebijakan konkret dan usaha kelembagaan untuk memperluas program BOT dalam bentuk-bentuk lain partisipasi sektor swasta seperti: *concession agreements, joint ventures, lease contract*, dan lainnya. Pada

³⁷⁷ Ibid.41. Dalam perubahan BOT Law diperkenalkan variasi-variasi BOT baru atau pengaturan kontrak yang lebih kreatif untuk membentuk perjanjian-perjanjian lebih memungkinkan bagi pihak swasta tidak hanya pada sektor energi namun juga sektor infrastruktur kunci lainnya (*transportation, water facilities, etc*) dan sektor pembangunan lainnya (*health, education, water, transportation, etc*). Variasi-variasi BOT baru tersebut adalah: *Build-Operate-Transfer* (BOT), *Build-and-Transfer* (BT), *Build-Operate-Own* (BOO), *Build-Lease-and-Transfer* (BLT), *Build -Transfer-and-Operate* (BTO), *Contract -Add-and-Operate* (CAO), *Develop -Operate -and -Transfer* (DOT), *Rehabilitate -Operate -and -Transfer* (ROT), *Rehabilitate -Own-and -Operate* (ROO), *Other variations as may be approved by the President of the Philippines.*

tahun 2002 Presiden Gloria Macapagal-Arroyo menandatangani *Executive Order* 144 yang mengubah CCPSP kembali menjadi BOT *Center* dan ditempatkan dibawah *the Department of Trade and Industry's* (DTI) *Industry and Investment Group* (IIG), yang melaksanakan kebijakan umum dan kelembagaan untuk membangun dan mempromosikan investasi, tidak hanya sektor-sektor industri kunci namun juga infrastruktur dan sektor-sektor pembangunan utama.³⁷⁸

Dalam pembangunan jalan tol, ada dua undang-undang yang mengatur pembangunan jalan tol di Philippine. *Pertama*, "TRB Law" diundangkan tahun 1977 dan membentuk badan pengatur ("*a Toll Regulatory Board*") untuk mengawasi dan mengatur pembangunan jalan tol diseluruh Philippine, khususnya melalui "*franchise agreements*". Sampai saat ini para pemegang *franchise* mendominasi arena jalan tol. *Kedua*, pada tahun 1990 "BOT Law" diundangkan (perubahan pada tahun 1993). Undang-undang ini membentuk prosedur formal untuk mengembangkan keterlibatan sektor swasta di semua aspek pembangunan infrastruktur. Undang-undang ini tidak membatalkan "TRB Law", dia telah membawa perubahan-perubahan signifikan dalam hal jalan tol yang diajukan, dievaluasi, dan dilaksanakan di Philippine.³⁷⁹

Dengan adanya "BOT Law" dan "TRB Law", tumpang tindihnya kedua peraturan tersebut, dalam hal pembangunan jalan tol oleh partisipasi sektor swasta, maka Pemerintah Philippine mengklasifikasikan proyek pembangunan jalan tol dalam dua cara:

- (a). Proyek-proyek jalan tol yang diberikan oleh atau melalui *the Department of Public Works and Highway* (DPWH).³⁸⁰

³⁷⁸ Ibid., 43-46. Selain Presiden, lembaga legislatif juga mengevaluasi (*reinforced*) BOT Center dengan mengajukan peraturan perundang-undangan (*House of Bill*).

³⁷⁹ Padeco in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc. (May 1999), III-109. Panjang jalan tol yang beroperasi di Philippine adalah sekitar 170 km. sedangkan total jaringan jalan adalah 160.000 km.

³⁸⁰ Ibid., III-112. DPWH may either do the procedural work to perform feasibility studies, solicit and evaluate BOT proposals, and prepare contract documents on their own ("the solicited approach"), or they may let an independent toll road proponent approach them directly with a private proposal ("the unsolicited approach"). However, all projects must then be authorized by the National Economic and Development Authority (NEDA) Board of Directors, and final

(b).Proyek-proyek jalan tol yang diberikan oleh TRB secara langsung (*directly*) atau melalui (*through*) pemegang kuasanya (*franchisees*) yaitu *the Philippine National Construction Corporation* (PNCC) yang dibawah kontrak dengan DPWH dan *the Public Estates Authority* (PEA).³⁸¹

Dalam pembangunan jalan tol “Metro Manila Expressway” (MME), Presiden Philippines mengeluarkan Keputusan Presiden (Presidential Decree No. 1894) pada tanggal 2 Desember 1983 yang mengubah PNCC’s *franchise*, dimana PNCC juga mendapatkan keuntungan kemampuan untuk membangun, memelihara, dan mengoperasikan dan semua perluasan (*extensions*), sambungan (*linkages*), atau bidang/trayek (*stretches*) dari setiap bagian jalan tol “the North Luzon Expressway” (NLE), “the South Luzon Expressway” (SLE), atau MME, termasuk mengubah titik akhir dan rute-rute dari jalan tol. Keputusan Presiden tersebut juga secara eksplisit menyatakan bahwa TRB akan meneruskan pengadaan tanah yang diperlukan jalan tol, dan memberikannya (*cede*) kepada PNCC tanpa biaya (*at no cost*).³⁸²

(b). Pengalaman negara Amerika Serikat.

Pajak-pajak negara dan negara bagian (*state and federal*) Amerika Serikat sebagai sumber pendanaan untuk proyek-proyek transportasi jalan bebas hambatan publik yang modern, dengan cepatnya menjadi tidak cukup sebagai sumber modal untuk kebutuhan transportasi masa datang. Untuk mengantisipasi kurangnya dana dan meningkatnya permintaan infrastruktur jalan bebas hambatan, beberapa negara bagian telah memberikan otorisasi kepada otoritas

approval (of contract terms, financing, design, construction plans, toll rates, and the like) must come from TRB.

³⁸¹ Ibid. There are not yet any examples of toll roads being advanced directly by TRB (either as solicited or unsolicited projects), but there has been a great deal of BOT activity through TRB’s franchisees. In this cases, the TRB toll road franchisee does the procedural work to select a joint venture partner, perform feasibility studies, and prepare project contracts. Furthermore, no authorization is required from the NEDA Board if the project needs no additional government support (beyond what TRB has already been granted to provide to their franchisees by law). However final approval (of franchisee/joint venture’s contract terms, financing, design, construction plans, toll rates, and the like) must again ultimately be granted by TRB.

³⁸² Ibid., III-110. Meskipun awalnya TRB ditujukan untuk mengaktifkan partisipasi sektor swasta dalam pembangunan jalan tol, badan tersebut akhirnya hanya mengawasi jalan tol PNCC dan bertanggungjawab untuk semua jalan tol terkait pengadaan tanah.

negara dan lokal untuk terlibat dalam kontrak-kontrak jangka panjang dengan badan-badan usaha swasta dalam bentuk KPS. Hal ini adalah untuk membangun, membiayai atau mengoperasikan proyek-proyek transportasi baru dan menyewakan (*lease*) aset-aset infrastruktur mereka untuk mendanai biaya-biaya pengeluaran sebagai ganti dari pinjaman.³⁸³

Pengaturan KPS mencakup perjanjian-perjanjian untuk renovasi, konstruksi, pengoperasian, pemeliharaan dan/atau mengatur suatu fasilitas atau sistem dimana pihak Pemerintah tetap memiliki kepemilikan aset dan memberikan konsesi pada pihak swasta, namun pihak swasta bertanggungjawab untuk semua atau secara substansi semua aspek proyek-proyek yang diberikan. Cakupan tanggungjawab pihak swasta adalah tergantung dari tipe kerjasama yang ada. Tanggungjawab yang tercakup dalam proyek-proyek jalan bebas hambatan adalah termasuk rancangan, konstruksi, pembiayaan, pengoperasian dan pemeliharaan. Sebagai contoh proyek jalan tol tipenya adalah BOT dimana pihak swasta mengambil tanggungjawab utama untuk pendanaan, rancangan, pembangunan dan pengoperasian proyek, dengan hak untuk mengambil tol dari pengguna jasa sampai akhir konsesi. Dalam kasus infrastruktur yang sudah ada aset sebelumnya (*pre-existing assets*) pengaturannya adalah secara *leasing* atau "rehabilitate-operate-transfer" (ROT), dimana dalam proyek tersebut, pihak swasta berjanji untuk memperbaiki aset, mengoperasikannya, dan mengambil *fee* dari pengguna jasa untuk periode yang ditetapkan. ROT tersebut lebih sesuai untuk infrastruktur yang sudah buruk atau sudah usang.³⁸⁴

(c). Pengalaman negara Canada.

Pemerintah Canada membangun jalan tol "Highway 407" sepanjang 69 Km yang dirancang untuk mengurangi kemacetan lalu lintas di bagian utara dari area kota Toronto yang terbesar dengan biaya \$929.8 *million*. Meskipun menteri transportasi awalnya akan membangun proyek tersebut sebagai jalan "non-toll" melalui model penawaran tradisional, hambatan anggaran Pemerintah akan mengakibatkan penyelesaian proyek lebih dari periode 20 tahun. Dengan

³⁸³ Carlson, "Public-Private Partnership", 35.

³⁸⁴ *Ibid.*, 36.

membentuk proyek KPS, Pemerintah Canada dapat mempercepat pembangunan proyek sampai 4,5 tahun. Dengan menetapkan kepemilikan jalan dengan ketentuan persyaratan sektor swasta, dapat diperkirakan bahwa tanggungjawab Pemerintah langsung untuk kerugian biaya tol akan dikurangkan.³⁸⁵

Tanggungjawab seleksi pembangunan proyek dilakukan oleh *a Crown Corporation – the Ontario Transportation Capital Corporation (OTCC)*. OTCC menggunakan tiga tahap proses seleksi, melibatkan permohonan awal untuk pernyataan minat dan kualifikasi, pelaksanaan *value engineering*, dan permohonan penawaran proposal tertutup. Tiga konsorsium berpartisipasi dalam putaran pertama proses seleksi, namun satu konsorsium dinyatakan diskualifikasi dan tinggal dua konsorsium yang menyampaikan penawaran final. Bahwa proyek akan dibiayai swasta, adanya risiko rendahnya volume lalu lintas, mengarah pada kebutuhan jaminan pembiayaan Pemerintah, akhirnya Pemerintah menetapkan manfaat pembiayaan swasta tidak melebihi biaya-biaya jaminan Pemerintah tersebut, dan proyek dibiayai secara keseluruhan melalui hutang publik OTCC. Pada akhir proses seleksi, OTCC menseleksi *Canadian Highways International Corporation* untuk merancang dan membangun proyek. Pada bulan Juni 1996, kontrak-kontrak pengoperasian dan pemeliharaan ternyata belum dilaksanakan.³⁸⁶

Permasalahan dalam pembangunan jalan tol di Canada adalah karena proyek tersebut membawa "sunk investments" yang besar oleh para penawar swasta yang tidak dikompensasi langsung oleh subsidi Pemerintah.³⁸⁷

(d). Pengalaman negara Panama.

Di Panama, Undang-undang Nomor 56 Tentang Undang-undang Kontrak Publik yang diundangkan pada 28 Desember 1995 (UU Kontrak Publik Panama), yaitu undang-undang yang mengatur konsesi dan kontrak publik,³⁸⁸ telah

³⁸⁵ Daniels and Trebilcock, "Public Infrastructure", 380.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Ibid., 387.

³⁸⁸ Quirico G. Serina, "An Overview of the Legal Aspects of Concession Agreements in Latin America", (5 ILSA J. Int'l & Comp. L. 371) ILSA Journal of International and Comparative Law. Copyright © 1999 by International Law Students Association, (Spring, 1999): 373.

menerapkan doktrin “economic equilibrium”.³⁸⁹ Undang-undang tersebut memasukkan ketentuan-ketentuan dimana dalam hal peristiwa luar biasa (*extraordinary*) atau tidak dapat diduga (*unforeseen*) terjadi, yang secara material mempengaruhi kondisi kontrak yang sudah dibuat, para pihak boleh melakukan perubahan (*modify*) kontrak untuk mengembalikan para pihak pada posisi awal kontrak (*the original contractual position*). Undang-undang tersebut juga memperbolehkan para pihak melaksanakan perjanjian-perjanjian yang diharuskan (*required agreements*) untuk membentuk kembali keseimbangan kontrak (*the contractual equilibrium*), termasuk nilai kontrak (*contract amounts*), cara pembayaran (*forms of payment*), dan untuk biaya-biaya tambahan seperti biaya pendanaan (*financing fees*) dan bunga (*interest*).

Meskipun UU Kontrak Publik Panama tersebut secara jelas menempatkan beban dan risiko konsesi yang tepat pada pemegang konsesi (*the concessionaire*), Pemerintah memiliki beberapa mekanisme dengan persetujuannya untuk menjaga keseimbangan ekonomi dari kontrak. Dalam hal konsesi jalan tol, Pemerintah bisa mengurangi biaya tol (*the tolls charged*) oleh pemegang konsesi untuk kepentingan para pengguna jasa jalan tol, namun dalam hal demikian Pemerintah

³⁸⁹ Klaus Peter Berger, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, International Commercial Arbitration A Symposium Sponsored by Vanderbilt University Law and Business Program and Vanderbilt Journal of Transnational Law, March 2003, dimuat dalam Vanderbilt Journal of Transnational Law (October 2003):1348-1350. Menurut Klaus Peter Berger, permasalahan “*economic equilibrium*” muncul dalam praktek investasi modern internasional khususnya dalam eksplorasi sumber-sumber daya alam. Kontrak-kontrak seperti *production sharing agreements* mudah diserang dengan gangguan terhadap keseimbangan usaha yang telah disetujui. Ada tiga penyebab utama: (i) sebagai kontrak jangka panjang membuat kontrak rentan terhadap pengaruh ekonomi dan politik yang tidak diduga, (ii) investor pada awalnya terlibat biaya-biaya yang signifikan (*sunk cost*) yang hanya dapat ditutup selama periode kontrak, (iii) Pemerintah memanfaatkan kondisi investor (sebagai suatu “prisoner’s dilemma”) memaksa mengubah kearah negosiasi awal yang seimbang untuk kepentingannya pada saat usaha telah mulai (pada saat investor mendapatkan *sunk cost* dalam jumlah besar). Skenario mempertemukan estimasi keuntungan berdasarkan keseimbangan kontrak tidak akan pernah ketemu. Untuk solusi tersebut Klaus Peter Berger telah memberikan skenario yaitu memuat dalam kontrak “renegotiation clause” yang mana hal ini hanya bisa dipertimbangkan dalam hal persyaratan kontrak atau undang-undang menyediakannya secara sesuai pada saat awal, dan para pihak memasukkan ketentuan-ketentuan khusus dalam kontrak untuk menghadapi kasus-kasus tersebut.

juga menawarkan pada pemegang konsesi suatu bentuk kompensasi untuk mengembalikan keseimbangan ekonomi.³⁹⁰

Dalam hal konsesi terdapat hal yang unik, Undang-undang Nomor 5 tahun 1988 Tentang Konsesi yang diubah dengan Undang-undang Nomor 36 tahun 1995, yaitu undang-undang yang mengatur konsesi termasuk konsesi jalan tol,³⁹¹ Pemerintah bisa memberikan aset Pemerintah (*the government may grant state-owned property*) kepada pemegang konsesi. Hal ini juga memberikan hak pada pemegang konsesi untuk menempati dalam porsi suatu dasar laut (*the seabed*) dimana pemegang konsesi memiliki hak untuk membangun dan memasarkan lahan yang dibuat secara baru untuk keuntungan pemegang konsesi.³⁹²

(e). Pengalaman negara Cina.

Meningkatnya transportasi di Cina dari 32 persen transportasi penumpang dan 6 persen transportasi barang dari total perjalanan (pada tahun 1980) menjadi masing-masing meningkat menjadi 55 persen dan 14 persen (pada tahun 1997), membuat Pemerintah harus membuat perencanaan investasi 5 tahun yang ke-10 sepanjang 150.000 Km.³⁹³ Pemerintah Cina lebih memilih bentuk *joint venture* (JV) namun dengan model yang berbeda dari standar internasional dimana Pemerintah provinsi menjaga tingkat kontrol yang tinggi terhadap JV melalui saham-saham yang ditempatkan oleh *Province Communications Department* (PCD) dalam JV. PCD memiliki pengaruh yang kuat dalam aktivitas pengoperasian sedangkan investor (*foreign investor*) menjadi pihak yang pasif (*the silent partner*).³⁹⁴

Dalam akhir ini kerangka kerja hukum dan kelembagaan sektor jalan di Cina memperlihatkan transisi dari sistem BUMN kepada sistem campuran (*mixed system*) berdasarkan saham-saham perusahaan untuk menjalankan ekonomi pasar

³⁹⁰ Quirico G. Serina, (Spring, 1999): 373.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Ibid.

³⁹³ W.G. Wood, Chairman CPCS Transcom Ltd. (28-30 October 2002). "Private Public Partnerships in Toll Roads in PRC". PPIAF/ADB Conference on Infrastructure Development – Private Solution for the Poor: The Asian Perspective, A Paper Prepared for the ADB/PPIAF Conference "Infrastructure Development: Private Solutions for the Poor the Asian Perspective", Manila, Philippines, subbab 1.1.

³⁹⁴ Ibid., subbab 1.2.

sosialis dan mencari investasi lain dalam pasar modal. Dalam beberapa tahun terakhir beberapa peraturan perundang-undangan penting yang relevan telah dibuat.³⁹⁵

Pelaksanaan perubahan tersebut tidak mudah, diantaranya terkait masalah dimana Pemerintah provinsi membentuk perusahaan jalan tol dengan kepemilikan 100 persen, manajemen perusahaan diisi oleh mantan pejabat PDC, dan tidak dipatuhinya standar internasional dalam pengelolaannya. Struktur hukum belum dapat membentuk aturan-aturan dan standar yang saling berkait untuk menjaga proses peralihan tersebut. Kontrol utama peraturan perundang-undangan untuk administrasi jalan bebas hambatan dan jalan tol adalah the Highway Law 1997 yang telah diubah pada tahun 2000. Bagaimanapun juga undang-undang tersebut belum memiliki rangkaian regulasi rinci yang diperlukan untuk menetapkan standar-standar. Hanya dalam bentuk serangkaian surat perintah (*orders* dan *notices*) yang dikeluarkan oleh Menteri Komunikasi (*Ministry of Communications*) dan *the State Development Planning Commission* (SDPC) yang memberikan beberapa aturan namun dalam beberapa keputusan tersebut bertentangan (*conflict*). Sebagai contoh maksimum syarat konsesi bisa berbeda dalam dua *notices* dimana yang satu 20 tahun dan yang lain 25 tahun.³⁹⁶

Untuk meningkatkan investasi swasta, Pemerintah Cina memberikan opsi-opsi dalam bentuk *leasing*, konsesi (dalam bentuk BOT atau derivatifnya yaitu *Build-Own-Operate-Transfer* atau BOOT, dan seterusnya).³⁹⁷ Dalam hal pengadaan tanah (*land acquisition*) dan permukiman kembali (*resettlement*) dilakukan dengan keterlibatan pemerintahan lokal dalam pembangunan jalan tol untuk mengurangi risiko. Apabila pengadaan tanah dilakukan swasta harga tanah

³⁹⁵ Ibid., subbab 2.1. Termasuk Undang-Undang Jalan Bebas Hambatan (*the Highway Law* 1997), Undang-undang perusahaan (*Company Law* 1993), dan Undang-Undang Sekuritas (*Securities Law* 1998), yang memberikan kerangka kerja umum untuk proses perubahan tersebut. Peraturan perundang-undangan lainnya seperti Undang-Undang Kontrak (*Contract Law* 1999), Undang-Undang Pengadaan Investasi (*Bidding Law* 1999), Undang-Undang Arbitrase (*the Arbitration Law* 1995), Undang-Undang Perlindungan Lingkungan (*the Environmental Protection Law* 1989) dan Undang-Undang Administrasi Pertanahan (*the Land Administration Law* 1986) yang direvisi pada tahun 1998, juga merupakan hal yang penting dalam membentuk sistem campuran (*mixed system*).

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid., subbab 3.3.1.

akan lebih tinggi dibandingkan bila dilakukan oleh Pemerintah. Seringkali keputusan bagaimana mengalokasikan pembayaran pembebasan tanah masih belum selesai sampai setelah pembangunan jalan telah diselesaikan. Dengan demikian, dalam hal pengadaan tanah bisa dilakukan baik secara tunai (*in cash*) atau dalam kisaran opsi-opsi dukungan Pemerintah.³⁹⁸

Dalam pengalaman regulasi hukum di Cina, terlihat bahwa baik teks regulasi dan proses legislasi, regulasi hanya memberikan kerangka hukum yang sangat umum untuk mengatur pembiayaan swasta dalam infrastruktur, dan mencoba mencapai keseimbangan antara perlindungan publik dan kepentingan swasta. Sebagaimana regulasi pertama di Cina, terlihat bahwa badan-badan pengatur perlu lebih yakin untuk membuat dokumen-dokumen hukum yang lebih rinci untuk memberikan kepastian yang lebih bagi investasi swasta. Dengan demikian untuk efektifitas penyerahan suatu proyek konsesi, dan untuk keberlangsungan KPS jangka panjang, perlu kerja keras terkait untuk penjelasan dan penerapan regulasi, yaitu persiapan yang hati-hati atas perencanaan proyek dan negosiasi perjanjian konsesi.³⁹⁹

2.7.2 Aspek hukum KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara.

Konsep pengoperasian jalan tol oleh swasta di Amerika Serikat bukanlah suatu hal yang baru. Pada awal abad ke-19, “turnpikes” perusahaan swasta dapat ditemukan di seluruh Amerika Serikat yang menghubungkan permukiman desa ke pusat-pusat industri besar. Inisiatif ini didorong oleh pejabat-pejabat Pemerintah pusat maupun lokal dan persaingan untuk suatu infrastruktur transportasi baru sering berjalan secara sengit. Hal ini sebagaimana yang ditulis James A. Dunn

³⁹⁸ Ibid., subbab 4.3.

³⁹⁹ Cao Fuguo, “The Emerging Legal Framework for Private Finance in Infrastructure in China: A Preliminary Review of the Beijing Concession Regulation”, *Public Procurement Law Review*, Copyright © 2007 Sweet & Maxwell Limited and Contributors, (2006): 69.

yang dikutip oleh R. David Walker tentang pemerintahan-pemerintahan negara bagian:⁴⁰⁰

scrambled to stay a head of their neighbors and were willing to offer as many inducements as necessary (direct stockownership, subsidies, loans, monopoly charters and franchises, land grants, tax incentives, dedicated streams of public revenue, etc.) to make sure that their communities were not bypassed by the new mode.

KPS dalam bidang transportasi, dalam hal pengoperasian jalan memberikan hak pada perusahaan swasta untuk menutup kembali biaya-biaya konstruksi, dan memberi pembayaran kembali kepada para investor dengan cara mengumpulkan pendapatan tol dari para pengguna jasa atau pembayaran-pembayaran dari Pemerintah. Badan Pemerintah memberikan pengawasan kinerja perusahaan swasta dan mengatur aspek-aspek lain dari perjanjian, termasuk pemeliharaan, menetapkan tarif tol, dan memberikan persetujuan rancangan teknis.⁴⁰¹

Banyak variasi KPS yang ada tergantung pada badan Pemerintah atau tipe proyek. Dalam beberapa pengaturan KPS, sebuah perusahaan besar memberikan pembayaran pada badan publik berupa "upfront fee" untuk suatu kontrak. Dalam kasus lain, Pemerintah dan pihak swasta membentuk suatu *joint venture* untuk berbagi risiko-risiko dan pendapatan-pendapatan tol. Kontrak seringkali adalah untuk kondisi yang sudah dipastikan (*fixed term*), dan pada saat jatuh tempo (*expiration*), Pemerintah bisa melakukan renegotiasi kontrak dengan operator jalan tol, atau pihak swasta bisa men-transfer fasilitas kepada Pemerintah tanpa biaya (*at no cost*). Apabila diatur dengan benar, KPS akan menjadi cara yang efektif untuk memberikan mata rantai yang esensial diantara masyarakat, sementara itu juga meminimalkan biaya-biaya pembayar pajak dan men-transfer risiko-risiko Pemerintah pada investor swasta. Untuk menjalankan KPS pada bentuknya, Pemerintah harus membuat struktur undang-undang baru (*enact new*

⁴⁰⁰ R. David Walker, "Enabling The Privatizing Toll Roads: A Public-Private Partnership For New Jersey", Rutgers Journal of Law & Public Policy. Copyright © 2009, (Spring, 2009): sub bagian IA.

⁴⁰¹ Lacina, "Public-Private Road", 662.

laws) dan regulasi (*regulatory*) yang akan membuat kepercayaan dari para investor.⁴⁰²

Banyak keberhasilan dan kegagalan dalam pembangunan jalan oleh swasta di Amerika Latin adalah karena penerapan sistem-sistem hukum dan kontraktual. Beberapa aspek hukum penting dari ketiga faktor-faktor tersebut di atas termasuk pendekatan Pemerintah terhadap pembentukan undang-undang (*laws*) dari KPS, sistem penyelesaian perselisihan (*the dispute resolution systems*) untuk memfasilitasi keberhasilan KPS dalam pembangunan jalan, dan ketentuan-ketentuan perjanjian KPS. Dalam tahun terakhir, pemerintahan-pemerintahan Amerika Latin telah membuat langkah yang sangat hebat dalam menghadapi ketidak-efisiennya masa lalu dalam area tersebut untuk menarik investasi swasta.⁴⁰³

Dalam menghadapi permasalahan-permasalahan yang bersifat terkait, seperti: masalah kurangnya pengalaman dalam jaringan-jaringan transportasi regional, masalah lalu lintas dalam infrastruktur yang ada masih dalam perbatasan negara (*national borders*) sehingga lalu lintas antar negara sulit untuk membangkitkan tingkat pengembalian ekonomi yang cukup untuk bayar hutang, dan juga masalah keuntungan yang tidak seimbang antar dua negara, maka badan-badan Pemerintah Amerika Latin (Karibia, Chili, Meksiko, Panama, Kolumbia, Peru, Brazil) membuat perundang-undangan (*laws*), peraturan-peraturan (*regulations*), dan kontrak-kontrak yang canggih untuk memfasilitasi KPS. Chili merupakan KPS yang paling sukses di negara-negara Amerika Latin. Keberhasilan negara dalam bagian terbesarnya adalah karena kemampuan untuk menghasilkan kerangka kerja-kerangka kerja hukum dan regulasi yang efektif dan transparan.⁴⁰⁴

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Ibid., 665. Proyek-proyek infrastruktur swasta akan mengecewakan para pihak apabila dimulai sebelum kerangka kerja-kerangka kerja hukum dan kelembagaan yang sesuai secara penuh berfungsi. Untuk memberikan lingkungan usaha yang stabil pada saat memperkenalkan KPS di bidang infrastruktur memerlukan: "sweeping changes in the region's institutional, legal, and regulatory frameworks". Langkah kritis pertama dalam memulai program KPS jalan tol adalah membuat peraturan perundang-undangan yang sesuai (*appropriate legislation*), termasuk undang-

Melaksanakan KPS bisa membuat pembuatan peraturan perundang-undangan seperti di New Jersey Amerika Serikat akan menghadapi perjuangan yang sangat sulit dan dalam iklim politik, proposal (KPS) terlihat menjadi kandang yang tidak terbatas. Krisis pendanaan transportasi dan fakta bahwa rencana gubernur Corzine pada saat itu hampir tidak populer oleh kalangan para pembuat peraturan (*lawmakers*) dan masyarakat atas inisiatif swastanisasinya, karena masih banyaknya ruang untuk mendiskusikan alternatif-alternatif. Apabila peraturan perundang-undangan KPS dipercepat, dia harus berdasarkan alternatif-alternatif kebijakan terbaik dan menjawab masalah dasar dari para pencelanya. Dari survey pendekatan peraturan perundang-undangan (*legislative approaches*) dari negara-negara-negara bagian lain dan proyek-proyek KPS lainnya, adalah menjadi jelas bahwa jawaban-jawaban bisa menjawab kesempatan yang luar biasa untuk situasi unik dari suatu negara bagian.⁴⁰⁵

Dalam kajian terkait kerumitan membawa penggunaan rancangan KPS untuk memperoleh efisiensi produktifitas dalam pembangunan dan pengoperasian fisik proyek-proyek infrastruktur. Dalam kajian-kajian yang dilakukan, rincian kerangka kerja kelembagaan dan kontraktual adalah penting dalam menentukan apakah proyek-proyek infrastruktur akan membangkitkan keuntungan kesejahteraan dari model-model alternatif organisasi. Masalah dalam semua kajian yang berkembang adalah dalam tahap-tahap rancangan dan konstruksi, sehingga konsekuensi tugas-tugas mengevaluasi efisiensi jangka panjang dalam pengaturan menjadi spekulatif. Meskipun demikian, pengujian efek-efek insentif dari proses-proses seleksi dan kontrak yang terlibat dalam proyek memberikan sebuah dasar dimana kesimpulan-kesimpulan yang sehat dan masuk akal dapat

undang konsesi dan jalan tol (*concession and toll road laws*). Walaupun regulasi memakan waktu, pengalaman negara-negara Amerika Latin optimis dalam reformasi yang mengisolasi transaksi KPS dari pengaruh politik, draft undang-undang konsesi yang baik bisa menjadi alat marketing bagi investor karena fair dan transparan bagi semua pihak. Undang-undang konsesi (*concession law*) dibuat sederhana dan umum, dimana badan publik dapat menggunakan regulasi yang terpisah untuk memberikan rencana rinci (*detail plan*) yang dapat diubah saat program KPS diterapkan, (halaman 666). Hal ini sesuai dengan yang dinyatakan Diane Howard (halaman 754) “*Each PPP is sui generis, and consequently ... no body of law or regulations ... applies to all PPP contractual arrangements*”.

⁴⁰⁵ Walker, “Privatizing Toll Roads”, bab IV (*conclusion*).

ditarik seperti kinerja proyek-proyek tersebut, dan dampak yang lebih luas untuk para pembuat kebijakan dalam mencari untuk meningkatkan penyerahan yang efisien dan meningkatkan pengoperasional fisik infrastruktur, baik di negara-negara sedang berkembang maupun negara-negara berkembang.⁴⁰⁶

2.7.3 Aspek kontrak dan penyelesaian perselisihan KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara.

Manfaat utama KPS adalah alokasi tanggungjawab pada pihak swasta yang sangat mampu dalam manajemen efektifitas biaya jangka panjang sambil membangun aset (transportasi) yang diperlukan. Risiko-risiko dan tanggungjawab tiap-tiap pihak dinyatakan secara kontraktual, sehingga tiap-tiap pihak menanggung konsekuensi-konsekuensi atas tindakannya dan memperoleh insentif untuk memaksimalkan kinerja sambil menjaga fleksibilitas untuk mengatur risiko.⁴⁰⁷ Dalam kerangka konseptual, hipotesa yang dilakukan oleh Mary M. Shirley dan Lixin Colin Xu atas bagaimana kontrak yang baik dapat melakukan perbaikan kinerja ekonomi badan usaha milik Pemerintah adalah karena terkait tiga masalah, yaitu: *information asymmetry*, *incentives* dan *commitment*.⁴⁰⁸ Masalah dari pihak *agent* muncul karena pihak *principal* memiliki informasi yang tidak sempurna. Dalam hal insentif kontrak-kontrak, pihak *principal* tidak dapat mengukur secara tepat pengeluaran-pengeluaran biaya oleh pihak *agent* atau membedakan pengaruh dari faktor-faktor lain yang mempengaruhi kinerja. Untuk mendorong *agent* untuk patuh pada tujuan-tujuan *principal*, kontrak dibuat secara tertulis yang memuat janji-janji insentif berdasarkan pencapaian.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Daniels, "Public Infrastructure", 419.

⁴⁰⁷ Peter Lacina, "Public-Private Road Building In Latin Amerika: Legal Advances And Challenges", Law and Business Review of the Americas, Copyright © 2009 SMU Dedman School of Law, (Summer 2009): 667. Mengutip Lucy Conger dari Institutional Investor Magazine: "The partnerships vary in structure, but they are all designed to parcel out the risk among the public and private entities".

⁴⁰⁸ Mary M. Shirley and Lixin Colin Xu, "Information, Incentives, and Commitment: An Empirical Analysis of Contracts Between Government and State Enterprises", (14 J.L. Econ. & Org. 358) Journal of Law, Economic and Organization. Copyright © 1998 by the Oxford University Press, (October, 1998): 359-360.

⁴⁰⁹ Ibid.

Pemahaman atas kontrak ini juga merupakan pengaruh dari adanya perubahan atas hukum kontrak pada abad ke-19 yang beradaptasi dengan kehidupan modern, sehingga jiwa dari pemahaman kontrak lama yang bersifat suci (*sanctity*) menuju pemahaman kontrak baru yang bersifat fair (*fairness*). Dalam pemahaman lama kontrak disebutkan sebagai “*pacta sunt servanda ex fide bona*” yang menerapkan kesucian (*sanctity*) otonomi individu dalam kontrak: “*the moral force behind contract as promise is autonomy: the parties are bound to their contract because they have chosen to be*”.⁴¹⁰

Dengan berkembangnya konsep modern “*freedom of contract*” dimana para pihak memiliki hak dan kekuasaan (otonomi) untuk membangun tawar-menawar (*bargains*) mereka, maka dijelaskan oleh K.M. Sharma: “*Pacta sunt servanda is not really a rule on its own, but is merely a reflection of the nature of a contractual obligation. The problem is to decide when the rule admits of exceptions*”.⁴¹¹ Dengan demikian doktrin *pacta sunt servanda* dan kesucian (*sanctity*) kontrak diperkuat dalam tingkat penafsiran yang mungkin lebih luas yaitu oleh perlengkapan yang kaku sebagai stabilisasi tak terbatas (*unlimited stabilization*) dan klausula-klausula yang beku (*freezing clauses*) yang secara serius menabrak konsep “*fairness*” atau “*economic equilibrium*” di dalam pembangunan global.⁴¹²

Dalam tiap kontrak, khususnya yang melibatkan konstruksi dan jasa layanan jangka panjang, para pihak harus membuat rencana untuk perilaku-perilaku yang mungkin timbul atau ketidaksepakatan (*disagreements*) diantara para pihak dengan memasukkan ketentuan-ketentuan penyelesaian perselisihan (*dispute resolution*) yang jelas. Alasan untuk memberikan ketentuan-ketentuan tersebut adalah bahwa sistem yudisial tidak dapat diandalkan (*is not reliable*) di negara-negara Amerika Latin. Studi dari *World Bank* menemukan bahwa banyak

⁴¹⁰ Sharma, “Sanctity to Fairness”, 96-111.

⁴¹¹ *Ibid.*, 115.

⁴¹² *Ibid.*, 168. Dalam perkembangan hukum kontrak ini, K.M. Sharma mengutip ide Rawlsian yang menyatakan: “all obligations arise from the principle of fairness”, seseorang harus menyadari bahwa “*freedom of contract*” sekarang mungkin tidak lagi berada diantara konstruksi hukum barat yang keramat (*sacrosanct*), halaman 179.

konsesi perusahaan-perusahaan swasta yang masuk dalam penawaran (*bids*) pada keuntungan yang sangat terbatas, dan operator-operator melakukan renegotiasi kontrak-kontrak untuk mendapatkan persyaratan-persyaratan ketentuan yang lebih baik bagi mereka. Studi juga menemukan bahwa badan regulasi yang kuat dapat mengurangi renegotiasi-renegosiasi sekitar 45 % (empat puluh lima persen) dan merupakan imbalan yang diinginkan pada keuntungan politik. Renegosiasi merupakan masalah tetap perjanjian-perjanjian KPS di Amerika Latin karena lemahnya regulasi dan rancangan kontrak yang buruk sehingga membuat kekuatan tawar menawar menjadi hampir sama nilainya dengan kemampuan perusahaan.⁴¹³

Klaus Peter Berger dalam hal permasalahan penyelesaian perselisihan ini mengajukan dua skenario penyelesaian:⁴¹⁴

- (a) memuat dalam kontrak suatu "renegotiation clause" yang mana hal ini hanya bisa dipertimbangkan dalam hal persyaratan kontrak atau undang-undang menyediakannya secara sesuai pada saat awal, dan
- (b) para pihak memasukkan ketentuan-ketentuan khusus dalam kontrak untuk menghadapi kasus-kasus tersebut.

Setiap perjanjian konsesi harus memuat baik masalah bagaimana dan berdasarkan kondisi apa konsesi dapat diakhiri dan bagaimana menyelesaikan perselisihan. Bisa juga diperlukan jaminan pelaksanaan ("performance bond") untuk menjamin kepatuhan dan terjadinya keadaan tidak adanya pelaksanaan. Secara khusus kontrak harus memuat.⁴¹⁵

- (a) jaminan pelaksanaan awal;
- (b) keadaan-keadaan dimana kontrak dapat diputuskan;
- (c) keadaan-keadaan atau peristiwa-peristiwa yang dapat terjadi atau dapat dilakukan pada saat akhir periode kontrak; dan
- (d) klausula-klausula yang membentuk dasar pengaturan penyelesaian perselisihan sebelum dibawa ke pengadilan (menunjuk arbitrase atau "binding

⁴¹³ Lacina, "Public-Private Road", 666.

⁴¹⁴ Carlson, "Public-Private Partnership", 36.

⁴¹⁵ Guasch, 134-135.

arbitration”, para ahli atau ”the panel of experts” atau para ahli secara teknis ”a single adjudicator”).

Dalam perselisihan diantara operator, badan pengatur dan Pemerintah adalah bersifat standar dan terikat untuk dipatuhi berdasarkan perjanjian kontraktual. Untuk mengurangi risiko regulasi yang diakibatkan penyelesaian-penyelesaian perselisihan yang tidak pasti, mekanisme arbitrase dimana semua pihak bersifat netral dan independen harus digunakan meskipun mereka digugat di pengadilan, karena proses pengadilan yang dapat berjalan lama.⁴¹⁶

Dalam suatu pemahaman hukum kontrak, doktrin yang digunakan dalam suatu perselisihan adalah ”corrective justice”⁴¹⁷ meskipun tidak ada standar kesalahan atas kewajiban atau tanggungjawab. Doktrin tersebut didukung oleh tesis Curtis Bridgeman, yang berbeda dari Lon Fuller dan William Purdue. Dalam hal ini Penulis memandang lebih tepat apa yang dikatakan oleh Lon Fuller dan William Purdue yang bergumam bahwa: ”... *contract law must be a matter of “distributive justice”⁴¹⁸ rather than „corrective justice” because its entrenched remedy of expectation damages*”. Pertimbangannya adalah kerugian yang diperkirakan menempatkan pihak yang tidak melanggar dalam posisi yang diharapkan dalam pelaksanaan kontrak, meskipun jumlahnya melampaui biaya-biaya yang terjadi. Fuller dan Purdue berargumentasi, *pertama*, kerugian-kerugian tersebut tidak hanya sekedar dapat kompensasi, *kedua*, ”corrective justice” tidak bisa lebih dari sekedar kompensasi, pemulihan yang diharapkan harus disepakati (*justified*), apabila semua telah disepakati (*justified*), hal tersebut sebagai ”distributive justice”.⁴¹⁹

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ D’Entrevies and Vogel, 151-154. Dalam tulisan N.E. Simmonds, ”Justice, causation and private law”.

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ Curtis Bridgeman, ”Reconciling Strict Liability With Corrective Justice in Contract Law”, 75 Fordham L. Rev. 3013, Fordham Law Review, (May, 2007): 3015.

2.7.4 Aspek konsesi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara.

Banyak perjanjian-perjanjian konsesi antara Pemerintah negara-negara sedang berkembang dan perusahaan-perusahaan gagal menghasilkan keuntungan-keuntungan infrastruktur, moneter dan efisiensi yang diharapkan. Argumentasinya adalah perjanjian-perjanjian tersebut gagal karena para pihak mengkonstruksikan perjanjian tersebut sebagai kontrak-kontrak perdata (swasta) yang bersifat tradisional. Mereka seharusnya menyusun kembali konsep dan prosedur perjanjian-perjanjian konsesi,⁴²⁰ sebagai masalah tradisi kebijakan publik. Reinterpretasi ini akan membuat perjanjian-perjanjian lebih stabil dan sukses dengan membuat biaya-biaya dan keuntungan-keuntungan lebih transparan, para perancang kontrak lebih akuntabel pada masyarakat yang akan mendapat keuntungan dari perjanjian tersebut, dan persyaratan-persyaratannya lebih responsif terhadap masalah-masalah masyarakat tersebut.⁴²¹

Alasan mengapa perjanjian-perjanjian konsesi harus diperlakukan sebagai mekanisme kebijakan publik dan bukan kontrak-kontrak perdata adalah karena dia melibatkan masalah-masalah kritis kemasyarakatan, dia dibuat oleh pemimpin – pemimpin politik yang menyatakan untuk memberikan pengaruh perubahan publik dalam skala luas, dan dia secara substansial mendesak pembangunan yang akan datang dari suatu negara. Para akademisi, pejabat-pejabat Pemerintah, dan pihak lain yang berkepentingan harus menggunakan kerangka kerja konseptual baru ini untuk mendorong reformasi prosedural yang memberikan metode pembuatan yang searah dengan sifat kebijakan publik yang aktual dari perjanjian-perjanjian tersebut.⁴²²

Rekonseptualisasi ini didasarkan karena, *pertama*, orientasi publik perjanjian-perjanjian konsesi, berfokus pada kebutuhan-kebutuhan dasar, sumber-

⁴²⁰ Black's, 262. Concession: "A grant, ordinarily applied to the grant of specific privileges by a government"; e.g. French and Spanish grants in Louisiana. A voluntary grant, or a yielding to a claim or demand, rebate, abatement".

⁴²¹ Nicholas Miranda, "Concession Agreements: From Private Contract To Public Policy", Yale Law Journal, Copyright © 2007 Yale Law Journal Company, Inc., (2007): 510.

⁴²² Ibid., 532-535.

sumber daya alam, masalah-masalah infrastruktur, menyangkut banyak orang dan pertimbangan sebagai "public goods". *Kedua*, perjanjian-perjanjian konsesi selalu berfokus pada sumber-sumber daya alam (*natural resources*). *Ketiga*, perjanjian-perjanjian konsesi selalu berfokus pada masalah-masalah penting infrastruktur (*rebuild, maintain, construct, operate, build, collect toll*).⁴²³

Beberapa faktor dapat membawa keberhasilan atau kegagalan konsesi jalan bebas hambatan (*highway*). Konsesi dalam suatu program KPS adalah suatu pengaturan hukum (*legal arrangement*) dimana suatu perusahaan memperoleh dari Pemerintah hak untuk memberikan jasa layanan tertentu, yang dalam hal jalan (*roadway*), biasanya adalah pembangunan dan pengoperasian. Pihak-pihak yang memiliki potensi dalam KPS harus *me-review* tiga faktor utama pada saat masuk dalam perjanjian konsesi jalan (*highway*):⁴²⁴ (i) fundamental atau dasar-dasar ekonomi untuk menetapkan tingkat pengembalian investasi (*return on investment*), (ii) alokasi risiko diantara para pihak berdasarkan perjanjian KPS; dan (iii) struktur hukum dan regulasi yang diterapkan Pemerintah pusat maupun provinsi.

Andrew J. Dell Olio, menerapkan dan membedakan dua tipe konsesi, sebagaimana dijelaskan:⁴²⁵

- (a). "Sponsored concessions", *involve a private concession to construct public works and/or provide public services, in which the concessionaire will receive a portion of revenues from user tariffs in addition to receiving guaranteed payments from the government. For example, in a concession for the construction and/or administration of roadway, the private concessionaire will receive a percentage of toll revenues, as well as fixed payments from the government to supplement those revenues. Should revenues fall short of expectations, the private concessionaire will at least be able to count on fixed payments to recoup part of its investment. Government payments in these*

⁴²³ Ibid., 549. Disebutkan juga oleh Nicholas Miranda: "Such a reconceptualization would facilitate procedural reforms, which would enhance transparency, responsiveness, and accountability in the agreement-making procedure, and consequently reduce corruption and local opposition to the agreements".

⁴²⁴ Lacina, "Public-Private Road", 663.

⁴²⁵ Andrew J. Dell Olio, "Public-Private Partnerships in Brazil: Opportunities and Risks for Investors", *International Law Practicum*, (Spring, 2006): 58-59.

sponsored concessions cannot exceed 70 % of the total remuneration to the private concessionaire, unless a higher percentage is expressly authorized by the law for a specific project.

- (b). “Administrative concessions”, is one in which the private concessionaire provides services to the government and receives only fixed government payments, even if that the concession incidentally involves constructing a public facility. For example, in concession for the construction and/or management of prison facility or a low-income health clinic, the private concessionaire cannot rely on a sufficient revenue stream from inmates or indigent patients, and will depend entirely on government payments.

Dalam pengalaman di Brazil, pihak swasta yang membangun dan mengoperasikan fasilitas publik diberikan kompensasi dengan dua metode.⁴²⁶ (a). *Fix government payments, or (b). All or a percentage of the concession’s revenues collected from end-users;*

Jarang ada kombinasi dari kedua metode tersebut. Masalah dasar adalah salah satu pihak mengasumsikan resiko finansial secara keseluruhan., kenyataannya sektor publik membayar keseluruhan tagihan (*bill*), anggaran yang terbatas sering mencegah investasi yang diperlukan. Dilain pihak, investor swasta selalu tidak ingin mengasumsikan resiko-resiko finansial yang melekat dari tarif sebagai hasil (*return*) dari investasi. Model konsep KPS mengurangi risiko kedua metode tersebut dengan mengkombinasikan kedua metode tersebut, sebagaimana “sponsored concessions”, yaitu:⁴²⁷

Neither the public nor the private sector need assume the full cost and risk of the project. If, for example, half the project’s cost are covered by guaranteed, fixed government payments, the investor’s overall investment risk is reduced, and a greater portion of user tariffs may be counted as profits. The guaranteed payments attract private investment, enabling the public sector to undertake projects it could otherwise not afford.

Van Vollenhoven menyebut konsesi adalah bilamana pihak swasta setelah bersepakat dengan Pemerintah, melakukan “sebagian pekerjaan pemerintahan”,

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Ibid.

atau pihak swasta yang diberi wewenang dengan beberapa syarat tertentu, bisa juga diartikan sebagai lisensi untuk melakukan suatu pekerjaan yang tertentu luasnya, dengan tidak memperbolehkan pihak lain untuk turut serta. Pekerjaan yang dilakukan terpaut kepentingan umum yang dilakukan perusahaan yang tidak mungkin dilakukan pemerintahan. Konsesi juga bisa diartikan sebagai izin, namun izin tersebut untuk kepentingan umum bukan kepentingan pribadi. Hal ini sebagaimana Pasal 1 Bepalingen dalam Staatsblad 1890 No. 190 yang membuat perbedaan antara saluran listrik yang dipasang untuk kepentingan umum dan saluran listrik yang dipasang hanya untuk kepentingan si pemohon saja.⁴²⁸ Oleh karena itu sebagaimana dikatakan Paul Craig, kontrak (konsesi) adalah sebagai alat kebijakan Pemerintah (“as a tool of government policy”).⁴²⁹

2.7.5 Aspek penggunaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara.

Menurut UUPA, pengertian tanah atau “land” dalam arti yuridis adalah selain permukaan bumi namun juga meliputi hak atas tubuh bumi di bawah dan ruang udara di atasnya dalam batas-batas keperluannya yang wajar. Mengenai pemilikan bangunan dan tanaman yang ada diatas tanah, Malaysia dan Singapura seperti juga negara-negara lain pada umumnya, menggunakan asas perlekatan (*accessie*). Mengenai pemilikan kekayaan alam dalam tubuh bumi di bawah yang dihaki, ketentuan hukumnya di berbagai negara tidak seragam. Di beberapa negara bagian Amerika Serikat seperti Arkansas, Missisipi, Ohio, Pennsylvania dan West Virginia disebut sebagai ”ownership states” dimana minyak bumi dan gas seperti halnya batubara dan mineral lainnya yang ada dalam tubuh bumi di bawah tanah adalah milik yang empunya tanah. Dalam hukum negara bagian New Soth Wales, Australia, semua minyak bumi dan helium adalah milik Crown (Pemerintah) yang penguasaannya ada pada negara bagian.⁴³⁰

⁴²⁸ Prins, W.F. dan Adisapoetra, R. Kosim. *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*. Cetakan keenam (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1987), 74-77. Menurut Prins, hak erfpacht untuk pertanian besar adalah konsesi yang diselubungi bentuk hukum perdata.

⁴²⁹ Craig, 126.

⁴³⁰ Harsono, 20-21.

Dalam konteks tanah, Michel Kerf membuat suatu daftar regulasi hukum yang perlu diketahui oleh investor sebelum masuk dalam suatu kegiatan konsesi. Salah satunya adalah dalam hukum pertanahan untuk mengetahui penggunaan dan kepemilikan tanah serta untuk mendapatkan daerah milik jalan (*right of way*).⁴³¹

Seperti dalam masalah konstitusi atas kepemilikan swasta atas tanah, dimana sebagai contoh di negara-negara Eropa barat dan Uni Sovyet dan beberapa negara seperti Vietnam (tahun 1992) mengubah konstitusi dalam upaya swastanisasi. Dalam contoh kasus tanah untuk terowongan "Tate's Cairn" di Hongkong diberikan dengan biaya bebas oleh Pemerintah termasuk pemindahan dan relokasi penduduk sekitar 15.000 penghuni liar. Pada awal swastanisasi infrastruktur biasanya keperluan tanah untuk proyek-proyek besar seperti rel kereta, terowongan, dan lainnya dilakukan oleh Pemerintah dan diserahkan kepada swasta.⁴³²

Pengalaman negara Amerika Serikat merupakan contoh yang perlu dipelajari dalam keberhasilan membangun infrastruktur, dalam hal ini adalah infrastruktur jasa telekomunikasi. Otoritas Thruway negara bagian New York sebelumnya melakukan sewa (*leased*) jasa telekomunikasi dari penyedia jasa layanan telekomunikasi (*provider*) swasta. Badan otoritas tersebut telah mengeluarkan uang dalam proporsi yang cukup banyak dalam jasa layanan ini. Otoritas Thruway kemudian melakukan antisipasi untuk meningkatkan sistem koleksi pembayaran sewa dan menyediakan jasa layanan tambahan dan hal ini memerlukan tambahan kapasitas telekomunikasi. Badan tersebut sudah memperkirakan bahwa biaya-biaya tersebut tidak dapat ditutup dengan sewa telekomunikasi yang ada.⁴³³

⁴³¹ Kerf, et. al., 16-20. Di Amerika Serikat, regulasi pengadaan tanah berbeda untuk setiap negara bagian. Negara bagian Virginia, pihak swasta bertanggungjawab untuk pembayaran biaya-biaya yang terkait pengadaan tanah. Negara bagian California, negara memegang hak atas tanah yang sudah ada pada negara, dengan demikian pajak-pajak tanah dan biaya-biaya pengadaan tanah tidak dibebankan pada pihak swasta.

⁴³² Walker and Smith, 102.

⁴³³ Erim, et.al., "Financing Sources", 853

Badan otoritas tersebut dapat meningkatkan akses jasa layanan telekomunikasi dalam kendala anggaran dengan cara masuk dalam KPS dengan perusahaan "fiber optic". Perusahaan tersebut akan membangun, memasang jaringan, memasarkan, dan mengoperasikan jaringan "fiber optic" disepanjang daerah milik jalan (*right-of-way*) milik otoritas Thruway. Perusahaan "fiber optic" melakukan kontrak pengoperasian dan pemeliharaan jaringan untuk waktu 20 tahun. Hasilnya, otoritas Thruway menerima penggunaan jaringan "fiber optic" dengan cukup besar untuk melayani semua kebutuhan telekomunikasi. Otoritas Thruway kemudian menyewakan (*leased*) kelebihan kapasitas jaringan pada pihak ketiga dan menerima persentase *fee*. Perusahaan "fiber optic" juga menerima persentase *fee* dari pihak ketiga untuk penggunaan daerah milik jalan (*right-of-way*). Dengan demikian terjadilah *win-win solution* (solusi yang menguntungkan bersama) dari kedua belah pihak.⁴³⁴

2.7.6 Aspek pengadaan dan pendanaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di beberapa negara.

Pemerintah Amerika Serikat memberikan kewenangan regulasi pada tiap-tiap negara bagian. Regulasi tersebut berbeda untuk tiap-tiap negara bagian. Sebagai contoh adanya perbedaan regulasi pengadaan tanah di negara bagian Virginia dan negara bagian California.⁴³⁵

(a). Negara bagian Virginia "Dulles Greenway".

Investasi jalan tol "Dulles Greenway" pada tahun 1995 dengan pola BOT dilakukan berdasarkan *the Virginia Highway Corporation Act*. Department of Transportation memberikan pihak swasta 42 tahun hak *franchise* untuk membangun dan mengoperasikan proyek dan membuat pihak swasta bertanggungjawab untuk pembayaran biaya-biaya yang terkait dengan pengadaan tanah (*acquisition of the right of way*) dan persyaratan dampak lingkungan (*environment requirement*), kemudian juga membiayai biaya-biaya terkait pengoperasian dan pemeliharaan. Oleh karena hak atas tanah ada pada tangan

⁴³⁴ Ibid.

⁴³⁵ Carlson, "Public-Private Partnership", 36.

pihak swasta, pihak swasta harus membayar pajak-pajak tanah (*real estate taxes*) dan biaya asuransi (*liability insurance*).

(b). Negara bagian California "State Route 91".

"The California Private Transportation Company" membuka proyek "State Route 91" pada tahun 1995, yang diberikan otorisasinya secara khusus dalam tahun 1989 oleh peraturan dewan perwakilan California (*California's legislature*). Kerjasamanya adalah 35 tahun sejak saat dibuka, dan seperti kasus "Dulles Greenway", pihak swasta bertanggungjawab untuk biaya-biaya terkait dengan pengoperasian dan pemeliharaan, termasuk yang ada dalam ketentuan-ketentuan polisi jalan bebas hambatan negara (*the provision of state police on the highway*). Oleh karena negara memegang hak atas tanah (*title to the land and the right of way*) yang sudah ada pada negara, pajak-pajak tanah (*property taxes*) dan biaya-biaya pengadaan tanah (*acquisition of right-of-way*) tidak dibebankan pada pihak swasta.

Amerika Serikat secara umum, swasta berperan dalam bagian besar infrastruktur publik dari pada negara-negara lain. Sektor transportasi lebih tinggi dari sektor lainnya. Namun, kenaikan pendapatan pajak negara bagian (*federal*) tidak meningkatkan pertumbuhan jalan (*highways*), hasilnya pada awal tahun 1990-an berbagai metode keterlibatan swasta untuk konstruksi jalan dikembangkan, khususnya di Virginia dan California. Pada tahun 1991 dibentuk "the Intermodal Surface Transportation Act of 1991" ("ISTEA") yang memperbolehkan pendanaan negara bagian (*federal*) digunakan untuk "non-interstate toll roads", yang terkait dengan pendanaan negara atau swasta. Pada tahun 1995 dibentuk "the National Highway System Designation Act" ("NHS") yang memperbolehkan menciptakan bank infrastruktur negara, yang memberikan pendanaan negara bagian (*federal*) untuk proyek pembiayaan swasta. Pada tahun 1998 dibentuk "the Transportation Infrastructure Finance and Innovation Act" ("TIFA") yang secara khusus mendorong penggunaan pembiayaan swasta untuk proyek besar transportasi (US \$ 100 million-plus).⁴³⁶

⁴³⁶ Yescombe, 19-48.

Secara historis swastanisasi jalan tol di Amerika Serikat telah mulai pada awal abad ke-19. Untuk merebut peran swasta, negara bagian New Jersey di Amerika Serikat, memberikan dorongan dengan cara memberikan penawaran-penawaran seperti memberikan hibah tanah (*land grants*) pada swasta. Hal ini sebagaimana yang ditulis James A. Dunn bahwa pemerintahan negara bagian harus tetap maju dengan memberikan dukungan yang diperlukan: "direct stock ownership, subsidies, loans, monopoly charters and franchises, land grants, tax incentives, dedicated streams of public revenue, etc."⁴³⁷

Pengalaman negara Cina, dalam hal pengadaan tanah (*land acquisition*) dan permukiman kembali (*resettlement*) dilakukan dengan keterlibatan pemerintahan lokal dalam pembangunan jalan tol untuk mengurangi risiko. Apabila pengadaan tanah dilakukan swasta harga tanah akan lebih tinggi dibandingkan bila dilakukan oleh Pemerintah. Seringkali keputusan bagaimana mengalokasikan pembayaran pembebasan tanah masih belum selesai sampai setelah pembangunan jalan telah diselesaikan. Dengan demikian dalam hal pengadaan tanah bisa dilakukan baik secara tunai (*in cash*) atau dalam kisaran opsi-opsi dukungan Pemerintah.⁴³⁸

2.8 Pengalaman kegagalan KPS model kontrak BOT infrastruktur jalan tol swasta di negara Mexico.

Pengalaman Mexico merupakan contoh yang perlu dipelajari dalam kegagalannya membangun infrastruktur, dalam hal ini adalah infrastruktur jalan tol. Target 6000 Km jalan tol telah direncanakan pada tahun 1980-an. Selesai konstruksi, lalu lintas mulai lancar dan pendapatan (*revenue*) didapat. Permasalahannya adalah peningkatan biaya proyek yang diperkirakan Pemerintah yang berpengaruh pada pembayaran pinjaman (*loans*). Meskipun proyeksi *traffic* (lalu lintas) lebih tinggi 60 persen dari aktualnya, biaya konstruksi melampaui tiga kali perkiraan. Masalah lain adalah devaluasi mata uang Peso, kemudian undang-

⁴³⁷ Walker, R. David Walker, "Enabling The Privatizing Of Toll Roads", subbab 1 A.

⁴³⁸ W.G. Wood, Chairman CPCS Transcom Ltd. (28-30 October 2002), subbab 4.3. Lihat juga Kerf, et. al., 16-20. Dan lihat juga Walker and Smith, 102.

undang di Mexico mensyaratkan konstruksi dengan 3 (tiga) paralel jalan untuk setiap konstruksi jalan tol sehingga biaya konstruksi menjadi tinggi. Disamping itu juga masa konsesi yang singkat 8-14 tahun. Permasalahan-permasalahan tersebut membuat pemegang konsesi menaikkan tarif tol. Akibatnya *traffic* (lalu lintas) dan pendapatan (*revenue*) menurun.⁴³⁹

Pelajaran yang dapat diambil dari kegagalan Mexico dalam membangun infrastruktur jalan tol adalah, *pertama* operasional harus dapat berjalan terus, sesuai dengan proyeksi Pemerintah dan pendapatan yang layak. Satu hal yang juga harus dipelajari adalah Mexico memberikan konsesi pada penawar yang memberikan estimasi penyelesaian proyek yang tersingkat (*the shortest completion time*).⁴⁴⁰ Pelajaran *kedua* adalah Pemerintah harus meningkatkan kompetisi. Pelajaran *ketiga* adalah proyek infrastruktur harus konsisten dengan kebutuhan dan permintaan pengguna. Dan *keempat*, tidak satupun model yang sempurna untuk semua proyek infrastruktur. Tipe-tipe pembiayaan yang ada dapat mengubah aturan-aturan konsesi.⁴⁴¹

2.9 Pengalaman keberhasilan KPS model kontrak BOT infrastruktur jalan tol swasta di negara Amerika Serikat.

Memperkenalkan regulasi (*the enabling bill*) di dewan perwakilan rakyat (senat) New Jersey, Amerika Serikat, terlihat sebagai suatu dorongan politik untuk swastanisasi transportasi di negara bagian tersebut. Meskipun perjanjian secara umum swastanisasi jalan tol Pemerintah akan membangkitkan keuntungan substansial, sentimen publik tetap ada terhadap manuver swastanisasi tersebut. Keberhasilan regulasi di New Jersey bisa menjadi contoh termasuk dalam legislasi yang dibuat secara *tailored* (sesuai kebutuhan) di New Jersey. Dari keberhasilan New Jersey, R.David Walker mengklasifikasi model legislasi di negara-negara bagian Amerika Serikat, dalam tiga model, yaitu:

⁴³⁹ Erim, et.al., "Financing Sources", 851-853.

⁴⁴⁰ Ibid. Sebagai perbandingan, pengalaman Argentina dalam pembangunan jalan tol adalah memberikan konsesi pada perusahaan dengan tarif tol yang terendah (*the lowest projected tolls*).

⁴⁴¹ Ibid.

(a). Negara-negara bagian dengan legislasi KPS.⁴⁴²

Pertama adalah model regulasi penuh (*heavily regulated PPP enactment model*) dimana negara-negara bagian mengeluarkan banyak sekali peraturan perundang-undangan untuk mengontrol bagian-bagian substansial perjanjian KPS. Dalam banyak kasus, peraturan-peraturan tersebut pada akhirnya berdampak pada bentuk perjanjian KPS. Dalam beberapa contoh, regulasi dapat membatasi KPS dalam usulan-usulan yang tidak menguntungkan, dan secara efektif melemahkan kepentingan sektor swasta. Dengan demikian maka, memaksakan keseimbangan antara efektifitas dan pemaksaan regulasi adalah aspek penting dalam proses legislasi. Contoh kasus dalam hal ini adalah beberapa negara bagian membentuk badan pemerintahan (*government tolling enterprises*) yang khusus menangani regulasi perjanjian-perjanjian KPS seperti di negara bagian Colorado. Bentuk lain kontrol Pemerintah adalah otoritas untuk memberikan batas maksimum tarif tol, dengan kekuasaan menetapkan kasus perkasus masing-masing perjanjian KPS secara khusus. Seperti di negara bagian Indiana, Department of Transportation menetapkan: (i) menetapkan jumlah maksimum untuk biaya pengguna jasa; dan (ii) memberikan peningkatan dan penurunan maksimum jumlah biaya pengguna jasa berdasarkan indeks, metodologi, atau faktor lain yang dianggap sesuai oleh Department of Transportation.

Kedua model pembatasan atau keperluan re-otorisasi (*limitation or re-authorization requirements model*) dimana negara-negara bagian berusaha membatasi lingkup inisiatif KPS dengan cara membatasi jumlah total proyek atau mensyaratkan persetujuan legislative tambahan (*additional legislative approval*) untuk masing-masing proyek. Dalam beberapa contoh negara bagian membuat peraturan perundang-undangan yang memungkinkan satu proyek yang secara jelas proyek tersebut disebutkan diperaturan perundang-undangan tersebut. Contoh lain memberikan otorisasi sejumlah proyek sebagai "pilot projects" dalam rangka menilai keefektifan proyek-proyek tersebut seperti dilakukan di negara bagian Arizona dengan membentuk peraturan khusus yang diberi nama "Transportation

⁴⁴² Walker, "Privatizing Toll Roads", subbab II A.

Facility Pilot Projects” yang secara jelas melarang persetujuan lebih dari dua proyek. Permasalahan legislasi yang muncul dalam hal ini adalah apakah penawaran dilakukan secara terbuka (*solicited*) atau tidak melalui proses penawaran (*unsolicited bids*), namun negara-negara bagian kebanyakan tidak memilih *unsolicited bids*. Negara bagian Louisiana memilih proses penawaran baik penawaran dilakukan secara terbuka (*solicited*) maupun tidak melalui proses penawaran (*unsolicited bids*), dalam model ini tarif tol yang ditetapkan oleh badan hukum swasta hanya akan direview setelah adanya fakta-fakta yang masuk akal secara umum bagi Department of Transportation negara bagian Louisiana.

(b). Otorisasi KPS melalui regulasi badan administratif.⁴⁴³

Dalam kasus regulasi di negara bagian Maryland (*Maryland model*) merupakan model yang baik untuk dipelajari dalam memberikan interpretasi otorisasi KPS dimana legislatif mengalami jalan buntu (*deadlocked*) dalam menghadapi masalah KPS. Awalnya tidak satupun peraturan perundang-undangan negara bagian Maryland memberikan otorisasi Pemerintah untuk melakukan kontrak dengan badan hukum swasta untuk membangun proyek-proyek KPS. Namun demikian, Department of Transportation negara bagian Maryland membentuk badan pengatur yang mengatur proyek-proyek KPS yang berada dalam horison Pemerintah. Proyek-proyek KPS tersebut termasuk usulan swastanisasi bagian dari ”the Capital Beltway (I-495)” dan ”the Baltimore Beltway (I-895). Meskipun kurangnya tindakan legislatif, the Attorney General telah melakukan penegakkan atas metode ini yang memberikan otorisasi proyek-proyek KPS, dan dengan formulasi sekarang, kode etik (*code*) dari the Department of Transportation berlaku sebagai dokumen pengaturan (*governing document*) untuk semua proyek-proyek akan datang.

Dalam keputusannya pada tahun 1996, *the Attorney General* membentuk otoritas untuk KPS dalam bidang transportasi berdasarkan fakta bahwa negara bagian tidak melarang badan usaha swasta untuk memiliki, membangun atau memelihara jalan bebas hambatan. Badan otoritas tersebut yaitu Maryland

⁴⁴³ Ibid., subbab II B.

Transportation Authority (MTA) yang memiliki kewenangan terkait pengawasan, pembiayaan, pembangunan, pengoperasian, pemeliharaan dan perbaikan fasilitas-fasilitas transportasi. MTA juga diberi otoritas untuk membuat kontrak-kontrak baik diperlukan atau secara insidental untuk melaksanakan kewenangannya. Dengan demikian the Attorney General membentuk klausula dimana klausula tersebut ada kemampuan bergabung dengan badan hukum swasta untuk pengoperasian jalan raya milik Pemerintah.

(c). Legislasi model administrasi "Federal Highway".⁴⁴⁴

Dalam model regulasi ini regulasi diumumkan oleh Federal Highway Administration (FHA). FHA telah memeriksa peraturan perundang-undangan negara bagian yang memberikan otorisasi KPS secara umum dan mengusulkan pendekatan-pendekatan pada tujuan-tujuan kebijakan khusus. Tujuan FHA adalah untuk memberikan pemerintahan negara bagian dengan suatu contoh elemen dasar apa untuk mempertimbangkan dan memberi amanat dalam peraturan yang memberi otorisasi KPS. Artinya, sebagai cerminan ketentuan-ketentuan inti terkait masalah pertimbangan negara bagian dalam mengejar keterlibatan sektor swasta yang lebih besar dalam jasa layanan transportasi. Dalam model ini, para perancang peraturan perundang-undangan negara federal melihat proses individual yang lebih besar dimana pemerintahan negara bagian diberi kebijakan yang lebih luas dalam membuat persyaratan ketentuan (*terms*) secara individual agar sesuai dengan kebutuhan proyek-proyek tertentu (*specific projects*).

Contoh dalam hal ini adalah regulasi yang melindungi elemen-elemen yang dibutuhkan dalam setiap perjanjian KPS. Pada intinya regulasi ini menetapkan aspek-aspek minimum perjanjian yang harus dilaksanakan. Sebagai kebalikannya dari model ini adalah hanya menyatakan bahwa biaya-biaya pengguna jasa diperbolehkan dalam infrastruktur KPS dan ketentuan bagi hasil pendapatan harus dinegosiasikan sebelumnya. Contoh yang sama, adalah keseimbangan perjanjian KPS hanya menetapkan elemen-elemen minimum dalam perjanjian KPS yang harus dilindungi namun memberikan tanpa batas atas bentuk

⁴⁴⁴ Ibid., subbab II C.

perjanjian. Tanggungjawab para pihak, alokasi properti (*the property interest*), pembagian biaya-biaya akan ditentukan dalam tiap perjanjian yang akan dibuat antara pihak swasta dan negara bagian. Model ini juga memberikan penerimaan “unsolicited proposals” dari badan usaha swasta yang akan bekerjasama dengan negara bagian. Penolakan the State Department of Transportation dari proposal “unsolicited” adalah pembatasan utama dalam pembangunan proyek-proyek KPS, dalam hal ini FHA bersifat “less restrictive” dari legislasi lainnya dan lebih toleran. Perbedaan-perbedaan kebijakan tersebut disebabkan karena masalah persaingan politik dimana banyak negara bagian menghadapi legislasi KPS dan mencari untuk penerapannya. Legislasi KPS dikebanyakan negara bagian umumnya merefleksikan kompromi antara pendukung KPS dan yang melarang pelaksanaannya secara bersama, dan yang terpenting pada akhirnya adalah negosiasi Pemerintah dengan badan usaha swasta.

Dari model-model yang ada paling tidak ada tiga masalah yang perlu diperhatikan untuk studi membuat draft (*redrafting*) legislasi KPS:⁴⁴⁵

- (i) Menetapkan siapa yang mengawasi otoritas penetapan tarif – *Determining who has control of rate setting authority*;
- (ii) Menetapkan dimana pelaksanaan perjanjian sewa dialokasikan – *Defining where the proceeds of a lease agreement will be allocated*, dan
- (iii) Mengamankan nasib para pekerja jalan bebas hambatan yang ada berdasarkan perjanjian sewa baru – *Addressing the fate of current state highway workers under new lease agreements*.

⁴⁴⁵ Ibid., subbab III.

BAB 3

PENERAPAN KPS MODEL KONTRAK BOT PEMBANGUNAN INFRASTRUKTUR JALAN TOL SWASTA DI INDONESIA

3.1 Kesiapan Hukum Tanah Nasional Dalam Mendukung Pembangunan Infrastruktur Jalan Tol Di Indonesia

3.1.1 Hak Kebendaan Atas Tanah Di Indonesia

Apa yang dimaksud dengan benda tersimpul dari ketentuan Pasal 499 KUHPerdota yang menyatakan: “Menurut paham undang-undang yang dinamakan kebendaan ialah, tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak, yang dapat dikuasai oleh hak milik”. Dari definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa pengertian benda ialah segala sesuatu yang dapat dihaki atau dijadikan objek hak milik.⁴⁴⁶

Hak milik dalam hukum kebendaan Perdata Barat lebih dikenal dengan sebutan hak *eigendom* dan lazim disebut *eigendom* saja. Jadi *eigendom* dapat diartikan sebagai milik pribadi, sedangkan *eigendomsrecht* berarti hak milik pribadi.⁴⁴⁷ Pasal 570 KUHPerdota menyebut *eigendom* sebagai:⁴⁴⁸

Hak untuk menikmati manfaat suatu kebendaan dengan leluasa, dan dengan kedaulatan sepenuhnya berbuat bebas terhadap kebendaan itu, asal tidak bertentangan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh penguasa yang berwenang dan tidak mengganggu hak-hak orang lain; kesemuanya itu dengan tak mengurangi kemungkinan pencabutan hak tersebut demi kepentingan umum berdasarkan atas ketentuan undang-undang dan pembayaran sejumlah ganti rugi.

⁴⁴⁶ Hasbullah, Frieda Husni. *Hukum Kebendaan Perdata: Hak-Hak Yang Memberi Kenikmatan - Jilid 1*. Jakarta: Ind-Hill-Co, 2005, 19. Jadi cakupannya sangat luas, karena disamping istilah benda (*zaak*), di dalamnya terdapat istilah barang (*goed*) dan hak (*recht*). Ini berarti istilah benda pengertiannya masih bersifat abstrak karena tidak saja meliputi benda berwujud tetapi juga benda tidak berwujud. Sedangkan barang mempunyai pengertian yang lebih sempit karena bersifat konkrit dan berwujud artinya dapat dilihat dan diraba misalnya, buku, pensil, meja, kursi, dan lain-lain. Hak, menunjuk pada pengertian benda yang tidak berwujud (*immaterieel*) misalnya, piutang-piutang atau penagihan-penagihan seperti piutang atas nama (*vordering op naam*), piutang atas bawa/kepada pembawa (*vordering aan toonder*) dan piutang atas tunjuk (*vordering aan order*) atau berupa hak milik intelektual seperti hak pengarang /hak cipta (*auteursrecht*), hak paten (*octrooirecht*) dan hak merk (*merkenrecht*).

⁴⁴⁷ Ibid., 87-88.

⁴⁴⁸ Pasal 570 KUHPerdota.

UUPA berpangkal pada pendirian bahwa untuk mencapai apa yang ditentukan dalam pasal 33 ayat 3 UUD 1945 tidak perlu dan tidak pada tempatnya bangsa Indonesia ataupun Negara bertindak sebagai pemilik tanah. Lebih tepat jika Negara sebagai organisasi kekuasaan dari seluruh rakyat (bangsa) bertindak selaku badan penguasa yang menguasai tanah berdasarkan legitimasi.⁴⁴⁹

Hak kebendaan yang merupakan hak konsesionaris secara hukum (dalam suatu konstruksi hukum atau bangunan hukum) haruslah terletak diatas suatu hak kebendaan lain. Dalam hal infrastruktur jalan tol maka hak tersebut berada diatas hak atas tanah. Suatu hak saja tanpa diikuti yang lain, maka hak tersebut tidak berarti apa-apa. Sebagai contoh hak sewa adalah hak untuk menyewa. Hukum membedakan hak dalam dua bagian, yaitu hak benda (*ius in re*) dan hak perikatan (*ius ad rem*). Hak benda bersifat absolut artinya pemegang hak berhak dilindungi terhadap gangguan dari siapa pun datangnya. Hak perikatan bersifat relatif artinya lahir dari perikatan dimana pemegang hak yang mendapat perlindungan tidak berhadapan dengan siapa saja melainkan dengan orang tertentu yang sudah diketahui terlebih dahulu. Hak absolut atas benda (*ius in re*), maka hak itu terdapat dalam benda tersebut. Hak relatif atas benda (*ius ad rem*), maka hak tersebut baru ada melalui suatu perikatan. Hak benda sendiri merupakan sebagian dari hak absolut. Masih ada hak absolut lainnya seperti hak cipta, hak merek, hak oktroi.⁴⁵⁰

Hak-hak benda tersebut adalah: hak milik (HM), hak pengabdian pekarangan, hak guna bangunan (HGB), hak guna usaha (HGU), hak bunga tanah, hak (pakai) hasil, hak pakai (HP), hak mendiami, gadai, hipotek (sekarang hak tanggungan), hak bezit.⁴⁵¹ Hak-hak benda tersebut mempunyai ciri-ciri: (1) yang berhak, berwenang mempergunakan dan menguasai benda yang bersangkutan,

⁴⁴⁹ Erwiningsih, Winahyu, *Hak Menguasai Negara Atas Tanah*. Yogyakarta: UII-Total Media, 2009,42.

⁴⁵⁰ Mahadi. *Hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, kerjasama dengan Badan Pembinaan Hukum Nasional, cetakan pertama September. Jakarta: Binacipta, 1983, 14 -18. Hak benda dibedakan dengan hak perorangan dimana hak benda menimbulkan hubungan hukum secara langsung antara seseorang dengan suatu benda. Hak perorangan menimbulkan hubungan hukum antara dua orang atau lebih mengenai suatu benda atau sesuatu.

⁴⁵¹ *Ibid.*, 23.

sesuai dengan tujuan hak tersebut yang diberikan padanya, (2) setiap pihak ketiga tidak boleh mengganggu yang berhak dalam ia mempergunakan haknya itu, (3) yang berhak, dapat meminta kembali benda yang bersangkutan dari seseorang pemegang benda itu yang jatuh bangkrut, seolah-olah tidak ada kebangkrutan, (4) biasanya, memperoleh dan menyerahkan hak benda, tunduk pada asas publisitas, (5) yang berhak, dimana perlu dapat dilindungi dengan mempergunakan tangan besi, (6) dalam hal yang berhak mengambil benda yang bersangkutan atau melakukan tindakan penguasaan (*daarover beschikken*), maka ia tidak melakukan tindak pidana terhadap benda kepunyaan orang lain, (7) dalam hal terdapat dua hak pada satu benda, maka yang lebih tua mendapat kedudukan yang lebih tinggi, (8) kewenangan yang berhak dianggap timbul dari hak itu sendiri; sedangkan kewenangan orang yang mempunyai hak perorangan pada umumnya ditimbulkan oleh peristiwa hukum (*rechtsfeit*), yang melahirkan hak tersebut, biasanya perjanjian.⁴⁵²

Ada beberapa hak atas tanah yang bukan termasuk tanah negara, yaitu: HM, HGU, HGB, HP, hak sewa, hak membuka tanah, hak memungut hasil hutan, dan hak-hak lain yang tidak termasuk hak-hak tersebut yang akan ditetapkan dengan undang-undang dan hak-hak yang sifatnya sementara.⁴⁵³

3.1.2 Hak Menguasai Negara (HMN) Atas Tanah Di Indonesia

Dalam konsepsi hukum tanah nasional disebutkan bahwa seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, dalam wilayah Republik Indonesia adalah bumi, air dan ruang angkasa bangsa Indonesia (hak bangsa Indonesia). Hal ini menunjukkan bahwa tidak ada sejengkal tanahpun di Negara kita yang merupakan apa yang disebut "res nullius" atau tanah tidak bertuan.⁴⁵⁴ Hak bangsa Indonesia tersebut kemudian dikuasai negara sebagai hak menguasai negara (HMN).⁴⁵⁵ Negara adalah organisasi kekuasaan seluruh rakyat

⁴⁵² Ibid., 19.

⁴⁵³ Pasal 16 ayat 1 UUPA.

⁴⁵⁴ Pasa 1 ayat 1 dan 2. Lihat Harsono, 214 -216.

⁴⁵⁵ Pasal 33 ayat 3 UUD 1945.

Indonesia untuk melindungi segenap tanah air Indonesia dan melaksanakan tujuan bangsa Indonesia untuk memajukan kesejahteraan umum.⁴⁵⁶ Untuk melaksanakan tujuan tersebut, Negara mempunyai hubungan hukum dengan tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia agar dapat memimpin dan mengatur tanah-tanah di seluruh wilayah Indonesia atas nama bangsa Indonesia melalui peraturan perundang-undangan, yaitu UUPA dan peraturan pelaksanaannya.⁴⁵⁷

Hak bangsa Indonesia tersebut dapat menjadi hak-hak perorangan yang individual. Dalam konsepsi hukum tanah nasional maka hak bangsa Indonesia tersebut bisa menjadi "hak-hak primer", yaitu: HM, HGU, HGB, dan HP, yang diberikan oleh Negara sebagai petugas bangsa. Hak-hak yang bersumber tidak langsung dari hak bangsa Indonesia, adalah disebut sebagai "hak-hak sekunder", yaitu hak-hak yang diberikan oleh pemegang hak primer, seperti hak sewa, bagi hasil, gadai dan lain-lainnya.⁴⁵⁸

3.1.3 Hak Pengelolaan (HPL) Atas Tanah Di Indonesia

Adanya HPL ini dalam hukum tanah nasional tidak disebut dalam UUPA, tetapi menurut pendapat Boedi Harsono, HPL tersirat dalam pernyataan dalam penjelasan umum, bahwa:⁴⁵⁹

Dengan berpedoman pada tujuan yang disebutkan di atas, Negara dapat memberikan tanah yang demikian (yang dimaksudkan adalah tanah yang tidak dipunyai dengan sesuatu hak oleh seseorang atau pihak lain) kepada seseorang atau badan-badan dengan sesuatu hak menurut peruntukan dan keperluannya, misalnya dengan hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan atau hak pakai atau memberikannya dalam pengelolaan kepada sesuatu Badan

⁴⁵⁶ Pasal 2 ayat (1) UUPA.

⁴⁵⁷ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan Pemerintah di Bidang Pertanahan* (Jakarta: Rajawali Pers, 2008), 23. Menurut Arie Sukanti, hak bangsa Indonesia mengandung dua unsur, yaitu: (a) unsur kepunyaan bersama yang bersifat perdata, tetapi bukan berarti hak kepemilikan dalam arti yuridis, tanah bersama dari seluruh rakyat Indonesia yang telah bersatu menjadi bangsa Indonesia (Pasal 1 ayat 1 UUPA), pernyataan ini menunjukkan sifat komunalistik dari konsepsi hukum tanah nasional, (b) unsur tugas kewenangan yang bersifat publik untuk mengatur dan memimpin penguasaan dan penggunaan tanah yang dipunyai bersama, 20-21.

⁴⁵⁸ Harsono, 220.

⁴⁵⁹ Harsono, 246.

Penguasa (Kementerian, Jawatan atau Daerah Swatantra) untuk dipergunakan bagi pelaksanaan tugasnya masing-masing...

Bagian-bagian tanah HPL tersebut dapat diberikan kepada pihak lain dengan hak-hak: HM, HGB atau HP. Pemberiannya dilakukan oleh pejabat Badan Pertanahan Nasional (BPN) yang berwenang atas usul pemegang HPL yang bersangkutan. Sebagaimana halnya dengan tanah Negara, selama dibebani hak-hak atas tanah tersebut HPL yang bersangkutan tetap berlangsung. Setelah jangka waktu HGB atau HP yang dibebankan itu berakhir, menurut Pasal 10 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 1 Tahun 1977, tanah yang bersangkutan kembali kedalam penguasaan sepenuhnya dari pemegang HPL.⁴⁶⁰

HPL merupakan hak menguasai oleh Negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegang haknya. Pengertian ini dapat diartikan bahwa HPL merupakan salah satu hak atas tanah, namun hanya merupakan pelimpahan HMN. HMN tersebut berdasarkan ketentuan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 menyebutkan bahwa bumi, air, dan ruang angkasa termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh Negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat.⁴⁶¹

Dalam penyediaan dan pemberian tanah itu, pemegang haknya diberi kewenangan untuk melakukan kegiatan yang merupakan sebagian kewenangan Negara. Sehubungan dengan itu, HPL pada hakekatnya bukan hak atas tanah, melainkan merupakan "gempilan" HMN. HPL misalnya telah diberikan kepada Industrial Estate Rungkut Surabaya, Perum Perumnas, dan Otorita Batam.⁴⁶²

Semula, HPL dimaksudkan sebagai "fungsi" pengelolaan, namun dalam perkembangannya kemudian, fungsi itu berubah menjadi "hak" (cenderung ke

⁴⁶⁰ Ibid., 247. Hak Pengelolaan (HPL) bersifat "Gempilan" Hak Menguasai Negara, yang artinya tidak dapat dipindahtangankan. Maka tidak memenuhi syarat untuk dapat dijadikan jaminan hutang. Karena itu UU Nomor 4/1996 menyebut Hak Pengelolaan tidak ditunjuk sebagai objek Hak Tanggungan.

⁴⁶¹ Hutagalung, 49-50.

⁴⁶² Ibid. HPL juga memberi wewenang untuk merencanakan peruntukan dan penggunaan tanah, menggunakan tanah, dan menyerahkan bagian-bagian tanah kepada pihak ketiga (lihat Pasal 3 Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 5 Tahun 1974 Tentang Ketentuan –Ketentuan Mengenai Penyediaan Dan Pemberian Hak Untuk Keperluan Perusahaan.

arah perdata). AP Parliindungan berpendapat bahwa HPL adalah hak atas tanah yang tidak dijumpai istilahnya di dalam UUPA, sedangkan Boedi Harsono berpendapat bahwa HPL adalah "gempilan" dari HMN. Pemegang HPL mempunyai kewenangan menggunakan tanahnya untuk keperluan sendiri, ditegaskan oleh Boedi Harsono bahwa hal itu bukanlah tujuan pemberian HPL. Tujuan utama pemberian HPL adalah bahwa tanah HPL itu disediakan untuk digunakan bagi pihak lain yang memerlukan.⁴⁶³

HPL merupakan bagian dari HMN yang sebagian kewengannya dilimpahkan kepada pemegang HPL. Oleh karena itu, HPL itu merupakan fungsi/ kewenangan publik sebagaimana HMN, dan tidak tepat untuk disamakan dengan "hak" sebagaimana diatur dalam pasal 16 UUPA karena hak atas tanah hanya menyangkut aspek keperdataan. Akan tetapi, karena kebutuhan praktis yakni untuk memberikan hak atas tanah di atas HPL kepada pihak ketiga lebih mengemuka, maka pemberian hak atas tanah kepada pihak ketiga melalui perjanjian antara pemegang HPL dengan pihak ketiga itu pada akhirnya lebih menonjolkan aspek keperdataan dari HPL itu sendiri.⁴⁶⁴

Oleh karena setelah berjalan sekian lama dijumpai berbagai kesimpangsiuran pemahaman tentang HPL dan berbagai implikasinya, maka koreksi terhadap kedudukan HPL itu mulai dilakukan semenjak tahun 1996 (kembali ke arah publik).⁴⁶⁵ Yang dapat menjadi pemegang HPL menurut Pasal 67 ayat (1) Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala BPN No. 9/ 1999 Tentang Tata Cara Pemberian dan Pembatalan Hak Atas Tanah Negara dan Hak Pengelolaan:⁴⁶⁶

- (a) Instansi Pemerintah termasuk Pemerintah Daerah;

⁴⁶³ Sumardjono, *Tanah – Perspektif Hak*, 203-204. Dalam SK Pemberian HPL dicantumkan persyaratan yang harus dipenuhi, antara lain tentang kewajiban untuk mendaftarkan tanah. Sertifikat HPL ditandatangani oleh Kepala Kantor Pertanahan (Vide Peraturan Menteri Agraria/ Kepala BPN/ No./1997 tentang ketentuan Pelaksanaan PP No. 24/ 1997 Tentang Pendaftaran Tanah), 207.

⁴⁶⁴ Ibid.

⁴⁶⁵ Ibid., 205-206. Lihat PP No. 40/1996 dan Peraturan Menteri Agraria/ Kepala BPN No. 9/ 1999 tentang Tata Cara Pemberian dan Pembatalan Hak Atas Tanah Negara dan Hak Pengelolaan. HPL juga merupakan objek pendaftaran tanah (lihat Pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah, LN No. 59 Tahun 1997, TLN No. 3696).

⁴⁶⁶ Ibid., 207.

- (b) Badan Usaha Milik Negara;
- (c) Badan Usaha Milik Daerah;
- (d) PT. Persero;
- (e) Badan Otorita;
- (f) Badan-badan hukum Pemerintah lainnya yang ditunjuk Pemerintah.

Dalam praktik terdapat berbagai jenis HPL, yakni antara lain :⁴⁶⁷

- (a) HPL Pelabuhan;
- (b) HPL Otorita;
- (c) HPL Perumnas;
- (d) HPL Pemerintah Daerah;
- (e) HPL Transmigrasi;
- (f) HPL Instansi Pemerintah; dan
- (g) HPL Industri/ Pertanian/Pariwisata/Perkeretaapian

Hubungan hukum yang menjadi dasar pemberian hak atas tanah oleh pemegang HPL kepada pihak ketiga dinyatakan dalam Surat Perjanjian Penggunaan Tanah (SPPT). Dalam praktik, SPPT tersebut dapat disebut dengan nama lain, misalnya Perjanjian Penyerahan, Penggunaan, dan Pengurusan Hak Atas Tanah (selanjutnya disebut “Perjanjian”). Pembuatan perjanjian dilakukan dalam rangka pelaksanaan perjanjian, pemilikan, pengelolaan, dan penyerahan kembali tanah, gedung, dan fasilitas penunjang, disebut juga sebagai BOT atau bangun serah guna. Dalam hal ini perjanjian BOT didefinisikan sebagai:⁴⁶⁸

“Perjanjian antara dua pihak, dimana pihak pertama menyerahkan penggunaan tanahnya untuk didirikan suatu bangunan di atasnya oleh pihak kedua, dan pihak kedua berhak mengoperasikan atau mengelola bangunan tersebut dalam jangka waktu tertentu, dengan memberikan *fee* atau tanpa *fee* kepada pihak pertama, dan pihak kedua wajib mengembalikan tanah beserta bangunan di atasnya dalam keadaan dapat dan siap dioperasikan kepada pihak pertama setelah jangka waktu berakhir”.

Atas kesimpangsiuran pemahaman tentang HPL dan berbagai implikasinya, Penulis berpendapat bahwa HPL bukanlah hak atas tanah sebagaimana Pasal 16 ayat 1 UUPA. HPL berdasarkan Pasal 16 ayat 1 UUPA

⁴⁶⁷ Ibid., 208.

⁴⁶⁸ Ibid. Definisi Perjanjian BOT ini berbeda dengan model kontrak BOT pembangunan infrastruktur jalan tol yang memberi hak memungut “tol” bagi pemegang hak konsesi selama masa konsesi.

merupakan hak-hak lain yang akan diatur dalam undang-undang. Sampai saat ini belum diatur undang-undang tentang HPL.

3.1.4 Hak Pengelolaan (HPL) Dalam Konteks Barang Milik Negara Di Indonesia

Oleh karena penguasaan jalan ada pada Negara yang kewenangannya diberikan pada Pemerintah,⁴⁶⁹ maka tanah yang berada diatas jalan merupakan suatu aset atau barang milik Negara yang berada dibawah Kementerian Keuangan.⁴⁷⁰ Barang milik Negara tersebut bisa dalam bentuk HP atau HPL.

Demikian pula dengan HP yang memberikan hak menggunakan atau memungut hasil dari tanah yang dikuasai langsung oleh Negara,⁴⁷¹ tidak dapat dijadikan jaminan utang. Jangka waktu HP berdasarkan PP No. 40/ 1996 bisa berbeda-beda sesuai dengan asal tanahnya. Khusus HP yang dimiliki kementerian, lembaga Pemerintah non-departemen, Pemerintah Daerah, badan-badan keagamaan dan sosial, perwakilan negara asing, dan perwakilan badan internasional diberikan untuk jangka waktu yang tidak ditentukan selama tanahnya dipergunakan untuk keperluan tertentu.⁴⁷²

Secara umum, hak-hak sekunder yang berada di atas HPL termasuk HGB dan hak konsesi dapat dijadikan jaminan utang mengacu pada PP No. 40/ 1996. Namun secara khusus dengan terbitnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara (UU No. 1/2004) dan Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (PP No. 6/2006), maka berlakunya ketentuan umum tersebut tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang bersifat khusus (*lex specialis derogat legi generalis*) terkait dengan peralihan dan pembebanan HGB/HP di atas HPL. Dalam Pasal 49

⁴⁶⁹ Pasal 13 UU No. 38/ 2004.

⁴⁷⁰ Lihat Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara, tanggal 4 September 2007 (Permen Keu No. 96/PMK.06/2007).

⁴⁷¹ Santoso. *Hukum Agraria & Hak-Hak Atas Tanah*, cetakan ke-5 (Jakarta: Kencana, 2009), 114-115. Terjadinya hak pakai tersebut dapat berasal dari (1) hak pakai atas tanah Negara, (2) hak pakai atas tanah hak pengelolaan, dan (3) hak pakai atas tanah hak milik (lihat halaman 116-117).

⁴⁷² Ibid. 117.

ayat (5) UU No. 1/2004 ditegaskan bahwa barang milik Negara/Daerah dilarang digadaikan atau dijadikan jaminan untuk mendapatkan pinjaman. Hal ini lebih lanjut diatur dalam Pasal 29 ayat (3) huruf b PP No. 6/2006 yang menyatakan bahwa mitra bangun guna serah (BOT) atau bangun serah guna (BTO) tidak boleh meminjamkan, menggadaikan atau memindahtangankan objek BOT/BTO. Adapun yang dimaksud dengan objek BOT/BTO itu adalah tanah beserta bangunan dan atau sarana berikut fasilitasnya.⁴⁷³

Berbeda dengan praktik dimasa yang lalu, maka semenjak berlakunya UU No. 1/ 2004 yo PP No. 6/ 2006, pihak ketiga yang melaksanakan perjanjian BOT/BTO dengan pengelola barang milik Negara/Daerah tidak diperbolehkan menjaminkan, menggadaikan atau memindahtangankan objek BOT/BTO. Demikian juga mitra kerjasama pemanfaatan barang milik Negara/Daerah dilarang menggadaikan atau menjaminkan objek kerjasama pemanfaatan tersebut. Ketentuan ini dipahami karena pemanfaatan barang milik Negara/Daerah melalui perjanjian BOT/BTO hanya dimungkinkan berdasarkan 2 (dua) syarat, yakni bahwa bangunan dan fasilitas itu diperlukan bagi penyelenggaraan pemerintahan Negara/Daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi, dan tidak tersedia dana APBN/APBD untuk penyediaan bangunan dan fasilitas dimaksud.⁴⁷⁴

Hak konsesi yang juga menurut Penulis apabila berada di atas HPL dengan memberikan hak memungut “tol” selama masa konsesi, maka hak memungut “tol” tersebut tidak dapat dijadikan jaminan utang. Belajar dari kasus yang menonjolkan sisi komersial dari HPL, kasus THR Lokasari telah terdapat Putusan Mahkamah Agung RI tanggal 26 Juni 1987 Nomor 586.K/Pdt/1987. Dengan berlakunya UU No. 1/ 2004 yo PP No. 6/ 2006, maka HPL memang diarahkan

⁴⁷³ Sumardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, 211-212.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, 213. Pasal 27 ayat (1) PP No. 6/ 2006). Oleh karena itu mitra BOT/BTO yang ditetapkan melalui tender itu memang harus benar-benar mempunyai kemampuan dari segi dana/keuangan dan memang bersungguh-sungguh untuk melaksanakan kewajibannya sesuai perjanjian yang disepakati, yang isinya tidak boleh menyimpang dari ketentuan yang dimuat dalam PP No. 6/ 2006.

untuk dikembalikan dalam fungsinya semula, yakni fungsi “publik”.⁴⁷⁵

Sebagai barang milik Negara, baik HP maupun HPL tidak dapat dilakukan suatu sita jaminan.⁴⁷⁶

Keistimewaan HPL adalah bahwa walaupun bidang-bidang tanah tersebut dikuasai pihak-pihak lain dengan bermacam hak atas tanah, HPL yang bersangkutan tetap harus berlangsung dan hak penguasaan pemegang hak pengelolaan atas tanah tersebut tidak terputus. Seperti halnya hak Negara atas tanah yang dikuasainya juga tetap berlangsung, biarpun bidang tanah yang bersangkutan dikuasai pihak lain dengan macam-macam hak yang tersedia, sekalipun dengan hak milik.⁴⁷⁷

HPL juga merupakan dukungan Pemerintah dalam pembangunan infrastruktur yaitu untuk jaminan ketersediaan tanah bagi pembangunan. Hal ini

⁴⁷⁵ Santoso. 118. Mengutip A.P. Parlindungan, HP yang bersifat *publikrechtelijk*, yang tanpa *right of disposal* (tidak boleh dijual atau dijadikan jaminan utang), yaitu HP yang diberikan untuk instansi-instansi Pemerintah seperti sekolah, perguruan tinggi negeri, kantor Pemerintah, dan sebagainya, dan HP yang diberikan untuk perwakilan asing, yaitu HP yang diberikan untuk waktu yang tidak terbatas dan selama pelaksanaan tugasnya, ataupun HP yang diberikan untuk usaha-usaha sosial dan keagamaan yang diberikan untuk waktu yang tidak tertentu dan selama melaksanakan tugasnya. (lihat juga Sumardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, 215).

⁴⁷⁶ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara (UU No. 1/2004), Pasal 50:

Pihak manapun dilarang melakukan penyitaan terhadap:

- a. Uang atau surat berharga milik negara/daerah baik yang berada pada instansi Pemerintah maupun pada pihak ketiga.
- b. Uang yang harus disetor oleh pihak ketiga kepada negara/daerah.
- c. Barang bergerak milik negara/daerah baik yang berada pada instansi Pemerintah maupun pada pihak ketiga.
- d. Barang tidak bergerak dan hak kebendaan lainnya milik negara/daerah.
- e. Barang milik pihak ketiga yang dikuasai oleh negara/daerah yang diperlukan untuk penyelenggaraan tugas pemerintahan.

⁴⁷⁷ Erwiningsih, 280-282. Pengurusan tanah-tanah Negara yang merupakan kekayaan Negara secara yuridis administratif penguasaannya berada di bawah wewenang Menteri Negara Agraria/ Kepala Badan Pertanahan Nasional, sedangkan secara fisik penggunaannya berada di bawah pengurusan suatu departemen (kementerian)/lembaga yang memerlukan koordinasi dalam penanganannya. Dengan berlakunya UU No. 1 tahun 2004 jo PP No. 6 tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/ Daerah, mengembalikan HPL dalam fungsi semula, yakni fungsi publik. Oleh karenanya, tanah HPL tidak dapat diperjualbelikan atau dialihkan tetapi dapat dilepaskan (kembali kepada Negara) untuk kemudian diberikan kepada pihak lain dengan sesuatu hak sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dengan berlakunya UU No. 1 tahun 2004 jo PP No. 6 tahun 2006 tersebut mitra BOT/BTO dengan pengelola barang milik Negara/ daerah tidak diperbolehkan menjaminkan, menggadaikan atau memindahtangankan objek BOT/BTO (lihat Sumardjono, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, 213).

dapat dilihat contoh kasus dalam pembangunan pelabuhan, dimana Pemerintah melalui Surat Keputusan Bersama Mendagri dan Menteri Perhubungan Nomor 191 Tahun 1969 dan Surat Keputusan Nomor 83/0/1969, menetapkan adanya 2 (dua) kelompok lingkungan pelabuhan yaitu lingkungan kerja pelabuhan (semua tanah yang langsung mendukung pelaksanaan penyelenggaraan angkutan laut dan usaha terminal) dan lingkungan kepentingan pelabuhan (tanah-tanah di sekeliling lingkungan kerja pelabuhan untuk pengembangan lebih lanjut). Terhadap tanah-tanah dilingkungan kerja pelabuhan dengan surat keputusan bersama tersebut langsung diberikan kepada kementerian Perhubungan dengan status HPL, sedangkan disekelilingnya bukan tanah bebas dalam arti setiap penyusunan rencana tata guna tanah dalam pemberian hak atas tanah harus meminta pertimbangan dari instansi pelabuhan.⁴⁷⁸

Oleh karena penguasaan jalan ada pada Negara yang kewenangannya diberikan pada Pemerintah,⁴⁷⁹ maka tanah yang berada di atas jalan seharusnya dapat merupakan suatu HPL berada dibawah kementerian PU. Dalam konteks pemberian HPL kepada instansi kementerian PU untuk pembangunan jalan tol, Pemerintah harus memperhatikan sinkronisasi rencana jalan nasional dengan rencana tata ruang nasional. Dalam tata ruang nasional disebutkan bahwa penataan ruang adalah suatu sistem proses perencanaan tata ruang, pemanfaatan ruang, dan pengendalian pemanfaatan ruang.⁴⁸⁰ Sedangkan dalam rencana jalan nasional disebutkan bahwa sistem jaringan jalan disusun dengan mengacu pada rencana tata ruang wilayah dan dengan memperhatikan keterhubungan antar kawasan dan/atau dalam kawasan perkotaan, dan kawasan pedesaan.⁴⁸¹ Dengan HPL ini maka kementerian PU dapat memberikan HGB/HP kepada investor sebagai dasar hukum yang kuat untuk pengelolaan investasi.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi-Politik* (Jakarta: Huma, 2007), 304-305.

⁴⁷⁹ Pasal 13 UU No. 38/ 2004.

⁴⁸⁰ Undang-undang Nomor 26 tahun 2007 Tentang Penataan Ruang, Lembaran Negara RI Tahun 2007 Nomor 68 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4725, Pasal 1 butir 5.

⁴⁸¹ Peraturan Pemerintah Nomor 34 Tahun 2006 Tentang Jalan, Lembaran Negara RI Tahun 2006 Nomor 86 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4655, Pasal 6 ayat 2.

⁴⁸² Pasal 21 dan Pasal 41 PP No. 40/ 1996.

Penulis berpendapat bahwa HPL tidak cukup kuat dapat dikatakan sebagai barang milik Negara. Hal ini karena HPL belum diatur dalam undang-undang sebagai sumber hukum dan dengan demikian tidak termasuk hak-hak atas tanah sebagaimana disebutkan dalam Pasal 16 ayat 1 UUPA. Jadi, konsekuensi dari hal ini adalah pemberian HP atau HGB di atas HPL tersebut di atas tidak mempunyai landasan hukum yang kuat.

3.1.5 Hak Pakai (HP) di atas HPL dan Hak Tanggungan

Menurut Pasal 41 ayat (1) UUPA, yang dimaksud dengan HP adalah hak untuk menggunakan dan atau memungut hasil dari tanah yang dikuasai langsung oleh Negara atau tanah milik orang lain, yang memberi wewenang dan kewajiban yang ditentukan dalam keputusan pemberiannya oleh pejabat yang berwenang memberikannya atau dalam perjanjian dengan pemilik tanahnya, yang bukan perjanjian sewa-menyewa atau perjanjian pengolahan tanah, segala sesuatu asal tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan-ketentuan UUPA. Perkataan “menggunakan” dalam HP menunjuk pada pengertian bahwa HP digunakan untuk mendirikan bangunan, sedangkan perkataan “memungut hasil” dalam HP menunjuk pada pengertian bahwa HP digunakan untuk kepentingan selain mendirikan bangunan, misalnya pertanian, perikanan, peternakan, perkebunan.⁴⁸³

Pasal 41 ayat (1) UUPA menyebutkan bahwa asal tanah HP adalah tanah yang dikuasai langsung oleh Negara atau milik orang lain, sedangkan Pasal 41 PP No. 40/ 1996 lebih tegas menyebutkan bahwa tanah yang dapat diberikan dengan HP adalah tanah Negara, tanah HPL, atau tanah HM.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Santoso, 114-115. Subjek HP yang diatur dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 1996 Tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan Dan Hak Pakai (PP No. 40/1996) lebih rinci dari Pasal 42 UUPA. Pasal 39 PP No. 40/1996 merinci subjek HP: (1) Warga Negara Indonesia, (2) Badan hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia, (3) Departemen, Lembaga Pemerintah Non-Departemen, dan Pemerintah Daerah, (4) Badan-badan keagamaan dan sosial, (5) Orang asing yang berkedudukan di Indonesia, (6) Badan hukum asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia, (7) Perwakilan negara asing dan perwakilan badan internasional.

⁴⁸⁴ Ibid., 116. Untuk jangka waktu HP di atas HPL, untuk pertama kalipaling lama 25 tahun, dapat diperpanjang untuk jangka waktu paling lama 20 tahun, dan dapat diperbaharui untuk jangka waktu paling lama 25 tahun. Perpanjangan jangka waktu atau pembaharuan HP ini dapat dilakukan atas usul pemegang HPL (118-119).

UUPA tidak mengatur bahwa HP dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani hak tanggungan.⁴⁸⁵ Pembebanan HP dengan hak tanggungan diatur dalam Pasal 53 PP No. 40/ 1996, yaitu HP atas tanah Negara dan HP atas tanah HPL dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani dengan hak tanggungan, sedangkan HP atas tanah HM tidak dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani hak tanggungan. Hak tanggungan hapus dengan hapusnya HP. Ketentuan ini berbeda dengan yang diatur dalam UU No. 4/ 1996, yaitu HP yang dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani hak tanggungan adalah HP atas tanah Negara yang menurut ketentuannya wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan. Semua HP wajib didaftarkan kepada Kantor Pertanahan Kabupaten/ Kota setempat, namun ada HP yang tidak dapat dipindahtangankan sehingga tidak dapat dibebani dengan hak tanggungan, yaitu HP yang dimiliki oleh Departemen, Lembaga Pemerintah Non-Departemen, Pemerintah Daerah, Badan-Badan Keagamaan dan Sosial, Perwakilan Negara Asing, dan Perwakilan Badan Internasional.⁴⁸⁶

3.2 Aspek-aspek Terkait KPS Model Kontrak BOT Jalan Tol Swasta Di Indonesia

3.2.1. Aspek regulasi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia

Indonesia memperkenalkan KPS dalam pembangunan infrastruktur sejak tahun 1990 sampai 1997. Sektor yang diperkenalkan pada waktu awal adalah sektor infrastruktur jalan tol (*toll road*), air bersih (*water*), listrik (*electricity*) dan

⁴⁸⁵ Pasal 1 (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (UU No. 4/ 1996), menyebutkan hak tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut hak tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

⁴⁸⁶ Santoso, 120-121. Menurut Urip Santoso, ada ketidaksinkronan antara UU No. 4/ 1996 dengan PP No. 40/ 1996. Ketidaksinkronan tersebut yaitu UU No. 4/ 1996 mengatur bahwa HP atas tanah Negara dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani hak tanggungan, sedangkan dalam Pasal 53 ayat (1) PP No. 40/ 1996 mengatur bahwa HP atas tanah Negara dan HP atas tanah HPL dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani dengan hak tanggungan. Dari segi hirarkis peraturan perundang-undangan, maka PP No. 40/ 1996 menyimpangi UU No. 4/ 1996.

pelabuhan (*port*). Regulasi yang dikeluarkan dalam bentuk Undang-undang dan Peraturan Pemerintah serta Keputusan Presiden. Termasuk Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 Tentang Pengadaan Tanah Untung Kepentingan Umum (Keppres No. 55/ 1993), untuk mendukung KPS. Pada saat terjadi krisis finansial yang melanda Asia termasuk Indonesia (1998-2004) terjadi perubahan besar dalam ekonomi global, sistem politik, desentralisasi dan lembaga-lembaga pemerintahan. Pada saat itu Pemerintah mengeluarkan Keppres No. 7/ 1998 yang bersifat lintas sektoral dalam membangun infrastruktur dengan pola KPS. Beberapa undang-undang infrastruktur diterbitkan termasuk pembentukan KKPI untuk mempercepat pembangunan infrastruktur di Indonesia. Sampai pada akhirnya Pemerintah (2005-2009) melakukan beberapa regulasi yang memberikan landasan pelaksanaan KPS melalui reformasi kebijakan dan regulasi yang mengadopsi praktik-praktik yang baik (*international best practices*).⁴⁸⁷

Pada tanggal 28 Januari 2010 Pemerintah merevisi Perpres No. 67/ 2005 dengan Perpres No. 13/ 2010.⁴⁸⁸ Revisi itu untuk memperlancar KPS dalam membangun infrastruktur dan merupakan program 100 hari yang harus dicapai Bappenas. Menurut Armida Alisjahbana sebagai Kepala Bappenas, revisi Perpres No. 67/ 2005 dilakukan karena aturan yang ada tentang KPS dalam pengadaan infrastruktur tidak mendorong percepatan pembangunannya. Ada berbagai hambatan yang tetap mengganjal dalam KPS, antara lain, masalah dukungan dan jaminan Pemerintah pada pengadaan tanah.⁴⁸⁹

Revisi tersebut memungkinkan adanya mekanisme evaluasi terhadap proyek-proyek yang sudah ditandatangani pelaksanaannya, tetapi terhambat oleh dukungan pembiayaan. Revisi tersebut akan menjadi salah satu terobosan dalam

⁴⁸⁷ Armida S. Alisjahbana, Minister of National Development Planning/ Head of Bappenas, "Indonesia's Public-Private Partnerships Policy Regime and Framework", (dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010), Jakarta, 15 April 2010.

⁴⁸⁸ Perpres 67/2005 (Pasal 1 butir 6) menyebutkan KPS sebagai perjanjian kerjasama yaitu kesepakatan tertulis untuk penyediaan infrastruktur antara Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dengan Badan Usaha yang ditetapkan melalui pelelangan umum.

⁴⁸⁹ <http://nasional.kompas.com/read/2010/01/22/194500360/> Hambat. "Hambat Kerja Sama, Pemerintah Rampungkan Revisi Perpres 67", Jumat, 22 Januari 2010 jam 19:45.

percepatan pembangunan infrastruktur, namun dikatakan bukan satu-satunya yang menentukan.⁴⁹⁰

Dalam revisi Perpres No. 67/2005, Pemerintah akan memberikan perlakuan istimewa saat tender proyek pada perusahaan swasta yang bersedia menjadi pionir dalam pembangunan infrastruktur yang belum disentuh Pemerintah. Ada tiga jenis insentif, yaitu *pertama*, preferensi nilai proyek 10% (sepuluh persen) lebih tinggi dari peserta tender lainnya, *kedua*, diberikan hak menawar pada tender ulang, dan *ketiga*, pembelian studi kelayakan yang sudah dibuat swasta yang menjadi pionir. Revisi ini dilakukan karena aturan yang ada tentang KPS tidak mendorong percepatan pembangunannya. Revisi ini merupakan satu terobosan percepatan pembangunan infrastruktur, tetapi bukan satu-satunya yang menentukan.⁴⁹¹

Perpres No. 67/ 2005 secara umum mengatur tata cara pengadaan badan usaha kerjasama dalam rangka KPS, yaitu melalui pelelangan umum.⁴⁹² Infrastruktur jalan tol merupakan bidang yang masuk dalam lingkup jenis infrastruktur yang dapat dikerjasamakan dengan badan usaha (KPS).⁴⁹³ Secara khusus PP No. 15/ 2005 juga mengatur pelelangan perusahaan jalan tol, yang dilaksanakan berdasarkan prinsip terbuka dan transparan.⁴⁹⁴ Dengan adanya dualisme regulasi pengadaan investasi ini, yang menjadi pertanyaan adalah apakah pengadaan investasi perusahaan jalan tol berdasarkan PP No. 15/2005 juga mendapatkan dukungan Pemerintah sebagaimana yang diatur dalam Perpres 67/ 2005.

Di Indonesia kerangka regulasi KPS sebagai alat interaksi berbagai pihak diatur oleh tiga perangkat undang-undang dan berbagai peraturan, yaitu peraturan

⁴⁹⁰ Ibid.

⁴⁹¹ Kompas, Sabtu, tanggal 23 Januari 2010, "Swasta Pionir Diberikan Keistimewaan", halaman 19, kolom 1-4

⁴⁹² Perpres No. 67/ 2005 Pasal 18. Sebelum dilakukan pelelangan umum Pemerintah membuat perencanaan KPS dalam suatu dokumen perencanaan atas 3 kriteria KPS, yaitu: (1) KPS dengan kriteria proyek potensial, (2) KPS dengan kriteria proyek prioritas, dan KPS dengan kriteria proyek yang siap untuk ditawarkan. Lihat Gambar Nomor 3.1

⁴⁹³ Ibid. Pasal 4.

⁴⁹⁴ PP No. 15/ 2005 Pasal 55.

KPS, peraturan khusus sektoral, dan peraturan umum lainnya yang mengatur tentang berbagai kegiatan usaha di Indonesia.⁴⁹⁵

Keberanekaan sektor telah menjadikan adanya keberanekaan peraturan dan undang-undang yang berbeda pula. Hampir seluruh sektor infrastruktur diatur oleh ketentuan-ketentuan yang sudah ada sejak 2004 dengan adanya visi modernisasi infrastruktur nasional. Namun demikian, tidak semua peraturan perundang-undangan sektoral yang ada telah dilengkapi dengan Peraturan Pemerintah (PP), atau meskipun sudah diterbitkan PP-nya, namun Peraturan Menteri-nya belum diselesaikan. Para investor harus mencermati status keberlakuan atas peraturan pada sektor yang diminatinya, oleh karena peraturan-peraturan tambahan sering kali baru diterbitkan kemudian dan untuk peraturan-peraturan yang adapun sering kali dilakukan beberapa perubahan.⁴⁹⁶

Peraturan KPS terdiri dari ketentuan umum KPS yaitu Perpres No. 13/2010 yang merupakan revisi Perpres No. 67/2005 dan prosedur untuk penyediaan dukungan Pemerintah. Setiap sektor infrastruktur diatur oleh undang-undang tersendiri dan peraturan pelaksanaannya. Infrastruktur jalan tol sendiri telah diatur dalam beberapa peraturan yaitu: UU No. 38/2004, PP No. 15/2005, Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2009 Tentang Perubahan Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 2005 (PP No. 44/2009), dan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2009 Tentang Lalu Lintas Dan Angkutan Jalan (UU No. 22/2009).⁴⁹⁷

Beberapa ketentuan dan PP mengatur beberapa aspek terkait pelaksanaan KPS. Beberapa ketentuan tersebut adalah mengatur aspek-aspek: daftar negatif untuk penanaman modal, pemanfaat aset negara, kerjasama dengan Pemerintah Daerah, dana infrastruktur, pengelolaan lingkungan hidup, pembebasan tanah, pemanfaatan kawasan hutan untuk pembangunan infrastruktur, tata ruang dan wilayah, penyelesaian perselisihan, peraturan perusahaan dan tanggungjawab

⁴⁹⁵ Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, "Kerjasama Pemerintah Dan Swasta (KPS) – Panduan Bagi Investor Dalam Investasi Di Bidang Infrastruktur" (Jakarta: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, 2010), 6.

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ Ibid., 8-9.

sosial perusahaan, penilaian yang layak dari BUMN, dan batas maksimum pemberian kredit bank.⁴⁹⁸

Filosofis dan konsepsi jalan tol berdasarkan UU No. 38/ 2004 adalah bahwa jalan tol secara filosofis adalah jalan umum yang merupakan bagian sistem jaringan jalan dan sebagai jalan nasional yang kepada pengguna jasanya diwajibkan membayar tol. Sedangkan konsep jalan tol itu sendiri adalah pembangunan jalan yang dibiayai oleh pemakai jalan yang dijembatani oleh investor jalan tol. Tujuan penyelenggaraan jalan tol adalah untuk: (a) mewujudkan pemerataan pembangunan serta keseimbangan dalam pengembangan wilayah, (b) meningkatkan efisiensi pelayanan jasa distribusi di wilayah yang sudah tinggi tingkat perkembangannya guna menunjang peningkatan pertumbuhan ekonomi, (c) memperlancar lalu lintas dan meningkatkan mobilitas dan aksesibilitas orang serta barang dan jasa di daerah yang telah berkembang, (d) meringankan beban dana Pemerintah melalui partisipasi pengguna jalan, dimana pengeluaran dana APBN yang semula dialokasikan untuk mengatasi kemacetan lalu lintas di kota-kota besar dapat dialihkan ke daerah lain yang belum tumbuh, dan (e) adanya peran serta masyarakat dan swasta dalam penyediaan prasarana.⁴⁹⁹

Perubahan UU No. 13/ 1980 menjadi UU No. 38/ 2004 dapat dikatakan bermula dari dikeluarkannya SE Men Keu 22 Januari 1997, yang menyatakan bahwa biaya pembebasan tanah seluruhnya menjadi beban investor. Padahal PP No. 8/ 1990 sebagai peraturan pelaksanaan dari UU No. 13/ 1980 dengan tegas menyatakan bahwa biaya pembebasan tanah untuk pembangunan jalan tol ditanggung oleh Pemerintah.⁵⁰⁰ Akibatnya sejak dikeluarkannya SE Men Keu 22 Januari 1997 tersebut pembangunan jalan tol khususnya oleh investor swasta terhambat dan tidak ada perkembangan yang signifikan.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Ibid.,10-12. Peraturan perundang-undangan terkait KPS dapat dilihat di: www.indonesia.go.id.

⁴⁹⁹ Nurdin Manurung, Badan Pengatur Jalan Tol Departemen Pekerjaan Umum (23 Juli 2009). "Pengaturan/ Pengelolaan Program Jalan Tol Di Indonesia". (Disampaikan pada Learning & Sharing Session IAMPI ke XXVIII, Jakarta).

⁵⁰⁰ Pasal 41 PP No. 8/ 1990.

⁵⁰¹ Lihat Gambar Nomor 1.2.

Berdasarkan UU No. 13/ 1980 sebelum dilakukannya regulasi hukum infrastruktur jalan, KPS pembangunan jalan tol dilakukan dengan bentuk ikatan kerjasama (*joint venture*) antara investor swasta dan Jasa Marga sebagai BUMN wakil Pemerintah berdasarkan izin penyelenggaraan jalan tol yang diberikan menteri pekerjaan umum. Izin tersebut dalam bentuk kuasa penyelenggaraan kemudian dikuasakan kepada investor swasta berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 25 Tahun 1987 Tentang Pelaksanaan Sebagian Tugas Penyelenggaraan Jalan Tol Oleh Perusahaan Patungan, tanggal 20 Juli 1987 (Keppres No. 25/ 1987) dan dibuatkan perjanjian kuasa penyelenggaraan (PKP).⁵⁰²

Dalam PKP, kewajiban Jasa Marga menyerahkan tanah kepada badan usaha jalan tol dengan bentuk ikatan kerjasama (*joint venture*):⁵⁰³

Menyerahkan lahan atau tanah untuk pembangunan jalan tol jembatan tiga sesuai dengan jadwal waktu konstruksi jalan tol jembatan tiga yang disepakati, sedemikian rupa sehingga lahan atau tanah tersebut bebas sama sekali dari beban dan tidak ada pihak lain yang menduduki atau menguasainya atau mempunyai tuntutan.

Sedangkan kewajiban CMNP sebagai investor swasta adalah membiayai pembangunan konstruksi jalan tol untuk badan usaha kerjasama dengan bentuk ikatan kerjasama (*joint venture*).⁵⁰⁴

Melakukan pembiayaan pembangunan jalan tol jembatan tiga sesuai dengan desain dan spesifikasi yang memenuhi persyaratan dan persetujuan direktur jenderal Bina Marga departemen Pekerjaan Umum *qualitate qua* Menteri Pekerjaan Umum Republik Indonesia dan melaksanakan manajemen konstruksi jalan

⁵⁰² Joesoef, *Jaminan Pemerintah*, 1-2. Dalam kasus CMNP, izin konsesi yang diberikan Pemerintah berdasarkan keputusan menteri pekerjaan umum nomor 601/KPTS/ 1987 tentang izin menyelenggarakan jalan tol Cawang-Tanjung Priok kepada Jasa Marga dalam ikatan usaha patungan dengan CMNP tanggal 9 Desember 1987 mendahului Perpres No. 8/ 1990 Pasal 38 ayat (2) yang mengizinkan Jasa Marga bekerjasama dengan pihak lain (investor). Oleh sebab itu, izin tersebut didasarkan oleh keputusan Presiden nomor 24 tahun 1987 tentang pelaksanaan sebagian tugas penyelenggaraan jalan tol oleh perusahaan patungan tanggal 20 Juli 1987. Dalam penjelasan Pasal 38 ayat (2) yang dimaksud dengan kerjasama selain bentuk usaha patungan (*joint venture*) bisa juga usaha gabungan (*joint operation*), dan objek yang bisa dikerjasamakan dapat berupa pembangunan, pemeliharaan, dan pengoperasian jalan tol.

⁵⁰³ Lihat Pasal 6 ayat 1 (e) PKP antara CMNP dan Jasa Marga dalam Akta Nomor 42 dibuat oleh Notaris Ny. SP. Henny Shidki, SH tanggal 4 Juni 1993.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, Pasal 5 ayat 1 (i).

tol jembatan tiga sebagaimana mestinya sesuai dengan *sound engineering practices*.

Dalam regulasi hukum infrastruktur jalan tol yaitu dengan diterbitkannya UU No. 38/ 2004 sebagai pengganti UU No. 13/ 1980, hal-hal yang mendasar dalam regulasi tersebut adalah:

- (a). Jalan tol dalam keadaan tertentu dapat menjadi suatu lintas yang tidak merupakan lintas alternatif.⁵⁰⁵ Sebelum regulasi hukum infrastruktur jalan tol merupakan alternatif lintas jalan umum yang ada.⁵⁰⁶
- (b). Pemisahan antara peran regulator (badan pengatur jalan tol) dan operator (pengelola jalan tol). Sebelum regulasi hukum infrastruktur jalan tol peran regulator dilakukan oleh Jasa Marga sebagai BUMN yang bergerak dibidang infrastruktur jalan tol.⁵⁰⁷ Setelah regulasi hukum infrastruktur jalan tol peran regulator dilakukan oleh BPJT yang dibentuk oleh Menteri PU yang merupakan badan non-struktural dibawah Menteri PU.⁵⁰⁸
- (c). Dimasukkannya pengadaan tanah dalam lingkup investasi jalan tol. Sebelum regulasi hukum infrastruktur jalan tol, biaya pengadaan tanah ditanggung oleh Pemerintah.⁵⁰⁹ Setelah regulasi hukum infrastruktur jalan tol, biaya pengadaan tanah ditanggung oleh investor swasta (atau bersama Pemerintah), dimana dalam hal biaya pengadaan tanah ditanggung oleh investor swasta, besarnya dana pengadaan ditetapkan oleh Pemerintah.⁵¹⁰ Namun kepemilikan tanah secara hukum tetap dipegang oleh Pemerintah dalam hal ini Kementerian PU.⁵¹¹

⁵⁰⁵ UU No. 38/ 2004 Pasal 44 ayat (2).

⁵⁰⁶ UU No. 13/ 1980 Pasal 15.

⁵⁰⁷ Ibid., Pasal 17.

⁵⁰⁸ UU No. 38/ 2004 Pasal 45 jo PP 15/ 2005 Pasal 72 jo Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 295/PRT/M/2005 Tentang Badan Pengatur Jalan Tol, tanggal 28 Juni 2005.

⁵⁰⁹ PP No. 8/ 1990 Pasal 41.

⁵¹⁰ PP No. 15/ 2005 Pasal 29. Dalam pelaksanaan PPJT biaya pengadaan tanah tersebut masuk dalam modal (*equity*) badan usaha kerjasama. Dalam PPJT ruas jalan tol "Depok-Antasari" Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 tanggal 29 Mei 2006, jumlah prakiraan biaya pengadaan tanah ditetapkan sebesar Rp.699.180.000.000,- (Pasal 4.2) dan jumlah tersebut ditetapkan sebagai modal (Pasal 5.1) dengan modal tersebut ditetapkan rasio hutang dan modal (*debt to equity ratio*) 60:40.

⁵¹¹ UU No. 38/ 2004 Pasal 60.

- (d). Ditegaskannya pencabutan hak atas tanah apabila tidak tercapainya kesepakatan antara masyarakat yang terkena pembangunan jalan dan Pemerintah (dalam hal ini P2T) dalam proses ganti rugi setelah regulasi hukum infrastruktur jalan tol.⁵¹² Sebelum regulasi hukum infrastruktur jalan tol, hal ini tidak secara tegas ditetapkan dalam undang-undang, dimana pelaksanaan pengadaan tanah secara umum dilakukan berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum (Keppres No. 55/ 1993).⁵¹³
- (e). Diberikannya kompensasi atas risiko peningkatan biaya pengadaan tanah dalam bentuk perpanjangan masa konsesi dan/atau dengan cara lain.⁵¹⁴ Dalam pelaksanaan PP No. 15/ 2005 Pemerintah mengeluarkan Permen No. 38/PMK/2006, yang membagi risiko yang dapat didukung oleh Pemerintah dalam tiga kategori yaitu, risiko politik, risiko kinerja proyek dan risiko permintaan.⁵¹⁵

Regulasi infrastruktur jalan tol diatur berdasarkan UU No. 38/ 2004 yang menggantikan UU No. 13/ 1980 yang sudah tidak sesuai lagi sebagai landasan hukum pengaturan jalan. UU No. 38/ 2004 ini mengatur penyelenggaraan atas infrastruktur jalan, yaitu:⁵¹⁶ (a) Jalan umum yang meliputi pengaturan, pembinaan, pembangunan, dan pengawasan; (b) Jalan tol yang meliputi pengaturan, pembinaan, perusahaan, dan pengawasan; dan (c) Jalan khusus.

UU No. 38/ 2004 ini juga mengatur secara umum badan-badan usaha yang akan mengikuti pengadaan investasi infrastruktur jalan tol sebagaimana disebutkan dalam pasal 50 ayat (4): "Pengusahaan jalan tol dilakukan oleh badan

⁵¹² Ibid., Pasal 59.

⁵¹³ Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1995 tersebut kemudian direvisi dengan Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum (Perpres No. 36/ 2005), yang kemudian juga direvisi dengan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum (Perpres No. 65/ 2006).

⁵¹⁴ PP No. 15/ 2005 Pasal 29 ayat (3).

⁵¹⁵ Pasal 6 Peraturan Menteri Keuangan Nomor 38/PMK.01/2006 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pengendalian Dan Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur.

⁵¹⁶ UU No. 38/ 2004 butir (e) Menimbang.

usaha milik negara dan/atau badan usaha milik daerah dan/atau badan usaha milik swasta”.⁵¹⁷ Sedangkan dalam regulasi pelaksanaan pengadaan investasi Perpres No. 67/ 2005 (direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010) menyebut lebih luas lagi dalam Pasal 1 butir (4): ”Badan usaha adalah badan swasta yang berbentuk perseroan terbatas, BUMN, BUMD, dan koperasi”.⁵¹⁸ Dengan demikian badan usaha investor swasta dan BUMN/BUMD memiliki dasar regulasi yang sama, padahal kedua badan usaha tersebut secara struktur hukumnya dan karakteristiknya sangat berbeda.⁵¹⁹

Bentuk partisipasi badan usaha swasta dalam PP No. 15/ 2005 disebutkan dalam penjelasan Pasal 19 ayat (2) adalah dalam bentuk bangun guna serah (*build operate transfer*), kontrak operasi dan pemeliharaan (*operation and maintenance contract*) atau bentuk lainnya yang disetujui Menteri.⁵²⁰ Sedangkan dalam regulasi pelaksanaan pengadaan investasi Perpres No. 67/ 2005 (direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010) menyebut secara umum dalam Pasal 5 ayat (1) yaitu melalui perjanjian kerjasama.

Sejalan dengan perubahan perundang-undangan jalan tol melalui UU No. 38/ 2004 dan PP No.15/ 2005, dimana peran Jasa Marga yang semula sebagai otoritas, pengembang dan operator, berubah menjadi pengembang dan operator saja, maka Jasa Marga sejak tahun 2006 telah mengubah visi dan misinya. Visinya adalah menjadi perusahaan yang modern dalam bidang pengembangan dan pengoperasian jalan tol, serta menjadi pemimpin dalam industrinya dengan mengoperasikan jalan tol di Indonesia serta memiliki daya saing yang tinggi di tingkat nasional dan regional. Sedangkan misi Jasa Marga adalah terus menambah panjang jalan tol secara berkelanjutan sehingga perusahaan menguasai paling sedikit 50% panjang jalan tol di Indonesia dan usaha terkait lainnya dengan memaksimalkan pemanfaatan potensi keuangan perusahaan serta meningkatkan mutu dan efisiensi jasa pelayanan jalan tol melalui

⁵¹⁷ UU No. 38/ 2004 Pasal 50 (4).

⁵¹⁸ Perpres No. 67/ 2005, Pasal 1 butir (4).

⁵¹⁹ Ibid., Pasal 5 ayat (1).

⁵²⁰ PP No. 15/ 2005, Penjelasan Pasal 19 ayat (2).

penggunaan teknologi yang optimal dan penerapan kaidah-kaidah manajemen perusahaan modern dengan tata kelola yang baik.⁵²¹

Dalam hal pengembangan jalan tol baru, strategi usaha Jasa Marga adalah pertama-tama mengidentifikasi rute-rute yang dianggap potensial baik dari segi volume lalu lintas maupun tingkat pengembalian investasi (Internal Rate Ratio - "IRR"). Prioritas pertama Jasa Marga diletakkan pada ruas-ruas jalan tol yang memiliki IRR yang paling baik diantara beberapa pilihan pembangunan ruas jalan tol baru. Prioritas berikutnya diletakkan pada penyertaan Jasa Marga dalam pembangunan ruas-ruas jalan tol baru antar kota dan antar provinsi, yang dikembangkan bersama-sama mitra usaha, dimana Jasa Marga memiliki saham mayoritas. Sesuai Undang-undang dan peraturan yang berlaku perusahaan jalan tol merupakan suatu perusahaan khusus yang menangani ruas tol tersebut.⁵²²

Jasa Marga juga menjadi operator jalan tol yang konsesinya dimiliki oleh perusahaan lain dan pengelolaannya dilakukan melalui kantor cabang operasional. Dari segi pelaksanaan konstruksi pembangunan jalan tol, Jasa Marga menunjuk kontraktor pelaksana berdasarkan proses seleksi (*tender*) yang ketat dan transparan, dengan beberapa persyaratan pokok yang harus dipenuhi. Misalnya, Jasa Marga mengharuskan kontraktor menjamin mutu jalan tol yang dibangunnya untuk sekurang-kurangnya dua tahun sejak peresmian jalan tol bersangkutan.⁵²³

3.2.2. Aspek hukum KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia

Pada 23 Mei 2005 Pemerintah telah membentuk KKPI berdasarkan Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 2005 Tentang Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur (Perpres No. 42/ 2005). KKPI tersebut diketuai oleh Menteri Koordinator Bidang Perekonomian dan membawahi antara lain Menteri Negara Perencanaan Pembangunan/Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, dan Menteri-Menteri terkait pembangunan infrastruktur yaitu Menteri Dalam Negeri, Menteri Keuangan, Menteri Energi dan

⁵²¹ Jasa Marga. "Annual Report 2009" dan Jasa Marga. "Annual Report 2008"

⁵²² Ibid.

⁵²³ Ibid.

Sumber Daya Mineral, Menteri Pekerjaan Umum, Menteri Perhubungan, Menteri Komunikasi dan Informatika, Menteri Negara Badan Usaha Milik Negara serta Sekretaris Kabinet.

KKPPI tersebut dibentuk dalam rangka mewujudkan komitmen Pemerintah untuk mempercepat penyediaan infrastruktur, menciptakan iklim investasi yang mendorong keikutsertaan badan usaha swasta dengan prinsip usaha yang sehat dengan tetap melindungi dan mengamankan kepentingan konsumen, masyarakat dan badan usaha itu sendiri. Beberapa peran yang diharapkan dari KKPPI tersebut adalah antara lain, menciptakan suatu bentuk kerjasama dengan badan usaha swasta berdasarkan prinsip-prinsip kemitraan (adil, terbuka, transparan, bersaing, bertanggung-gugat, saling menguntungkan, saling membutuhkan dan saling mendukung), menciptakan proses pengadaan infrastruktur berdasarkan prinsip-prinsip pengadaan (transparansi, kompetisi, efisien dan kesetaraan), menciptakan landasan penentuan tarif awal dan penyesuaiannya yang mencerminkan biaya investasi dan operasi, keuntungan yang wajar, tingkat kemampuan konsumen (*willingness to pay*) dengan pemberian kompensasi (*public service obligation*) serta besaran kompensasi yang diberikan berdasarkan hasil kompetisi.⁵²⁴

Bentuk-bentuk dukungan Pemerintah (dengan mempertimbangkan kemampuan keuangan Negara) adalah antara lain: kerjasama investasi, subsidi, garansi, atau penghapusan pajak). Kemudian yang juga penting adalah bahwa pengelolaan risiko investasi dialokasikan kepada pihak yang paling mampu mengendalikan risiko. Hal-hal pokok yang harus diperhatikan KKPPI untuk meningkatkan penyediaan infrastruktur adalah mempersiapkan draft *concession agreement* (rancangan perjanjian konsesi) yang *bankable*, mempersiapkan dokumen tender yang *bankable*, melaksanakan tender yang transparan, *fair*, akuntabel dan menerapkan prinsip kesetaraan, mempersiapkan kelayakan finansial

⁵²⁴ Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur, “Pengaturan Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Swasta Dalam Penyediaan Infrastruktur Melalui Penerbitan Perpres No. 67 Tahun 2005”, (disampaikan pada Lokakarya Nasional “Kebijakan dan Strategi Pembangunan berdasarkan Perpres 67/2005 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur”, Hotel Radin, Ancol, Jakarta, 9 Januari 2006).

dan kelayakan ekonomi, analisa mengenai dampak lingkungan (AMDAL), dan aspek-aspek teknis lainnya, mempersiapkan ”*impartial party*” (badan yang tidak memihak) apabila infrastruktur tersebut mengandung “monopoli alamiah” agar dapat terjaga “*fairness*” antara investor, konsumen dan Pemerintah, kemudian terakhir mempersiapkan sistem penunjang pelaksanaan investasi infrastruktur tersebut (pengurusan izin-izin, prosedur pembebasan tanah, pajak, bea cukai, dan lain-lain).⁵²⁵

Pada 31 Oktober 2005 Pemerintah telah membentuk Komite Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur (Komite) melalui Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 518/KMK.01/2005 (Kepmen No.518/KMK/2005). Komite tersebut dibentuk untuk mendukung penyediaan infrastruktur yang memadai dan berkesinambungan, diketuai langsung oleh Menteri Keuangan yang bertugas untuk mengidentifikasi, mengevaluasi dan mengendalikan resiko yang berpotensi membebani keuangan negara.

Dapat dikatakan bahwa Komite yang dibentuk oleh Pemerintah tersebut pada intinya adalah untuk menilai kelayakan proyek yang memerlukan dukungan dana dari APBN. Bentuk dukungan APBN tersebut dapat berupa kebijakan dibidang penerimaan (tarif, subjek dan objek) atas pajak, bea masuk dan penerimaan negara bukan pajak (PNBP), kebijakan dibidang pengeluaran (subsidi, DIPA Departemen Teknis/ Lembaga, Rupiah atau BLN, penyertaan modal negara/ pemberian pinjaman, pemberian kompensasi dan pemberian jaminan Pemerintah), dan kebijakan aspek administratif (restitusi, penundaan, percepatan, dan lain-lain).⁵²⁶

Tujuan pengelolaan resiko dari sisi fiskal tersebut adalah untuk mempercepat penyediaan infrastruktur dengan memberikan dukungan Pemerintah, dan memastikan keberlangsungan fiskal melalui pengelolaan resiko dan biaya. Kemudian yang harus diperhatikan dalam pengelolaan resiko oleh

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Scenaider Siahaan, Ak., MSF., CIA., “Rancangan Kerangka Kerja Pengelolaan Resiko atas Penyediaan Infrastruktur”, (disampaikan pada Lokakarya Nasional “Kebijakan dan Strategi Pembangunan berdasarkan Perpres 67/2005 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur”, Hotel Radin, Ancol, Jakarta, 9 Januari 2006).

Pemerintah tersebut adalah prinsip pembagian resiko antara Pemerintah dan investor, yaitu Pemerintah menanggung resiko yang sebagian besar dibawah kendalinya dan investor juga melakukan hal yang sama.⁵²⁷ Resiko-resiko yang dibawah kendali Pemerintah telah diatur dalam Peraturan Menteri Keuangan Nomor 38/PMK.01/2006 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pengendalian Dan Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur, tanggal 19 Mei 2006 (Permen No. 38/PMK/ 2006). Permen No. 38/PMK/ 2006 yaitu resiko politik, resiko kinerja proyek dan resiko permintaan yang bersifat *contingency*. Resiko-resiko yang berada dibawah kendali investor adalah resiko-resiko yang bersifat korporasi seperti resiko kinerja perusahaan, resiko pinjaman perbankan dan resiko-resiko korporasi lainnya.⁵²⁸

Jenis resiko dan bentuk dukungan dari Pemerintah yang perlu diatur skema pembagian risikonya antara Pemerintah dan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur adalah:⁵²⁹

- (a). Resiko politik (*political risk*) yaitu resiko yang ditimbulkan oleh kebijakan/ tindakan/ keputusan sepihak dari Pemerintah atau Negara yang secara langsung dan signifikan berdampak pada kerugian finansial badan usaha, yang meliputi resiko pengambilalihan kepemilikan aset, resiko perubahan peraturan perundang-undangan, dan resiko pembatasan, konversi mata uang dan larangan repatriasi dana. Dalam skema pembagian resiko untuk resiko politik ini, dapat diperjanjikan untuk pemberian kompensasi kepada pemilik aset/ badan usaha.
- (b). Resiko kinerja proyek (*project performance risk*) yaitu resiko yang berkaitan dengan pelaksanaan proyek, yang antara lain meliputi resiko alokasi dan resiko

⁵²⁷ Ibid.

⁵²⁸ Peraturan Menteri Keuangan Nomor 38/PMK.01/2006 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pengendalian Dan Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur, Pasal 2 dan Pasal 5. Maksud dan tujuannya adalah sebagai pedoman dalam melaksanakan pengendalian dan pengelolaan risiko atas penyediaan infrastruktur, dan sebagai sarana informasi publik bagi pihak yang berkepentingan terhadap pengendalian dan pengelolaan risiko atas penyediaan infrastruktur, termasuk hal-hal yang terkait dengan kewajiban kontinjensi (*contingent liabilities*) yang berpotensi membebani keuangan negara dimasa datang. Aspek pengendalian dan pengelolaan risiko atas penyediaan infrastruktur tersebut meliputi aspek hukum, aspek kelembagaan dan aspek kebijakan.

⁵²⁹ Ibid., Pasal 6.

operasional. Dalam skema pembagian risiko untuk risiko kinerja proyek ini, dapat diperjanjikan untuk:

- (i) Risiko lokasi, dalam hal terjadi: (1) keterlambatan pengadaan tanah, dapat diberikan perpanjangan masa konsesi dan/atau memberikan kompensasi dalam bentuk lain yang disetujui oleh Menteri Keuangan sepanjang keterlambatan tersebut disebabkan oleh pihak Pemerintah; (2) kenaikan harga tanah, dapat diberikan perpanjangan masa konsesi kepada badan usaha, menanggung kelebihan harga tanah dengan persentasi yang disepakati dengan badan usaha dan/atau memberikan kompensasi dalam bentuk lain yang disetujui Menteri Keuangan.
 - (ii) Risiko operasional, dalam hal terjadi: (1) keterlambatan dalam penetapan pengoperasian, keterlambatan dalam penyesuaian tarif, pembatalan penyesuaian tarif, atau penetapan tarif awal yang lebih rendah dari pada yang diperjanjikan, dapat diberikan perpanjangan masa konsesi pada badan usaha dan/atau memberikan kompensasi dalam bentuk lain yang disetujui Menteri Keuangan; (2) penambahan spesifikasi *output* diluar yang telah disepakati, yang dilakukan oleh Menteri/ Kepala Lembaga, yang menyebabkan kerugian finansial pada badan usaha, dapat diberikan kompensasi dengan memperhitungkan ulang biaya produksi.
- (c). Risiko permintaan (*demand risk*) yaitu risiko yang ditimbulkan akibat lebih rendahnya permintaan atas barang/jasa yang dihasilkan oleh proyek kerjasama dibandingkan dengan yang diperjanjikan. Dalam skema pembagian risiko untuk risiko permintaan ini, dapat diperjanjikan untuk:
- (i) Realisasi penerimaan lebih rendah daripada jumlah penerimaan minimum yang dijamin oleh Pemerintah yang disebabkan jumlah permintaan atas barang/jasa yang dihasilkan oleh proyek kerjasama lebih rendah dari jumlah permintaan yang diperjanjikan, dapat diberikan kompensasi finansial dan/atau kompensasi dalam bentuk lain yang disetujui Menteri Keuangan; dan

- (ii) Realisasi penerimaan lebih tinggi daripada jumlah penerimaan minimum yang dijamin oleh Pemerintah yang disebabkan jumlah permintaan atas barang/jasa yang dihasilkan oleh proyek kerjasama lebih tinggi dari jumlah permintaan yang diperjanjikan, Pemerintah mendapatkan manfaat finansial atas kelebihan penerimaan tersebut.

Strategi Pemerintah dalam pengelolaan risiko tersebut adalah bahwa risiko dialokasikan kepada pihak yang paling mampu mengendalikan risiko tersebut, dengan tujuan untuk mencapai efisiensi serta efektifitas, dan alokasi risiko tersebut adalah:⁵³⁰

- (a). Pemerintah Pusat, yaitu risiko yang terkait dengan kewenangan Pemerintah Pusat, seperti: hukum, peraturan, politik, dan lain sebagainya.
- (b). Pemerintah Daerah, yaitu risiko yang terkait dengan kewenangan Pemerintah Daerah, seperti: perizinan, dan lainnya.
- (c). Swasta, yaitu risiko yang terkait dengan perusahaan, seperti: pendanaan, konstruksi, operasi, pasar, dan lain sebagainya.

Dalam strategi tersebut Pemerintah akan membantu proyek dalam mencapai tingkat kelayakan komersial yang memadai sehingga menarik bagi investor. Bentuk dukungan Pemerintah tersebut adalah:⁵³¹

- (a). Non-kontinjen (bersifat pasti), yang meliputi: hibah modal, subsidi Pemerintah, hak terhadap pendapatan dari sumber lain yang berkaitan dengan proyek kerjasama dan berbagai bentuk pengaturan yang bersifat perlindungan terhadap kepentingan proyek;
- (b). Kontinjen (tidak pasti), merupakan jaminan atas risiko yang dapat dimintakan pembayarannya jika risiko yang telah diperkirakan menjadi kenyataan, yang meliputi risiko politik, keterlambatan pengadaan tanah, perubahan spesifikasi proyek karena permintaan Pemerintah.

⁵³⁰ Bambang Susantono, (pada waktu itu) Deputi Bidang Koordinasi Infrastruktur Dan Pengembangan Wilayah, Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (tanggal 18 Februari 2009), "Pengelolaan Risiko Fiskal Dukungan Pemerintah Pada Proyek Infrastruktur", (disampaikan pada Seminar Nasional Departemen Keuangan RI).

⁵³¹ Ibid.

Melihat permasalahan bahwa Perpres no. 67/ 2005 tidak dapat menciptakan iklim investasi yang baik, Pemerintah kemudian merevisi Perpres 67/ 2005 dengan Perpres No. 13/ 2010. Dalam revisi Perpres tersebut secara umum yang perlu diperhatikan adalah sebagai berikut:⁵³²

- (a). Pengertian dukungan Pemerintah adalah kontribusi fiskal ataupun non fiskal yang diberikan oleh Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dan/atau Menteri Keuangan sesuai kewenangan masing-masing berdasarkan peraturan perundang-undangan dalam rangka meningkatkan kelayakan finansial proyek kerjasama. Sedangkan, jaminan Pemerintah adalah kompensasi finansial dan/atau kompensasi dalam bentuk lain yang diberikan oleh Menteri Keuangan kepada badan usaha melalui skema pembagian risiko untuk proyek kerjasama.
- (b). Dukungan Pemerintah dan jaminan Pemerintah tersebut harus dicantumkan dalam dokumen pelelangan umum.
- (c). Bagi pemrakarsa proyek yaitu investor swasta yang mengajukan rencana pembangunan proyek yang belum direncanakan Pemerintah akan mendapat insentif dari Pemerintah atas usahanya tersebut. *Pertama* pemrakarsa proyek akan diberikan preferansi 10 persen dalam arti apabila pemrakarsa proyek tersebut ikut tender proyek maka selama harga pemenang tender itu hanya lebih rendah 10 persen dari harga pemrakarsa proyek, maka pemrakarsa proyek yang dinyatakan sebagai pemenang. *Kedua*, pemrakarsa diberikan "right to match" yaitu apabila nanti ternyata harga investor pemenang tender proyek tersebut 10 persen di atas harga pemrakarsa, maka pemrakarsa diberikan waktu sebulan untuk memberikan harga dibawah pemenang tender. Kalau pemrakarsa memberikan penawaran lebih rendah dari pemenang tender maka pemrakarsa dinyatakan sebagai pemenang.

Dukungan Pemerintah yang diberikan berdasarkan Perpres No. 13/2010 adalah:⁵³³

⁵³² Perpres No. 13/ 2010.

⁵³³ Perpres No. 13/ 2010 Pasal I butir 9.

- (a). Dukungan Pemerintah dalam bentuk kontribusi fiskal, harus tercantum dalam anggaran pendapatan dan belanja negara dan/ atau anggaran pendapatan dan belanja daerah;
- (b). Dukungan Pemerintah dalam bentuk perizinan, pengadaan tanah, dukungan sebagian konstruksi, dan/ atau bentuk lainnya sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku ditetapkan oleh menteri/ kepala lembaga/ kepala daerah;
- (c). Menteri keuangan dapat menyetujui pemberian dukungan Pemerintah dalam bentuk insentif perpajakan berdasarkan usulan menteri/ kepala lembaga/ kepala daerah;
- (d). Dukungan Pemerintah harus dicantumkan dalam dokumen pelelangan umum;
- (e). Pengadaan tanah dilaksanakan oleh menteri/ kepala lembaga/ kepala daerah sebelum proses pengadaan badan usaha.
- (f). Dalam hal proyek kerjasama layak secara finansial, badan usaha pemenang lelang dapat membayar kembali biaya pengadaan yang telah dilaksanakan oleh menteri/ kepala lembaga/ kepala daerah sebelum proses pengadaan badan usaha.

Jaminan Pemerintah yang diberikan berdasarkan Perpres No. 13/2010 ditetapkan oleh Menteri Keuangan berdasarkan peraturan menteri, baik mengenai kriteria pemberian jaminan Pemerintah, bentuk, jenis, dan tata cara pemberian. Jaminan Pemerintah kepada badan usaha tersebut harus dicantumkan dalam dokumen pelelangan umum.⁵³⁴

Praptono Djunaedi melihat proses kegiatan KPS (termasuk infrastruktur jalan tol) terkesan mirip dengan proses pengadaan barang dan jasa Pemerintah dalam Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 (Keppres No. 80/ 2003), yang menyebutkan bahwa khusus pengadaan dengan pola KPS akan diatur dengan Keputusan Presiden tersendiri. KPS tersebut dilakukan dengan prinsip: adil, terbuka, transparan, dan bersaing. Dengan pengadaan yang mengedepankan transparansi dan bersaing, manfaat yang dapat diraih adalah:⁵³⁵

⁵³⁴ Ibid.

⁵³⁵ Berdasarkan Keputusan Presiden tersebut dijelaskan juga oleh Praptono Djunaedi, bahwa tujuan pelaksanaan KPS adalah untuk: mencukupi kebutuhan pendanaan berkelanjutan melalui penerahan dana swasta, meningkatkan kuantitas, kualitas dan efisiensi pelayanan melalui persaingan sehat, meningkatkan kualitas pengelolaan dan pemeliharaan dalam penyediaan infrastruktur, serta, mendorong dipakainya prinsip pengguna membayar pelayanan yang diterima,

- (a). Terjaminnya mendapatkan harga pasar yang terendah (*lowest market prices*);
- (b). Meningkatkan penerimaan publik terhadap proyek KPS;
- (c). Mendorong kesanggupan lembaga keuangan untuk menyediakan pembiayaan tanpa jaminan Pemerintah (*sovereign guarantees*);
- (d). Mengurangi risiko kegagalan proyek;
- (e). Dapat membantu tertariknya calon investor (*bidders*) yang sangat berpengalaman dan berkualitas tinggi;
- (f). Mencegah aparat Pemerintah dari praktik korupsi, kolusi dan nepotisme.

Berdasarkan Keputusan Presiden tersebut, tujuan pelaksanaan KPS adalah untuk mencukupi kebutuhan pendanaan berkelanjutan melalui pengeralahan dana swasta, meningkatkan kuantitas, kualitas dan efisiensi pelayanan melalui persaingan sehat, meningkatkan kualitas pengelolaan dan pemeliharaan dalam penyediaan infrastruktur serta mendorong dipakainya prinsip pengguna membayar pelayanan yang diterima atau dalam hal tertentu mempertimbangkan daya beli pengguna.⁵³⁶

Dalam regulasi KPS Pemerintah (Perpres No. 13/ 2010) secara umum membagi 9 tahapan proses investasi KPS. Dalam pelaksanaannya Pemerintah juga membedakan pelaksanaan KPS berdasarkan inisiasi Pemerintah (*solicited*) dan berdasarkan inisiasi swasta (*unsolicited*), yaitu:⁵³⁷

(a). Proyek berdasarkan inisiasi Pemerintah (*solicited*):

- (1). Pemilihan proyek yaitu merupakan proses dimana GCA akan mengidentifikasi dan memprioritaskan proyek-proyek infrastruktur KPS yang berpotensi.
- (2). Konsultasi publik yaitu upaya yang dilakukan oleh GCA untuk mendapatkan saran dari publik pada umumnya dan calon developer

atau dalam hal tertentu mempertimbangkan daya beli pengguna. (lihat: Praptono Djunaedi, "Implementasi Public-Private Partnership dan Dampaknya ke APBN").

⁵³⁶ Praptono Djunaedi, "Implementasi Public-Private Partnership dan Dampaknya ke APBN". Dalam perkembangannya disesuaikan dengan Perpres No. 67/ 2005 (lihat Gambar Nomor 3.2)

⁵³⁷ Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010), 16-17.

dan pemberi pinjaman untuk membantu pembentukan rancangan proyek.

- (3). Studi kelayakan yaitu rancangan teknis, komersial dan kontraktual proyek yang memadai untuk memfasilitasi tender proyek kepada mitra-mitra pihak swasta. Studi kelayakan akan dilakukan oleh GCA yang harus diselesaikan sebelum proyek ditenderkan.
- (4). Tinjauan risiko yaitu pengidentifikasian berbagai risiko dalam proyek dan hal-hal yang dapat mengurangi risiko tersebut, dan usulan pengalihan risiko tersebut oleh berbagai pihak kepada perjanjian kerjasama. Pada umumnya, tinjauan risiko ini dilakukan dan merupakan bagian dari studi kelayakan.
- (5). Bentuk kerjasama merupakan tinjauan agar kemitraan KPS distrukturkan untuk mengoptimalkan nilai bagi publik dan pada saat yang bersamaan tidak mengurangi minat dari mitra swasta. Pada umumnya, bentuk kerjasama ini dilakukan sebagai bagian dari studi kelayakan.
- (6). Dukungan Pemerintah merupakan determinasi atas jumlah dan posisi Pemerintah yang dapat dikontribusikan oleh Pemerintah terhadap suatu proyek dalam suatu mekanisme, misalnya insentif pajak, pembebasan tanah, dukungan/jaminan bersyarat, pembiayaan langsung dan lain-lain. Pada umumnya, dukungan Pemerintah dilakukan bertujuan untuk mengetahui potensi kelayakannya secara perbankan terhadap suatu proyek.
- (7). Pengadaan yaitu merupakan pengembangan dari paket tender, dan proses tender secara keseluruhan yang dimulai sebelum proses kualifikasi sampai dengan penandatanganan kontrak.⁵³⁸

⁵³⁸ Untuk pengadaan investasi infrastruktur jalan tol yang akan diikuti oleh badan usaha dilakukan oleh BPJT. Dalam prosedur investasi infrastruktur jalan tol tersebut sejak dilakukannya persiapan pekerjaan pengadaan sampai dengan pelaksanaan perjanjian diperlukan waktu sekitar kurang lebih 20 bulan. Lihat Gambar Nomor 3.3.

- (8). Pelaksanaan yaitu termasuk pendirian perusahaan proyek oleh sponsor proyek, pembiayaan, kegiatan konstruksi, pelaksanaan awal dan pengoperasian proyek oleh badan usaha.
- (9). Pemantauan yaitu pemantauan terhadap kinerja badan usaha oleh GCA sebagaimana diatur dalam perjanjian kerjasama.

(b). Proyek berdasarkan inisiasi swasta (*unsolicited*):

Badan usaha dapat mengembangkan proyek berdasarkan inisiasi swasta apabila proyek tersebut: belum termasuk/terdaftar dalam rencana pokok (*master plan*) disektor terkait, dapat secara teknis terintegrasi dengan rencana pokok dari sektor terkait, secara ekonomi dan finansial dinilai layak, dan tidak memerlukan dukungan Pemerintah dalam bentuk kontribusi fiskal, misalnya tidak perlu bantuan secara langsung. Proses pengembangan proyek berdasarkan inisiasi swasta (*unsolicited*) ini sama dengan proyek berdasarkan inisiasi Pemerintah (*solicited*), kecuali pada tahap (1) sampai (6) dilakukan oleh pihak swasta yang memprakarsai proyek tersebut (“pemrakarsa proyek”), bukan GCA.

Apabila GCA menerima proposal konsep proyek berikut dokumentasi yang terkait, GCA akan melakukan pengadaan dalam jumlah yang sama dengan proyek dengan permohonan, kecuali pemrakarsa proyek menerima salah satu formulir kompensasi sebagaimana dimaksud dalam Perpres No. 13/2010. Berdasarkan peraturan tersebut, pemrakarsa proyek dapat menerima poin tambahan pada tahap evaluasi, hak untuk mencocokkan penawaran dari penawar peringkat pertama atau mendapatkan kompensasi finansial untuk pekerjaan dan kekayaan intelektual sebagai hasil dari studi kelayakan. Untuk memanfaatkan salah satu dari dua formulir pertama dari kompensasi yang terdaftar, pemrakarsa proyek harus berpartisipasi dalam tender. Formulir ketiga dari kompensasi tersebut hanya tersedia jika pemrakarsa proyek tidak berpartisipasi dalam tender.

Bentuk-bentuk KPS yang diperkenalkan adalah dalam bentuk kerjasama atau izin pengusahaan. Pemerintah tidak menyebut secara rinci bentuk-bentuk KPS tersebut. Bentuk kerjasama antara Pemerintah dan swasta ditetapkan berdasarkan kesepakatan antara Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dengan

badan usaha sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁵³⁹ Badan usaha yang dapat terlibat dalam KPS adalah badan usaha swasta yang berbentuk perseroan terbatas, BUMN, BUMD, dan koperasi.⁵⁴⁰ Dengan demikian Pemerintah Indonesia tidak secara tegas menyebut bentuk kontrak KPS dalam pembangunan infrastruktur secara umum apakah dengan model kontrak konsesi, PPA atau PFI. Pemerintah juga secara umum tidak menetapkan secara tegas bentuk klasifikasi kontrak KPS apakah berdasarkan pengguna (*usage-based*) atau berdasarkan ketersediaan (*availability-based*).

Meskipun regulasi KPS di Indonesia tidak secara tegas menyebut bentuk kontrak KPS dalam pembangunan infrastruktur secara umum, KPS dapat diimplementasikan dalam berbagai bentuk termasuk diantaranya BOO, BOT, *Operate and Maintain, Lease-Develop-Operate* (LDO). Tidak ada batasan tentang cara pelaksanaan KPS dalam suatu proyek di Indonesia, meskipun dengan syarat cara yang dipakai tersebut harus dapat memfasilitasi pengalihan risiko-risiko tertentu kepada pihak yang dinilai paling baik dalam proses pengelolaannya.⁵⁴¹

Di sejumlah negara, keputusan untuk melaksanakan suatu proyek berdasarkan KPS dan pemilihan pelaksanaan KPS adalah ditentukan berdasarkan analisis "value for money" (VFM).⁵⁴² Analisis VFM yang tradisional menentukan apakah dengan pendekatan KPS penyaluran jasa dan infrastruktur dapat dilakukan secara lebih efektif dan efisien dalam hal biaya dibandingkan dengan pendekatan sektor publik yang standar, sebagaimana dimaksud dengan pembanding sektor publik atau *public sector comparator* (PSC). Meskipun demikian, pendekatan tradisional ini berasal pada asumsi yang tidak mencerminkan kondisi yang sebenarnya di Indonesia. Contohnya, analisis tradisional VFM menggunakan PSC secara implisit yang mengasumsikan bahwa pembangunan infrastruktur oleh sektor

⁵³⁹ Pasal 5 Perpres No. 67/ 2005.

⁵⁴⁰ Pasal 1 butir 4 Perpres No. 67/ 2005.

⁵⁴¹ Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010), 23.

⁵⁴² Yescombe, 18. Disebutkan oleh E.R. Yescombe: "... risk transfer remains a key element of the value for money (VFM) argument in favour of PPP's – namely, that the risks which are transferred can be better managed by the private sector, and thus the cost of doing this will be lower than if the risks are retained by the public sector ... VFM is not based on just what is initially cheapest, but takes account of the combination of risks transfer, whole-life cost and service provided by the Facility, as basis for deciding what offers the best value".

publik atau Pemerintah merupakan pilihan yang realistis. Namun hal itu mungkin tidak berlaku di Indonesia karena adanya keterbatasan dana dan kapasitas Pemerintah.⁵⁴³

Oleh karena itu, pendekatan alternatif yang telah dianjurkan untuk Indonesia (berdasarkan yang telah dilakukan oleh Bank Pembangunan Inter-Amerika atau *Inter-American Development Bank*), sebagai berikut:⁵⁴⁴

- a. Harus diberikan ruang lingkup yang luas mengenai cara pelaksanaan proyek yang seluruhnya dikuasai publik menjadi seluruhnya oleh swasta;
- b. Parameter yang dapat mempengaruhi keberhasilan harus dapat diidentifikasi. Ini termasuk diantaranya faktor sosial, kelembagaan, teknis dan ekonomi;
- c. Sejumlah metode pelaksanaan dievaluasi secara kualitatif yang relatif untuk menentukan metode mana yang paling menjanjikan;
- d. Mekanisme pengurangan risiko harus dapat dipertimbangkan sehingga dapat mengubah atau memperbaiki kelayakan suatu metode pelaksanaan;
- e. Metoda-metoda pelaksanaan yang paling baik kemudian dievaluasi secara kuantitatif dengan menggunakan model finansial untuk menentukan metode mana yang mempunyai nilai bersih saat ini (*net present value*) dalam batasan penghasilan yang paling tinggi. Batasan penghasilan diterapkan untuk mencerminkan kesiapan dari pengguna akhir untuk melakukan pembayaran atau meniadakan biaya yang dibayarkan oleh *off-taker*.

Dalam konteks penyediaan infrastruktur ada beberapa pihak utama yang ikut dalam proyek infrastruktur KPS yang saling berhubungan dalam suatu kerangka KPS,⁵⁴⁵ yaitu: (a) badan usaha, (b) bank-bank komersial asing dan domestik, (c) bank pembangunan multilateral, (d) para sponsor proyek, (e) penjaminan infrastruktur,⁵⁴⁶ (f) dana infrastruktur, (g) pihak ketiga pemberi jasa,

⁵⁴³ Ibid.

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010). "Kerjasama Pemerintah Dan Swasta (KPS) – Panduan Bagi Investor Dalam Investasi Di Bidang Infrastruktur". Jakarta: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, halaman 4-5. Lihat Gambar Nomor 3.4.

⁵⁴⁶ Ministry of Finance Regulation No. 38/PMK.01/2006 dated 9 May 2006 on Implementation Guidelines for Controlling and Management of Risk of Infrastructure, and,

(h) para pengguna, (i) badan yang mengeluarkan lisensi dan perizinan, (j) badan kontrak pemerintah atau GCA,⁵⁴⁷ (k) Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur, (l) Unit Pusat Kerjasama Pemerintah dan Swasta atau *Public Private Partnership Central Unit* (P3CU), (m) Kementerian Keuangan (Unit Pengelolaan Risiko), (n) penasehat P3CU dan Kementerian Keuangan.

Di Indonesia, badan pengatur (regulator) untuk KPS masih bersifat sektoral atau secara terpisah (spesifik). Belum semua sektor infrastruktur memiliki badan pengatur. Sampai saat penulisan ini hanya terdapat 3 badan pengatur yang telah diatur dalam regulasi persektor yaitu: BPJT yang akan menjalani fungsi kewenangan Pemerintah untuk infrastruktur jalan tol, otoritas pelabuhan yang akan menjalankan fungsi kewenangan Pemerintah untuk infrastruktur pelabuhan komersial, dan otoritas bandara yang masing-masing akan menjalankan fungsi kewenangan Pemerintah untuk masing-masing infrastruktur bandar udara.⁵⁴⁸

Dalam infrastruktur jalan tol, dari studi kelayakan (FS) dapat diketahui lokasi jalan tol yang akan dibangun, apakah berada pada daerah "rural" atau "urban" atau kombinasi dari "rural" menjadi "urban".⁵⁴⁹ Untuk melaksanakan dan merealisasikan investasi pembangunan jalan tol tersebut, badan usaha jalan tol membutuhkan dana yang berasal dari pihak perbankan dalam bentuk fasilitas kredit maupun institusi keuangan lainnya sebagai pendamping dana sendiri (ekuitas). Untuk menentukan kelayakan rencana badan usaha jalan tol serta mempertimbangkan peluang bisnis dalam industri ini, maka perlu suatu kajian usaha yang komprehensif yang menggambarkan prospek serta gambaran

Government Regulation No. 35 dated 5 May 2009 on Government Initial Capital for the Establishment of a Company that Operates on Infrastructure Project Guarantee, and Ministry of Finance Decree No. 522/KMK.06/2009 dated 30 December 2009 and its amendment No. 11/KMK.06/2010 dated 6 January 2010 on the Appointment of the Board of Commissioners of the Infrastructure Guarantee Fund, and Ministry of Finance Decree No. 523/KMK.06/2009 dated 30 December 2009 and No. 129/KMK.06/2010 dated 22 March 2010 on the Appointment of the Board of Directors of the Infrastructure Guarantee Fund.

⁵⁴⁷ Untuk infrastruktur jalan tol berdasarkan Pasal 64 ayat (1) PP No. 15/2005 Menteri Pekerjaan Umum atas nama Pemerintah RI akan menandatangani perjanjian dengan badan usaha.

⁵⁴⁸ Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010), 34-35.

⁵⁴⁹ Lihat studi kelayakan (FS) dalam Dokumen Pelelangan Investasi Jalan Tol Tahap I (Batch-I) Paket II (Ruas Depok – Antasari) yang dikeluarkan oleh Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia – Tim Pengadaan Investasi Jalan Tol (Buku V).

mengenai porsi manfaat yang akan diterima oleh badan usaha jalan tol dan kreditur. Evaluasi kelayakan atas rencana investasi harus dilakukan secara terpadu oleh suatu tim untuk menjamin keobjektifan analisa tersebut. Untuk sampai pada kesimpulan yang benar-benar objektif, akurat dan komprehensif, manajemen puncak dari organisasi badan usaha jalan tol harus membicarakannya dengan melibatkan semua bagian yang ada dalam badan usaha jalan tol.⁵⁵⁰

Studi aspek finansial merupakan aspek yang memegang peranan dalam menerima atau menolak kelayakan usaha. Meskipun aspek-aspek lainnya sudah memberikan hasil kelayakannya. Kajian-kajian aspek finansial meliputi.⁵⁵¹

- (i). Jumlah dana yang dibutuhkan baik untuk modal kerja maupun investasi keseluruhan.
- (ii). Sumber dana yang dibutuhkan untuk keperluan investasi.
- (iii). Proyeksi arus kas masuk maupun keluar untuk menentukan IRR⁵⁵², *net present value* (NPV)⁵⁵³ dan *payback period*⁵⁵⁴.
- (iv). Penyusunan laporan keuangan yang menggambarkan sumber dana dan penggunaannya.
- (v). Indikator ekonomi makro seperti tingkat suku bunga, inflasi, nilai tukar dan kebijakan ekonomi makro.

Oleh karena investasi perusahaan jalan tol yang dilakukan perusahaan berhadapan dengan risiko ketidakpastian, maka orientasi perusahaan harus

⁵⁵⁰ Hilman Muchsin, *Investasi Jalan Tol – Pemahaman Atas Struktur Pengusahaan, Kelayakan, Persaingan Usaha dan Kredit Investasi* (Jakarta: BP-FHUI, 2007), 36-37. Dalam menilai kelayakan rencana investasi Badan Usaha Kerjasama harus mempertimbangkan prinsip-prinsip perkreditan yang lazim dikenal dengan 5 C (*Character, Capacity, Capital, Collateral* dan *Condition*).

⁵⁵¹ Ibid., 37-41.

⁵⁵² Ibid., 37. *Internal rate of return* (IRR) merupakan faktor terpenting sebagai pertimbangan perusahaan dalam melakukan investasinya. IRR adalah rasio laba dari penanaman modal dalam jumlah tertentu dan dalam waktu tertentu, dimana nilai sekarang arus kas masuk adalah sama dengan nilai sekarang, pengeluaran investasi awal, yang dinyatakan dalam persen. Nilai IRR dari usaha yang dilaksanakan perusahaan harus lebih besar dari tingkat suku bunga yang diberikan oleh bank atau lembaga keuangan. Perusahaan yang konservatif biasanya menghendaki besarnya selisih IRR dengan tingkat diskonto minimal 5 % (lima persen).

⁵⁵³ Ibid., 37-38. *Net present value* (NPV) adalah metode penilaian kelayakan investasi yang menyelaraskan nilai akan datang arus kas menjadi nilai sekarang dengan melalui pematangan arus kas dengan memakai faktor pengurangan (diskon) pada tingkat biaya modal tertentu yang diperhitungkan. Karakteristik dari kriteria kelayakan investasi jika NPV bertanda positif (>0). Untuk mendapatkan kelayakan investasi yang cukup baik jika NPV mendekati nilai dari besarnya pinjaman yang direncanakan.

⁵⁵⁴ Ibid., 38. *Payback period* adalah masa pemulihan investasi yang dibutuhkan perusahaan untuk mengembalikan seluruh investasinya termasuk beban bunga.

dititikberatkan pada maksimalisasi perusahaan dengan menganalisis rasio-rasio keuangan dengan cermat. Faktor-faktor tersebut sangat mempengaruhi kondisi perusahaan secara keseluruhan, oleh karena itu perusahaan perlu menguji kepekaan terhadap faktor-faktor tersebut. Organisasi perusahaan harus mengetahui faktor yang paling sensitif terhadap perubahan.⁵⁵⁵

Sebelum UU No. 38/2004, pengusahaan jalan tol dilakukan oleh BUMN yang dalam hal ini adalah Jasa Marga.⁵⁵⁶ Jasa Marga sebelumnya juga berperan sebagai badan pengatur (regulator) karena Pemerintah menyerahkan untuk sebagian atau seluruh wewenangnya dalam penyelenggaraan jalan tol.⁵⁵⁷ Swasta atau pihak lain,⁵⁵⁸ dapat melakukan pengusahaan jalan tol dengan suatu kerjasama dengan Jasa Marga.⁵⁵⁹ Setiap perusahaan swasta yang menyelenggarakan jalan tol dengan demikian harus bekerja sama dengan Jasa Marga dan dalam

⁵⁵⁵ Ibid., 39-40. Rasio-rasio keuangan yang harus dianalisis adalah:

- a. Rasio likuiditas (*liquidity ratio*): bertujuan untuk mengetahui sampai seberapa jauh perusahaan dapat melunasi hutang jangka pendeknya. Agar perusahaan lancar membayar hutang jangka pendeknya, maka rasionya harus semakin besar setiap tahunnya selama periode proyeksi. Rasio ini harus menunjukkan kenaikan yang cukup signifikan dan tahun ke tahun.
- b. Rasio leverage (*leverage ratio*): bertujuan untuk mengukur seberapa besar kegiatan perusahaan dapat dibiayai oleh modal pinjaman. Agar perseroan lancar membayar hutangnya, maka rasio ini harus semakin kecil setiap tahunnya selama periode proyeksi. Rasio ini harus menunjukkan penurunan yang cukup signifikan dari tahun ke tahun.
- c. Rasio aktifitas (*activity ratio*): bertujuan untuk mengukur sampai seberapa jauh aktifitas perusahaan dalam menggunakan dana-dananya secara efektif dan efisien. Biasanya pada tahun-tahun awal penggunaan dananya mengalami peningkatan yang cukup signifikan, tetapi pada tahun-tahun akhir periode proyeksi harus menunjukkan penurunan, terutama untuk aset *turnover*.
- d. Rasio keuntungan (*profitability ratio*): bertujuan untuk mengetahui seberapa jauh efektifitas manajemen dalam mengelola perusahaannya yaitu secara konsisten memberi keuntungan bersih yang cukup baik selama periode proyeksi.
- e. Analisis sensitivitas (*sensitivity analysis*): seperti diuraikan sebelumnya bahwa perusahaan dalam memaksimalkan usaha investasinya dihadapkan pada risiko-risiko seperti: (1) pendapatan turun, dikarenakan tarif awal dan penyesuaiannya tidak seperti yang diproyeksikan, (2) biaya investasi naik, dikarenakan *cost overrun*, (3) volume lalu lintas turun, dikarenakan pengembangan jalan tidak sesuai rencana induk.
- f. Tingkat bunga pinjaman naik saat akan mulai usaha investasinya.
- g. Biaya operasional dan pemeliharaan naik, dan lain-lain.

⁵⁵⁶ UU No. 13/1980, Pasal 17 ayat (1).

⁵⁵⁷ PP No. 8/1990, Pasal 38 ayat (1).

⁵⁵⁸ Ibid., Pasal 38 ayat (2).

⁵⁵⁹ Ibid., Penjelasan Pasal 38 ayat (2). Dalam Penjelasan disebutkan bahwa: "yang dimaksud kerjasama antara lain berbentuk usaha patungan (*joint venture*) atau usaha gabungan (*joint operation*)". Sedangkan "yang dimaksud dengan pihak lain: BUMN/ BUMD, perusahaan swasta nasional atau asing dan koperasi.

pelaksanaannya dibuatkan suatu ikatan kerjasama (*joint venture*) perusahaan jalan tol antara Jasa Marga (sebagai wakil Pemerintah) dan swasta berdasarkan izin Menteri PU.⁵⁶⁰ Setelah dikeluarkannya UU No. 38/ 2004, Jasa Marga tidak lagi memiliki kewenangan mengatur (regulator) artinya Jasa Marga harus berkompetisi dengan swasta dalam investasi jalan tol.⁵⁶¹ Untuk kewenangan mengatur, Pemerintah kemudian membentuk BPJT sebagai badan yang berada dibawah Kementerian PU yang menggantikan peran Jasa Marga sebelumnya.⁵⁶²

BPJT mempunyai wewenang melakukan sebagian pengaturan, perusahaan, dan pengawasan badan usaha jalan tol untuk memberikan manfaat yang maksimal bagi negara dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.⁵⁶³ Dalam menjalankan wewenangnya tersebut BPJT mempunyai tugas dan fungsi.⁵⁶⁴

- (i) Merekomendasikan tarif awal dan penyesuaian tarif tol kepada Menteri;
- (ii) Melakukan pengambilalihan hak perusahaan jalan tol yang telah selesai masa konsesinya dan merekomendasikan pengoperasian selanjutnya kepada Menteri;
- (iii) Melakukan pengambilalihan hak sementara perusahaan jalan tol yang gagal dalam pelaksanaan konsesi, untuk kemudian dilelangkan kembali pengusaannya;
- (iv) Melakukan persiapan perusahaan jalan tol yang meliputi analisa kelayakan finansial, studi kelayakan, dan penyiapan AMDAL;
- (v) Melakukan pengadaan investasi jalan tol melalui pelelangan secara transparan dan terbuka;
- (vi) Membantu proses pelaksanaan pembebasan tanah dalam hal kepastian tersedianya dana yang berasal dari badan usaha dan membuat mekanisme penggunaannya;
- (vii) Memonitor pelaksanaan perencanaan dan pelaksanaan konstruksi serta pengoperasian dan pemeliharaan jalan tol yang dilakukan badan usaha; dan
- (viii) Melakukan pengawasan terhadap badan usaha atas pelaksanaan seluruh kewajiban perjanjian perusahaan jalan tol dan melaporkannya secara periodik kepada Menteri.

⁵⁶⁰ Joesoef, *Jaminan Pemerintah*, 1-2.

⁵⁶¹ Lihat Gambar Nomor 3.5. Perbandingan skema badan usaha kerjasama sebelum dan sesudah UU No. 38/2004.

⁵⁶² Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 295/PRT/M/205 Tentang Badan Pengatur Jalan Tol, tanggal 28 Juni 2005.

⁵⁶³ PP No. 15/ 2005 Pasal 74.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, Pasal 75.

Keberadaan BPJT, wewenang serta tugas dan fungsinya telah ditetapkan dalam UU No. 38/ 2004⁵⁶⁵ dan PP No. 15/ 2005.⁵⁶⁶ Pemerintah kemudian mengeluarkan Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 295/PRT/M/2005 Tentang Badan Pengatur Jalan Tol, tanggal 28 Juni 2005 (Permen No. 295/PRT/2005). Peraturan menteri tersebut mengatur pembentukan dan status BPJT, tugas, fungsi dan wewenang BPJT, organisasi dan tata cara kerja sekretariat BPJT, tata kerja, pembiayaan dan anggaran serta pembinaan dan pengawasan BPJT.⁵⁶⁷

Khusus untuk pengadaan infrastruktur jalan tol Pemerintah menerbitkan Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 27/PRT/M/2006 Tentang Pedoman Pengadaan Pengusahaan Jalan Tol, tanggal 21 November 2006 (Permen PU No. 27/PRT/ 2006) mengacu pada Perpres No. 67/ 2005 yang telah direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010, dan dipergunakan sebagai pedoman bagi semua operator jalan tol termasuk badan usaha swasta yang akan berinvestasi di infrastruktur jalan tol. Maksud dan tujuan pedoman pengadaan pengusahaan jalan tol tersebut adalah sebagai pedoman panitia dalam melaksanakan pengadaan pengusahaan jalan tol, dan untuk melaksanakan kegiatan menetapkan badan usaha yang mempunyai kualifikasi yang memenuhi syarat dan kemampuan usaha ditinjau dari aspek administrasi, hukum, teknik dan keuangan untuk melaksanakan pengusahaan jalan tol.⁵⁶⁸

Ruang lingkup pedoman pengadaan pengusahaan jalan tol tersebut meliputi kegiatan prakualifikasi, pelelangan dan evaluasi pelelangan pengusahaan jalan tol yang seluruh atau sebagian dananya dibiayai oleh badan usaha. Pengadaan tersebut dilakukan dalam dua tahap yaitu prakualifikasi dan tahap

⁵⁶⁵ UU No. 13/ 2004 Pasal 50 ayat 3.

⁵⁶⁶ PP No. 15/ 2005 Pasal 72-85.

⁵⁶⁷ Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 295/PRT/M/2005 Tentang Badan Pengatur Jalan Tol, tanggal 28 Juni 2005.

⁵⁶⁸ Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 27/PRT/M/2006 Tentang Pedoman Pengadaan Pengusahaan Jalan Tol, tanggal 21 November 2006, Pasal 2.

pelelangan terbatas bagi peminat yang lulus prakualifikasi.⁵⁶⁹ Prinsip pengadaan perusahaan jalan tol tersebut adalah:⁵⁷⁰

- (a). Adil, berarti seluruh badan usaha yang ikut serta dalam proses pengadaan harus memperoleh perlakuan yang sama;
- (b). Terbuka, berarti seluruh proses pengadaan bersifat terbuka bagi badan usaha yang memenuhi kualifikasi yang dipersyaratkan;
- (c). Transparan, berarti semua ketentuan dan informasi yang berkaitan dengan penyediaan infrastruktur termasuk syarat teknis administrasi pemilihan, tata cara evaluasi, dan penetapan badan usaha bersifat terbuka bagi seluruh badan usaha serta masyarakat umumnya;
- (d). Bersaing, berarti pemilihan badan usaha melalui proses pelelangan;
- (e). Bertanggung-gugat, berarti hasil pemilihan badan usaha harus dapat dipertanggungjawabkan;
- (f). Saling menguntungkan, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang seimbang sehingga memberi keuntungan bagi kedua belah pihak dan masyarakat dengan memperhitungkan kemampuan dasar masyarakat;
- (g). Saling membutuhkan, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang mempertimbangkan kebutuhan kedua belah pihak; dan
- (h). Saling mendukung, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan dengan semangat saling mengisi dari kedua belah pihak.

Bentuk perusahaan jalan tol adalah kerjasama Pemerintah dan badan usaha (KPS) dalam penyediaan infrastruktur jalan tol. Dalam KPS tersebut Pemerintah dapat memberikan dukungan kepada badan usaha, dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip pengelolaan dan pengendalian risiko keuangan dalam APBN, dan badan usaha tidak diperbolehkan mengalihkan pengusahaannya sampai sebelum jalan tol yang diusahakan beroperasi.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ Ibid., Pasal 3.

⁵⁷⁰ Ibid., Pasal 4.

⁵⁷¹ Ibid., Pasal 10.

Kebutuhan dukungan dalam pengusahaan jalan tol dari Pemerintah kepada badan usaha, antara lain:⁵⁷² (a) biaya pembebasan tanah; (b) kepastian penyesuaian tarif; (c) pemberian subsidi; (d) jaminan atau garansi; dan (e) jaminan pendapatan minimum pengusahaan jalan tol.

Dalam pemberian dukungan ini BPJT harus memastikan dukungan yang dibutuhkan sudah diperoleh dari Menteri terkait pada masa persiapan pengadaan, dan bentuk dukungan Pemerintah tersebut dituangkan dalam dokumen pengadaan pengusahaan jalan tol.

3.2.3. Aspek kontrak dan penyelesaian perselisihan KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia

Perpres No. 13/ 2010 mengatur secara umum perjanjian kerjasama (PK). Badan usaha diwajibkan menjamin pendanaan proyek selama 12 bulan sejak ditandatanganinya PK dengan menandatangani perjanjian-perjanjian pinjaman untuk mendanai pembiayaan proyek dan penarikan dananya dilakukan pada saat pelaksanaan awal konstruksi. GCA dapat memperpanjang jangka waktu ini untuk masa 12 bulan berdasarkan kriteria yang ditetapkan, dengan ketentuan bahwa perpanjangan waktu itu tidak disebabkan oleh kelalaian dari badan usaha. Apabila badan usaha tidak dapat menjamin pendanaan dalam jangka waktu sebagaimana dimaksud, PK dinyatakan berakhir dan jaminan harus ditarik kembali.⁵⁷³

Dalam pelaksanaan KPS, para pihak di dalam perjanjian mempunyai hak untuk menentukan prosedur penyelesaian sengketa dan forum untuk menyelesaikan perselisihannya, seperti arbitrase baik di Indonesia ataupun di luar wilayah Indonesia, atau di Pengadilan Indonesia. Peraturan tidak membedakan antara arbitrase nasional dan arbitrase internasional, meskipun prosedur untuk pelaksanaan putusan arbitrase nasional dan arbitrase internasional berbeda. Pemerintah telah meratifikasi Konvensi New York Tahun 1968 tentang Pengakuan

⁵⁷² Ibid., Pasal 11.

⁵⁷³ Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010), 26. Dalam sektor jalan tol syarat dan ketentuan-ketentuan PK diatur dalam PP No. 15/ 2005 Pasal 64.

dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. Berdasarkan konvensi ini, putusan arbitrase asing dapat diterapkan di Indonesia.⁵⁷⁴

Dalam menganalisa kerangka kerja kontrak konsep KPS model kontrak konsesi dengan skema pembiayaan BOT dalam perusahaan jalan tol di Indonesia, akan dicoba dilihat dalam penerapannya:

(1). Para pihak dalam kontrak BOT infrastruktur jalan tol di Indonesia

Pengusahaan jalan tol dilakukan oleh Pemerintah dan/atau badan usaha yang memenuhi persyaratan.⁵⁷⁵ Pengusahaan jalan tol dapat dilakukan sebagai berikut.⁵⁷⁶

- (i) Pendanaan, perencanaan teknis, dan pelaksanaan konstruksi oleh Pemerintah dan pengoperasian dan pemeliharaan dilakukan oleh badan usaha yang pemilihannya dilakukan melalui pelelangan (pengadaan investasi atau tender)⁵⁷⁷;
- (ii) Pendanaan, perencanaan teknis, dan pelaksanaan konstruksi oleh Pemerintah dan badan usaha, serta pengoperasian dan pemeliharaan dilakukan oleh badan usaha yang pemilihannya dilakukan melalui pelelangan,⁵⁷⁸ atau
- (iii) Pendanaan, perencanaan teknis, dan pelaksanaan konstruksi oleh badan usaha dan pengoperasian dan pemeliharaan dilakukan oleh badan usaha yang sama pemilihannya dilakukan melalui pelelangan.

⁵⁷⁴ Ibid., 12. Dalam penyelesaian perselisihan Indonesia telah mengeluarkan Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

⁵⁷⁵ Pasal 43 ayat (2) UU No. 38/2004.

⁵⁷⁶ Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU No. 38/2004.

⁵⁷⁷ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 147 dan 1315. Dalam *Black's Law Dictionary* ada istilah "bid" dan "tender". Istilah "bid" dijelaskan: *An offer by an intending purchaser to pay a designated price for property which is about to be sold at auction. An offer to perform a contract for work and labor or supplying materials or goods at a specified price. Public contracts are frequently awarded on basis of submitted bids.* Istilah "tender" dijelaskan: *An offer of money. The act which one produces and offers to a person holding a claim or demand against him the amount of money which he considers and admits to be due, in satisfaction of such claim or demand, without any stipulation or condition. As used in determining whether one party may place the other in breach of contract for failure to perform, means a readiness and willingness to perform in case of concurrent performance by other party, with present ability to do so, and notice to other party of such readiness.*

⁵⁷⁸ Pasal 18 Perpres No. 67/ 2005 (yang telah direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010) menyebutkan bahwa: "Pengadaan badan usaha dalam rangka perjanjian kerjasama dilakukan melalui pelelangan umum". Istilah pelelangan umum ini berdasarkan peraturan perundang-undangan tentang jasa konstruksi, yaitu: "Pelelangan umum adalah pelelangan yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media masa, sekurang-kurangnya 1 (satu) media cetak dan papan pengumuman resmi untuk umum sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya", lihat Pasal 1 Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2000 Tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi.

Pemerintah dalam PP No. 15/2005 ini adalah Pemerintah Pusat yang selanjutnya disebut Pemerintah, dilaksanakan oleh Presiden Republik Indonesia yang memegang kekuasaan negara Republik Indonesia sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.⁵⁷⁹ Dalam pelaksanaan kontrak pengusahaan jalan tol, Pemerintah diwakili oleh Sekretaris Jenderal Kementerian PU Republik Indonesia.⁵⁸⁰

Badan usaha dalam PP No. 15/2005 ini adalah badan hukum yang bergerak di bidang pengusahaan jalan tol.⁵⁸¹ Dalam Perpres 67/2005 yang telah direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010 dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan badan usaha adalah badan usaha swasta yang berbentuk perseroan terbatas, BUMN, BUMD, dan koperasi.⁵⁸²

Selain Pemerintah dan badan usaha dalam pelaksanaan kerjasama khususnya dalam manajemen risiko industri pengusahaan jalan tol, ada beberapa pihak lain yang terkait:⁵⁸³

- (i). Regulator (Badan Pengatur Jalan Tol): lembaga ini betapapun perkasanya tidak dapat mencegah terjadinya kegagalan-kegagalan jalan tol. Peranan utamanya adalah bertindak sebagai regulator dan *supervisor* dalam proses penyelenggaraan jalan tol dan mendorong serta memonitor sejauh mana kerangka dasar manajemen risiko telah dilaksanakan oleh organisasi perusahaan jalan tol.

⁵⁷⁹ Pasal 1 butir (9) PP No. 15/2005.

⁵⁸⁰ Dalam Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/MN/2006 tanggal 29 Mei 2006, Pemerintah diwakili oleh Roestam Sjarif, Sekretaris Jenderal Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia berdasarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor: 51/M Tahun 2005 Tanggal 4 April 2005 Tentang Pengangkatan Pejabat Eselon I di lingkungan Departemen Pekerjaan Umum dan sesuai Surat Kuasa Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 06/SKS/M/2006 tanggal 24 Mei 2006.

⁵⁸¹ Pasal 1 butir (5) Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 2005 Tentang Jalan Tol. Disini tidak secara jelas menyebutkan bahwa badan usaha tersebut adalah badan usaha swasta atau badan usaha milik negara. Padahal konsep KPS tersebut adalah suatu kerjasama antara Pemerintah dan swasta. Namun dalam Pasal 50 ayat (4) UU No. 38/ 2004 menyebutkan bahwa yang dimaksud badan usaha adalah badan usaha milik negara dan/atau badan usaha milik daerah dan/atau badan usaha milik swasta.

⁵⁸² Perpres No. 67/ 2005 sebagaimana yang telah direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010, Pasal 1 butir (4).

⁵⁸³ Muchsin, 47-48.

- (ii). *Shareholders*: para pemegang saham ini berperan dalam penunjukkan sumber daya manusia yang kompeten yang disertai tanggungjawab dalam penerapan tata kelola perusahaan dalam manajemen perusahaan. Namun, tentu saja diharapkan bahwa para pemegang saham ini tidak menggunakan kedudukannya itu untuk memanfaatkan organisasi perusahaan bagi kepentingannya sendiri. Misalnya untuk memberikan bantuan fasilitas bagi perusahaannya sendiri atau perusahaan yang terkait dengan dirinya.
- (iii). *Board of Directors*: Direksi bertanggungjawab dalam menerapkan penetapan arah strategis organisasi perusahaan, yaitu bagaimana distribusi tugas dan tanggungjawab dalam manajemen organisasi perusahaan dapat ditetapkan dan diimplementasikan. Penetapan arah itu meliputi pengangkatan jajaran manajemen, menyusun kebijakan operasional dan yang terutama adalah menjaga terpeliharanya tingkat kesehatan organisasi perusahaan. Direksi harus memiliki kemampuan analisis jauh ke depan dan mampu membuat tahapan dalam pencapaian arah dari organisasi perusahaan dengan sangat jelas.
- (iv). *Executive Management*: manajemen eksekutif bertanggungjawab dalam mengimplementasikan kebijakan direksi dalam kegiatan operasional perusahaan sehari-hari. Oleh karena itu, mutlak bahwa manajemen eksekutif ini harus wajib memiliki kompetensi dan pengalaman dalam menjalankan kegiatan operasional perusahaan. Akan tetapi, manajemen eksekutif ini juga harus memiliki standar moral yang prima. Sangat penting pula bahwa manajemen eksekutif ini menguasai seluk-beluk pengendalian risiko keuangan dan jenis-jenis risiko lainnya.
- (v). *The Internal Auditors*: pengawas internal dalam organisasi perusahaan dapat dipandang sebagai kepanjangan tangan dari peranan direksi dalam menjalankan fungsi kebijakan manajemen risiko. Para pengawas internal harus menjalankan perannya sebagai penilai independen (*independent appraisal*) dalam menetapkan sampai seberapa jauh organisasi perusahaan telah memenuhi persyaratan internal sistem pengawasan, praktek-praktek

akuntansi, dan sistem-sistem informasi. Sesungguhnya pengawas internal berperan penting dalam membantu manajemen perusahaan dalam mengidentifikasi dan menunjukkan terdapatnya kegiatan-kegiatan operasional yang berisiko.

- (vi) *External Auditors*: pengawas eksternal tugas utamanya melakukan evaluasi atas proses informasi keuangan berbasis risiko. Dalam hal ini pengawas eksternal harus menjalankan fungsinya itu melalui proses pendekatan yang berbasis risiko dan tidak hanya sekedar menyusun neraca secara tradisional dan laporan keuangan semata. Perlu diketahui bahwa kepercayaan terlalu tinggi (*over-reliance*) terhadap pengawas eksternal justru dapat memperlemah kemitraan dalam manajemen risiko, khususnya bila kepercayaan yang berlebihan itu menyebabkan turunnya peranan manajemen dari peran-peran pengawasan (*supervisory roles*).
- (vii) *The public/ consumers*: masyarakat pengguna jalan sangat berperan sebagai pihak yang berpartisipasi dalam pasar yang menerima balas jasa atas tanggungjawabnya sendiri, khususnya dalam keputusan-keputusan yang dilakukannya untuk menggunakan jalan tol sebagai pilihannya.

(2). **Badan usaha jalan tol di Indonesia**

Badan usaha jalan tol dalam pelaksanaannya berdasarkan UU No. 38/2004 dilakukan oleh Pemerintah dan/atau badan usaha yang memenuhi persyaratan.⁵⁸⁴ Dalam PP No. 15/2005 hanya dijelaskan bahwa badan usaha tersebut adalah badan hukum yang bergerak di bidang pengusahaan jalan tol.⁵⁸⁵ Ada dua penjelasan mengenai badan usaha ini yang diatur secara terpisah:

⁵⁸⁴ Lihat Pasal 43 ayat (2) UU No. 38/2004. Dalam penjelasan undang-undang tersebut dikatakan bahwa pengusahaan jalan tol dapat dilakukan sebagai berikut: -pendanaan, perencanaan teknis, dan pelaksanaan konstruksi oleh Pemerintah dan pengoperasian dan pemeliharaan dilakukan oleh badan usaha yang pemilihannya dilakukan melalui pelelangan; -pendanaan, perencanaan teknis, dan pelaksanaan konstruksi oleh Pemerintah dan badan usaha, serta pengoperasian dan pemeliharaan dilakukan oleh badan usaha yang pemilihannya dilakukan melalui pelelangan; -atau pendanaan, perencanaan teknis, dan pelaksanaan konstruksi oleh badan usaha dan pengoperasian dan pemeliharaan dilakukan oleh badan usaha yang sama yang pemilihannya dilakukan melalui pelelangan. Badan usaha dalam hal ini adalah badan hukum yang bergerak di bidang pengusahaan jalan tol (Pasal 1 butir 17).

⁵⁸⁵ Lihat Pasal 1 butir 5 PP No. 15 /2005.

- (a). Dalam Pasal 50 ayat (4) UU No. 38/ 2004 menyebutkan bahwa perusahaan jalan tol dilakukan oleh badan usaha milik negara dan/atau badan usaha milik daerah dan/atau badan usaha swasta.⁵⁸⁶
- (b). Dalam Pasal 1 butir 4 Perpres No. 67/2005 sebagaimana yang telah direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010 menyebutkan bahwa: badan usaha adalah badan usaha swasta yang berbentuk perseroan terbatas, BUMN, BUMD dan koperasi.⁵⁸⁷

Dalam dokumen pelelangan perusahaan jalan tol badan usaha tersebut dapat membentuk suatu konsorsium,⁵⁸⁸ sebagaimana disyaratkan dalam dokumen pengadaan investasi perusahaan jalan tol.⁵⁸⁹ Apabila badan usaha tersebut dalam mengikuti pelelangan perusahaan jalan tol berbentuk konsorsium, maka sebagai peserta pelelangan badan usaha tersebut tidak boleh mengubah, menambah atau mengurangi anggota konsorsium yang sebelumnya telah mengikuti proses pra-kualifikasi sampai dengan tanda tangan PPJT.⁵⁹⁰

Dari 6 (enam) proyek jalan tol yang ditawarkan Pemerintah kepada investor pada tanggal 17-18 Januari 2005 sebagai tahap pertama, yang merupakan bagian dari total 1600 Km yang akan ditenderkan Pemerintah. Dari 181 perusahaan yang mengambil formulir, yang mengembalikan formulir ada 36 perusahaan dengan membentuk konsorsium.⁵⁹¹

Dalam regulasi terlihat bahwa Pemerintah menggabungkan regulasi hukum untuk badan usaha swasta dan badan usaha BUMN/BUMD serta koperasi

⁵⁸⁶ Pasal 50 ayat (4) UU No. 38/ 2004.

⁵⁸⁷ Lihat Pasal 1 butir 4 Perpres No. 67 /2005 sebagaimana yang telah direvisi dengan Perpres No, 13/ 2010.

⁵⁸⁸ Grimsey and Lewis, 110. Lihat Gambar Nomor 2.8.

⁵⁸⁹ Lihat Dokumen Pelelangan Investasi Jalan Tol Tahap I (Batch-I) Paket II (Ruas Depok – Antasari) yang dikeluarkan oleh Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia – Tim Pengadaan Investasi Jalan Tol (Buku I), Bab I A 1 (y), yang menyebutkan bahwa peserta lelang adalah semua perusahaan atau konsorsium perusahaan yang telah dinyatakan lulus prakualifikasi oleh panitia pelelangan Perusahaan Jalan Tol, mengambil dokumen lelang serta menyampaikan dokumen penawaran kepada panitia pelelangan Perusahaan Jalan Tol sesuai dengan ketentuan dalam dokumen pelelangan.

⁵⁹⁰ Ibid., Bab I A 3.

⁵⁹¹ Joesoef, *Perjanjian Perusahaan Jalan Tol*, 1. Data dari Direktur Sistem Jaringan Prasarana Direktorat Jenderal Bina Marga Kementerian PU menyebutkan ada 181 perusahaan yang mengambil formulir tender.

dalam regulasi yang sama atas pengadaan investasi infrastruktur termasuk jalan tol. Padahal ketiga badan usaha tersebut selain memiliki karakteristik yang berbeda juga masuk dalam lingkup hukum yang berbeda. Seperti dalam hal badan usaha swasta diatur oleh Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas (UU No. 40/ 2007), Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara (UU No. 19/2003). Sedangkan koperasi diatur dalam Undang-undang Nomor 25 Tahun 1993 Tentang Perkoperasian (UU No. 25/ 1993).⁵⁹²

(3). Kontrak infratraktur jalan tol di Indonesia

Pengusahaan jalan tol dapat dilakukan dengan bentuk bangun-serah-guna atau BOT, kontrak operasi dan pemeliharaan atau *operation and maintenance contract* (O&M), atau bentuk lainnya sebagaimana disetujui oleh Menteri.⁵⁹³ Bentuk BOT dimaksud adalah suatu badan usaha yang berkewajiban untuk membangun jalan tol dan/atau fasilitas, termasuk pembiayaan, yang dilanjutkan dengan pengoperasian dan pemeliharaan dalam jangka waktu tertentu serta berhak menarik biaya pemakaian layanan dari pengguna untuk mengembalikan modal investasi, biaya pengoperasian dan pemeliharaan serta keuntungan yang wajar,⁵⁹⁴ dan setelah berakhirnya perjanjian pengusahaan harus diserahkan kepada Pemerintah tanpa penggantian biaya apapun.⁵⁹⁵ Kontrak O&M adalah badan

⁵⁹² Ibid. 57-58.

⁵⁹³ Penjelasan Pasal 19 ayat (2) PP No. 15/2005.

⁵⁹⁴ Yescombe, 13-14.

⁵⁹⁵ Dalam PPJT (lihat: Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/ PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006) disebutkan dalam Pasal 2.4 Kepemilikan Jalan Tol: (b) “Jalan Tol merupakan milik Pemerintah, maka oleh karenanya setelah berakhirnya Masa Konsesi atau pengakhiran Perjanjian oleh salah satu Pihak sesuai ketentuan Perjanjian, Perusahaan Jalan Tol harus mengembalikan dan menyerahkan kembali Jalan Tol kepada BPJT”; dan (c) “Pemberian hak Pengusahaan Jalan Tol kepada Perusahaan Jalan Tol tidak berarti sebagai beralihnya hak milik atas Jalan Tol kepada Perusahaan Jalan Tol, melainkan selama Masa Konsesi, Perusahaan Jalan Tol hanya memiliki hak untuk menguasai seluruh tanah yang dibutuhkan bagi Pengusahaan Jalan Tol dan melaksanakan Pengusahaan Jalan Tol sesuai dengan ketentuan dalam Perjanjian dan peraturan perundang-undangan dan ketentuan yang berlaku”.

Dalam hal risiko, PPJT tersebut menyebutkan dalam Pasal 2.8 Risiko dan Tanggung Jawab:

“Dengan memperhatikan syarat dan ketentuan pada Perjanjian, Perusahaan Jalan Tol dengan ini menyetujui bahwa semua biaya serta risiko yang timbul sebagai akibat dari atau

usaha kerjasama berkewajiban untuk memberikan jasa layanan operasi dan pemeliharaan dalam jangka waktu tertentu untuk mengoperasikan atau mendukung pengoperasian suatu ruas jalan tol.⁵⁹⁶

Pemerintah membagi kontrak pengusahaan jalan tol menjadi dua bagian, berdasarkan suatu kelayakan investasi, yaitu sebagai berikut:⁵⁹⁷

- (i) Untuk ruas jalan tol yang layak secara ekonomi, tetapi belum layak secara finansial.⁵⁹⁸ Untuk ruas jalan tol ini, Pemerintah melakukan pengusahaan jalan tol yang meliputi: kegiatan pendanaan, perencanaan teknis, pelaksanaan konstruksi jalan tol. Sedangkan swasta (badan usaha jalan tol) melakukan pengusahaan jalan tol yang meliputi: pengoperasian dan pemeliharaan.
- (ii) Untuk ruas jalan tol yang layak secara ekonomi dan layak secara finansial.⁵⁹⁹ Untuk ruas jalan tol ini, swasta (badan usaha jalan tol) melakukan semua kegiatan pengusahaan jalan tol yang meliputi: kegiatan pendanaan, perencanaan teknis, pelaksanaan konstruksi, pengoperasian, dan pemeliharaan.

Data BPJT membagi kontrak pengusahaan jalan tol ini menjadi tiga tipe skema kontrak berdasarkan kelayakan investasi, dengan mengacu pada Pasal 43 ayat (2) UU No. 38/ 2004 dan Pasal 19-23 PP No. 15/ 2005. Ketiga skema kontrak tersebut adalah:⁶⁰⁰

- (i) Kontrak konsesi dengan skema pembiayaan BOT, yaitu untuk proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki *financial internal rate of return*

sehubungan dengan Pengusahaan Jalan Tol menjadi tanggung jawab dan risiko Perusahaan Jalan Tol”.

⁵⁹⁶ Vinter, 22-37.

⁵⁹⁷ Muchsin, 34-45. Disebutkan bahwa kegunaan dari studi kelayakan adalah memandu pemilik dana untuk mengoptimalkan penggunaan dana yang dimilikinya serta memperkecil risiko kegagalan investasi dan pada saat yang bersamaan memperbesar peluang keberhasilan investasinya. Kegunaan lain dari studi kelayakan adalah pemilik dana (investor) dapat menyalurkan dananya pada proyek yang paling menguntungkan sehingga ikut membantu mempercepat pertumbuhan ekonomi dengan meningkatkan efisiensi penggunaan sumber daya nasional. Aspek-aspek penting dalam kelayakan investasi adalah: aspek finansial, aspek lingkungan, aspek sosial, aspek ekonomi, dan aspek legal.

⁵⁹⁸ PP No. 15/2005. Pasal 20 ayat (2).

⁵⁹⁹ Ibid. Pasal 21 ayat (2).

⁶⁰⁰ Nurdin Manurung, “Pengaturan/ Pengelolaan Program Jalan Tol di Indonesia”. Lihat Gambar Nomor 2.22.

(FIRR) positif. Contoh kontrak konsesi dengan skema pembiayaan BOT ini adalah perusahaan jalan tol oleh swasta pada umumnya seperti ruas jalan tol "Depok – Antasari" oleh PT. Citra Wasphtowa.⁶⁰¹ Untuk model ini yang sudah berjalan (*on going*) dengan total panjang 736, 62 Km dan nilai total investasi Rp. 63.442,45 Miliar terdiri dari 20 ruas (atau sekitar 80 %).⁶⁰²

- (ii) Kontrak konsesi dengan skema pembiayaan DBO, yaitu untuk proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki FIRR negatif. Contoh kontrak konsesi dengan skema pembiayaan DBO ini adalah ruas "Akses Tanjung Priok". Untuk model ini yang sudah berjalan (*on going*) dengan total panjang 9,48 Km dan nilai total investasi Rp. 2.356 Miliar terdiri dari 1 ruas (atau sekitar 4 %).⁶⁰³
- (iii) Kontrak konsesi dengan skema pembiayaan sebagian oleh Pemerintah dan sebagian oleh investor swasta, yaitu untuk proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki FIRR marginal. Contoh kontrak konsesi dengan skema pembiayaan bersama ini adalah rencana ruas "Solo – Kertosono".⁶⁰⁴ Untuk model ini yang sudah berjalan (*on going*) saat penulisan ini dengan total panjang 177,12 Km dan nilai total investasi Rp. 8.096,61 Miliar terdiri dari 20 ruas (atau sekitar 9 %).⁶⁰⁵

Kontrak BOT jalan tol atau PPJT ditandatangani Menteri PU atas nama Pemerintah dan direksi yang berwenang dari badan usaha jalan tol. Pemerintah

⁶⁰¹ Lihat Perjanjian Perusahaan Jalan Tol ruas "Depok–Antasari" Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006, tanggal 29 Mei 2006.

⁶⁰² Data BPJT tanggal 21 Juni 2010.

⁶⁰³ Data BPJT tanggal 2010. Model DBO atau DBL (*Design Build Lease*) menurut penjelasan BPJT dirancang dan dibangun oleh Pemerintah dengan anggaran Pemerintah (APBN), kemudian untuk menutupi biaya Pemerintah ruas jalan tol tersebut akan dijual atau di-lease kepada swasta melalui pelelangan.

⁶⁰⁴ Dalam kasus rencana pembangunan jalan tol tahun 2010-2014 ruas "Solo – Kertosono" dimana skema pembiayaan sebagian dibiayai oleh Pemerintah (sepanjang 59,95 Km) dan sebagian dibiayai oleh investor swasta (119,05 Km), BPJT tidak dapat memberikan nama bentuk skema ini. Lihat laporan BPJT (22 Februari 2010), "Pengembangan Jalan Tol Di Indonesia", 27.

⁶⁰⁵ Data BPJT tanggal 21 Juni 2010.

membuat kontrak BOT dengan badan usaha jalan tol sebagai bentuk untuk dapat melakukan pengusahaan jalan tol, dan BOT didefinisikan sebagai:⁶⁰⁶

Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*) dimaksud adalah Badan Usaha berkewajiban untuk membangun jalan tol dan/atau fasilitas, termasuk pembiayaan, yang dilanjutkan dengan pengoperasian dan pemeliharaan dalam jangka waktu tertentu serta berhak menarik biaya pemakaian layanan dari pengguna untuk mengembalikan modal investasi, biaya pengoperasian dan pemeliharaan serta keuntungan yang wajar, dan setelah berakhirnya Perjanjian Pengusahaan harus diserahkan kepada Pemerintah tanpa penggantian biaya apapun.

Lingkup kontrak jalan tol berdasarkan PP No. 15/ 2005 tersebut sekurang-kurangnya memuat:⁶⁰⁷

- (a) Lingkup pengusahaan;
- (b) Masa konsesi pengusahaan jalan tol;
- (c) Tarif awal dan formula penyesuaian tarif;
- (d) Hak dan kewajiban, termasuk risiko yang harus dipikul para pihak, dimana alokasi risiko harus didasarkan pada prinsip pengalokasian risiko secara efisien dan seimbang;
- (e) Perubahan masa konsesi;
- (f) Standar kinerja pelayanan serta prosedur penanganan keluhan masyarakat;
- (g) Sanksi dalam hal para pihak tidak memenuhi ketentuan perjanjian pengusahaan;
- (h) Penyelesaian sengketa;
- (i) Pemutusan atau pengakhiran perjanjian pengusahaan;
- (j) Aset penunjang fungsi jalan tol;
- (k) Sistem hukum yang berlaku terhadap perjanjian pengusahaan adalah hukum Indonesia; dan
- (l) Keadaan kahar diluar kemampuan para pihak.

Regulasi pengadaan investasi infrastruktur (Perpres No. 67/ 2005 yang telah direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010) secara umum juga mengatur lingkup kontrak kerjasama, yang sekurang-kurangnya memuat:⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ PP No. 15/ 2005 Penjelasan Pasal 19 ayat (2).

⁶⁰⁷ PP No. 15/ 2005 Pasal 64.

⁶⁰⁸ Perpres No. 67/ 2005 Pasal 23 ayat 1. Dalam hal pembebasan lahan dibiayai oleh badan usaha maka jaminan pelaksanaan ditentukan dengan memperhitungkan biaya yang telah dikeluarkan bada usaha untuk pembebasan lahan (Pasal 23 ayat 2). Dalam perjanjian kerjasama

- (a) Lingkup pekerjaan;
- (b) Jangka waktu;
- (c) Jaminan Pelaksanaan;
- (d) Tarif dan mekanisme penyesuaiannya;
- (e) Hak dan kewajiban, termasuk alokasi risiko;
- (f) Standar kinerja pelayanan;
- (g) Larangan pengalihan perjanjian kerjasama atau penyertaan saham pada badan usaha pemegang perjanjian kerjasama sebelum penyediaan infrastruktur beroperasi secara komersial;
- (h) Sanksi dalam hal para pihak tidak memenuhi ketentuan perjanjian;
- (i) Pemutusan atau pengakhiran perjanjian;
- (j) Laporan keuangan badan usaha dalam rangka pelaksanaan perjanjian, yang diperiksa secara tahunan oleh auditor independen, dan pengumumannya dalam media cetak yang berskala nasional;
- (k) Mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur secara berjenjang yaitu musyawarah mufakat, mediasi, dan arbitrase/pengadilan;
- (l) Mekanisme pengawasan kinerja badan usaha dalam pelaksanaan perjanjian;
- (m) Pengembalian infrastruktur dan/atau pengelolaannya kepada menteri/ kepala lembaga/ kepala daerah;
- (n) Keadaan memaksa;
- (o) Hukum yang berlaku, yaitu hukum Indonesia.

Dualisme pengaturan substansi kontrak ini bisa menimbulkan permasalahan tersendiri. Seperti misalnya apakah ketentuan ”larangan pengalihan perjanjian kerjasama atau penyertaan saham pada badan usaha pemegang perjanjian kerjasama sebelum penyediaan infrastruktur beroperasi secara komersial” yang diatur dalam Perpres No. 67/ 2005 dan tidak diatur dalam PP No. 15/ 2005 bersifat mengikat dalam PPJT.

3.2.4. Aspek konsesi KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia

UU No. 38/ 2004 menyebutkan hak-hak konsesi yang diberikan pada badan usaha adalah sebagai perusahaan jalan tol yang meliputi kegiatan: pendanaan, perencanaan teknis, pelaksanaan konstruksi, pengoperasian, dan/atau

harus mencantumkan secara jelas status kepemilikan aset yang diadakan selama jangka waktu perjanjian (Pasal 23 ayat 3).

Universitas Indonesia

pemeliharaan. Koneksi pengusaha jalan tol tersebut diberikan dalam jangka waktu tertentu untuk memenuhi pengembalian dana investasi dan keuntungan yang wajar bagi usaha jalan tol.⁶⁰⁹ Pemerintah mendefinisikan koneksi sebagai:⁶¹⁰

..... izin pengusaha jalan tol yang diberikan Pemerintah kepada Badan Usaha untuk memenuhi pengembalian dana investasi dan keuntungan yang wajar. Jangka waktu koneksi ditetapkan dalam perjanjian pengusaha.

Sebelum UU No. 38/ 2004 (UU No. 13/ 1980 dan PP No. 8/ 1990), koneksi diberikan dengan suatu keputusan menteri sebagai instrumen hukum publik.⁶¹¹ Namun dalam UU No. 38/ 2004, koneksi diberikan berdasarkan suatu perjanjian (PPJT) sebagai instrumen hukum perdata. Koneksi dalam PPJT disebutkan:⁶¹²

Pasal 2.1 Pemberian Pengusahaan Jalan Tol:

Pemerintah dengan ini menunjuk dan memberikan kepada Perusahaan Jalan Tol hak koneksi Pengusahaan Jalan Tol, dan Perusahaan Jalan Tol dengan ini menerima penunjukan dan pemberian hak koneksi Pengusahaan Jalan Tol dari Pemerintah dengan syarat dan ketentuan sebagaimana diatur dalam Perjanjian ini.

Mengenai instrumen hukum perdata, dari penelitian yang dilakukan oleh Yudhi Setiawan dalam kasus konsolidasi tanah, disimpulkan bahwa:⁶¹³

(a). Penggunaan instrumen hukum perdata berupa perjanjian menyulitkan dalam konsolidasi tanah, karena: (i) konsolidasi

⁶⁰⁹ Pasal 50 butir (2) dan butir (6) UU No. 38/ 2004.

⁶¹⁰ PP No. 15/ 2005 Penjelasan Pasal 50 ayat (2).

⁶¹¹ Joesoef, Iwan Erar. *Jaminan Pemerintah*, 1. Dalam kasus CMNP izin koneksi diberikan berdasarkan: Keputusan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 601/KPTS/1987 Tentang Izin Menyelenggarakan Jalan Tol Cawang-Tanjung Priok Kepada Perusahaan Perseroan (Persero) PT Jasa Marga Dalam Ikatan Usaha Patungan Dengan PT Citra Marga Nusaphala Persada, tanggal 9 Desember 1987.

⁶¹² Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006 antara PT Citra Waspphutowa dan Pemerintah cq Departemen Pekerjaan Umum, Pasal 2.1.

⁶¹³ Setiawan, Yudhi. *Instrumen Hukum Campuran (gemeensdchapelijkrecht) Dalam Konsolidasi Tanah* (Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2009), 252. Perubahan pemberian koneksi yang semula berdasarkan surat keputusan menteri (instrumen hukum publik) menjadi berdasarkan perjanjian perdata (PPJT) sebagai instrumen hukum perdata, telah penulis konfirmasi dalam wawancara dengan Bu Juli Bagian Perundang-undangan 1 Biro Hukum Kementerian PU tanggal 20 Agustus 2010.

tanah tidak bisa dilaksanakan apabila pemilik tanah tidak setuju, (ii) pelaksana konsolidasi tanah adalah badan atau pejabat tata usaha negara dan bukan subjek hukum atau badan hukum perdata.

- (b). Terdapat percampuran antara perjanjian perdata biasa dan perjanjian kebijaksanaan (kewenangan) dalam konsolidasi tanah. Hal tersebut disebabkan bidang pertanahan adalah kewenangan Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia sebagai badan atau pejabat tata usaha negara termasuk pembuatan *besluit* (keputusan tata usaha negara) berupa sertifikat.
- (c). Percampuran perjanjian antara perjanjian perdata dan perjanjian kebijaksanaan (kewenangan) yang kemudian melahirkan sertifikat menimbulkan persoalan ketika terjadi sengketa dalam konsolidasi tanah. Perjanjian campuran tersebut merupakan tindakan tata usaha negara atau merupakan tindakan hukum perdata. Jika dianggap sebagai tindakan tata usaha negara dan terjadi sengketa, maka menjadi kompetensi hakim tata usaha negara. Sebaliknya jika dianggap sebagai tindakan hukum perdata bila terjadi sengketa maka menjadi kompetensi hakim perdata. Percampuran perjanjian menimbulkan persoalan kapan suatu perjanjian dalam konsolidasi tanah masuk dalam lapangan hukum administrasi dan kapan masuk dalam lapangan hukum perdata.

Pengusahaan jalan tol tersebut dalam PPJT, dipertegas lagi pelaksanaannya yang harus sesuai dengan ketentuan PPJT, dan peraturan perundang-undangan serta ketentuan yang berlaku. Pengusahaan jalan tol tersebut dalam PPJT, dalam pelaksanaannya kemudian dibatasi, yaitu tidak boleh menjalankan usaha lain dalam bentuk apapun. Pengecualian diberikan terhadap.⁶¹⁴

- (a) Usaha-Usaha Lain:⁶¹⁵ Selain tanah yang sudah ditetapkan dalam Rencana Teknik Akhir untuk keperluan badan jalan, Perusahaan Jalan Tol dapat memanfaatkan dan mengusahakan tanah di Ruang Milik Jalan Tol di luar ruang manfaat jalan tol sebagai tempat istirahat dan pelayanan dan fasilitas penunjang lainnya, setelah mendapatkan persetujuan dari BPJT, Menteri mengatur pengusahaan tanah tersebut dengan Peraturan Menteri.

⁶¹⁴ Ibid, Pasal 2.3 dan 2.5.

⁶¹⁵ Ibid, Pasal 10.5.

- (b) Penghasilan Perusahaan Jalan Tol.⁶¹⁶ Penghasilan Perusahaan Jalan Tol yang berasal dari Pendapatan Tol, Pendapatan Usaha Lain, Utilitas dan penempatan iklan selama Masa Konsesi akan menjadi hak sepenuhnya Perusahaan Jalan Tol.

Selama masa konsesi, jalan tol tersebut merupakan milik Pemerintah yang harus dikembalikan pada BPJT pada akhir masa konsesi. Dengan demikian maka pemberian hak pengusahaan jalan tol kepada perusahaan jalan tol (badan usaha) tidak berarti sebagai beralihnya hak milik atas jalan tol kepada perusahaan jalan tol. Dalam hal ini selama masa konsesi, perusahaan jalan tol hanya memiliki hak untuk menguasai seluruh tanah yang dibutuhkan bagi pengusahaan jalan tol dan melaksanakan pengusahaan jalan tol berdasarkan ketentuan dalam PPJT dan peraturan perundang-undangan dan ketentuan yang berlaku.⁶¹⁷

Menurut Van Vollenhoven, yang disebut konsesi adalah bilamana pihak swasta setelah bersepakat dengan Pemerintah, melakukan “sebagian pekerjaan pemerintahan”. Beberapa pendapat Van Vollenhoven adalah sebagai berikut:⁶¹⁸

- (a). Istilah konsesi juga digunakan dalam hal kepada pihak swasta diberikan wewenang dengan beberapa syarat tertentu, bukan saja untuk menjalankan sebagian tugas (seperti tugas pendidikan), melainkan juga untuk memberikan (memberikan ijazah) yang mempunyai nilai kerja, dan untuk memungut retribusi (misalnya dalam bentuk uang sekolah).
- (b). Konsesi dipakai dalam arti lisensi,⁶¹⁹ yaitu untuk melakukan suatu pekerjaan yang tertentu luasnya, dengan tidak memperbolehkan pihak lain untuk turut serta.

⁶¹⁶ Ibid, Pasal 10.6.

⁶¹⁷ Ibid, Pasal 2.4.

⁶¹⁸ Prins, W.F. dan Adisapoetra, R. Kosim. *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*. Cetakan keenam (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1987), 74-77.

⁶¹⁹ Ibid., 71-73. Lisensi menurut Prins tampaknya tepat buat izin untuk menjalankan suatu perusahaan dengan bebas, umpamanya lisensi untuk memburu burung cenderawasih, dan sebagainya (*Staatsblad* 1916 No. 197). Lisensi tersebut memiliki arti fiskal. Sedangkan izin menurut Prins diartikan sebagai memberikan dispensasi dari sebuah larangan, dan pemakaiannya pun memang dalam arti itu juga. Dispensasi menurut Prins adalah tindakan pemerintahan yang menyebabkan suatu peraturan undang-undang menjadi tidak berlaku bagi suatu hal yang istimewa (*relaxio legis*). Sejak zaman pemerintahan raja keturunan Stuarts, perkara dispensasi ini tidak

- (c). Pekerjaan konsesi banyak terpaut kepentingan umum, dan karena pekerjaan itu sifatnya hampir merupakan perusahaan, tidak mungkin lagi untuk menggolongkannya sebagai pekerjaan pemerintahan.
- (d). Konsesi dapat diberikan berdasarkan undang-undang maupun dengan jalan mengadakan "persyaratan".
- (e). Pemegang konsesi hampir senantiasa diwajibkan untuk melaksanakan pekerjaan yang diizinkan kepadanya dalam waktu tertentu, dan untuk menyelenggarakannya secara teratur.
- (f). Konsesi dapat dipandang sebagai lisensi yang diberikan atas permohonan karena pada konsesi banyak hak dan kewajiban yang harus diindahkan oleh kedua belah pihak.

Secara teori, konsesi sebagai tindakan administrasi negara dapat berupa tindakan administrasi negara dalam hukum publik dan dalam hukum perdata. Tindakan administrasi negara dalam bidang hukum publik dapat terdiri dari dua bagian, yaitu:⁶²⁰

- (a). Tindakan administrasi negara bersegi dua (*tweezijdige publiek rechtelijke handelingen*). Dalam tindakan hukum yang bersegi dua (perjanjian/*overeenkomst*) ada persesuaian kehendak (*wilsovereen-komst*) antara dua pihak yang diatur oleh hukum istimewa, yaitu peraturan hukum publik, bukan

begitu disukai orang. Karena itu di dalam *Bill of Rights* (1989) ditetapkan bahwa dispensasi baru mungkin diberikan kalau kedua majelis Parlemen memberikan persetujuannya. Dalam perundang-undangan modern, lazim sekali bahwa kekuasaan yang diberikan kepada Pemerintah untuk memberikan dispensasi harus jelas batasnya.

⁶²⁰ Safri Nugraha, *et al.*, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), 62-63. Pada dasarnya hukum administrasi negara mengatur hubungan antara pemerintah dan warga masyarakat sesuai dengan norma hukum tata usaha negara. Bila penyesuaiannya lebih dapat dipenuhi dengan menggunakan hukum perdata, tidak ada salahnya digunakan. Apalagi kalau tidak tersedia instrument hukum publik sebagai jalur alternatifnya. Dalam keadaan demikian, hukum perdata lah yang berfungsi sebagai instrument Pemerintah untuk mencapai tujuan kebijakan. Berdasarkan pendapat tersebut, teori dua jalur dan teori hukum umum (*het gemene rechtsleer*) dapat dihindarkan. Hal ini disebabkan kedua jalur hukum tersebut bersifat absolute. Teori dua jalur, yaitu selama menempuh jalur perdata, badan administrasi negara tidak bertentangan dengan ketentuan undang-undang (harus dilihat kasus demi kasus), tidak akan terjadi penyalahgunaan wewenang, asalkan memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Dengan demikian, tidak ada alasan melarang badan administrasi negara untuk menempuh jalur hukum publik atau perdata. Ajaran hukum umum yang mendukung teori Paul Scholten dan dimodifikasi Wiarda menganggap hukum perdata sebagai hukum umum yang selalu berlaku selama tidak bertentangan atau dilarang oleh suatu ketentuan hukum publik.

Universitas Indonesia

diatur hukum biasa/ Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerd).

Contohnya *kortverband contract*, yaitu perjanjian kerja jangka pendek dilingkungan tenaga asing. Kontrak antara maskapai minyak asing dan Pemerintah berdasarkan Undang-undang penanaman modal asing,⁶²¹ perjanjian masuk dinas angkatan darat/laut.

- (b). Tindakan administrasi negara bersegi satu (*eenzijdige publiek rechtelijke handelingen*). Dalam tindakan ini tindakan administrasi negara akan menghasilkan berbagai keputusan dalam arti luas, antara lain: (i) pengaturan (*regerings besluit*), yaitu keputusan pelaksanaan (*politieks daad*), sifat keputusan adalah umum, abstrak, dan berlaku terus menerus (*dauer haflig*, disebut juga *delegated legislation*); (ii) rencana (*plan*).⁶²²

Tindakan administrasi negara dalam bidang hukum perdata dapat terjadi dalam arti administrasi negara mengadakan hubungan hukum (*rechtsbetrekking*) dengan subyek hukum lain berdasarkan hukum perdata. Misalnya, sewa menyewa tanah *eigendom*,⁶²³ rumah atau ruangan oleh penguasa dan pihak lain.⁶²⁴ Tindakan dalam hukum perdata dilarang bagi administrasi negara bila tujuan yang dimaksud dapat juga dicapai dengan jalan hukum publik.⁶²⁵

Keikutsertaan badan administrasi negara dalam perbuatan hukum keperdataan ikut mempengaruhi hubungan hukum keperdataan yang berlangsung dalam masyarakat umum. Hal ini disebabkan perjanjian yang diadakan oleh badan administrasi negara dilakukan dengan warga masyarakat dan badan hukum perdata. Bukan tidak mungkin berbagai ketentuan hukum publik (terutama peraturan perundang-undangan hukum tata usaha negara) akan menyusup dan

⁶²¹ Lihat Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, yang telah ditandatangani Presiden tanggal 26 April 2007 adalah untuk mengganti Undang-Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang Nomor 6 tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri.

⁶²² Safri Nugraha, *et al.*, *Hukum Administrasi*, 62-63. Dalam tulisannya mengutip pendapat Prajudi Atmosudirdjo, yang menyatakan bahwa rencana (*plan*) merupakan seperangkat tindakan terpadu dengan tujuan agar tercipta suatu keadaan yang tertib bilamana tindakan tersebut selesai direalisasikan. Suatu rencana menunjukkan kebijakan yang akan dijalankan oleh administrasi negara pada suatu lapangan tertentu.

⁶²³ Pasal 1457 KUHPerd.

⁶²⁴ Pasal 1548 KUHPerd.

⁶²⁵ Safri Nugraha, *et.al.*, *Hukum Administrasi Negara*, 67-72.

mempengaruhi peraturan perundang-undangan perdata. Terdapat beberapa peraturan yang secara khusus mengatur tata cara/prosedur yang harus ditempuh berkaitan dengan upaya perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan oleh badan administrasi negara. Misalnya, badan administrasi negara tidak dapat begitu saja mengadakan pengadaan barang dan jasa bagi kebutuhan departemen/lembaga tanpa melalui tata cara/prosedur yang ditetapkan. Apalagi pembelanjaan dalam rangka pelaksanaan anggaran pendapatan dan belanja negara.⁶²⁶

Dalam konteks KPS, jenis-jenis perjanjian yang biasa digunakan Pemerintah adalah:⁶²⁷

(a). Perjanjian perdata biasa.

Perjanjian ini paling sering digunakan. Contohnya jual beli alat keperluan kantor, sewa menyewa, pemborongan pekerjaan. Perjanjian mengakibatkan

⁶²⁶ Ibid. Keuntungan pemanfaatan lembaga keperdataan antara lain: (i) ketegangan yang disebabkan oleh tindakan yang bersifat sepihak dari pemerintah dapat dikurangi, (ii) tindakan hukum perdata hampir selalu dapat memberikan jaminan kebendaan, (iii) sering terjadi pada saat jalur hukum publik mengalami kebuntuan, jalur hukum perdata dapat memberikan jalan keluar, (iv) lembaga keperdataan selalu dapat diterapkan untuk segala keperluan karena sifatnya fleksibel dan jelas sebagai suatu instrumen, (v) para pihak bebas menentukan perjanjian, walaupun pada dasarnya dibatasi undang-undang. Ketentuan undang-undang bersifat memaksa untuk perjanjian. Sementara itu, isi perjanjian bergantung kesepakatan para pihak.

Sedangkan kerugian pemanfaatan lembaga keperdataan antara lain: (i) penggunaannya oleh Pemerintah tidak selalu pasti dimungkinkan, yaitu dalam hal untuk mencapai tujuan Pemerintah yang tersedia bentuknya menurut hukum publik, (ii) pengaturan pembagian wewenang interen jajaran Pemerintah kadang menjadi kacau, (iii) efektifitas pengawasan preventif dan represif maupun jalur banding administratif kadang tidak ditempuh, (iv) Pemerintah dengan kedudukannya yang khusus (menjaga dan memelihara kepentingan umum) menuntut kedudukan yang khusus pula dalam hubungan hukum keperdataan, yang dapat mengakibatkan pemutusan sepihak olehnya perjanjian yang telah diadakan dengan warga, (v) mudah menjurus pada *detournement de procedure*, artinya dengan menempuh jalur perdata lalu menyimpang dari jaminan prosedural atau jaminan lain yang diberikan hukum publik.

Pemerintah sebagai penguasa juga dapat dilihat dalam empat macam bentuk dari penguasa, yaitu, sebagai: (1) pemelihara ketertiban, (2) pengelola keuangan, (3) tuan tanah, dan (4) pengusaha (lihat: Hadjon, 8-9).

⁶²⁷ Ibid., 69-72. Selaku badan hukum (*legal person, rechtspersoon*), badan atau pejabat tata usaha negara mengikat diri pada pelbagai perjanjian keperdataan, misalnya perjanjian jual beli, perjanjian sewa menyewa, perjanjian pemborongan, bahkan penghibahan. Disini pejabat tata usaha negara menjalankan peranan sebagai pelaku hukum keperdataan (*civil actor*). Perbuatan hukum yang dilakukan badan atau pejabat tata usaha negara itu tidak diatur berdasarkan hukum publik, tetapi didasarkan pada peraturan perundang-undangan hukum perdata (*privaatrecht*), sebagaimana lazimnya peraturan perundang-undangan yang mendasari perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan seseorang warga badan hukum perdata. Di Negeri Belanda, dasar hukum keikutsertaan badan atau pejabat tata usaha negara didalam hal perbuatan hukum keperdataan diatur dalam Pasal 1 buku 2 kitab undang-undang hukum perdata Belanda yang baru. (lihat: Hadjon, 166-167).

dipertanggungjawabkannya harta kekayaan negara guna memenuhi perjanjian tersebut. Harta kekayaan negara dikuasai oleh lembaga hukum publik baik di pusat maupun daerah. Lembaga hukum publik tersebut selain menjadi bagian organisasi negara juga mempunyai status kemandirian. Oleh karena itu, lembaga hukum juga dapat berkedudukan sebagai badan hukum perdata.⁶²⁸

Perjanjian hukum perdata biasa, yang selalu dilakukan badan administrasi negara, dilakukan berdasarkan wewenang pemerintahan yang dimiliki. Dengan demikian, setiap perjanjian yang dilakukan Pemerintah selalu didahului oleh adanya suatu "*Keputusan Tata Usaha Negara*" untuk melakukan suatu tindakan hukum perdata biasa maupun lainnya. Setelah ada keputusan administrasi negara, kemudian perjanjian perdata dilakukan.

(b). Perjanjian mengenai wewenang Pemerintah.

Terjadi antara badan administrasi negara dan warga masyarakat, yang diperjanjikan mengenai cara badan administrasi negara menggunakan wewenang pemerintahan. Biasanya disebut perjanjian menurut hukum publik untuk membedakan dengan perjanjian perdata biasa yang bersumber pada kewenangan bebas Pemerintah. Pemerintah tidak dapat selamanya terikat pada perjanjian tersebut, pemerintah dibenarkan menyimpang dari perjanjian kalau terjadi perubahan dalam masyarakat yang tidak tergambarkan sebelumnya pada waktu perjanjian dibuat.

(c). Perjanjian mengenai kebijakan yang akan dilaksanakan.

Objek perjanjian adalah mengenai hak kebendaan (harta kekayaan) Pemerintah yang dimaksudkan sebagai sarana untuk mencapai tujuan kebijakan yang ditempuhnya. Kelompok perjanjian yang penting adalah mengenai transaksi harta tidak bergerak dengan memasukan klausula: (i) kemungkinan penggunaan ataupun pendirian bangunan (pengaturan tata ruang), (ii) ketentuan yang berlaku mengenai pemindahtanganan harta kekayaan negara, (iii) syarat-syarat lingkungan hidup, (iv) ketentuan yang harus dilaksanakan oleh mereka yang diberi izin melakukan usaha sosial, (v) syarat-syarat perusahaan parkir diseluruh kota, (vi)

⁶²⁸ Hadjon, 10.

syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh perusahaan pompa bensin, (vii) syarat-syarat yang harus dipenuhi dan dilaksanakan pada waktunya oleh *developer real estate*.

(d). Perjanjian mengenai jual beli barang dan jasa.

Distribusi listrik, air minum, gas, telepon masih dilakukan oleh perusahaan yang dikelola Pemerintah, walaupun ada kecenderungan swastanisasi. Tata cara distribusi tidak diatur terperinci dalam peraturan pokok, yang diatur hanya hubungan hukum sebagai penjual, pembeli barang/jasa, dan ada kewenangan untuk membuat perjanjian dengan pihak ketiga. Rinciannya bergantung pada *stelsel* (sistem) perjanjian antara penjual dan pembeli. Pada umumnya perjanjian merupakan kontrak standar, yang sudah ditentukan syarat/kondisi perjanjiannya secara sepihak oleh salah satu pihak.

Kontrak standar adalah suatu perjanjian berdasarkan suatu model, yang isi/syarat perjanjian telah ditentukan sepihak oleh salah satu pihak. Misalnya, Pemerintah dalam pemberian hak guna usaha (HGU) menentukan sejumlah syarat. Suatu kontrak standar akan melahirkan kontrak *adhesi*, yaitu perjanjian yang seluruhnya telah disiapkan secara sepihak oleh suatu pihak, sehingga bagi lawan berkontrak tidak ada pilihan lain, kecuali menerima atau menolak (*take it or leave it*).⁶²⁹

Beberapa ukuran yang digunakan agar kontrak standar tidak bersifat melawan hukum, antara lain, tidak dapat melanggar ketentuan undang-undang, tidak melanggar larangan bertindak sewenang-wenang (*willekeur*) dan larangan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan tidak melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Dalam pengusahaan infrastruktur jalan tol di Indonesia, dalam kerangka hukum konsesi, Pemerintah tidak memberikan jaminan pembayaran (*fix government payments*) bagi investor swasta pemegang konsesi jalan tol. Pemegang konsesi jalan tol akan mendapatkan kompensasi pengembalian investasi, pemeliharaan, dan pengembangan jalan tol hanya dari pembayaran tol

⁶²⁹ Safri Nugraha, et.al., *Hukum Administrasi Negara*, 72.

dari pengguna jalan tol (*users pays*).⁶³⁰ Pemerintah hanya memberikan jaminan penyesuaian tarif tol setiap 2 (dua) tahun sekali berdasarkan pengaruh laju inflasi.⁶³¹ Tarif tol tersebut dihitung berdasarkan kemampuan bayar pengguna jalan, besar keuntungan biaya operasi kendaraan, dan kelayakan investasi.⁶³² Untuk itu usulan penetapan tarif tol awal sangat penting pada saat pelelangan jalan tol. Regulasi hukum jalan tol maupun PPJT tidak menyediakan mekanisme kompensasi untuk penyesuaian perubahan tingkat pengembalian investasi akibat risiko-risiko yang bersifat *contingency* (*unforeseen risks*).

Ada tiga hal pokok konsesi dalam konteks perusahaan. *Pertama*, konsesi tidak terkait dengan penjualan atau pengalihan hak milik aset secara fisik, kecuali hanya hak untuk menggunakan aset dan mengoperasikan usaha. *Kedua*, kontrak konsesi terbatas dengan periode waktu biasanya 15-30 tahun tergantung sektor dan konteks infrastruktur. *Terakhir*, Pemerintah sebagai pemilik aset terlalu terlibat dan keliru dalam hal konsesi (Penulis berpendapat bahwa Pemerintah kurang memahami konsesi sehingga berakibat salah dalam membuat kebijakan terkait konsesi). Implikasi dari konsesi adalah bahwa hak atas penghasilan selama konsesi (*cash flow*) dari pengguna, sifatnya tergantung dari permintaan dan tarif serta implikasi lain adalah kemungkinan pengakhiran kontrak oleh Pemerintah. Aset yang dapat diagunkan atau digadaikan hanya penghasilan selama konsesi, sedangkan aset tanah, pabrik, mesin tidak dapat diagunkan karena semua aset fisik adalah milik Pemerintah.⁶³³

Konsesi itu sendiri merupakan penetapan yang memungkinkan pemegang konsesi (konsesionalis) mendapat dispensasi, izin, lisensi, dan juga semacam wewenang pemerintahan yang memungkinkannya. Misalnya dalam membuat

⁶³⁰ Lihat UU No. 38/ 2004 Pasal 43 (3).

⁶³¹ Lihat UU No. 38/ 2004 Pasal 48 (4). Formula penyesuaian tarif adalah: Tarif baru = tarif lama (1 + inflasi). lihat Pasal 68 (1) PP No. 15/ 2005.

⁶³² Lihat UU No. 38/ 2004 Pasal 48 (1). Besar keuntungan biaya operasi kendaraan dan nilai waktu pada jalan tol dengan jalan lintas alternatif jalan umum yang ada. Kelayakan investasi dihitung berdasarkan pada taksiran transparan dan akurat dari semua biaya selama jangka waktu perjanjian perusahaan, yang memungkinkan badan usaha memperoleh keuntungan yang memadai atas investasinya. Lihat Pasal 66 (2) dan (3) PP No. 15/ 2005.

⁶³³ Guasch, 30.

jalan, jembatan layang, dan sebagainya.⁶³⁴ Dari dispensasi, izin, lisensi, dan juga semacam wewenang pemerintahan, memungkinkan konsesionaris memiliki hak untuk memungut biaya (tol) atas wewenang yang telah diberikan atas pengelolaan atas suatu hak kebendaan yang dibangun atas wewenang tersebut.

3.2.5. Aspek penggunaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia

KPS merupakan suatu kerjasama antara Pemerintah dan swasta dimana swasta menjalankan fungsi Pemerintah untuk periode tertentu (konsesi) dengan imbalan kompensasi atas pelaksanaan fungsi tersebut dan tanggungjawab atas risiko-risiko yang timbul dari pelaksanaan fungsi tersebut, dan Pemerintah mengalihkan (*transferred*) atau menyediakan (*made available*) atas fasilitas publik, tanah atau sumber lainnya.⁶³⁵ Dalam Perpres 13/ 2010, Pemerintah menyediakan tanah dalam bentuk dukungan Pemerintah dalam pengadaan tanah sebelum proses pengadaan badan usaha.⁶³⁶

Dalam konteks BOT, swasta membangun jalan tol diatas tanah yang disediakan oleh Pemerintah, jalan tol tersebut sebagai infrastruktur berdasarkan UU No. 38/ 2004 merupakan jalan dan jalan tersebut adalah prasarana transportasi darat yang meliputi segala bagian jalan, termasuk bangunan pelengkap dan perlengkapannya yang diperuntukkan bagi lalu lintas, yang berada pada permukaan tanah, di atas permukaan tanah, di bawah permukaan tanah dan/ atau air, serta di atas permukaan air, kecuali jalan kereta api, jalan lori, dan jalan kabel.⁶³⁷ Bagian-bagian jalan berdasarkan UU No. 38/ 2004 tersebut:⁶³⁸

⁶³⁴ Efendi, 64.

⁶³⁵ Praptono Djunaedi. Mengutip pendapat William J. Parente.

⁶³⁶ Pasal 17 A butir 3 dan butir 6 Perpres 13/ 2010.

⁶³⁷ UU No. 38/ 2004 Pasal 1 butir (4). Khusus untuk infrastruktur jalan tol, memiliki syarat teknis dan spesifikasi tertentu, dan juga tersedianya sarana komunikasi dan sarana deteksi untuk pertolongan, untuk jalan tol antar kota harus tersedia tempat istirahat dan pelayanan untuk kepentingan pengguna jalan tol, serta standar pelayanan minimum yang mencakup kondisi jalan tol, kecepatan tempuh rata-rata, aksesibilitas, mobilitas, dan keselamatan (lihat Pasal 5, 6, 7 dan 8 PP No. 15/ 2005).

⁶³⁸ UU No. 38/ 2004 Pasal 11. Dalam penjelasan Pasal 11 tersebut, yang dimaksud ruang manfaat jalan dalam butir (a) adalah suatu ruang yang dimanfaatkan untuk konstruksi jalan dan terdiri atas badan jalan, saluran tepi jalan, serta ambang pengamanannya. Badan jalan meliputi jalur

- (a). Ruang manfaat jalan, yang meliputi: badan jalan, saluran tepi jalan, dan ambang pengamanannya.
- (b). Ruang milik jalan, yang meliputi: ruang manfaat jalan dan sejalur tanah tertentu di luar ruang manfaat jalan.
- (c). Ruang pengawasan jalan, merupakan ruang tertentu di luar ruang milik jalan yang ada di bawah pengawasan penyelenggara jalan.

Selain untuk keperluan badan jalan, tanah di ruang milik jalan tol,⁶³⁹ di luar manfaat jalan tol,⁶⁴⁰ dapat diusahakan sebagai tempat istirahat dan pelayanan, sepanjang hal ini masih merupakan sarana penunjang dalam perusahaan jalan tol dan memenuhi ketentuan teknik jalan tol. Perusahaan tanah tersebut dapat dilakukan oleh badan usaha jalan tol dengan pihak lain atas persetujuan BPJT.⁶⁴¹

Dalam infrastruktur perkeretaapian sebagai perbandingan, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2007 Tentang Perkeretaapian (UU No. 23/2007) membagi infrastruktur kereta api dalam dua bagian yaitu:

- a. Prasarana keretaapian umum dan perkeretaapian khusus meliputi: (1) jalur kereta api, (2) stasiun kereta api, dan (3) fasilitas operasi kereta api.⁶⁴²

lalu lintas, dengan atau tanpa jalur pemisah dan bahu jalan, termasuk jalur pejalan kaki. Ambang pengaman jalan terletak di bagian paling luar. Dari ruang manfaat jalan, dan dimaksudkan untuk mengamankan bangunan jalan. Dalam butir (b), yang dimaksud dengan ruang milik jalan (*right of way*) adalah sejalur tanah tertentu di luar ruang manfaat jalan yang masih menjadi bagian dari ruang milik jalan yang dibatasi oleh tanda batas ruang milik jalan yang dimaksudkan untuk memenuhi persyaratan keluasan keamanan pengguna jalan antara lain untuk keperluan pelebaran ruang manfaat jalan pada masa yang akan datang. Dalam butir (c) yang dimaksud dengan ruang pengawasan jalan adalah ruang tertentu yang terletak di luar ruang milik jalan yang penggunaannya diawasi oleh penyelenggara jalan agar tidak mengganggu pandangan pengemudi, konstruksi bangunan jalan apabila ruang milik jalan tidak cukup luas, dan tidak mengganggu fungsi jalan. Terganggunya fungsi jalan disebabkan oleh pemanfaatan ruang pengawasan jalan yang tidak sesuai dengan peruntukannya.

⁶³⁹ Penjelasan Pasal 11 ayat (3) UU No. 38/ 2004. Ruang milik jalan (*right of way*) adalah sejalur tanah tertentu di luar ruang manfaat jalan yang masih menjadi bagian dari ruang milik jalan yang dibatasi oleh tanda batas ruang milik jalan yang dimaksudkan untuk memenuhi persyaratan keluasan keamanan penggunaan jalan antara lain untuk keperluan pelebaran ruang manfaat jalan pada masa yang akan datang.

⁶⁴⁰ Penjelasan Pasal 11 ayat (2) UU No. 38/ 2004. Ruang manfaat jalan adalah suatu ruang yang dimanfaatkan untuk konstruksi jalan dan terdiri dari badan jalan, saluran tepi jalan, serta ambang pengamanannya. Badan jalan meliputi, jalur lalu lintas, dengan atau tanpa jalur pemisah dan bahu jalan, termasuk jalur pejalan kaki. Ambang pengaman jalan terletak di bagian paling luar dari ruang manfaat jalan, dan dimaksudkan untuk mengamankan bangunan jalan.

⁶⁴¹ Pasal 52 PP No. 15/2005.

⁶⁴² Pasal 35 ayat (1) Undang-undang Nomor 23 Tahun 2007 Tentang Perkeretaapian (UU No. 23/2007) Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 65, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4722.

- b. Sarana perkeretaapian menurut jenisnya terdiri dari: (1) lokomotif, (2) kereta, (3) gerbong, dan (4) peralatan khusus.⁶⁴³

Jalur kereta api sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35 ayat (1) UU No. 23/2007 tersebut meliputi: (1) ruang manfaat jalur kereta api, (1) ruang milik jalur kereta api, dan (3) ruang pengawasan jalur kereta api.⁶⁴⁴ Batas ruang manfaat jalur kereta api untuk jalan rel pada permukaan tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 37 ayat (2) huruf (a) UU No. 23/2007 diukur dari sisi terluar jalan rel beserta bidang tanah di kiri dan kanannya yang digunakan untuk konstruksi jalan rel termasuk bidang tanah untuk penempatan fasilitas operasi kereta api dan bangunan pelengkap lainnya.⁶⁴⁵ Tanah yang terletak di ruang milik jalur kereta api dan ruang manfaat jalur kereta api disertifikatkan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁶⁴⁶

Tanah yang sudah dikuasai oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah, atau Badan Usaha dalam rangka pembangunan prasarana perkeretaapian, disertifikatkan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan.⁶⁴⁷ Status tanah tersebut dengan demikian dapat merupakan milik swasta dan dapat merupakan milik Pemerintah. Dalam hal status tanah milik Pemerintah maka dalam hal ini kementerian Keuangan adalah sebagai pengelola barang milik Negara,⁶⁴⁸ yang diserahkan pada instansi Pemerintah yang mengelola infrastruktur perkeretaapian. Dalam hal infrastruktur jalan tol maka instansi tersebut adalah Direktorat Bina Marga Kementerian PU sebagai kuasa pengguna barang milik Negara.⁶⁴⁹

Tanah tersebut dalam status milik Pemerintah (termasuk setiap bangunan dan perlengkapan yang ada di atasnya) tidak dapat diagunkan oleh badan usaha seperti perusahaan jalan tol untuk alasan apapun juga. Hak yang diberikan dalam

⁶⁴³ Ibid. Pasal 96 ayat (1).

⁶⁴⁴ Ibid. Pasal 36.

⁶⁴⁵ Ibid. Pasal 39 ayat (1).

⁶⁴⁶ Ibid. Pasal 46 ayat (1).

⁶⁴⁷ Ibid. Pasal 86.

⁶⁴⁸ Pasal 3 ayat (1) Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara, tanggal 4 September 2007.

⁶⁴⁹ Ibid. Pasal 3 ayat (4).

PPJT kepada perusahaan jalan tol (badan usaha) tidak berarti badan usaha mempunyai hak kepemilikan atau kepentingan atas tanah.⁶⁵⁰ Sebagai barang milik Negara,⁶⁵¹ selama jangka waktu pengoperasian, mitra kerjasama pemanfaatan dilarang menjaminkan atau menggadaikan barang milik Negara yang menjadi objek kerjasama pemanfaatan.⁶⁵²

Pemanfaatan tanah milik Pemerintah tidak mengubah status kepemilikan barang milik Negara. Sebagai barang milik Negara, tanah tersebut dapat digunakan pihak lain sepanjang menunjang penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi kementerian/lembaga Pemerintah. Pemanfaatan barang milik Negara hanya dilakukan dalam bentuk:⁶⁵³

- a. Sewa;
- b. Pinjam pakai;
- c. Kerjasama pemanfaatan;
- d. Bangun guna serah (BOT)⁶⁵⁴ dan bangun serah guna (BTO);

Dalam hal pemindahtanganan barang milik Negara atau pengalihan kepemilikan merupakan tindak lanjut dari penghapusan, yaitu dengan cara: dijual, dipertukarkan, dihibahkan, atau disertakan sebagai modal Pemerintah.⁶⁵⁵ Setiap pemanfaatan dan pemindahtanganan barang milik Negara harus dengan persetujuan Menteri Keuangan atau Presiden atas usul Menteri Keuangan.⁶⁵⁶

⁶⁵⁰Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok–Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006 antara PT Citra Wasphutowa dan Pemerintah cq Departemen Pekerjaan Umum, Pasal 4.6.

⁶⁵¹ Pasal 1 butir (1) Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2008 Tentang Perubahan Atas Pengelolaan Barang Milik Negara/ Daerah, LNRI Tahun 2008 Nomor 78, Tambahan LNRI Nomor 4855 (PP No. 38/ 2008). Barang milik Negara adalah semua barang yang dibeli atau diperoleh atas beban APBN atau berasal dari perolehan lainnya yang sah.

⁶⁵² Pasal 26 butir (f) PP No. 38/ 2008.

⁶⁵³ Departemen Keuangan. Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara, tanggal 4 September 2007, Pasal 5.

⁶⁵⁴ Pasal 1 butir (12) PP No. 38/ 2008. Bangun guna serah adalah pemanfaatan barang milik Negara/ daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.

⁶⁵⁵ Ibid, Pasal 10.

⁶⁵⁶ Surat Edaran Menteri Keuangan RI Nomor SE-25/MK1994 tanggal 6 Juni 1994 Perihal: Pemindahtanganan dan Pemanfaatan Kekayaan Negara/BUMN.

Dalam hukum tanah negara-negara yang menggunakan apa yang disebut "asas accessie" atau "asas perlekatan", bangunan dan tanaman yang ada di atas, dan merupakan satu kesatuan dengan tanah, merupakan "bagian" dari tanah yang bersangkutan. Maka hak atas tanah dengan sendirinya, karena hukum, meliputi juga pemilikan bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah yang dihaki, kecuali kalau ada kesepakatan lain dengan pihak yang membangun atau menanamnya. Perbuatan hukum mengenai tanah dengan sendirinya, karena hukum, meliputi juga tanaman dan bangunan yang ada di atasnya.⁶⁵⁷

Umumnya bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah adalah milik yang empunya atau yang memiliki tanah. Namun, hukum tanah negara Indonesia menggunakan asas hukum adat,⁶⁵⁸ yang disebut "asas pemisahan horisontal" (dalam bahasa belanda disebut *horizontale scheiding*). Bangunan dan tanaman bukan merupakan bagian dari tanah. Maka hak atas tanah tidak dengan sendirinya meliputi pemilikan bangunan dan tanaman yang ada di atasnya. Perbuatan hukum mengenai tanah tidak dengan sendirinya meliputi bangunan dan tanamannya, maka hal itu secara tegas harus dinyatakan dalam akta yang membuktikan dilakukannya perbuatan hukum bersangkutan.⁶⁵⁹

Menurut "asas pemisahan horisontal" bangunan dan tanaman bukan merupakan bagian dari tanah yang bersangkutan. Namun demikian, dalam praktik

⁶⁵⁷ Harsono, 19. Mengutip Pasal 500 dan Pasal 571 Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Dalam hal ini adalah tanah hak barat, tanah dan bangunan tunduk pada hukum yang sama, yaitu hukum dari tanahnya (lihat: Perangin, Efendi. *Hukum Agraria Di Indonesia – Suatu Telaah Dari Sudut Pandang Praktisi Hukum*. Jakarta: Rajawali, 1986, 92).

⁶⁵⁸ Saptomo, Ade. *Hukum & Kearifan Lokal – Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*. (Jakarta: PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, 2010), 84. Dalam teori dan konsep pluralisme hukum dijelaskan bahwa jika hukum Negara dan hukum lokal berinteraksi di dalam lokal sosial dan kepentingan sama (*one social-interest field*) diduga melahirkan lima kemungkinan: (a) integrasi (*integration*), yaitu penggabungan hukum negara dan hukum lokal; (b) inkoorporasi (*incoorporation*), yaitu penggabungan sebagian hukum Negara ke dalam hukum adat atau sebaliknya; (c) kompetisi (*competition*), yaitu hukum Negara dan hukum lokal berjalan mengatur sendiri-sendiri; (d) konflik (*conflict*), yaitu hukum Negara dan hukum lokal dimaksud saling bertentangan; dan (e) penghindaran (*avoidance*), yaitu salah satu hukum yang ada menghindari keberlakuan hukum yang lain.

⁶⁵⁹ Ibid. Lihat Gambar Nomor 3.6.

dimungkinkan suatu perbuatan hukum mengenai tanah meliputi juga bangunan dan tanaman yang ada di atasnya, dengan catatan.⁶⁶⁰

- (a). Bangunan dan tanaman tersebut secara fisik merupakan satu kesatuan dengan tanah yang bersangkutan, artinya bangunan yang berfondasi dan tanaman merupakan tanaman keras;
- (b). Bangunan dan tanaman tersebut milik yang empunya atau yang memiliki tanah; dan
- (c). Maksud demikian secara tegas disebutkan dalam akta yang membuktikan dilakukannya perbuatan hukum bersangkutan.

Infratraktur jalan tol berdasarkan UU No. 38/ 2004 mendefinisikan jalan tol sebagai bagian sistem jaringan jalan, dan jalan tersebut didefinisikan sebagai.⁶⁶¹

Jalan adalah prasarana transportasi darat yang meliputi segala bagian jalan, termasuk bangunan pelengkap dan perlengkapannya yang diperuntukkan bagi lalu lintas, yang berada pada permukaan tanah, di atas permukaan tanah, di bawah permukaan tanah dan/ atau air, serta di atas permukaan air, kecuali jalan rel kereta api, jalan lori, dan jalan kabel.

Dalam praktik pelaksanaan pengusahaan jalan tol, tanah yang telah dibebaskan tersebut secara hukum dimiliki oleh Pemerintah dalam hal ini Kementerian PU qq Direktorat Bina Marga.⁶⁶² Pada waktu akan dilaksanakan pembangunan jalan tol (konstruksi) oleh investor swasta dibuatkan suatu dokumen berita acara serah terima tanah secara fisik untuk membangun ruas jalan tol antara investor swasta dan Pemerintah qq Kementerian PU qq Direktorat Bina Marga. Setelah selesai konstruksi pembangunan maka tanah tersebut diserahkan kembali kepada Pemerintah qq Kementerian PU qq Direktorat Bina Marga dengan suatu dokumen berita acara serah terima tanah secara fisik. Tanah tersebut dalam praktik pengusahaan jalan tol diserahkan secara fisik oleh Pemerintah qq Kementerian PU qq Direktorat Bina Marga kepada Pemerintah Daerah setempat untukelihara.

⁶⁶⁰ Ibid., halaman 233. Asas pemisahan horisontal ini sekarang sudah tidak relevan lagi terutama di perkotaan dimana bangunan sebagian besar merupakan kesatuan dengan tanah (lihat: Perangin, 94).

⁶⁶¹ UU No. 38/ 2004 Pasal 1 butir 4.

⁶⁶² Ibid., Pasal 60.

Dengan demikian terlihat bahwa infrastruktur jalan tol di Indonesia menjalankan asas pemisahan horisontal. Namun dalam UU No. 38/ 2004 masih belum jelas diatur secara rinci mengenai status dan penggunaan bagian-bagian jalan dan hubungan hukumnya dengan infrastruktur jalan yang berada di atasnya terkait dengan asas pemisahan horisontal sebagaimana tersebut di atas. UU No. 38/ 2004 hanya membedakan bagian-bagian jalan yang meliputi ruang manfaat jalan, ruang milik jalan, dan ruang pengawasan jalan.⁶⁶³

Dalam peraturan perundang-undangan jalan tol Indonesia dengan model kontrak BOT, tidak memberikan hak atas tanah bagi pemegang konsesi jalan tol.⁶⁶⁴ Tanah yang sudah dikuasai oleh Pemerintah dalam rangka pembangunan jalan didaftarkan untuk diterbitkan sertifikat hak atas tanah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dibidang pertanahan.⁶⁶⁵ Undang-undang yang ada tidak menyebut secara tegas bentuk sertifikat hak atas tanah yang dimiliki Pemerintah.⁶⁶⁶

Dalam konteks pembangunan infrastruktur jalan tol, pemegang konsesi berhak menggunakan bangunan infrastruktur jalan tol tersebut selama masa konsesi, selain hak konsesi yang merupakan hak perusahaan atas infrastruktur selama masa konsesi untuk memungut tol. Hak atas tanah dalam penggunaan tanah menurut Penulis berbeda dengan hak konsesi dalam KPS model kontrak BOT. Hak atas tanah merupakan hak atas tanah yang diatur oleh UUPA seperti HM, HGB, HGU, HP, dan sebagainya. Hak atas tanah adalah hak yang memberi wewenang kepada pemegang haknya untuk menggunakan tanah, tubuh bumi, dan air, serta ruang di atas tanah tersebut sekadar diperlukan untuk kepentingan yang

⁶⁶³ Ibid., Pasal 11.

⁶⁶⁴ Penjelasan Pasal 19 ayat (2) PP No. 25/ 2005.

⁶⁶⁵ Pasal 60 UU No. 38/ 2004.

⁶⁶⁶ Dalam penelitian wawancara (dengan Bu Juli) di bagian perundang-undangan 1 Kementerian PU tanggal 4 Agustus 2010, sertifikat tersebut adalah Hak Pakai atas nama kementerian Keuangan namun untuk pembangunan jalan tol sertifikat tersebut sampai sekarang (saat penulisan ini) masih dalam proses. Kementerian PU hanya sebagai kuasa pengguna barang milik Negara.

langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu sesuai dengan UUPA dan peraturan lain yang lebih tinggi.⁶⁶⁷

Hak atas tanah, sebagai contoh HP misalnya, berdasarkan ketentuan Pasal 41 ayat (1) UUPA adalah hak untuk menggunakan dan/atau memungut hasil dari tanah yang langsung dikuasai oleh Negara atau tanah milik orang lain, yang memberi wewenang dan kewajiban yang ditentukan dalam keputusan pemberiannya oleh pejabat yang berwenang memberikannya atau dengan perjanjian dengan pemilik tanahnya.⁶⁶⁸

Hak konsesi dalam KPS model kontrak BOT yang diberikan Negara kepada pemegang konsesi (antara 25 tahun sampai 35 tahun) haruslah sinkron dengan jangka waktu hak atas tanah. Hak konsesi dalam KPS model kontrak BOT tersebut dalam konteks pembangunan infrastruktur jalan tol dengan demikian berada diatas tanah yang telah dimiliki oleh Negara sebagaimana disebutkan dalam peraturan perundang-undangan jalan tol.⁶⁶⁹

Hak konsesi dalam konteks kontrak BOT menurut pendapat Penulis juga memberikan hak atas tanah untuk membangun dan menggunakan jalan tol. Penulis melihat selama masa konsesi atau sebelum infrastruktur jalan tol yang dibangun investor swasta diserahkan kepada Pemerintah pada akhir masa konsesi, maka investor swasta telah melakukan perbuatan hukum yang sama dengan perbuatan hukum menggunakan hak atas tanah. Berdasarkan kontrak BOT investor mempunyai hak untuk membangun jalan tol beserta fasilitas-fasilitas penunjangnya, juga mempunyai hak untuk menggunakan bangunan jalan tol beserta fasilitas-fasilitas penunjangnya serta menggunakan haknya untuk memungut hasil pengelolaan jalan tol berupa hasil pendapatan penggunaan dari pengguna jalan tol.

⁶⁶⁷ Pasal 4 ayat 2 UUPA.

⁶⁶⁸ Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanian antara Regulasi dan Implementasi*, edisi revisi, cetakan ke-VI (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009), 119-120. Wewenang dan kewajiban HP ditentukan dalam surat keputusan pemberian haknya atau perjanjian dengan pemiliknya.

⁶⁶⁹ Pasal 60 UU No. 38/ 2004. Dalam penelitian yang dilakukan di kementerian PU bagian perundang-undangan I Biro Hukum, jalan tol berada di atas tanah Hak Pakai (HP) atas nama Kementerian Keuangan sebagai barang milik Negara. Lihat [Gambar Nomor 3.7.](#)

3.2.6 Aspek pengadaan dan pendanaan tanah KPS model kontrak BOT jalan tol swasta di Indonesia

Dalam konteks Pemerintah sebagai badan hukum termasuk dalam hal penyediaan tanah, harus diperhatikan Keputusan Presiden Nomor 16 Tahun 1994 Tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (Keppres No. 16/ 1994), dirubah dengan Keputusan Presiden Nomor 24 Tahun 1995 (Keppres No. 24/ 1995), lalu Keputusan Presiden Nomor 8 Tahun 1997 (Keppres No. 8/ 1997), lalu Keputusan Presiden Nomor 9 Tahun 1999 (Keppres No. 9/ 1999). Menteri memiliki otorisasi penggunaan anggaran pendapatan dan belanja negara, penggunaannya dengan surat keputusan otorisasi (SKO). Dalam hubungannya dengan kontrak dengan Pemerintah, perlu minta dicantumkan klausula pelepasan imunitas (*“waiver of immunity”*) dimana Pemerintah tidak menggunakan imunitasnya bila diadili dimuka Pengadilan atau Arbitrase.⁶⁷⁰

Secara umum, banyak masalah-masalah pengadaan tanah yang timbul dalam membangun jalan tol. *Pertama*, lonjakan nilai tanah jalan tol adalah salah satu hambatan pembangunan proyek jalan tol dimana biaya pengadanan tanah berdasarkan UU No. 38/ 2004 merupakan bagian dari investasi badan usaha jalan tol. Lonjakan nilai tanah tersebut dapat disebabkan oleh adanya perbedaan signifikan atas nilai tanah yang telah disepakati dalam dokumen tender pengadaan jalan tol dan kenyataan pelaksanaan pengadaan tanah setelah penandatanganan perjanjian jalan tol oleh investor. *Kedua*, bisa juga disebabkan oleh lambatnya penerbitan Surat Persetujuan Penetapan Lokasi Pembangunan (SP2LP) dan

⁶⁷⁰ Juwana, Hikmahanto. “Kontrak Bisnis Yang Berdimensi Publik”, Jurnal Magister Hukum, Vol. 2 No. 1. (Februari 2000).

Dalam kontrak dengan Pemerintah perlu juga diperhatikan:

1. Anggaran Dasar Perusahaan Pemerintah
2. Siapa yang berwenang mewakili Perusahaan Pemerintah
3. Bagaimana bila pihak yang berwenang berhalangan
4. Apakah persetujuan Komisaris atau Pemegang Saham diperlukan tas tindakan Direksi untuk hal jumlah tertentu.
5. Apakah persetujuan Komisaris atau Pemegang Saham diperlukan tas tindakan Direksi untuk hal jaminan, atau pengalihan asset.
6. Pelajari Peraturan Perundang-undangan yang terkait Usahanya: seperti bila instansi Pemerintah tersebut mengalihkan tanah, maka harus dengan Persetujuan Presiden.
7. Apakah pengadaan barang dan jasa ada pembatasannya atau aturan khusus.

Universitas Indonesia

pembentukan P2T. *Ketiga*, lambatnya kinerja P2T dalam proses pengadaan tanah. *Keempat*, bisa akibat sengketa-sengketa tanah yang mengakibatkan perubahan *trace* ruas jalan tol.

Dalam pelaksanaannya, pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol mengacu pada regulasi pengadaan tanah untuk kepentingan umum sebagaimana diatur dalam Perpres No. 36/ 2005 yang kemudian direvisi dengan Perpres No. 65/ 2006. Dalam Perpres No. 65/ 2006 disebutkan bahwa pembangunan untuk kepentingan umum dilaksanakan oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah selanjutnya dimiliki oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah, meliputi:⁶⁷¹

- (a). Jalan umum dan jalan tol, rel kereta api (di atas, di ruang atas tanah, ataupun di ruang bawa tanah), saluran air minum/ air bersih, saluran pembuangan air dan sanitasi;
- (b). Waduk, bendungan, bendungan irigasi dan bangunan pengairan lainnya;
- (c). Pelabuhan, bandar udara, stasiun kereta api, dan terminal;
- (d). Fasilitas keselamatan umum, seperti tanggul penanggulangan bahaya banjir, lahar, dan lain-lain bencana;
- (e). Tempat pembuangan sampah;
- (f). Cagar alam dan cagar budaya;
- (g). Pembangkit, transmisi, distribusi tenaga listrik.

Secara parsial regulasi hukum pengadaan tanah untuk kepentingan umum ini (Perpres No. 36/ 2005 yang kemudian direvisi dengan Perpres No. 65/ 2006) sinkron dengan regulasi hukum infrastruktur jalan tol (UU No. 38/ 2004). Regulasi hukum infrastruktur jalan tol dalam UU No. 38/ 2004 menetapkan bahwa kepemilikan tanah secara hukum ada pada Pemerintah walaupun dibiayai oleh investor swasta. Tanah yang sudah dibebaskan dan dikuasai Pemerintah dalam rangka pembangunan jalan tol didaftarkan untuk diterbitkan sertifikat hak atas tanahnya atas nama Pemerintah.⁶⁷²

Permasalahannya adalah bahwa infrastruktur jalan tol bersifat komersial atau mencari keuntungan. Secara teoritis, suatu kegiatan pembangunan yang bersifat komersial walaupun dilakukan dan dimiliki oleh perusahaan negara, tidak

⁶⁷¹ Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 4.

⁶⁷² UU No. 38/ 2004 Pasal 60.

dapat dikategorikan sebagai kepentingan umum karena tidak adil, dimana masyarakat dipaksa untuk menyerahkan tanah mereka dan kemudian perusahaan negara memperoleh keuntungan dari tanah tersebut. Logikanya, bila suatu perusahaan memiliki ide komersial maka perusahaan tersebut harus dapat menanggung semua biaya yang diperlukan untuk mendapatkan tanah dengan membayar tanah seharga nilai pasar tanah tersebut. Pendekatan teori ini memberi dampak pada:⁶⁷³

- (i) Memastikan bahwa pemilik tanah menerima harga yang pantas untuk tanahnya;
- (ii) Mengurangi perlawanan terhadap pembangunan oleh investor swasta karena investor swasta tidak harus melakukan pemaksaan, dan
- (iii) Mengurangi peran Pemerintah dalam pembangunan oleh sektor swasta sehingga Pemerintah dapat memfokuskan perhatian mereka untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat.

⁶⁷³ Akhmad Safik, *Tanah Untuk Kepentingan Umum* (Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi FHUI, 2006), 12-13. Mengutip Roy Prosterman dan Robert Mitchell, "Dasar-dasar Pemikiran Mengenai Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum di Indonesia (terjemahan)", disampaikan untuk "Land Law Initiative" yang didanai oleh United States Agency for International Development (USAID), April 2004, halaman 1. Dalam perkembangannya di Amerika Serikat, paling tidak kepentingan umum memiliki kesamaan pengertian dengan dua istilah yang hampir sama, yaitu "public use" dan "public purpose".⁶⁷³

Public use: in constitutional provisions restricting the exercise of the right to take private property in virtue of eminent domain, means a use concerning the whole community as distinguished from particular individual. But each and every member of society need not be equally interested in such use or personally and directly affected by it; if the object is to satisfy a great public want or exigency that is sufficient ... the term may be said to mean public usefulness, utility or advantage or what is productive of general benefit ... but it is not synonymous with public benefit ... It may limited to inhabitants of a small or restricted locality but must be in common and not for a particular, individual ... the use must be needful one for the public which can not be surrendered without obvious general loss and inconvenience

Public purpose: in the law of taxation, eminent domain, etc, this is a term of classification to distinguish the objects for which, according to settled usage the government is to provide from those which by the like usage are left to private interest, inclination or liberality ... the term is synonymous with governmental purpose ... as employed to denote the objects of for which taxes may be levied it has no relation to the urgency of the public need or to the extent of the public benefit which is to follow; the essential requisite being that a public service or shall effect the inhabitants as a community and not merely as individuals ... a public purpose or public business has for its objective the promotion of the public health, safety, morals, general welfare, security, prosperity and contentment of all the inhabitants or residents within a given political division as for example a state the sovereign power of which are exercised to promote such public purposes or public business

Penjabaran pengertian kepentingan umum tersebut menunjukkan suatu interpretasi yang lebih luas dimana kepentingan umum tidak hanya diartikan sebatas kepentingan masyarakat umum atau kepentingan Pemerintah tetapi juga kepentingan swasta yang dikemas dalam kegiatan pembangunan ekonomi yang akan memberikan manfaat kepada negara dan masyarakat secara umum. Pengertian kepentingan umum mengalami perubahan dan perkembangan lebih lanjut berkaitan dengan perkembangan kemajuan yang dicapai oleh masyarakat. Faktor yang memberikan pengaruh besar adalah pertumbuhan dan perkembangan ekonomi yang dicapai oleh suatu masyarakat, bangsa dan negara. Oleh karena itu pengertian kepentingan umum bisa juga dikategorikan dalam dua perspektif yang berbeda yaitu pengertian yang bersifat tradisional dan modern.⁶⁷⁴

Penegasan status pengadaan tanah pembangunan jalan tol sebagai suatu proses pengadaan tanah untuk kepentingan umum sangat penting ditegaskan dalam regulasi hukum baik regulasi hukum infrastruktur jalan tol, regulasi hukum pengadaan investasi infrastruktur maupun regulasi pengadaan tanah untuk kepentingan umum. Hal ini terkait dengan masalah pencabutan hak atas tanah sebagaimana UU No. 20/ 1961.⁶⁷⁵

... Oleh karena kepentingan umum harus didahulukan dari pada kepentingan orang seorang, maka jika tindakan yang dimaksudkan

⁶⁷⁴ Ibid., 24. Mengutip Peter J. Kullick, *Rolling The Dice: Determining Public Use In Order To Effectuate A "Public-Private Taking" – A Proposal To Redefine "Public Use"*, Law Review of Michigan State University Detroit College of Law, Fall 2000, halaman 6.

(a). Pengertian tradisional kepentingan umum:

Traditionally, a public use meant exactly what the words indicated: the land will be for the use of the general public. "Under the prevailing eighteenth century doctrine, the public use clause could be read fairly literally: the government could take property for itself, but it was not to take land from „A“ and give it to „B“ ... Under the more conservative, historical approach, a public use amounted to a land use for all the public.

(b). Pengertian modern kepentingan umum mengalami perluasan makna yang mencakup kegiatan pembangunan yang lebih luas:

As the American economy continues to develop, society faces different from of takings than was traditionally experienced through eminent domain. With the evolution of society and the economy, the public use inquiry has also evolved. As the eminent domain power has increasingly been used to take private proverty in the name of economic redevelopment, the „public use clause“ has also expanded. In response the federal and state courts have both developed separate ideologies on what is a public purpose in public – private transfer, while at the same time have expanded on each others steps into this area.

⁶⁷⁵ Undang-undang Nomor 20 Tahun 1961 Tentang Pencabutan Hak Atas Tanah Dan Benda-Benda Yang Ada Diatasnya, LN No. 288 Tahun 1961, TLN No. 2324 Tahun 1961, Pasal 1.

itu memang benar-benar untuk kepentingan umum dalam keadaan yang memaksa, yaitu jika jalan musyawarah tidak dapat membawa hasil yang diharapkan haruslah ada wewenang pada Pemerintah untuk bisa mengambil dan menguasai tanah yang bersangkutan. Pengambilan itu dilakukan dengan jalan mengadakan pencabutan hak sebagai yang dimaksud dalam Pasal 18 UUPA ...

Dalam penelitian di Subdit Pengadaan Tanah di Kementerian PU, pencabutan hak atas tanah sulit dilakukan Pemerintah dengan alasan zaman era reformasi, kebanyakan sengketa tanah diselesaikan dengan cara konsinyasi melalui pengadilan. Sejak UU No. 38/ 2004 dari konfirmasi Subdit Pengadaan Tanah Kementerian PU, Pemerintah belum pernah melakukan pencabutan hak atas tanah, dengan alasan selain alasan era reformasi juga alasan masyarakat dapat menggugat balik Pemerintah.⁶⁷⁶

Hubungan antara pencabutan hak atas tanah dengan kepentingan umum sangat jelas sekali bahwa suatu pencabutan hak atas tanah hanya diperkenankan karena alasan kepentingan umum disertai adanya jaminan ganti kerugian yang layak.⁶⁷⁷ Tanpa adanya klausula kepentingan umum, suatu pencabutan hak atas tanah atau suatu kegiatan yang dianggap sebagai pencabutan hak atas tanah tidak dapat dibenarkan.⁶⁷⁸

Hal yang mendasar dari regulasi hukum pengadaan tanah untuk kepentingan umum dalam konteks regulasi hukum jalan tol adalah dimasukkannya jalan tol dalam lingkup "pembangunan untuk kepentingan

⁶⁷⁶ Penelitian di Subdit Pengadaan Tanah Dep PU tanggal 3 Mei 2010. Untuk kasus konsinyasi pada ruas jalan tol Semarang-Solo terdapat 20 bidang tanah yang dilakukan konsinyasi dengan total luas 12,354 M2 dengan perkiraan uang ganti rugi tanah senilai Rp.5,495,155,000.-

⁶⁷⁷ Safik, 4 -5. Mengutip Pasal 18 UUPA.

⁶⁷⁸ Ibid., 5. Mengutip kasus: Arief Wirasana cs melawan Gubernur Kepala Daerah Khusus Ibukota Jakarta No. 627/1969 G, mengenai sengketa kompleks "Yenpin" dimana pengadilan Jakarta memeriksa gugatan terhadap SK Gubernur DKI Jakarta No. 11/9/25/1969 yang menurut penggugat tidak memenuhi syarat. Menurut penggugat pencabutan hak atas tanah hanya boleh dilakukan dalam keadaan yang memaksa atau untuk kepentingan umum, dan kewenangan untuk mencabut hak atas tanah hanya dimiliki oleh Presiden sebagaimana UU No. 20/1961.

umum”.⁶⁷⁹ Kepentingan umum dalam hal ini adalah kepentingan sebagian besar lapisan masyarakat.⁶⁸⁰

Pengadaan tanah bagi pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum dilakukan melalui musyawarah dalam rangka memperoleh kesepakatan mengenai pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum di lokasi tersebut dan kesepakatan bentuk dan besarnya ganti rugi.⁶⁸¹ Pelaksanaan pengadaan tanah untuk kepentingan umum tersebut dilaksanakan dengan cara pelepasan atau penyerahan hak atas tanah, atau pencabutan hak atas tanah.⁶⁸² Dasar perhitungan ganti rugi yang berdasarkan Perpres No. 36/ 2005 didasarkan:⁶⁸³

- a. Nilai jual objek pajak (NJOP) atau nilai nyata/ sebenarnya dengan memperhatikan NJOP tahun berjalan berdasarkan penetapan Lembaga/ Tim Penilai Harga Tanah yang ditunjuk oleh panitia.
- b. Nilai jual bangunan yang ditaksir oleh perangkat daerah yang bertanggungjawab dibidang bangunan.
- c. Nilai jual tanaman yang ditaksir oleh perangkat daerah yang bertanggungjawab dibidang pertanian.

Ketentuan perhitungan ganti rugi tersebut kemudian direvisi menjadi bukan berdasarkan ketetapan melainkan berdasarkan penilaian lembaga/ tim penilaian harga tanah.⁶⁸⁴

Hal yang mendasar dari perubahan Perpres No. 36/ 2005 dalam Perpres No. 65/ 2006 adalah dasar hukum pengadaan tanah untuk kepentingan umum adalah dalam Perpres No. 36/ 2005 (Pasal 2 ayat 2) disebutkan adalah dengan

⁶⁷⁹ Perpres No. 36/2005 Pasal 5.

⁶⁸⁰ Perpres No. 36/ 2005 Pasal 1 butir 5.

⁶⁸¹ Ibid. Pasal 8. Musyawarah dalam hal ini adalah suatu kegiatan yang mengandung proses saling mendengar, saling memberi dan saling menerima pendapat, serta keinginan untuk mencapai kesepakatan mengenai bentuk dan besarnya ganti rugi dan masalah lain yang berkaitan dengan kegiatan pengadaan tanah atas dasar kesukarelaan dan kesetaraan antara pihak yang mempunyai tanah, bangunan, tanaman, dan benda-benda lain yang berkaitan dengan tanah dengan pihak yang memerlukan tanah (Pasal 1 butir 10).

⁶⁸² Ibid. Pasal 2. Pelepasan hak atau penyerahan hak atas tanah adalah kegiatan melepaskan hubungan hukum antara pemegang hak atas tanah dengan tanah yang dikuasainya dengan memberikan ganti rugi atas dasar musyawarah (Pasal 1 butir 6). Sedangkan pencabutan hak atas tanah mengacu pada Undang-undang Nomor 20 Tahun 1961 Tentang Pencabutan Hak-Hak Atas Tanah Dan Benda-Benda Yang Ada Di Atasnya (Pasal 3 ayat 2).

⁶⁸³ Ibid., Pasal 15 ayat (1).

⁶⁸⁴ Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 10.

cara: (a) pelepasan atau penyerahan hak atas tanah; atau (b) pencabutan hak atas tanah. Dalam Perpres No. 36/ 2005 ini pencabutan hak atas tanah dapat dilakukan Bupati/ Walikota atau Gubernur atau Menteri Dalam Negeri apabila pemegang hak atas tanah tidak mau menerima usulan ganti rugi, maka sesuai kewenangannya dapat mengajukan usul penyelesaian dengan pencabutan hak atas tanah berdasarkan UU No. 20/ 1961.⁶⁸⁵ Namun dalam perubahannya,⁶⁸⁶ disebutkan adalah dengan cara: pelepasan atau penyerahan hak atas tanah. Dalam perubahan ini pencabutan hak dilakukan setelah pemegang hak atas tanah melakukan banding ke pengadilan tinggi.⁶⁸⁷

Dalam perselisihan pengadaan tanah, apabila terjadi permasalahan dalam pengadaan tanah dengan para pemegang hak atas tanah, maka pertama kalinya dilakukan musyawarah. Musyawarah tersebut ditetapkan selama 120 (seratus dua puluh) hari kalender terhitung sejak tanggal undangan pertama. Setelah musyawarah dilaksanakan dan selama waktu tersebut tidak tercapai kesepakatan, P2T menetapkan besarnya ganti rugi berupa uang dan menitipkan uang ganti rugi tersebut kepada pengadilan negeri yang wilayah hukumnya meliputi lokasi tanah yang bersangkutan. Apabila terjadi sengketa kepemilikan setelah penetapan ganti rugi tersebut, maka P2T menitipkan uang ganti rugi tersebut kepada pengadilan negeri yang wilayah hukumnya meliputi lokasi tanah yang bersangkutan.⁶⁸⁸

Apabila penyelesaian yang ditempuh Bupati/Walikota atau Gubernur atau Menteri Dalam Negeri tetap tidak dapat diterima oleh pemegang hak atas tanah dan lokasi pembangunan jalan tol tidak dapat dipindahkan, maka Bupati/Walikota atau Gubernur atau Menteri Dalam Negeri sesuai kewenangan mengajukan usul penyelesaian dengan cara pencabutan hak atas tanah berdasarkan UU No. 20/ 1961 kepada Kepala Badan Pertanahan Nasional dengan tembusan Menteri yang memerlukan tanah dan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia dilanjutkan dengan konsultasi dengan kedua menteri tersebut, dan kemudian disampaikan

⁶⁸⁵ Pasal 18 Perpres No. 36/ 2005.

⁶⁸⁶ Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 2.

⁶⁸⁷ Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 11.

⁶⁸⁸ Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 8.

kepada Presiden oleh Kepala Badan Pertanahan Nasional yang mana surat permintaan tersebut juga ditandatangani kedua Menteri tersebut.⁶⁸⁹

Apabila yang berhak atas tanah atau benda-benda yang ada di atasnya yang haknya dicabut tidak bersedia menerima ganti rugi sebagaimana ditetapkan dalam Keputusan Presiden, karena dianggap jumlahnya kurang layak, maka yang bersangkutan dapat meminta banding kepada Pengadilan Tinggi agar menetapkan ganti rugi sesuai UU No. 20/ 1961 dan Peraturan Pemerintah No. 39 Tahun 1973 Tentang Acara Penetapan Ganti Kerugian Oleh Pengadilan Tinggi Sehubungan Dengan Pencabutan Hak-Hak Atas Tanah Dan Benda-Benda Di Atasnya (PP No. 39/ 1973).⁶⁹⁰

Terhadap tanah yang digarap tanpa izin yang berhak atau kuasanya, penyelesaiannya dilakukan berdasarkan Undang-undang No. 51 Prp. Tahun 1960 Tentang Larangan Pemakaian Tanah Tanpa Izin Yang Berhak atau Kuasanya (UU No. 51/ 1960).⁶⁹¹

Dalam hukum Islam, pedoman umum yang akan dijadikan pegangan (dalam pencabutan hak atas tanah) adalah Kitab Suci Al-Qur'an⁶⁹² dan Hadits Nabi Muhammad SAW. Menurut Hukum Islam, hubungan antara penguasa sebagai suatu badan hukum (publik) dengan pemegang hak atas tanah sebagai yang dikuasai ialah, penguasa dapat memperoleh hak atas tanah sebagaimana halnya dengan badan hukum (privat) lainnya. Caranya, dengan melakukan hubungan hukum dua pihak dengan pemegang hak atas tanah dengan jual beli, tukar menukar dan hubungan-hubungan hukum lainnya yang dapat memindahkan hak atas tanah. Dalam hubungan keperdataan seperti ini harus dijamin adanya

⁶⁸⁹ Perpres No. 36/ 2005 Pasal 18.

⁶⁹⁰ Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 11.

⁶⁹¹ Perpres No. 36/ 2005 Pasal 19.

⁶⁹² Aminuddin Salle, *Hukum Pengadaan Tanah – Untuk Kepentingan Umum*, cetakan pertama (Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2007), 45-46. Al-Quran Surah Al-Baqarah ayat 29 (terjemahan): “Dialah Allah, yang menjadikan segala yang ada di bumi untuk kamu ...”, dan Al-Quran Surah Annisaa’ ayat 29 (terjemahan): “Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu”.

keseimbangan hak dan kewajiban antara para pihak. Pihak yang satu dilarang memaksakan kehendaknya kepada pihak yang lainnya.⁶⁹³

Menurut Hukum Islam cara jual beli biasa yang dianut pada waktu itu dapat dijadikan pedoman dalam pengadaan tanah yaitu jaminan kesukarelaan, dan jaminan keseimbangan hak dan kewajiban.⁶⁹⁴ Nabi Muhammad SAW tidak mengambil begitu saja tanah seseorang, melainkan dengan membelinya dengan harga yang wajar, walaupun sesungguhnya orang tersebut menyerahkannya secara cuma-cuma karena mereka sadar bahwa tujuannya adalah guna kepentingan umum.⁶⁹⁵

Ada tiga klasifikasi aliran konvensional tentang tujuan hukum, masing-masing adalah:⁶⁹⁶

- (a) aliran etis yang menganggap pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk mencapai keadilan;
- (b) aliran utilitas yang menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warga;
- (c) aliran normatif-dogmatik yang menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum.

Ketiga aliran konvensional tersebut sulit untuk dianut dalam masyarakat yang kompleks seperti ini. Oleh sebab itu, Aminuddin Salle mengutip pendapat Achmad Ali yang juga mengutip pendapat Gustav Radbruch atas perlunya diperhatikan tiga nilai dasar hukum, yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Radbruch mengajarkan penggunaan asas prioritas, yakni prioritas pertama adalah keadilan, kemudian kemanfaatan dan yang terakhir kepastian hukum.⁶⁹⁷ Achmad Ali sependapat dengan Gustav Radbruch yang menganut asas prioritas, akan tetapi tidak dengan menetapkan urutan prioritas seperti yang diajarkan Radbruch. Menurut Achmad Ali bahwa adalah merupakan hal yang lebih realistik

⁶⁹³ Ibid.

⁶⁹⁴ Ibid.

⁶⁹⁵ Ibid., 49.

⁶⁹⁶ Ibid., 66-67.

⁶⁹⁷ Ibid.

jika kita menganut asas prioritas yang kasuistis. Maksudnya ialah, ketiga tujuan hukum itu diprioritaskan sesuai kasus yang dihadapi.⁶⁹⁸

Dengan demikian, dalam hal pencabutan hak atas tanah, maka dapat dibenarkan bahwa pencabutan hak atas tanah adalah jalan terakhir yang diperlukan untuk memperoleh tanah dan/atau benda lainnya yang diperlukan untuk kepentingan umum. Akan tetapi yang seharusnya melakukan pencabutan hak atas tanah itu bukan Presiden sendiri, melainkan dengan melibatkan pihak yudikatif. Dalam keadaan ketidakcocokan harga, maka seharusnya instansi pengguna tanah sebagai pihak yang membutuhkan yang mengajukan kepengadilan agar tanah dapat dijadikan objek pembangunan untuk kepentingan umum.⁶⁹⁹

Pada umumnya terdapat dua cara untuk mengungkapkan tentang doktrin kepentingan umum, yakni berupa:⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Ibid. Di dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (Tap MPR) RI Nomor II/MPR/1993 tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) RI Bab IV Huruf F tentang Bidang Hukum, juga secara tegas ditetapkan bahwa dalam pembentukan hukum perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai filosofis, berintikan rasa keadilan dan kebenaran, nilai sosiologis, sesuai dengan nilai budaya yang berlaku dalam masyarakat, dan nilai yuridis yang sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Dalam Tap MPR No. II/MPR/1998 tentang GBHN, hal yang sama diulang lagi dengan pernyataan bahwa pembentukan hukum mengindahkan ketentuan-ketentuan yang memenuhi nilai filosofis yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, nilai sosiologis, sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku dimasyarakat, dan nilai yuridis yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

⁶⁹⁹ Ibid., 159. Ada tiga alasan pencabutan hak berdasarkan *Onteigeningsordon-nantie*: (1) untuk keperluan biasa, (2) untuk keperluan dalam keadaan peperangan, pemberontakan, kebakaran, banjir, gempa bumi, letusan gunung berapi, atau keadaan memaksa yang lain yang membutuhkan pengambilalihan yang segera terhadap hak atas tanah, dan (3) untuk kepentingan perumahan rakyat, 166-167.

⁷⁰⁰ Maria S.W. Sumardjono, *Tanah – Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, cetakan kedua (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009), 241. Dalam kenyataannya seringkali kedua cara digabung (*quick-taking*) yang merupakan contoh daftar kegiatan eksklusif, yang dimaksudkan untuk membatasi kebebasan eksekutif untuk mengambil tanah diluar kegiatan yang tercantum dalam daftar itu. Disamping daftar yang bersifat eksklusif, terdapat daftar kegiatan yang bersifat inklusif yang dimaksudkan untuk lebih membatasi kebebasan badan peradilan. Daftar inklusif selalu digunakan dalam kaitannya dengan pedoman umum, sehingga doktrin kepentingan umum hanya dapat berlaku bila tujuannya termasuk dalam daftar kegiatan atau sesuai dengan pedoman umum. Ketentuan semacam ini memberi peluang kepada eksekutif untuk memperluas berlakunya kegiatan yang terdaftar, dalam arti bebas menyatakan suatu kegiatan sebagai ditujukan untuk kepentingan umum asalkan masih dalam kerangka pedoman umum. Bila tujuan pengambilan tanah sudah termasuk dalam daftar kegiatan, kebebasan badan peradilan untuk menafsirkan sifat kepentingan umum dari kegiatan tersebut menjadi dibatasi karena adanya wewenang yang bersumber dari badan legislatif yang sifatnya eksplisit tadi.

- (a) Pedoman umum, yang secara umum menyebutkan bahwa pengadaan tanah harus berdasarkan alasan kepentingan umum. Sesuai dengan sifatnya sebagai pedoman, maka hal ini memberikan kebebasan bagi eksekutif untuk menyatakan suatu proyek memenuhi syarat untuk kepentingan umum dengan menafsirkan pedoman tersebut.
- (b) Penyebutan kepentingan umum dalam suatu daftar kegiatan yang secara jelas mengidentifikasi tujuannya: sekolah, jalan, bangunan-bangunan Pemerintah, dan sebagainya, yang oleh peraturan perundang-undangan dipandang bermanfaat untuk umum. Segala kegiatan di luar yang tercantum dalam daftar tersebut tidak dapat dijadikan alasan untuk pengadaan tanah.

UUPA maupun UU No. 20/1961, kepentingan umum diatur dalam suatu pedoman umum dan juga penyebutan secara enumeratif dalam kegiatan yang terdiri dari 13 butir berupa *list provisions*.⁷⁰¹ Dalam era reformasi sejak 1998, paradigma baru pembangunan yang dijadikan pedoman dalam pengadaan tanah hendaknya mengakomodasi tiga hal:⁷⁰²

- (a) Penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia dalam bentuk penghapusan kemiskinan, perluasan lapangan kerja, dan pemerataan pembangunan;
- (b) Keberlanjutan kapasitas produktifitas masyarakat;
- (c) Pemberdayaan masyarakat melalui pengembangan dan pelaksanaan *good governance* (partisipasi, transparansi, akuntabilitas, dan *rule of law*).

Krisis moneter tahun 1997-1998 yang melanda dunia termasuk Indonesia mendorong Pemerintah mengeluarkan SE Men Keu 22 Januari 1997. Kebijakan Pemerintah tersebut membebaskan biaya pengadaan tanah kepada investor

⁷⁰¹ Ibid., 244. Pasal 1 ayat (1) Lampiran Instruksi Presiden No. 9/ 1973 menyatakan bahwa suatu kegiatan dalam rangka pelaksanaan pembangunan mempunyai sifat kepentingan umum, apabila kegiatan tersebut menyangkut: (a) kepentingan Bangsa dan Negara, dan/atau, (b) kepentingan masyarakat luas, dan/atau, (c) kepentingan rakyat banyak/ bersama, dan/atau, (d) kepentingan pembangunan.

⁷⁰² Ibid., 271. Maria SW. Sumardjono, menyebut 8 asas pengadaan tanah: (a) asas kesepakatan, (b) asas kemanfaatan, (c) asas keadilan, (d) asas kepastian, (e) asas keterbukaan, (f) asas keikutsertaan/ partisipasi, (g) asas kesetaraan, dan (h) minimalisasi dampak dan kelangsungan kesejahteraan sosial ekonomi. 282-284.

swasta.⁷⁰³ Akibat dari kebijakan ini menyebabkan pembangunan infrastruktur jalan tol (1997-2004) menjadi tidak berkembang.⁷⁰⁴

Investasi infrastruktur Indonesia tahun 2010-2014 diperkirakan membutuhkan senilai *IDR 1429 Trillion* dimana Pemerintah hanya dapat menyediakan sebesar kurang lebih *IDR 511 Trillion* dan skema KPS diharapkan menyediakan kurang lebih *IDR 407 Trillion* sedang sisanya *IDR 511 Trillion* dengan skema pembangunan masyarakat lainnya.⁷⁰⁵ Pembangunan infrastruktur merupakan elemen kunci dalam rencana pembangunan jangka menengah (RPJM) Bappenas 2010-2014. Dari target pertumbuhan 7 % diperlukan sekitar US 150 Billion investasi infrastruktur dalam periode 2010-2014. Anggaran Pemerintah hanya dapat menutup sekitar 20% - 30 % dari total investasi infrastruktur. Dengan demikian sekitar 70% -80% sangat diperlukan partisipasi sektor swasta.⁷⁰⁶

Khusus untuk pembiayaan pengadaan tanah pembangunan infrastruktur jalan tol sendiri, diperkirakan rencana kebutuhan total untuk jalan tol trans jawa (sepanjang kurang lebih 657.82 Km) dan jalan non tol trans jawa (sepanjang kurang lebih 683.00 Km) atau kurang lebih seluas 4,760.40 Ha adalah senilai kurang lebih Rp.4,556.71 Miliar. Untuk jalan tol non jawa (setelah penyesuaian) diperkirakan sepanjang kurang lebih 433.46 Km atau kurang lebih seluas 2,874.42 Ha adalah senilai kurang lebih Rp.10,341.70 Miliar.⁷⁰⁷

⁷⁰³ U.P.D. Kesari and Aditya Kesari, *Lectures On Administrative Law*, seventeenth edition (Allahabad: Central Law Publication, 2008), 38-39. Kebijakan Pemerintah merupakan suatu tindakan administrasi murni yang bebas dari kewajiban prosedural kecuali ditetapkan oleh undang-undang. Tindakan administrasi bisa mempengaruhi hak-hak individu namun tidak dapat memutuskan (*to decide*) hak-hak tersebut atau tidak dapat diikat (*binding force*). Dia juga kebal (*immune*) terhadap yudisial review. Kebanyakan otoritas administrasi melaksanakan kekuasaannya (*powers*) secara bebas (*unfettered*) atau tanpa diatur (unregulated) oleh undang-undang (*statute*).

⁷⁰⁴ Lihat Gambar Nomor 1.2.

⁷⁰⁵ Armida S. Alisjahbana, Minister of National Development Planning/ Head of Bappenas, "Indonesia's Public-Private Partnerships Policy Regime and Framework", (dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010, Jakarta 14-17 April 2010), (diakses dari www.infrastructureasia.com tanggal 3 Mei 2010).

⁷⁰⁶ Dedy S. Priatna, Deputy Minister for Infrastructure Affairs National Development Planning Agency (Bappenas), "Indonesia: Country Presentation on Public Private Partnership", dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010, Jakarta 14-17 April 2010 (diakses dari www.infrastructureasia.com tanggal 3 Mei 2010).

⁷⁰⁷ Data diambil dari penelitian di Subdit Pengadaan Tanah Dep PU, Progres Pelaksanaan Pengadaan Tanah Jalan Tol – status tanggal 30 April 2010 (Kementerian Pekerjaan Umum Direktorat Jenderal Bina Marga – Direktorat Jalan Bebas Hambatan Dan Jalan Kota).

Permasalahan tersebut di atas masih merupakan hambatan utama untuk mencapai tingkat kebutuhan infrastruktur dimana seperti dibanyak negara adalah terbatasnya dana Pemerintah (*public funds*). Hal ini menjadi dilema bagi banyak negara, apakah Pemerintah akan menggunakan pendapatan pajak untuk infrastruktur seperti jalan dan jembatan atau apakah sumber pendapatan yang terbatas tersebut dialokasikan untuk pelatihan guru-guru sekolah, dokter dan tenaga perawat dan memenuhi kewajiban-kewajiban jasa layanan masyarakat. Solusi atas dilema tersebut adalah berbagi beban (*sharing the burden*) dalam penyediaan infrastruktur dengan sektor swasta. Dengan demikian fokus program Pemerintah untuk menjamin iklim investasi yang baik dalam rangka memobilisasi investasi swasta dalam sektor infrastruktur.⁷⁰⁸

Dalam pembangunan infrastruktur, Pemerintah Indonesia kemudian menempuh pola dua jalur kebijakan (*double track policy*). Pola yang telah diterapkan dalam beberapa tahun terakhir ini, terbukti telah berhasil memfasilitasi akselerasi pembangunan infrastruktur, dan terbukti pula telah mempermudah jalinan kemitraan antara Pemerintah dan sektor swasta. Melalui pola dua jalur kebijakan ini, pada jalur pertama, Pemerintah menetapkan pembangunan infrastruktur yang dibiayai dengan APBN. Dan jalur kedua, Pemerintah mengundang pihak swasta untuk bermitra dalam pembangunan infrastruktur.⁷⁰⁹

Biaya pengadaan tanah awalnya ditanggung oleh Pemerintah karena prinsipnya pemilikan dan hak penyelenggaraan jalan tol ada pada Pemerintah.⁷¹⁰ Berdasarkan hak penyelenggaraan jalan tol tersebut, Pemerintah menyerahkan wewenang penyelenggaraan jalan tol kepada BUMN yang bergerak dibidang jalan tol yang dalam hal ini adalah Jasa Marga. Namun penyerahan wewenang penyelenggaraan jalan tol tersebut kepada BUMN tidak melepaskan

⁷⁰⁸ Djoko Kirmanto, Minister of Public Works, "The Speech of Minister of Public Works of the Republic of Indonesia", (dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010, Jakarta 14-17 April 2010), (diakses dari www.infrastructureasia.com tanggal 3 Mei 2010).

⁷⁰⁹ DR. H. Susilo Bambang Yudhoyono, Presiden Republik Indonesia, "Sambutan Presiden Republik Indonesia Pada Peresmian Pembukaan Asia Pacific Ministerial Conference (APMC)", (dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010, Jakarta 14-17 April 2010), (diakses dari www.infrastructureasia.com tanggal 3 Mei 2010).

⁷¹⁰ UU No. 13/ 1980 Pasal 13.

tanggungjawab Pemerintah terhadap jalan yang diserahkan penyelenggaraannya.⁷¹¹

Dalam hal ini Pemerintah masih mengacu pada UUD 1945 pada Pasal 33 ayat (2) yang menyebutkan: "Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara".⁷¹² Dasar ini yang mendasari konsepsional peran jalan sebagai salah satu prasarana perhubungan yang pada hakekatnya merupakan unsur penting dalam usaha pengembangan kehidupan bangsa dan pembinaan kesatuan dan persatuan bangsa untuk mencapai tujuan nasional berdasarkan Pancasila sebagaimana termaktub dalam pembukaan UUD 1945 sehingga untuk terpenuhinya peran jalan tersebut sebagaimana mestinya Pemerintah mempunyai hak dan kewajiban membina jalan.⁷¹³

Paradigama baru KPS memerlukan badan hukum publik yang lebih efisien dan keterlibatan swasta yang lebih besar dalam jasa pelayanan infrastruktur. Gelombang swastanisasi infrastruktur global dan liberalisasi pada tahun 1990-an,⁷¹⁴ adalah awal penting dari suatu konsensus ekonomi sebelumnya. Gelombang tersebut selain mempertanyakan kebutuhan kepemilikan negara atas jaringan utilitas juga mempertimbangkan kembali ide-ide monopoli alamiah dan intervensi-intervensi regulasi terkait. Hasilnya adalah diterima secara luas model utilitas monopoli tidak lagi diterapkan. Untuk mengklasifikasikan barang dan jasa yang mana yang bisa di-swastanisasikan dan yang mana yang merupakan sektor

⁷¹¹ Ibid., Pasal 17.

⁷¹² UUD 1945 Pasal 33 ayat (2).

⁷¹³ UU No. 13/ 1980 butir Menimbang.

⁷¹⁴ Kamerman and Kahn, ed., 24. Dalam hal menghasilkan jasa-jasa layanan, ada empat tipe kebijakan-kebijakan Pemerintah yang akan membawa pengalihan dari sektor publik ke sektor swasta:

- a. *The cessation of public programs and disengagement of government from specific kinds of responsibilities ("implicit privatization") or, at a less drastic level, the restriction of publicly produced services in volume, availability, or quality, leading to a shift by consumers toward privately produced and purchased substitutes (also called "privatization by attribution");*
- b. *The transfer to private ownership of public asset, including sales of public land, infrastructure, and enterprises;*
- c. *The financing of private services, for example, through contracting out or vouchers;*
- d. *The deregulation of entry by private firms into activities that were previously treated as a public monopoly.*

publik, maka sifat barang dan jasa harus dianalisa. Ada dua dimensi penting yang digunakan untuk mengklasifikasi jenis-jenis barang dan jasa: (a) *excludability*, (b) *jointness in consumption*.⁷¹⁵ Meskipun dua dimensi tersebut di atas memperlihatkan pertentangan secara mencolok, pada kenyataannya kebanyakan barang dan jasa masuk dalam kategori murni *individual* dan murni *joint consumption*. Dalam dua dimensi barang dan jasa tersebut satu dapat dibedakan dari empat tipe barang dan jasa, yaitu: (a) barang dan jasa swasta (*private goods*), (b) barang dan jasa komersial (*toll goods*), (c) barang dan jasa umum (*common-pool goods*), dan (d) barang dan jasa kolektif (*collective goods*).⁷¹⁶

Dari pendekatan ini jalan tol berdasarkan UU No. 13/ 1980 merupakan barang dan jasa umum (*common-pool goods*) yang bergeser ke arah barang dan jasa komersial (*toll goods*). Namun karena UUD 1945 tidak mengenal klasifikasi barang dan jasa seperti ini, maka secara substansial jalan tol masuk dalam kategori “*toll goods*” yang tidak dikenal dalam UUD 1945. Hal ini dengan pertimbangan bahwa jalan tol merupakan barang dan jasa umum yang pemakaiannya secara bersama-sama dan dibedakan dari barang dan jasa swasta dimana pemakaiannya secara individu.

Berdasarkan gelombang swastanisasi global ini dan masuknya investor swasta pertama dalam industri jalan tol Indonesia yaitu perusahaan CMNP yang memenangkan tender dan mendapatkan izin penyelenggaraan ruas jalan tol “Cawang – Tanjung Priok” pada tanggal 9 Desember 1987,⁷¹⁷ maka Pemerintah menerbitkan PP No. 8/ 1990, dimana Pemerintah menanggung biaya pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol.⁷¹⁸

Dengan terjadinya krisis ekonomi yang melanda dunia termasuk Indonesia pada tahun 1997-1998, Pemerintah Indonesia mulai kesulitan dalam hal pembiayaan infrastruktur termasuk jalan tol karena keterbatasan dana APBN.

⁷¹⁵ Lihat: Dhiratayakinant, 12.

⁷¹⁶ Ibid., halaman 13-14. Lihat Gambar Nomor 2.5. Untuk membedakan *collective goods* dan *private goods* bisa dilihat Gambar Nomor 2.6.

⁷¹⁷ Joesoef, *Jaminan Pemerintah*, 1.

⁷¹⁸ PP No. 8/ 1990 Pasal 41.

Pemerintah kemudian melalui SE Men Keu 22 Januari 1997, menyatakan bahwa biaya pembebasan tanah seluruhnya menjadi beban investor. Pada saat itu beberapa investor swasta sudah terlibat dalam KPS dalam membangun infrastruktur jalan tol dan beberapa masih dalam tahap pembebasan tanah.⁷¹⁹

Pada tahun 2004 Pemerintah melakukan regulasi hukum infrastruktur jalan tol dengan mengganti UU No. 13/ 1980 dengan UU No. 38/ 2004. Dengan mempertimbangkan pembukaan UUD 1945 yang menegaskan bahwa tujuan Pemerintah negara kesatuan Republik Indonesia, antara lain, adalah memajukan kesejahteraan umum, maka mengacu Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, Pemerintah masih menyatakan bahwa bumi dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, dan Pemerintah juga mengacu pada Pasal 34 ayat (3) dan (4) UUD 1945 dimana negara bertanggungjawab atas penyediaan fasilitas umum yang layak yang harus diatur dengan undang-undang.⁷²⁰

Dalam pelaksanaan regulasi hukum infrastruktur jalan tol ini dengan diterbitkannya UU No. 38/ 2004 yang menggantikan UU No. 13/ 1980, Pemerintah menetapkan bahwa biaya pengadaan tanah dapat menggunakan dana yang berasal dari Pemerintah dan/atau badan usaha.⁷²¹ Dalam pelaksanaannya biaya pengadaan tanah ini merupakan biaya investasi bagi investor swasta,⁷²² dan menjadi bagian dari modal (*equity*) bagi badan usaha jalan tol.⁷²³ Biaya pengadaan tanah sebagai biaya investasi bagi investor swasta yang membentuk badan usaha jalan tol ditegaskan dalam dokumen pelelangan perusahaan jalan tol, yang menetapkan lingkup biaya investasi dalam perusahaan jalan tol terdiri dari:⁷²⁴

(a). Biaya pengadaan tanah;

⁷¹⁹ lihat Tabel Nomor 1.2.

⁷²⁰ UU No. 38/ 2004 Penjelasan butir 1 Umum.

⁷²¹ Ibid., Pasal 61.

⁷²² Lihat laporan BPJT (22 Februari 2010), *Pengembangan Jalan Tol Di Indonesia*, halaman 18.

⁷²³ Perjanjian Perusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006 antara PT Citra Waspphutowa dan Pemerintah cq Departemen Pekerjaan Umum, Pasal 5 ayat 1.

⁷²⁴ Lihat Dokumen Pelelangan Perusahaan Jalan Tol Paket 1 "Jalan Tol Solo – Mantingan – Ngawi", diterbitkan oleh BPJT (2007) Buku 1 Ketentuan Umum, halaman 61.

- (b). Biaya proyek;
- (1) biaya perencanaan: (i) biaya perencanaan teknik akhir (FED),
 - (2) biaya konstruksi: (i) jalan dan jembatan; (ii) bangunan pelengkap; (iii) fasilitas tol; (iv) perlengkapan jalan,
 - (3) biaya supervisi proyek,
 - (4) biaya peralatan dan perlengkapan operasi: (i) peralatan tol; (ii) perlengkapan operasi,
 - (5) *overhead* proyek,
 - (6) pajak pertambahan nilai (PPN).
- (c). *Financial close* (antara lain *arrangement fee*, *underwriter fee*);
- (d). Biaya bunga sampai dengan akhir masa konstruksi (untuk biaya pengadaan tanah dan biaya proyek).

Penetapan biaya pengadaan tanah tidak secara jelas diatur dalam undang-undang. Undang-undang hanya menyatakan bahwa pengadaan tanah dapat menggunakan dana yang berasal dari Pemerintah dan/atau badan usaha.⁷²⁵ Biaya pengadaan tanah sebagai bagian dari investasi ditetapkan dalam dokumen pelelangan perusahaan jalan tol. Sedangkan besarnya perkiraan biaya pengadaan tanah ditetapkan Pemerintah dan tidak bisa dinegosiasikan yang kemudian dicantumkan dalam PPJT.⁷²⁶

Pasal 4 Prakiraan Biaya Pengadaan Tanah dan Alokasi Pembiayaan:

Jumlah prakiraan biaya pengadaan tanah adalah sebesar Rp. _____ (_____ Rupiah), yang merupakan suatu perkiraan dan termasuk semua biaya sehubungan dengan pengadaan tanah, pengeluaran tambahan dan biaya finansial yang harus dikeluarkan untuk pembayaran pengadaan tanah. Biaya pengadaan tanah wajib ditanggung seluruhnya oleh perusahaan jalan tol.

Dalam dokumen pengadaan investasi panitia pengadaan investasi jalan tol menyusun harga perkiraan sendiri perusahaan jalan tol (HPSPJT) dimana biaya pengadaan tanah adalah salah satu unsur dari HPSPJT tersebut. HPSPJT tersebut harga perkiraan sendiri termasuk dokumen-dokumen pendukung dan lampiran-

⁷²⁵ UU No. 38/ 2004 Pasal 61 ayat 2.

⁷²⁶ Lihat Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006, Pasal 4.2.

lampirannya yang dipakai untuk mengevaluasi proposal perusahaan dan/atau investasi jalan tol oleh panitia pengadaan.⁷²⁷

Dalam penelitian yang dilakukan di Subdit Pengadaan Tanah Kementerian PU, Pemerintah melakukan estimasi biaya pengadaan tanah untuk suatu ruas yang ditenderkan berdasarkan nilai rata-rata NJOP tiap kelurahan dan nilai rata-rata harga pasar terhadap tanah, bangunan, tanaman dan utilitas, ditambah biaya estimasi biaya operasional atau biaya panitia, ditambah 10 persen dari total biaya pengadaan tanah tersebut. Estimasi tersebut dibuat setelah dilakukan studi kelayakan oleh Pemerintah. Antara waktu dilakukannya penawaran (tender) ruas jalan tol dengan penetapan estimasi nilai pengadaan tanah bisa terjadi 1-2 tahun. Waktu 1-2 tahun ini adalah waktu yang memungkinkannya terjadi kenaikan harga tanah akibat informasi rencana jalan tol dan juga spekulasi tanah.⁷²⁸

Penetapan ganti rugi atas tanah didasarkan pada musyawarah dalam rangka memperoleh kesepakatan atas bentuk dan besarnya ganti rugi. Musyawarah tersebut dilakukan di tempat yang ditentukan dalam surat undangan.⁷²⁹ Musyawarah tersebut dilakukan secara langsung antara pemegang hak atas tanah, bangunan, tanaman, dan benda-benda lain yang berkaitan dengan tanah bersama P2T, dan instansi Pemerintah atau Pemerintah Daerah yang memerlukan tanah. Musyawarah tersebut dipimpin oleh ketua P2T.⁷³⁰

Ganti rugi dalam rangka pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol diberikan untuk:⁷³¹

(a) Hak atas tanah;

⁷²⁷ Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 27/PRT/M/2006, tanggal 21 November 2006, Pasal 13 ayat 3. HPSPJT memuat sekurang-kurangnya: (a) Prakiraan biaya investasi; (b) Biaya konstruksi; (c) Biaya Pengadaan tanah; (d) Biaya perencanaan teknis dan supervisi; (e) Proyeksi volume lalu lintas; (f) Tarif tol termasuk penyesuaiannya dan pendapatan tol; (g) Prakiraan biaya operasi dan pengelolaan jalan tol; (h) Proyeksi laba/rugi; (i) Proyeksi arus kas; (j) Termasuk perhitungan rasio kecukupan pengembalian pinjaman; (k) Perhitungan NPV, IRR, *profitability* dan *pay back period*; (l) Tabel berisi rencana total biaya investasi perusahaan jalan tol; (m) Tarif tol awal; dan (n) Masa perusahaan.

⁷²⁸ Penelitian di Subdit Pengadaan Tanah Kementerian PU, wawancara dengan Bapak Fidji yang didisposisikan oleh Kepala Subdit Pengadaan Tanah untuk memberikan data dan informasi, pada tanggal 3 Mei 2010.

⁷²⁹ Perpres No. 36/2005 Pasal 8.

⁷³⁰ Ibid., Pasal 9.

⁷³¹ Ibid., Pasal 12.

- (b) Bangunan,
- (c) Tanaman, dan
- (d) Benda-benda lain yang berkaitan dengan tanah.

Bentuk ganti rugi dapat berupa:⁷³²

- (a) Uang, dan/atau;
- (b) Tanah pengganti, dan/atau;
- (c) Pemukiman kembali, dan/atau gabungan dari dua atau lebih bentuk ganti kerugian sebagaimana huruf (a), (b) dan (c), dan bentuk lain yang disetujui oleh pihak-pihak yang bersangkutan.

Dasar perhitungan besarnya ganti rugi didasarkan atas:⁷³³

- (a). Nilai jual objek pajak (NJOP) atau nilai nyata/ yang sebenarnya dengan memperhatikan NJOP tahun berjalan berdasarkan penilaian lembaga/ tim penilai harga tanah yang ditunjuk oleh panitia;
- (b). Nilai jual bangunan yang ditaksir oleh perangkat daerah yang bertanggungjawab dibidang bangunan;
- (c). Nilai jual tanaman yang ditaksir oleh perangkat daerah yang bertanggungjawab dibidang pertanian.

Otoritas pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol dilakukan oleh P2T. Untuk pengadaan tanah jalan tol di wilayah kabupaten/ kota P2T dibentuk oleh Bupati/Walikota, sedangkan di wilayah Provinsi dibentuk oleh Gubernur, untuk pengadaan tanah di dua wilayah kabupaten/kota atau lebih dibentuk oleh Gubernur dan untuk pengadaan tanah di dua wilayah propinsi atau lebih dibentuk oleh Menteri Dalam Negeri, yang terdiri dari unsur Pemerintah dan unsur Pemerintah Daerah terkait.⁷³⁴ Tugas dari Tim P2T tersebut adalah:⁷³⁵

- (a). Mengadakan penelitian dan inventarisasi atas tanah, bangunan, tanaman dan benda-benda lain yang ada kaitannya dengan tanah yang haknya akan dilepaskan atau diserahkan;

⁷³² Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 9.

⁷³³ Ibid., Pasal I butir 10.

⁷³⁴ Perpres No. 36/ 2005 Pasal 6. Unsur dan susunan P2T tersebut sebanyak 9 (sembilan) orang dari berbagai unsur terkait diatur dalam Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 3 Tahun 2007.

⁷³⁵ Perpres No. 65/ 2006 Pasal I butir 6.

- (b). Mengadakan penelitian mengenai status hukum tanah yang haknya akan dilepaskan atau diserahkan dan dokumen yang mendukungnya;
- (c). Menetapkan besarnya ganti rugi atas tanah yang haknya akan dilepaskan atau diserahkan;
- (d). Memberikan penjelasan atau penyuluhan kepada masyarakat yang terkena rencana pembangunan dan/atau pemegang hak atas tanah mengenai rencana dan tujuan pengadaan tanah tersebut dalam bentuk konsultasi publik baik melalui tatap muka, media cetak, maupun media elektronik agar dapat diketahui oleh seluruh masyarakat yang terkena rencana pembangunan dan/atau pemegang hak atas tanah;
- (e). Mengadakan musyawarah dengan para pemegang hak atas tanah dan instansi Pemerintah dan/atau Pemerintah Daerah yang memerlukan tanah dalam rangka menetapkan bentuk dan/atau besarnya ganti rugi;
- (f). Menyaksikan pelaksanaan penyerahan ganti rugi kepada para pemegang hak atas tanah, bangunan, tanaman, dan benda-benda lain yang ada di atas tanah;
- (g). Membuat berita acara pelepasan atau penyerahan hak atas tanah;
- (h). Mengadministrasikan dan mendokumentasikan semua berkas pengadaan tanah dan menyerahkan kepada pihak yang berkompeten.

Selain P2T, Pemerintah membentuk Tim Pengadaan Tanah (TPT) yang dibentuk oleh Kementerian PU yaitu dalam hal ini adalah direktorat Bina Marga. TPT tersebut dibentuk oleh menteri Kementerian PU dalam rangka pelaksanaan pengadaan tanah untuk kepentingan pembangunan jalan tol. TPT ini bersifat membantu Menteri dalam koordinasi dengan P2T. TPT tersebut tidak berwenang secara langsung dilapangan dalam proses pembebasan tanah.⁷³⁶

Melonjaknya harga tanah dalam proses ganti rugi pengadaan tanah, dan mengingat bahwa berdasarkan PP No. 15/ 2005 Pasal 29, biaya pengadaan tanah tersebut ditanggung oleh investor swasta, Pemerintah kemudian membentuk BLU-BPJT yang mengelola risiko atas pengadaan tanah jalan tol dengan menggunakan dana bergulir. Dana bergulir tersebut adalah dana yang dikelola BLU-BPJT untuk membiayai ganti rugi tanah jalan tol dan selanjutnya

⁷³⁶ Peraturan Menteri Pekerjaan Umum No. 10/PRT/2006 Pasal 1.

dikembalikan oleh badan usaha kerjasama sesuai dengan ketentuan dalam perjanjian antara BLU-BPJT dan badan usaha kerjasama jalan tol.⁷³⁷

BPJT dalam perjalanannya mendapatkan tambahan tugas dan wewenang dalam rangka pelaksanaan penyaluran dana dukungan infrastruktur untuk penggantian pembelian tanah, yaitu dengan ditandatanganinya perjanjian investasi antara Badan Investasi Pemerintah (BIP) dan BPJT dengan perjanjian nomor: PI/BIP.01/2007 dan 01/PI/BPJT/Hk.02.07/2007 tanggal 19 Januari 2007. BIP tersebut adalah instansi Pemerintah pada Kementerian Keuangan yang ditetapkan sebagai badan yang menerapkan pola pengelolaan keuangan BLU, yang berdasarkan perjanjian dengan BPJT membentuk badan layanan umum-badan pengatur jalan tol (BLU-BPJT).⁷³⁸

BLU-BPJT tersebut adalah badan pengatur jalan tol yang menerapkan pola pengelolaan keuangan BLU berdasarkan Keputusan Menteri Keuangan No. 791/KMK.02/2006 Tentang Penetapan Badan Pengatur Jalan Tol (Kepmen No. 791/ 2006) pada Kementerian Pekerjaan Umum Sebagai Instansi Pemerintah Yang Menerapkan Pola Pengelolaan Keuangan Badan Layanan Umum. Maksud dan tujuannya adalah sebagai pedoman bagi BLU-BPJT, P2T, TPT, badan usaha dan pihak terkait lainnya dalam melaksanakan pembayaran ganti rugi tanah jalan tol dengan menggunakan dana bergulir.⁷³⁹

Dalam penggunaan dana bergulir ini BLU-BPJT membuat perjanjian layanan dana bergulir dengan badan usaha kerjasama jalan tol. Dalam perjanjian tersebut dicantumkan klausula cidera janji terhadap perjanjian layanan dana bergulir bagi badan usaha kerjasama, yang berakibat perjanjian layanan dana bergulir berakhir. Selain itu, badan usaha kerjasama jalan tol harus mengubah PPJT dengan mencantumkan klausula yang menyatakan bahwa apabila badan

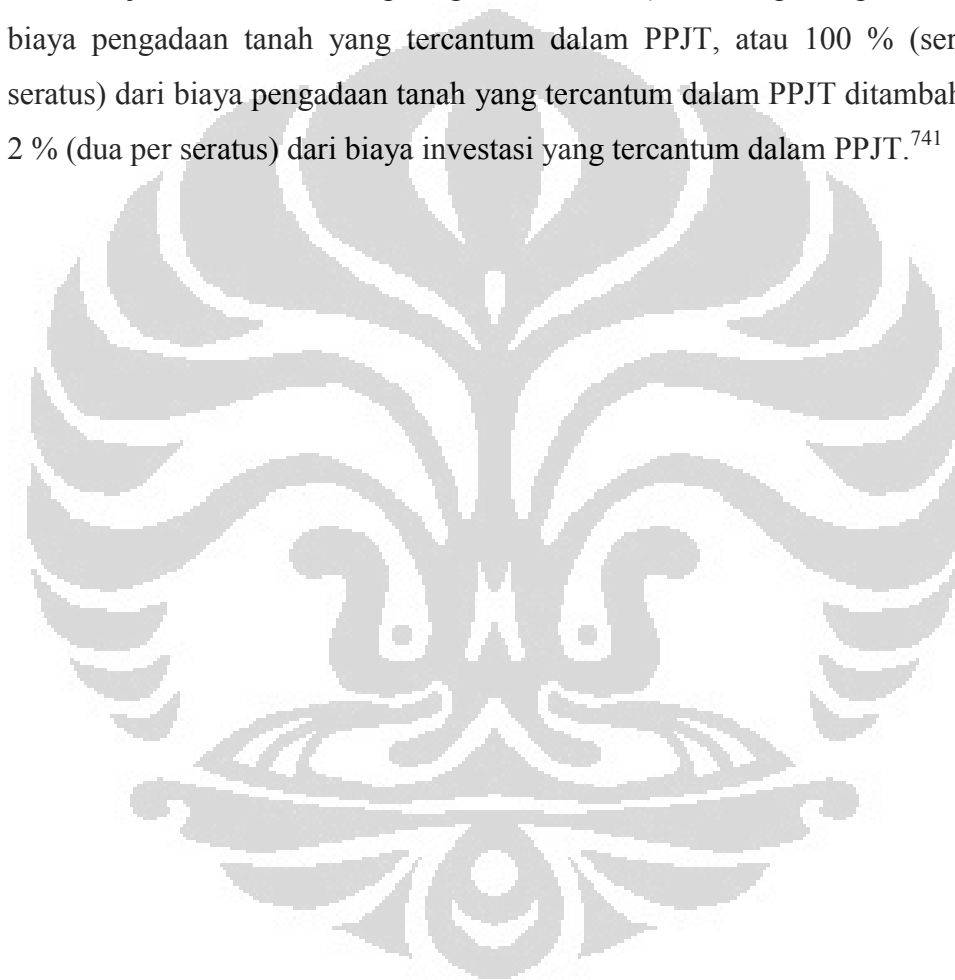
⁷³⁷ Lihat Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 04/PRT/M/2007 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol, tanggal 25 Februari 2007.

⁷³⁸ Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 04/PRT/M/2007 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Badan Layanan Umum - Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah, tanggal 26 Februari 2007, Pasal 1-2.

⁷³⁹ Ibid.

usaha kerjasama cidera janji terhadap perjanjian layanan dana bergulir, maka PPJT berakhir.⁷⁴⁰

Selain dana bergulir, Pemerintah juga memberikan dukungan terhadap pengadaan tanah yang melebihi batas biaya pengadaan tanah yang menjadi tanggungan badan usaha kerja sama. Mekanismenya adalah dalam bentuk "land capping", yaitu: batas biaya pengadaan tanah yang menjadi tanggungan badan usaha kerjasama adalah nilai paling besar 110 % (seratus sepuluh per seratus) dari biaya pengadaan tanah yang tercantum dalam PPJT, atau 100 % (seratus per seratus) dari biaya pengadaan tanah yang tercantum dalam PPJT ditambah dengan 2 % (dua per seratus) dari biaya investasi yang tercantum dalam PPJT.⁷⁴¹



⁷⁴⁰ Lihat Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 14/PRT/M/2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 04/PRT/M/2007 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol, tanggal 15 September 2008.

⁷⁴¹ Lihat Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 12/PRT/M/2008 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Dukungan Pemerintah Terhadap Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Jalan Tol Yang Dibiayai Oleh Badan Usaha Swasta, tanggal 28 Juli 2008.

Bab 4
KENDALA-KENDALA DAN ALTERNATIF PENYELESAIAN
PENERAPAN KPS MODEL KONTRAK BOT PEMBANGUNAN
INFRASTRUKTUR JALAN TOL OLEH INVESTOR SWASTA DI
INDONESIA

4.1 Kendala-kendala Penerapan KPS Model Kontrak BOT Pembangunan Infrastruktur Jalan Tol Oleh Investor Swasta Di Indonesia

4.1.1 Kendala kelayakan investasi jalan tol

Data BPJT membagi kontrak perusahaan jalan tol ini menjadi tiga tipe skema kontrak berdasarkan kelayakan investasi, dengan mengacu pada Pasal 43 ayat (2) UU No. 38/ 2004 dan Pasal 19-23 PP No. 15/ 2005. Ketiga skema kontrak tersebut adalah:⁷⁴²

- (i) Kontrak konsesi dengan skema pembiayaan BOT, yaitu untuk proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki *financial internal rate of return* (FIRR) positif. Contoh kontrak konsesi dengan skema pembiayaan BOT ini adalah perusahaan jalan tol oleh swasta pada umumnya seperti ruas jalan tol "Depok – Antasari" oleh PT. Citra Wasphtowa.⁷⁴³ Untuk model ini yang sudah berjalan (*on going*) saat penulisan ini dengan total panjang 736, 62 Km dan nilai total investasi Rp. 63.442,45 Miliar terdiri dari 20 ruas (atau sekitar 80 %).⁷⁴⁴
- (ii) Kontrak konsesi dengan skema pembiayaan DBO, yaitu untuk proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki FIRR negatif. Contoh kontrak konsesi dengan skema pembiayaan DBO ini adalah ruas "Akses Tanjung Priok". Untuk model ini yang sudah berjalan (*on going*) saat penulisan ini

⁷⁴² Nurdin Manurung, "Pengaturan/ Pengelolaan Program Jalan Tol di Indonesia". Lihat Gambar Nomor 4.1.

⁷⁴³ Lihat Perjanjian Perusahaan Jalan Tol ruas "Depok–Antasari" Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006, tanggal 29 Mei 2006.

⁷⁴⁴ Data BPJT tanggal 21 Juni 2010.

dengan total panjang 9,48 Km dan nilai total investasi Rp. 2.356 Miliar terdiri dari 1 ruas (atau sekitar 4 %).⁷⁴⁵

- (iii) Kontrak konsesi dengan skema pembiayaan sebagian oleh Pemerintah dan sebagian oleh investor swasta, yaitu untuk proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki FIRR marginal. Contoh kontrak konsesi dengan skema pembiayaan bersama ini adalah rencana ruas "Solo – Kertosono".⁷⁴⁶ Untuk model ini yang sudah berjalan (*on going*) saat penulisan ini dengan total panjang 177,12 Km dan nilai total investasi Rp. 8.096,61 Miliar terdiri dari 20 ruas (atau sekitar 9 %).⁷⁴⁷

Penetapan BPJT untuk memberikan kontrak konsesi dengan skema pembiayaan BOT pada proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki *financial internal rate of return* (FIRR) positif, berdampak pada kewajiban Pemerintah untuk menjaga keseimbangan kontrak (*economic equilibrium*),⁷⁴⁸ agar senantiasa proyek jalan tol yang telah diberikan pada swasta memiliki *financial internal rate of return* (FIRR) positif (memberikan keuntungan finansial yang layak bagi investor swasta). Namun ini tidak mudah karena faktor-faktor risiko yang bersifat *contingency* atau diluar perkiraan para pihak. Dalam pelaksanaannya dapat dilihat atas kendala-kendala yang menghambat pembangunan jalan tol.

Dari ketiga model kontrak tersebut di atas yaitu: BOT, DBO atau skema pembiayaan bersama, maka dari sisi investor model kontrak DBO adalah yang paling murah, sedikit permasalahan, lebih aman, tepat waktu dan menguntungkan investor. Hal ini karena model kontrak DBO baik pengadaan tanah dan pembangunan infrastruktur jalan tol dibiayai dengan APBN. Namun dari sisi Pemerintah ini sangat memberatkan karena adanya pembiayaan dengan APBN.

⁷⁴⁵ Data BPJT tanggal 2010. Model DBO atau DBL (*Design Build Lease*) menurut penjelasan BPJT dirancang dan dibangun oleh Pemerintah dengan anggaran Pemerintah (APBN), kemudian untuk menutupi biaya Pemerintah ruas jalan tol tersebut akan dijual atau di-lease kepada swasta melalui pelelangan.

⁷⁴⁶ Dalam kasus rencana pembangunan jalan tol tahun 2010-2014 ruas "Solo – Kertosono" dimana skema pembiayaan sebagian dibiayai oleh Pemerintah (sepanjang 59,95 Km) dan sebagian dibiayai oleh investor swasta (119,05 Km), BPJT tidak dapat memberikan nama bentuk skema ini. Lihat laporan BPJT (22 Februari 2010), "Pengembangan Jalan Tol Di Indonesia", 27.

⁷⁴⁷ Data BPJT tanggal 21 Juni 2010.

⁷⁴⁸ Campbell, *The Incompleteness of Our Understanding*, 678.

Oleh sebab itu Pemerintah tidak menawarkan model kontrak DBO ini kepada investor swasta, dan Pemerintah hanya memberlakukan model kontrak DBO ini hanya untuk proyek-proyek investasi jalan tol yang memiliki FIRR negatif.⁷⁴⁹

4.1.1.1 Biaya tanah sebagai modal (investasi) badan usaha jalan tol.

Kendala akibat biaya pengadaan tanah sebagai modal (*equity*) badan usaha jalan tol adalah setelah Pemerintah melalui SE Men Keu 22 Januari 1997 menyatakan bahwa biaya pengadaan tanah seluruhnya menjadi beban investor.⁷⁵⁰ Keputusan ini jelas merugikan bagi investor-investor yang telah memenangkan tender investasi jalan tol sebelum dikeluarkannya Keputusan Pemerintah melalui SE Men Keu 22 Januari 1997 tersebut.⁷⁵¹

Dalam masalah tanah, pada awalnya, pembebasan tanah dilakukan dengan menggunakan APBN (1978-1995),⁷⁵² kemudian setelah tahun 1995 biaya pengadaan tanah tersebut menjadi sepenuhnya tanggungan investor,⁷⁵³ dan dalam kondisi ini investor mengharapkan jaminan pemerintah atas lonjakan harga tanah yang sebenarnya adalah tidak untuk kepentingan investor namun untuk

⁷⁴⁹ Data BPJT tanggal 21 Juni 2010.

⁷⁵⁰ Surat Edaran Menteri Keuangan RI Nomor Jl.03.01.Mn/11 tanggal 22 Januari 1997.

⁷⁵¹ Dalam Laporan Pengadaan Tanah (Januari 2002) PT Citra Margatama Surabaya, dalam pembangunan proyek jalan tol Simpang Susun Waru-Tanjung Perak, Surabaya, disebutkan bahwa PT Citra Margatama Surabaya ditetapkan sebagai pemenang tender investasi pembangunan proyek jalan tol Simpang Susun Waru-Tanjung Perak, Surabaya (SERR), berdasarkan Surat Keputusan Menteri PU tanggal 20 Maret 1996. Pada saat itu Pemerintah melakukan tender 19 ruas pada tanggal 19 Januari 1996. Menurut dokumen tender SERR dinyatakan bahwa biaya pengadaan tanah/lahan adalah sebesar Rp.284,898 Milyar untuk sekitar 260 Hektar luas Daerah Milik Jalan (Damija). Kondisi ini telah disampaikan kepada calon Lender pada waktu *public expose* sehingga para calon Lender tersebut sudah beranggapan bahwa resiko pengadaan tanah/lahan (baik mencakup nilai maupun jadwal pengadaan tanah) adalah pasti. Dengan demikian analisa investasi yang mencakup periode jangka panjang tersebut bisa dilakukan dengan kaidah-kaidah sebagaimana mestinya. Namun dengan dikeluarkannya SE Men Keu 22 Januari 1997 yang menyatakan bahwa biaya pengadaan tanah seluruhnya menjadi beban investor, maka kondisi ini harus dipertanggungjawabkan kepada Lender dan pada kenyataannya menjadi sulit. Lihat Laporan Pengadaan Tanah PT Citra Margatama Surabaya (Januari 2002).

⁷⁵² Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1990 Tentang Jalan Tol, ditetapkan tanggal 24 Maret 1990 dan diundangkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1990 Nomor 12. Pasal 41: "Biaya pra-studi kelayakan dan pembebasan tanah untuk pembangunan JalanTol ditanggung Pemerintah.

⁷⁵³ Daddy Hariadi, PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk dalam Seminar Nasional "Strategi & Tantangan Pembiayaan Proyek Infrastruktur di Indonesia" oleh Teknik Sipil UI, Rabu 31 Okt 2007 di Bidakara.

kepentingan bersama investor dan pemerintah. Disebutkan juga bahwa pertumbuhan jalan tol menjadi tidak berkembang (*stagnant*) setelah investor dibebani biaya tanah ini.

Dalam studi kasus di PT Citra Margatama Surabaya (CMS) pemenang tender ruas jalan tol "Waru – Tanjung Perak" Surabaya pada tahun 1996, penyelesaian konstruksi fisik diselesaikan pada tahun 2008 hanya untuk ruas jalan tol "Waru-Juanda" akibat terjadinya krisis moneter tahun 1998.⁷⁵⁴ SE Men Keu 22 Januari 1997, yang menyatakan bahwa biaya pembebasan tanah seluruhnya menjadi beban investor merupakan salah satu faktor terhambatnya pembangunan jalan tol oleh investor swasta.

Dari kasus CMS disimpulkan dalam dua faktor. Faktor *pertama* adalah faktor eksternal, yaitu.⁷⁵⁵

- (a). Menurut dokumen tender tertanggal 19 Januari 1996, biaya pembebasan tanah untuk ruas Surabaya Eastern Ring Road (SERR) yang dimenangkan CMNP berdasarkan Surat Keputusan Menteri Pekerjaan Umum Tanggal 20 Maret 1996 (SK Men PU 20 Maret 1996) adalah Rp.284,898 Milyar untuk sekitar 260 Ha luas daerah milik jalan. Berdasarkan dokumen tender disebutkan bahwa bila ada kelebihan akan dikompensasikan secara proporsional.
- (b). Setelah CMNP dinyatakan menang oleh Menteri Pekerjaan Umum berdasarkan SK Men PU 20 Maret 1996 tersebut, Pemerintah tiba-tiba melalui SE Men Keu 22 Januari 1997, menyatakan bahwa biaya pembebasan tanah seluruhnya menjadi beban investor. Dalam kondisi ini pada tanggal 10 Juni 1997 CMNP dan Jasa Marga menandatangani PKP dengan perhitungan ulang biaya pembebasan tanah menjadi sebesar Rp.299,644 Milyar, dengan kompensasi penambahan masa konsesi dari 32 tahun menjadi 35 tahun yang bersifat final terhadap realisasi biaya pengadaan tanah kelak.

⁷⁵⁴ Cipta Strada, Engineering Consultants (September 2008). "Laporan Akhir: Audit Teknis Terhadap Konstruksi Dan Pengadaan Lahan Proyek Jalan Tol Waru – Juanda". Jakarta: Tim Audit Teknis, halaman II-2.

⁷⁵⁵ Ibid., halaman V-1.

- (c). Pada tanggal 24 Februari 1997 Direktur Jenderal Bina Marga dengan suratnya Nomor TN.0102-Db/268 kepada Gubernur Jawa Timur (Surat No. TN.0102-Db/ 268) memohon surat persetujuan penetapan lokasi pembangunan (SP2LP) sebagai dasar pelaksanaan pembebasan tanah oleh P2T. SP2LP tersebut baru diterbitkan Gubernur Jawa Timur pada tanggal 13 Januari 1998 (memerlukan waktu 12 bulan).
- (d). Kesepakatan perubahan *trace* dari simpang susun "Waru – Tanjung Perak" Surabaya menjadi hanya ruas "Waru – Juanda" pada tahun 2002, tidak ditindaklanjuti Pemerintah dalam pengadaan tanah dengan alasan krisis ekonomi yang melanda Indonesia saat itu, dimana Tim P2T baru bekerja efektif pada tahun 2006 setelah dilakukan perubahan SP2LP pertama (13 Januari 1998) menjadi SP2LP yang kedua (pada tahun 2006).

Faktor *kedua* adalah faktor internal manajemen badan usaha jalan tol yang menyebabkan kenaikan biaya pengadaan tanah. Dimulai pada tahun 1997 setelah penandatanganan PKP tanggal 10 Juni 1997, CMNP melakukan operasi pasar pembebasan tanah yang tidak melibatkan tim P2T, berdasarkan persetujuan lisan Menteri Pekerjaan Umum pada saat itu terutama dengan mengingat bahwa masa konsesi 35 tahun adalah final terhadap berapapun realisasi biaya pengadaan tanah (persetujuan lisan Menteri tersebut berkembang di manajemen CMNP dari para pelaku sejarah karena secara administrasi tidak ada dokumen historis yang mendukung persetujuan Menteri tersebut). Hal ini kemudian berkembang secara internal dimana manajemen tidak dapat mengontrol peningkatan biaya pengadaan tanah yang secara langsung berdampak pada kelayakan investasi, baik dari biaya uang ganti rugi (UGK) maupun biaya administrasi dokumentasi tanah, yang tidak mengacu pada ketentuan hukum dan petunjuk pelaksanaan pengadaan tanah yang berlaku.⁷⁵⁶

Penetapan biaya tanah sebagai modal atau bagian dari investasi perusahaan jalan tol dimana tanah itu sendiri secara hukum adalah milik Pemerintah atau aset Pemerintah terlihat sebagai hal yang mencampurkan

⁷⁵⁶ Ibid., V-1 – V-2.

kebijakan KPS dan kebijakan swatanisasi. Padahal KPS dan swastanisasi merupakan suatu hal yang berbeda dalam konsep. Penetapan biaya tanah sebagai modal dalam investasi perusahaan jalan tol mirip dengan konsep swastanisasi dimana perusahaan swasta mengambilalih usaha dan juga menanggung tanggungjawab penyerahan jasa layanan.⁷⁵⁷ KPS tidak terkait dengan penjualan atau pengalihan hak milik aset secara fisik, kecuali hanya hak untuk menggunakan aset dan mengoperasikan usaha.⁷⁵⁸

Penetapan biaya pengadaan tanah sebagai modal atau bagian dari investasi perusahaan jalan tol itu sendiri tidak sesuai dengan konsep KPS itu sendiri dalam melihat infrastruktur (termasuk infrastruktur jalan tol) dalam suatu unit usaha, dimana secara fisik bangunan infrastruktur tidak dipisahkan dari tanah tempat infratraktur tersebut berdiri dan beroperasi (asas perlekatan atau *accessie*). Secara teoritis kedua hal tersebut yaitu antara bangunan infrastruktur dan tanah, dapat dipisahkan secara horisontal (asas pemisahan horisontal atau *horizontal scheiding*). Namun baik dipisahkan atau tidak, kedua hal tersebut mempunyai dampak hukum yang berakibat pada tingkat pengembalian investasi.

Dalam konteks biaya pengadaan tanah sebagai modal atau bagian dari investasi perusahaan jalan tol, sedangkan kepemilikan tanah secara hukum dimiliki oleh Pemerintah, maka:

⁷⁵⁷ Dicey, 377-429. Di banyak negara Eropa, dan terutama di Perancis, terdapat bentuk hukum administratif, yang oleh orang-orang Perancis dikenal sebagai *droit administratif*, yang berpijak pada gagasan-gagasan yang asing bagi sejumlah asumsi dasar hukum Anglo-Saxon (*common law*) di Inggris, dan terutama asing bagi apa yang kita sebut sebagai aturan hukum (*rule of law*). Pertentangan ini terlihat nyata dari segi perlindungan yang diberikan di negara-negara asing pada para pelayan negara, atau, seperti yang kita sebut di Inggris, Raja, yang, meskipun bertindak sesuai dengan perintah resmi, atau dalam upaya *bona fide* untuk membebaskan kewajiban-kewajiban resmi, bersalah karena tindakan-tindakan yang salah atau tidak salah. Ada sejumlah negara (misalnya Inggris dan Amerika Serikat) yang segala upaya dilakukan untuk meletakkan tanggungjawab negara dibelakang tanggungjawab pribadi abadinya. Ada sejumlah negara lain yang segala upaya dilakukan untuk meletakkan tanggungjawab abdi negara dibelakang tanggungjawab negara itu sendiri, untuk melindungi dan menyelematkannya dari konsekuensi-konsekuensi kesalahan yang menyakitkan yang dilakukan dalam rangka melayani negara. Hukum di negara-negara yang tersentralisasi, terutama hukum Perancis, termasuk kedalam jenis ini. Di sana akan ditemukan apa yang disebut sebagai perlindungan pejabat (*garantie des fonctionnaires*).

⁷⁵⁸ Grimsey and Lewis, 53-56. Dalam hal ini bisa dilihat suatu perbandingan dalam bentuk skala mulai dari model publik penuh disatu sisi skala dan swastanisasi penuh di sisi skala yang lain. Lihat Gambar Nomor 2.13.

- (a). Mengacu pada konsep KPS itu sendiri, secara konseptual KPS tidak terkait dengan penjualan atau pengalihan hak milik aset secara fisik, kecuali hanya hak untuk menggunakan aset dan mengoperasikan usaha.⁷⁵⁹ Dalam hal ini baik aset fisik bangunan infrastruktur dan aset tanah merupakan satu kesatuan (asas perlekatan atau *accessie*)⁷⁶⁰ dan merupakan aset Pemerintah. Asas perlekatan ini juga didukung oleh konsep KPS sendiri yang bersifat pembiayaan proyek dimana pembangunan fisik infrastruktur tersebut dibiayai oleh suatu pembiayaan lembaga keuangan dan dikembalikan secara *non-recourse* atau dari hasil proyek itu sendiri.⁷⁶¹ Dalam suatu struktur atau bangunan hukum, dalam konsep KPS, infrastruktur baik fisik bangunan dan tanah bisa sepenuhnya dimiliki swasta atau sepenuhnya dimiliki Pemerintah (asas perlekatan atau *accessie*), namun juga dapat fisik bangunan infrastruktur dimiliki swasta sedangkan tanah dimiliki Pemerintah (asas pemisahan horisontal atau *horizontal scheidings*).
- (b). Dengan ditetapkannya biaya pengadaan tanah sebagai modal atau bagian investasi perusahaan jalan tol, maka seolah investor swasta mengambil bagian dari aset Pemerintah (dalam hal ini aset tanah) atau Pemerintah menerapkan asas pemisahan horisontal atas aset tanah dan modal yang digunakan sebagai bagian investasi pembangunan infrastruktur. Dalam hal ini secara finansial investor swasta memiliki sebagian dari aset infrastruktur tersebut (dalam hal ini tanah). Disamping itu dalam konsepnya sebagai pembiayaan proyek, fisik infrastruktur dibiayai melalui lembaga keuangan dengan mekanisme *non-recourse*.⁷⁶²
- (c). Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 menyebutkan bahwa: “Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara”, maka dengan ditetapkannya biaya pengadaan tanah sebagai modal atau bagian investasi perusahaan jalan tol, maka seolah

⁷⁵⁹ Ibid. Lihat [Gambar Nomor 2.14](#).

⁷⁶⁰ Annual Report 2008 PT Jasa Marga, dan Harsono, 19. Mengutip Pasal 500 dan Pasal 571 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

⁷⁶¹ Muhammad dan Murniati, 170.

⁷⁶² Ibid.

investor swasta menguasai sebagian unit produksi yang seharusnya dikuasai negara. Penetapan biaya pengadaan tanah sebagai modal atau bagian investasi perusahaan jalan tol lebih mengarah pada swastanisasi. Dalam swastanisasi memiliki beberapa bentuk monopoli alamiah, kemudian Pemerintah biasanya akan mendorong beberapa tipe rezim regulasi, yang cirinya adalah terhadap harga dan tingkat pengembalian (*rate of return*). Regulasi yang ditekankan pada perusahaan swasta (swastanisasi) sangat berbeda dari KPS, dan perbedaan inilah sebagai dasar bedanya KPS dan swastanisasi. Regulasi KPS tidak datang dari beberapa badan pengatur dan peraturan perundang-undangan atau dari tekanan pasar yang tidak terduga, tetapi langsung hasil dari kontrak yang tergantung dari indikator kinerja dan standar kualitas.⁷⁶³

- (d). Kebijakan swastanisasi walaupun tidak secara otomatis dipersamakan dengan peningkatan persaingan usaha, Pemerintah harus berhati-hati dalam dua proses terkait yaitu swastanisasi dan liberalisasi yang harus dibedakan.⁷⁶⁴
- (e). Konsep KPS model kontrak BOT adalah suatu konsesi untuk membangun, memiliki/mengoperasikan dengan suatu cara pendanaan proyek "a limited or non-recourse", dan kemudian dialihkan (transfer) kembali ke Pemerintah.⁷⁶⁵ Penerima konsesi yang prospektif harus sabar, saat menghadapi pejabat-pejabat Pemerintah, khususnya yang sedikit atau tanpa pengalaman mengenai BOT.⁷⁶⁶
- (f). Dari pengalaman beberapa negara khususnya di negara-negara sedang berkembang, formula BOT untuk proyek-proyek infrastruktur bukanlah suatu solusi atau obat mujarab (*by no means a panacea*). Proyek-proyek BOT sangat kompleks baik dari aspek finansial maupun hukum (*a legal point of view*).

⁷⁶³ Guasch, 30. Dalam hal konsesi, *pertama*, konsesi tidak terlibat jual-beli atau pengalihan kepemilikan fisik aset-aset, hanya hak untuk penggunaan aset-aset dan mengoperasikan usaha, *kedua*, kontrak konsesi dengan periode terbat biasanya 15-30 tahun, tergantung konteks dan sektor, *terakhir*, Pemerintah sebagai pemilik aset-aset, menjaga keterlibatan lebih dekat dan keliru dalam hal konsesi.

⁷⁶⁴ Kamerman and Kahn, ed., 25.

⁷⁶⁵ Walker and Smith, ed., 31-49.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, 51.

BOT memerlukan waktu untuk membangun dan negoosiasi. Apabila proyek dilakukan dengan cara tradisional (“*turnkey*”) *construction contract* yang dibiayai Pemerintah (*sovereign borrowing*), penghematan waktu, bersamaan dengan kepastian proyek berlangsung, bisa menjamin pendekatan tradisional ini. Apabila Pemerintah tidak memiliki anggaran untuk pembiayaan infrastruktur, pendekatan BOT adalah suatu opsi untuk dipertimbangkan. Untuk itu struktur BOT harus dipahami lebih baik, dan standar solusi terhadap berbagai masalah yang dihadapi menjadi lebih diterima Pemerintah dan pasar, dan lebih mudah untuk dinegosiasikan dan diterapkan. Pemerintah harus menerima kompleksitas dan waktu, *rate of return* dari investor dan pemberi pinjaman yang diharapkan. Apabila hal ini dipahami, maka pendekatan BOT akan berhasil.⁷⁶⁷

- (g). Hak konsesi dalam KPS model kontrak BOT berdasarkan bangunan atau struktur hukum tidak dapat terlepas dari hak atas tanah (asas *accessie*). Tanpa landasan hak atas tanah maka hak konsesi tidak dapat dilaksanakan, namun secara hukum hal ini belum ada pengaturan yang jelas.
- (h). UU No. 38/ 2004 dan PP No. 15/ 2005 mengatur KPS secara umum tidak terbatas hanya pada model kontrak BOT, namun juga bisa dalam bentuk kontrak lainnya yang disetujui oleh Menteri.⁷⁶⁸ Begitu juga Perpres No. 67/ 2005 yang telah direvisi dengan Perpres No. 13/ 2010 menyebut KPS sebagai kontrak kerjasama secara umum.⁷⁶⁹ Padahal KPS sendiri dalam konsepnya sangat beragam dalam variasi model kontraknya.

4.1.1.2 Transparansi informasi nilai tanah dalam pengadaan investasi jalan tol.

Penetapan nilai perkiraan biaya pengadaan tanah secara sepihak oleh Pemerintah dalam dokumen pelelangan perusahaan jalan tol, berdampak pada

⁷⁶⁷ Mark Augenblick and B. Scott Custer, Jr., (August 1990), “The Build, Operate, and Transfer (“BOT”) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries”, Annex 2, 12-15.

⁷⁶⁸ PP No. 15/ 2005 Penjelasan Pasal 19 ayat (2).

⁷⁶⁹ Perpres No. 67/ 2005 Pasal 5 ayat (1).

masalah adanya perbedaan yang signifikan atas nilai tanah yang disepakati dalam dokumen tender pengadaan jalan tol dan kenyataan pelaksanaan pengadaan tanah setelah penandatanganan PPJT oleh investor swasta. Hal ini dialami oleh konsorsium Citra Waspphutowa (anak perusahaan CMNP). Konsorsium tersebut sebagai pemenang tender ruas Depok-Antasari sepanjang 21,70 kilometer, pada saat menandatangani PPJT pada tahun 2006 disepakati taksiran biaya pembebasan lahan sebesar Rp 700 Miliar, namun pada tahun 2007, berdasarkan nilai jual objek pajak tahun 2007, perkiraan biaya pembebasan lahan melonjak menjadi Rp 1,197 Triliun.⁷⁷⁰ Sedangkan perkiraan biaya pembebasan lahan berdasarkan harga pasar diperkirakan menjadi Rp 1,796 Triliun.⁷⁷¹

Tinggi rendahnya nilai perkiraan biaya pengadaan tanah ini menjadi dilema dan paradoksikal bagi kepentingan masyarakat terkait dengan kemauan membayar (*willingness to pay*)⁷⁷² dan kemampuan membayar (*ability to pay*)⁷⁷³ masyarakat (pengguna jasa layanan jalan tol), dan tingkat pengembalian investasi (IRR) bagi investor swasta dimana salah satu faktor untuk mendapat tingkat pengembalian investasi tersebut adalah tingkat tarif tol. Tingkat tarif tol ini harus dijaga Pemerintah untuk kepentingan masyarakat terkait kemauan membayar dan kemampuan membayar masyarakat sebagai pengguna jasa layanan jalan tol.

Apabila Pemerintah menetapkan perkiraan biaya pengadaan tanah sebagai bagian dari investasi perusahaan jalan tol terlalu rendah, maka hal ini akan memberikan dampak kepentingan masyarakat terkait dengan kemauan membayar (*willingness to pay*) dan kemampuan membayar (*ability to pay*) masyarakat sebagai pengguna jasa layanan jalan tol menjadi terpenuhi atau masyarakat justru

⁷⁷⁰ Kompas, Jum'at, tanggal, 23-11-2007.

⁷⁷¹ Data PT Citra Waspphutowa.

⁷⁷² Kemauan membayar atau *willingness to pay* adalah fungsi dari tingkat pendapatan, nilai waktu, persepsi pengguna terhadap keuntungan dan manfaat jasa layanan tol serta biaya dan kualitas layanan jasa selain jasa tol. Analisa terhadap kemauan membayar pada dasarnya adalah untuk mengetahui elastisitas permintaan transportasi calon pengguna terhadap beberapa skenario kondisi kinerja jasa layanan tol yang ditawarkan (lihat Muchsin, 86).

⁷⁷³ Untuk menghitung besaran kemampuan membayar atau *ability to pay* dari masyarakat pengguna jalan tol diperlukan data dan informasi: (a) tingkat pendapatan responden, (b) pola alokasi pengeluaran responden untuk transportasi dan tol, (c) pola perjalanan dan frekuensi penggunaan jalan tol (lihat Muchsin, 84).

membayar lebih murah. Akibatnya jalan tol menjadi lebih padat dan pada tingkat tertentu menjadi *stagnant* yang pada akhirnya menurunkan tingkat pendapatan tol.

Sebaliknya apabila Pemerintah menetapkan perkiraan biaya pengadaan tanah sebagai bagian dari investasi perusahaan jalan tol terlalu tinggi, maka hal ini akan memberi dampak pada tingkat pengembalian investasi bagi investor swasta menjadi kurang menarik akibat tingginya biaya investasi. Konsekuensinya investor swasta akan mendesak Pemerintah untuk meningkatkan tarif tol, yang apabila hal ini dilakukan oleh Pemerintah atas desakan investor swasta maka akan berakibat tingkat kemauan membayar (*willingness to pay*) dan kemampuan membayar (*ability to pay*) masyarakat sebagai pengguna jasa layanan jalan tol menjadi berkurang. Berkurangnya tingkat kemauan membayar dan kemampuan membayar masyarakat tersebut, akan berakibat investasi perusahaan jalan tol menjadi tidak menarik.

Tidak transparannya informasi nilai tanah dalam pengadaan investasi jalan tol dari Pemerintah menimbulkan risiko adanya perbedaan perkiraan biaya harga tanah. Nilai tanah yang ditawarkan Pemerintah pada waktu melakukan pengadaan investasi jalan tol pada investor swasta, dalam pelaksanaannya setelah menandatangani PPJT, nilai tanah tersebut diperkirakan oleh investor jauh di atas nilai tanah yang ditetapkan Pemerintah. Dalam masalah ini, Bouckaert menyebutkan masalah kenaikan harga tanah tersebut sebagai adanya suatu informasi yang tidak seimbang antara Pemerintah dan investor (*asymmetric information*).⁷⁷⁴

⁷⁷⁴ Morten Hviid, Chapter 4200 A2-3, 1205. Disebutkan, bahwa Doktrin *Asymmetric Information*, adalah: “Consider a dynamic contract between a principal and an agent, where initially the productivity of the agent is not known to the principal. In any separating equilibrium, productivity of the agent will be known to the principal after the first period. For the ‘bad’ type of agent, separation of involves a distortion leading to a lower utility in every period of the contract than would be the case if his true type was known. If the true type is really the bad type, the distortion can be removed after the first period when the agent’s type is known for sure. Hence if renegotiation is possible, it will take place – the contract is not robust against renegotiation. Moreover, since both parties want to renegotiate, it is difficult to see how the legal system can prevent this happening. Papers such as Dewatripont (1989) turn the focus on contracts which are renegotiation-proof, that is contracts where there is never an incentive to renegotiate. With comprehensive contracting this is possible, because any incentive to renegotiate later could have

4.1.1.3 Kenaikan harga tanah dalam penetapan ganti rugi hak atas tanah untuk pembangunan jalan tol.

Harga tanah yang dibebaskan untuk pembangunan kepentingan umum berpatokan pada harga pasar, bukan NJOP. Menurut Kepala Subbidang Pengadaan Tanah Kementerian Pekerjaan Umum, Wijaya Seta, harga tanah tersebut demi alasan kemanusiaan, ganti rugi tanah jalan tol masih akan ditambah kompensasi kepada pemilik tanah. Pernyataan ini adalah untuk menjawab perdebatan di masyarakat mengenai apakah ganti rugi tanah untuk jalan tol didasarkan kepada harga pasar atau sekedar harga NJOP. Dikatakan juga bahwa dasar ganti rugi itu adalah harga tanah. Idealnya bahkan ditambah sedikit kompensasi untuk biaya pindahan atau pajak tanah rumah baru. Alasannya adalah jangan sampai masyarakat membeli rumah atau tanah dengan kualitas dibawah kediaman yang dibebaskan untuk jalan tol. Kepala Subbidang Pengadaan Tanah menilai tidak tepat jika ganti rugi tanah untuk jalan tol didasarkan pada NJOP, karena harga NJOP umumnya dibawah harga pasar.⁷⁷⁵

Namun dalam pelaksanaannya, Ketua Paguyuban Warga Tergusur Jalan Tol Jakarta Lingkar Luar (JORR) W2 Petukangan Utara, Pesanggrahan, Jakarta Selatan, H. Soemanto, mengatakan, persoalan ganti rugi tanah di wilayah itu hingga kini belum selesai. Panitia pembebasan tanah di daerah itu, menurut Soemanto, langsung menetapkan harga ganti rugi tanah berdasarkan NJOP, yaitu Rp.1.160.000,- per meter persegi untuk tanah dan Rp.840.000,- per meter persegi untuk bangunan. Padahal harga pasaran tanah di wilayah itu saat itu sudah diatas Rp.2.000.000,- per meter persegi untuk tanah dengan lokasi berada di dalam gang, dan diatas Rp.7.000.000,- untuk tanah dengan lokasi berada dipinggir jalan raya seperti jalan Cildug Raya.⁷⁷⁶

been forseen at at the time of agreeing the original contract. As is shown in Dewatripont (1989), Hart and Tirole (1988), Laffont and Tirole (1987, 1990) the possibility of renegotiation slows down the speed of revelation. Essentially this is caused by a trade-off between speedy revelation and the damaging incentive to renegotiation."

⁷⁷⁵ Kompas, Rabu, tanggal 3 Maret 2010, "Ganti Rugi Jalan Tol: Kementerian PU Mengacu pada Harga Pasar", halaman 18, kolom 4-7.

⁷⁷⁶ Ibid.

Pada tahun 2003, sebagian warga Pesanggerahan yang tergusur proyek serupa telah mendapat ganti rugi tanah Rp.2.000.000,- per meter persegi dimana NJOP saat itu hanya Rp.300.000,- per meter persegi. Ganti rugi bangunan adalah Rp. 840.000,- per meter persegi sedangkan rata-rata membangun rumah saat ini mencapai Rp.2.500.000,- per meter persegi. Soemanto, mengatakan bahwa warga akan tetap berjuang untuk mendapatkan ganti rugi yang layak. Untuk masalah ini, Kepala Subbidang Pembebasan Lahan memberikan penjelasan, evaluasi terhadap NJOP dilakukan setiap tiga atau lima tahun karena keterbatasan dana dan sumber daya manusia. Namun pada kenyataannya harga tanah naik dalam bilangan tahun bahkan bulan.⁷⁷⁷

Permasalahan tanah yang berdampak pada peningkatan biaya tanah dapat juga terjadi akibat perubahan *trace* jalan. Dalam penelitian dokumen pembebasan lahan di PT Citra Margatama Surabaya (CMS),⁷⁷⁸ perubahan tersebut diakibatkan oleh batalnya rencana menggeser sungai perbatasan di Kompleks Pondok Tjandra Indah, permintaan uang ganti rugi yang terlalu tinggi. Dalam masalah ini, Kementerian Pekerjaan Umum menyetujui perubahan *trace* tersebut.⁷⁷⁹ Perubahan

⁷⁷⁷ Ibid.

⁷⁷⁸ Penelitian ini didapat peneliti, sebagai anggota Tim Pengkajian Investasi PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk di PT Citra Margatama Surabaya dan PT Citra Waspputowa, berdasarkan Surat Tugas Nomor: 18 A/STG-KP.06/VII/2008 Tentang Penugasan Karyawan Sebagai Tim Pengkajian Investasi PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk di PT Citra Margatama Surabaya dan PT Citra Waspputowa, Tanggal 4 Juli 2008.

⁷⁷⁹ Surat dari Pelaksana Operasional Pengadaan Tanah Jalan Tol Simpang Susun Waru – Juanda, kepada Direktur Jalan Bebas Hambatan dan Jalan Kota, Nomor: TN.01/POPT-SSWJ/570/IX/2006, Surabaya, tanggal, 27 September 2006, Perihal: Perubahan Trace Jalan Tol Simpang Susun Waru – Bandara Juanda Surabaya pada Desa-Desa Tambak Oso, Tambak Rejo, Tambak Sawah dan Segoro Tambak.

Dalam surat tersebut disebutkan bahwa, berdasarkan dengan telah dilaksanakannya musyawarah lebih dari 90 hari dan lebih dari 3 kali dengan pihak Pelaksana Operasional Pengadaan Tanah yang difasilitasi oleh Panitia Pengadaan Tanah Kabupaten Sidoarjo dan disamping oleh pihak Pelaksana Operasional Pengadaan Tanah langsung dengan pemilik tanah, dengan hasil musyawarah:

1. Permintaan harga tidak mempunyai dasar, sedangkan penawaran harga berdasar kepada NJOP tahun 2006 dan nilai nyata/appraisal.
2. Terdapat permintaan, tanah sisa minta dibebaskan seluruhnya dalam jumlah besar.
3. Terdapat permintaan, dipersiapkan Simpang Susun pada daerah tambak (belum huni).

Sehubungan dengan rencana pengoperasian Bandara Juanda yang baru, jalan tol Simpang Susun Waru-Bandara Juanda Surabaya segera dapat berfungsi, maka untuk mempercepat pengadaan tanah dengan suatu kepastian jalan tol jadi.

trace ini, adalah salah satu faktor meningkatnya biaya pembebasan lahan.

Dimana berdasarkan *Business Plan* tanggal 25 Januari 2007 yang telah disepakati oleh CMS dengan Pemerintah cq Kementerian Pekerjaan Umum, perkiraan biaya pembebasan lahan adalah Rp 300 Miliar, namun realisasinya pada saat peresmiannya bulan April 2008 adalah Rp 324 Miliar.

Kenaikan harga tanah ini dalam suatu kontrak jangka panjang (*long term contract*) seperti KPS ini merupakan suatu risiko yang bisa saja terjadi. Panjangnya kontrak tidak saja dalam hal masa konsesi yang diberikan akan tetapi sudah mulai pada saat Pemerintah melakukan studi kelayakan atas suatu rencana proyek infrastruktur jalan tol.⁷⁸⁰

Pemerintah sendiri telah mengeluarkan kebijakan-kebijakan untuk mendukung risiko-risiko yang timbul dalam membangun infrastruktur jalan tol (*government support*). Sebagai suatu kontrak jangka panjang (*long term contract*), dalam pendekatan hukum dan ekonomi disebutkan bahwa risiko-risiko yang timbul tersebut disebut sebagai hal-hal yang tidak terduga (*unforeseen contingencies*).⁷⁸¹

Maka kami merubah *trace* jalan tol pada desa-desa Tambak Oso, Tambak Rejo, Tambak Sawah dan Segoro Tambak menjadi sebagaimana peta terlampir.

Adapun progres yang sudah sepakat dan dibayar pada perubahan *trace* sampai saat ini, adalah 2 bidang tanah dalam jumlah sedikit di desa Tambak Oso dan Segoro Tambak dikarenakan masih sulit ditemukan pemilik sebenarnya.

⁷⁸⁰ Praptono Djunaedi, "Implementasi Public-Private Partnership". Lihat Gambar Nomor 4.1.

⁷⁸¹ Posner, 114-115. Richard A. Posner menyebutnya sebagai kesalahan bersama (*mutual mistake*), sedangkan Robert Cooter dan Thomas Ulen menyebutnya sebagai kesalahan bersama atas fakta-fakta (*mutual mistake about facts*). Dalam contoh kasus jual-beli sapi yang dijelaskan Posner, penjual dan pembeli yakin bahwa sapi tersebut mandul dan harga sudah ditetapkan. Kenyataannya sapi tersebut hamil dan harga menjadi 10 kali lipat harga yang disepakati. Kekeliruan tersebut ditemukan sebelum penyerahan pada pembeli dan penjual membatalkan jual-beli. Posner dalam kasus tersebut menjelaskan: "The seller had made a reasonable – indeed, an unavoidable (at reasonable cost) – mistake. Because the parties had a different understanding of what the contract was, there was no basis for thinking that enforcing the contract would maximize value (i.e., that the cow plus calf were worth more to the buyer than to the seller); unless the seller was careless, there was no reason to "punish" him by enforcing the contract. Posner kemudian juga menjelaskan dalam suatu pendekatan lain yang lebih bermanfaat dengan mengamati bahwa: "an unforeseen contingency had occurred and asking how the parties would have allocated the risk of this occurrence had they foreseen it". Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economic*, 270. Cooter dan Ulen menjelaskan *mutual mistake about facts* sebagai: "a contingency that materializes after the parties sign the contract and makes performance of a contract pointless.

Universitas Indonesia

4.1.1.4 Keterlambatan pengadaan tanah oleh otoritas pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol.

Pengadaan tanah secara resmi dilakukan oleh suatu panitia yaitu P2T.⁷⁸² Peningkatan biaya pengadaan tanah, dalam pelaksanaannya, selain disebabkan lambatnya penerbitan SP2LP,⁷⁸³ juga disebabkan tidak optimalnya kerja tim

Another possibility is that the contingency materialize before the parties sign the contract, without them knowing it”.

⁷⁸² Panitia Pengadaan Tanah: Pengadaan Tanah untuk kepentingan umum di wilayah kabupaten/kota dilakukan dengan bantuan Panitia Pengadaan Tanah (P2T) kabupaten/kota yang dibentuk oleh Bupati/Walikota. Panitia Pengadaan Tanah Provinsi atau antara dua wilayah kabupaten/kota atau lebih dibentuk oleh Gubernur. (Perpres 65 Tahun 2005).

⁷⁸³ Penelitian di PT Citra Marga Surabaya, bulan Juli-Oktober 2008. Dalam penelitian dokumen (Laporan PT Citra Margatama Surabaya – Proyek Pembangunan Jalan Tol Simpang Susun Waru – Tanjung Perak Surabaya – Luas & Biaya Pengadaan Tanah Ruas: Waru – Juanda – Juni 2002) didapat bahwa:

1. Tanggal 24 Januari 1997: Persetujuan Rute Dirjen Bina Marga, - Surat Dirjen BM No. PR.01.02-Db/116, menjawab Surat permohonan persetujuan rute alinyemen Jalan Tol, Dirut Jasa Marga No. AA.PR.3.5572 tanggal 17 Oktober 1996.
2. Tanggal 14 Februari 1997: Permohonan Proses SP2LP dimulai, - Surat Dirut Jasa Marga No. AA.TN01.608 agar Dirjen Bina Marga segera memproses permohonan SP2LP. Tanggal 17 Februari, Direktur CMNP mengajukan Permohonan izin Upacara Pemandangan Tiang Pertama.
3. Tanggal 24 Februari 1997: Permohonan Penerbitan SP2LP, - Surat Dirjen Bina Marga No. TN.0102-Db/268 kepada Gubernur Jatim melalui Kakanwil BPN Propinsi Jawa Timur.
4. Tanggal 20 Maret 1997: Jawaban Kakanwil BPN ke Dirjen Bina Marga, - Surat No. 500.35.2878 meminta agar Dirjen Bina Marga melengkapi dokumen-dokumen pendukung permohonan SP2LP.
5. Tanggal 13 Juni 1997: Direktur Bina Jalan Kota Melengkapi Permohonan SP2LP, - Surat No. JL.03.03.BK.1-04/108 dilampiri gambar Trase Rute Alinyemen Jalan Tol di atas foto udara skala 1:5000 ditandatangani CAA, Jasa Marga dan Bina Marga.
6. Tanggal 14 Oktober 1997: Rapat Koordinasi Dengan Staf Khusus Gubernur Jawa Timur. – Tindak lanjut Surat Pimpro Pembangunan Jalan Tol SS Waru – Tj. Perak No. 39/PP-SBY/CMNP/X/97 tanggal 03 Oktober 1997, memohon waktu menghadap Gubernur Jatim.
7. Tanggal 16 Oktober 1997: Permohonan Rakor di Kanwil BPN, - Surat Pimbagpro Penyiapan Jalan Tol Ditjen Bina Marga No. UM.01.10/BPJT.WJT/161097.01 tanggal 16 Oktober 1997.
8. Tanggal 06 November 1997: Rapat Koordinasi Kanwil BPN Terhadap Permohonan SP2LP, - Rapat Koordinasi Panitia Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum Propinsi Dati I Jawa Timur.
9. Tanggal 11 Desember 1997: Rapat Koordinasi BAPPEDA Tk-I Jawa Timur, - Memutuskan bahwa sebelum SP2LP diterbitkan maka Kepala Daerah harus terlebih dahulu menandatangani Gambar Trace Kasar Proyek Jalan Tol tersebut.
10. Tanggal 12 Desember 1997: Audensi ke Gubernur Jawa Timur, - Penjelasan kesiapan investor bersama investor jalan tol Waru – Wonokromo – Perak (PT Marga Raya Jawa Tol).

Universitas Indonesia

P2T.⁷⁸⁴ Dalam penelitian di CMS,⁷⁸⁵ tugas pekerjaan Tim P2T secara ilegal diambil alih oleh CMS dan TPT yang dibentuk Bina Marga Kementerian PU,⁷⁸⁶ dengan cara operasi pasar.⁷⁸⁷ Akibat dari operasi pasar ini tentu menimbulkan potensi kerugian bagi investor CMS.

Berdasarkan data CMS,⁷⁸⁸ tanah dalam daerah milik jalan atau ROW (*right of way*) yang telah dibebaskan oleh CMS dengan operasi pasar (dilakukan oleh investor sendiri mendahului Tim P2T) adalah dengan total luas lahan: 393.606 m², dan dengan total biaya: Rp. 163.490.816.460,-.

Permasalahan hukum dari masalah ini adalah bahwa operasi pasar tidak sesuai dengan ketentuan peraturan pengadaan tanah yang seharusnya dilakukan oleh Tim P2T. Akibat dari operasi pasar ini adalah apabila harga dari operasi pasar lebih tinggi dari nilai yang diputuskan P2T berdasarkan *appraisal* yang ditunjuk. Dalam hal ini selisih harga tersebut adalah beban resiko dari CMS.

11. Tanggal 12 Januari 1998: Penunjukkan PO Pengadaan Tanah, - Ir. Zirman Hasan sebagai Pelaksana Operasional (PO) berdasarkan SK Dirjen Bina Marga No. 05/KPTS/Db/1998.

12. Tanggal 13 Januari 1998: Penerbitan SP2LP oleh Gubernur Jatim, - Surat Persetujuan Penetapan Lokasi Pembangunan (Dasar ketetapan trace dan pembebasan lahan). Tanggal 24 Desember 1997: ditandatangani Bupati Sidoarjo, tanggal 26 Desember 1997: ditandatangani Walikota Surabaya.

⁷⁸⁴ Laporan Audit Tanah PT Cipta Strada (2008): disebutkan SP2LP yang kedua dari proyek jalan tol PT Citra Margatama Surabaya akibat perubahan trace (dari 3 tahap menjadi 1 tahap atau menjadi sepanjang sepertiga dari business plan awal) akibat krisis moneter tahun 1998, diterbitkan pada tanggal 29 Juni 2006 berdasarkan Surat Dirjen Bina Marga No. TN.0.0102-Db/268 kepada Gubernur Jatim melalui Kakanwil BPN Jawa Timur SK Gub. No. 188/17/SR/014/2006 tentang penetapan lokasi pembangunan jalan tol SS Waru-Tj Perak. Dan dilanjutkan dengan pembentukan P2T. Dalam pelaksanaannya dalam kurun waktu 2006-2008, tanah-tanah yang dibebaskan oleh P2T baru mencapai sekitar 28 persen.

⁷⁸⁵ Penelitian di PT Citra Margatama Surabaya, bulan Juli-Oktober 2008. Dalam penelitian didapat bahwa sejak disepakatinya *Business Plan* tahun 2002 untuk stage-1 Waru-Juanda (12 KM) yang pada saat itu dengan Jasa Marga dan Bina Marga pada Berita Acara 9 September 2002, progres kerja P2T sampai per Agustus 2008 masih sekitar 21 % dari 88 Ha lahan daerah milik jalan (Damija atau ROW).

⁷⁸⁶ Tim Pengadaan Tanah: Tim yang dibentuk oleh Menteri Pekerjaan Umum dalam rangka pelaksanaan pengadaan tanah untuk kepentingan jalan tol. (Pasal 1 Permen PU No: 10/PRT/2006).

⁷⁸⁷ Operasi pasar adalah pembelian oleh bukan Panitia Pengadaan Tanah, kemudian diserahkan ke Panitia Pengadaan Tanah. Penyerahan ini terlebih dahulu dilakukan pemutihan oleh Panitia Pengadaan Tanah berdasarkan harga yang ditetapkan oleh Panitia. Kelebihan dari harga pembelian operasi pasar akan menjadi beban dari Investor. Perubahan perkiraan biaya tanah ini harus diajukan Investor kepada Pemerintah untuk mengubah *Business Plan* atas perkiraan biaya pengadaan tanah yang berubah.

⁷⁸⁸ Penelitian di PT Citra Margatama Surabaya, bulan Juli-Oktober 2008.

Dari data yang ada, potensi kerugian yang merupakan beban CMS dimana harga pembebasan oleh CMS lebih tinggi dibandingkan dengan harga pembebasan yang dilakukan oleh Tim P2T. Perhitungannya adalah:

a. CMS (Operasi Pasar):	- Total Luas Lahan: 393.606 m2 - Total Biaya: Rp. 163.490.816.460,- - (Harga rata-rata per m2: Rp. 415.366,-)
b. Tim P2T (Sesuai Peraturan):	- Total Luas Lahan: 173.646 m2 - Total Biaya: Rp. 52.441.331.500,- - (Harga rata-rata per m2: Rp. 302.001,-)
Potensial Kerugian	Harga CMS – Harga Tim P2T x Luas Lahan yang dibebaskan CMS = Rp.415.366,- (-) Rp.302.001,- (x) 393.606 m2 = Rp.44.621.144.190,-

Berdasarkan data CMS,⁷⁸⁹ tanah dalam ROW yang telah dibebaskan oleh TPT Bina Marga Kementerian PU atau TPT (Operasi Pasar) adalah dengan total luas lahan: 51.494 m2, dan dengan total biaya: Rp.40.191.209.910,-.

Permasalahan hukum dari masalah ini adalah bahwa operasi pasar tidak sesuai dengan ketentuan peraturan pengadaan tanah yang seharusnya dilakukan oleh Tim P2T. Akibat dari operasi pasar ini adalah apabila harga dari operasi pasar lebih tinggi dari nilai yang diputuskan P2T berdasarkan *appraisal* yang ditunjuk. Dalam hal ini selisih harga tersebut adalah beban resiko dari CMS.

Dari data yang ada potensi kerugian yang merupakan beban CMS dimana harga pembebasan oleh TPT lebih tinggi dibandingkan dengan harga pembebasan yang dilakukan oleh Tim P2T adalah:

⁷⁸⁹ Penelitian di PT Citra Margatama Surabaya, bulan Juli-Oktober 2008.

a. TPT (Operasi Pasar):	- Total Luas Lahan: 51.494 m ² - Total Biaya: Rp. 40.191.209.910,- - (Harga rata-rata per m²: Rp. 780.502,-)
b. Tim P2T (Sesuai Peraturan):	- Total Luas Lahan: 173.646 m ² - Total Biaya: Rp. 52.441.331.500,- - (Harga rata-rata per m²: Rp. 302.001,-)
Potensial Kerugian	Harga TPT – Harga Tim P2T x Luas Lahan yang dibebaskan TPT = Rp.780.502,- (-) Rp.302.001,- (x) 51.494 m ² = Rp.24.639.930.494,-

Banyaknya pihak yang terlibat dalam proses pengadaan tanah seperti keterlibatan Direktorat Bina Marga Kementerian PU, Pemerintah pusat dan daerah tidak saja memberikan permasalahan birokrasi akan tetapi juga kewenangan antar instansi dan masalah otonomi daerah. Hal ini bisa dilihat dari masalah penerbitan SP2LP dan pembentukan tim P2T dan TPT sebagaimana kasus CMS di atas. Semua permasalahan ini berdampak pada lambatnya proses pengadaan tanah yang berakibat pada naiknya harga tanah.⁷⁹⁰

4.1.1.5 Penyelesaian perselisihan sengketa pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

Masalah lain dalam pengadaan tanah adalah masalah sengketa tanah dengan pemilik tanah yang berlarut-larut. Hal ini sebagaimana dialami dalam pengoperasian jalan tol Cikunir (sebagian dari *Jakarta Outer Ring Road*) yang

⁷⁹⁰ W.G. Wood, Chairman CPCS Transcom Ltd. (28-30 October 2002), subbab 4.3. Pengalaman negara Cina, dalam hal pengadaan tanah (*land acquisition*) dan permukiman kembali (*resettlement*) dilakukan dengan keterlibatan pemerintahan lokal dalam pembangunan jalan tol untuk mengurangi risiko. Apabila pengadaan tanah dilakukan swasta harga tanah akan lebih tinggi dibandingkan bila dilakukan oleh Pemerintah. Seringkali keputusan bagaimana mengalokasikan pembayaran pembebasan tanah masih belum selesai sampai setelah pembangunan jalan telah diselesaikan. Dengan demikian dalam hal pengadaan tanah bisa dilakukan baik secara tunai (*in cash*) atau dalam kisaran opsi-opsi dukungan Pemerintah.

harus mundur 2,5 tahun hanya karena satu bidang lahan tidak kunjung terbebaskan. Hal ini juga dialami oleh jalan tol Ulujami.⁷⁹¹

Spekulasi tanah juga ikut menghambat pembangunan infrastruktur. Presiden Republik Indonesia DR. H. Susilo Bambang Yudhoyono pada kesempatan peresmian ruas tol Waru-Juanda di Sidoarjo, Jawa Timur, meminta masyarakat dan pejabat Pemerintah untuk melawan aksi para spekulasi tanah. Hal ini karena selain merugikan masyarakat, juga merugikan negara yang harus membayar tanah lebih mahal dari harga seharusnya.⁷⁹²

Dalam masalah tanah, pada awalnya (1978-1995), pembebasan tanah dilakukan dengan menggunakan anggaran Pemerintah,⁷⁹³ kemudian setelah tahun 1995 biaya pengadaan tanah tersebut menjadi sepenuhnya tanggungan investor swasta.⁷⁹⁴ Dalam kondisi ini investor swasta mengharapkan jaminan Pemerintah atas lonjakan harga tanah yang sebenarnya adalah tidak untuk kepentingan investor swasta namun untuk kepentingan bersama investor swasta dan Pemerintah.⁷⁹⁵

Permasalahan tanah juga timbul dari konflik kepentingan antara pemegang hak atas tanah (HAT) dan pemerintah. Dari sudut pemerintah, *pertama* infrastruktur adalah benar-benar untuk kepentingan umum, yang pengadaannya dilakukan melalui pola kerjasama tertentu dengan badan usaha karena keterbatasan dana pemerintah dan kemudian badan usaha diharapkan lebih efektif dan efisien. *Kedua*, pemegang HAT sebagai "penjual tunggal" prakteknya terlalu memaksakan harga yang merugikan Pemerintah, sehingga tidak ada kepastian pembangunan infrastruktur yang sudah sangat terlambat. *Ketiga*, dampak kerugian karena tertundanya pembangunan infrastruktur pada akhirnya juga dirasakan oleh masyarakat luas. *Keempat*, Acuan harga adalah "real price", kondisi nyata pada

⁷⁹¹ Kompas, Senin, tanggal 12-11-2007.

⁷⁹² Seputar Indonesia, Senin, tanggal 28-04-2008.

⁷⁹³ PP No. 8/ 1990 Pasal 41.

⁷⁹⁴ SE Men Keu 22 Januari 1997, menyatakan bahwa biaya pembebasan tanah seluruhnya menjadi beban investor.

⁷⁹⁵ Daddy Hariadi, PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk, dalam Seminar Nasional "Strategi & Tantangan Pembiayaan Proyek Infrastruktur di Indonesia" oleh Teknik Sipil Universitas Indonesia, Rabu 31 Oktober 2007 di Bidakara, Jakarta.

saat infrastruktur belum dibangun dan kawasan belum berkembang. *Kelima*, sesungguhnya ada batas atas nilai ganti rugi yang masih wajar bagi kelayakan finansial dan kelayakan ekonomi program pembangunan infrastruktur yang bersangkutan. *Keenam*, pencabutan HAT hanya merupakan upaya terakhir setelah semua cara sudah ditempuh. *Ketujuh*, Pemerintah selalu kerepotan menghadapi oknum makelar tanah yang bukan pemegang HAT yang asli.⁷⁹⁶

Dari sudut pemegang hak atas tanah, konflik kepentingan atas tanah adalah, *pertama*, infrastruktur bernilai komersial, dilaksanakan oleh badan usaha komersial, sehingga sepenuhnya harus mengikuti hukum ekonomi pasar. Pemerintah menggunakan prosedur pencabutan hak atas tanah yang dilakukan demi pihak badan usaha. *Kedua*, Pemerintah sebagai "pembeli tunggal" dalam prakteknya memaksakan harga yang merugikan pemegang HAT, sehingga kepastian bagi Pemerintah / badan usaha adalah berarti ketidakpastian bagi pemegang HAT. *Ketiga*, Tanah adalah segalanya bagi pemegang hak atas tanah. *Keempat*, acuan harga adalah *opportunity price*, yaitu kondisi nanti pada saat infrastruktur sudah dibangun dan kawasan sudah berkembang dan bukannya *real price* sebelum pembangunan. *Kelima*, tidak ada batas atas nilai ganti rugi yang masih wajar bagi kepentingan ekonomi pemegang HAT (agar tidak ada penurunan kondisi ekonomi). *Keenam*, pencabutan HAT adalah cara-cara orde baru yang mengancam pemegang HAT sejak awal. *Ketujuh*, masih dihantui stigma Pemerintah bertindak terutama untuk kepentingan "oknum" Pemerintah.⁷⁹⁷

Beberapa masalah sengketa tanah untuk pembangunan jalan tol membuat operator mengkonsinyasi dana pembebasan lahan untuk pembayaran ganti rugi di pengadilan negeri seperti kasus jalan tol Ulujami. Beberapa kasus sengketa lahan juga mengakibatkan tertundanya pengoperasian jalan tol seperti di jalan tol Jakarta Outer Ring Road (JORR) dan jalan tol Waru – Juanda sampai dua tahun.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ Ibid.

⁷⁹⁷ Ibid.

⁷⁹⁸ Lihat Kompas, Sabtu, 15/12/2007, "Lahan Tol, Sengketa yang Tidak Pernah Berakhir".

Dalam penelitian di Jasa Marga,⁷⁹⁹ kasus-kasus sengketa tanah dalam pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol sebagian besar (90 %) dimenangkan oleh Jasa Marga atas gugatan warga. Kebanyakan dikalahkannya warga dalam gugatan adalah tidak lengkapnya bukti-bukti hak atas tanah dan tidak dapat menunjukkan batas-batas tanah. Sebagian warga yang menang dalam gugatan adalah mereka dapat membuktikan hak atas tanah dan batas-batas tanah.

Dalam kasus sengketa tanah pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol "Cipularang" yang konsesinya dipegang oleh Jasa Marga, Penulis mendapatkan Putusan Pengadilan Negeri Purwakarta No: 09/PDT G/ 2005 / PN PWK tanggal 26 Januari 2006. Kasus R. Dody Artioso Gurdo (Penggugat) melawan (1) Menteri Pekerjaan Umum cq Direktorat Jenderal Bina Marga (Tergugat I), (2) PT Jasa Marga (Persero) (Tergugat II), dan (3) Bupati Kabupaten Purwakarta (Tergugat III), sengketa ruas jalan tol "Cipularang". Penggugat mengajukan gugatannya pada tanggal 24 Agustus 2005 dan terdaftar di kepaniteraan Pengadilan Negeri Purwakarta tanggal 24 Agustus 2005 dengan Nomor: 09/PDT.G/2005/PN.PWK.⁸⁰⁰

Penggugat (R. Dody Artioso Gurdo) menggugat (1) Menteri Pekerjaan Umum cq Direktorat Jenderal Bina Marga (Tergugat I), (2) PT Jasa Marga (Persero) (Tergugat II), dan (3) Bupati Kabupaten Purwakarta (Tergugat III), berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdara dengan dalil perbuatan melawan hukum (PMH), yaitu:

- (a) Mengambil dan menguasai serta membangun jalan tol di atas milik Penggugat yang terletak di atas Persil 284-C.32 seluas 19.000 M2 sepanjang ruas Desa Cijantung – Purwakarta tanpa izin dan persetujuan Penggugat, dan
- (b) Mengambil/ menggunakan tanah merah dari 284-C.32 tersebut sebanyak kurang lebih 400.000 M3 untuk melakukan pengurukan pembentukan badan

⁷⁹⁹ Penelitian wawancara tanggal 15 Juni 2010 dengan Bapak Taufik, Kepala Bagian pada Biro Hukum Jasa Marga.

⁸⁰⁰ Putusan Pengadilan Negeri Purwakarta Nomor: 09/PDT G/ 2005 / PN PWK tanggal 26 Januari 2006. Kasus R. Dody Artioso Gurdo (Penggugat) melawan (1) Menteri Pekerjaan Umum cq Direktorat Jenderal Bina Marga (Tergugat I), (2) PT Jasa Marga (Persero) (Tergugat II), dan (3) Bupati Kabupaten Purwakarta (Tergugat III), sengketa ruas jalan tol "Cipularang". Sumber bahan dari Biro Hukum Jasa Marga, diperoleh tanggal 15 Juni 2010.

jalan tol Cipularang ruas Desa Cijantung – Purwakarta secara tanpa hak dan tanpa persetujuan Penggugat sebagai pemilik.

Untuk itu Penggugat mengajukan gugatan ganti rugi material dan immaterial.

Untuk ganti rugi material adalah:

- (a) Kerugian akibat digunakannya lahan milik Penggugat di persil 284-C.32 senilai 19.000 M² x Rp.110.000,- atau sebesar Rp.2.090.000.000,-
- (b) Kerugian akibat pengurukan tanah merah milik Penggugat senilai 400.000 M³ x Rp. 3.000,- atau sebesar Rp. 1.200.000.000,-
- (c) Kerugian kerusakan lahan akibat pelaksanaan pembangunan proyek jalan tol senilai Rp. 500.000.000,-

Sedangkan kerugian immaterial diminta sebesar Rp.3.000.000.000,-. Dengan demikian, total gugatan material dan immaterial Penggugat adalah Rp.6.790.000.000,-.

Dalam eksepsi Tergugat (I, II dan III) terhadap Penggugat menyatakan bahwa:

- (a) Gugatan Penggugat kabur karena gugatan Penggugat sama sekali tidak menyebutkan bata-batas dan letak tanah sengketa dengan jelas oleh karena itu gugatan Penggugat tidak dapat diterima (N.O) sesuai dengan Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1149 K/Sip/1975 tanggal 17 April 1979, dengan kaidah hukumnya: "Karena dalam Surat Gugatan tidak disebutkan dengan jelas letak batas-batas tanah sengketa, gugatan tidak dapat diterima", dan bahwa berdasarkan ketentuan Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia tanggal 6 Agustus 1974 No. 565 K/Sip/1974, "Gugatan harus tidak dinyatakan dapat diterima karena dasar gugatan tidak sempurna, karena hak penggugat atas tanah sengketa tidak jelas".
- (b) Penggugat tidak mempunyai kualitas sebagai Penggugat apakah Penggugat benar-benar ahli waris yang mewakili ahli-ahli waris lainnya untuk itu Tergugat I *mensommier* agar Penggugat membuktikan sesuai dengan ketentuan Pasal 163 HIR/RIB dengan alat bukti yang sah.
- (c) Dalam melaksanakan pembangunan jalan tol Cikampek – Purwakarta – Padalarang (Cipularang), Tergugat I tidak menggunakan tanah persil 284 C-32 sehingga telah menjadi fakta hukum tidak ada peristiwa hukum apapun yang dapat

Universitas Indonesia

menimbulkan hubungan hukum antara Tergugat I dengan Penggugat oleh karena itu gugatan Penggugat adalah salah alamat.

Dalam pokok perkara juga disebutkan bahwa dengan berlakunya UUPA *Acte van Eigendom* dan *Obligatie* tidak berlaku lagi dan *Letter C* bukan merupakan bukti kepemilikan tanah melainkan hanyalah untuk menentukan pembayaran pajak atau pemanfaatan tanah.⁸⁰¹ Dalam pokok perkara juga disebutkan bahwa gugatan dilakukan tanggal 12 April 2005 atau dengan kata lain protes/ keberatan dilakukan oleh Penggugat kurang lebih 13 tahun setelah terjadinya proses pembebasan tanah. Hal ini jelas menunjukkan bahwa Penggugat beritikad tidak baik.

Majelis Hakim Pengadilan Negeri Purwakarta akhirnya memutuskan pada tanggal 26 Januari 2006 yang putusan tersebut dibacakan pada tanggal 1 Februari 2006: "Menolak gugatan Penggugat untuk seluruhnya".⁸⁰²

4.1.1.6 Tidak transparannya informasi jumlah lalu lintas (*traffic*)

Dalam penelitian Disertasi ini, Penulis menemukan kasus tidak transparansinya informasi jumlah lalu lintas, yang sampai ke pengadilan. Kasus tersebut adalah Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Sementara (PKPU) di Pengadilan Negeri Surabaya dalam perkara PKPU No. 01/PKPU/2009/PN-Niaga Surabaya tanggal 29 Januari 2009,⁸⁰³ sebagai salah satu masalah dalam kurangnya transparansi konsesi jalan tol (*lack of transparency in toll road concessions*). Dalam kasus PKPU tersebut CMS sebagai operator jalan tol Waru – Juanda,⁸⁰⁴

⁸⁰¹ Yurisprudensi MARI No. 3783 K/Pdt/ 1987: "Tanah-tanah Negara yang di atasnya melekat hak-hak tanah eropa misal postal, erpacht, eigendom dan lain-lain tidak mungkin lagi akan melekat hak-hak lainnya misalnya hak tanah adat". Dan, Yurisprudensi MARI No. 234 K/Pdt/1992: "Bahwa buku Letter C Desa bukan merupakan bukti hak milik, tetapi hanya merupakan kewajiban seseorang untuk membayar pajak".

⁸⁰² Putusan Pengadilan Negeri Purwakarta No: 09/PDT G/ 2005 / PN PWK tanggal 26 Januari 2006.

⁸⁰³ Investor Daily, Jum'at, 06 Februari 2009, 9.

⁸⁰⁴ Laporan Akhir PT Cipta Strada, I-5. Jalan tol Waru – Juanda merupakan bagian dari ruas jalan tol Surabaya eastern Ring Road (SERR), yang menghubungkan antara Bundaran Menanggal, Surabaya dan Bandara Internasional Juanda, Sidoarjo. Mulai dibangun secara

tidak mampu menutupi pengembalian pinjaman (*construction loan*) dari pendapatan yang diharapkan kepada bank BCA dan PT Bank Mega Tbk. Total pinjaman adalah Rp 951 miliar dengan bunga 14 % per tahun. Kewajiban membayar yang harus dicicil per bulan adalah Rp 11-12 miliar per bulan sedangkan pendapatan CMS dari penghasilan tol adalah 1,8-2 miliar per bulan.

Dari bahan penelitian didapat bahwa permasalahan PKPU dari CMS adalah karena adanya perubahan *business plan* dari tahun 1997 menjadi 2002, 2007 dan 2008, serta perubahan pelaksanaan *business plan* terutama selama kurun waktu 2006 hingga 2008, yaitu masa percepatan penyelesaian proyek. Perubahan-perubahan tersebut akibat adanya faktor internal (CMS/ CMNP), atau akibat adanya faktor eksternal (BPJT/ Jasa Marga/ Pemerintah Daerah, dan sebagainya).⁸⁰⁵

Perubahan *business plan* tersebut berdampak pada permasalahan jumlah transaksi harian rata-rata yang sangat signifikan. Dari bahan penelitian didapat bahwa jumlah transaksi harian rata-rata (27 April – 16 November 2008) pengguna jalan tol Waru – Juanda (tol Warju) saat laporan dibuat (Desember 2008) hanya mencapai sekitar 12.515 kendaraan per hari (dengan *revenue* rata-rata Rp 65 juta per hari) atau 15,7 % dari 79.778 kendaraan per hari target *demand* pada *review traffic* CMS Januari 1997. Oleh sebab itu harus dicari berbagai upaya untuk meningkatkan *revenue*. Prediksi jumlah transaksi diakhir masa konsesi 35 tahun yang jatuh pada tahun 2042 (walaupun akhir masa konsesi sesuai PPJT adalah tahun 2040) pada *review traffic* CMS Desember 2007 adalah 740.365 kendaraan per hari.⁸⁰⁶

Pada penyusunan *business plan* tahun 1997, salah satu asumsi dasarnya adalah ruas jalan tol Waru – Tanjung Perak (SERR) akan tersambung membentuk koneksitas jaringan dengan sejumlah ruas dari jaringan jalan tol di Surabaya dan sekitarnya, diantaranya ruas-ruas jalan tol eksisting, yaitu jalan tol

bertahap sejak tahun 1998, sempat terhenti karena krisis moneter tahun 1999, dan selesai keseluruhan pada awal tahun 2008. Jalan tol ini mempunyai panjang total 12,8 Km.

⁸⁰⁵ Ibid., III-7

⁸⁰⁶ Laporan Akhir PT Pamintori Cipta, VIII-1.

Surabaya – Gempol dan Surabaya – Gresik, ruas-ruas rencana jalan tol yaitu jalan tol Surabaya – Mojokerto, jembatan tol Suramadu, juga ruas jalan arteri MERR dan sebagainya. Adanya keterpaduan jaringan jalan tersebut memberikan proyeksi yang cukup besar pada volume lalu lintas yang masuk ke jalan tol SERR. Patut dicatat bahwa bagi jalan tol SERR, jalan tol Aloha – Perak serta jalan arteri MERR-1 adalah kompetitor yang akan menyedot *traffic* SERR cukup besar.⁸⁰⁷

Kenyataannya yang kemudian terjadi adalah sebagian besar ruas dari jaringan jalan tol di Surabaya dan sekitarnya tidak terealisasi atau terkoneksi dengan jalan tol Waru – Juanda sampai laporan dibuat (September 2008). Padahal adanya koneksitas antar ruas jalan tol tersebut sangat berpengaruh dalam meningkatkan volume lalu lintas pada masing-masing ruas, sehingga volume lalu lintas riil di jalan tol Waru – Juanda masih jauh di bawah proyeksi volume lalu lintas sebesar 53.000 kendaraan per hari (2002), 67.000 kendaraan per hari (2005) dan 79.000 kendaraan per hari (2007). Pada analisis dan *review business plan* seharusnya ada skenario terburuk (manajemen risiko) ketika jaringan jalan lainnya tidak/ belum terbangun pada saat ketika jalan tol Waru – Juanda selesai dibangun, dengan tidak adanya evaluasi yang memadai dari aspek proyeksi lalu lintas tersebut. Maka banyak kebijakan strategis dari CMS yang ”kurang peka” dengan membengkaknya biaya investasi, antara lain lebar konstruksi substruktur yang langsung mengakomodir kebutuhan lebar 2x3 lajur (padahal kebutuhan lebar awal cukup 2x2 lajur), sehingga pelaksanaan konstruksi semakin lama dengan biaya yang semakin membengkak.⁸⁰⁸

Dalam PKPU tersebut, Majelis Hakim Pengadilan Niaga Pada Pengadilan Negeri Surabaya dalam perkara PKPU No. 01/PKPU/2009/PN-Niaga Sby pada tanggal 29 Januari 2009 telah memutuskan yang salah satunya mengabulkan permohonan PKPU dari pemohon yang diajukan oleh CMS.⁸⁰⁹

⁸⁰⁷ Laporan Akhir PT Cipta Strada, III-7.

⁸⁰⁸ Ibid., III-7 – III-8.

⁸⁰⁹ Lihat: Seputar Indonesia, Kamis, tanggal 5 Februari 2009, “Pengumuman Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Sementara”, 40.

Masa PKPU dilalui dengan cukup panjang, dimulai dari PKPU sementara yang berakhir pada tanggal 16 Maret 2009 dan dilanjutkan dengan PKPU tetap selama 76 hari dari tanggal 16 Maret 2009 sampai dengan 01 Juni 2009 serta perpanjangan PKPU tetap selama 60 hari samapi dengan 3 Agustus 2009. Akhir dari PKPU ini, CMS dan para kreditur telah bersepakat untuk menyelesaikan permasalahan restrukturisasi diluar PKPU. Dan untuk itu CMS telah mencabut permohonan PKPU. Pencabutan PKPU tersebut telah disetujui oleh para kreditur sehubungan dengan telah disepakatinya beberapa *term and condition* dalam *term sheet* restrukturisasi utang CMS. Di dalam *term sheet* tersebut dicantumkan juga kondisi yang memerlukan adanya dukungan dari Perseroan (CMNP).⁸¹⁰

4.1.1.7 Tidak siapnya investor swasta melaksanakan proyek jalan tol

Kedua, adalah kasus pengakhiran perjanjian “PPJT” secara sepihak oleh Menteri PU (sebagai Tergugat) berdasarkan wanprestasi PT Binapuri Nyndia Cipta Karyatama (sebagai Penggugat) atas PPJT jalan tol ruas “Ciranjang – Padalarang”. Kasus ini digugat oleh Penggugat di Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta pada tanggal 16 Juni 2008 dibawah Register Perkara Nomor: 80/G/2008/PTUN-JKT dan di perbaiki tanggal 10 Juli 2008.⁸¹¹

Objek gugatan adalah Surat Menteri PU kepada Penggugat Nomor: HK.02.07-Mn/163 tanggal 28 Maret 2008 Perihal Pemberitahuan Pengakhiran Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Ciranjang – Padalarang antara Pemerintah dan PT Binapuri Nyndiacipta Karyatama Nomor: 09/PPJT/VII/Mn/2007 tanggal 27 Juli 2007 (Surat MPU HK.02.07). Penggugat kemudian melakukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta atas Surat MPU HK.02.07 tersebut.⁸¹²

⁸¹⁰ Laporan Tahunan 2009 PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk, 54.

⁸¹¹ Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta Nomor: 80/G/2008/PTUN.JKT tanggal 27 Oktober 2008. Kasus Pengakhiran Sepihak Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Antara PT Binapuri Nyndia Cipta Karyatama (Penggugat) melawan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indonesia (Tergugat), sengketa PPJT jalan tol ruas “Ciranjang – Padalarang”. Sumber didapat dari penelitian di BPJT tanggal 21 Juni 2010

⁸¹² Penggugat mengacu pada Undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang

Kronologis gugatan adalah, Penggugat pada tahun 1996 adalah pemenang tender proyek pengadaan jalan tol ruas “Ciranjang – Padalarang”.⁸¹³ Ketika masih dalam persiapan, mendadak pada tahun 1997 terbit Keputusan Presiden mengenai penangguhan/ pengkajian kembali proyek.⁸¹⁴ Pada tahun 2002 (enam tahun setelah Penggugat menang tender), Keputusan Presiden tersebut dicabut.⁸¹⁵ Dengan dicabutnya keputusan tersebut maka proyek jalan tol ruas Ciranjang – Padalarang dibuka kembali. Dengan dibukanya proyek tersebut Penggugat mengajukan proposal review kelayakan investasi.⁸¹⁶ Hasil review tersebut Penggugat akhirnya bisa menandatangani PPJT pada tanggal 27 Juli 2007.⁸¹⁷ Dalam perjalanannya setahun kemudian Tergugat mengeluarkan Surat MPU HK.02.07 dan atas surat tersebut Penggugat kemudian menggugat Tergugat karena melanggar peraturan perundang-undangan.⁸¹⁸ Dalam gugatan pada

menyatakan bahwa yang termasuk Keputusan Tata Usaha Negara adalah Penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bersifat konkrit, individual, dan final yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

⁸¹³ Surat Tergugat kepada Direktur Jasa Marga No. JL.10.09-NN/357-R tertanggal 1 Agustus 1996 perihal Penetapan Pemenang Penawaran Penanaman Modal Jalan Tol ruas Ciranjang – Padalarang, yang selanjutnya terbit Surat Penetapan Menteri PU (Tergugat) Nomor: 460/I/PMA/1997-R tanggal 1 September 1996.

⁸¹⁴ Keputusan Presiden Nomor: 39/1997 tanggal 20 September 1997 tentang Penangguhan/Pengkajian kembali proyek Pemerintah, Badan Usaha Milik Negara, dan swasta yang berkaitan dengan Pemerintah/ Badan Usaha Milik Negara. Proyek jalan tol ruas Ciranjang – Padalarang termasuk dalam keputusan tersebut.

⁸¹⁵ Keputusan Presiden Nomor: 15/2002 tanggal 22 Maret 2002 tentang Pencabutan Keputusan Presiden Nomor: 39/ 1997.

⁸¹⁶ Proposal review tanggal 19 Juni 2002 dan tanggal 17 September 2002 Penggugat bersama Tim Evaluasi Jasa Marga mengadakan evaluasi dan negosiasi atas review kelayakan investasi jalan tol ruas Ciranjang – Padalarang yang diketuai Departemen Permukiman dan Prasarana Wilayah (sekarang Kementerian PU). Menteri kemudian menerbitkan Surat Keputusan Nomor: 307/KPTS/M/04 tanggal 4 Agustus 2004 tentang penyerahan wewenang penyelenggaraan jalan tol Ciranjang – Padalarang kepada Jasa Marga dan Penggugat, dan BPJT menerbitkan Surat Nomor: 31/BPJT/Jl.0152/2005 tertanggal 23 September 2005 dan Surat Nomor: 133/BPJT/Jl.0101/KE/2005 tanggal 2 Desember 2005 perihal Penerusan Investasi Jalan Tol ruas Ciranjang – Padalarang. Sejak dibuka kembali Penggugat juga mengalami pergantian mitra strategis.

⁸¹⁷ Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Nomor: 09/PPJT/VII/Mn/2007 tanggal 27 Juli 2007. Setelah PPJT tersebut penggugat berusaha mencari pendanaan proyek, dan berusaha memohon perpanjangan tambahan waktu penyerahan jaminan pelaksanaan dan pembukaan rekening pengadaan dana, namun tidak direspon Tergugat.

⁸¹⁸ Penggugat menggugat berdasarkan Pasal 53 ayat (2) huruf a dan b UU No. 9/ 2004 dimana Surat MPU HK.02.07 telah melanggar Pasal 69 Peraturan Menteri PU No. 27/PRT/M/2006 tentang Pedoman Pengadaan Pengusahaan Jalan Tol sebagai aturan pelaksana lebih tinggi dari PP No. 15/2005 dan UU No. 38/2004. Surat MPU HK.02.07 dianggap Penggugat

Universitas Indonesia

Pengadilan Tata Usaha Negara meminta agar Tergugat membatalkan atau menyatakan tidak sah Surat MPU HK.02.07.

Dalam eksepsi Tergugat menyatakan bahwa Pengadilan Tata Usaha Negara tidak berwenang memeriksa gugatan Penggugat karena Surat MPU HK.02.07 didasarkan pada ketentuan hukum perdata yaitu PPJT ruas Ciranjang – Padalarang antara Pemerintah dan Penggugat.⁸¹⁹ Tergugat menyatakan bahwa Penggugat telah melakukan cidera janji atas Pasal 13.1.1 PPJT yaitu cidera janji sebelum konstruksi.⁸²⁰ Tergugat juga telah menyatakan bahwa Pemerintah telah melakukan beberapa peringatan dan pemberitahuan cidera janji.⁸²¹

Berdasarkan hal tersebut di atas, Tergugat kemudian menyatakan bahwa Surat MPU HK.02.07 adalah surat perdata biasa tidak bersifat konkrit, individual dan final.⁸²² Dalam eksepsi menyatakan bahwa dalil-dalil gugatan Penggugat mengenai objek gugatan adalah gugatan “obscure libel” dan Penggugat telah melakukan cidera janji atas perjanjian PPJT No. 09/PPJT/VI/Mn/2007 tanggal 27 Juli 2007.

Dalam rapat permusyawaratan Majelis Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta tanggal 27 Oktober 2008 akhirnya diputuskan bahwa gugatan Penggugat tidak dapat diterima.

telah membatalkan penetapan lelang tahun 1996, dan melanggar asas-asas umum yang baik: asas kepastian hukum, tertib penyelenggaraan negara, keterbukaan, proporsionalitas, profesionalitas, dan akuntabilitas.

⁸¹⁹ Pasal 2 huruf a UU No. 9/ 2004 jo UU No. 5/1986 menyebutkan: “Tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara menurut Undang-Undang ini: (a) Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan perbuatan hukum perdata, (b) ...”.

⁸²⁰ Pasal 13.1.1 PPJT No. 09/PPJT/VI/Mn/2007 tanggal 27 Juli 2007 menyebutkan cidera janji: Dalam hal perusahaan jalan tol (a) gagal menyerahkan jaminan pelaksanaan kepada Pemerintah sesuai Pasal 3.1; atau (b) gagal untuk menyetorkan dana ke dalam rekening pengadaan tanah sesuai dengan Pasal 4.5.3; atau (c) gagal untuk mencapai *financial closing* sesuai dengan Pasal 5.2; atau (d) gagal untuk memulai konstruksi sesuai jadwal; atau € tidak melaksanakan kewajiban pokoknya berdasarkan perjanjian.

⁸²¹ (1) Surat Badan Pengatur Jalan Tol Nomor: 651/BPJT/KE/KU.08.05/2007 tanggal 14 Agustus 2007 perihal: Peringatan atas penyerahan jaminan pelaksanaan, pembukaan rekening pengadaan tanah dan penyetoran dana tahap I, (2) Surat Sekretaris Jenderal Departemen PU Nomor: HK.02.07-SJ/589 tanggal 13 September 2007 perihal: pemberitahuan cidera janji, (3) Surat Badan Pengatur Jalan Tol Nomor: 896A/BPJT/KE/HK.02.07/2007 tanggal 10 Desember 2007 tentang peringatan batas akhir perbaikan cidera janji, (4) Surat Badan Pengatur Jalan Tol Nomor: 25A/BPJT/KE/KU 08.05/2008 tanggal 16 Januari 2008 perihal peringatan atas kewajiban pemenuhan *financial close*.

⁸²² Pasal 1 ayat (3) UU No. 5/ 1986 jo UU No. 9/ 2004.

Dalam pelaksanaan penerapan kontrak BOT dapat dilihat kendala-kendala yang menghambat pembangunan jalan tol dengan model kontrak BOT, yaitu: biaya tanah sebagai modal (investasi) badan usaha jalan tol, transparansi informasi nilai tanah dalam pengadaan investasi jalan tol, kenaikan harga tanah dalam penetapan ganti rugi hak atas tanah untuk pembangunan jalan tol, keterlambatan pengadaan tanah oleh otoritas pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol, penyelesaian perselisihan sengketa pengadaan tanah untuk kepentingan umum, tidak transparansinya informasi jumlah lalu lintas, tidak siapnya investor swasta melaksanakan proyek jalan tol. Kendala-kendala tersebut berdampak pada FIRR yang tidak lagi positif.⁸²³

Dalam penelitian yang dilakukan di PT Citra Waspphutowa pemenang konsesi ruas Depok-Antasari dan telah menandatangani PPJT pada tanggal 29 Mei 2006, status FIRR tahun 2010 (Juni) adalah kurang dari 10 % yang berarti masih negatif. Negatifnya FIRR tersebut disebabkan karena kenaikan nilai konstruksi dari Rp.906 miliar (tahun 2005) menjadi Rp.2.122 miliar (tahun 2009), dan kenaikan nilai tanah dari Rp.669 miliar (tahun 2005) menjadi Rp.1.816 miliar (tahun 2009).⁸²⁴

Pemerintah kemudian melakukan evaluasi atas kelayakan proyek untuk memastikan FIRR proyek tersebut positif. Evaluasi penerusan perusahaan jalan tol dimaksudkan untuk memberi acuan dalam melaksanakan evaluasi penerusan perusahaan jalan tol melalui proses yang adil, terbuka, transparan dan bertanggung-gugat. Tujuannya adalah untuk mendapatkan kepastian badan usaha jalan tol yang memenuhi persyaratan dan kelayakan proyek guna kelangsungan perusahaan jalan tol. Lingkup evaluasi mencakup atas ruas-ruas: (a) telah ditetapkan badan usaha namun PPJT belum ditandatangani, (b) PPJT telah ditandatangani namun badan usaha belum memperoleh pemenuhan pembiayaan,

⁸²³ Kementerian Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indonesia Nomor 06/PRT/M/2010 Tentang Pedoman Evaluasi Penerusan Perusahaan Jalan Tol, tanggal 7 Mei 2010, Pasal 8 butir (2). Dalam hal FIRR positif, dijelaskan dalam peraturan ini bahwa proyek dinyatakan layak apabila nilai kelayakan finansial proyek paling kurang sebesar 4 % (empat persen) di atas rata-rata suku bunga pinjaman bank Pemerintah.

⁸²⁴ Wawancara dengan Hari Sasongko, Direktur Keuangan PT Citra Waspphutowa (tanggal 4 Agustus 2010).

dan (c) PPJT telah ditandangani dan telah mencapai pemenuhan pembiayaan namun pengadaan tanah belum selesai dilaksanakan, dan juga evaluasi pengalihan saham ruas-ruas tersebut.⁸²⁵

4.1.2 Kendala status infrastruktur jalan tol sebagai *public goods*

4.1.2.1 Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945 dan infrastruktur jalan tol sebagai aset Negara

Konstitusi Indonesia menyebutkan bahwa cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh Negara,⁸²⁶ kemudian juga disebutkan bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.⁸²⁷

Dalam konteks ini maka semua infrastruktur termasuk jalan tol adalah *public goods*. Sebagai *public goods*, Negara harus memainkan peran,⁸²⁸ Negara bisa memiliki hak istimewa (*preempt*) atas semua bidang, mendominasi, atau secara damai berdampingan dengan pelaku-pelaku lainnya, bekerja secara aktif dalam suatu model kerjasama (*collaborative* atau *competitive*), atau berganti administrasi dan inisiatif kebijakan,⁸²⁹ dalam konteks *public property* dalam hal ini adalah tanah, bangunan, atau benda-benda bergerak yang dimiliki Negara, tersedia secara cuma-cuma (*available for free use*) apabila seseorang masuk dan menggunakannya tanpa hambatan yang nyata,⁸³⁰ dalam konteks organisasi industrial, perusahaan publik (*public enterprise*) yang merupakan badan-badan usaha milik Pemerintah (*government enterprises*) merupakan suatu perusahaan yang secara konvensional menjadi memonopoli pasar (*natural monopoly*) atas

⁸²⁵ Kementerian Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indonesia Nomor 06/PRT/M/2010 Tentang Pedoman Evaluasi Penerusan Pengusahaan Jalan Tol, tanggal 7 Mei 2010, Pasal 3 dan 4.

⁸²⁶ UUD 1945 Pasal 33 ayat (2).

⁸²⁷ Ibid, Pasal 33 ayat (3).

⁸²⁸ Yescombe, 2.

⁸²⁹ Kamerman, Sheila B. Kahn, and Alfred J. ed., 67-68.

⁸³⁰ Shavell, Steven, 110-111.

public goods,⁸³¹ dan terakhir adalah *public goods* tidak terlepas dari subsidi, yang merupakan pembayaran oleh publik atas *public goods* yang berasal dari pendapatan pajak Pemerintah.⁸³²

Infrastruktur termasuk jalan tol dalam konteks bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Penguasaan oleh Negara ini berdampak pada tanah untuk infrastruktur termasuk jalan tol dikuasai oleh Negara. Dalam penelitian yang dilakukan di Kementerian PU,⁸³³ tanah untuk jalan tol adalah barang milik Negara dalam bentuk HP.⁸³⁴ Tanah HP ini perlu mendapatkan pengkajian lebih mendalam dan serius bagi pihak-pihak yang terkait sehubungan dengan *trend* dan tuntutan jaman globalisasi, mengingat sifat dan karakteristik HP yang menurut hukum tanah nasional kita memungkinkan aspek kepemilikan bagi pihak asing.⁸³⁵

HP tersebut dalam pengadaannya diproses oleh Direktorat Bina Marga Kementerian PU, namun sertifikatnya adalah milik Kementerian Keuangan sebagai pengelola barang milik Negara,⁸³⁶ dan dikuasakan pada pejabat instansi pengguna barang milik Negara.⁸³⁷ Pemanfaatan barang milik Negara tersebut harus sesuai dengan tugas pokok dan fungsi kementerian negara/ lembaga, dalam bentuk sewa, pinjam pakai, kerjasama pemanfaatan, dan bangun serah guna/ bangun guna serah dengan tidak mengubah status kepemilikan barang milik Negara.⁸³⁸

⁸³¹ Shepherd, William G, 14.

⁸³² Ibid, 513.

⁸³³ Wawancara dengan Bu Yuli, Bagian Perundang-undangan 1, Biro Hukum Kementerian PU, tanggal 12 Agustus 2010.

⁸³⁴ Mengacu pada Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/ Daerah, LNRI Tahun 2006 Nomor 20, Tambahan LNRI Nomor 4609 (PP No. 6/2006), dan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara, tanggal 4 September 2007 (Permen No. 96/PMK/2007).

⁸³⁵ Hutagalung, Arie Sukanti. *Tebaran Pemikiran Seputar Masalah Hukum Tanah*. Jakarta: Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia, 2005, 104

⁸³⁶ Permen No. 96/PMK/2007, Pasal 3 ayat 1.

⁸³⁷ Ibid, Pasal 3 ayat 4.

⁸³⁸ Ibid, Pasal 5. Dalam penelitian di Kementerian PU, tanggal 12 Agustus 2010 (wawancara dengan Bu Yuli, Bagian Perundang-undangan 1), khusus untuk tanah pembangunan

Dalam membangun konstruksi jalan tol, tanah sebagai barang milik Negara tersebut, diserahkan kepada investor pemenang tender untuk membangun konstruksi jalan tol dalam suatu berita acara serah terima tanah yang dibuat antara investor dan Direktorat Bina Marga Kementerian PU, dan pada akhir penyelesaian konstruksi tanah tersebut dikembalikan lagi kepada Direktorat Bina Marga Kementerian PU sebagai pemegang kuasa barang milik Negara dalam suatu berita acara serah terima tanah.⁸³⁹ Berdasarkan hal ini, penggunaan tanah untuk membangun jalan tol hanya didasarkan pada kewenangan dalam hak konsesi dan berita acara serah terima lahan. Investor tidak mendapatkan hak-hak atas tanah,⁸⁴⁰ atas pembangunan jalan tol dan fasilitas-fasilitas lain dalam pengelolaan jalan tol.

Infrastruktur jalan tol sebagai *public goods*, dengan demikian harus dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Melihat karakteristik infrastruktur termasuk jalan tol yang memiliki nilai investasi cukup tinggi dengan risiko-risiko yang bisa timbul dari perubahan suatu iklim politik, hukum, ekonomi, sosial dan politik, yang menjadi pertanyaan adalah kesanggupan Pemerintah dalam mengelola infrastruktur tersebut sesuai konstitusi. Dilain pihak apabila swasta berperan dalam pengelolaan infrastruktur, yang menjadi pertanyaan adalah apakah konstitusi mendukung peran swasta dalam pengelolaan infrastruktur tersebut. Hal ini dengan sendirinya menjadi suatu dilema, dimana

jalan tol belum dilakukan sertifikat Hak Pakai (HP), bahkan untuk jalan tol yang sudah beroperasi sejak tahun 1990 seperti jalan tol yang dikelola PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk. Permasalahan ini menimbulkan kondisi dimana dalam kasus-kasus gugatan tanah Pemerintah sering dikalahkan. Dalam hal ini perlu dilakukan penelitian lebih mendalam.

⁸³⁹ Penelitian di Kementerian PU, tanggal 12 Agustus 2010 (wawancara dengan Bu Yuli, Bagian Perundang-undangan 1).

⁸⁴⁰ Santoso, Urip. *Hukum Agraria & Hak-Hak Atas Tanah*, cetakan ke-5 (Jakarta: Kencana, 2009), 89-90. Santoso menjelaskan bahwa, hak-hak atas tanah yang disebutkan dalam Pasal 16 jo Pasal 53 UUPA tidak bersifat limitatif, artinya disamping hak-hak atas tanah yang disebutkan dalam UUPA, kelak kemungkinan lahirnya hak atas tanah baru yang diatur secara khusus dengan undang-undang. Dari segi asal tanahnya, hak atas tanah dibedakan menjadi 2 kelompok, yaitu: (1) hak atas tanah yang bersifat primer yaitu hak atas tanah yang berasal dari tanah negara (macamnya adalah: hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan atas tanah negara, hak pakai atas tanah negara), (2) hak atas tanah yang bersifat sekunder yaitu hak atas tanah yang berasal dari tanah pihak lain (macamnya adalah: hak guna bangunan atas tanah hak pengelolaan, hak guna bangunan atas tanah hak milik, hak pakai atas tanah hak pengelolaan, hak pakai atas tanah hak milik, hak sewa untuk bangunan, hak gadai/ gadai tanah, hak usaha bagi hasil/ perjanjian bagi hasil, hak menumpang, dan hak sewa tanah pertanian).

Universitas Indonesia

dengan keterbatasan dana APBN, Pemerintah berusaha untuk tetap melanjutkan pembangunan dengan suatu pola KPS.

Alasan mengapa perjanjian-perjanjian konsesi harus diperlakukan sebagai mekanisme kebijakan publik dan bukan kontrak-kontrak perdata adalah karena dia melibatkan masalah-masalah kritis kemasyarakatan, dia dibuat oleh pemimpin-pemimpin politik yang menyatakan untuk memberikan pengaruh perubahan publik dalam skala luas, dan dia secara substansial mendesak pembangunan yang akan datang dari suatu negara. Para akademisi, pejabat-pejabat Pemerintah, dan pihak lain yang berkepentingan harus menggunakan kerangka kerja konseptual baru ini untuk mendorong reformasi prosedural yang memberikan metode pembuatan yang searah dengan sifat kebijakan publik yang aktual dari perjanjian-perjanjian tersebut.⁸⁴¹

Rekonseptualisasi ini didasarkan karena, *pertama*, orientasi publik perjanjian-perjanjian konsesi, berfokus pada kebutuhan-kebutuhan dasar, sumber-sumber daya alam, masalah-masalah infrastruktur, menyangkut banyak orang dan pertimbangan sebagai "public goods". *Kedua*, perjanjian-perjanjian konsesi selalu berfokus pada sumber-sumber daya alam (*natural resources*), dan *ketiga*, perjanjian-perjanjian konsesi selalu berfokus pada masalah-masalah penting infrastruktur (*rebuild, maintain, construct, operate, build, collect toll*).⁸⁴²

Dalam konteks infrastruktur jalan tol sebagai *public goods*, maka dalam hal pembangunan infrastruktur jalan tol tersebut menggunakan skema kontrak BOT, Penulis berpendapat, dengan mengacu pada Pasal 499 KUHPerdata, bahwa infrastruktur jalan tol terdiri dari bangunan fisik jalan tol itu sendiri (sebagai barang) dan hak-hak yang melekat (hak pendapatan tol selama masa konsesi dan HP di atas HPL).⁸⁴³ Mengacu pada Pasal 570 KUHPerdata, bangunan jalan tol itu sendiri (sebagai barang) tidak dapat dijadikan hak milik pribadi, dengan demikian bangunan jalan tol adalah milik umum (Negara) atau *public goods*. Namun, hak-

⁸⁴¹ Miranda, "Concession Agreement", 532-535.

⁸⁴² *Ibid.*, 549.

⁸⁴³ Pasal 499 KUHPerdata.

hak yang melekat (hak pendapatan tol selama masa konsesi dan HP di atas HPL) dapat dijadikan milik pribadi selama masa konsesi.⁸⁴⁴

4.1.2.2 Penggunaan tanah dalam kontek konsesi, perjanjian dan kepemilikan tanah

Berdasarkan UU No. 38/ 2004 dan PP No.15/ 2005 penggunaan tanah digunakan untuk membangun jalan tol dan fasilitasnya. Namun dalam pelaksanaannya dimungkinkan untuk dipergunakan untuk usaha-usaha lain seperti tempat istirahat (*rest area*), ruang (*space*) pemasangan iklan, bahkan ruang (*space*) pemasangan jaringan serat optik (*fiber optik*) untuk pengembangan usaha teknologi informasi. Penggunaan tanah untuk perusahaan tersebut diperbolehkan sepanjang merupakan sarana penunjang dalam perusahaan jalan tol dan memenuhi ketentuan teknik jalan tol.⁸⁴⁵

Dalam penggunaan tanah, Jasa Marga mengembangkan usaha lain (selain perusahaan jalan tol) dengan mengkapitalisasi aset-aset yang dimiliki seperti penyewaan lahan, pengembangan tempat istirahat (*rest area*), menawarkan ruang (*space*) pemasangan iklan. Sampai akhir tahun 2009, Jasa Marga telah membangun enam tempat istirahat (*rest area*), empat diantaranya berada diruas Jakarta-Cikampek, satu di Bandung dan satu di Tangerang. Rencananya Jasa Marga akan membangun 14 tempat istirahat (*rest area*) lagi di lokasi berbeda.⁸⁴⁶ Penggunaan tanah sebagai tempat istirahat (*rest area*) dilakukan dengan bentuk BOT dengan pihak lain.⁸⁴⁷

Dalam konteks konsesi, ada tiga hal pokok konsesi dalam konteks perusahaan. *Pertama*, konsesi tidak terkait dengan penjualan atau pengalihan

⁸⁴⁴ Pasal 570 KUHPerdara.

⁸⁴⁵ Pasal 52 PP No. 15/ 2005. Untuk jaringan fiber optik, dalam penelitian di CMNP (Agustus 2010), pengelola jalan tol dalam kota Jakarta tersebut telah memasang jaringan fiber optik.

⁸⁴⁶ Jasa Marga. "Laporan Tahunan 2009", 78. Pada tahun 2009, penggunaan tanah sebagai kapitalisasi aset tanah telah memberikan pendapatan usaha lain (non-tol) sebesar Rp42,01 miliar (termasuk usaha lain berupa jasa pengoperasian jalan tol pihak lain).

⁸⁴⁷ Skripsi dari Panji Nur Abdurrachman pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia Program Kekhususan IV Hukum Tentang Kegiatan Ekonomi, 2008 dengan judul *Kemitraan Pemerintah-Swasta Dalam Bentuk Build Operate And Transfer (BOT): Studi Kasus Perjanjian Pemanfaatan Lahan Jalan Tol Sebagai Tempat Istirahat*.

hak milik aset secara fisik, kecuali hanya hak untuk menggunakan aset dan mengoperasikan usaha. *Kedua*, kontrak konsesi terbatas dengan periode waktu biasanya 15-30 tahun tergantung sektor dan konteks infrastruktur. *Terakhir*, Pemerintah sebagai pemilik aset terlalu terlibat dan keliru dalam hal konsesi.⁸⁴⁸

Implikasi dari konsesi adalah bahwa hak atas penghasilan selama konsesi (*cash flow*) dari pengguna, sifatnya tergantung dari permintaan dan tarif serta implikasi lain adalah kemungkinan pengakhiran kontrak oleh Pemerintah. Aset yang dapat diagunkan atau digadaikan hanya penghasilan selama konsesi, sedangkan aset tanah, pabrik, mesin tidak dapat diagunkan karena semua aset fisik adalah milik Pemerintah.⁸⁴⁹

Konsesi itu sendiri merupakan penetapan yang memungkinkan pemegang konsesi (konsesionario) mendapat dispensasi, izin, lisensi, dan juga semacam wewenang pemerintahan yang memungkinkannya. Misalnya dalam membuat jalan, jembatan layang, dan sebagainya.⁸⁵⁰ Dari dispensasi, izin, lisensi, dan juga semacam wewenang pemerintahan, memungkinkan konsesionario memiliki hak untuk memungut biaya (tol) atas wewenang yang telah diberikan atas pengelolaan atas suatu hak kebendaan yang dibangun atas wewenang tersebut. Secara teori, konsesi sebagai tindakan administrasi negara dapat berupa tindakan administrasi negara dalam hukum publik dan dalam hukum perdata.⁸⁵¹

⁸⁴⁸ Guasch, 30.

⁸⁴⁹ Ibid.

⁸⁵⁰ Efendi, 64.

⁸⁵¹ Nugraha, *et al.*, *Hukum Administrasi Negara*, 62-63. Pada dasarnya hukum administrasi negara mengatur hubungan antara pemerintah dan warga masyarakat sesuai dengan norma hukum tata usaha negara. Bila penyesuaiannya lebih dapat dipenuhi dengan menggunakan hukum perdata, tidak ada salahnya digunakan. Apalagi kalau tidak tersedia instrument hukum publik sebagai jalur alternatifnya. Dalam keadaan demikian, hukum perdata adalah yang berfungsi sebagai instrument Pemerintah untuk mencapai tujuan kebijakan. Berdasarkan pendapat tersebut, teori dua jalur dan teori hukum umum (*het gemene rechtsleer*) dapat dihindarkan. Hal ini disebabkan kedua jalur hukum tersebut bersifat absolute. Teori dua jalur, yaitu selama menempuh jalur perdata, badan administrasi negara tidak bertentangan dengan ketentuan undang-undang (harus dilihat kasus demi kasus), tidak akan terjadi penyalahgunaan wewenang, asalkan memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Dengan demikian, tidak ada alasan melarang badan administrasi negara untuk menempuh jalur hukum publik atau perdata. Ajaran hukum umum yang mendukung teori Paul Scholten dan dimodifikasi Wiarda menganggap hukum perdata sebagai hukum umum yang selalu berlaku selama tidak bertentangan atau dilarang oleh suatu ketentuan hukum publik.

Konsesi seperti yang dikatakan Van Vollenhoven adalah bilamana pihak swasta setelah bersepakat dengan Pemerintah, melakukan “sebagian pekerjaan pemerintahan”, atau pihak swasta yang diberi wewenang dengan beberapa syarat tertentu, bisa juga diartikan sebagai lisensi untuk melakukan suatu pekerjaan yang tertentu luasnya, dengan tidak memperbolehkan pihak lain untuk turut serta. Pekerjaan yang dilakukan terpaut kepentingan umum yang dilakukan perusahaan yang tidak mungkin dilakukan pemerintahan. Konsesi juga bisa diartikan sebagai izin, namun izin tersebut untuk kepentingan umum bukan kepentingan pribadi.⁸⁵² Oleh karena itu sebagaimana dikatakan Paul Craig, kontrak (konsesi) adalah sebagai alat kebijakan Pemerintah (“as a tool of government policy”).⁸⁵³

Dalam konteks perjanjian, penggunaan tanah baik untuk pembangunan jalan tol maupun usaha lain sepanjang untuk menunjang pengusahaan jalan tol, termasuk dalam kategori perjanjian mengenai kebijakan yang akan dilaksanakan Pemerintah. Objek perjanjian adalah mengenai hak kebendaan (harta kekayaan) Pemerintah yang dimaksudkan sebagai sarana untuk mencapai tujuan kebijakan yang ditempuhnya. Kelompok perjanjian yang penting adalah mengenai transaksi harta tidak bergerak dengan memasukan klausula: (i) kemungkinan penggunaan ataupun pendirian bangunan (pengaturan tata ruang), (ii) ketentuan yang berlaku mengenai pemindahtanganan harta kekayaan negara, (iii) syarat-syarat lingkungan hidup, (iv) ketentuan yang harus dilaksanakan oleh mereka yang diberi izin melakukan usaha sosial, (v) syarat-syarat perusahaan parkir diseluruh kota, (vi) syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh perusahaan pompa bensin, (vii) syarat-syarat yang harus dipenuhi dan dilaksanakan pada waktunya oleh *developer real estate*.⁸⁵⁴

Dalam konteks pemilikan tanah oleh Pemerintah, penggunaan tanah baik untuk pembangunan jalan tol maupun usaha lain sepanjang untuk menunjang pengusahaan jalan tol, tidak dilandasi oleh hak atas tanah, melainkan berdasarkan

⁸⁵² Prins, W.F. dan Adisapoetra, R. Kosim, 74-77.

⁸⁵³ Craig, 126.

⁸⁵⁴ Ibid, 69-72.

hak konsesi yang diberikan Pemerintah.⁸⁵⁵ Yang menjadi pertanyaan dalam hal ini adalah apakah penggunaan tanah tersebut tidak memerlukan landasan hak atas tanah.⁸⁵⁶

4.1.2.3 Penggunaan tanah Pemerintah (aset Pemerintah) oleh swasta

Dalam membangun fisik infrastruktur jalan tol oleh swasta dalam KPS model kontrak BOT, investor swasta menggunakan tanah Pemerintah (aset Pemerintah).⁸⁵⁷ Penggunaan tanah Pemerintah dalam model kontrak BOT adalah selama masa konsesi, investor swasta selain membangun jalan tol dan mengoperasikannya selama masa konsesi dengan hak pendapatan tol, juga melakukan usaha lain seperti menyewakan ruang milik jalan untuk pemasangan iklan, membuat *rest area* (tempat istirahat) bahkan membuat jaringan *fiber optic*.⁸⁵⁸

Pemerintah termasuk juga provinsi, kota dan kabupaten berdasarkan hukum publik adalah merupakan badan hukum publik. Badan hukum publik dapat mempunyai hak milik, termasuk kemungkinan menyewakan, menjual dan membeli tanah. Oleh karena itu, badan hukum publik bila mempunyai hak atas

⁸⁵⁵ Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006 antara PT Citra Waspphutowa dan Pemerintah cq Departemen Pekerjaan Umum. Pasal 2.1 Perjanjian, menyebutkan bahwa Pemerintah memberikan hak konsesi pengusahaan jalan tol kepada badan usaha jalan tol. Pasal 2.2 Perjanjian, menyebutkan bahwa lingkup pengusahaan jalan tol adalah pendanaan, perencanaan teknik, konstruksi, pengoperasian, dan pemeliharaan sesuai ketentuan perjanjian dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

⁸⁵⁶ Santoso, Urip. 89-90. Santoso menjelaskan bahwa, hak-hak atas tanah yang disebutkan dalam Pasal 16 jo Pasal 53 UUPA tidak bersifat limitatif, artinya disamping hak-hak atas tanah yang disebutkan dalam UUPA, kelak kemungkinan lahirnya hak atas tanah baru yang diatur secara khusus dengan undang-undang. Dari segi asal tanahnya, hak atas tanah dibedakan menjadi 2 kelompok, yaitu: (1) hak atas tanah yang bersifat primer yaitu hak atas tanah yang berasal dari tanah negara (macamnya adalah: hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan atas tanah negara, hak pakai atas tanah negara), (2) hak atas tanah yang bersifat sekunder yaitu hak atas tanah yang berasal dari tanah pihak lain (macamnya adalah: hak guna bangunan atas tanah hak pengelolaan, hak guna bangunan atas tanah hak milik, hak pakai atas tanah hak pengelolaan, hak pakai atas tanah hak milik, hak sewa untuk bangunan, hak gadai/ gadai tanah, hak usaha bagi hasil/ perjanjian bagi hasil, hak menumpang, dan hak sewa tanah pertanian. Lihat Gambar Nomor 3.7.

⁸⁵⁷ Pasal 60 UU No. 38/ 2004.

⁸⁵⁸ Pasal 52 PP 15/ 2005.

tanah apapun jenisnya, jenis haknya dapat dikelompokkan dalam hak milik publik.⁸⁵⁹

Objek hak milik publik terdiri dari tanah-tanah yang diperuntukkan bagi kepentingan badan hukum publik dan bagi kepentingan umum. Dalam hal ini maka:⁸⁶⁰

- a. Terhadap hak milik publik yang diperuntukkan untuk kepentingan umum (*publiek domein*) tidak dapat diadakan perjanjian pembuatan hukum apapun bentuknya (dijual, disewakan ataupun dialihkan). Pada prinsipnya, hak milik publik (*publiek domein*) dapat diadakan pembatasan, yaitu:
 - (1). Penggunaan dan pemanfaatan terbuka untuk umum, seperti jalan umum.
 - (2). Tidak dapat disewakan, dialihkan atau diperjualbelikan.
 - (3). Diperoleh dari hasil pembelian dari tanah individu yang anggarannya berasal dari APBN.
 - (4). Dalam proses penggunaan dan pemanfaatan, Pemerintah hanya dapat menarik distribusi atau pajak dari pengguna atau pemanfaatannya.
- b. Terhadap hak milik publik untuk kepentingan badan hukum publik (*privaat domein*) dapat dilakukan perbuatan hukum seperti halnya hak milik individu atas tanah. Pembatasan-pembatasan hak milik publik untuk kepentingan badan hukum publik (*privaat domein*) ini adalah:
 - (1). Penggunaan dan pemanfaatannya adalah secara khusus yang hanya digunakan untuk penyelenggaraan kegiatan Pemerintah, seperti gedung-gedung departemen (kementerian) dan non departemen atau instansi Pemerintah.
 - (2). Terhadap tanah tersebut dapat dialihkan, disewakan atau dijual asal seijin Pemerintah.

⁸⁵⁹ Noor, Aslan. *Konsep Hak Milik Atas Tanah Bagi Bangsa Indonesia –Ditinjau Dari Ajaran Hak Asasi Manusia*, cetakan ke-1 (Bandung: Mandar maju, 2006), 320-321.

⁸⁶⁰ Ibid.

- (3). Tanah tersebut diperoleh dari pembelian dengan APBN yang penggunaannya untuk kepentingan pelayanan umum pemerintahan bagi kesejahteraan rakyat.

Penguasaan tanah oleh Pemerintah tersebut berangkat dari pemahaman atas ketentuan alinea keempat pembukaan UUD 1945. Negara melalui Pemerintah mengupayakan agar kekayaan alam yang ada di Indonesia meliputi yang terkandung di bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya adalah dipergunakan utamanya untuk kesejahteraan bangsa Indonesia. Penjabaran lebih lanjut dari kalimat ini dituangkan dalam Pasal 33 UUD 1945 sebagai konstitusi Negara.⁸⁶¹

Negara melalui Pemerintah mengupayakan agar kekayaan alam yang ada di Indonesia meliputi yang terkandung di bumi, air dan bahan galian adalah dipergunakan utamanya untuk kesejahteraan bangsa Indonesia. Untuk mencapai tujuan tersebut Negara diberi hak yaitu hak menguasai dari Negara (HMN). HMN adalah sebutan yang diberikan oleh UUPA kepada lembaga hukum dan hubungan hukum konkrit antara Negara dan tanah Indonesia yang dirinci isi dan tujuannya dalam Pasal 2 ayat (2) dan ayat (3) UUPA. Kewenangan Negara dalam bidang pertanahan merupakan pelimpahan tugas bangsa untuk mengatur dan memimpin penguasaan dan penggunaan tanah bersama yang dipunyai.⁸⁶²

Dalam konteks KPS model kontrak BOT dimana tanah digunakan oleh swasta selama masa konsesi baik untuk pembangunan dan pengoperasian jalan tol maupun untuk usaha-usaha lain oleh investor swasta, agak sulit untuk mengkategorikan tanah tersebut apakah sebagai hak milik publik yang diperuntukkan untuk kepentingan umum (*publiek domein*) atau hak milik publik untuk kepentingan badan hukum publik (*privaat domein*).

Penulis berpendapat penggunaan tanah Pemerintah oleh swasta selama masa konsesi dengan memberikan HP di atas HPL masuk dalam kategori hak

⁸⁶¹ Erwiningsih, Winahyu. *Hak Menguasai Negara Atas Tanah*. Cetakan I (Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia Fakultas Hukum Program Pascasarjana dan Total Media, 2009), 81-82.

⁸⁶² Ibid. 83.

milik pribadi (*private*) selama masa konsesi. Hal ini mengacu pada Pasal 570 KUHPerdota yang menyatakan penguasaan dan penggunaan suatu benda dengan sebebaskan bebaskan (dalam arti dapat dialihkan, dibebankan, sewa dan lain-lain).⁸⁶³ Sedangkan benda dalam ini mengacu pada Pasal 499 KUHPerdota adalah tiap-tiap hak selain daripada tiap-tiap barang.⁸⁶⁴

4.1.2.4 Pendapatan tol di atas aset Pemerintah tidak dapat dijadikan jaminan hutang pembiayaan.

Berdasarkan Pasal 60 UU No. 38/ 2005, tanah untuk pembangunan jalan termasuk jalan tol dikuasai oleh Pemerintah dan didaftarkan untuk penerbitan sertifikat hak atas tanahnya.⁸⁶⁵ Hak atas tanah tersebut adalah HP yaitu HP Publik yang diberikan untuk instansi Pemerintah dan lembaga-lembaga Pemerintahan, bukan HP sebagaimana diatur dalam Pasal 45 (1) PP No. 40/ 1996 dengan jangka waktu paling lama 25 tahun dan dapat diperpanjang, melainkan dalam Pasal 45 (3) PP No. 40/ 1996 dengan jangka waktu yang tidak ditentukan selama dipergunakan. Dengan demikian HP tersebut merupakan aset Pemerintah. Dengan HP tersebut yang memberikan hak menggunakan atau memungut hasil dari tanah yang dikuasai langsung oleh Negara,⁸⁶⁶ tidak dapat dijadikan jaminan utang. Oleh karena penguasaan jalan ada pada Negara yang kewenangannya diberikan pada Pemerintah,⁸⁶⁷ maka tanah yang berada diatas jalan merupakan suatu aset atau barang milik Negara yang berada dibawah Kementerian Keuangan.⁸⁶⁸ Barang milik Negara tersebut bisa dalam bentuk HP atau HPL.

Jangka waktu HP berdasarkan PP No. 40/ 1996 bisa berbeda-beda sesuai dengan asal tanahnya. Khusus HP yang dipunyai kementerian, lembaga Pemerintah non-departemen, Pemerintah Daerah, badan-badan keagamaan dan sosial, perwakilan negara asing, dan perwakilan badan internasional diberikan

⁸⁶³ Pasal 570 KUHPerdota.

⁸⁶⁴ Pasal 499 KUHPerdota.

⁸⁶⁵ Pasal 60 UU No. 38/ 2004.

⁸⁶⁶ Santoso. 114-117.

⁸⁶⁷ Pasal 13 UU No. 38/ 2004.

⁸⁶⁸ Lihat Permen Keu No. 96/PMK.06/2007.

untuk jangka waktu yang tidak ditentukan selama tanahnya dipergunakan untuk keperluan tertentu.⁸⁶⁹

Hak konsesi yang juga menurut Penulis apabila berada di atas HPL dengan memberikan hak memungut “tol” selama masa konsesi, maka hak memungut “tol” tersebut tidak dapat dijadikan jaminan utang.⁸⁷⁰ Sebagai barang milik Negara, baik HP maupun HPL tidak dapat dilakukan suatu sita jaminan.⁸⁷¹ Dengan demikian pembebanan pendapatan tol dengan jaminan fidusia selama ini tidak dapat diterapkan karena pendapatan tol tersebut merupakan hak yang timbul dari aset Pemerintah yang tidak dapat dijadikan jaminan hutang sebagaimana disebutkan dalam Pasal 50 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara.⁸⁷²

Penulis berpendapat bahwa hak atas pendapatan tol selama masa konsesi yang telah diserahkan pada investor berdasarkan perjanjian adalah hak milik pribadi yang dapat dijadikan jaminan hutang. Hal ini mengacu pada Pasal 499 KUHPerdara dan Pasal 570 KUHPerdara yang menyatakan bahwa hak tersebut merupakan kebendaan yang dapat dijadikan hak milik dengan penguasaan dan penggunaannya yang sebebaskan-bebasnya (dalam arti dapat dialihkan, dibebankan, sewa dan lain-lain).⁸⁷³

4.1.2.5 Pembiayaan tanah oleh investor swasta

Pada saat tanah dibiayai oleh investor swasta sejak SE Men Keu 22 Januari 1997, menjadi pertanyaan kembali apakah tanah Negara tersebut sebagai hak milik publik yang diperuntukkan untuk kepentingan umum (*publiek domein*) atau hak milik publik untuk kepentingan badan hukum publik (*privaat domein*).⁸⁷⁴ Sejak tanah dibiayai oleh swasta, proses pembebasan tanah menjadi berjalan lambat, baik karena naiknya harga tanah yang terlampau tinggi juga masalah-

⁸⁶⁹ Santoso, 117.

⁸⁷⁰ Ibid. 118. Lihat juga Sumardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, 215. Lihat Kasus THR Lokasari (mengembalikan fungsi publik HPL).

⁸⁷¹ Lihat Pasal 50 UU No. 1/ 2004.

⁸⁷² Ibid.

⁸⁷³ Pasal 499 KUHPerdara dan Pasal 570 KUHPerdara.

⁸⁷⁴ Noor, Aslan. 320-321.

masalah sengketa tanah yang berlarut-larut,⁸⁷⁵ dan munculnya para spekulan tanah.⁸⁷⁶

Pembiayaan tanah oleh investor swasta juga berakibat beban risiko kenaikan tanah yang sangat tinggi dan tidak dapat diprediksi oleh investor swasta. Dalam penelitian di PT Citra Wasphtowa pemenang tender ruas jalan tol "Depok-Antasari", nilai tanah pada saat tender tahun 2005 senilai Rp. 699 miliar, menjadi meningkat dimana penilaian per Oktober 2008 menjadi Rp. 1,816 triliun.⁸⁷⁷

Pemerintah berusaha mengantisipasi hal ini dengan kebijakan BLU dan *land capping*. Pemerintah memutuskan patokan biaya lahan dalam proyek infrastruktur yang harus ditanggung oleh investor sebesar 110% atau 2% dari nilai investasi. Misalnya, dengan pemberlakuan *land capping* 110%, jika harga lahan jalan tol yang akan dibebaskan semula diperkirakan 100, tetapi kenyataannya di lapangan harga riil 130, investor cukup membiayai senilai 110, sisanya 20 ditalangi oleh pemerintah. Proses talangan *land capping* oleh Pemerintah akan dilakukan dengan menggunakan skema dana badan layanan umum (BLU) yang berada di bawah Departemen PU. *Land capping* akan dihitung dan dibayarkan Pemerintah pada akhir masa pembebasan lahan.⁸⁷⁸

Ketua Asosiasi Tol Indonesia Fatchur Rohman mengatakan ada pemahaman yang tidak sesuai antara Departemen PU dan Depkeu mengenai investasi jalan tol ini. Menurut dia, proses pembebasan tanah seharusnya bukan menjadi tanggung jawab investor, melainkan Pemerintah. Investor hanya fokus untuk konstruksi fisik agar proyek infrastruktur itu dapat cepat terbangun. Ada informasi yang tidak pas di Kementerian Keuangan, seolah-olah *land capping* itu fasilitas dari Pemerintah. Padahal ini merupakan konsekuensi logis yang harus ditanggung Pemerintah dalam sebuah proyek. Lahan itu bukan kawasan investor

⁸⁷⁵ Lihat Kompas, Rabu, 21/11/2007, "Investor Keluhkan Pembebasan Lahan", diambil dari <http://www.citra.co.id/> tanggal 28/11/2007.

⁸⁷⁶ Lihat Seputar Indonesia, Senin, 28/04/2008, "SBY: Lawan Spekulasi Tanah", diambil dari <http://www.citra.co.id/> tanggal 2/05/2008.

⁸⁷⁷ Data diperoleh dari Hari Sasongko, Direktur Keuangan PT Citra Wasphtowa.

⁸⁷⁸ Lihat Bisnis Indonesia, Senin, 07/07/2008, "Investor tol pasrah soal pembebasan lahan", diambil dari <http://www.citra.co.id/> tanggal 14/07/2008.

karena harga tanah itu tidak bisa diprediksi di lapangan. Dia mencontohkan biaya investasi tol Waru-Juanda di Surabaya dalam perjanjian dengan pemerintah Rp300 miliar. Kenyataan di lapangan biayanya membengkak sampai Rp1,2 triliun, sehingga investor harus menanggung utang Rp900 miliar. Padahal pendapatan per bulan hanya Rp2 miliar, berarti investor harus menambah Rp8 miliar per bulan ke bank karena utang per bulan mencapai Rp10 miliar. Kondisi seperti ini, Pemerintah tidak akan tahu.⁸⁷⁹

4.1.2.6 Pengadaan tanah untuk kepentingan umum

Untuk menjamin ketersediaan tanah yang diperlukan bagi pembangunan jalan seperti proyek jalan raya Jagorawi (Jakarta-Bogor-Ciawi) Pemerintah menggunakan cara perolehan tanahnya dengan mengkombinasikan antara ketentuan undang-undang pencabutan hak atas tanah dengan musyawarah. Cara represif digunakan untuk segera dapat menguasai tanah-tanah berserta bangunan di atasnya yang sudah ditetapkan sebagai tempat pembangunan jalan. Dalam perkembangannya, cara represif tersebut kemudian menjadi suatu model untuk menjamin perolehan tanah dengan cepat yang diperlukan oleh Pemerintah bagi pembangunan infrastruktur.⁸⁸⁰

Cara represif tersebut dilakukan dengan persyaratan, *pertama*, proyek pembangunan tersebut termasuk dalam kegiatan yang dinyatakan sebagai kegiatan untuk kepentingan umum, *kedua*, proyek pembangunan tersebut sudah ditetapkan menjadi bagian dari rencana pembangunan atau rencana induk pembangunan daerah dan sudah diberitahukan kepada masyarakat, dan *ketiga*, adanya anggapan dari Pemerintah atau Pemerintah daerah bahwa proyek pembanguana tersebut sangat mendesak untuk dilaksanakan atau tidak dapat ditunda-tunda lagi.⁸⁸¹

⁸⁷⁹ Ibid.

⁸⁸⁰ Ismail, Nurhasan. *Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi-Politik (Perubahan Pilihan Kepentingan, Nilai Sosial, dan Kelompok Diuntungkan)*. Cetakan Pertama. Jakarta: Perkumpulan Untuk Pembaharuan Hukum Bebas Masyarakat dan Ekologis (Huma) dan Magister Hukum Universitas Gajah Mada, 2007, 305-306.

⁸⁸¹ Ibid, 307.

Semangat repesivitas tersebut kemudian masuk kedalam arena musyawarah melalui P2T yang diberi peranan dominan dalam proses musyawarah. Kedudukan P2T sebagai panitia yang berperan dominan, represif, dan tidak netral disatu pihak telah memberikan jaminan akan ketersediaan dan perolehan tanah, namun dipihak lain telah menjadi sumber terjadinya konflik struktural dibidang pertanahan antara warga masyarakat pemilik tanah dengan Pemerintah. Dipihak masyarakat, konflik tersebut telah menimbulkan keresahan karena mereka dihadapkan pada tekanan psikis dan fisik agar mereka segera memberikan persetujuannya dalam musyawarah.⁸⁸²

Pengadaan tanah untuk kepentingan umum mempunyai dua cara, yaitu cara sukarela (*voluntary method*): pelepasan hak/penyerahan hak atas tanah atau dengan cara pemindahan hak yakni jual beli, tukar menukar atau cara lain yang disepakati secara sukarela oleh pihak-pihak yang bersangkutan, kemudian cara wajib (*compulsory method*) yaitu dengan undang-undang pencabutan hak (UU No. 20/ 1961). Dalam penelitian yang dilakukan Lieke Lianadevi Tugali, pengadaan tanah untuk kepentingan umum (termasuk untuk jalan tol: *Jakarta Outer Ring Road II*) dilakukan dengan cara sukarela. Cara wajib sebagaimana diatur dalam UU No. 20/ 1961 hanya digunakan sekali saja, yakni dalam kasus pencabutan tanah “kompleks Yen Pin”, sedangkan untuk pencabutan hak atas tanah “Proyek Senen”, “Proyek Universitas Indonesia di Situ Gintung”, Keputusan Presiden mengenai pencabutan hak atas tanah hingga sekarang belum ada.⁸⁸³

Tidak digunakan UU No. 20/1961 karena dirasakan terlalu tegas, ketat, prosedurnya terlalu panjang dan sulit, serta memaksa. Dalam kasus-kasus penelitian pengadaan tanah yang dijalankan dengan cara sukarela yang seharusnya dilaksanakan secara musyawarah, namun pada pelaksanaannya dilaksanakan dengan cara intimidasi, teror dan ancaman serta bentuk ketakutan lainnya, sehingga musyawarah tersebut sifatnya semu, maka lebih baik digunakan dengan

⁸⁸² Ibid. 308-309.

⁸⁸³ Tugali, Lieke Lianadevi. *Fungsi Sosial Hak Atas Tanah Dalam Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum* (Jakarta: PT Gramedia, 2010), 405-406.

cara wajib yang telah lengkap pengaturannya, yaitu UU No. 20/ 1961, sedangkan cara sukarela belum ada undang-undangnya.⁸⁸⁴

Dampak pengadaan tanah untuk kepentingan umum dalam pembangunan jalan tol oleh investor swasta dengan model KPS kontrak BOT, mendapatkan hambatan-hambatan, seperti jalan tol Simpang Susun Waru-Juanda diblokir warga Brebek, Kecamatan Waru, Sidoarjo. Permasalahannya adalah tuntutan delapan ribu warga di sekitar gerbang tol Brebek II untuk mendapatkan ganti rugi tanah belum dikabulkan, padahal tuntutan telah disampaikan sejak setahun lalu.⁸⁸⁵

Selain pemblokiran oleh warga, sekitar 100 warga Desa Wadung Asri, Kecamatan Waru, Kabupaten Sidoarjo, menduduki ruas tol Simpang Waru-Juanda Surabaya yang akan diresmikan oleh Presiden Susilo Bambang Yudhoyono 4 April 2008. Mereka menuntut pembayaran ganti rugi tanah untuk proyek tersebut yang hingga kini belum tuntas. Aksi diawali *long march* dari Desa Wadung Asri sambil membawa spanduk dan poster bernada protes. Warga kemudian menuju ke pintu masuk tol Menanggal. Warga hanya ingin menunjukkan pada pengelola tol bahwa jalan yang dibangun di atas tanah warga desa itu hingga kini proses ganti rugi belum tuntas. Selain ganti rugi, warga juga mempersoalkan kelayakan jalan tersebut karena sejak dibangun tol, daerah sekitar Wadung Asri mengalami banjir. Banyak saluran air ditutup untuk kepentingan proyek jalan tol Waru-Juanda sehingga saat hujan turun kawasan Wadung Asri banjir.⁸⁸⁶

4.1.2.7 Status hukum infrastruktur jalan tol sebelum dan setelah berakhirnya masa konsesi berdasarkan PPJT (UU No. 38/2004)

Izin konsesi yang diberikan Pemerintah pada investor bersifat *non-recourse* yang artinya landasan keuangan menyelenggarakan jalan tol tidak meminta jaminan langsung dari Pemerintah namun atas biaya sendiri dan risiko sendiri.⁸⁸⁷ Peraturan perundang-undangan jalan tol tidak secara tegas menyebut *non-*

⁸⁸⁴ Ibid.

⁸⁸⁵ Lihat Media Indonesia, Jumat, 28/03/2008, "Ganti Rugi Belum Beres, Warga Duduki Ruas Tol Waru – Juanda (SERR)" diambil dari <http://www.citra.co.id/> tanggal 4/04/2008.

⁸⁸⁶ Lihat Investor Daily, Senin, 07/07/2008, "Tol Waru-Juanda Diblokir" diambil dari <http://www.citra.co.id/> tanggal 14/07/2008.

⁸⁸⁷ Joesoef, Iwan Erar, *Jaminan Pemerintah*, 73.

recourse, namun dalam PPJT disebutkan bahwa perusahaan jalan tol harus melepaskan dan membebaskan Pemerintah dari segala tuntutan pihak ketiga yang timbul sebagai akibat kelalaian perusahaan jalan tol dalam melaksanakan pengusahaan jalan tol.⁸⁸⁸

Permasalahan dalam praktik berdasarkan PPJT (UU No. 38/2004), status infrastruktur jalan tol tersebut adalah *public goods*. Status *public goods* tersebut adalah karena, *pertama*, dengan pemilikan hukum atas tanah oleh Pemerintah, maka apabila infrastruktur jalan tol tersebut dijadikan jaminan hutang oleh investor (dimana penggunaan tanahnya masih berdasarkan hak konsesi dan bukan berdasarkan UUPA) maka jaminan hutang berdasarkan hak konsesi tidak dapat dilakukan berdasarkan hukum jaminan Indonesia. *Kedua*, apabila pendapatan tol dijadikan jaminan hutang, maka permasalahannya adalah pada saat berakhirnya atau diakhirinya hak konsesi oleh para pihak atau salah satu pihak, investor belum dapat melunasi hutangnya dalam perjanjian pembiayaan dengan lembaga pembiayaan (baik perbankan atau lembaga keuangan). Dalam permasalahan ini, disatu sisi, Pemerintah harus dilepaskan dan dibebaskan dari segala tuntutan pihak ketiga (*non-recourse*), disisi lain, pihak perbankan atau lembaga keuangan masih ada ruang hukum untuk melakukan sita jaminan dan mengeksekusi kebendaan infrastruktur jalan tol yang dijadikan jaminan apabila pendapatan tol sampai akhir masa konsesi tidak mencukupi untuk pelunasan hutang.⁸⁸⁹ Menurut Penulis, jaminan fidusia untuk pendapatan tol yang dijadikan jaminan hutang tidak tepat diterapkan apabila status tanah infrastruktur jalan tol tersebut adalah milik Pemerintah secara hukum.

Pada saat masa konsesi berakhir atau diakhiri oleh para pihak maka berdasarkan kesepakatan dalam PPJT, infrastruktur jalan tol akan diserahkan oleh investor pada Pemerintah. Hak-hak yang diserahkan pada Pemerintah tersebut adalah hak konsesi, hak penggunaan tanah dan hak bangunan infrastruktur jalan

⁸⁸⁸ Pasal 2.8 Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006 antara PT Citra Waspphutowa dan Pemerintah cq Departemen Pekerjaan Umum.

⁸⁸⁹ Pasal 20-21 UUHT dan Pasal 29-34 UUJF.

tol. Disini terlihat bahwa hak penggunaan tanah dan hak bangunan infrastruktur jalan tol tersebut melekat pada hak konsesi. Melekatnya hak penggunaan tanah dan hak bangunan infrastruktur jalan tol tersebut tidak didasari oleh UUPA melainkan peraturan perundangan investasi jalan tol. Dalam pengaturan perundangan investasi jalan tol tidak mengatur aspek pembebanan hak untuk jaminan pembiayaan sebagaimana diatur dalam UUPA. Dengan demikian menurut Penulis hak penggunaan tanah dan hak bangunan infrastruktur jalan tol tersebut tidak dapat dibebankan dengan jaminan sebagaimana diatur dalam UUPA.⁸⁹⁰ Hanya penghasilan jalan tol selama masa konsesi yang dapat dibebankan dengan jaminan fidusia.⁸⁹¹ Dengan demikian status infrastruktur jalan tol berdasarkan PPJT (UU No. 38/2004) sebelum maupun setelah berakhirnya masa konsesi menurut pendapat Penulis adalah *public goods*.

4.1.3 Kendala dana BLU pendanaan tanah

Dalam pelaksanaannya kebijakan BLU ini, diprioritaskan untuk ruas jalan tol Trans Jawa.⁸⁹² Investor yang mendapat dana bergulir tersebut membuat “Perjanjian Layanan Dana Bergulir” dengan BLU-BPJT, dimana apabila investor melakukan cidera janji (*wan prestasi*) atas perjanjian layanan dana bergulir tersebut, maka PPJT dengan sendirinya berakhir.⁸⁹³ Kebijakan Pemerintah tersebut dikaitkan dengan kelayakan proyek. Tingkat kelayakan finansial proyek yang dipertimbangkan untuk dapat memperoleh dukungan Pemerintah tersebut adalah nilai terkecil dari kondisi sebagai berikut: (a). Selisih kelayakan finansial proyek sebelum dan sesudah adanya kenaikan biaya pengadaan tanah setinggi-tingginya 4% (empat per seratus), atau (b). Kelayakan finansial proyek sesudah adanya kenaikan biaya pengadaan tanah tidak kurang dari 12% (dua belas per

⁸⁹⁰ Lihat Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (UUHT), Pasal 1 (1).

⁸⁹¹ Pasal 1 (2) UUJF.

⁸⁹² Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 14/PRT/M/2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 04 Tahun 2007 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Badan Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol , tanggal 15 September 2008, Pasal 4 A (2).

⁸⁹³ Ibid. Pasal 7.

seratus).⁸⁹⁴ Batas Biaya Pengadaan Tanah Yang Menjadi Tanggungan Badan Usaha tersebut adalah nilai paling besar dari: (a). 110% (seratus sepuluh per seratus) dari Biaya Pengadaan Tanah Dalam PPJT, atau (b). 100% (seratus per seratus) dari Biaya Pengadaan Tanah Dalam PPJT ditambah dengan 2% (dua per seratus) dari Biaya Investasi Dalam PPJT.⁸⁹⁵

Pelaksanaan dukungan Pemerintah tersebut diberlakukan prinsip diperoleh pengembalian dari investor atas dukungan Pemerintah yang telah diberikan (*claw back*), yaitu: pengembalian dilaksanakan terhadap kelebihan pendapatan di atas realisasi kelayakan proyek (*financial internal rate of return*) pada masa konsesi melebihi kelayakan finansial proyek awal ditambah ambang batas 2% (dua per seratus), pengembalian tersebut dilaksanakan setelah investor mendapat periode pengembalian yang telah terdiskonto (*discounted payback period*) dengan pola pembagian pendapatan jalan tol (*revenue sharing*).⁸⁹⁶ Kemudian adalah bahwa dalam pelaksanaannya perjanjian layanan dana bergulir tersebut dikenakan bunga dan biaya administrasi pada investor sebagai pengguna dana BLU-BPJT.⁸⁹⁷

Kebijakan dukungan Pemerintah tersebut masih menjadi kendala bagi investor jalan tol. *Pertama*, pada saat nilai tanah melampaui *land capping* (lebih dari 110 %) maka nilai tanah yang diatas 100 % tersebut kembali menjadi beban investor. *Kedua*, dikenakannya beban bunga dan biaya administrasi atas perjanjian pinjaman serta adanya prinsip *claw back* serta diterapkannya ketentuan wan prestasi perjanjian layanan BLU terhadap PPJT. Kendala-kendala tersebut kemudian terkait dengan faktor ketidakpastian pembebasan tanah oleh Pemerintah, sehingga dapat berakibat makin meningkatnya nilai tanah sejalan dengan lamanya waktu pembebasan tanah. Kemudian faktor lain dari kendala ini

⁸⁹⁴ Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 12/PRT/M/2006 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Dukungan Pemerintah Terhadap Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Jalan Tol Yang Dibiayai Oleh Badan Usaha, tanggal 28 Juli 2008. Pasal 4.

⁸⁹⁵ Ibid.

⁸⁹⁶ Ibid. Pasal 9.

⁸⁹⁷ Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 04/PRT/M/2006 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Badan Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol , tanggal 26 Februari 2007. Pasal 8.

adalah dengan diberikannya prioritas bagi ruas jalan tol Trans Jawa, dapat berakibat pada tidak tercapainya volume lalu lintas (*traffic*). Karena jalan merupakan satu sistem (sistem jaringan jalan) yang apabila satu rencana jalan tidak terbangun maka akan mengurangi volume lalu lintas (*traffic*) dari jalan yang terbangun lebih dulu karena tidak tersambung.⁸⁹⁸

Dana bergulir BLU tersebut merupakan dana yang dikelola oleh BPJT yang merupakan dana bergulir untuk membiayai ganti rugi tanah untuk pembangunan jalan tol dan selanjutnya dikembalikan oleh investor swasta sesuai ketentuan dalam perjanjian antara BPJT dengan investor swasta.⁸⁹⁹

Penggunaan dana bergulir BLU ini disamping dari sudut Pemerintah, masalah timbulnya perdebatan sebagai anggaran Pemerintah yang masuk kategori keuangan publik serta masalah kewenangan badan tersebut dalam mengelola dana Pemerintah, dari sudut investor swasta yang akan meminjam, banyak hal-hal yang masih dipertanyakan. *Pertama*, membayar biaya tambahan: biaya administrasi, provisi dan nilai tambah yang cukup besar. *Kedua*, adanya ketentuan *cross default*⁹⁰⁰ yang mengatakan bahwa dengan ditandatanganinya PPJT, maka PPJT akan *default*⁹⁰¹ jika perjanjian BLU *default* ditengah jalan. Ternyata pihak bank yang telah memberi pinjaman untuk biaya konstruksi juga keberatan dengan ketentuan *cross default* tersebut.

Selain permasalahan tersebut di atas, secara birokrasi, kebijakan BLU secara finansial diatur oleh Kementerian Keuangan Republik Indonesia, namun

⁸⁹⁸ Wawancara dengan Hari Sasongko, Direktur Keuangan PT Citra Waspputowa tanggal 4 Agustus 2010.

⁸⁹⁹ Lihat Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 04/PRT/M/2006, tanggal 26 Februari 2007 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Badan Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol, yang kemudian diubah dengan Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 14/PRT/M/2006, tanggal 15 September 2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 4 Tahun 2007 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Badan Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol, serta Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 12/PRT/M/2008 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Dukungan Pemerintah Terhadap Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Jalan Tol Yang Dibiayai Oleh Badan Usaha, tanggal 28 Juli 2008.

⁹⁰⁰ Garner, 383. Black's Law Dictionary menyebutkan, "*cross default: a provision under which default on one debt obligation triggers default on another obligation*".

⁹⁰¹ Ibid., 428. Disebutkan, "*Default: The omission or failure to perform a legal or contractual duty; esp., the failure to pay a debt when due.*"

secara teknis diatur oleh Kementerian PU. Seperti ketentuan petunjuk pelaksanaan pengendalian dan pengelolaan risiko atas penyediaan infrastruktur diatur oleh keputusan Menteri Keuangan,⁹⁰² sedangkan tata cara penggunaan dana bergulir pada perjanjian BLU untuk pengadaan tanah untuk pembangunan jalan tol diatur oleh keputusan Menteri PU.⁹⁰³

4.2 Alternatif Penyelesaian Kendala-kendala Penerapan KPS Model Kontrak BOT Pembangunan Infrastruktur Jalan Tol Oleh Investor Swasta Di Indonesia

4.2.1 Membuat standar kontrak BOT yang memberikan keseimbangan ekonomis (*economic equilibrium*) dan memperbaiki regulasi KPS

Pemerintah harus menjaga keseimbangan ekonomis untuk kedua kepentingan Pemerintah dan swasta (*economic equilibrium*). Dalam permasalahan hukum dan ekonomi, masalah ekonomi telah membuktikan nilai yang sangat besar, namun hal ini apabila ditempatkan pada "moral framework" yang dinyatakan secara tegas dalam hukum sehingga tidak mungkin akan mengurangi *equilibrium economics*.⁹⁰⁴

Economic equilibrium di Amerika Latin telah dijadikan suatu *legal doctrine* dalam perjanjian-perjanjian konsesi (*concession agreements*). Di Colombia dan Panama doktrin *economic equilibrium* dimuat dalam peraturan perundang-undangan terkait konsesi.⁹⁰⁵ Pemerintah Panama bisa memberikan aset

⁹⁰² Lihat Keputusan Menteri Keuangan Nomor: 38/PMK.01/2006 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pengendalian dan Pengelolaan Resiko atas Penyediaan Infrastruktur.

⁹⁰³ Lihat Keputusan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 04 Tahun 2007 tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada BLU-BPJT untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol.

⁹⁰⁴ Campbell, "The Incompleteness of our Understanding", 678.

⁹⁰⁵ Serina, "Legal Aspects of Concession", 371-373. Doktrin tersebut disebut di: Colombia (Article 20 of Law No. 80):

The government may modify a concession agreement where in the public interest, it must maintain the economic equilibrium of the contract for both parties and respect the economic advantages that have been given to the contractor. In the event that the contract does not maintain the required economic balance, the law provides that the parties shall take the necessary steps to re-establish the equilibrium.

Panama (Law No. 56):

The government has several mechanisms at its disposal to maintain the economic balance of the contract. In the case of toll road concession, the government may reduce the tolls charged by the concessionaire to benefit the users of the service, but in so doing must offer the concessionaire a form of compensation to restore the economic balance.

Pemerintah (*the government may grant state-owned property*) kepada pemegang konsesi (*the concessionaire*).⁹⁰⁶

Dalam memberikan solusi untuk suatu kebijakan atas risiko-risiko yang timbul secara tidak terduga (*unforeseen contingencies*) sehingga keseimbangan ekonomis untuk kedua kepentingan Pemerintah dan swasta (*economic equilibrium*), Klaus Berger, dalam tulisannya yang dikutip John Y. Gotanda memberikan argumentasi:⁹⁰⁷

- (a). *Because these contracts typically are of long duration, the political, economic and social climate could change radically during this period and dramatically alter the economic benefits that the parties originally envisioned would flow from the agreement.*
- (b). *A negotiation clause may both protect a state's sovereign right to change laws that may affect the agreement and provide a measure of protection to the private investor.*

Dengan adanya klausula tersebut sebagai klausula stabilisasi dimana apabila Pemerintah mengubah hukumnya akan mempengaruhi manfaat ekonomi. Dalam permasalahan ini maka lembaga arbitrase adalah suatu usulan dalam hal terjadinya permasalahan dalam renegotiasi perjanjian: *"In the event of failure to agree, clause provides for arbitration"*.

Berdasarkan penelitian ini penulis mengusulkan agar Pemerintah mengevaluasi substansi PPJT yang mana draftnya ditawarkan dalam dokumen pengadaan investasi jalan tol kepada peminat investasi jalan tol. Dari pengalaman, dan karena banyak aspek-aspek kontrak KPS adalah umum untuk semua proyek, kebanyakan dapat juga dicapai dengan standarisasi klausula-klausula kontrak KPS berdasarkan pengalaman ini, seperti yang terkait dengan hal-hal:⁹⁰⁸

⁹⁰⁶ Quirico G. Serina, 373.

⁹⁰⁷ Gotanda, "Renegotiation and Adaptation", 1462. Lihat Peraturan Menteri Keuangan Nomor 38/PMK.01/2006 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pengendalian Dan Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur, tanggal 19 Mei 2006.

⁹⁰⁸ Yescombe, 31-33. Hasil akhir dari standarisasi kontrak dengan demikian bisa menjadi sangat sama dengan kerangka regulasi, dan kembali hal ini adalah bermanfaat dalam pembuatan hal-hal tertentu yang lebih besar untuk para penawar (*bidders*) dan para pemberi pinjaman (*lenders*), dan mempercepat proses pengadaan. Beberapa aspek kontrak-kontrak KPS banyak yang bersifat lebih spesifik untuk tipe-tipe kontrak (seperti, model kontrak konsesi atau model

- (a). Persyaratan untuk menyelesaikan fasilitas sesuai spesifikasi yang disepakati sampai suatu tanggal tertentu;
- (b). Kemampuan otoritas publik untuk monitor rancangan dan konstruksi;
- (c). Kewajiban-kewajiban otoritas publik terkait konstruksi;
- (d). Ketentuan-ketentuan untuk otoritas publik untuk mengubah spesifikasi;
- (e). Pembatasan-pembatasan atas perubahan-perubahan kepemilikan badan usaha kerjasama, atau dalam ketentuan-ketentuan pembiayaan pinjaman;
- (f). Ketentuan-ketentuan untuk asuransi, dan penerapan pelaksanaan asuransi untuk penggantian fasilitas;
- (g). Ketentuan-ketentuan untuk otoritas publik untuk melakukan intervensi dan mengambil alih fasilitas yang sedang berjalan dalam hal keadaan darurat;
- (h). Kewajiban-kewajiban pemeliharaan jangka panjang, termasuk ketentuan-ketentuan untuk mengembalikan fasilitas ke otoritas publik pada akhir kontrak KPS;
- (i). Ketentuan-ketentuan pengakhiran lebih awal atas kontrak KPS, termasuk pembayaran-pembayaran kompensasi bagi badan usaha kerjasama.

Dalam setiap perencanaan model kontrak BOT pihak-pihak dalam kontrak harus mengakui kebijakan konvensional dimana risiko dipikul oleh pihak yang mengontrol risiko yang banyak terletak. Fungsi utama perencanaan model kontrak BOT adalah, dengan demikian, untuk mengakui dan memberikan mekanisme untuk penugasan dan manajemen risiko-risiko tersebut. Analisa dan alokasi risiko dengan demikian menjadi pusat pembentukan BOT.⁹⁰⁹

kontrak PFI, dan bila yang belakangan, sifat dari pengalihan risiko) dan suatu sektor dimana badan usaha kerjasama sedang beroperasi (persyaratan-persyaratan untuk sebuah jalan sangat berbeda dari bangunan sekolah). Dengan demikian, lebih sedikit dari kerangka umum aturan atau suatu bentuk standar kontrak dapat ditarik dari masalah-masalah khusus sektor seperti mekanisme biaya (*fee*) jasa layanan, termasuk persyaratan-persyaratan jasa layanan. Bagaimanapun juga, apabila alur proyek KPS cukup panjang, adalah sangat berguna untuk mengambil bentuk-bentuk kontrak standar sektoral yang spesifik yang melingkupi masalah-masalah tersebut.

⁹⁰⁹ Walker and Smith, ed., 6-9. Meletakkan jaringan kerja-jaringan kerja pada tempatnya dapat menjadi proses yang sangat penuh dan rumit. Pengalaman dan bakat yang terlibat akan membuat atau mematahkan hasil. Dalam proyek-proyek infrastruktur BOT ada risiko yang pertama yaitu risiko konstruksi dan kemudian risiko pengoperasian. Kendaraan BOT harus dengan demikian mengambil keduanya. Komponen-komponen signifikan secara ringkas bisa dilihat dalam Tabel Nomor 2.5, sedangkan perencanaan detail kontraktual BOT sebagaimana Gambar Nomor 2.16.

Sebagaimana Klaus Berger,⁹¹⁰ yang dikutip John Y. Gotanda dalam tulisannya "*Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contract, Revisited*", pencantuman klausula renegotiasi dan klausula adaptasi sangat penting agar investor swasta dapat melakukan negosiasi ulang dan melakukan adaptasi atas kondisi finansial perusahaan atau kondisi tingkat pengembalian investasi (IRR) akibat dari risiko-risiko termasuk risiko kenaikan harga tanah. Klausula renegotiasi dan klausula adaptasi ini berbeda dari klausula "perselisihan" dalam PPJT dimana dalam klausula "perselisihan" dikaitkan dengan adanya wanprestasi kontrak dari para pihak. Sedangkan risiko-risiko seperti kenaikan harga tanah tidak terjadi suatu wanprestasi dari salah satu pihak. Untuk itu klausula renegotiasi dan klausula adaptasi sangat penting dicantumkan dalam PPJT.

Lingkungan regulasi juga berdampak pada kemungkinan renegotiasi kontrak konsesi. Regulasi yang baik secara signifikan mengurangi kejadian renegotiasi kontrak selanjutnya. Regulasi yang dirancang dengan baik dari awal akan mengurangi kesalahan-kesalahan yang nyata dan kurangnya kebutuhan untuk modifikasi-modifikasi yang mengganggu. Dalam hal pembuatan kontrak konsesi, bagaimanapun juga ada batasan untuk membuatnya selengkap mungkin (sebagai contoh, mencoba memasukkan setiap kemungkinan "contingency" atau risiko untuk menghindari ruang renegotiasi).⁹¹¹

Keterbatasan pembuatan kontrak konsesi tersebut diatas karena, *pertama*, dalam setiap dunia yang kompleks menggambarkan "contingency" (risiko) yang tidak terbatas yang merupakan suatu hal yang tidak mungkin, dan juga kontrak terikat menjadi tidak lengkap ("incomplete"). *Kedua*, pelaksanaan yang tidak sempurna membatasi efektifitas kontrak. *Ketiga*, kontrak yang rumit bisa menjadi kontra produktif apabila mereka kurang dalam hal transparansi, berisi persyaratan-persyaratan yang kontradiksi dan memberinya kesempatan tuntutan-tuntutan

⁹¹⁰ Gotanda, "Renegotiation and Adaptation", 1462.

⁹¹¹ J. Luis Guasch, Jean-Jacques Laffont, Stephane Straub (April 2003), "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America". Working Paper 3011 Policy Research, The World Bank, Latin America and Caribbean Region, Finance, Private Sector, and Infrastructure Unit, 32.

revisi. Masalah-masalah tersebut mendukung pendekatan alternatif yang bersandarkan pada dokumen konsesi pendek yang khusus, sementara ketentuan umum (*general rules*) mengenai konsesi akan ditemukan didalam undang-undang (*in laws*) dan yurisprudensi (*jurisprudence*) yang relevan. Dengan tipe kontrak seperti ini, berdasarkan pengalaman sebelumnya dalam merancang konsesi, seharusnya memiliki peran penting dalam membatasi risiko pada renegotiasi selanjutnya dan ini secara tepat apa yang kita harapkan dari badan pengatur (regulator) yang memiliki spesialisasi (*specialized*) dan pengalaman (*experienced*).⁹¹²

Bentuk regulasi juga memberikan dampak pada pembangunan infrastruktur. Seperti dinegara-negara Amerika Latin, 75 persen konsesi dinegara-negara Amerika Latin diatur dengan regulasi "price caps". Skema "price caps" tersebut kondusif untuk dilakukannya renegotiasi-renegosiasi yang lebih banyak dan dampak ini sepertinya karena masalah-masalah risiko-risiko yang besar dan rapuh terhadap guncangan. Selain itu, regulasi yang memberikan jaminan pendapatan minimum (*minimum income guarantees*) memberikan perlindungan bagi pemegang kontrak konsesi dari guncangan dan risiko-risiko tidak terduga (*shocks and other unforeseen contingencies*). Situasi pergantian politik juga memberikan dampak terjadinya renegotiasi. Pemerintah akan menerima renegotiasi kontrak pada tingkat kepentingannya seperti dalam hal terjadinya masa pemilihan umum nasional.⁹¹³

Regulasi bertujuan melindungi pengguna jasa dari penyalahgunaan kekuatan monopoli dan melindungi investor-investor dari perilaku Pemerintah yang oportunistis, memberikan sifat sensitifitas secara politis dari tarif infrastruktur dan karakteristik *sunk cost* yang besar dari investasi perusahaan. Tujuan regulator (badan pengatur) harus menjaga tingkat pengembalian keuntungan (*rate of return*) dan biaya-biaya modal suatu perusahaan.⁹¹⁴

⁹¹² Ibid.

⁹¹³ Ibid., 33-34.

⁹¹⁴ Lacina, "Public-Private Roads", 666.

Dalam penelitian oleh Guasch kualitas regulasi ditemukan menjadi faktor penting yang menentukan dari perbedaan antara keseluruhan keuntungan konsesi dan kaitannya dengan lompatan tarif (*hurdle rate*) sekitar 20 persen variasinya. Dalam hal ini regulasi sangat menjadi hal penting. Usaha regulasi terlihat lebih dekat bekerjasama dalam hal menjaga tarif untuk para pengguna jasa yang ada sekarang dari pada menjaga keuntungan yang dijaga dengan lompatan tingkat pengembalian (*hurdle rates of return*).⁹¹⁵

Kesimpulan dari penelitian Guasch (2004), menunjukkan bahwa sebagaimana indikasi teori, regulasi adalah hal yang berpengaruh (*matters*). Penelitian empiris yang dilaporkan menunjukkan bahwa tiga aspek ekonomi yang relevan adalah hal yang berpengaruh (*matters*): *aligning costs and tariffs, dissuading renegotiations and improving productivity, quality of service, coverage and tariffs – the structure, institutions and procedures of regulation*. Dengan demikian usaha harus terus dibuat untuk memperbaiki struktur, kualitas dan kelembagaan regulasi. Regulasi berpengaruh pada perlindungan baik para pengguna jasa dan para investor dan mendekati arah hasil finansial (*financial returns*) dan biaya-biaya modal (*the costs of capital*) dan dalam meningkatkan tingkat manfaat yang lebih tinggi dari persyaratan jasa-jasa layanan infrastruktur oleh sektor swasta.⁹¹⁶

Dalam pelaksanaan regulasi menunjukkan pengalaman-pengalaman yang baik dan tidak baik dengan badan-badan regulasi dan kerangka kerja regulasi yang diterapkan. Masalah legitimasi memiliki dampak penting untuk rincian kerangka kerja regulasi, khususnya bagaimana mengalokasi risiko-risiko dan pemberian hak (*risks and rewards*). Rezim dengan insentif kuat (*high-powered incentive regimes*) seperti „*price caps*“ dianjurkan karena, dengan menempatkan lebih banyak risiko pada sektor swasta, mereka akan memberikan insentif yang kuat untuk mengurangi biaya-biaya. Hal ini akan memberikan manfaat bagi para pengguna jasa sepanjang waktu karena badan pengatur dapat melampaui penghematan biaya pada para pengguna jasa pada *review* regulasi yang akan datang. Namun hal ini

⁹¹⁵ Andres, Guasch, and Straub, “Infrastructure Sector Performance”, 12.

⁹¹⁶ *Ibid.*, 48-49.

juga menimbulkan masalah-masalah legitimasi politik, yaitu efisiensi penghematan hanya timbul apabila perusahaan-perusahaan mendapatkan keuntungan yang substansial yang kemudian dapat dilampauinya biaya-biaya yang lebih rendah. Timbulnya keuntungan-keuntungan tersebut bisa mengurangi kepercayaan publik dalam sistem regulasi.⁹¹⁷

Perubahan-perubahan perundang-undangan dan regulasi yang mempromosikan penerapan KPS harus dipertimbangkan secara hati-hati untuk menjaga kebijakan-kebijakan publik yang penting dan masalah-masalah lingkungan hidup. Apabila terjadi perubahan, akan dapat merugikan ketenagakerjaan (*labor*) dan lingkungan hidup (*enviromtent*) yang bisa tidak dapat diubah atau sulit untuk dikembalikan seperti semula. Bagaimanapun juga perubahan-perubahan tidak boleh dianggap buruk dan selalu berjuang untuk mendapatkan kepentingan yang penting.⁹¹⁸

Banyak perubahan-perubahan peraturan perundang-undangan yang mempromosikan KPS, pada kenyataannya, mempengaruhi ketenagakerjaan dan lingkungan hidup baik secara negatif dan positif. Sebagai contoh, peningkatan proyek-proyek KPS bisa mengurangi ketersediaan pekerjaan-pekerjaan pembangunan dan pemeliharaan dengan pembayaran yang baik dalam industri transportasi. Dilain pihak, peningkatan KPS bisa memberikan kuantitas pekerjaan yang lebih tinggi karena banyak proyek yang dibangun dan diperbaiki. Dalam hal yang sama, banyaknya proyek KPS meningkatkan manipulasi dan kerugian potensial pada lingkungan fisik (*physical landscape*). Sebaliknya, banyaknya jalan dan jalan bebas hambatan berarti kurangnya kemacetan, mengurangi polusi udara yang dapat bermanfaat bagi lingkungan hidup. Dengan demikian tujuan-tujuan efisiensi ekonomi KPS harus disesuaikan dengan sistem-sistem nilai lainnya yang tidak dapat diukur dengan uang, dan sebelum terjadi kerusakan substansial terhadap sumber daya alam. Untuk mencapai keseimbangan antara dua

⁹¹⁷ Harris, 32.

⁹¹⁸ Ellen M. Erhardt, "Caution Ahead: Changing Laws to Accommodate Public-Private Partnerships in Transportation", Valparaiso University Law Review. Copyright © 2007 by Valparaiso University Law Review, (Spring, 2008): 937-938.

kepentingan, hukum dan peraturan perundang-undangan Pemerintah baik pusat maupun daerah harus bekerjasama untuk akomodasi masalah-masalah publik terbaik mengenai KPS.⁹¹⁹

Dalam pengalaman regulasi hukum di Cina, terlihat bahwa baik teks regulasi dan proses legislasi, regulasi hanya memberikan kerangka hukum yang sangat umum untuk mengatur pembiayaan swasta dalam infrastruktur, dan mencoba mencapai keseimbangan antara perlindungan publik dan kepentingan swasta. Sebagaimana regulasi pertama di Cina, terlihat bahwa badan-badan pengatur perlu lebih yakin untuk membuat dokumen-dokumen hukum yang lebih rinci untuk memberikan kepastian yang lebih bagi investasi swasta. Dengan demikian untuk efektifitas penyerahan suatu proyek konsesi, dan untuk keberlangsungan KPS jangka panjang, perlu kerja keras terkait untuk penjelasan dan penerapan regulasi, yaitu persiapan yang hati-hati atas perencanaan proyek dan negosiasi perjanjian konsesi.⁹²⁰

Dalam regulasi dapat diusulkan sebagai alternatif penyelesaian, yaitu *pertama*, konsep KPS model kontrak BOT menurut penulis tidak sejalan dengan ide Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 ketimbang konsep KPS model kontrak lainnya seperti *Outsourcing, Design and Construct, Sale and Leaseback, Operate and Maintain*, dan BTO. Oleh karena konsep KPS memiliki variasi model kontrak yang sangat beragam, maka salah satu model kontrak bisa bersifat “public goods” seperti model kontrak *Operate and Maintain*, model kontrak lainnya bisa bersifat “private goods” seperti model kontrak BOT. Alternatif untuk penyelesaian kendala ini adalah:

- (1). Menafsirkan Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 dengan memperluas definisi infrastruktur yang bersifat “public goods” menjadi juga termasuk “private goods” namun berdimensi publik.
- (2). Memberi landasan hukum hak atas tanah sekunder (HP/HGB) diatas HPL dalam membangun infrastruktur jalan tol. HPL tersebut diberikan Negara kepada kementerian Negara atau lembaga Pemerintah (dalam

⁹¹⁹ Ibid.

⁹²⁰ Cao Fuguo, 69.

hal jalan tol adalah kementerian PU) berdasarkan peraturan perundang-undangan HPL yang berlaku.

Kedua, untuk kendala akibat tidak transparannya penetapan nilai tanah, dimana nilai tanah merupakan bagian dari investasi perusahaan jalan tol adalah Pemerintah harus menjelaskan dasar penetapan nilai tanah dan kapan waktu penetapan nilai tanah tersebut dilakukan atau dihitung. Hal ini harus sinkron dengan proses ganti rugi dalam pengadaan tanah. Apabila penetapan nilai tanah berdasarkan NJOP maka ganti rugi dalam pengadaan tanah harus berdasarkan NJOP, apabila penetapan nilai tanah berdasarkan harga pasar (*real price*) maka ganti rugi dalam pengadaan tanah harus berdasarkan harga pasar (*real price*). Perbedaan penetapan nilai tanah ini terkait dengan ganti rugi dalam pengadaan tanah akan berakibat timbulnya deviasi nilai perkiraan tanah yang berakibat pada nilai investasi yang meningkat.

Begitu juga kapan Pemerintah menetapkan atau menghitung nilai tanah dan kapan pengadaan investasi jalan tol dilakukan, juga berakibat pada deviasi nilai perkiraan tanah yang berakibat pada nilai investasi yang meningkat. Hal ini tidak saja karena kenaikan NJOP tiap tahunnya akan tetapi juga informasi akan dibangunnya infrastruktur jalan akan mempengaruhi sentimen pasar atas harga pasar tanah.

Ketiga, strategi Pemerintah dalam pengelolaan risiko adalah bahwa risiko dialokasikan kepada pihak yang paling mampu mengendalikan risiko tersebut, dengan tujuan untuk mencapai efisiensi serta efektifitas, dan alokasi risiko tersebut adalah:⁹²¹

- (a). Pemerintah Pusat, yaitu risiko yang terkait dengan kewenangan Pemerintah Pusat, seperti: hukum, peraturan, politik, dan lain sebagainya.
- (b). Pemerintah Daerah, yaitu risiko yang terkait dengan kewenangan Pemerintah Daerah, seperti: perizinan, dan lainnya.
- (c). Swasta, yaitu risiko yang terkait dengan perusahaan, seperti: pendanaan, konstruksi, operasi, pasar, dan lain sebagainya.

⁹²¹ Bambang Susantono, Deputi Bidang Koordinasi Infrastruktur Dan Pengembangan Wilayah, Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (tanggal 18 Februari 2009).

Keempat, untuk masalah pengadaan tanah melibatkan beberapa instansi (otoritas) yang bisa saja menimbulkan masalah dalam koordinasi. Sebagai contoh pembentukan P2T yang bisa melibatkan instansi Badan Pertanahan Pusat maupun daerah apabila menyangkut ruas yang terletak di daerah tingkat Provinsi dan Kabupaten, juga melibatkan Kementerian PU dengan dibentuknya TPT sebagai koordinator dari P2T yang mewakili Kementerian PU. Pengadaan tanah juga melibatkan BPJT dan Kementerian Keuangan dengan dibentuknya BLU-BPJT untuk pendanaan pengadaan tanah dengan menggunakan APBN. Dengan demikian perlu suatu koordinasi yang membentuk suatu "one stop service" atas semua permasalahan pengadaan tanah untuk infrastruktur jalan tol atau bahkan juga infrastruktur lainnya.

Kelima, untuk masalah pengadaan tanah perlu diperluasnya pengertian dan interpretasi "untuk kepentingan umum" dalam proses pengadaan tanah, maka hal ini tidak mempengaruhi status infrastruktur jalan tol apakah sebagai "public goods" atau "private goods". Hal ini tentu memerlukan suatu penelitian yang lebih dalam lagi, karena menyangkut persepsi masyarakat yang secara sosiologis menganggap jalan tol sebagai kepentingan swasta.

Terakhir, untuk itu perlu dibentuk suatu undang-undang BOT.⁹²² Undang-undang BOT tersebut berlaku secara umum untuk semua sektor infrastruktur. Pada dasarnya semua infrastruktur memiliki karakteristik umum dan khusus yang sama, seperti masalah pengadaan tanah, adanya pembiayaan proyek, dan masalah-masalah pengalihan risiko infrastruktur yang bersifat *contingency*. Dalam pelaksanaannya yang harus diperhatikan adalah sinkronisasi dan

⁹²² Padeco in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc. (May 1999), III-109. Panjang jalan tol yang beroperasi di Philippine adalah sekitar 170 km. sedangkan total jaringan jalan adalah 160.000 km. Sebagaimana pengalaman di negara Philippines. Dalam pembangunan jalan tol di Philippines, ada dua undang-undang yang mengatur pembangunan jalan tol di Philippines. *Pertama*, "TRB Law" diundangkan tahun 1977 dan membentuk badan pengatur ("a Toll Regulatory Board") untuk mengawasi dan mengatur pembangunan jalan tol diseluruh Philippines, khususnya melalui "*franchise agreements*". Sampai saat ini para pemegang *franchise* mendominasi arena jalan tol. *Kedua*, pada tahun 1990 "BOT Law" diundangkan (perubahan pada tahun 1993). Undang-undang ini membentuk prosedur formal untuk mengembangkan keterlibatan sektor swasta di semua aspek pembangunan infrastruktur. Undang-undang ini tidak membatalkan "TRB Law", dia telah membawa perubahan-perubahan signifikan dalam hal jalan tol yang diajukan, dievaluasi, dan dilaksanakan di Philippines.

harmonisasi dengan peraturan perundang-undang sektoral dan peraturan perundang-undangan terkait lainnya.

4.2.2 Memberikan landasan hukum kepemilikan hak atas tanah (HP di atas HPL) dalam penggunaan tanah kepada investor sebagai *private property* selama masa konsesi dan/atau selama masa pelunasan hutang pembiayaan dan persyaratan hukum yang diperlukan.

Berkaitan dengan aspek tanah dan sumber daya agraria/ alam lainnya sebagai sarana dan modal pembangunan, maka dirasa perlu untuk merumuskan suatu aturan hukum yang menjadi acuan/ panduan untuk menata dan merestrukturisasi penguasaan, pemilikan, penggunaan, dan pemanfaatan tanah dan sumber daya agraria/ alam lainnya. Aturan hukum tersebut sangat diperlukan mengingat secara normatif, tidak ada undang-undang atau bentuk aturan hukum lainnya yang menjadi landasan bersama untuk menyusun berbagai peraturan perundang-undangan sektoral.⁹²³

UUPA misi awalnya adalah untuk mengatur objek materiil bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya (sumber daya agraria). Namun, karena berbagai kendala, UUPA baru mengatur sebagian objek materiil pertanahan saja. Bagian lainnya yang belum terselesaikan, karena kebutuhan pragmatis untuk mengakomodasi pertumbuhan ekonomi pada tahun 1970-an, telah diambil alih oleh berbagai peraturan perundang-undangan sektoral. Rumusan pengaturan sektoral terkait penguasaan, pemilikan, penggunaan, dan pemanfaatan tanah dan sumber daya agraria lainnya banyak yang tumpah tindih.⁹²⁴ MPR kemudian menetapkan Tap MPR No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan pengelolaan Sumber Daya Alam yang memberikan prinsip dan arah kebijakan pembaruan agraria dan pengelolaan sumber daya alam.⁹²⁵

⁹²³ Nurlinda, Ida. *Prinsip-Prinsip Pembaruan Agraria – Perspektif Hukum* (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), 85-86.

⁹²⁴ Ibid. 86-87.

⁹²⁵ Tap MPR No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan pengelolaan Sumber Daya Alam.

Tap MPR tersebut merupakan landasan peraturan perundang-undangan mengenai pembaruan agraria dan pengelolaan sumber daya alam namun bukan merupakan sumber hukum formil. Kedudukan Tap MPR tersebut hanya merupakan tuntunan bagi penetapan arah dan kebijakan pembaruan agraria dan pengelolaan sumber daya alam.⁹²⁶ Pembaruan agraria mencakup suatu proses berkesinambungan berkenaan dengan penataan kembali penguasaan, pemilikan, penggunaan, dan pemanfaatan sumber daya agraria, yang dilaksanakan dalam rangka tercapainya kepastian dan perlindungan hukum serta keadilan dan kemakmuran bagi seluruh rakyat Indonesia.⁹²⁷

Dalam rangka hukum tanah nasional, dimungkinkan para warga negara Indonesia masing-masing menguasai bagian-bagian dari tanah bersama tersebut secara individual, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi, sekaligus mengandung unsur kebersamaan. Hal ini dirumuskan sebagai fungsi sosial dalam Pasal 6 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA): "Semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial".⁹²⁸

Penggunaan norma-norma hukum adat sebagai pelengkap hukum tanah yang tertulis tersebut bukan tanpa syarat. Norma-norma hukum tersebut berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan UUPA. Pasal 5 UUPA menyebutkan: "sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta peraturan-peraturan yang tercantum dalam undang-undang ini (maksudnya UUPA) dan dengan peraturan-peraturan perundangan lainnya".⁹²⁹

Dalam kasus reformasi agraria di Chili terkait masalah hak-hak tanah (*land rights*) dan sistem status tanah (*land tenur systems*), telah menghasilkan

⁹²⁶ Ibid. Pasal 1.

⁹²⁷ Ibid. Pasal 2.

⁹²⁸ Ibid. Asas-asas hukum adat yang digunakan dalam hukum tanah nasional antara lain: asas religiusitas (Pasal 1 UUPA), asas kebangsaan (Pasal 1, 2 dan 9 UUPA), asas demokrasi (Pasal 9 UUPA), asas kemasyarakatan, pemerataan dan keadilan sosial (Pasal 6, 7, 10, 11 dan 13 UUPA), asas penggunaan dan pemeliharaan tanah secara berencana (Pasal 14 dan 15 UUPA), serta asas pemisahan horisontal tanah dengan bangunan dan tanaman yang ada di atasnya.

⁹²⁹ Harsono, 175.

suatu tekanan modernisasi sektor agraria. Initinya adalah, proses reformasi tersebut melibatkan hal-hal perubahan, akses, dan perlindungan:⁹³⁰

(i) changing legal, social and economic institutions processes that perpetuate inequitable or inefficient land tenure systems, labor relations and make difficult any redistributive measures, (ii) providing the landless/rural poor with effective access to productive land with adequate infrastructure and to other essential goods and services, (iii) providing security over the newly gained land and other resources, through title deeds, the official recognition of customary or indigenous rights, or through "voice": ie., effective participation in political or policy process by grass-root organizations and the like.

Hubungan norma-norma hukum adat dan hukum positif, sebagaimana dijelaskan Jurgen Habermas, hubungan internal antara "subjective rights" dan "objective law" pada satu sisi, dan antara otonomi "private" dan "public" pada sisi yang lain, akan membuka dirinya hanya apabila kita mengambil baik struktur intersubjektif atas hak-hak (*the intersubjective structure of rights*) dan struktur komunikatif atas pembuatan peraturan perundang-undangan (*the communicative structure of self-legislation*) secara serius dan menegaskannya secara tepat. Dalam hal ini, hubungan antara hukum dan moralitas harus dapat dijelaskan.⁹³¹

Dalam konteks konsep KPS model kontrak BOT dari penelitian ini disimpulkan sebagai suatu model kontrak dimana antara bangunan fisik infrastruktur (dalam penelitian ini adalah jalan tol) dan tanah merupakan satu kesatuan yang tidak dipisahkan (asas *accessie*).⁹³² Pemerintah tidak bisa menerapkan asas hukum adat (asas pemisahan horisontal) dalam hal ini karena bangunan infrastruktur jalan tol itu sendiri tidak dapat dipisahkan seperti halnya bangunan rumah adat yang terbuat dari kayu dan dapat dipindahkan. Asas pemisahan horisontal tersebut juga sudah tidak relevan lagi di perkotaan dimana

⁹³⁰ Julio Foundez, *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, London: Mac Millan Press, 1997, dalam tulisan Joseph R. Thome, *Land rights and agrarian reform: Latin America and South African perspectives*, 202.

⁹³¹ Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms* (Cambridge: Polity Press, 1977), 104-105.

⁹³² Lihat Gambar Nomor 3.6.

bangunan-bangunan sudah melekat dengan tanah, kecuali untuk daerah pedesaan. Asas pemisahan horisontal secara teoritis bisa saja diterapkan untuk suatu solusi permasalahan, dan ini perlu suatu pengkajian yang lebih dalam lagi.

Dalam KPS model kontrak BOT maka ada dua hak yang timbul dari pengelolaan infrastruktur model kontrak BOT. *Pertama*, adalah hak konsesi itu sendiri yang memberikan hak bagi pemegang konsesi untuk memungut "tol" dalam pengusahaan jalan tol selama masa konsesi. *Kedua*, adalah hak penggunaan tanah atas infrastruktur jalan tol itu sendiri, seperti hak untuk membangun dan menggunakan jalan tol, membangun dan menggunakan bangunan-bangunan gerbang tol dan fasilitas terkait termasuk membangun kantor operasional dan *rest area* serta membangun jaringan *fiber optic* juga tidak tertutup kemungkinan untuk membangun usaha-usaha lainnya yang memiliki tingkat pengembalian investasi yang lebih tinggi dari jalan tol itu sendiri.

Sebagai suatu infrastruktur yang berdasarkan UUD 1945, jalan tol dalam konteks kontrak BOT dimana tanah dalam penguasaan Negara yang diserahkan pembangunan dan pengelolaannya pada investor selama masa konsesi dan akan menjadi milik Negara, maka infrastruktur jalan tol tersebut merupakan *public goods*. Untuk menjadikan status infrastruktur jalan tol tersebut menjadi *private goods* (selama masa konsesi) namun berdimensi publik, maka menurut Penulis, hak konsesi dalam KPS model kontrak BOT perlu diberikan landasan penggunaan hak atas tanah selama masa konsesi. Dalam infrastruktur jalan tol prasarana yang dibangun tidak hanya jalan tol saja akan tetapi juga prasarana lainnya sebagai penunjang seperti bangunan gedung kantor operasional, *rest area*, dan fasilitas lainnya seperti tempat pengisian bahan bakar termasuk pengembangan gerbang tol.

Dari penelitian yang dilakukan Penulis, penggunaan hak atas tanah dalam pengusahaan jalan tol adalah hanya berdasarkan hak konsesi yang diberikan dalam PPJT. Tanah yang telah dibebaskan oleh Pemerintah atas biaya investor adalah milik Pemerintah (barang milik Negara yang dalam hal ini berada di bawah kementerian Keuangan sebagai pengelola barang milik Negara) yang dikuasakan

pada kementerian PU. Kemudian investor membangun jalan tol dan prasarana penunjang lainnya berdasarkan hak konsesi dalam PPJT. Struktur hukum seperti ini, menurut Penulis membawa status hukum infrastruktur jalan tol adalah sebagai *public goods*.

Oleh karena penguasaan jalan ada pada Negara yang kewenangannya diberikan pada Pemerintah,⁹³³ maka tanah yang berada diatas jalan merupakan suatu aset atau barang milik Negara yang berada dibawah Kementerian Keuangan.⁹³⁴ Barang milik Negara tersebut bisa dalam bentuk HP atau HPL. Hak konsesi yang juga menurut Penulis apabila berada di atas HPL dengan memberikan hak memungut “tol” selama masa konsesi, maka hak memungut “tol” tersebut tidak dapat dijadikan jaminan utang.⁹³⁵ Sebagai barang milik Negara, baik HP maupun HPL tidak dapat dilakukan suatu sita jaminan.⁹³⁶

Alternatif solusi untuk menjadikan status infrastruktur jalan tol tersebut menjadi *private goods* atau *private properties* (selama masa konsesi) adalah: *pertama* Pemerintah membuat undang-undang yang mengatur HPL sebagai hak atas tanah sebagai landasan hukum yang kuat, *kedua* memberikan HPL kepada kementerian PU,⁹³⁷ kemudian, *ketiga* adalah dari HPL tersebut, investor dengan membentuk suatu peraturan hukum yang mana investor dapat memperoleh HP dari HPL tersebut untuk membangun infrastuktur jalan tol dan prasarana penunjang lainnya.⁹³⁸ Dengan berlakunya UU No. 1/2004 jo PP No. 6/2006,

⁹³³ Pasal 13 UU No. 38/ 2004.

⁹³⁴ Lihat Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara, tanggal 4 September 2007.

⁹³⁵ Lihat Santoso, 118, dan Sumardjono, ”Tanah Dalam Perspektif”, 215 (Kasus THR Lokasari).

⁹³⁶ Lihat UU No. 1/ 2004, Pasal 50.

⁹³⁷ Saran dari Prof. Ny. Arie S. Hutagalung, SH., MLI sebagai penguji Disertasi bahwa dengan HPL memberikan keleluasaan bagi investor untuk mendapatkan hak atas penggunaan tanah dari Pemerintah yang dalam hal ini adalah kementerian PU. Karena kementerian PU dalam tugas pokok dan fungsinya tidak melaksanakan HPL, maka perlu ada suatu keputusan dari Presiden atau peraturan Presiden yang menetapkan kementerian PU sebagai pemegang HPL. Namun menurut Penulis, HPL harus dibuatkan undang-undangnya yang memberikan landasan hukum yang kuat untuk memberikan HP atau HGB di atasnya.

⁹³⁸ Lihat Pasal 21 dan Pasal 41 PP No. 40/1996. Menurut saran dari Prof Arie Sukanti sebagai penguji Disertasi bahwa investor dapat meminta HGB/HP tersebut kepada Badan Pertanahan melalui kementerian PU.

sebagai barang milik Negara atas HPL tersebut, mitra BOT tidak dapat menjamin, menggadaikan atau memindahtangankan objek BOT tersebut.⁹³⁹

Namun dijelaskan juga bahwa pembebanan HGB di atas HPL dengan HT tidak disebut secara eksplisit dalam PP No. 40/ 1996, maka terhadap hal ini ditegaskan melalui Surat Menteri Negara Agraria/ Kepala BPN No. 630.1.3433 tanggal 17 September 1998. Surat tersebut pada intinya menyatakan bahwa HGB di atas HPL dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani HT dan hal itu memerlukan persetujuan pemegang HPL. Logikanya adalah bahwa peralihan HGB di atas HPL itu memerlukan persetujuan tertulis pemegang HPL. Oleh karena itu, dalam hal ada kemungkinan pengalihan HGB ketika terjadi eksekusi HT atas HGB yang berada di atas HPL tersebut, maka persetujuan pemegang HPL terhadap pembebanan HGB di atas HPL itu berlaku sebagai persetujuan pengalihannya. Hal ini secara mutatis mutandis berlaku terhadap pembebanan HP di atas HPL.⁹⁴⁰

Maria S.W. Sumardjono berpendapat bahwa pembebanan HP atau HGB di atas HPL dengan HT harus disesuaikan dengan peraturan perundang-undangan lain yang berlaku. Ada 3 (tiga) asas umum dalam hukum yang harus diperhatikan: (a) *lex specialis derogat legi generali*, (b) *lex superiori derogat legi inferiori*, dan (c) *lex posterior derogat legi priori*. Pembebanan HP atau HGB di atas HPL dengan HT dalam peraturan perundang-undangan pertanahan adalah ketentuan yang bersifat umum (*lex generalis*). Dalam Pasal 49 ayat (5) UU No. 1/ 2004 ditegaskan bahwa barang milik Negara/ daerah dilarang digadaikan atau dijadikan jaminan hutang untuk mendapat pinjaman (*lex specialis*). Dengan demikian menurut Sumardjono, yang berlaku adalah UU No. 1/ 2004.⁹⁴¹

Atas pendapat Maria S.W. Sumardjono ini, Penulis tidak sependapat bahwa HP atau HGB di atas HPL merupakan barang milik Negara. Pasal 1 butir (10) UU No. 1/ 2004 hanya menyebutkan barang milik Negara adalah semua barang yang dibeli atau diperoleh atas beban APBN atau berasal dari perolehan

⁹³⁹ Sumardjono, "Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya", 213.

⁹⁴⁰ Ibid. 210.

⁹⁴¹ Ibid. 210-211.

lainnya yang sah. Berdasarkan hal ini, Penulis berpendapat bahwa tanah HP atau tanah HGB yang berasal dari tanah HPL yang oleh Pemerintah telah diberikan kepada pihak lain (investor), maka tanah HP atau HGB tersebut tidak masuk dalam kategori barang milik Negara.⁹⁴² Tanah HP atau tanah HGB tersebut sudah terpisah dari APBN/APBD atau tidak bersumber langsung dari APBN/APBD sehingga HP atau HGB yang telah beralih kepada pihak lain (investor) tersebut adalah sebagai *private goods* namun berdimensi publik. Pemindahtanganan barang milik Negara/daerah yang dilakukan dengan cara dijual, dipertukarkan, dihibahkan, atau disertakan sebagai modal Pemerintah berdasarkan UU No. 1/ 2004 memang harus mendapat persetujuan DPR/DPRD, namun karena hal ini untuk kepentingan umum (jalan tol) maka tidak diperlukan persetujuan DPR/DPRD.⁹⁴³

Mengenai definisi barang milik Negara tidak ada keseragaman pendapat dalam beberapa undang-undang terkait konteks aset Negara, beberapa definisi terkait aset Negara disebutkan:

1. Kekayaan pihak lain yang diperoleh dengan menggunakan fasilitas yang diberikan Pemerintah.⁹⁴⁴
2. Keuangan negara adalah semua hak dan kewajiban negara yang dapat dinilai dengan uang, serta segala sesuatu baik berupa uang maupun barang yang dapat dijadikan milik negara berhubung dengan pelaksanaan hak dan kewajiban tersebut.⁹⁴⁵
3. Pemisahan kekayaan negara dari APBN untuk penyertaan modal negara pada BUMN tidak dibina dan dikelola berdasarkan sistem APBN namun berdasarkan prinsip-prinsip perusahaan yang sehat.⁹⁴⁶

⁹⁴² Pasal 1 butir (10) UU No. 1/ 2004.

⁹⁴³ Pasal 45 ayat (2) jo Pasal 46 ayat (1) butir (4) UU No. 1/ 2004. Mengacu pada Pasal 499 KUHPerduta dan Pasal 570 KUHPerduta HP atau HGB di atas HPL merupakan hak-hak kebendaan yang dapat dijadikan hak milik pribadi (dapat dialihkan, dibebankan, disewakan, dan sebagainya).

⁹⁴⁴ Pasal 2 butir (i) Undang-undang Nomor 17 Tahun 2003 Tentang Keuangan Negara.

⁹⁴⁵ Pasal 1 butir 7 Undang-undang nomor 15 Tahun 2006 Tentang Badan Pemeriksa Keuangan.

⁹⁴⁶ Penjelasan Pasal 4 ayat 1 Undang-undang Nomor 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara.

4. Keuangan negara adalah seluruh kekayaan negara dalam bentuk apapun, yang dipisahkan atau yang tidak dipisahkan, termasuk didalamnya segala bagian kekayaan negara dan segala hak dan kewajiban yang timbul karena: (a) berada dalam penguasaan, pengurusan, dan pertanggungjawaban pejabat lembaga Negara, baik di tingkat pusat maupun di daerah; (b) berada dalam penguasaan, pengurusan, dan pertanggungjawaban Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah, yayasan, badan hukum, dan perusahaan yang menyertakan modal negara, atau perusahaan yang menyertakan modal pihak ketiga berdasarkan perjanjian dengan Negara.⁹⁴⁷
5. Yang dimaksud piutang negara atau hutang kepada negara adalah jumlah uang yang wajib dibayar kepada negara atau badan-badan yang baik secara langsung atau tidak langsung dikuasai oleh negara berdasarkan peraturan, perjanjian atau sebab apapun.⁹⁴⁸
6. Penyertaan modal negara adalah pemisahan kekayaan negara dari APBN atau penetapan cadangan perusahaan atau sumber lain untuk dijadikan sebagai modal BUMN dan/atau perseroan terbatas lainnya dan dikelola secara korporasi, termasuk penyertaan modal kepada organisasi/ lembaga keuangan internasional.⁹⁴⁹

Mengacu pada doktrin badan hukum atau *rechtspersoon (corpus habere)*,⁹⁵⁰ Penulis berpendapat bahwa HP/HGB di atas HPL tidak masuk dalam kategori barang milik Negara. Tanah HP atau tanah HGB yang berasal dari tanah HPL tersebut oleh Pemerintah telah diberikan kepada pihak lain (investor). Berdasarkan doktrin badan hukum maka tanah HP/HGB di atas HPL tersebut sudah masuk sebagai kekayaan yang terpisah dari badan hukum tersebut.

⁹⁴⁷ Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

⁹⁴⁸ Pasal 8 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 49 Tahun 1960 Tentang Panitia Urusan Piutang Negara.

⁹⁴⁹ Pasal 1 butir 39 Undang-undang Nomor 10 Tahun 2010 Tentang Anggaran Pendapatan Dan Belanja Negara.

⁹⁵⁰ Badan hukum memerlukan syarat yuridis formil dan empat syarat materiil, yaitu: (1) mempunyai kekayaan yang terpisah, (2) mempunyai tujuan tertentu, (3) mempunyai kepentingan tertentu, dan (4) mempunyai organisasi tertentu (lihat Soeria Atmadja, 92).

Dalam diskusi Penulis dengan Prof. Ny. Arie S. Hutagalung, SH., MLI sebagai penguji Disertasi, dimungkinkan untuk diberikan jaminan hak tanggungan apabila di atas HPL diberikan HP kepada investor.⁹⁵¹ Konstruksi hukum HP di atas HPL ini secara hukum dapat dikatakan sebagai *private goods* selama masa konsesi. Untuk kasus jalan tol Penulis berpendapat adalah tepat memberikan HP di atas HPL dengan melihat masa konsesi yang diberikan untuk tiap-tiap ruas jalan tol bisa bervariasi antara 20-35 tahun. HP tersebut dapat diberikan untuk jangka waktu paling lama 25 tahun dan dapat diperpanjang untuk jangka waktu yang tidak ditentukan selama tanahnya dipergunakan untuk keperluan tertentu.⁹⁵²

Dalam KPS model kontrak BOT, HP sebagai hak atas tanah yang timbul adalah berdasarkan perjanjian dengan pemilik HPL yang dalam hal ini Direktorat Bina Marga Kementerian PU. Perlu dikaji lebih mendalam dalam pemberian sertifikat hak atas tanah ini sehingga terjadi sinkronisasi antara UUPA dan peraturan perundang-undangan terkait barang milik Negara/ daerah. Dalam perjanjian tersebut dapat disepakati status tanah dari HP tersebut sebagai *private goods* namun berdimensi publik, dapat dijadikan jaminan utang yaitu dalam bentuk hak tanggungan sesuai peraturan perundangan yang berlaku, dapat disewakan dengan masa sewa dibawah masa sewa konsesi, tidak boleh mengalihkan fungsi tanah (fungsi jalan), Pemerintah diberi prioritas sebagai pembeli (*exclusive buyer*) apabila terjadi sita jaminan jalan tol oleh kreditor, dan juga disepakati tata cara pengembalian tanah tersebut kepada Pemerintah pada akhir masa konsesi.⁹⁵³ Perpanjangan konsesi menurut Penulis juga merupakan faktor yang dapat mendukung status infrastruktur jalan tol sebagai *private goods* namun berdimensi publik.

Dari pemikiran tersebut diatas Penulis mengusulkan pemberian HP kepada investor infrastruktur jalan tol sebagai HP diatas HPL (tanah milik Pemerintah) yang memungkinkan untuk diberikan jaminan pembiayaan hak tanggungan dalam

⁹⁵¹ Pasal 53 (1) PP No. 40/1996. Menurut pendapat Penulis HPL tersebut harus dibuatkan undang-undang sebagai landasan hak atas tanah yang kuat.

⁹⁵² Pasal 45 (1) PP No. 40/ 1996.

⁹⁵³ Lihat Gambar Nomor 3.7.

pengelolaan infrastruktur jalan tol.⁹⁵⁴ Pertimbangannya adalah bahwa hak tanggungan merupakan hak jaminan yang dibebankan atas tanah sebagaimana dimaksud UUPA, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.⁹⁵⁵ Dengan diberikannya HP di atas HPL maka status infrastruktur jalan tol tersebut adalah satu kesatuan dengan tanah sesuai dengan konsep KPS model kontrak BOT itu sendiri dimana antara tanah dan bangunan jalan tol adalah satu kesatuan (asas *accessie*).⁹⁵⁶

Dalam konteks pengusahaan infrastruktur jalan tol, maka jaminan hak tanggungan ini secara hukum dapat dibebankan untuk keperluan pinjaman pembiayaan perusahaan infrastruktur jalan tol yaitu terhadap bangunan tol dan tanah (HP di atas HPL), sedangkan bangunan *rest area* dapat juga dibebankan hak tanggungan apabila diberikan HGB, dan untuk pendapatan tol dapat diberikan jaminan fidusia. Dengan demikian hambatan pembiayaan perusahaan jalan tol dapat diatasi dengan lembaga jaminan hak tanggungan ini dengan catatan bahwa perlu diberikan sertifikat HP diatas HPL bagi pengelola jalan tol sebagai dokumentasi kontrak pembiayaan dengan pihak perbankan atau lembaga keuangan. Begitu juga untuk pembebanan *rest area* perlu diberikan sertifikat HGB dan untuk pendapatan tol perlu dokumentasi sesuai dengan UUJF.

Dalam permasalahan hukum dimana investor belum dapat melunasi hutang pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan pada saat konsesi berakhir atau diakhiri oleh para pihak atau salah satu pihak sebelum masa konsesi berakhir, maka Pemerintah dapat tetap mengambil hak konsesi tersebut dari investor tanpa harus mengambil hak atas penggunaan tanah (HP di atas HPL), dan infrastruktur tersebut tetap berstatus sebagai *private goods* yang berdimensi publik sebagai *private property* dari investor. HP di atas HPL tersebut tetap dipegang oleh investor sampai berakhirnya pelunasan hutang atas pembiayaan dengan jaminan

⁹⁵⁴ Lihat [Gambar Nomor 4.4](#).

⁹⁵⁵ Pasal 1 (1) UU No. 4/ 1996.

⁹⁵⁶ Lihat [Gambar 3.6](#)

hak tanggungan. Oleh karena konsesi telah dikembalikan pada Pemerintah, maka investor tidak berhak mengoperasikan dan mengambil penghasilan dari jalan tol.

Pencabutan hak konsesi oleh Pemerintah dari investor yang wanprestasi atas perjanjian pinjaman dengan pembebanan hak tanggungan terhadap infrastruktur jalan tol ini, sangat penting untuk menghindari eksekusi dari pihak kreditur atas sita jaminan infrastruktur jalan tol. Untuk itu perlu diatur dalam suatu regulasi atau perjanjian dimana pinjaman pembiayaan tersebut tidak melebihi jumlah pendapatan tol dari sisa masa konsesi, dan Pemerintah dapat melakukan kontrol terhadap jumlah pinjaman atau jumlah pinjaman tersebut harus dengan persetujuan Pemerintah. Kemudian juga apabila terjadi sita jaminan oleh pihak perbankan atas wanprestasi investor jalan tol, maka Pemerintah dapat bertindak sebagai pembeli (*exclusive buyer*) atas infrastruktur yang disita oleh pihak perbankan. Hal ini untuk menghindari pengalihan fungsi penggunaan tanah untuk jalan (jalan tol) apabila dijual kepada pihak lain. Mekanisme pembayaran pembelian infrastruktur jalan tol yang disita tersebut dapat ditetapkan Pemerintah dengan skema meneruskan cicilan pembayaran hutang yang tertunda atau pembelian secara tunai. Pada saat yang bersamaan, Pemerintah mencabut konsesi dari investor jalan tol yang disita asetnya oleh kreditor. Pemerintah kemudian dapat melakukan tender penjualan infrastruktur jalan tol yang disita tersebut dengan mekanisme pengadaan infrastruktur yang berlaku, pemenang tender penjualan infrastruktur jalan tol tersebut kemudian diberikan konsesi perusahaan jalan tol yang telah diperhitungkan ulang oleh Pemerintah (alternatif 1).⁹⁵⁷

Sebagai alternatif dari alternatif 1 tersebut, Pemerintah setelah mencabut konsesi dari investor lama, kemudian menunjuk Jasa Marga untuk melakukan

⁹⁵⁷ Lihat Gambar Nomor 45 (a.1): Alternatif 1. Dalam praktik, yang menjadi permasalahan adalah pada saat kreditor melakukan eksekusi atas aset sita jaminan dan dibeli oleh pihak lain dan pihak lain tersebut kemudian mengalihkan fungsi penggunaan tanah untuk jalan tol menjadi tidak digunakan untuk jalan tol akan tetapi penggunaannya untuk bangunan atau usaha lain (hasil diskusi dengan Anhar Rivai, Konsultan Hukum pada Widiyawan & Partners tanggal 20 April 2011). Untuk itu menurut Penulis, Pemerintah harus membeli aset yang disita oleh Kreditor tersebut dan kemudian dilakukan tender penjualan secara umum. Dengan mekanisme ini maka fungsi penggunaan tanah untuk jalan tol tetap terjaga dan terhindar dari pengalihan fungsi penggunaan tanah untuk jalan tol.

pembelian jalan tol yang disita kreditor dengan cara pembelian dengan cicilan.

Dalam penunjukkan Jasa Marga sebagai BUMN sesuai dengan tugas pokok dan fungsinya sebagai badan usaha milik Negara, Pemerintah memberikan hak konsesi yang telah dicabut dari investor lama yaitu hak konsesi selama masa cicilan jual beli dengan kreditor (alternatif 2).⁹⁵⁸

Dalam kondisi tersebut di atas, maka Pemerintah harus menunjuk operator jalan tol yang baru untuk mengoperasikan jalan tol dan memberikan hak konsesi kepada operator jalan tol baru untuk selama masa pelunasan hutang pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan dari operator lama (investor). Hasil pengoperasian jalan tol tersebut setelah dikurangi biaya operasional akan digunakan untuk pelunasan hutang bagi pihak perbankan atau lembaga keuangan sebagai kreditor. Setelah selesai pelunasan hutang, maka konsesi berakhir sesuai keputusan Pemerintah, kemudian hak konsesi, hak atas penggunaan tanah (HP di atas HPL) dan bangunan infrastruktur jalan tol dikembalikan kepada Pemerintah. Dalam kondisi tersebut maka infrastruktur jalan tol berubah status hukumnya dari *private goods* yang berdimensi publik menjadi *public goods*.⁹⁵⁹ Dalam struktur demikian maka selama masa pelunasan hutang investor, Pemerintah tidak dapat digugat oleh pihak kreditor yang memberi pinjaman pada investor (operator lama), karena status hukum infrastruktur jalan tol masih berstatus hukum *private goods* yang berdimensi publik.

Operator jalan tol baru yang ditunjuk Pemerintah secara teknis harus membuat perjanjian kerjasama dengan operator lama (investor/ pemilik infrastruktur jalan tol) yang belum melunasi hutang pembiayaan jaminan hak tanggungan. Perjanjian kerjasama tersebut selain untuk pelunasan hutang operator lama, juga dapat mengatur bagi hasil antara operator baru (pemilik konsesi) dengan operator lama (investor/ pemilik bangunan infrastruktur jalan tol) sampai selesainya pelunasan hutang pembiayaan jaminan hak tanggungan dari operator lama. Oleh karena perjanjian kerjasama tersebut mungkin secara finansial tidak

⁹⁵⁸ Lihat Gambar Nomor 45 (a.1): Alternatif 1.

⁹⁵⁹ Lihat Gambar Nomor 4.5 (b)

menguntungkan operator jalan tol baru, maka berdasarkan prinsip kontrak yang berlaku di Indonesia sulit untuk memncapai kesepakatan.⁹⁶⁰

Berdasarkan kondisi tersebut, maka penunjukkan operator baru jalan tol harus bersifat wajib (mandatory) yang secara teknis hukum harus diatur dalam suatu undang-undang. Secara teknis hukum, badan hukum yang dapat melakukan hal ini adalah BUMN,⁹⁶¹ berdasarkan fungsinya, yaitu sebagai perintis kegiatan-kegiatan usaha yang belum dilaksanakan oleh sektor swasta dan koperasi.⁹⁶² Dalam bidang pengusahaan jalan tol, Pemerintah telah membentuk badan usaha milik Pemerintah yaitu Jasa Marga yang maksud dan tujuannya adalah menunjang kebijaksanaan dan program Pemerintah khususnya dibidang pengusahaan jalan tol.⁹⁶³

Pemberian HPL dalam rangka memberikan HP⁹⁶⁴ di atas HPL ini kepada investor jalan tol diperlukan persyaratan hukum atau wadah hukum untuk menunjang pelaksanaannya:

Pertama, diperlukan suatu peraturan presiden atau peraturan pemerintah untuk memberikan HPL khusus (spesial) yang menyatakan bahwa tugas pokok dan fungsi dari kementerian PU adalah untuk mengelola tanah.⁹⁶⁵ Menurut pendapat Penulis, harus dibuatkan undang-undang yang mengatur tentang HPL sebagai hak atas tanah berdasarkan UUPA, sebagai sumber hukum yang memberi landasan yang kuat bagi penerima HP atau HGB di atas HPL.

⁹⁶⁰ Pasal 1320 jo Pasal 1338 KUHPerdara.

⁹⁶¹ Alasan hukum penunjukkan BUMN ini adalah selain dia sebagai badan yang mewakili Pemerintah dan bertindak untuk dan atas nama Pemerintah, BUMN akan mendapatkan subsidi Pemerintah dalam tugasnya menjalankan PSO (lihat: Makmun Syadullah, 52-53).

⁹⁶² Pasal 2 (1) d Undang-undang Nomor 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara.

⁹⁶³ Pasal 3 (1) Pernyataan Keputusan Rapat Perusahaan Perseroan (Persero) PT Jasa Marga Tbk Nomor: 28 Akta Tanggal 8 Agustus 2008 dibuat oleh Notaris Ny. Poerbaningsih Adi Warsito, SH.

⁹⁶⁴ Pasal 35 (1) PP No. 40/ 1996 dengan jangka waktu paling lama 25 tahun dan dapat diperpanjang untuk jangka waktu yang tidak ditentukan selama tanahnya dipergunakan untuk keperluan tertentu.

⁹⁶⁵ Kasus yang pernah diberikan Pemerintah atas HPL ini dengan keputusan presiden (hasil diskusi dengan Prof Arie S. Hutagalung tanggal 18 April 2011) adalah: Otoritas Batam, Sekneg (Kemayoran dan Gelora Bung Karno)

Kedua, diperlukan keterlibatan interdep (instansi terkait) dalam penggunaan tanah untuk pembangunan jalan tol seperti Badan Pertanahan Nasional, pemerintahan pusat maupun daerah, sehingga tidak terjadi permasalahan-permasalahan yang bersifat birokrasi.

Ketiga, diperlukan penafsiran Pasal 60 UU No. 38/ 2004 yang menyatakan bahwa tanah yang dikuasai oleh Pemerintah dalam rangka pembangunan jalan didaftarkan untuk diterbitkan sertifikat hak atas tanahnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dibidang pertanahan. Dalam penafsiran ini dimungkinkan selain HP juga dapat diberikan HPL.

Keempat, diperlukan penafsiran Pasal 1 butir 10 dan 11 UU No. 1/ 2004 mengenai definisi barang milik Negara/ daerah. Menurut Penulis pemberian HP atau HGB di atas HPL tidak termasuk barang milik Negara/ daerah.

Dengan konstruksi hukum pemberian HP di atas HPL dalam infrastruktur jalan tol dengan pola KPS model kontrak BOT, maka infrastruktur jalan tol berstatus *private goods* namun berdimensi publik selama masa konsesi. Dalam konteks *private goods*, selama masa konsesi, maka *pertama*, infrastruktur jalan tol tersebut dapat dijadikan jaminan hutang seperti *private goods* lainnya. *Kedua*, sebagai *private goods*, pengaturan tarif (regulasi tarif) dapat dinegosiasikan dalam kontrak KPS (antara Pemerintah dan investor swasta) dan tidak perlu diatur secara umum dalam suatu kebijakan Pemerintah. Dengan demikian tarif tol untuk tiap-tiap ruas jalan tol bisa berbeda sesuai dengan perhitungan investasi masing-masing ruas jalan tol. Dalam konteks berdimensi publik, maka *pertama*, dengan adanya HPL yang diberikan pada kementerian PU, infrastruktur jalan tol masih dalam kontrol Pemerintah (dalam pengoperasian) sesuai fungsi HPL, oleh karena setiap pemberian HP adalah atas persetujuan kementerian PU sebagai instansi yang mengelola tanah, sesuai Pasal 33 ayat (2) UUD 1945. *Kedua*, Pemerintah masih dapat melakukan intervensi atas penetapan tarif tol dalam bentuk negosiasi dalam kontrak KPS (antara Pemerintah dan investor swasta).

4.2.3 Memperbaiki mekanisme dan persyaratan pemberian dana talangan BLU.

BLU adalah bukan kekayaan Negara atau daerah yang dipisahkan, sebagai satuan kerja instansi Pemerintah.⁹⁶⁶ BLU tersebut merupakan investasi Pemerintah yang dalam KPS ini merupakan investasi langsung dalam bentuk kerjasama investasi antara Badan Investasi Pemerintah (BIP) dengan badan usaha dengan pola kerjasama KPS,⁹⁶⁷ atau dalam bentuk pemberian pinjaman yang disertai hak pengembalian pokok pinjaman, bunga dan biaya lainnya.⁹⁶⁸ BLU tersebut adalah suatu instansi di lingkungan Pemerintah yang dibentuk untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang dijual tanpa mengutamakan mencari keuntungan dan dalam melakukan kegiatannya didasarkan pada prinsip efisiensi dan produktivitas.⁹⁶⁹

Dalam pelaksanaan pembangunan infrastruktur jalan tol, BLU ini digunakan sebagai dana talangan untuk pengadaan tanah. Pengadaan tanah tersebut dilakukan Pemerintah dengan pembiayaan investor sebelum dilakukan kontrak pembangunan fisik infrastruktur jalan tol yang merupakan pembiayaan proyek (*project finance*). Dengan demikian kontrak BLU untuk pengadaan tanah seharusnya terpisah dari kontrak BOT (PPJT) dan tidak dikaitkan dengan izin konsesi perusahaan jalan tol.

Tanah yang akan dibebaskan tersebut merupakan milik Pemerintah karena Pemerintah belum memberikan HP di atas HPL kepada investor. Oleh karena tanah belum diserahkan penggunaannya pada investor untuk pembangunan infrastruktur jalan tol dengan model kontrak BOT, maka kontrak BLU yang dibuat antara investor dan Pemerintah (BPJT-BLU) tidak bisa ditetapkan "cross default" terhadap PPJT. Ketentuan "cross default" terhadap PPJT tersebut mempengaruhi pinjaman perbankan dalam hal pembiayaan proyek (*project*

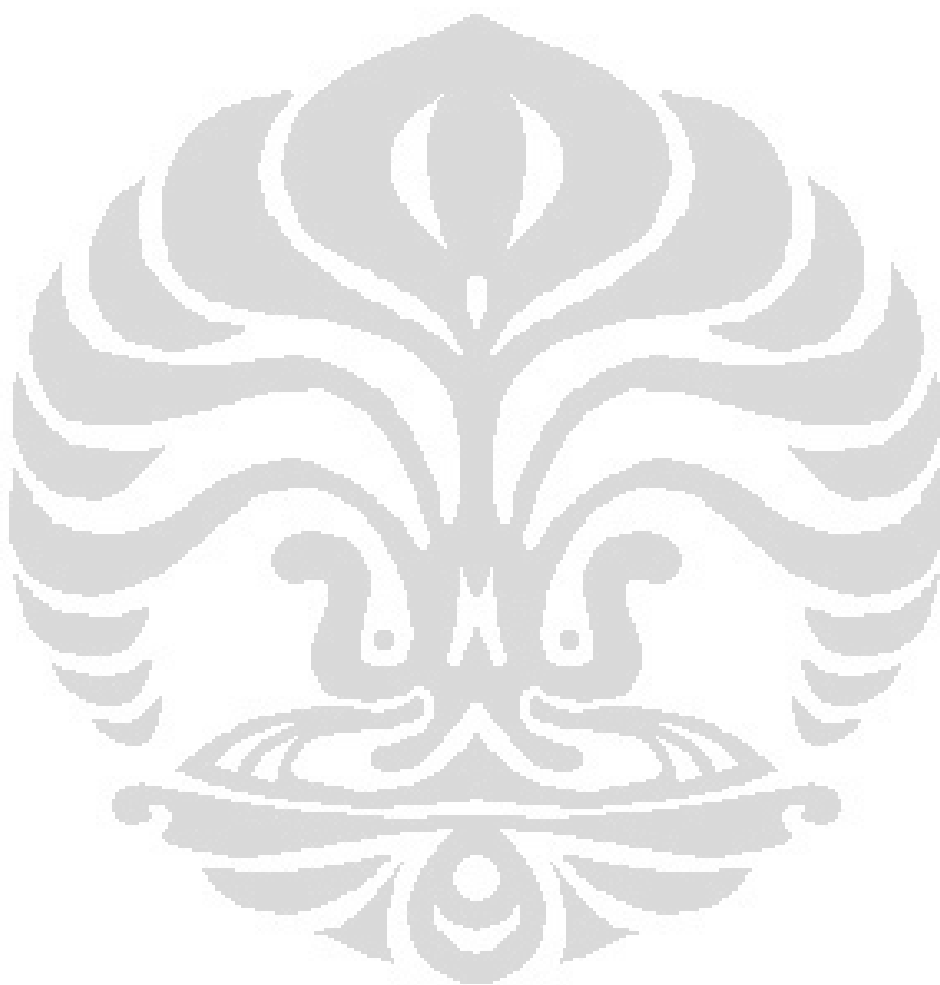
⁹⁶⁶ <http://www.pkblu.perbendaharaan.go.id> (diakses tanggal 23 Agustus 2010).

⁹⁶⁷ Pasal 4 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Investasi Pemerintah (PP No. 1/ 2008).

⁹⁶⁸ Ibid. Pasal 1 butir 5.

⁹⁶⁹ Pasal 1 Butir 1 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2005 Tentang Pengelolaan Keuangan Badan Layanan Umum (PP No. 23/ 2005).

finance). Untuk itu perlu diusulkan untuk memperbaiki (*review*) rancangan kontrak BLU tersebut dengan memperhatikan maksud dan tujuan kontrak BOT dan PPJT serta izin konsesi.



Bab 5 KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan.

KPS model kontrak BOT di Indonesia sebagai alternatif dalam pelaksanaan pembangunan infrastruktur jalan tol oleh investor swasta dalam pelaksanaannya sejak dikeluarkannya UU No. 38/ 2004 dan peraturan pelaksanaannya, dilakukan dengan pengaturan hal-hal sebagai berikut:

- (1). KPS model kontrak BOT, dalam praktik pelaksanaannya, investor melakukan hal-hal sebagai berikut:
 - a. Investor harus menyediakan dana pengadaan tanah yang masuk dalam bagian dari modal investor dalam penyelenggaraan pengoperasian jalan tol, sedangkan pelaksanaan teknis pengadaan tanah tersebut dilakukan oleh Pemerintah (dalam hal ini P2T). Dalam hal ini Pemerintah seharusnya mengkaji ulang kebijakan pengadaan tanah untuk proyek-proyek yang dikerjasamakan dengan model kontrak BOT yang sesuai dengan konsep KPS model kontrak BOT baik secara teoritis maupun filosofis hukum.
 - b. Tanah yang telah dibebaskan oleh Pemerintah dengan biaya pendanaan tanah dari investor swasta secara hukum dimiliki oleh Pemerintah yang dalam hal ini adalah Kementerian PU cq Direktorat Jenderal Bina Marga, sedangkan investor hanya diberikan hak penggunaan tanah secara fisik selama masa konsesi. Dalam hal ini Pemerintah seharusnya mengkaji ulang dimana secara teoritis, status infrastruktur jalan tol yang dikerjasamakan dengan model kontrak BOT merupakan *private goods* sedangkan Pasal 33 (2) UUD 1945 menyatakan bahwa cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara ("public goods"). Untuk itu harus dibuatkan suatu konstruksi hukum dimana cabang produksi tersebut dapat berstatus sebagai *private goods* selama masa tertentu (konsesi) namun tidak menghilangkan hakekatnya sebagai *public goods*.

Universitas Indonesia

- c. PPJT yang ditandatangani investor dengan Pemerintah merupakan kontrak standar yang sangat sederhana, yang belum mengakomodir permasalahan-permasalahan hukum dalam KPS model kontrak BOT yang cukup rumit. Pemerintah seharusnya mengkaji ulang aspek-aspek KPS model kontrak yang tidak sederhana dan harus dapat memilah-milah substansi-substansi yang ada dalam KPS model kontrak BOT dalam instrumen-instrumen hukum yang terpisah.
- (2). KPS model kontrak BOT yang dituangkan dalam PPJT antara Pemerintah dan investor swasta di Indonesia merupakan suatu kebijakan yang belum tepat diterapkan dalam konsep hukum kebijakan yang benar, baik dari segi teori hukum, refleksi teoritis intelektual dan filosofis. Hal ini didasarkan atas hasil penelitian sebagai berikut:
- a. KPS model kontrak BOT merupakan model kontrak yang berkembang di Inggris, Perancis dan Amerika Serikat yang tidak mengenal asas pemisahan horisontal (*horizontal scheiding*) antara tanah dan bangunan fisik infrastruktur melainkan asas perlekatan (*accessie*) antara tanah dan bangunan fisik infrastruktur. Dalam hal ini Pemerintah seharusnya dapat melakukan penerapan hukum yang berkembang di Inggris, Perancis dan Amerika Serikat dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia (*legal transplant*) sebagaimana teori kekuasaan (*power*) yang dikemukakan oleh Alan Watson. Untuk itu dibutuhkan suatu keahlian regulasi yang baik, dimana politik hukum dapat mengacu pada teori hukum, refleksi teoritis intelektual dan filosofis dari substansi masalahnya.
 - b. Dalam KPS model kontrak BOT yang dicoba untuk diakomodasi Pemerintah dalam PPJT, secara teoritis sebenarnya terdapat 4 (empat) perbuatan hukum yang dapat dipisahkan satu sama lain, yaitu: (a) perbuatan hukum pemberian hak konsesi yang masuk lingkup hukum publik, (b) perbuatan hukum kerjasama pengadaan tanah yang masuk lingkup hukum perdata, (c) perbuatan hukum penggunaan tanah yang

masuk lingkup hukum publik, dan (d) perbuatan hukum kerjasama pembangunan, pengoperasian, pemeliharaan dan pengalihan yang masuk dalam lingkup hukum perdata. Dalam hal ini Pemerintah seharusnya dapat mengakomodir 4 (empat) perbuatan hukum tersebut dalam instrumen-instrumen hukum yang tepat dan sesuai, seperti dalam bentuk perjanjian utama dan perjanjian pendukung.

- c. Infrastruktur jalan tol dalam konteks hukum kebendaan perdata terdiri dari barang dan hak-hak. Barang dalam konteks infrastruktur jalan tol adalah bangunan fisik jalan tol dan hak-hak dalam konteks infrastruktur jalan tol adalah hak pendapatan tol dan HP di atas HPL. Bangunan jalan tol tersebut merupakan benda yang tidak dapat dijadikan hak milik pribadi (*public goods*) dimana penguasaan dan penggunaannya tidak dapat dilakukan sebebaskan-bebasnya (dialihkan, dibebankan, disewa dan sebagainya), dengan demikian bangunan jalan tol adalah milik umum (Negara). Sedangkan hak pendapatan tol dan HP di atas HPL dapat dijadikan hak milik pribadi (*private goods*) dimana penguasaan dan penggunaannya dapat dilakukan sebebaskan-bebasnya (dialihkan, dibebankan, disewa dan sebagainya) dengan pembatasan undang-undang dan peraturan umum, tidak mengganggu hak orang lain, dan dapat dicabut haknya dengan pembayaran ganti rugi. Dalam hal ini Pemerintah sudah seharusnya segera membuat undang-undang tentang HPL sebagai hak-hak atas tanah sebagaimana disebutkan dalam Pasal 16 ayat 1 UUPA. Sehingga HP di atas HPL mempunyai struktur yang kuat sebagai hak kebendaan yang dapat dijadikan hak milik (*private goods*).
- d. Pengadaan tanah untuk KPS model kontrak BOT dilakukan dengan regulasi pengadaan tanah untuk kepentingan umum yang tidak sinkron dengan konsep KPS model kontrak BOT yang dikelola swasta selama masa konsesi. Dalam hal ini Pemerintah seharusnya mengkaji ulang kebijakan pengadaan tanah untuk kepentingan umum dimana dalam praktik pelaksanaan pembangunan infrastruktur untuk kepentingan

publik tidak lagi dibangun dan dikelola oleh Pemerintah saja melainkan juga dikerjasamakan dengan investor swasta. Dengan demikian kebijakan Pemerintah dalam pengadaan tanah untuk pembangunan infrastruktur harus direkonstruksi, khususnya tentang pemahaman definisi untuk kepentingan umum dalam pelaksanaan KPS model kontrak BOT.

- (3). Dalam praktik penerapan KPS model kontrak BOT untuk pembangunan infrastruktur jalan tol yang dilakukan investor swasta di Indonesia, menghadapi beberapa kendala, antara lain:
 - a. Apabila terjadi keterlambatan pengadaan tanah oleh Pemerintah, maka akan berdampak kerugian finansial bagi investor, baik terhadap perjanjian pembiayaan pembangunan jalan tol dengan pihak perbankan yang telah ditandatangani (*finansial closing*), maupun akibat dari kenaikan harga tanah yang terus meningkat. Dalam hal ini Pemerintah seharusnya membuat perjanjian pengadaan dan pendanaan tanah yang terkait mekanisme BLU yang terpisah dari perbuatan hukum-pebuatan hukum pemberian konsesi, kerjasama BOT maupun pemberian hak atas tanah.
 - b. Tanah yang dimiliki Pemerintah secara hukum merupakan hak milik publik yang diperuntukkan untuk kepentingan umum (*publiek domein*) dan tidak dapat dijadikan perjanjian perbuatan hukum apapun bentuknya (dijual, disewakan ataupun dialihkan) termasuk atas pendapatan tol tidak dapat dijadikan jaminan hutang karena pendapatan tol tersebut timbul dari aset Pemerintah. Untuk hal ini Pemerintah dapat membuat suatu konstruksi hukum dimana selama penggunaan oleh investor swasta tanah tersebut dapat dijadikan perjanjian perbuatan hukum apapun bentuknya (dijual, disewakan ataupun dialihkan) ataupun dijadikan jaminan hutang sebagaimana halnya *private goods* tanpa menghilangkan sifat publik dari tanah tersebut sehingga tidak bertentangan dengan Pasal 33 ayat 2 UUD 1945.

- c. Regulasi pengadaan tanah untuk kepentingan umum menjadi dilema bagi investor swasta karena biaya pengadaan tanah ditanggung oleh investor swasta sedangkan kepemilikan tanah secara hukum adalah milik (aset) Pemerintah (Kementerian Keuangan), yang dalam hal ini dikuasakan pada Kementerian PU cq Direktorat Bina Marga. Untuk itu Pemerintah perlu mengkaji ulang peraturan perundang-undangan investasi jalan tol dan pengadaan tanah terkait KPS model kontrak BOT sesuai dengan konsep model kontrak BOT dimana antara bangunan infrastruktur dan tanah merupakan satu kesatuan (*asas accessie*).
- d. Pemerintah mencampur adukkan pengertian hak konsesi dan hak penggunaan atas tanah, yang secara hukum adalah dua hal yang berbeda. Hak konsesi adalah bilamana pihak swasta setelah bersepakat dengan Pemerintah, melakukan “sebagian pekerjaan pemerintahan”, atau pihak swasta yang diberi wewenang dengan beberapa syarat tertentu, bisa juga diartikan sebagai lisensi untuk melakukan suatu pekerjaan yang tertentu luasnya, dengan tidak memperbolehkan pihak lain untuk turut serta atau sebagai alat kebijakan Pemerintah (“as a tool of government policy”). Dalam PP No. 15/ 2006, konsesi adalah izin perusahaan jalan tol yang diberikan Pemerintah kepada investor untuk memenuhi pengembalian dana investasi dan keuntungan yang wajar. Sedangkan hak penggunaan atas tanah adalah hak kebendaan yang lebih luas pengertiannya dari hak konsesi, yang diatur dalam UUPA. Untuk itu Pemerintah seharusnya memisahkan kedua perbuatan hukum tersebut dalam instrumen hukum yang terpisah.
- e. Pemerintah juga mencampur adukkan pengertian hak konsesi dan kontrak BOT, yang secara hukum adalah dua hal yang berbeda. Konsesi adalah izin perusahaan jalan tol yang diberikan Pemerintah kepada investor untuk memenuhi pengembalian dana investasi dan keuntungan yang wajar yang pemberiannya harus dilakukan dengan instrumen hukum publik (seperti surat keputusan Menteri atau dengan suatu

perjanjian). Sedangkan kontrak BOT adalah kontrak kesepakatan antara Pemerintah dan investor untuk membangun fisik infrastruktur jalan tol oleh investor, mengoperasikannya dan kemudian menyerahkan bangunan fisik jalan tol tersebut kepada Pemerintah diakhir masa konsesi, dan pelaksanaannya dilakukan dengan instrumen hukum perdata (perjanjian). Kontrak BOT ini lebih bersifat aspek teknis seperti spesifikasi bangunan dan aspek kesiapan pendanaan dan merupakan pelimpahan kewenangan Pemerintah. Sedangkan perjanjian konsesi lebih bersifat aspek hukum dari izin konsesi yang diberikan seperti apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan atas izin yang diberikan tersebut. Untuk itu Pemerintah seharusnya juga memisahkan kedua perbuatan hukum tersebut dalam instrumen hukum yang terpisah.

B. Saran.

Berdasarkan kesimpulan di atas, untuk memberikan alternatif penyelesaiannya, Penulis menyarankan sebagai berikut:

- (1). Keempat perbuatan hukum dalam PPJT tersebut harus dibuatkan perangkat hukumnya dengan instrumen-instrumen hukum yang terpisah yang masing-masing memberikan keseimbangan ekonomis (*economic equilibrium*) dalam bentuk paket perjanjian (perjanjian utama dan perjanjian pendukung), yaitu:
 - a. Dalam pemberian hak konsesi yang masuk lingkup hukum publik, dilakukan dengan instrumen hukum publik (keputusan Menteri atau perjanjian mengenai kebijakan yang akan dilaksanakan). Penulis berpendapat lebih tepat menggunakan perjanjian mengenai kebijakan yang akan dilaksanakan, yaitu kontrak konsesi. Objek perjanjian dalam kontrak konsesi adalah mengenai hak kebendaan (harta kekayaan) Pemerintah yang dimaksudkan sebagai sarana untuk mencapai tujuan kebijakan yang ditempuhnya. Substansinya mencakup kebijakan Pemerintah dalam pengelolaan jalan tol yang dikuasakan secara konsesi kepada investor, masa konsesi, persyaratan-persyaratan bagi investor

untuk menjadikan infrastruktur jalan tol sebagai jaminan hutang dalam bentuk hakm tanggungan, kewajiban Pemerintah untuk memberikan keseimbangan ekonomis (*economic equilibrium*) bagi investor selama periode konsesi dalam bentuk kompensasi, pembagian risiko, serta kewajiban investor untuk menyerahkan infrastruktur jalan tol baik secara yuridis maupun fisik.

- b. Dalam pengadaan tanah yang masuk lingkup hukum perdata, dilakukan dengan instrumen hukum perdata dimana Pemerintah sebagai subjek perjanjian, yaitu dengan kontrak pengadaan tanah dan pendanaan tanah antara investor swasta dengan Pemerintah dalam hal ini adalah BPJT yang diberi kewenangan pengelolaan BLU. Substansinya mencakup hak dan kewajiban Pemerintah dalam pengadaan tanah sesuai dengan skedul yang telah disepakati dalam *business plan* dan hak dan kewajiban investor dalam penyediaan dana pengadaan tanah sesuai dengan skedul yang telah disepakati dalam *business plan*.
- c. Dalam memberikan hak atas penggunaan tanah yang masuk lingkup hukum publik, dilakukan dengan instrumen hukum publik, yaitu dengan suatu pemberian sertifikat hak atas tanah HP diatas HPL kepada investor yang berasal dari aset atau barang milik Negara berdasarkan perjanjian perdata biasa.
- d. Dalam kerjasama pembangunan, pengoperasian dan pemeliharaan jalan tol yang masuk dalam lingkup hukum perdata dimana Pemerintah sebagai subjek perjanjian, dilakukan dengan instrumen hukum perdata (perjanjian perdata biasa), yaitu dengan kontrak BOT antara investor swasta dan BPJT sebagai wakil Pemerintah yang diberi kewenangan dalam melakukan sebagian pengaturan, perusahaan, dan pengawasan badan usaha jalan tol. Substansinya adalah terkait dengan hak dan kewajiban investor dan BPJT dalam masalah pembangunan konstruksi, pengoperasian dan pemeliharaan jalan tol.

- (2). Dalam penelitian yang dilakukan Penulis, model kontrak BOT adalah suatu model yang paling ideal bagi swasta untuk berpartisipasi dalam membangun infrastruktur termasuk jalan tol. Untuk itu Penulis menyarankan untuk memungkinkan investor swasta menguasai infrastruktur jalan tol berikut tanahnya yang merupakan satu kesatuan baik secara fisik maupun hukum. Hasil penelitian yang Penulis lakukan adalah dengan memberikan HPL kepada instansi kementerian PU yang memungkinkan berdasarkan peraturan perundang-undangan memberikan hak penggunaan atas tanah dalam bentuk HP kepada investor dalam pengelolaan infrastruktur jalan tol selama masa konsesi. Untuk itu perlu dikaji lebih mendalam lagi perangkat hukum yang mendukung termasuk tugas pokok dan fungsi dari kementerian PU. Penulis menyarankan agar HPL segera dibuatkan undang-undangnya sebagai sumber hukum yang kuat untuk memberi landasan hukum bagi penerima HP atau HGB di atas HPL. Kajian yang mendalam ini perlu dilakukan agar terjadi sinkronisasi peraturan perundang-undangan yang terkait. Dengan memberikan hak penggunaan atas tanah dalam bentuk HP diatas HPL kepada investor maka infrastruktur jalan tol dapat dikategorikan sebagai "private goods" namun berdimensi publik (karena berada di atas HPL dan hak tersebut berlaku selama masa konsesi). HP itu sendiri dapat dimintakan perpanjangan dengan dilakukannya perpanjangan masa konsesi oleh investor. Dengan diberikannya hak penggunaan atas tanah dalam bentuk HP diatas HPL kepada investor maka infrastruktur jalan tol dapat dilakukan pembebanan jaminan hak tanggungan untuk pembiayaan perusahaan jalan tol selama periode konsesi. Adanya struktur HP diatas HPL ini, maka dengan berakhirnya konsesi atau diakhirinya konsesi oleh para pihak, investor tetap dapat dibebankan tanggung jawab pelunasan hutang atas jaminan tersebut berdasarkan HP diatas HPL dengan ketentuan:
- (1) Pemerintah menunjuk BUMN Jasa Marga berdasarkan fungsinya, sebagai operator jalan tol baru dan memberikan izin konsesinya selama masa pelunasan hutang,
 - (2) antara operator lama dan operator baru harus

dibuatkan perjanjian kerjasama bagi hasil dalam penyewaan jalan tol oleh operator baru pada operator lama yang secara hukum masih memiliki hak kebendaan atas jalan tol tersebut. Hasil dari perjanjian kerjasama bagi hasil tersebut dapat digunakan oleh operator lama untuk pelunasan hutang dan keuntungan (bila ada), dan bagi operator baru untuk menutupi biaya operasional dan keuntungan (bila ada). Dengan struktur hukum seperti ini Pemerintah tidak bisa digugat oleh pihak pemberi pinjaman (kreditur) karena infrastruktur jalan tol tersebut masih berstatus hukum *private goods* yang berdimensi publik. Dalam kondisi aset infrastruktur tersebut dilakukan sita jaminan oleh kreditor, maka Pemerintah harus bertindak sebagai pembeli (*exclusive buyer*) dan pada saat bersamaan mencabut hak konsesi dari investor yang wanprestasi atas pelunasan hutang. Hal ini untuk menghindari pengalihan fungsi penggunaan tanah untuk jalan tol apabila dibeli oleh pihak lain. Setelah dilakukan pembelian dan pencabutan hak konsesi, Pemerintah melakukan tender penjualan infrastruktur jalan tol dengan suatu proses pengadaan dengan melakukan perhitungan kembali atas nilai konsesi yang akan ditenderkan.

- (3). Pengadaan tanah untuk pembangunan suatu infrastruktur termasuk jalan tol, Penulis menyarankan agar dalam regulasi pengadaan tanah untuk kepentingan umum, penjabaran pengertian untuk kepentingan umum tersebut harus diubah sehingga menunjukkan suatu interpretasi yang lebih luas dimana kepentingan umum tidak hanya diartikan sebatas kepentingan masyarakat umum atau kepentingan Pemerintah, tetapi juga kepentingan swasta yang dikemas dalam kegiatan pembangunan ekonomi yang akan memberikan manfaat kepada Negara dan masyarakat secara umum. Dengan diperluasnya pengertian dan interpretasi “untuk kepentingan umum” dalam proses pengadaan tanah, maka hal ini tidak mempengaruhi status infrastruktur jalan tol apakah sebagai *public goods* atau *private goods*. Hal ini tentu memerlukan suatu penelitian yang lebih dalam lagi, karena menyangkut persepsi masyarakat yang secara sosiologis khususnya yang

menganggap jalan tol sebagai kepentingan swasta. Dengan memperhatikan aspek filosofis dan teoritis baik dari segi sosiologis maupun yuridis dan hak asasi manusia, serta regulasi yang transparan dan fair sesuai dengan penerapan regulasi yang harmonis baik secara vertikal maupun horisontal, akan memberikan landasan yang kuat bagi Pemerintah untuk menggunakan kekuasaannya (*power*) yang telah diberikan oleh UU No. 20/1961 untuk mencabut hak atas tanah sebagai jalan terakhir.

- (4). Belajar dari negara Philippine sebagai *benchmark* yang telah membentuk UU BOT (*BOT Law*) dengan mendirikan *BOT Center*, perlu dikaji lebih dalam lagi untuk membentuk UU BOT di Indonesia. UU BOT tersebut khusus untuk infrastruktur-infrastruktur yang menggunakan konsep KPS model kontrak BOT, termasuk jalan tol, yang sinkron baik secara vertikal dengan konstitusi (UUD 1945 khususnya Pasal 33 ayat 2) maupun secara horisontal khususnya dengan peraturan perundang-undangan terkait pertanahan (UUPA).
- (5) Perlu penelitian lebih mendalam lagi untuk mengkaji apakah konsesi termasuk konsesi jalan tol merupakan hak-hak atas tanah dalam UUPA yang harus diatur dengan undang-undang.

DAFTAR TABEL

Tabel Nomor 1.1.

Daftar Investor Yang Sudah Tandatangani Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) sejak diselenggarakannya *Infrastructure Summit 2005* (Januari 2005).

	Uraian	Panjang (Km)	Nilai Investasi (Milyar Rupiah)	Nilai Tanah (Milyar Rupiah)
i	Operasi (21 ruas)	687,87		
ii	PPJT – skema BOT sebanyak (22 ruas)	784,35	67.571,40	10.224,31
	- Konstruksi (6 ruas)	207,25	16.599,18	1.593,30
	- Persiapan dan Pembebasan Tanah (16 ruas)	577,10	50.972,22	8.631,01
iii	Dibangun Pemerintah – skema DBO sebanyak (4 ruas)	75,91	9.846,70	1.978,70
iv	Persiapan PPJT (4 ruas)	154,24	10.267,17	1.580,80
v	Persiapan Tender (31 ruas)	1.385,51	136.799,73	11.213,46
	Total	3.087,88	224.485,00	24.997,27

Data per tanggal 19 Mei 2009

(Sumber data didapat langsung dari Badan Pengatur Jalan Tol – Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia, dalam penelitian langsung bulan Juni 2009).

Note:

- Rencana pembangunan Jalan Tol sesuai Surat Keputusan Menteri Pekerjaan Umum No. 369/2005 jo Surat Keputusan Menteri Pekerjaan Umum No. 280/2006 jo Surat Keputusan Menteri Pekerjaan Umum No. 360/2008 tentang Rencana Umum Jaringan Jalan Nasional sepanjang 3.087,88 Km.
- Rekapitulasi progres pembangunan Jalan Tol per 19 Mei 2009.
- PPJT : Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol.
- BOT : *Build-Operate-Transfer*.
- DBO : *Design-Build-Operate*.
- Km : Kilo meter.

Tabel Nomor 1.2

Daftar Jalan Tol Dalam Tahap Konstruksi sejak diselenggarakannya *Infrastructure Summit* 2005 (Januari 2005).

No.	Ruas / Kelompok	Panjang (Km)	Tanda Tangan PPJT	Investor	Progres Konstruksi (%)
1.	Kanci - Pejagan	35	29-05-2006	PT Semesta Marga Raya	53 %
2.	Kertosono - Mojokerto	41.65	30-06-2006	PT Marga Hanurata Intrinsic	0.27 %
3.	Semarang - Solo	75.70	15-12-2006	PT Trans Marga Jateng	Seksi 1 Paket 1 : 0.900 % Paket 2 : 1.179 % Paket 3 : 0.900 %
4.	Surabaya - Mojokerto	36.27	06-04-2006	PT Marga Nujyasumo Agung	Ruas : 4.672 % Seksi I A : 24.309 %
5.	JORR W1	9.85	02-02-2007	PT Jakarta Lingkar Barat Satu	40 %
6.	Bogor Ring Road	11.00	29-05-2006	PT Marga Sarana Jabar	22 %
	TOTAL	97.70			

Data per tanggal 19 Mei 2009

(Sumber data didapat langsung dari Badan Pengatur Jalan Tol – Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia, dalam penelitian langsung bulan Juni 2009).

Note:

- PPJT : Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol.
- JORR W1 : Jakarta Outer Ring Road seksi West 1.
- Km : Kilo meter.

Tabel Nomor 1.3

Daftar Rekapitulasi Realisasi Luas Tanah Yang Dibebaskan sejak diselenggarakannya *Infrastructure Summit 2005* (Januari 2005).

A TRANS JAWA					
No	Ruas	Panjang (Km)	Kebutuhan Luas PPJT (Ha)	Realisasi Luas PPJT (Ha)	Bobot (%)
1	Cikampek – Palimanan	116,00	788,24	142,06	16,02
2	Kanci – Pejagan	35,00	248,36	242,63	97,71
3	Pejagan – Pemalang	57,50	380,15	47,52	13,01
4	Pemalang – Batang	39,00	239,70	-	-
5	Batang – Semarang	75,00	476,17	1,10	0,23
6	Semarang – Solo	75,70	804,40	42,45	5,28
7	Solo – Mantingan	57,10	368,87	18,05	4,89
8	Mantingan – Ngawi – Kertosono	120,01	743,10	22,67	3,05
9	Kertosono – Mojokerto	41,65	294,35	36,40	12,37
10	Mojokerto – Surabaya	34,05	365,00	31,98	9,38
Sub Total A		651,01	4.699,34	584,86	12,45

B NON TRANS JAWA					
No	Ruas	Panjang (Km)	Kebutuhan Luas PPJT (Ha)	Realisasi Luas PPJT (Ha)	Bobot (%)
1	Makasar Seksi IV	11,60	3,00	2,65	88,40
2	Bogor Ring Road	11,00	33,00	26,46	80,18
3	Cinere – Jagorawi	14,70	134,70	18,91	14,04
4	Gempol – Pasuruan	33,75	331,71	0,84	0,25
5	Gempol – Pandaan	13,61	100,06	73,99	73,95
6	Depok – Antasari	21,55	180,01	0,07	0,04
7	Bekasi – Cawang – Kp Melayu	21,04	95,28	1,03	1,08
8	Cibitung – Cilincing	34,50	197,51	-	-
9	JORR W2 (Ulujami – Kb Jeruk)	7,00	42,00	-	-
10	Akses Tanjung Priok	12,10	26,80	-	-
11	Cileunyi – Sumedang – Dawuan	58,50	363,00	-	-
12	Medan – Kualanamu	60,00	456,23	-	-
13	Pemindahan Gerbang Tol Pondok Gede Timur	1,30	12,70	-	-
14	Pelebaran Jalan Tol Prof. Dr. Sedyatmo	8,00	19,10	-	-
Sub Total B		308,65	1.995,10	123,95	6,21
TOTAL		959,66	6.694,44	708,81	10,59

Data per tanggal 19 Mei 2009

(Sumber data didapat langsung dari Badan Pengatur Jalan Tol – Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia, dalam penelitian langsung bulan Juni 2009).

Note:

- PPJT : Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol.
- JORR W2 : Jakarta Outer Ring Road seksi West 2.
- Km : Kilo meter.
- Ha : Hektar are

Tabel Nomor 2.1

Daftar Tingkat Partisipasi Swasta Dalam KPS dalam 4 indikator pembangunan Jalan Tol di beberapa negara (panjang Jalan Tol, pendapatan domestik bruto per kapita, jumlah kepemilikan kendaraan dan tingkat partisipasi Swasta).

Negara	Panjang Jalan Tol (Km)	PDB (US \$) 1997	Pemilik Kendaraan Per 1000 populasi 1997	Tingkat Partisipasi Swasta
Argentina	197	9,700	151	Moderate
Brazil	856	6,300	67	High
Chile	2.5	11,600	109	Moderate
China	4,735	3,460	8	High
Columbia	1,330	6,200	38	High
France	6,716	22,700	521	Moderate
Hong Kong	67.8	26,800	74	High
Hungary	254	7,400	272	Moderate
Indonesia	472	4,600	21	High
Italy	6,440	21,500	679	High
Japan	9,219	24,500	551	Low
Malaysia	1,127	11,100	152	High
Mexico	6,061	7,700	133	High
Philippines	168	3,200	12	High
Spain	2,255	16,400	457	High
Thailand	91	8,800	105	Moderate
United Kindom	8	21,200	406	High
United Sates	7,363	30,200	760	Low

Sumber: The World Bank, Ministry of Construction, Japan, May 1999.

(Dikutip dari: The World Bank, Ministry of Construction, Japan, Asian Toll Road Development Program, Review of Recent Toll Road Experience in Selected Countries and Preliminary Tool Kit for Toll Road Development, Draft Final Report, May 1999, Padeco Co. LTD, in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc.)

Note:

- PDB : Pendapatan Domestik Bruto
- US \$: Mata uang Dollar Amerika Serikat
- Km : Kilo meter

Tabel Nomor 2.2

Daftar Persentase Partisipasi Swasta per Sektor Infrastruktur

Sektor Infrastruktur	Persentase Partisipasi Swasta
Water and sanitation	18%
Road transport	8%
Power	30%
Telecommunications	28%
Rail transport	2%
Water transport	5%
Air transport	3%
Gas	6%

Sumber: World Bank, *Private Infrastructure Project Database (Study 1995)*.

(Dikutip dari: RMC Discussion Paper Series 117, Gregory Fisher and Suman Babbar, *Private Financing of Toll Roads*, Sponsored by the World Bank's Project Finance and Guarantees Group and produced in collaboration with Mercer Management Consulting, Inc., was guided by an Advisory Committee that was formed in December 1995 and chaired by Ram Chopra, Director of the Bank's Cofinancing and Project Finance Departement, halaman 1.)

Tabel Nomor 2.3**Tekanan-Tekanan disamping Privatisasi**

Force	Goal	Reasoning
Pragmatic	Better government	Prudent privatization leads to more cost-effective public services.
Ideological	Less government	Government is too big, too powerful, too intrusive, in people's life and therefore is a danger to democracy. Government's decisions are political, thus are inherently less trustworthy than free-market decisions.
Commercial	More business	Government spending is a large part of the economy; more of it can and should be directed toward private firms. State-owned enterprises and assets can be put to better use by the private sector.
Populist	Better society	People should have more choice in public service. They should be empowered to define and address common needs, and to establish a sense of community by relying more on family, neighborhood, church, and ethnic and voluntary associations and less on distant bureaucratic structures

(Sumber dikutip dari : Savas, Emanuel S., *Privatization, The Key To Better Government*, New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1987, halaman 5.)

Tabel Nomor 2.4

Komponen signifikan perencanaan proyek BOT

CONSTRUCTION PHASE	
Risks	Solutions
Completion delays	Experienced turnkey contractor Penalties, liquidated damages, performance bonus Completion/ performance guarantees Proven technology
Cost overruns	Fixed-price/ lump-sum contracts Standby credit Increased equity
Force majeure	Insurance Government indemnities
Political risk	Insurance Export credit agency cover
Infrastructure	Government assurances
OPERATION PHASE	
Risks	Solutions
Revenue stream	Market study/ traffic growth, etc
Performance/technical	Proven technology Performance guarantees Contractor's equity Deficiency agreement
Operation/maintenance	Contractor/ licensor involvement Experienced operator
Foreign exchange	Flexible price formula Central bank assurances Swaps Escrow accounts
Other contingencies	Government support Covenants

(Sumber: C. Walker and A. J. Smith (Editors), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, London: Thomas Telford Publications, 1999, halaman 7).

Tabel Nomor 2.5
Identifikasi dan alokasi risiko-risiko

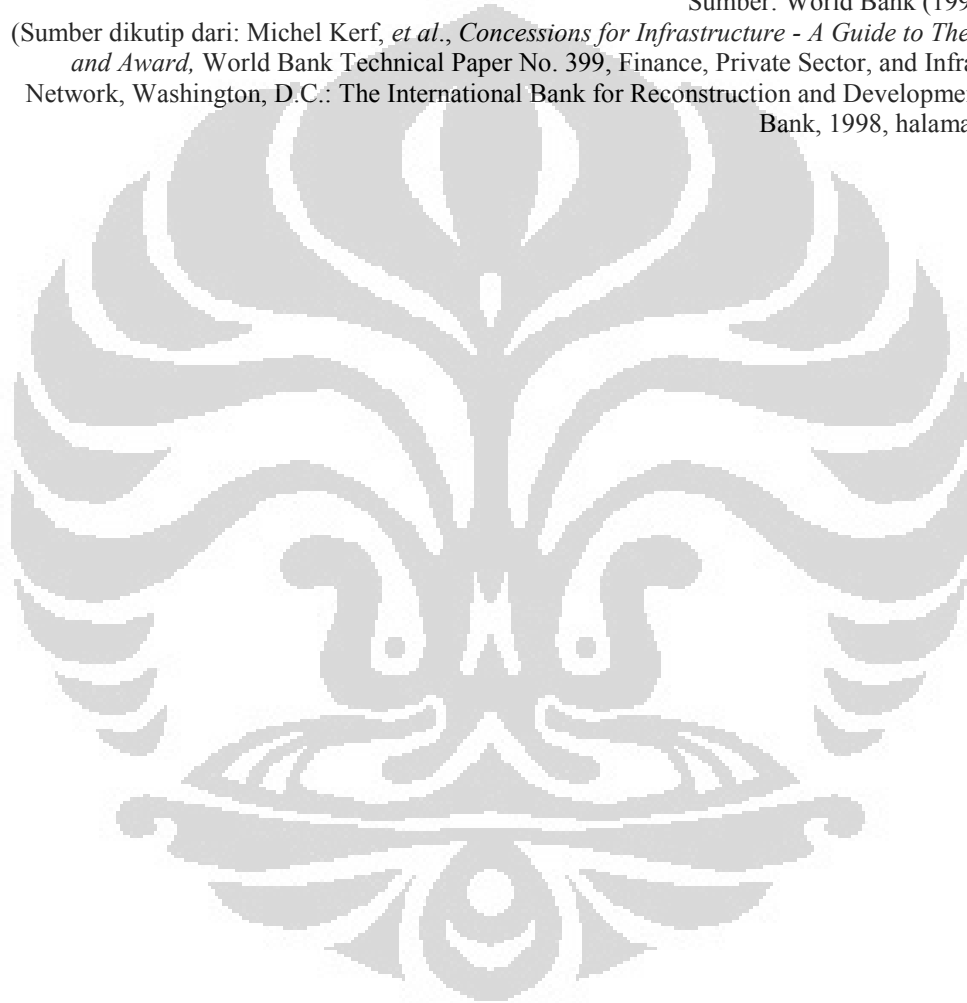
WHAT IS THE RISKS?	HOW DOES IT ARISE	HOW SHOULD IT BE ALLOCATED
<i>Design/development risks</i>		
Design defect	Design fault in tender specifications Contractor design fault	Public sector to bear risk Liquidated damages to be paid by contractor; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns
<i>Construction risk</i>		
Cost overrun	Within construction consortium's control (inefficient construction practices, wastages, and so on) Outside construction consortium's control: changes in the overall legal framework (changes of laws, increased taxes, and so on). Outside construction consortium's control: actions of government that specifically affect the project (delays in obtaining approvals or permits, and so on)	Contractor to bear risk through fixed-price construction contract plus liquidated damages; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns Insurer risk if insurance is available; once insurance proceeds are exhausted, erosion of project company's returns. Public sector to bear risk
Delay in completion	Within construction consortium's control (lack of coordination of subcontractors, and so on) Outside construction consortium's control (force majeure, and so on)	Liquidated damages to be paid by constructor; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns Insurer risk, if risk was incurred; once insurance proceeds are exhausted, erosion of project company's returns
Failure of project to meet performance criteria at completion	Quality shortfall, defects in construction, and so on	Liquidated damages to be paid by constructor; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns
<i>Operating cost risk</i>		
Operating cost overruns	Change in practice of operator at project company's request Operator failure	Project company to bear risk Liquidated damages to be paid by operator to the project company; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns

Failure or delay in obtaining permissions, consents, and approvals	Public sector discretion	Public authorities to bear risk
Changes in prices of supplies	Increased prices	Allocation of risk to the party best able to control, manage, or bear it (supplier, project company, or users)
Nondelivery of supplies on the part of public authorities	Public sector failure	Public authorities to bear risk
<i>Revenue risk</i>		
Changes in tariffs	In accordance with the terms of the contract (for example, indexation of tariffs leads to reduced demand)	Project company to bear risk
	Government breach of the terms of contract	Public sector to bear risk
Changes in demand	Decreased demand	Project company to bear risk
Shortfall in quantity, or shortfall in quality leading to reduced demand	Operator's fault	Liquidated damages to be paid by the operator; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns
	Project company's fault	Liquidated damages to be paid by the project company to public authority
<i>Financial risk</i>		
Exchange rates; interest rates	Devaluation of local currency; fluctuation	Project company's to bear risk (hedging facilities might be put in place)
Foreign exchange	Nonconvertibility or nontransferability	Public sector to bear risk; in case of contract termination, compensation to be paid by government
<i>Force majeure risk</i>		
Act of God	Floods, earthquakes, riots, strikes, and so on	Insurer risk, if risk was insured; otherwise, risk to be borne by project company
Changes in law	Changes in general legal framework (taxes, environmental standards, and so on)	Normally, project company to bear risk (public sector could bear risk when changes are fundamental and completely unforeseeable; for example, switch from free market to central planning)
	Changes in legal or contractual framework directly and specifically affecting the project company	Public sector to bear risk
<i>Performance risk</i>		
Political force majeure	Breach or cancellation of contract; expropriation,	Insurer's risk, if risk was insured; otherwise risk to be borne by public sector;

	creeping expropriation, failure to obtain or renew approvals	in case of contract termination, compensation to be paid by government
<i>Environmental risk</i>		
Environmental incidents	Operator's fault	Liquidated damages to be paid by the operator; once liquidated damages are exhausted, erosion of project company's returns
	Pre-existing environmental liability	Public sector to bear risk

Sumber: World Bank (1997: 46-50)

(Sumber dikutip dari: Michel Kerf, *et al.*, *Concessions for Infrastructure - A Guide to Their Design and Award*, World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector, and Infrastructure Network, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 1998, halaman 26-27).



Tabel Nomor 2.6

Ringkasan dokumentasi bentuk kerangka kerja hukum proyek BOT

	Agreement	Parties	Main functions/ content
Level 1: -Internal agreement	Treaty	2 or more countries	Internal agreement; demonstration of governments' commitment
Level 2: -Government Agreement	Concession agreement	Government/ project company	Grant of rights to finance, build, operate, and to collect charges
Level 3: -Internal agreements	Consortium promoters	Promoters	Define relationship of agreement before establishment of project company
	Shareholders' agreement	Project company/ shareholders	Define capital structure and relationship of shareholders
Level 4: -External agreements	Loan agreement	Project company/ lenders	Terms of loans, securities and restrictions
	Consultancy agreement	Project company/ consultants	Scope of konsultancy services and remuneration
	Construction contract	Project company/ contractor(s)	Scope of work, terms on time, quality and cost
	Operational input agreement	Project company/ suppliers	Terms of supply
	Operational output agreement	Project company/ purchasers	Terms of sale
	Operation agreement	Project company/ operator	Term of operation and leases

(Sumber: C. Walker and A. J. Smith (Editors), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, London: Thomas Telford Publications, 1999, halaman 180).

Tabel Nomor 2.7

Instrumen-instrumen yang melekat yang membentuk norma-norma Regulasi .

Constitution	The constitution of <i>Colombia</i> provides for proper indemnification for the expropriation of private property (Art. 58). It also specifically gives the state control of the electromagnetic spectrum and the mandate of combating monopolistic practices in the use of the spectrum (Art. 75)
Parliamentary laws	In <i>Chile</i> the 1982 Mining, Electric Power Services Law (DFL-1) provided the basis for the regulation of electricity generation, transmission, and distribution and sets out the provisions for rate setting.
Decree-laws	In <i>Peru</i> the 1992 Decree-Law of Electric Concessions (Decree-Law 25.844) was adopted by the government (presiden and cabinet ministers), acting under emergency powers, and replaced previous electricity laws.
Presidential decree	In <i>Argentina</i> the creation of the Comision Nacional de Telecomunicaciones, the telecommunications regulator, came in a presidential decree (Decreto 1185/90). In addition to the structure of the agency, it describe procedures for the award of licenses, control of prices, and interconnection rules.
Ministerial decree	In some cases a decree may be issued by a sector ministry, such as <i>Costa Rica's</i> decree by Ministry of Natural Resources, Energy and Mines in 1989 (Decree No. 18.947), which established parameters for private investor participation in some power projects.
Licenses	In <i>Jamaica</i> the license for the national telecommunications operator includes provisions fixing the rate of return to be earned by the company.
Contractual arrangements	A concession contract for the operation and maintenance of the water and wastewater systems in Cancun, <i>Mexico</i> set out service efficiency standards and the tariff regime.
Decisions by regulatory agencies	In <i>Colombia</i> the Comision de Regulacion de Energia Gas, a specialist regulatory agency, plays an active role in implementing competition regulation in the sector. The Comision imposed a system of free access to the electricity network and issued decisions requiring the state oil company to divest its gas transportation assets.

Sumber: World Bank staff.

(Sumber dikutip dari: Michel Kerf, *et al.*, *Concessions for Infrastructure - A Guide to Their Design and Award*, World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector, and Infrastructure Network, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 1998, halaman 103).

Tabel Nomor 2.8

Ketentuan-ketentuan pengoperasian usaha dan dampak potensi terhadap Konsesi.

Accounting rules	<ul style="list-style-type: none"> - Standards applied for purposes of taxation and regulatory oversight - Accounting and auditing procedures (for example, is audit by a public agency mandatory?)
Bankruptcy law	<ul style="list-style-type: none"> - Conditions and procedures for liquidation, bankruptcy, and insolvency - Protection afforded to the project company's creditors
Contract law	<ul style="list-style-type: none"> - Conditions for the formation of contracts (for example, contractual capacity of key customers and suppliers)
Company law	<ul style="list-style-type: none"> - Provisions on the establishment of companies - Limits to ownership forms (for example, with or without limited liability, and joint stock companies) - Ability to "unbundle" control and voting rights from the rights to dividends and income - Provisions for minimum capital requirements, on the conditions for sale or transfer of shares and on the protection of minority shareholders
Financial law	<ul style="list-style-type: none"> - Ability to get financing from local banks, pension funds, and other financing sources
Foreign exchange rules	<ul style="list-style-type: none"> - Conditions of money convertibility, repatriation of profit, and so on
Import/export law	<ul style="list-style-type: none"> - Right to import materials and liabilities for import duties - Submission to export controls
Intellectual property rights law	<ul style="list-style-type: none"> - Protection of patent, know-how, and business secrets - Ratification of international conventions
International law	<ul style="list-style-type: none"> - Ratification of international conventions, for example on trade and investment, which affect other areas of the law (such as expropriation and currency convertibility)
Public procurement law	<ul style="list-style-type: none"> - Conditions of publicity, access, and competition (for example, is there a preferential treatment for state-owned enterprises?)
Securities law	<ul style="list-style-type: none"> - Conditions for the issuance and trading of shares and operation of financial intermediaries - Existence of a securities exchange market and regulatory body - Creation, perfection, and enforcement of collateral interests
Tax law	<ul style="list-style-type: none"> - Application of corporate income tax, real estate tax, value-added tax (for example, regarding tax withholding treatment, standards applied to transfer pricing, depreciation norms, tax exemptions, double taxation) - Tax administration procedures

Sumber: Guislain (1997) and World Bank staff.

(Sumber dikutip dari: Michel Kerf, *et al.*, *Concessions for Infrastructure - A Guide to Their Design and Award*, World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector, and Infrastructure Network, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 1998, halaman 19).

Tabel Nomor 2.9

Elemen-elemen penting kontrak konsesi jalan tol

Element	Description
Grant of concession	The concessionaire should be granted exclusive rights to the use of the toll road right-of-way.
Credit enhancement of concession grantor	When financial support measures (e.g., revenue shortfall compensation, payment of shadow tolls) are involved in a concession contract, the credibility and capability of the concession grantor to make such payments on a timely basis is important.
Toll rate setting and adjustment	The concession contract must provide a clear framework for toll setting and adjustment covering topics such as operating cost fluctuations, currency devaluation, and minimum debt service ratios. Such matters are particularly important when revenue guarantees are not in place and the concessionaire bears construction, traffic, and toll collection risks.
Conditions to terminate contract	In the event that concession is terminated, whether as a consequence of a default by the concessionaire or the grantor, or as a result of the occurrence of a force majeure event, then the grantor or a new entity appointed by the grantor would take over all ownership rights to the toll road, including the right to collect tolls.
Step-in right of lenders/ concession grantor	Project lenders will invariably seek to take an assignment from the concessionaire of its rights and interests under the concession contract, including its rights to the revenues from the tolls or fares. In addition, when the concessionaire is in breach of its obligations under the concession contract or there has occurred a default event under financing documents, the project lenders will wish the rights to “step-in” to cure the breach and, in some cases, transfer the shares in the concessionaire to a new sponsor, or transfer the concession to a new concessionaire.
Changes in law	One of the most difficult concession contract negotiation issues relates to changes in law, the occurrence of acts of government interference, force majeure, and other events or circumstances outside the control of the concessionaire that reduce returns for the sponsors or results in the concessionaire’s inability to pay the project lenders. In most concession contracts, unless a deficiency guarantee or subsidy is provided, such events or circumstances will expressly exclude insufficient traffic or downturn in usage.
Exclusivity	The concession contract should ideally provide that no other concession that would compete with the project has been or would be granted, at least for an acceptable period. Unless such an assurance is provided, a competing concession may be granted and reduce traffic flow.
Dispute resolution	The approach may be to require dispute resolution under local law, with proceedings in the local language and/or English, or to provide for offshore arbitration under internationally tested rules.
Mitigation of risks	Various risks associated with the projects are assumed among the participants who are best able to manage such particular risks. Major risks for a private financed toll road project include: (i) political risks, (ii) construction completion risks, (iii) market and revenue risks, (iv) operation risks, (v) finance risks, and (vi) legal risks.
Post-concession issues	There has not yet been a toll road concession project in which the concession has expired and the facility transferred. These post-concession issues must be discussed and determined as apart of the integrated transport policy of each country before the granting of the concessions.

(Sumber: Draft Final Report, The World Bank, Ministry of Construction, Japan, Asian Toll Road Development Program – Review of Recent Toll Road Experience in Selected Countries and Preliminary Tool Kit for Toll Road Development, Padeco in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc., May 1999, halaman I-10).

Tabel Nomor 2.10

Ukuran-ukuran dukungan Pemerintah untuk pembangunan jalan tol (untung-ruginya)

Support Measures <i>Countries where practiced</i>	Contents	Advantages	Disadvantages
Comfort Letter <i>China</i>	A legally non-binding letter issued by government to give support to certain actions not clearly stated in contractual agreement such as performance of a public corporation as a grantor of concession.	Can provide financiers and sponsors a minimum level of assurance when no implicit government support is attainable.	Not legally binding.
Land Acquisition <i>China, Thailand, and United States, and others</i>	Expropriation of right of way for toll road construction. Cost of land acquired maybe borne either by the government or the concessionaire.	Helpful for the concessionaire because the right of expropriation usually resides with the government. This support usually improves “project economics” to a great extent when implemented at no cost to the sponsors.	Delays.
Extention of Concession Period <i>Indonesia and others</i>	Measure to provide compensation for the loss of profit due to circumstances caused by the government.	Improves project economics.	Effect on current cash flow is small.
Construction of Related Facilities <i>United Kingdom, Thailand, and other</i>	Construction of connecting roads, access ramp, etc.	Contributes significantly to the project since connecting roads and other facilities are critical elements for commencement of operation.	Construction delays may critically impair the commencement of operation.
Revenue Support <i>Malaysia and China (including Hong Kong SAR)</i>	Revenue support is usually done with a minimum threshold for compensation paid by the government.	Facilitation of the finance closing and the project.	Weak design may impose a large contingent liability on the government.
Revenue Sharing with Existing Facilities <i>Malaysia, Thailand, United Kingdom, and others.</i>	Deriving revenue from an existing toll road facility; can take the form of taking over the complete facility including employees and assets as well as debts.	Possible mitigation of revenue shortfall risk in the startup years.	Revenue sharing formula requires careful design . Possible burden when all assets, debts, and employees are to be transferred.

Shadow Toll <i>United Kingdom and Argentina</i>	Toll is paid by government according to the vehicle-km (kilometer) of the traffic counted automatically.	Facilitation of private financing without stimulating resistance to tolling.	Possible financial burden/ fiscal inflexibility in the later years; may hinder transition to real tolling.
Provision of Development Rights and Third-Party Revenue <i>Malaysia and China (including Hong Kong SAR)</i>	Right of commercial development along the toll road to supplement project economics.	Enhancement of project economics.	Excessive dependence on this measure may impair project economics.
Subsidies/ Grants <i>Chile, Colombia, and Spain.</i>	Government support both in cash and in kind such as land and facility.	Enhancement of project economics.	Arrangement may be time consuming and implementation may be delayed; possible risk of undue governmental intervention, "moral hazard", etc.
Subordinated Loan <i>Malaysia and others</i>	A type of loan for which repayment is subordinated to the senior loan (ordinary loan). Government, parent company and, in some cases, institutional investors are providers of the loan. The interest rate is higher than for a senior debt.	Facilitation of finance closing because it is treated as equity; could be used as stand-by facility to mitigate risks such as cost overrun and revenue shortfall.	Possible deterioration of project economics due to higher interest cost.
Foreign Exchange Guarantee <i>Indonesia, Philippines, and Spain</i>	Compensation for impact caused by devaluation of local currency. It could be built in the tariff formula.	Facilitation of finance closing in foreign currency when country risk in this respect is high.	Possible large contingent liability for the government in the event of large currency devaluation.
Loan (Bond) Guarantees <i>China and others</i>	Guarantee on repayment of loan and on redemption of bond.	Facilitation of finance closing.	Possible large contingent liability for the government; moral hazard for concessionaire and lenders.
Equity Guarantees	Guarantee of equity investment.	Facilitation of project proposals and implementation.	Possible large contingent liability for the government; moral hazard for concessionaire and investors.

(Sumber: Draft Final Report, The World Bank, Ministry of Construction, Japan, Asian Toll Road Development Program – Review of Recent Toll Road Experience in Selected Countries and Preliminary Tool Kit for Toll Road Development, Padeco in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc., May 1999, halaman I-11).

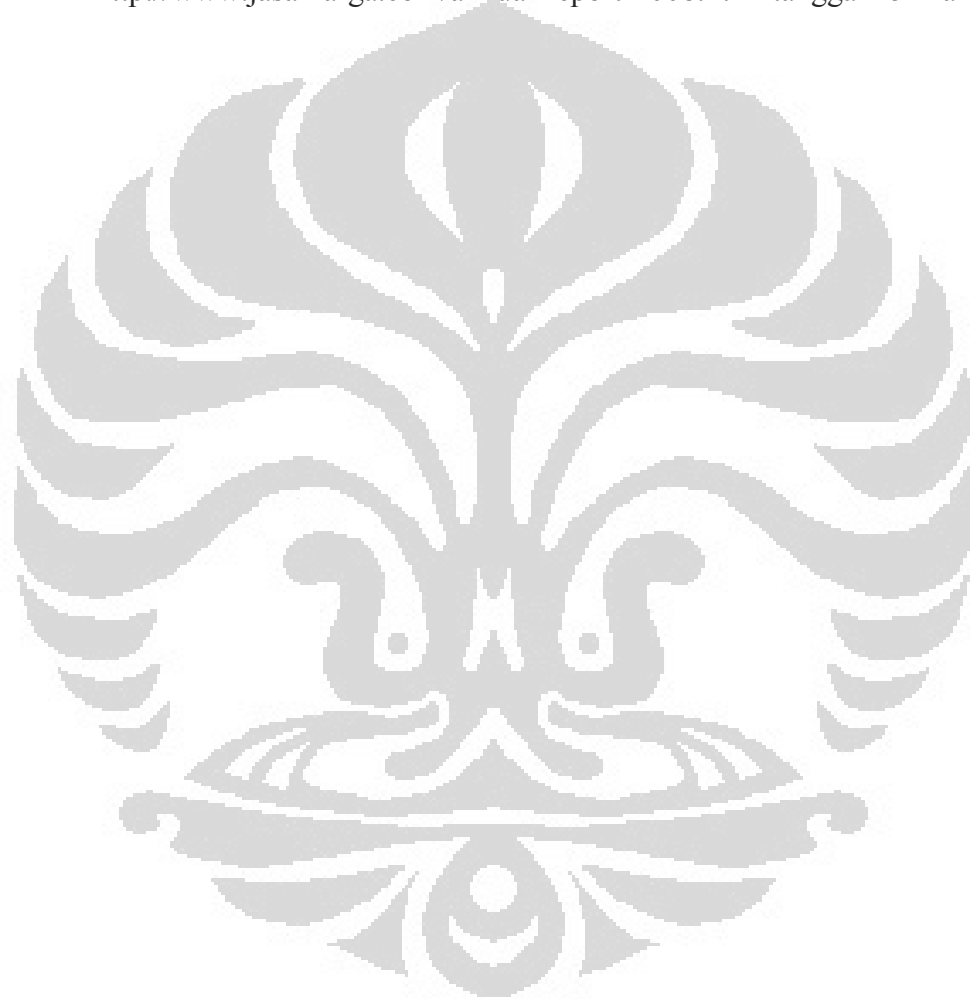
Tabel Nomor 3.1.

Anak Perusahaan dan Perusahaan Asosiasi Jasa Marga

No	Nama Perusahaan	Kepemilikan Jasa Marga (%)	Kegiatan Utama
1	PT Jalantol Lingkarluar Jakarta (JLJ)	99,00	Jalan Tol Jakarta Outer Ring Road (JORR)
2	PT Marga Sarana Jabar	55,00	Jalan Tol Bogor Ring Road
3	PT Trans Marga Jatim Pasuruan	66,00	Rencana Pengusahaan Jalan Tol Gempol - Pasuruan
4	PT Trans Marga Jateng	60,00	Rencana Pengusahaan Jalan Tol Semarang - Solo
Anak Perusahaan PT JLJ			
1	PT Translingkar Kita Jaya	10,00	Jalan Tol Cinere - Jagorawi
2	PT Marga Trans Nusantara	30,00	Jalan Tol Kunciran - Serpong
3	PT Marga Kunciran Cengkareng	20,00	Jalan Tol Cengkareng - Kunciran
Investasi Pada Perusahaan Asosiasi Yang Telah Beroperasi			
1	PT Ismawa Trimitra	25,00	Penyewaan Gedung Kantor
2	PT Citra Marga Nusaphala Persada	4,23	Jalan Tol Cawang – Tanjung Priok – Jembatan Tiga
3	PT Bosowa Marga Nusantara	5,37	Jalan Tol Ujung Pandang
4	Marga Net One Limited	10,00	Jasa teknis manajemen pengoperasian dan pemeliharaan jembatan tol Jamuna
5	PT Margabumi Matraraya	6,47	Jalan Tol Surabaya – Gresik
6	PT Marga Mandala Sakti	1,94	Jalan Tol Tangerang – Merak
Investasi Pada Perusahaan Asosiasi Yang Belum Beroperasi			
1	PT Jatim Marga Utama	30,00	Pengusahaan jalan tol Surabaya – Mojokerto & Pengusahaan jalan tol Gempol - Pasuruan
2	PT Bukaka Marga Utama	20,00	Awalnya rencana pengusahaan jalan tol Ciawi – Sukabumi namun BOJT menetapkan perusahaan lain
3	PT Marga Nujyasmu Agung	1,71	Jalan tol Surabaya - Mojokerto

4	PT Citra Margatama Surabaya	5,26	Jalan tol Simpang Susun Waru – Juanda
5	PT Marga Bumi Adhika Raya	0,88	Jalan tol Simpang Susun Gempol – Pandaan
6	PT Marga Raya Jawa Tol	2,47	Jalan tol Waru (Aloha) – Wonokromo – Tanjung Perak
7	PT Kresna Kusuma Dyandra Marga	10,00	Jalan tol Bekasi Timur – Cawang – Kampung Melayu.

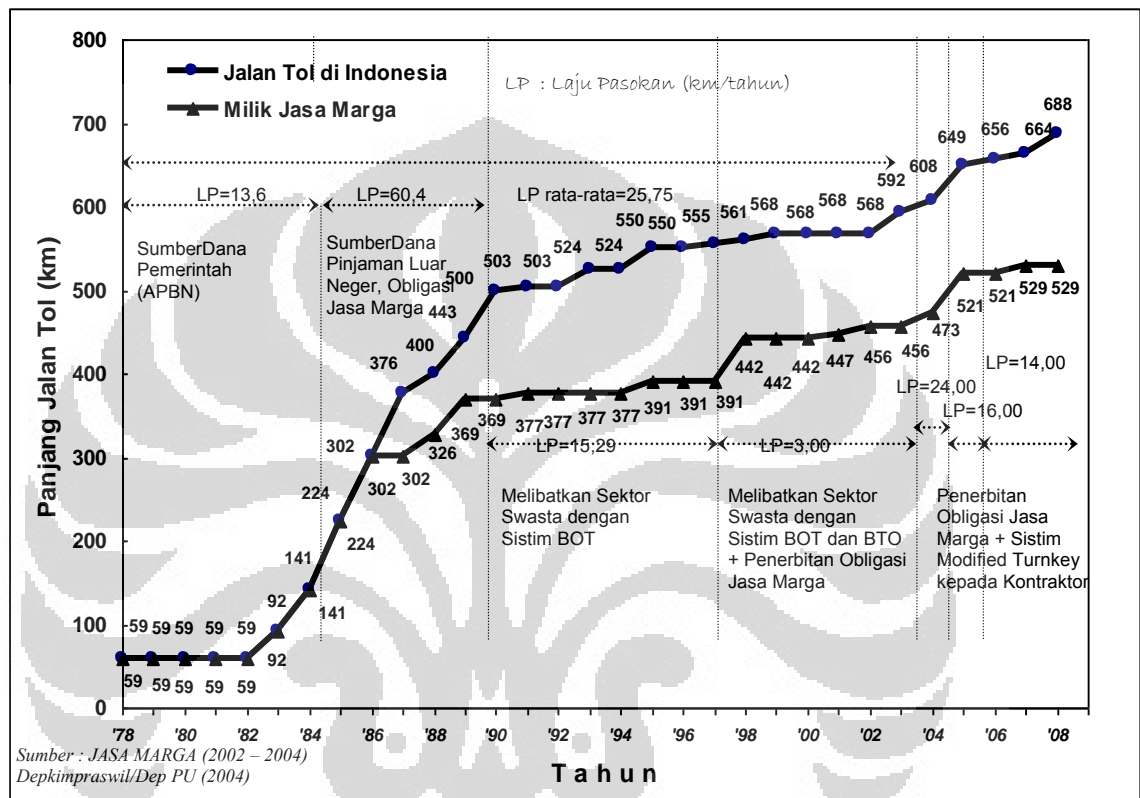
(Sumber: Annual Report 2008 PT Jasa Marga diambil dari <http://www.jasamarga.com/annual-report-2008.html> tanggal 25 Maret 2010)



DAFTAR GAMBAR

Gambar Nomor 1.1.

Daftar Investor Swasta Yang Berhasil Membangun Jalan Tol Berdasarkan Undang-Undang No. 13 Tahun 1980 Tentang Jalan (Sampai dengan tahun 2004)



Data per tanggal 19 Mei 2009
(Sumber data didapat langsung dari Badan Pengatur Jalan Tol – Departemen Pekerjaan Umum Republik Indonesia, dalam penelitian langsung bulan Juni 2009).

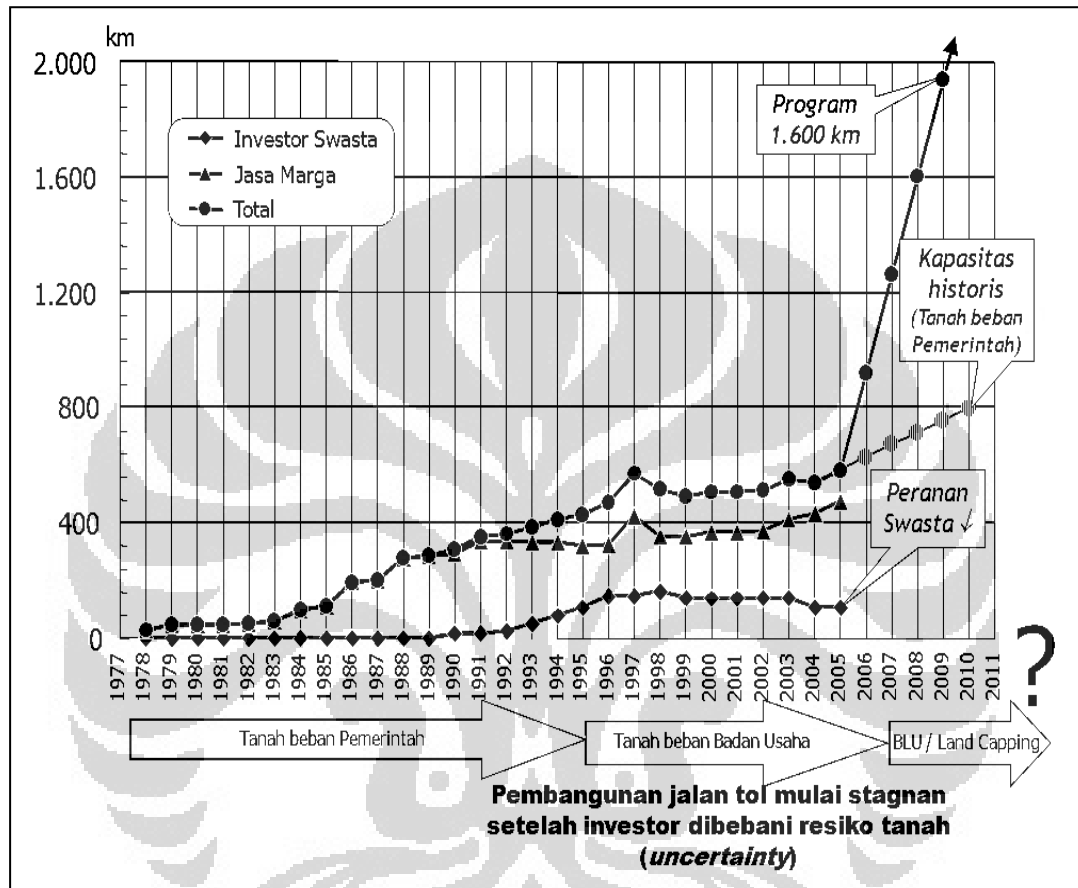
Note:

- LP : Laju Pasokan (Kilo meter per tahun)
- BOT : *Build-Operate-Transfer*
- BTO : *Build-Transfer-Operate*
- APBN : Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara
- Km : Kilo meter

Gambar Nomor 1.2

Progres pembangunan jalan tol setelah biaya tanah dibebankan pada Investor berdasarkan Surat Edaran Menteri Keuangan No. Jl.03.01.Mn/11 tanggal 22 Januari 1997.

(Tahun 1997 - 2004)



Sumber: Warta Citra Marga Edisi 26 Mei 2009, halaman 7.
(Warta Citra Marga diterbitkan oleh PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk sebagai Media Komunikasi Internal).

Note:

- Data asli sebagai acuan ditambah dengan beberapa penambahan untuk memperjelas masalah progres pembangunan Jalan Tol dikaitkan dengan pembebanan biaya tanah pada Investor sebagaimana Surat Edaran Menteri Keuangan No. JL.03.01.Mn/11 tanggal 22 Januari 1997.
- BLU : Badan Layanan Umum
- Km : Kilo meter

Gambar Nomor 2.1

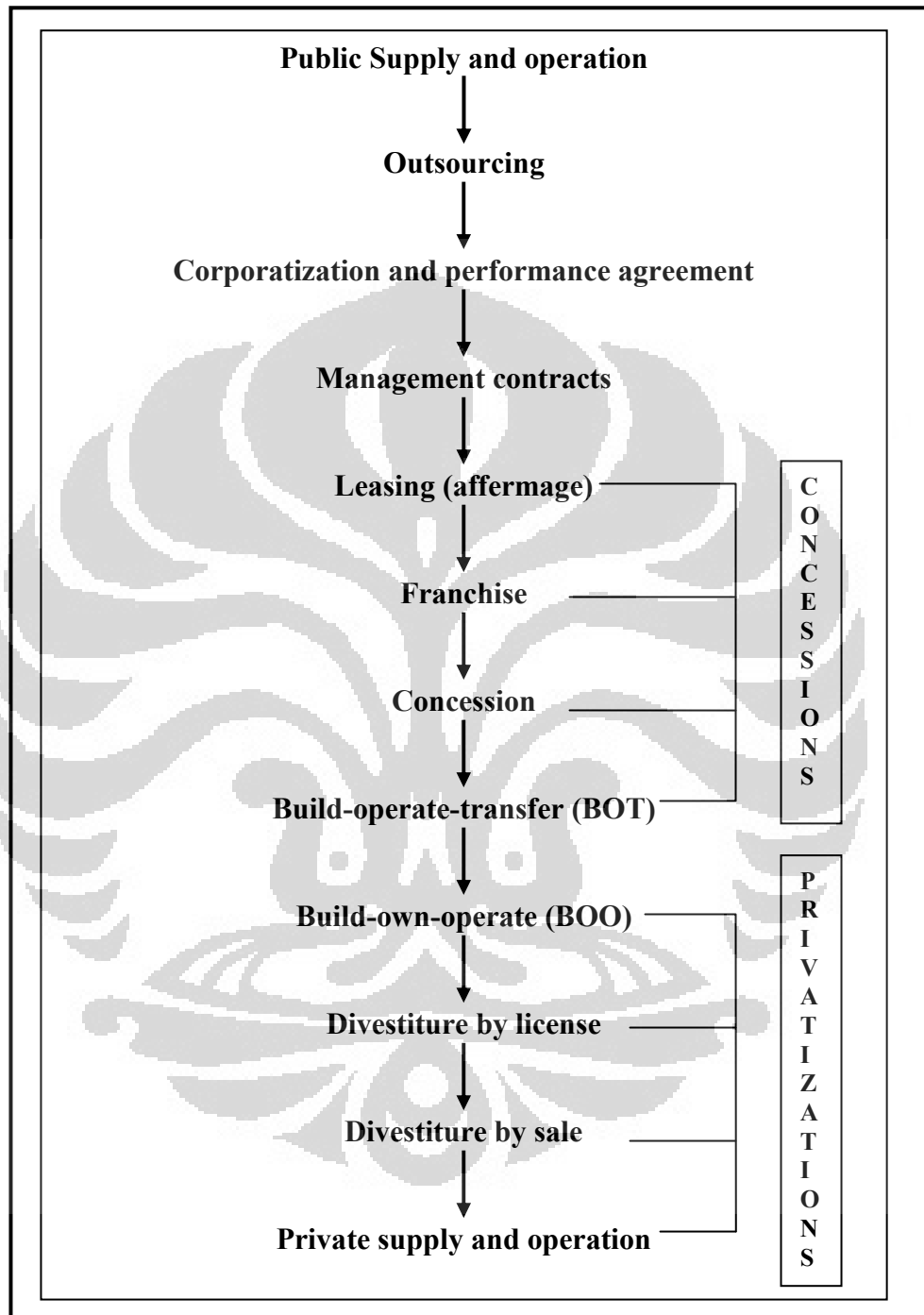
Klasifikasi Infrastruktur berdasarkan tipe.

	Hard	Soft
Economic	roads motorways bridges ports railways airports telecommunications power	vocational training financial institutions R & D facilitation technology transfer export assistance
Social	hospitals schools water supply housing sewerage child care prisons aged care homes	social security community services environmental agencies

Sumber: Darrin Grimsey and Mervyn K. Lewis, *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2007, halaman 21.

Gambar Nomor 2.2

Tipe-tipe partisipasi Swasta dalam Infrastruktur



(Sumber: Guasch, J. Luis, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right*, World Bank Institute, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 2004, halaman 24)

Gambar Nomor 2.3

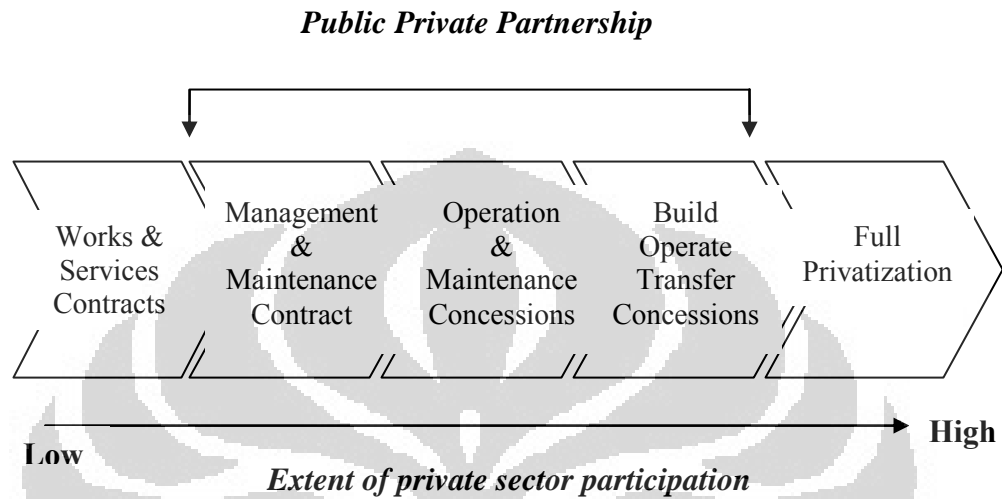
Wilayah-wilayah dan tanggungjawab berdasarkan tipe-tipe partisipasi Swasta yang berbeda.

VARIABLE	MANAGEMENT CONTRACTS	CONCESSIONS	PRIVATIZATIONS
Ownership of physical and land assets	Government	Government	Private operator
Ownership of vehicles	Government	Government/ Private operator	Private operator
Investment responsibilities	Government	Private operator	Private operator
Service control	Government	Government/ Private operator	Government/ Private operator
Tariff control	Government	Government/ Private operator	Government/ Private operator
Revenue risk	Government	Private operator	Private operator
Cost risk	Government	Private operator	Private operator
Labor risk	Government	Private operator	Private operator
Management cost risk	Private operator	Private operator	Private operator

(Sumber: Guasch, J. Luis, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right*, World Bank Institute, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 2004, halaman 25)

Gambar Nomor 2.4

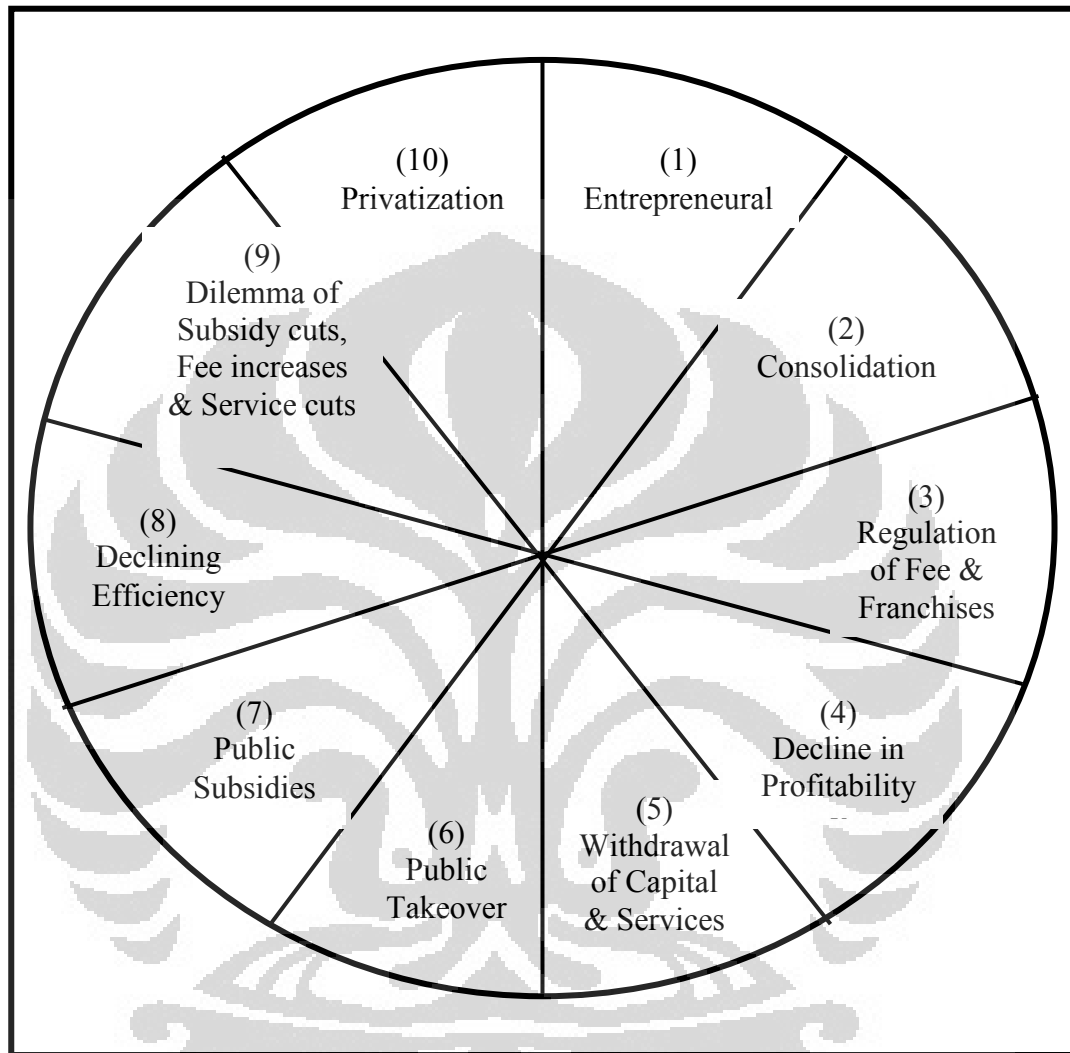
Gambar tingkat partisipasi Swasta dalam konsep KPS.



(Sumber: Toolkit for Public Private Partnership in Highways)
<http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/Highways/start.HTM>)

Gambar Nomor 2.5 (a)

Roda Privatisasi dan Nasionalisasi.



(Sumber: Gomez-Ibanez and Meyer (1993) dalam Clive Harris, *Private Participation in Infrastructure in Developing Countries – Trends, Impact, and Policy Lessons*, World Bank Working Paper No. 5, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 2003, halaman 40).

Gambar Nomor 2.5 (b)

Dimensi-dimensi barang dan jasa.

Dimension		Exclusion	
		Feasible	Infeasible
Consumption	Individual/ rival	(1) Private goods	(2) Common-pool goods
	Jointly/ nonrival	(3) Toll goods	(4) Collective goods

(Sumber: Kraiyudht Dhiratayakinant, *Privatization: An Analysis of the Concept and Its Implementation in Thailand*, Policy Study No.2, Bangkok: The Thailand Development Research Institute Foundation, 1989. , halaman 13).

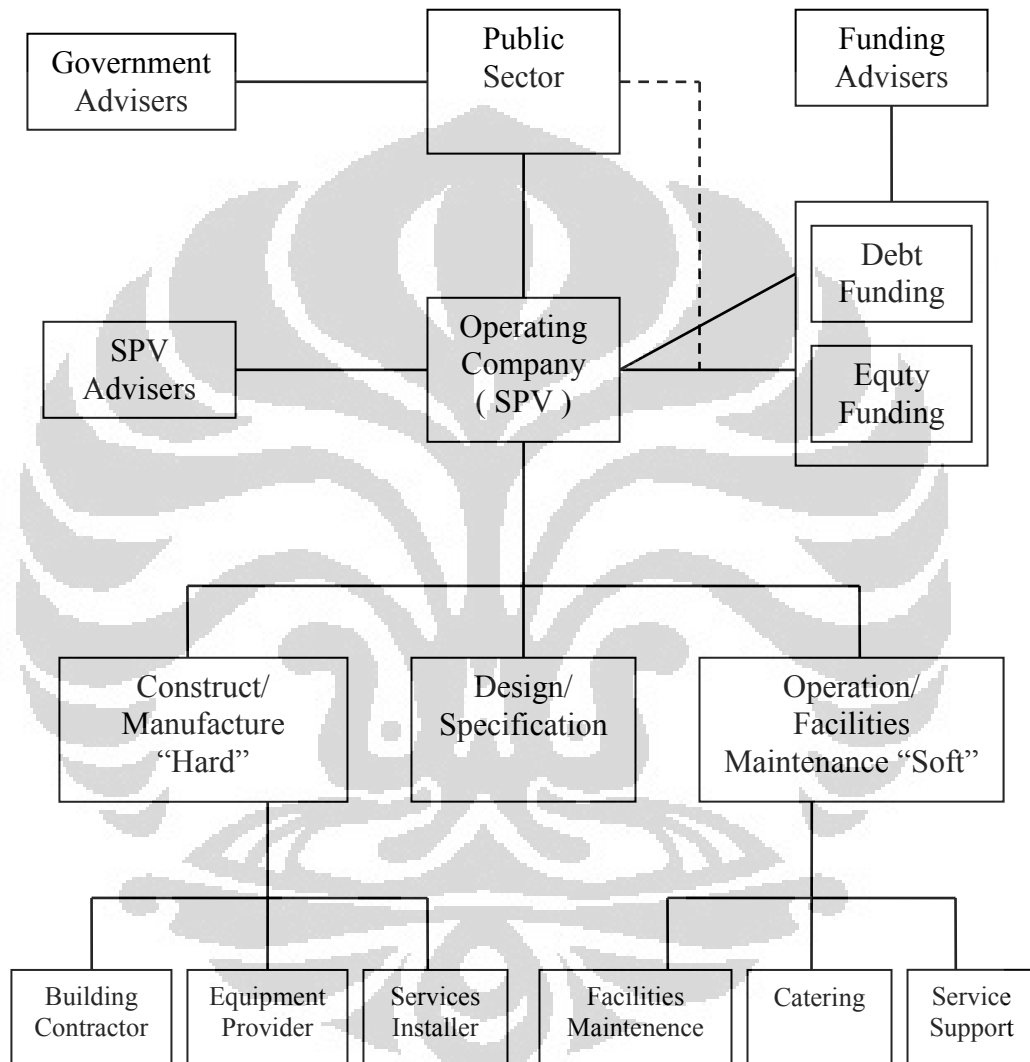
Gambar Nomor 2.6

Perbandingan Private Goods dan Collective Goods.

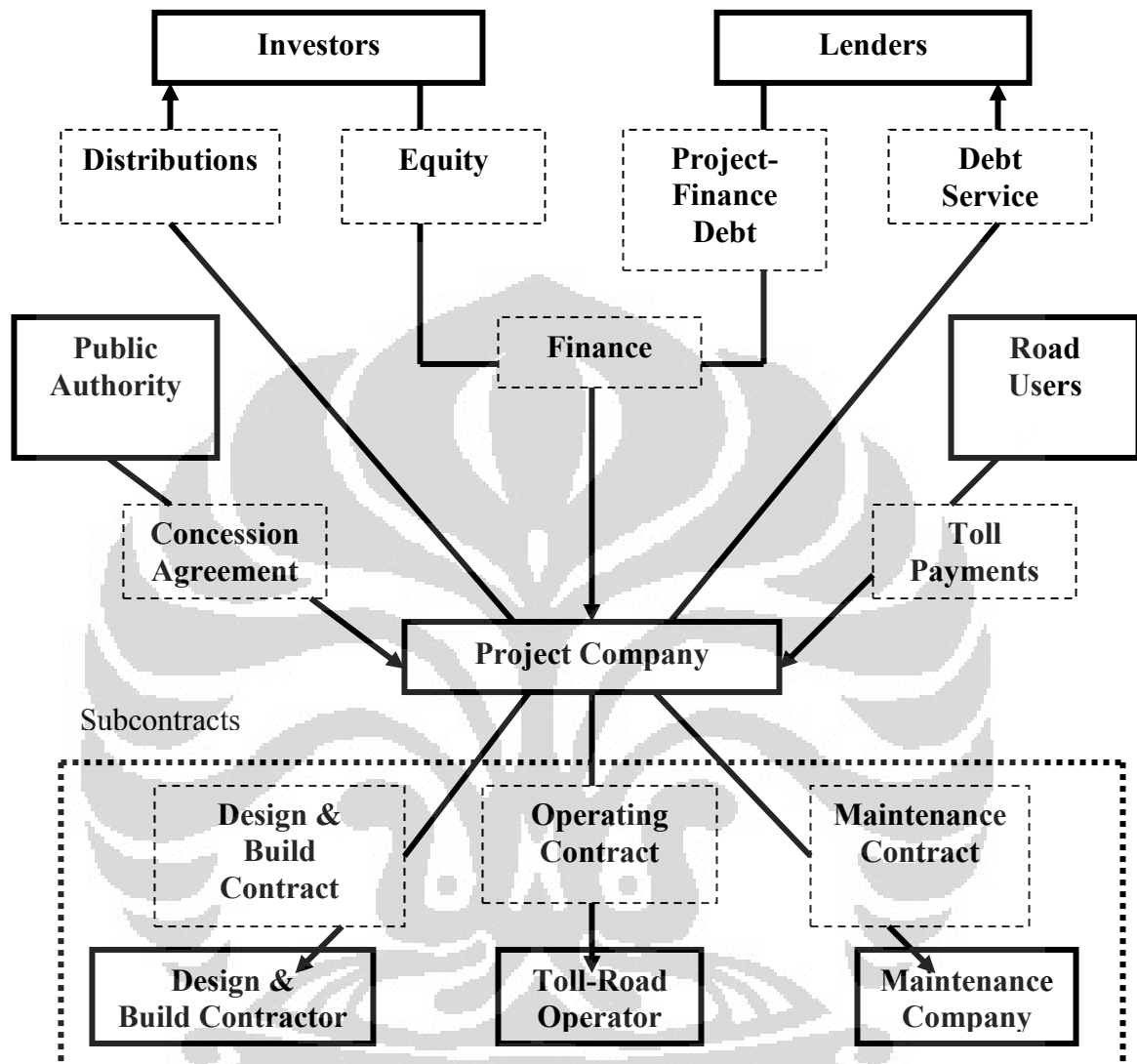
CHARACTERISTIC	PRIVATE GOODS	COLLECTIVE GOODS
Consumption	Entirely by an individual	Joint and simultaneous by many people
Payment for Goods	Related to consumption; paid by consumer	Unrelated to consumption; Paid by collective contributions
Exclusion of Someone who will not pay	Easy	Difficult
Measurement of Quantity and Quality of Goods	Easy	Difficult
Measurement of Performance of Goods Producer	Easy	Difficult
Individual Choice in Consuming or not	Yes	No
Individual Choice as to Quantity and Quality of Goods Consumed	Yes	No
Allocation Decisions	Made by market mechanism	Made by political process

(Sumber: Savas, Emanuel S., *Privatization, The Key To Better Government*, New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1987, halaman 48).

Gambar Nomor 2.7
Typical Private Sector Consortium.



(Sumber: Darrin Grimsey and Mervyn K. Lewis, *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2007, halaman 110)

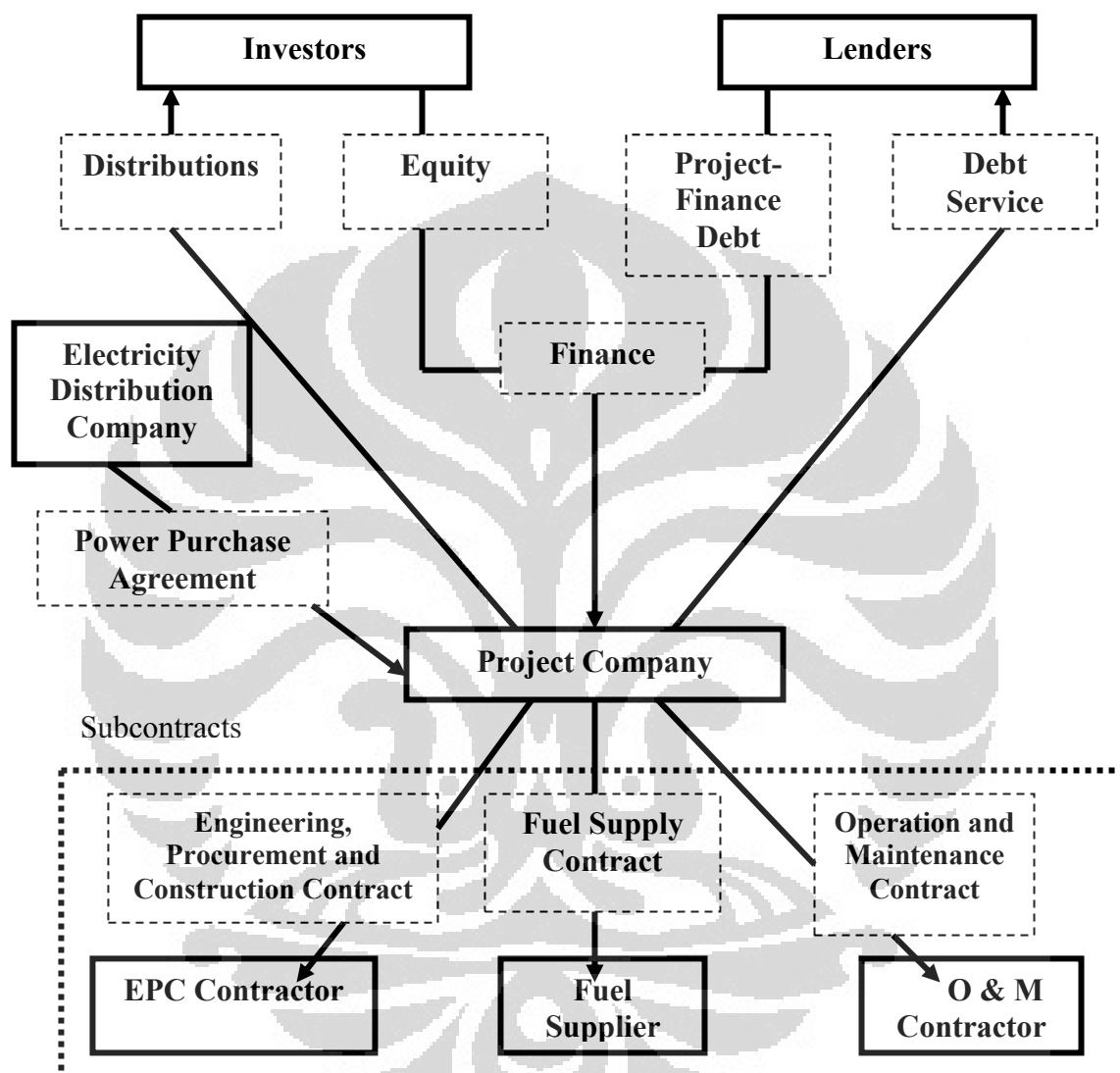
Gambar Nomor 2.8Pembiayaan Proyek untuk Konsesi Jalan (*Concession*).

- a Project Company, owned by private-sector investors;
- financing for the project's capital costs („capex”) through shareholder equity and project-finance debt;
- a Design & Build, „D&B” Contract, under which the contractor agrees to design and construct the completed road and related works (e.g. toll booths) to the required specification, at a fixed price and schedule;
- an operating contract, under which a toll operation company provides services such as manning the toll booths, minor repairs, accident management, etc;
- a maintenance contract, under which a maintenance company provides road-maintenance service;
- a Concession Agreement (a standard name for a this type of PPP Contract) with the Public Authority, which allows the collection of tolls from road users; it does usually involve any payment by or to the Public Authority;
- cash flow after operating costs („opex”), i.e. mainly payments on the operating and maintenance contracts, being used, firstly, for debt service, and then to pay Distributions to the investors.

(Sumber: Yescombe, E.R., *Public Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*, 1st Edition, Oxford: Elsevier Ltd., 2007, halaman 9)

Gambar Nomor 2.9

Pembiayaan Proyek untuk Penjualan Energi (*Power Purchase Agreement*).

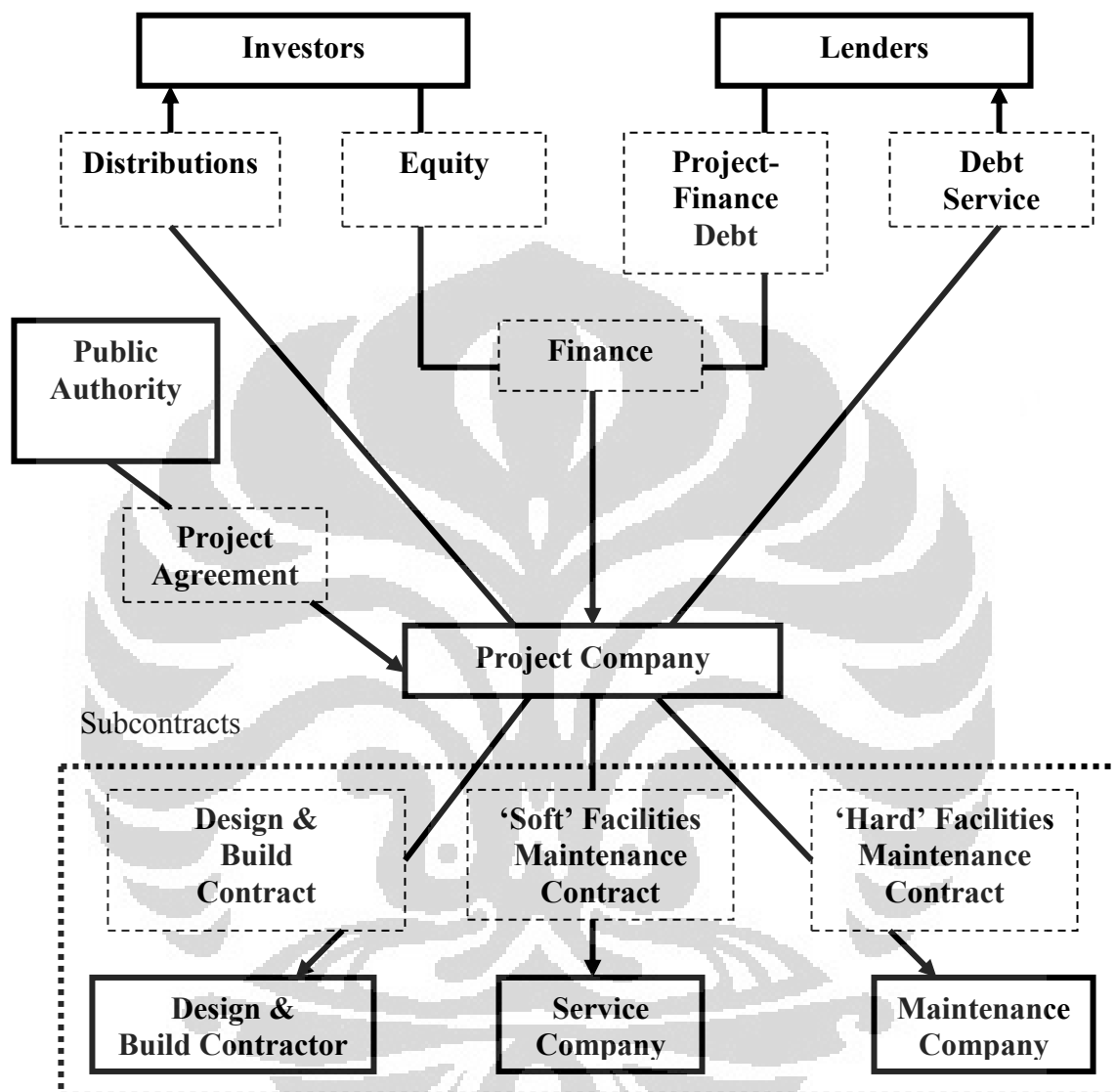


- a Project Company, owned by private-sector investors;
- financing for the project's capital costs through shareholder equity and project-finance debt;
- an Engineering, Procurement and Construction („EPC“) Contract, under which the Contractor agrees to deliver a completed and fully-equipped („turnkey“) power station to the required specification, at a fixed price and schedule;
- a fuel-supply contract, under which, say, coal or natural gas is provided to fuel the power station's turbines;
- an operation and maintenance („O&M“) contract, under which an O&M contractor agrees to operate and maintain the plant on behalf of the Project Company;
- a PPA with an electricity-distribution company, with payments based on availability and Usage Charges as discussed above;
- surplus cash flow after payment of fuel and operating costs is used, firstly, for payments of loan principal and interest („debt service“) to the lenders, and then to give a return on investment to the investors („Distribution“).

(Sumber: Yescombe, E.R., *Public Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*, 1st Edition, Oxford: Elsevier Ltd., 2007, halaman 7)

Gambar Nomor 2.10

Pembiayaan Proyek untuk pembangunan sekolah dengan inisiatif pembiayaan swasta (*Private Finance Initiative*).



- a Project Company, owned by private-sector investors;
- financing of the project's „capex“ through shareholder equity and project-finance debt;
- a D&B Contract, under which the contractor agrees to construct the school to the required specification, at a fixed price and schedule;
- a „Soft“ Facilities Maintenance („FM“) Contract, under which a Service Company provides services such as security, cleaning and catering for the school;
- a „Hard“ FM Contract, under which a maintenance company (or the original D&B contractor) provides building-maintenance services;
- a Project Agreement (a standard name for a PFI-Model Contract) with the Public Authority;
- cash flow after „opex“, i.e. mainly payments on the FM contracts, is used, firstly, for debt service, and then to pay Distributions to the investors.

(Sumber: Yescombe, E.R., *Public Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*, 1st Edition, Oxford: Elsevier Ltd., 2007, halaman 10)

Universitas Indonesia

Gambar Nomor 2.11
Spektrum Publik dan Swasta Infrastruktur.

Public Project ← **Public Private Partnership** → **Private Project**

Contract Type	Public-sector procurement	Franchise (Affermage)	Design-Build-Finance-Operate (DBFO)*	Build-Transfer-Operate (BTO)**	Build-Operate-Transfer (BOT)***	Build-Own-Operate (BOO)
Construction	<i>Public sector (2)</i>	<i>Public sector (2)</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>
Operation	<i>Public sector (3)</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>
Ownership (1)	<i>Public sector (4)</i>	<i>Public sector</i>	<i>Public sector</i>	<i>Private sector during construction, then Public sector</i>	<i>Private sector during Contract, then Public sector</i>	<i>Private sector</i>
Who pays?	<i>Public sector</i>	<i>Users</i>	<i>Public sector or Users</i>	<i>Public sector or Users</i>	<i>Public sector or Users</i>	<i>Private sector offtaker public sector (5), or Users</i>
Who is paid	<i>n/a</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>	<i>Private sector</i>

* Also known as Design-Construct-Manage-Finance (DCMF) or Design-Build-Finance Maintain (DBFM);

** Also known as Build-Transfer-Lease (BTL), Build-Lease-Operate-Transfer (BLOT) or Build-Lease-Transfer (BLT);

*** Also known as Build-Own-Operate-Transfer (BOOT);

- (1) In all cases, ownership may be in the form of joint venture between the public and private sectors;
- (2) Public sector normally designs the facility and engages private-sector contractors to carry out construction on its behalf (design-bid-build);
- (3) Public sector may enter into service (outsourcing) contracts (for operation and maintenance) with private-sector contractors;
- (4) Ownership may be through an independent publicly-owned Project Company, i.e. a „Public-Public-Partnership“;
- (5) The BOO Contract form applies to PPP’s in the minority of cases where ownership of the Facility does not revert to Public Authority at the end of PPP Contract.

(Sumber: Yescombe, E.R., *Public Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*, 1st Edition, Oxford: Elsevier Ltd., 2007, halaman 12)

Gambar Nomor 2.12

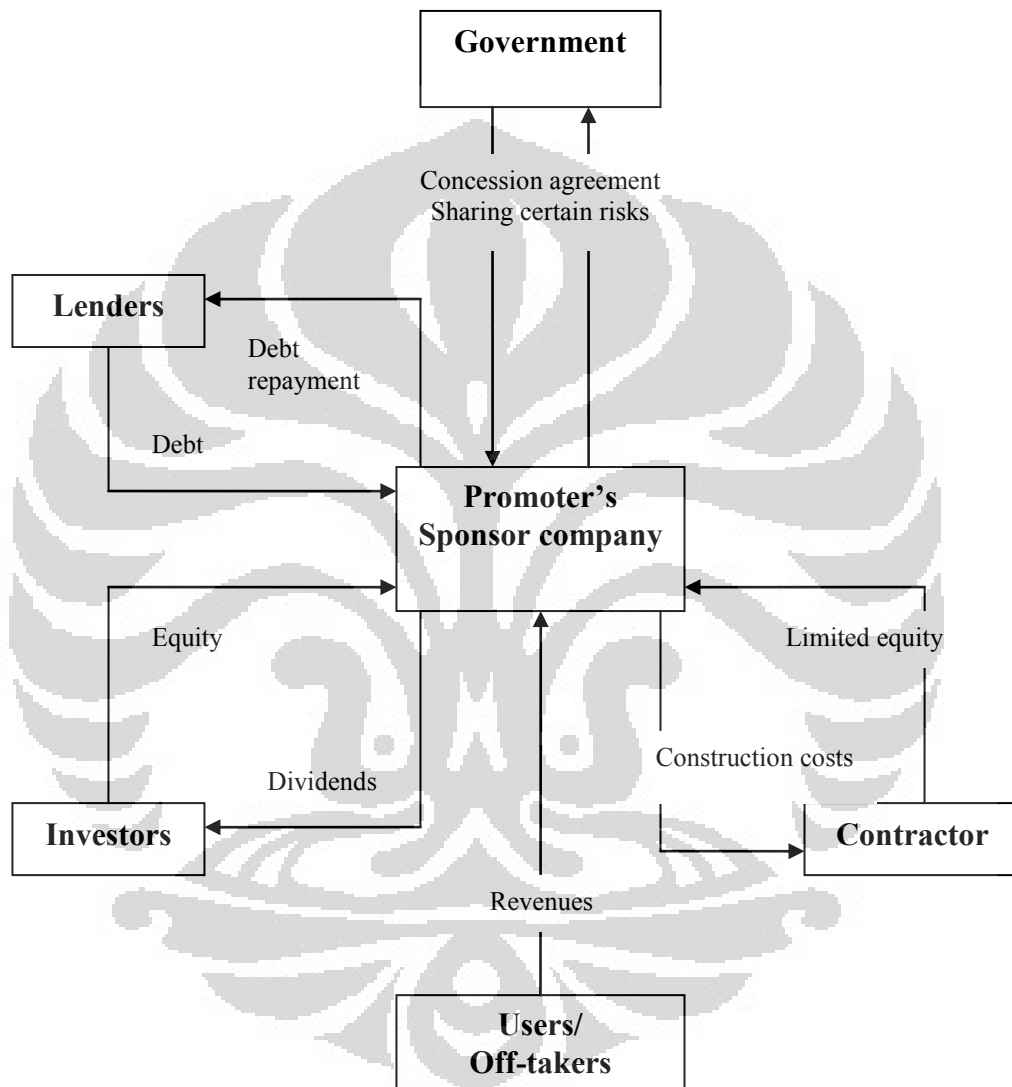
Rentang skala model usaha publik – swasta.

-	Public provision of collective goods
-	Service provision contracts
-	Outsourcing/ contracting
-	Design and construct (D & C)
-	Sale and leaseback
-	Operate and maintain (O & M)
-	Operate maintain and manage (OM & M)
-	Build transfer operate (BTO)
-	Build operate transfer (BOT)
-	Build lease transfer (BLT)
-	Build lease transfer maintain (BLTM)
-	Build own operate transfer (BOOT)
-	Lease renovate operate transfer (LROT)
-	Design build finance operate (DBFO)
-	Design construct manage finance
-	Design build finance operate manage (DBFOM)
-	Build own operate (BOO)
-	Franchise
-	Concession
-	Joint venture (JV)
-	Regeneration partnership
-	Outright privatization

(Sumber: Darrin Grimsey and Mervyn K. Lewis, *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2007, halaman 54)

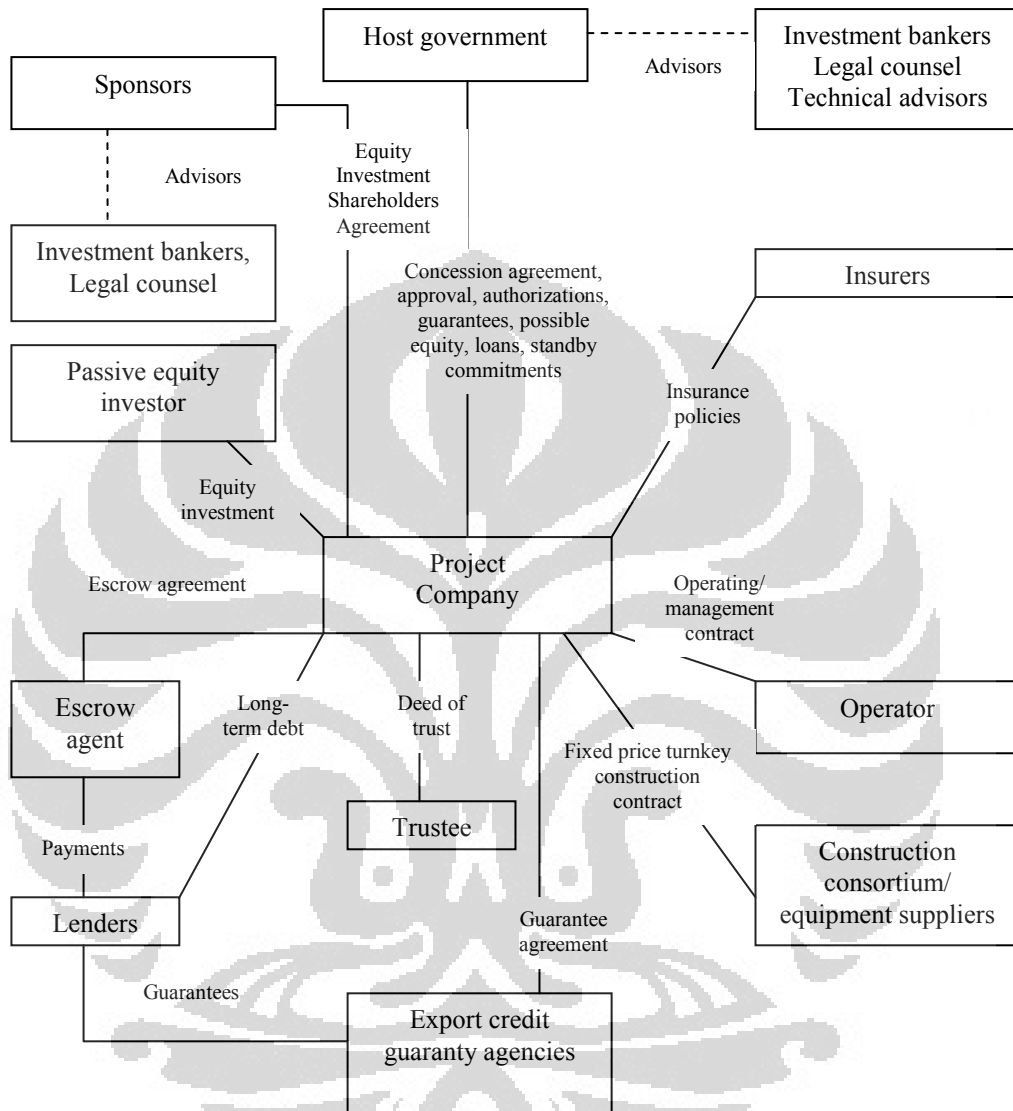
Gambar Nomor 2.13

Penjelasan *non-recourse* dalam *layout* skema hubungan para pihak dalam BOT .



(Sumber: C. Walker and A. J. Smith (Editors), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, London: Thomas Telford Publications, 1999, halaman 5).

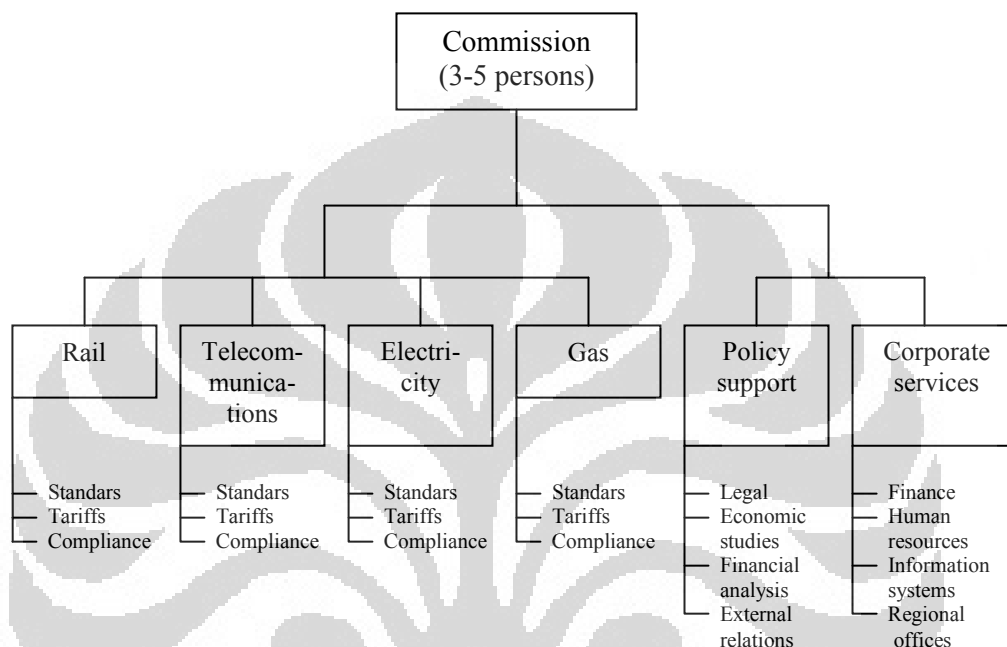
Gambar Nomor 2.14
Perencanaan kontrak tipe BOT



(Sumber: C. Walker and A. J. Smith (Editors), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, London: Thomas Telford Publications, 1999, halaman 10).

Gambar Nomor 2.15

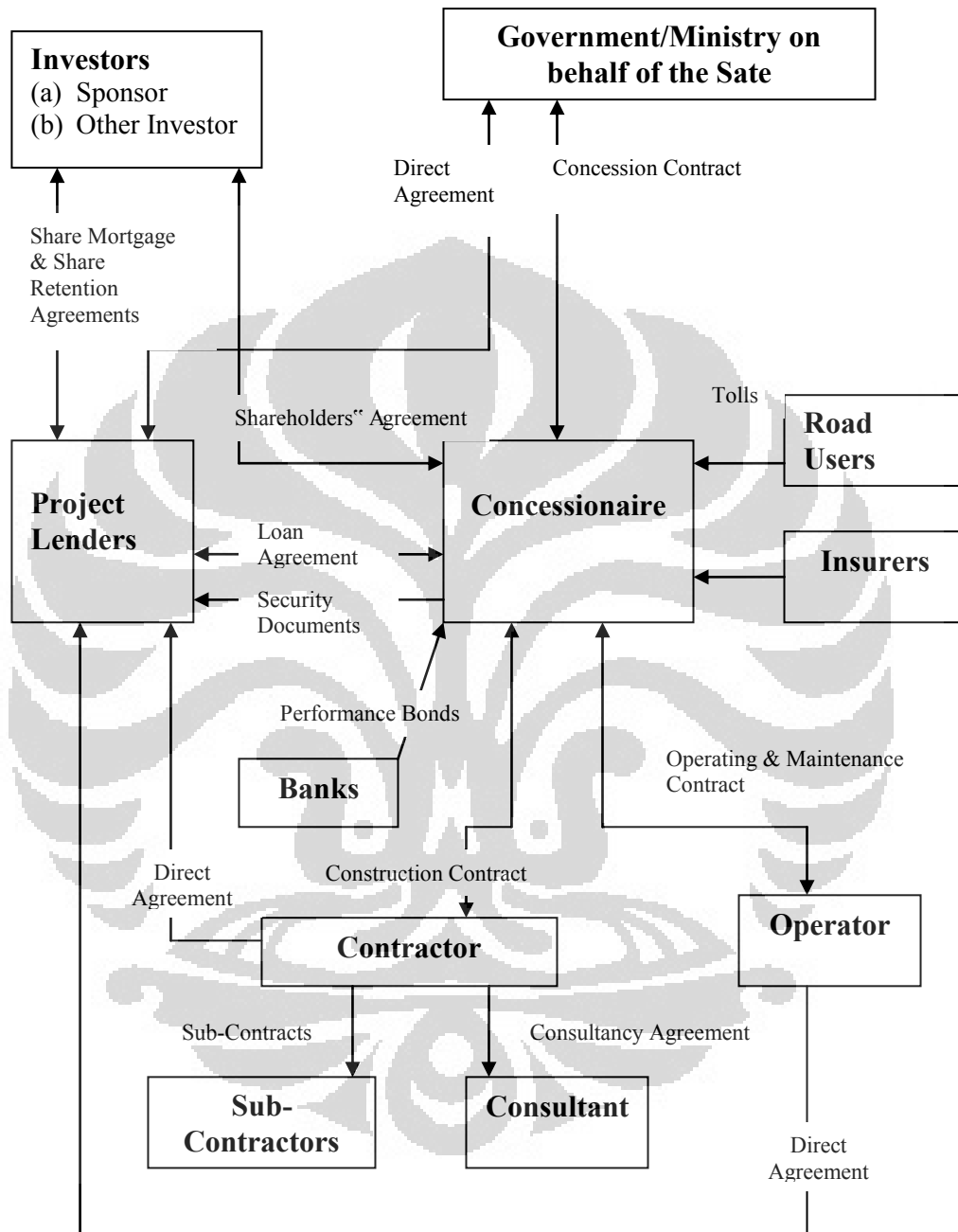
Struktur Badan Pengatur dengan bentuk komisi.



Sumber: World Bank staff.

(Sumber dikutip dari: Michel Kerf, *et al.*, *Concessions for Infrastructure - A Guide to Their Design and Award*, World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector, and Infrastructure Network, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 1998, halaman 89).

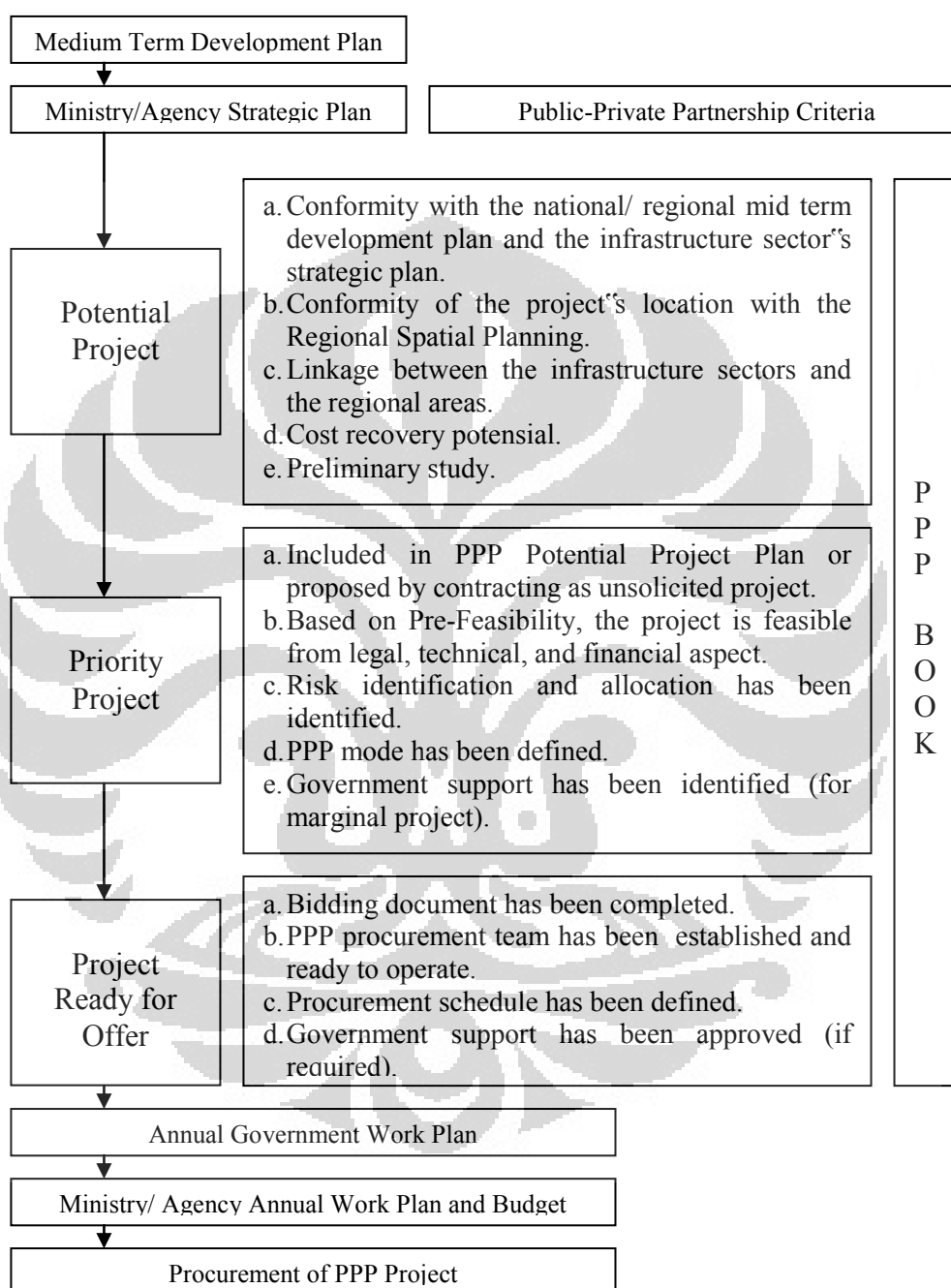
Gambar Nomor 2.16
Struktur kontrak BOT untuk Jalan Tol



(Sumber: Draft Final Report, The World Bank, Ministry of Construction, Japan, [Asian Toll Road Development Program](#) – Review of Recent Toll Road Experience in Selected Countries and Preliminary Tool Kit for Toll Road Development, Padeco in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc., May 1999, halaman H-2).

Gambar Nomor 3.1

Kriteria KPS dalam PPP Book (Planning Document of Public-Private Partnerships in Infrastructure Provision).



(Sumber: Republic of Indonesia, Ministry of National Development Planning/ National Development Planning Agency (2010). *Public – Private Partnership, Infrastructure Projects In Indonesia 2010-2014*. Jakarta: Publication has been printed with assistance from AusAID, halaman iv).

Gambar Nomor 3.2

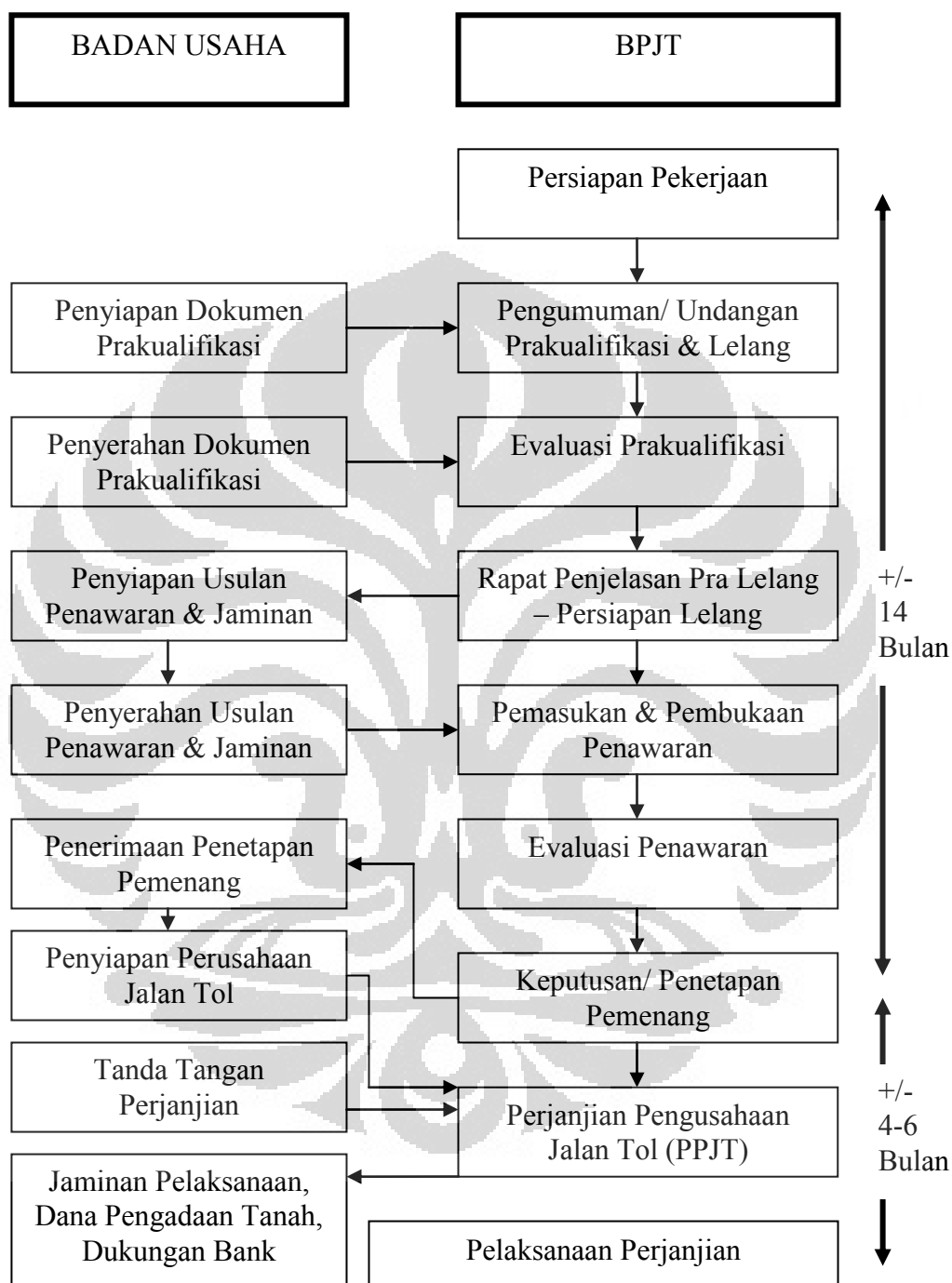
Proses investasi KPS berdasarkan regulasi KPS Perpres No. 67/ 2005.



(Sumber: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010). *Kerjasama Pemerintah Dan Swasta (KPS) – Panduan Bagi Investor Dalam Investasi Di Bidang Infrastruktur*. Jakarta: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, halaman 16)

Gambar Nomor 3.3

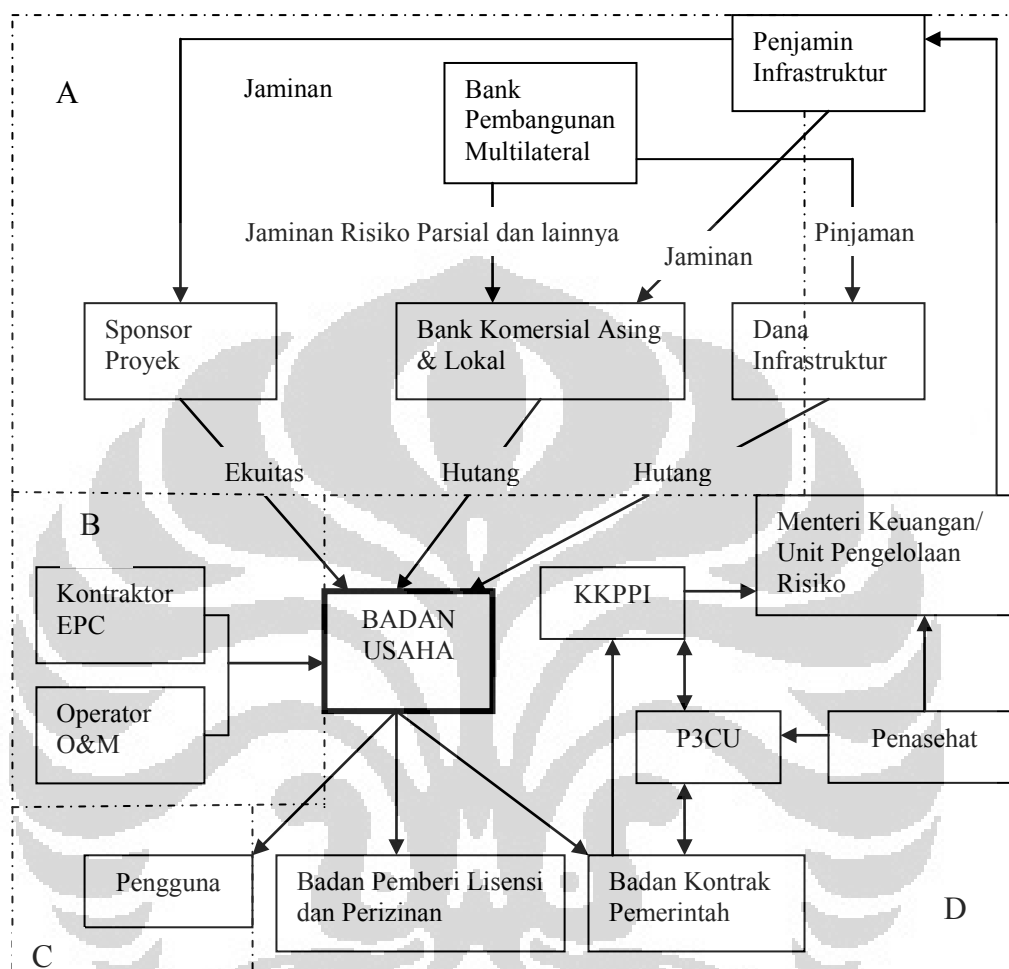
Prosedur pengadaan investasi infrastruktur jalan tol oleh BPJT



(Sumber: PT Jasa Marga Persero Tbk, penelitian tanggal 14 April 2010)

Gambar Nomor 3.4

Pihak-Pihak Utama Dalam Kerangka KPS di Indonesia



Keterangan:

A: Penyedia Modal & Jaminan

B: Pihak Ketiga Pemberi Jasa

C: Jasa Offtaker

D: Pemerintah Pembuat Kebijakan, Pembuat Peraturan dan Mitra Kerja

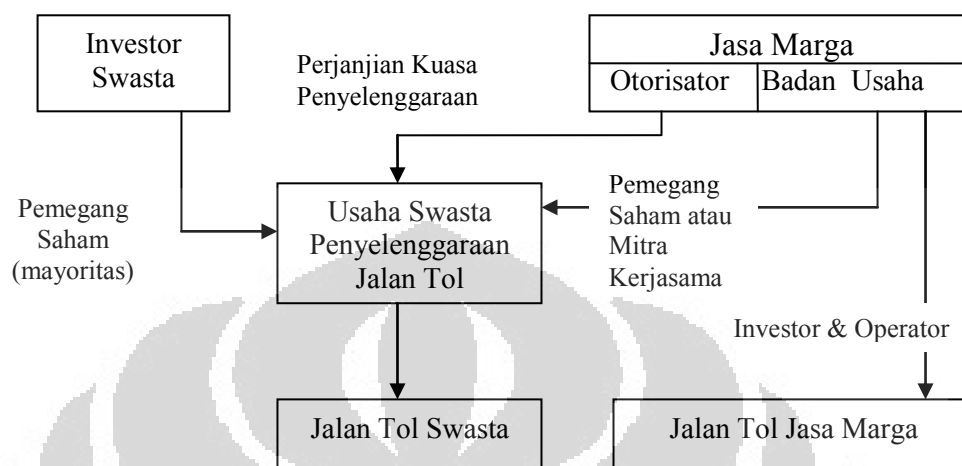
KKPPI: Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur

P3CU: Public Private Partnership Central Unit

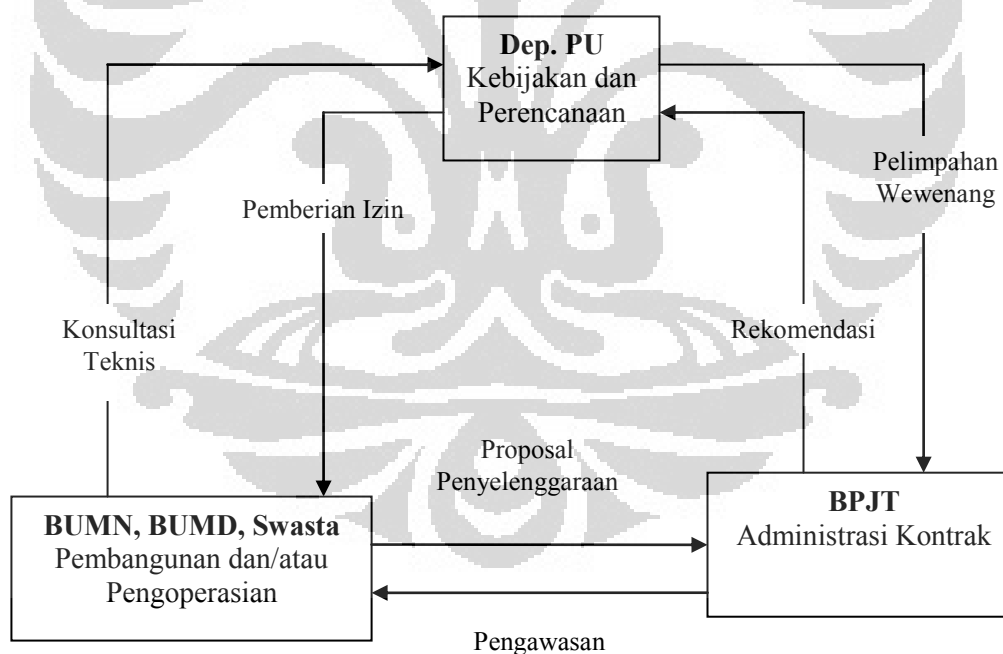
(Sumber: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010). *Kerjasama Pemerintah Dan Swasta (KPS) – Panduan Bagi Investor Dalam Investasi Di Bidang Infrastruktur*. Jakarta: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, halaman 4).

Gambar Nomor 3.5
Skema Badan Usaha Kerjasama Jalan Tol

* Sebelum UU No. 38/2004



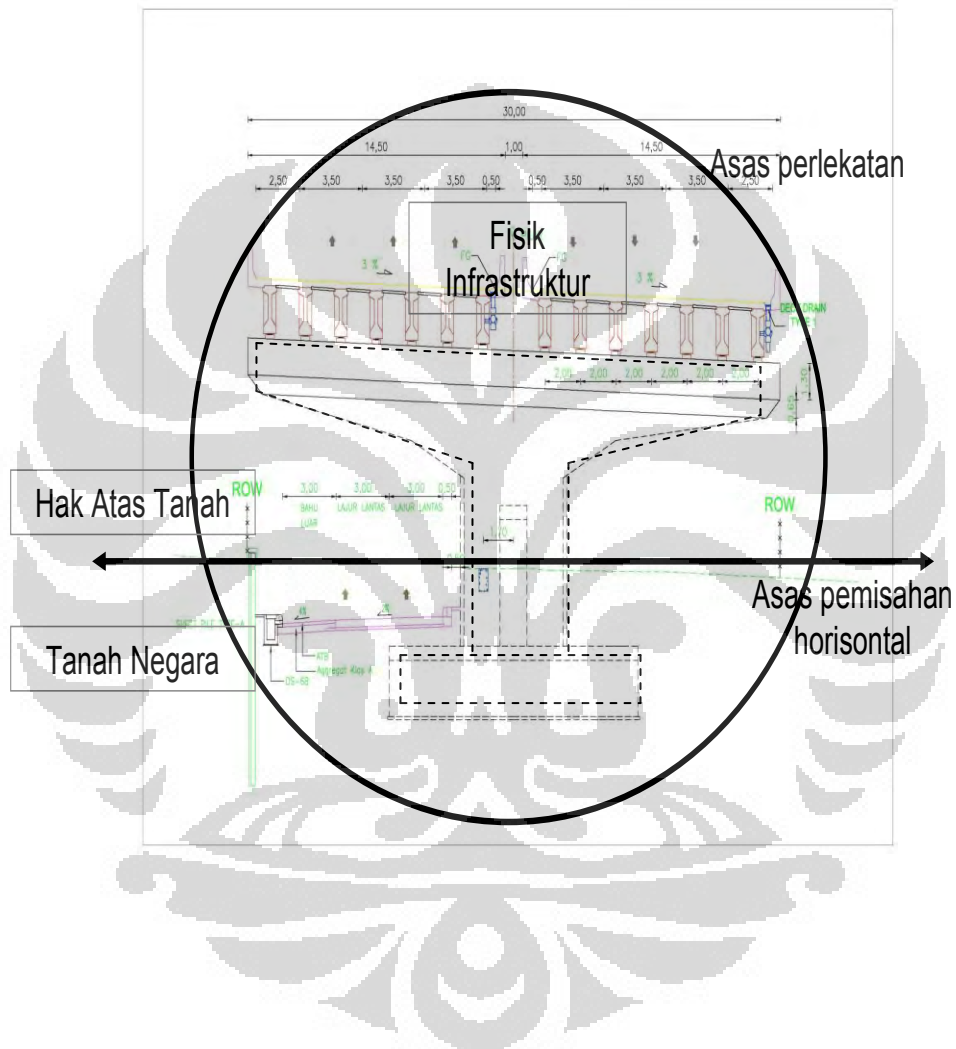
* Sesudah UU No. 38/2004



(Sumber: Hilman Muchsin, *Investasi Jalan Tol – Pemahaman Atas Struktur Pengusahaan, Kelayakan, Persaingan Usaha dan Kredit Investasi*, Jakarta: BP-FHUI, 2007, halaman 7-8).

Gambar Nomor 3.6

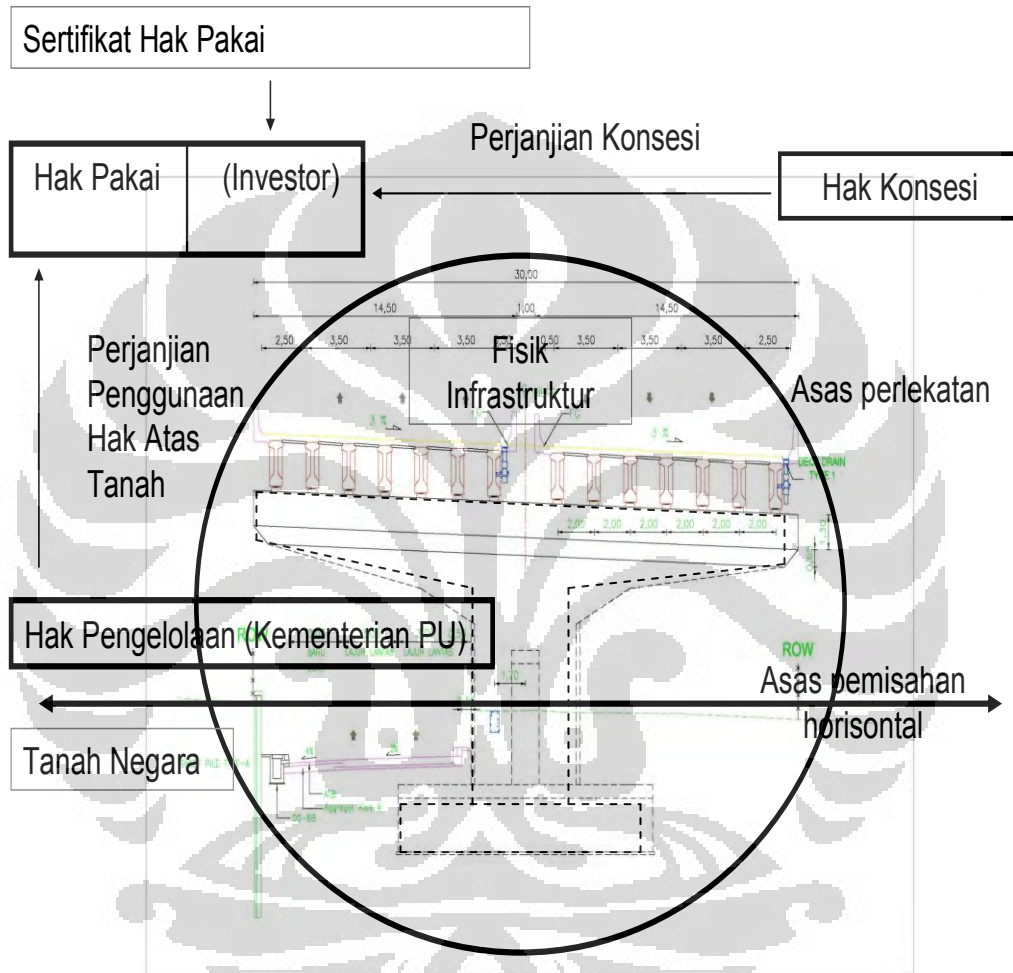
Asas Perlekatan (*accessie*) dan asas Pemisahan Horizontal (*horizontal scheidings*)



(Sumber: Iwan E. Joesoef, penelitian Disertasi 2007-2010).

Gambar Nomor 3.7

HP diatas HPL dalam Konsesi Jalan Tol



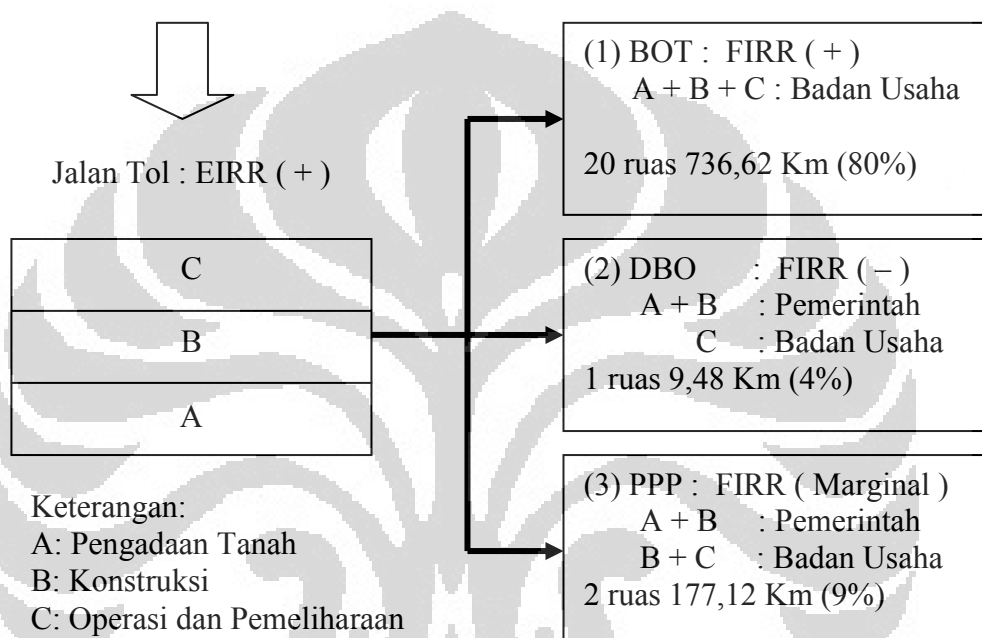
(Sumber: Iwan E. Joesoef, penelitian Disertasi 2007-2010).

Gambar Nomor 4.1

Skema Pengusahaan Jalan Tol

(Pasal 43 ayat 2 UU No. 38/2004 dan Pasal 19-23 PP No. 15/ 2005)

Layak dibangun apabila
mempunyai nilai keekonomian
yang baik



Contoh:

Case 1: BOT Jalan Tol pada umumnya

Case 2: Akses Tanjung Priok

Case 3: Rencana ruas Solo – Kertosono

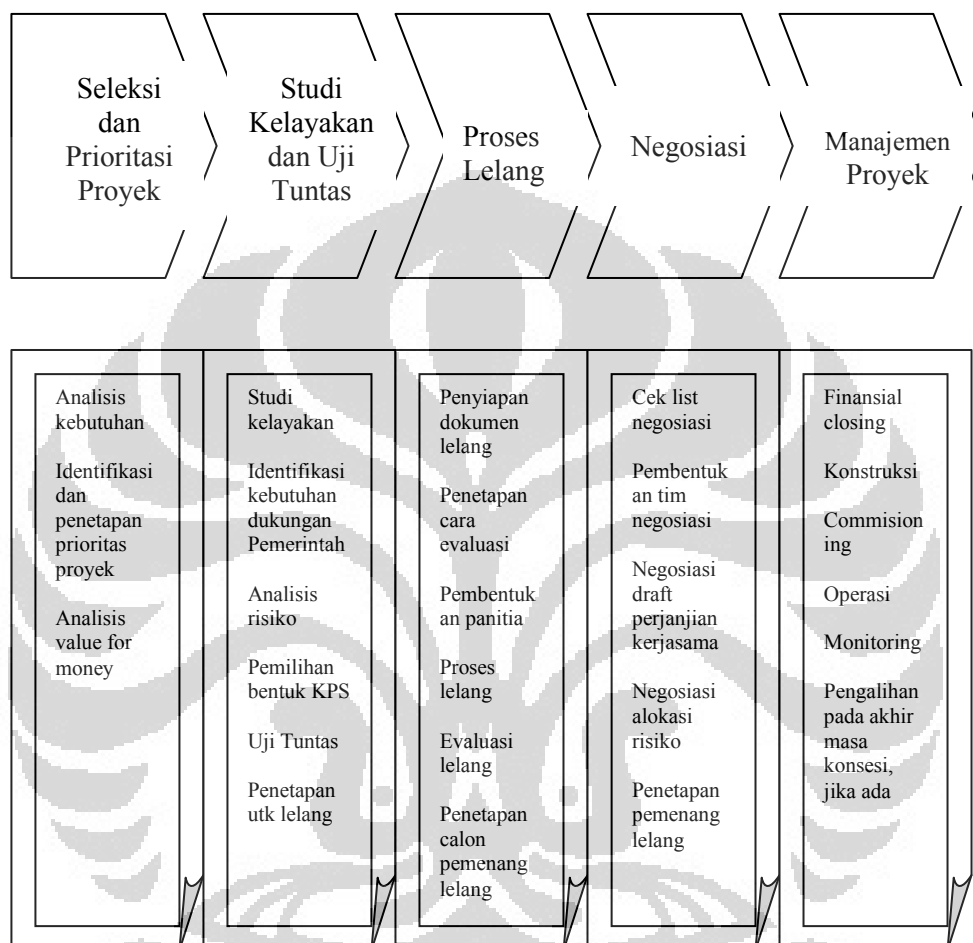
Catatan:

EIRR: *Economic Internal Rate of Return*FIRR: *Financial Internal Rate of Return*

Case 3: Penyebutan skema PPP (*Public Private Partnership*) untuk ruas Solo – Kertosono belum punya nama bentuk skema karena sebagian ruas dibangun Pemerintah (59,95 Km) dan swasta (119,05).

(Sumber: Nurdin Manurung, Kepala Badan Pengatur Jalan Tol, Pengaturan/ Pengelolaan Program Jalan Tol di Indonesia, disampaikan pada Learning & Sharing Session IAMPI ke XXVIII, Jakarta, 23 Juli 2009 dan Laporan BPJT 22 Februari 2010).

Gambar Nomor 4.2
Proses kegiatan KPS



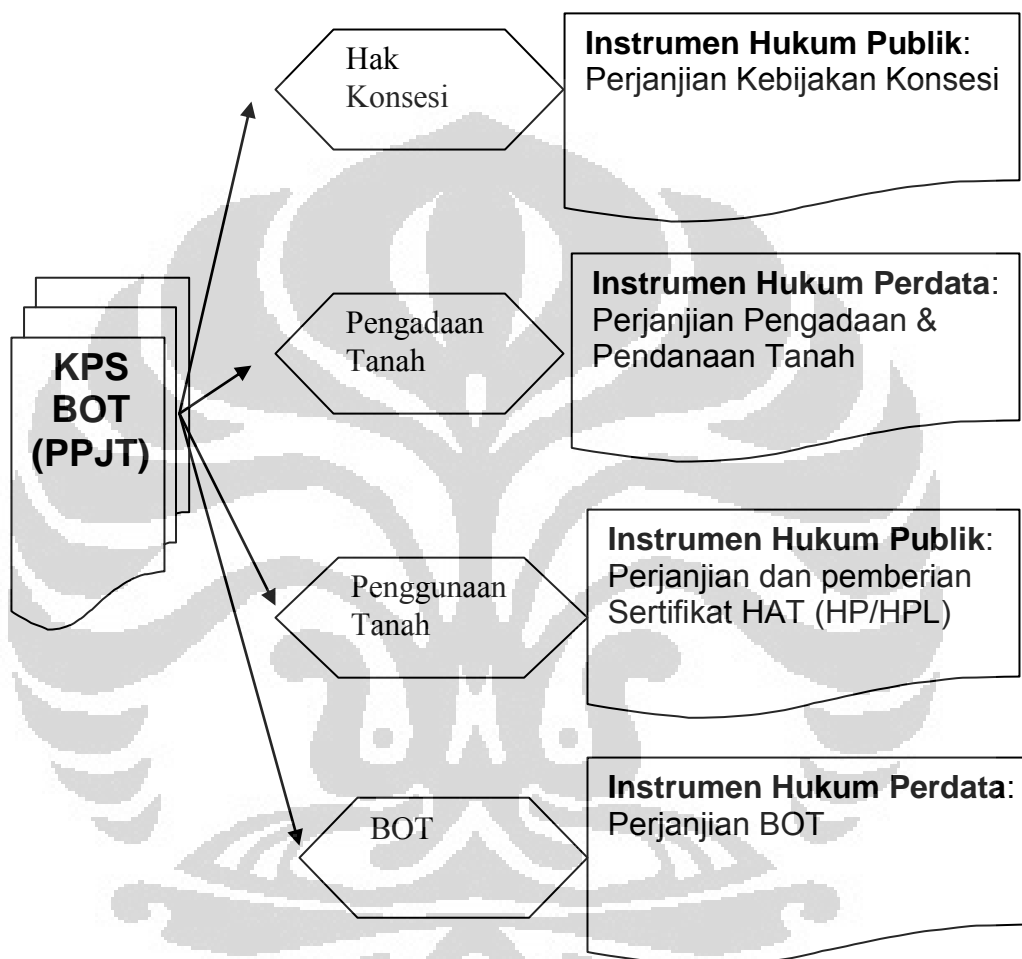
(sumber: Miharjana, 2006, diambil dari tulisan Praptono Djunaedi di http://www.fiscal.depkeu.go.id/webbkf/kajian/artikel_PPP_prap.pdf.)

Note:

- Value for money: the combination of risk transfer, whole-life cost and service provided by the facility, as a basis for public authority (E.R. Yescombe – 2007, halaman 349).
- Finansial closing: the date at which all project contracts and financing documentation have been signed, and conditions precedent to initial drawing of the debt have been fulfilled (E.R. Yescombe – 2007, halaman 340).

Gambar Nomor 4.3

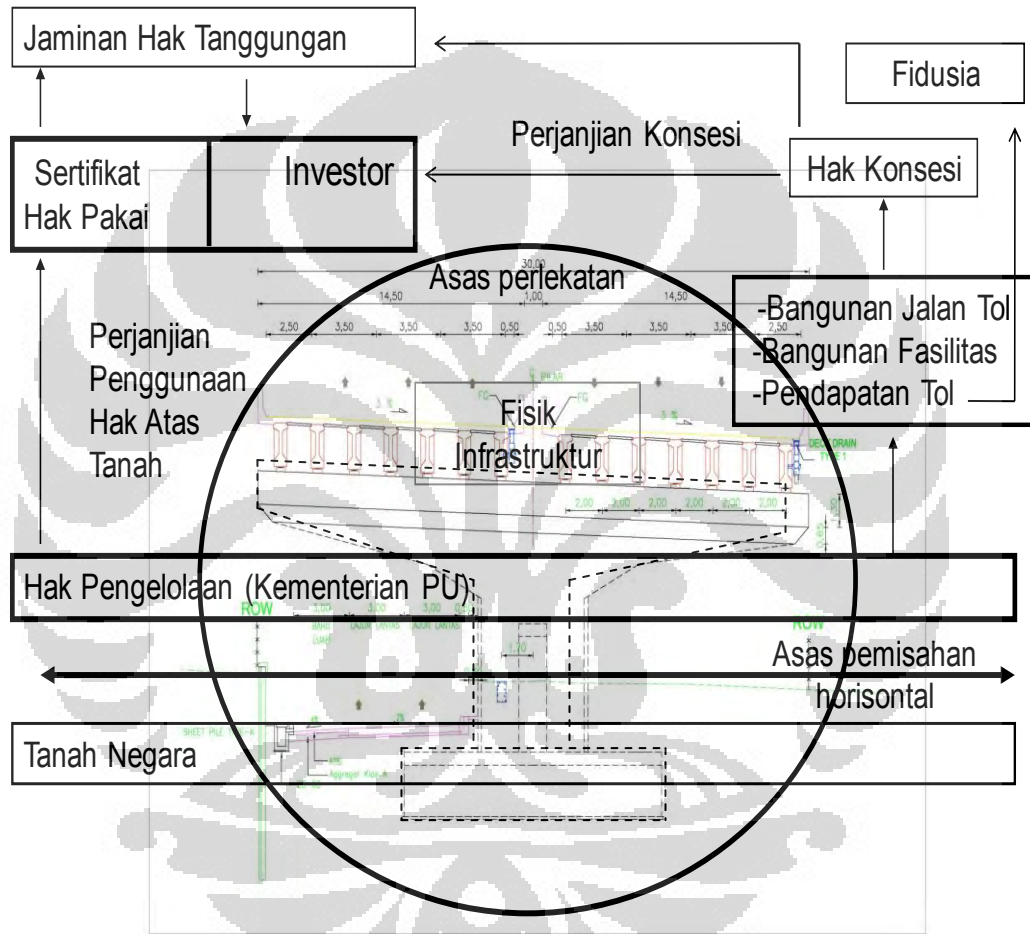
4 Instrumen Hukum Dalam PPJT Jalan Tol (antara investor dan Pemerintah)



(Sumber: Iwan E. Joesoef, penelitian Disertasi 2007-2010).

Gambar Nomor 4.4

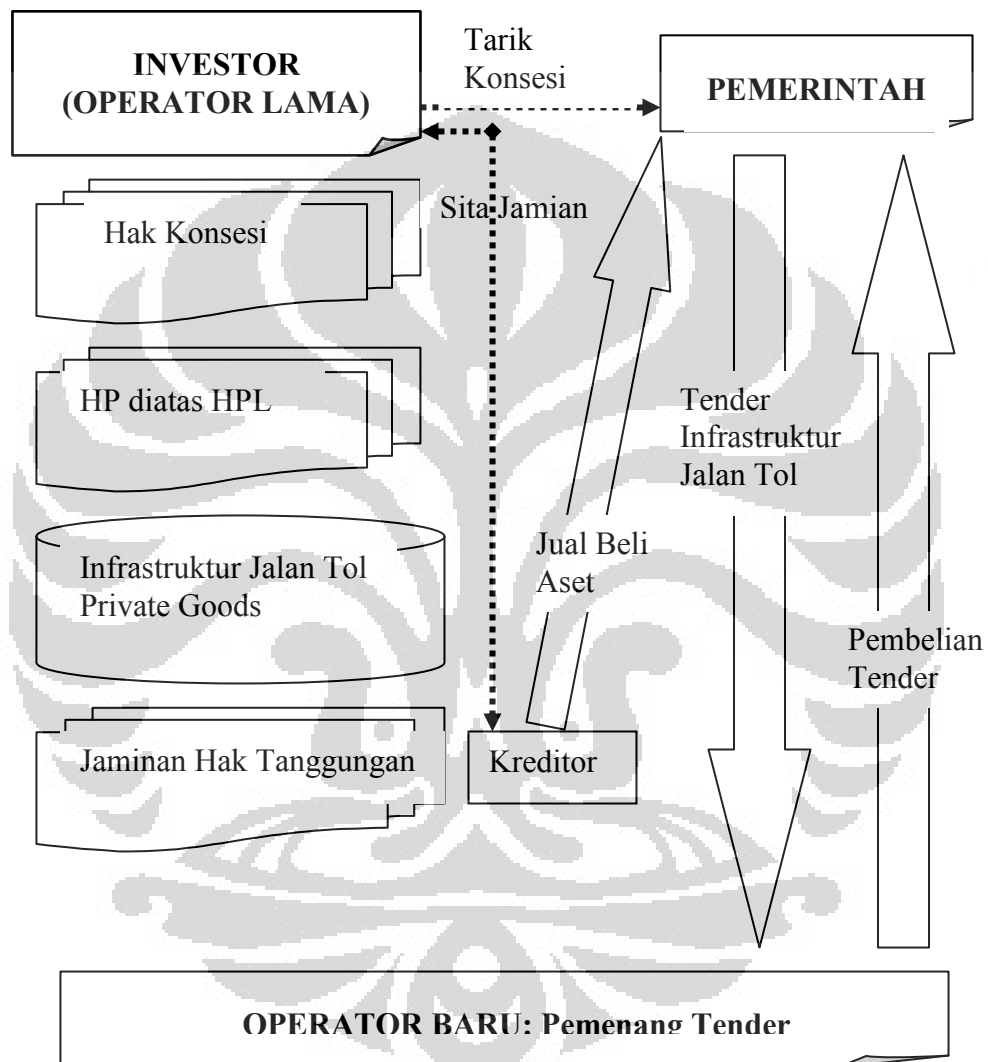
Jaminan Pembiayaan Hak Tanggungan untuk HP diatas HPL Jalan Tol dan Jaminan Pembiayaan Fidusia untuk Pendapatan Tol



(Sumber: Iwan E. Joesoef, penelitian Disertasi 2007-2010).

Gambar Nomor 4.5 (a. 1): Alternatif 1

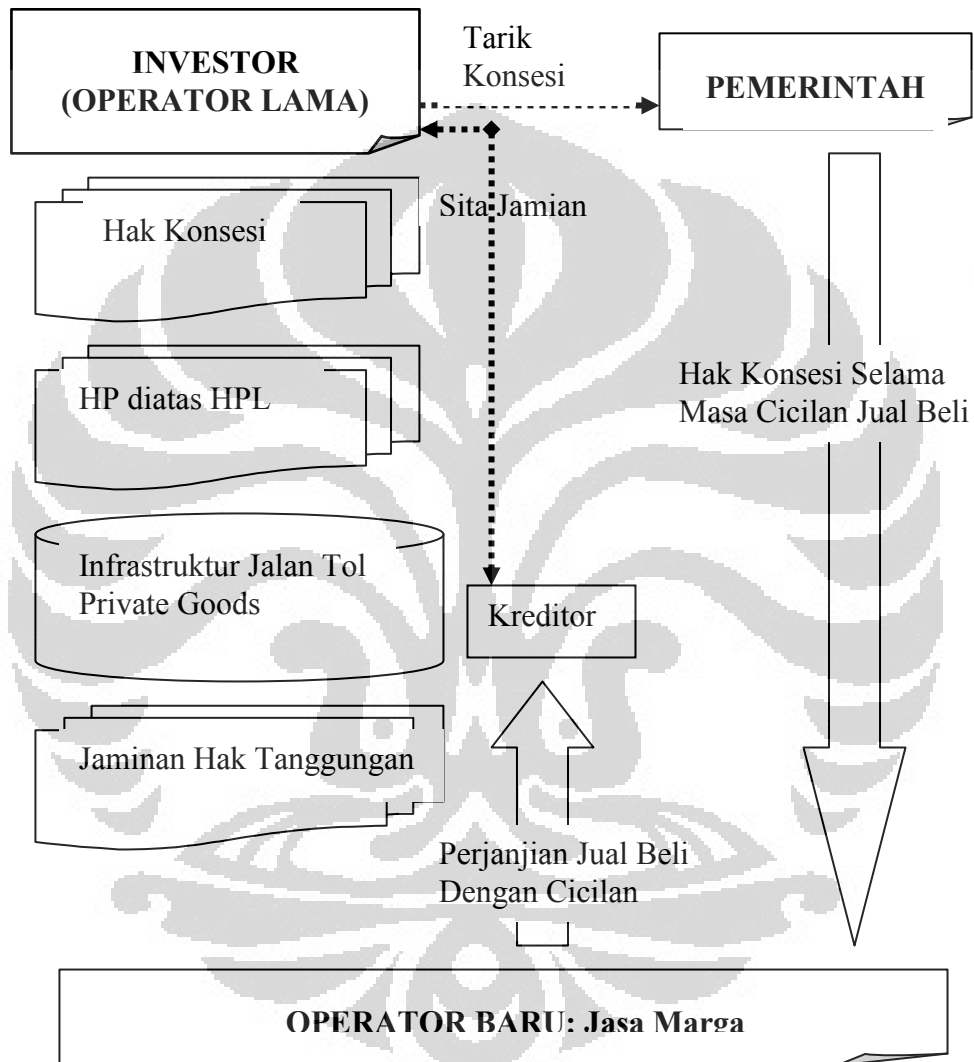
Status hukum Infrastruktur Jalan Tol dalam Sita Jaminan
Oleh Kreditor



(Sumber: Iwan E. Joesoef, penelitian Disertasi 2007-2010).

Gambar Nomor 4.5 (a. 2): Alternatif 2

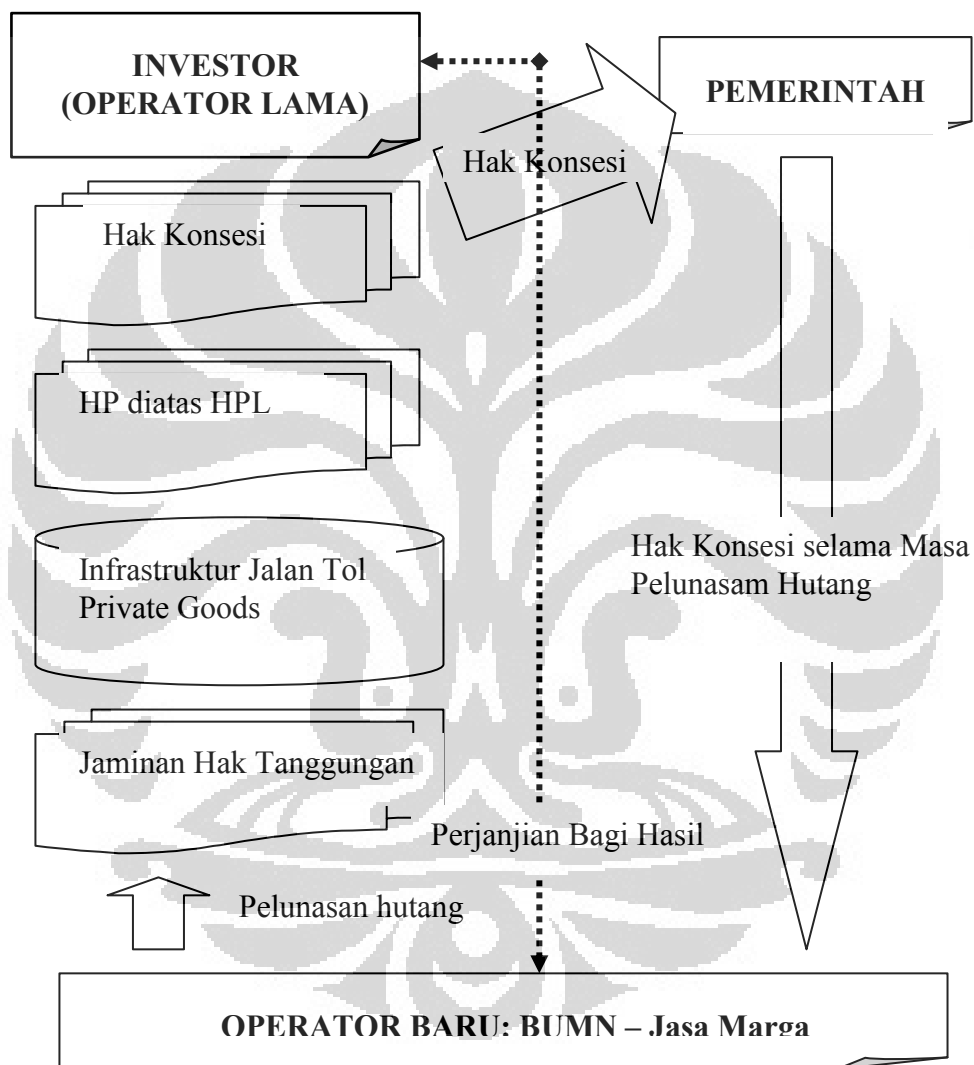
Status hukum Infrastruktur Jalan Tol dalam Sita Jaminan
Oleh Kreditor



(Sumber: Iwan E. Joesoef, penelitian Disertasi 2007-2010).

Gambar Nomor 4.5 (b)

Status hukum Infrastruktur Jalan Tol dalam Jaminan Hak Tanggungan setelah berakhirnya Konsesi



(Sumber: Iwan E. Joesoef, penelitian Disertasi 2007-2010).

DAFTAR REFERENSI

Buku:

Adam, Christopher, *et al.* *Adjusting Privatization*. London: James Currey Ltd., 1992.

Adiwidjaja dan Hartini, Lilis. *Bahasa Indonesia Hukum*. Bandung: Pustaka, 2003.

Ali, Fachry, *et al.* *Membalik Logika Public: Profil Manajemen CMNP*. Jakarta: Lembaga Studi dan Pengembangan Etika Usaha (LSPEU) Indonesia, 2007.

Andreassen, Bard A. and Marks, Stephen P., ed. *Development As A Human Right: Legal, Political, And Economic Dimensions*. Cambridge: Harvard School of Public Health, 2006.

Anton, Anatole, *et al.*, *Not for Sale: In Defense of Public Goods*. Oxford: Westview Press, 2000.

Aristoteles. *Politik (La Politica)*, diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Syamsul Irawan Kharie. Jakarta: Visimedia, 2007.

Asshiddiqie, Jimly. *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya Di Indonesia*. Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994.

Astwa, I Gede Pantja dan Na'a, Suprin. *Dinamika Hukum Dan Ilmu Perundang-undangan Di Indonesia*, cetakan kesatu. Bandung: Alumni, 2008.

Atiyah, Patrick Selim. *The Rise And Fall Of Freedom Of Contract*. New York: Oxford University Press, 1988

Atmadja, Arifin P. Soeria. *Keuangan Publik Dalam Perspektif Hukum: Teori, Praktik, dan Kritik*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

Bachri, T. Saiful, Nogi, Hessel, Subandhi, Mira. *Hukum dan Kebijakan Publik*. Yogyakarta: Yayasan Pembaruan Administrasi Publik Indonesia, 2004.

Badruzaman, Mariam Darus. *K.U.H. Perdata Buku III: Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*. Bandung: Alumni, 1996.

Bagus, Lorens. *Kamus Filsafat*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1996.

Bailey, Kenneth D. *Methods of Social Research, 2nd edition*. London: Collier Macmillan Publishers, 1982.

Bentham, Jeremy. *Teori Perundang-undangan: Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, diterjemahkan dari Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation* (N.M. Tripathi Private Limited, Bombay, 1979), Cetakan I. Bandung: Nusamedia & Nuansa, 2006.

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, fifth edition. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979.

Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit, eds. *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III. The Regulation of Contracts. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

Bouin, O. and Michalet, CH. A. *Rebalancing The Public and Private Sectors: Developing Country Experience*, - Development Centre of the Organisation for Economic Co-Operation and Development. France: OECD, 1991.

Bruggink, J.J.H. *Refleksi Tentang Hukum*, alih bahasa oleh Arief Sidharta. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999.

Chand, Hari. *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: International Law Book Services, 1994.

Cooter, Robert and Ulen, Thomas. *Law And Economics*, third edition. California: Addison Wesley Longman, Inc., 2000.

Craig, Paul. *Administrative Law*, Sixth Edition. London: Sweet & Maxwell, 2008.

Creswell, John W. *Research Design – Qualitative & Quantitative Approaches*, Alihbahasa: Angkatan III & IV KIK-UI dan Nur Khabibah, Editor: Aris Budiman, Bambang Hastobroto, Chryshnanda DL. Jakarta; KIK Press, 2002.

D'Entreves, Maurizio Passerin and Vogel, Ursula. *Public and Private: Legal, Political and Philosophical Perspective*. London: Routledge, 2000.

De Cruz, Peter. *Comparative Law In A Changing World*, Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1999.

De Soto, Hernando. *The Mystery of Capital – Rahasia Kejayaan Kapitalisme Barat*. Jakarta: Qalam, 2006.

Dhiratayakinant, Kraiyudht. *Privatization: An Analysis of the Concept and Its Implementation in Thailand*, Policy Study No.2. Bangkok: The Thailand Development Research Institute Foundation, 1989.

Dicey, A. V. *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*, diterjemahkan dari buku A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Mc

Millan and CO., 1952), penerjemah Nurhadi, Cetakan II. Bandung: Nusamedia, 2008.

Dikun, Suyono, ed. *Infrastruktur Indonesia – Sebelum, Selama, dan Pasca Krisis*. Jakarta: Kementerian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (BAPPENAS), 2003.

Dimiyanti, Khudzaifah. *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*. Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004.

Dobson, Andrew. *Justice and the Environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Donahue, John D. *The Privatization Decision*. USA: Basic Books, 1989.

Douzinas, Costas. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2008.

Dworkin, R.M. *Filsafat Hukum, Sebuah Pengantar*, diterjemahkan oleh: Yudi Santoso, S. Fil. Yogyakarta: Merkid Press, 2007.

Efendi, Lutfi. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi*. Malang: Bayumedia Publishing, 2004.

Erwiningsih, Winahyu. *Hak Menguasai Negara Atas Tanah*. Cetakan I. Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia Fakultas Hukum Program Pascasarjana dan Total Media, 2009.

Foundez, Julio. *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. London: Mac Millan Press, 1997.

Freeman, M.D.A. *Lloyd's Introduction To Jurisprudence, 7th Edition*. London: Sweet & Maxwell Ltd, 2001.

Friedman, Lawrence M. *Hukum Amerika Sebuah Pengantar*, diterjemahkan dari buku Lawrence M. Friedman, *American Law: An Introduction, 2nd Edition*, penerjemah Wishnu Basuki. Jakarta: PT. Tatanusa, 2001.

_____. *Sistem Hukum: Perspektif Ilmu Sosial*, diterjemahkan dari buku Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York: Russel Sage Foundation, 1975), penerjemah M. Khozim, Cetakan II. Bandung: Nusamedia, 2009.

Friedmann, W. *Legal Theory*, 4th Edition. London: Stevens & Sons Limited, 1960.

Fuady, Munir. *Doktrin-Doktrin Modern Dalam Corporate Law & Eksistensinya Dalam Hukum Indonesia*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002.

_____. *Aliran Hukum Kritis: Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, Revised Edition. Virginia: Yale University, 1969.

_____. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, 7th Edition. St. Paul, Minn: West Group, 1999.

Gautama, Sudargo. *Arbitrase Dagang Internasional*. Bandung: Alumni, 1979.

Gavison, Ruth. *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Giddens, Anthony, *et al.*, *Sosiologi: Sejarah dan Berbagai Pemikirannya*, diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Ninik Rochani Sjams dari judul asli *La Sociologie: Histoire et idées*. Jogjakarta: Kreasi Wacana, 2005.

Gilissen, John dan Gorle, Frits. *Sejarah Hukum Suatu Pengantar, judul asli: Historische Inleiding tot het recht, Kluwer Rechtswetenschappen-Antwerpen*, Belgium, 1991, Penyadur: Freddy Tengker, Editor: Lili Rasjidi. Bandung: PT Refika Aditama, 2005.

Goesniadhie, Kusnu. *Harmonisasi Hukum: Dalam Perspektif Perundang-undangan (Lex Specialis Suatu Masalah)*. Surabaya: JP Books, 2006.

Grimsey, Darrin and Lewis, Mervyn K. *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

Guasch, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right*, World Bank Institute. Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 2004.

Guy, Peters, B. and Pierre, Jon. *Handbook of Public Administration*. London: Sage Publications Ltd, 2007.

Habermas, Jurgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: Polity Press, 1977.

Hadjon, Philipus M., et.all. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia – Introduction to the Indonesian Administrative Law*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2002.

Hardjasoemantri, Koesnadi. *Hukum Tata Lingkungan*, edisi ketujuh. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2002.

Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: The Clarendon Press, 1986.

Hart, H.L.A., dan Honore, A.M. *Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1959.

Hartono, C.F.G. Sunaryati. *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*. Bandung: Alumni, 1991.

_____. *Penelitian Hukum Di Indonesia Pada Akhir Abad Ke-20*, edisi pertama (Bandung: Alumni, 1994).

Harsono, Boedi. *Hukum Agraria Indonesia: Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya, Jilid 1 - Hukum Tanah Nasional*, cetakan ketujuh (edisi revisi). Jakarta: Djambatan, 1997.

Hermansyah. *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008.

Hasbullah, Frieda Husni. *Hukum Kebendaan Perdata: Hak-Hak Yang Memberi Kenikmatan - Jilid 1*. Jakarta: Ind-Hill-Co, 2005.

Huda, Ni'matul. *Hukum Pemerintahan Daerah*. Bandung: Nusa Media, 2009.

Huijbers, Theo. *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Yogyakarta: Kanisius, 1982.

Hurst, James Wiilard. *Justice Holmes On Legal History*. New York: The Macmillan Company, 1964.

Hutagalung, Arie Sukanti dan Gunawan, Markus. *Kewenangan Pemerintah di Bidang Pertanahan*. Jakarta: Rajawali Pers, 2008.

Hutagalung, Arie Sukanti. *Tebaran Pemikiran Seputar Masalah Hukum Tanah*. Jakarta: Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia, 2005.

Hutchinson, Alian C., ed. *Critical Legal Studies*. New Jersey: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1989.

Ibrahim, Johnny. *Teori & Metodologi Penelitian Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing, 2006.

Ibanez, Jose A. Gomes and Meyer, John R. *Going Private: The International Experience with Transport Privatization*, Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1993.

Ismail, Nurhasan. *Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi-Politik (Perubahan Pilihan Kepentingan, Nilai Sosial, dan Kelompok Diuntungkan)*. Cetakan Pertama. Jakarta: Perkumpulan Untuk Pembaharuan Hukum Bebas Masyarakat dan Ekologis (Huma) dan Magister Hukum Universitas Gajah Mada, 2007.

Joesoef, Iwan Erar. *Jaminan Pemerintah (Negara) Atas Kewajiban Hutang Investor Dalam Proyek Infrastruktur (Studi Kasus Proyek Jalan Tol)*. Jakarta: BP-FHUI, 2005.

_____, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Investor (Swasta) Dalam Proyek Infrastruktur*. Jakarta: BP-FHUI, 2006.

Kagami, Mitsuhiro and Tsuji, Masatsugu, ed. *Privatization, Deregulation and Economic Efficiency: A Comparative Analysis of Asia, Europe and the Americas*. USA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2000.

Kammerman, Sheila B., and Kahn, Alfred J., ed. *Privatization and the Welfare State*. New Jersey: Princeton University Press, 1989.

Kamil, Ahmad dan Fauzan, M. *Kaidah-kaidah Hukum Yurisprudensi*. Jakarta: Prenada Media, 2004.

Kartodirjo, Sartono. *Pendekatan Ilmu Sosial Dalam Metodologi Sejarah*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1992.

Kesari, U.P.D., and Kesari, Aditya. *Lectures On Administrative Law*, seventeenth edition. Allahabad: Central Law Publication, 2008.

Kessides, Ionnis N. *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation, and Competition*. Washington D.C: A Copublication of the World Bank and Oxford University Press, 2004.

Kelsen, Hans. *What Is Justice? Justice, Law, And Politics In the Mirror Of Science, Collected Essays*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1957.

_____. *Teori Hukum Murni: Dasar-Dasar Hukum Normatif*, diterjemahkan dari Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley: University California Press, 1978), oleh penerjemah: Raisul Muttaqien, Cetakan I. Bandung: Nusamedia & Nuansa, 2006.

_____. *Teori Umum Hukum Dan Negara: Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*, diterjemahkan dari Hans Kelsen, *General Theory Of Law And State*, oleh penerjemah: Somardi. Jakarta: Bee Media Indonesia, 2007.

_____, *Pengantar Teori Hukum*, diterjemahkan dari Hans Kelsen, *Introduction To The Problem Of Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1996), oleh penerjemah: Raisul Muttaqien, Cetakan I, Bandung: Nusamedia, 2008.

Kerf, Michel, *et al. Concessions for Infrastructure - A Guide to Their Design and Award*, World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector, and Infrastructure Network. Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, 1998.

Khairandy, Ridwan (ed.). *Masalah-Masalah Hukum Kontemporer*. Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006.

Kunz, Christina L., *et al. The Process of Legal Research*, fourth edition. Boston: Little, Brown and Company, 1996.

Kusumaatmadja, Mochtar. *Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional*. Bandung: Bina Cipta, 1986.

_____. *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*. Bandung: Alumni, 2006.

Kusumohamidjojo, Budiono. *Filsafat Hukum: Problematik Ketertiban Yang Adil*. Jakarta: PT Gramedia Widiasarana Indonesia, 2004.

Little, Daniel. *Varieties of Social Explanation – An Introduction to the Philosophy of Social Science*. Oxford: Westview Press. Inc., 1991.

Mahadi. *Hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, kerjasama dengan Badan Pembinaan Hukum Nasional, cetakan pertama September. Bandung: Binacipta, 1983.

Mamudji, Sri, Rahardjo, Hang dkk. *Metode Penelitian Dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009.

Mercure, Nicholas and Medema, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post Modernism*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

Mertokusumo, Sudikno dan Pitlo, A. *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti bekerjasama dengan Konsorsium Ilmu Hukum, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan dan The Asia Foundation, 1993.

Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum: sebuah pengantar*, edisi kedua. Yogyakarta: Liberty, 2001.

_____. *Mengenal Hukum: suatu pengantar*, edisi keempat. Yogyakarta: Liberty, 2002.

Milovanovic, Dragan. *A Premier in the Sociology of Law*, 2nd Edition. New York: Harrow and Heston, 1994.

Montesquieu. *The Spirit of Laws: Dasar-Dasar Ilmu Hukum Dan Ilmu Politik*, diterjemahkan dari Jeremy Bentham, *The Spirit of Laws* (University of California Press, 1977), Cetakan I. Bandung: Nusamedia, 2007.

Morris, Clarence. *The Great Legal Philosophers, selected readings in jurisprudence*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1997.

Muchsin, Hilman. *Investasi Jalan Tol – Pemahaman Atas Struktur Pengusahaan, Kelayakan, Persaingan Usaha dan Kredit Investasi*. Jakarta: BP-FHUI, 2007.

Muhammad, Abdulkadir dan Murniati, Rilda. *Segi Hukum Lembaga Keuangan Dan Pembiayaan*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000.

Muhammad, Rusli. *Potret Lembaga Pengadilan Indonesia*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006.

Murdoch, John and Hughes, Will. *Construction Contracts: Law and Management*, 3rd Edition. New York: Spon Press, 2000.

Neuman, W. Lawrence. *Social Research Methods – Qualitative and quantitative Approaches*, 3rd edition. Boston: Pearson Education, Inc., 2003.

Noor, Aslan. *Konsep Hak Milik Atas Tanah Bagi Bangsa Indonesia –Ditinjau Dari Ajaran Hak Asasi Manusia*, cetakan ke-1. Bandung: Mandar maju, 2006.

Nonet, Philippe dan Selznick, Philip. *Hukum Responsif: Pilihan di Masa Transisi*, Diterjemahkan oleh Rafael Edy Bosco dari judul asli “Law & Society in Transition: Toward Responsive Law”. Jakarta: Hu Ma. 2003.

Nugraha, Safri. *et al., Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

Nugraha, Safri. *Privatisation of State Enterprises in the 20th Century A Step Forwards or Backwards?*. Jakarta: Institute for Law and Economics Studies Faculty of Law University of Indonesia, 2004.

Nurlinda, Ida. *Prinsip-Prinsip Pembaruan Agraria – Perspektif Hukum*. Jakarta: Rajawali Pers, 2009.

Patterson, Dennis, ed. *A Companion To Philosophy Of Law And Legal Theory*. Victoria: Blackwell Publishing Ltd., 1999.

Perangin, Efendi. *Hukum Agraria Di Indonesia – Suatu Telaah Dari Sudut Pandang Praktisi Hukum*. Jakarta: Rajawali, 1986.

Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*, fifth edition. New York: Aspen Law & Business A Division of Aspen Publishers, Inc, 1998.

Pound, Roscoe. *Pengantar Filsafat Hukum*, diterjemakan dalam bahasa Indonesia oleh Mohamad Radjab dari judul asli *An Introduction to the Philosophy of Law*. Jakarta: Bhratara, 1996.

Prins, W.F. dan Adisapoetra, R. Kosim. *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*. Cetakan keenam. Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1987.

Prodjodikoro, R. Wirjono. *Hukum Perkumpulan Perseroan dan Koperasi Di Indonesia*. Jakarta: Dian Rakyat, 1985.

_____. *Perbuatan Melanggar Hukum*, cetakan ketujuh. Bandung: Sumur Bandung, 1984.

Purbacaraka, Purnadi dan Soekanto, Soerjono, *Perundang-undangan dan Yurisprudensi*. Bandung: Alumni, 1986.

Rahardjo, Satjipto. *Ilmu Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000.

_____. *Biarkan Hukum Mengalir: Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*. Jakarta: Kompas, 2007.

_____. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Kompas, 2007.

Rajagukguk, Erman, Juwana, Hikmahanto dan Lindsey, Timothy. *Perubahan Hukum di Indonesia (1998-2004)*. Jakarta: FHUI & LDF, 2004.

Rajagukguk, Erman. *Hukum Investasi Di Indonesia: Anatomi Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*. Jakarta: Universitas Al-Azhar Indonesia, 2007.

- Rangkuti, Freddy. *Business Plan: Teknik Membuat Perencanaan Bisnis & Analisa Kasus*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2004.
- Rawls, John. *Teori Keadilan – Dasar-Dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, (Judul Asli: *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1995), diterjemahkan oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Cetakan I. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.
- Redaksi Ekonomi Harian Kompas (Penyunting). *Mencari Bentuk Ekonomi Indonesia: Perkembangan Pemikiran 1965-1981*. Jakarta: PT Gramedia, 1982.
- Robson, Colin. *Real World Research – A Resource for Social Scientists and Practitioner-Researchers*. Oxford: Blackwell Publishers, 1993.
- Rousseau, Jean Jacques. *Du Contract Social (Perjanjian Sosial)*, diterjemahkan kedalam bahasa Inggris dengan judul *The Social Contract or Principles of Political Right oleh GDH Cole* dan diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Vincent Bero. Jakarta: Visimedia, 2007.
- Rukmana, Siti Hardiyanti. *Mendobrak Kultur Pesimis: Pengalaman Membangun Jalan Tol Cawang – Priok*. Jakarta: PT Citra Lamtorogung Persada, 1990.
- Safik, Akhmad. *Tanah Untuk Kepentingan Umum*. Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi FHUI, 2006.
- Salim H.S. *Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004.
- Salle, Aminuddin. *Hukum Pengadaan Tanah – Untuk Kepentingan Umum*, cetakan pertama. Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2007.
- Salman, Otje dan Susanto, Anthon F. *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*. Bandung: PT Refika Aditama, 2007.
- _____. *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum*, edisi kedua. Bandung: Alumni, 2004.
- Santoso, Urip. *Hukum Agraria & Hak-Hak Atas Tanah*, cetakan ke-5. Jakarta: Kencana, 2009.
- Sardjono, Agus. *Membumikan HKI Di Indonesia*. Bandung: Nuansa Aulia, 2009.
- Sapte, Denton Wilde. *Public Private Partnerships: BOT techniques and project finance*, 2nd Edition. London: Euromoney Books, 2006.
- Saptomo, Ade. *Hukum & Kearifan Lokal – Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*. Jakarta: PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, 2010.

Satrio, J. *Hukum Jaminan, Hak-Hak Jaminan Pribadi: Tentang Perjanjian Penanggungan Dan Perikatan Tanggung Menanggung*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003.

Savas, Emanuel S. *Privatization, The Key To Better Government*. New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1987.

Scholten, Paul. *Struktur Ilmu Hukum*, alih bahasa oleh B. Arief Sidharta dari judul asli *De Structuur Der Rechtswetenschap*. Bandung: Alumni, 2003.

Setiawan, Yudhi. *Instrumen Hukum Campuran (gemeensdchapelijkrecht) Dalam Konsolidasi Tanah*. Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2009.

Shapiro, Ian. *Evolusi Hak Dalam Teori Liberal (diterjemahkan dari judul asli The Evolution of Rights in Liberal Theory, 1986, oleh Masri Mari)*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2006.

Shavell, Steven. *Foundation of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

Shepherd, William G. *The Economics of Industrial Organization*. Third Edition. New Jersey: Prentice Hall, 1990.

Siahaan, N.H.T. *Hukum Lingkungan dan Ekologi Pembangunan*, edisi kedua. Jakarta: Erlangga, 2004.

Sidarta, B. Arief. *Meuwwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, penerjemah B. Arief Sidharta. Bandung: PT Refika Aditama, 2007.

Singleton, Royce, Straits, Bruce C., Straits, Margaret M. dan McAllister, Ronald J. *Approaches to Social Research*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

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

_____. *Hukum Kepailitan, Memahami Faillissementsverordening Juncto Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998*. Jakarta: PT. Pustaka Utama Grafitim 2002.

Soeprapto, Maria Farida Indrati. *Ilmu Perundang-undangan 1 – Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*. Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2007.

_____. *Ilmu Perundang-undangan 2 – Proses dan Teknik Pembuatannya*. Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2007.

- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1986.
- Soekanto, Soerjono dan Mamudji, Sri. *Penelitian Hukum Normatif – Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2003.
- Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen, *Hukum Jaminan Di Indonesia, Pokok-Pokok Hukum Jaminan Dan Jaminan Perorangan*. Yogyakarta: Liberty, 1980.
- _____. *Hukum Perdata – Hukum Perutangan*. Yogyakarta: Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 1980.
- _____. *Himpunan Karya Tentang Hukum Jaminan*. Yogyakarta: Liberty, 1982.
- _____. *Beberapa Masalah Pelaksanaan Lembaga Jaminan Khususnya Fiducia Di Dalam Praktek Dan Pelaksanaannya Di Indonesia*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 1977.
- Stallworthy, Mark. *Sustainability, Land Use and Environment: a legal analysis*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002.
- Stockmann, Petra. *The New Indonesian Constitutional Court: A study into its beginnings and first years of work*. Jakarta: Hanns Seidel Foundation dan Wath Indonesia, 2007.
- Subekti, R. *Hukum Pembuktian*, cetakan ketujuh. Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1985.
- _____. *Hukum Perjanjian*, cetakan ke VIII. Jakarta: PT Intermasa.
- _____. *Arbitrase Perdagangan*, cetakan Pertama. Bandung: Binacipta, 1981.
- Suharto, Edi. *Analisis Kebijakan Publik: Panduan Praktis Mengkaji Masalah dan Kebijakan Sosial*. Bandung: CV. Alfabeta, 2005.
- Sumardjono, Maria S.W. *Kebijakan Pertanahan antara Regulasi dan Implementasi*, edisi revisi, cetakan ke-VI. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009.
- _____. *Tanah – Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, cetakan kedua. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009.
- Sumaryono, E. *Etika Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*. Yogyakarta: Kanisius, 2002.

Swerdlow, Irving. *The Public Administration Of Economic Development*. New York: Praeger Publishers, Inc., 1975.

Syamsudin, M. *Operasionalisasi Penelitian Hukum*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007.

Tebbit, Mark. *Philosophy of Law, An Introduction*. London: Routledge, 2000.

Tsuji, Masatsugu *et al.*, *Private initiatives in Infrastructure: Priorities, Incentives, and Performance*. Japan: Institute of Developing Economies (IDE), JETRO, 2000.

Tukgali, Lieke Lianadevi. *Fungsi Sosial Hak Atas Tanah Dalam Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*. Jakarta: PT Gramedia, 2010.

Tutik, Titi Triwulan, *et al.* *Ilmu Hukum: Suatu Tinjauan Dari Sudut Pandang Filsafat Ilmu*. Jakarta: Prestasi Pustaka, 2007.

Tyler, Tom R. *Why People Obey the Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1990.

Unger, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. United States of America: Harvard University Press, 1986.

_____. *Teori Hukum Kritis: Posisi Hukum Dalam Masyarakat Modern*, diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Dariyatno dan Derta Sri Widowatie dari judul asli *Law and Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. Bandung: Nusamedia, 2007.

Vago, Steven. *Law and Society*, 3rd Edition. New Jersey: Prentice Hall, Inc., 1991.

Vinter, Graham D. *Project Finance – a Legal Guide*. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Walker, C. and Smith, A. J., ed. *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*. London: Thomas Telford Publications, 1999.

Wibowo, Eddi, *et al.* *Hukum dan Kebijakan Publik*. Yogyakarta: YPAPI, 2004.

Watson, Alan. *Roman Law & Comparative Law*. Athens, Georgia: the University Georgia Press, 1991.

_____. *Legal Transplants: An Approach To Comparative Law*, 2nd Edition. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993.

_____. *Society and Legal Change*, 2nd Edition. Philadelphia: Temple University Press, 2001.

Weber, Max. *Studi Komprehensif Sosiologi Kebudayaan*, diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Abdul Qodir Shaleh dari judul asli *Essay from Max Weber*. Jogjakarta: IRCisoD, 2006.

Whitfield, Dexter. *Public Services or Corporate Welfare – Rethinking the Nation State in the Global Economy*. London: Pluto Press, 2001.

Wignjosoebroto, Soetandya. *Hukum, Paradigma, Metod dan Dinamika Masalahnya – 70 Tahun Prof. Soetandya Wignjosoebroto*. Jakarta: ELSAM-HUMA, 2002.

_____. *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial-Politik Dalam Perkembangan Hukum Di Indonesia*, Cetakan Kedua. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1995.

Widjaja, Gunawan. *Transplantasi Trust dalam KUH Perdata, KUHD, dan Undang-Undang Pasar Modal Indonesia*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2008.

Yuhassarie, Emmy, ed. *Perjanjian-Perjanjian Dalam Rangka Restrukturisasi – Proceedings: Rangkaian Lokakarya Terbatas Hukum Kepailitan Dan Wawasan Hukum Bisnis Lainnya, Jakarta, 23-24 Juli 2002*. Jakarta: PPH dan Mahkamah Agung RI, 2003.

_____, *Kredit Sindikasi – Proceedings: Rangkaian Lokakarya Terbatas Hukum Kepailitan Dan Wawasan Hukum Bisnis Lainnya, Jakarta, 20-21 Agustus 2002*. Jakarta: PPH dan Mahkamah Agung RI, 2003.

Yescombe, E.R. *Public Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*, 1st Edition. Oxford: Elsevier Ltd., 2007.

Peraturan Perundang-undangan:

Indonesia. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia.

Indoneisa. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indoneisa Tahun 1945.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, disahkan tanggal 24 September 1960. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 104, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2043.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 49 Tahun 1960 Tentang Panitia Urusan Piutang Negara. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 156, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2104.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 Tentang Pencabutan Hak-Hak Atas Tanah Dan Benda-Benda Yang Ada Di Atasnya, disahkan tanggal 26 September 1961 (dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1961 Nomor 228, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2324).

Indonesia. Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1980 Tentang Jalan, disahkan (dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1980 Nomor 83, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3186).

Indonesia. Undang-Undang Nomor 16 Tahun 1985 Tentang Rumah Susun, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1985 Nomor 75, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3318.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 13 Tahun 1992 Tentang Perkeretaapian, disahkan (dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 47, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3479).

Indonesia. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi Dan Nepotisme. LNRI Tahun 1999 Nomor 75, TLNRI Nomor 3851.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. LNRI Tahun 1999 Nomor 140, Tambahan LNRI Nomor 3874.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia. LNRI Tahun 1999 Nomor 168, Tambahan LNRI Nomor 3889.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 Tentang Keuangan Negara, LNRI Tahun 2003 Nomor 47, Tambahan LNRI Nomor 4286.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara, tanggal 19 Juni 2003 LNRI Tahun 2003 Nomor 70, Tambahan LNRI Nomor 4297.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2004 Tentang Pemeriksaan Pengelolaan Dan Tanggung Jawa Keuangan Negara, tanggal 19 Juli 2004, LNRI Tahun 2004 Nomor 66, Tambahan LNRI Nomor 4400.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara, tanggal 14 Januari 2004, LNRI Tahun 2004 Nomor 5, Tambahan LNRI Nomor 4355.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, LN. No.53 Th. 2004, TLN No. 4389.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2004 Tentang Pemeriksaan Pengelolaan Dan Tanggung Jawab Keuangan Negara, LNRI Tahun 2004 Nomor 66, Tambahan LNRI Nomor 4400.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2004 Tentang Sistem Rencana Pembangunan Nasional.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2004 Tentang Jalan, disahkan tanggal 18 Oktober 2004, LNRI 2004 Nomor 132, Tambahan LNRI Nomor.444.

Indonesia. Undang-undang Nomor 15 Tahun 2006 Tentang Badan Pemeriksa Keuangan. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 85, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4654.

Indonesia. Undang-undang Nomor 23 Tahun 2007 Tentang Perkeretaapian. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 65, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4722.

Indonesia. Undang-undang Nomor 26 tahun 2007 Tentang Penataan Ruang, Lembaran Negara RI Tahun 2007 Nomor 68 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4725.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas, tanggal 16 Agustus 2007, LNRI Tahun 2003 Nomor 106, Tambahan LNRI Nomor 4756.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 43 Tahun 2008 Tentang Otonomi Daerah.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2010 Tentang Anggaran Pendapatan Dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2011. LNRI Tahun 2010 Nomor 126, Tambahan LNRI Nomor 5167.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1990 Tentang Jalan Tol, ditetapkan di Jakarta pada tanggal 24 Maret 1990 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1990 Nomor 12, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3405).

Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 Tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai Atas Tanah.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah, LN No. 59 Tahun 1997, TLN No. 3696

Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 2005 Tentang Jalan Tol, disahkan pada tanggal 21 Meret 2005, LNRI Tahun 2005 Nomor 32, Tambahan LNRI Nomor 4489.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2005 Tentang Pengelolaan Keuangan Badan Layanan Umum.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/ Daerah, LNRI Tahun 2006 Nomor 20, Tambahan LNRI Nomor 4609.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 34 Tahun 2006 Tentang Jalan, Lembaran Negara RI Tahun 2006 Nomor 86 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4655.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2008 Tentang Perubahan Atas Pengelolaan Barang Milik Negara/ Daerah, LNRI Tahun 2008 Nomor 78, Tambahan LNRI Nomor 4855.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Investasi Pemerintah.

Keputusan Presiden Nomor 25 Tahun 1987 Tentang Pelaksanaan Sebagian Tugas Penyelenggaraan Jalan Tol oleh Perusahaan Patungan, tanggal 20 Juli 1987.

Keputusan Presiden Nomor 7 Tahun 1998 Tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta dalam Pembangunan dan/atau Pengelolaan Infrastruktur, tanggal 12 Januari 1998).

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 2005 Tentang Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur.

Peraturan Presiden Nomor 61 Tahun 2005 Tentang Tata Cara Penyusunan dan Pengelolaan Program Legislasi Nasional.

Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah Dan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur (ditetapkan pada tanggal 9 November 2005).

Peraturan Presiden Nomor 13 Tahun 2010 Tentang Kerjasama Pemerintah Dan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur.

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2011 Tentang Masterplan Percepatan Dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia 2011-2025.

Keputusan Menteri Pekerjaan Umum Nomor: 601/KPTS/1987 Tentang Ijin Menyelenggarakan Jalan Tol Cawang – Tanjung Priok Kepada Perusahaan

Perseroan (Persero) PT Jasa Marga Dalam Ikatan Usaha Patungan Dengan PT Citra Marga Nusaphala Persada tanggal 9 Desember 1987.

Departemen Dalam Negeri. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 5 Tahun 1974 Tentang Ketentuan-Ketentuan Mengenai Penyediaan dan Pemberian Hak Untuk Keperluan Perusahaan.

Peraturan Menteri Negara Agraria Nomor 1 Tahun 1994.

Departemen Keuangan. Keputusan Menteri Keuangan RI Nomor 518/KMK.01/2005 Tentang Pembentukan Komite Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur, tanggal 31 Oktober 2005.

Departemen Keuangan. Peraturan Menteri Keuangan Nomor 38/PMK.01/2006 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pengendalian Dan Pengelolaan Risiko Atas Penyediaan Infrastruktur, tanggal 19 Mei 2006.

Departemen Keuangan. Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara, tanggal 4 September 2007.

Surat Edaran Menteri Keuangan RI Nomor SE-25/MK1994 tanggal 6 Juni 1994 Perihal: Pemindahtanganan dan Pemanfaatan Kekayaan Negara/BUMN.

Surat Edaran Menteri Keuangan RI Nomor Jl.03.01.Mn/11 tanggal 22 Januari 1997 (Bahwa Biaya Pengadaan Tanah Seluruhnya Menjadi Beban Investor).

Keputusan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Nomor 01/DPR-RI/III/2004-2005 Tentang Persetujuan Penetapan Program Legislasi Nasional Tahun 2005 sampai dengan 2009, tanggal 1 Februari 2005.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 292/PRT/M/2005 Tentang Badan Pengatur Jalan Tol, tanggal 28 Juni 2005.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 369/KPTS/M/2005 Tentang Rencana Umum Jaringan Jalan Nasional, tanggal _____ 2005.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 27/PRT/M/2006 Tentang Pedoman Pengadaan Pengusahaan Jalan Tol, tanggal 21 November 2006.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 10/PRT/M/2006 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Badan Usaha Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol , tanggal 10 Mei 2006.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 04/PRT/M/2006 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Badan Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol , tanggal 26 Februari 2007.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 12/PRT/M/2006 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Dukungan Pemerintah Terhadap Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Jalan Tol Yang Dibiayai Oleh Badan Usaha, tanggal 28 Juli 2008.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 14/PRT/M/2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 04 Tahun 2007 Tentang Tata Cara Penggunaan Dana Bergulir Pada Badan Layanan Umum – Badan Pengatur Jalan Tol Untuk Pengadaan Tanah Jalan Tol , tanggal 15 September 2008.

Departemen Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 12/PRT/M/2008 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Dukungan Pemerintah Terhadap Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Jalan Tol Yang Dibiayai Oleh Badan Usaha, tanggal 28 Juli 2008.

Kementerian Pekerjaan Umum. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indoneisa Nomor 06/PRT/M/2010 Tentang Pedoman Evaluasi Penerusan Pengusahaan Jalan Tol, tanggal 7 Mei 2010.

Perkara Pengadilan:

Putusan Pengadilan Niaga Surabaya Nomor: 01/PKPU/2009/PN-Niaga Surabaya, tanggal 29 Januari 2009 tentang Permohonan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Sementara (PKPU) PT Citra Margatama Surabaya (ruas jalan tol Waru - Juanda) di Pengadilan Niaga Surabaya.

Putusan Pengadilan Negeri Purwakarta Nomor: 09/PDT G/ 2005 / PN PWK tanggal 26 Januari 2006. Kasus R. Dody Artioso Gurdo (Penggugat) melawan (1) Menteri Pekerjaan Umum cq Direktorat Jenderal Bina Marga (Tergugat I), (2) PT Jasa Marga (Persero) (Tergugat II), dan (3) Bupati Kabupaten Purwakarta (Tergugat III), sengketa ruas jalan tol "Cipularang".

Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta Nomor: 80/G/2008/PTUN.JKT tanggal 27 Oktober 2008. Kasus Pengakhiran Sepihak Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Antara PT Binapuri Nyndia Cipta Karyatama (Penggugat) melawan Menteri Pekerjaan Umum Republik Indonesia (Tergugat), sengketa PPJT jalan tol ruas "Ciranjang – Padalarang".

Ketetapan MPR:

Tap MPR No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan pengelolaan Sumber Daya Alam.

Yurisprudensi:

Yurisprudensi MARI No. 3783 K/Pdt/ 1987: “Tanah-tanah Negara yang di atasnya melekat hak-hak tanah eropa misal postal, erpacht, eigendom dan lain-lain tidak mungkin lagi akan melekat hak-hak lainnya misalnya hak tanah adat”.

Yurisprudensi MARI No. 234 K/Pdt/1992: ”Bahwa buku Letter C Desa bukan merupakan bukti hak milik, tetapi hanya merupakan kewajiban seseorang untuk membayar pajak”.

Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1149 K/Sip/1975 tanggal 17 April 1979, dengan kaidah hukumnya: ”Karena dalam Surat Gugatan tidak disebutkan dengan jelas letak batas-batas tanah sengketa, gugatan tidak dapat diterima”.

Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia tanggal 6 Agustus 1974 No. 565 K/Sip/1974, dengan kaidah hukumnya: ”Gugatan harus tidak dinyatakan dapat diterima karena dasar gugatan tidak sempurna, karena hak penggugat atas tanah sengketa tidak jelas”.

Putusan Mahkamah Agung RI tanggal 26 Juni 1987 Nomor 586.K/Pdt/1987

Perjanjian:

Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Simpang Susun Waru – Bandara Juanda Nomor: 03/PPJT/II/Mn/2007 Tanggal 12 Februari 2007 antara PT Citra Margatama Surabaya dan Pemerintah cq Departemen Pekerjaan Umum.

Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol Ruas Depok – Antasari Nomor: 191/PPJT/V/Mn/2006 Tanggal 29 Mei 2006 antara PT Citra Wasphtutowa dan Pemerintah cq Departemen Pekerjaan Umum.

Jurnal:

Allott, Antony. “The Effectiveness of Law”, Valparaiso University Law Review [Volume 15 Number 2]. (Winter 1981).

Baragona, Katharine C. “Project Finance”, Transnational Lawyer 2004, Symposium: Markets in Transition: Reconstruction and Development Part Two--Building Up to a Drawdown: International Project Finance and Privatization--Expert Presentations on Lessons to Be Learned. (2004).

Barsh, Russel Lawrence. “Democratization and Development”, Human Rights Quarterly 14 120-134 © 1992 by The Johns Hopkins University Press. (1992).

Berger, Klaus Peter. "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", *International Commercial Arbitration A Symposium Sponsored by Vanderbilt University of Law and Business Program and Vanderbilt Journal of Transnational Law*, March 2003. *Vanderbilt Journal of International Law*. (October, 2003).

Boettke, Peter & Subrick, J. Robert. "Rules of Law, Development, and Human Capabilities", © 2003 by the University of Chicago. All Rights reserved. 0-226-99962-9/2003/0010-0005\$10.00. (2003).

Breeden, Richard C. "The Globalization of Law and Business in the 1990's", *Wake Forest Law Review*, Volume 28, Number 3. (1993).

Bridgeman, Curtis. "Reconciling Strict Liability With Corrective Justice in Contract Law", 75 *Fordham L. Rev.* 3013, *Fordham Law Review*. (May, 2007).

Campbell, David. "The Incompleteness of our Understanding of the Law and Economics of Relational Contract", *Wis. L. Rev.* 645. *Wisconsin Law Review* 2004. Copyright © 2004 by the Board of Regents of the University of Wisconsin System. (2004).

Carlson, Christopher D. "Public-Private Partnerships in State and Local Highway Transportation Projects", (55-DEC *Fed. Law.* 34) *Federal Lawyer*. (November/December, 2008).

Cooper, James M. "Competing Legal Cultures And Legal Reform: The Battle of Chile", *Michigan Journal of International Law*. Copyright © 2008 University of Michigan Law School. (Spring 2008).

Cooter, Robert. "Can Lawyers Say Anything About Economic Growth? Comment on Frank Cross's Law and Economic Growth", *Texas Law Review* [Vol. 80:1777]. (2002).

Cremer, Helmut, Gasmi, Farid, Grimaud, Andre, and Laffont, Jean-Jacques. "The Economics of Universal Service: Theory", *The Economic Development Institute of the World Bank*, Copyright © 1998 by the International for Reconstruction and Development. (1998).

Cross, Frank B. "Law and Economic Growth", *Texas Law Review* [Vol. 80:1737]. (2002).

Daniels, Ronald J., and Trebilcock, Michael J. "Private Provision of Public Infrastructure: An Organizational Analysis of the Next Privatization Frontier", [46 *U. Toronto L.J.* 375], *University of Toronto Law Journal*, Copyright © 1996 by the University of Toronto Press Incorporated. (Summer, 1996).

Dell Olio, Andrew J. "Public-Private Partnerships in Brazil: Opportunities and Risks for Investors", *International Law Practicum*. (Spring, 2006).

Deva, Surya. "Sustainable Good Governance and Corporation: An Analysis of Asymmetris", [18 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 707] *Georgetown International Environmental Law Review*, Corporate Responsibility and Environment. (Summer, 2006).

Duong, Wendy N. "Partnership With Monarchs – Two Case Studies: Case Two Partnerships With Monarchs In Development Of Energy Resources: Dissecting An Independent Power Project And Re-evaluating The Role of Multilateral And Project Financing In The International Energy Sector", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. Copyright © 2005 Trustees of the University of Pennsylvania. (Spring 2005).

Erhardt, Ellen M. "Caution Ahead: Changing Laws to Accommodate Public-Private Partnerships in Transportation", *Valparaiso University Law Review*. Copyright © 2007 by Valparaiso University Law Review. (Spring, 2008).

Erim, A. Martin E., Jaramillo, Terry. Johnson, Mark D., Monroy, Marco, Rubio, Miguel E., Yandle, Oliver P. "Financing Sources For Trade & Investment In Latin America", *American University International Law Review*, 13 *Am. U.Int'l L. Rev.* 815. (1998).

Estache, Antonio, Laffont, Jea-Jacques, Zhang, Xinzhu. "Universal Service Obligation in Developing Countries", © The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank (Delivered by The World Bank e-library to: Guest User, IP: 202.137.5.198, Tue, 06 Oct 2009 06:07:33. (August, 2004).

Fisch, Jill E. "Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach", (110 *Harv. L. Rev.* 1055) *Harvard Law Review*. Copyright © 1997 Harvard Law Review Association. (March, 1977).

Franck, Thomas M. "The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries", *Wisconsin Law Review* [Vol. 1972:767 Number 3]. (1972).

Friedmann, Wolfgang G. *The Role of Law and the Function of the Lawyer in the Developing Countries*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 17. (1963).

Fuguo, Cao. "The Emerging Legal Framework for Private Finance in Infrastructure in China: A Preliminary Review of the Beijing Concession Regulation", *Public Procurement Law Review*, Copyright © 2007 Sweet & Maxwell Limited and Contributors. (2006).

- Gillespie, John. "Globalisation And Legal Transplantation: Lessons From The Past", *Deakin Law Review*. (2001).
- Ginsburg, Tom. "Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia", *Law & Society Review*, 00239216, Vol. 34. (2000).
- Gotanda, John Y. "Renegotiation And Adaptation Clauses In Investment Contracts, Revisited", *Vanderbilt Journal of Transnational Law, International Commercial Arbitration, A Symposium Sponsored By Vanderbilt University Law and Business Program and Vanderbilt Journal of Transnational Law*, March 2003. (October, 2003).
- Hager, L. Michael. "The Role of Lawyer in Developing Countries", 58 *ABA J* 33. (1972).
- Heim, Steven J. "Predicting Legal Transplants: The Case of Servitudes in The Russian Federation", *Symposium: Social Justice and Development: Critical Issues Facing the Bretton Wood System, Transnational Law & Contemporary Problems*. (Spring 1996).
- Horwitz, Morton J. "The Historical Foundations of Modern Contract Law", *Harvard Law Review*, (87 *Harv. L. Rev.* 917). (March, 1974).
- Howard, Diane. "Achieving A Level Playing Field In Space-Related Public-private Partnership: Can Sovereign Immunity Upset The Balance?", *Journal of Air Law and Commerce*. Copyright © 2008 Southern Methodist University Dedman School of Law. (Fall 2008).
- Juwana, Hikmahanto. "Kontrak Bisnis Yang Berdimensi Publik", *Jurnal Magister Hukum*, Vol. 2 No. 1. (Februari 2000).
- Kornhauser, "Lewis A. Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law", *Chicago-Kent Law Review, Symposium: Law and Economics and Legal Scholarship*. (2004).
- Kostritsky, Juliet P. "Bargaining With Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Cost: A Default – Rule for Precontractual Negotiations", [44 *Hastings L.J.* 621] *Hastings Law School Journal*, Copyright © 1993 by the Hastings College of the Law, Juliet P. Kostritsky. (March, 1993).
- Lacina, Peter. "Public-Private Road Building In Latin Amerika: Legal Advances And Challenges", *Law and Business Review of the Americas*, Copyright © 2009 SMU Dedman School of Law. (Summer 2009).
- Leitao, Teresa Morais and Cadete, Eduardo Maia. "Public Service Obligations In The Electricity And Gas Sectors: Portugal", [I.E.L.T.R. 2004, 1, 22-26]

International Energy Law & Taxation Review, Copyright © 2004 Sweet & Maxwell Limited and Contributors. (2004).

Mairal, Hector A. "Government Contracts Under Argentine Law: A Comparative Law Overview", Fordham International Law Journal, Copyright © 2003 Fordham University School of Law. (June, 2003).

McNallen, Brendan. "Fixing The Leaks In Brazil's Water Law: Encouraging Sound Private Sector Participation Through Legal And Regulatory Reform", Gonzaga Journal of Law 2005-2006. Copyright © 2005-2006 Gonzaga Journal of International Law. (2006).

Mendelson, Wallace. "Law and The Development of Nations", Presidential Address, Southern Political Science Association, Miami Beach, The University of Texas at Austin. (November 7, 1969).

Miranda, Nicholas. "Concession Agreements: From Private Contract To Public Policy", Yale Law Journal, Copyright © 2007 Yale Law Journal Company, Inc. (2007).

Mistelis, Loukas A. "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations", Reproduced with permission of 34 International Lawyer 1055-1069 (Pace Law School Institute of International Commercial Law - Last updated February 13, 2001). (2000).

Nelken, David. "Signaling Conformity: Changing Norms in Japan and China", Mixed Reception: Culture, International Norms, and Legal Change in East Asia Comment, (Cite as: 27 Mich. J. Int'l L. 933), Michigan Journal of International Law. Copyright © 2006 University of Michigan Law School. (Spring 2006).

Nwete, Bede. "To What Extent Can Renegotiation Clauses Achieve Stability and Flexibility in Petroleum Development Contracts", I.E.L.T.R. 2006, 2, 56-63. International Energy Law & Taxation Review 2006. Copyright © 2007 Sweet & Maxwell Limited and Contributors. (2006).

O'Manique, John. "Human Rights and Development", Human Rights Quarterly 14 78-103 © 1992 by The Johns Hopkins University Press. (1992).

Osinbajo, Yemi and Ajayi, Olukonyisola. "Human Rights and Economic Development in Developing Countries", The International Lawyer Vol. 28. No. 3. (Fall 1994).

Perry, Amanda J. "The Relationship between Legal Systems and Economic Development: Integrating Economic and Cultural Approaches", Journal Of Law And Society, Volume 29, Number 2. ISSN: 0263-323X, pp.282-307. (June 2002).

Ramsay, Marc. "The Buyer/Seller Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure", (56 U. Toronto L.J. 115) University of Toronto Law Journal, Winter. Copyright © 2006 by University of Toronto Press Incorporated. (2006).

Serina, Quirico G. "An Overview of the Legal Aspects of Concession Agreements in Latin America", (5 ILSA J. Int'l & Comp. L. 371) ILSA Journal of International and Comparative Law. Copyright © 1999 by International Law Students Association. (Spring, 1999).

Schultz, Erika P. "Joint Venture Agreements: A New Mechanism for Investing In Colombia", (12 World Arb. & Mediation Rep. 190), World Arbitration Mediation Report. Copyright © 2001 by Juris Publications, Inc. (July, 2001).

Sharma, K.M. From "Sanctity" To "Fairness": An Uneasy Transition in the Law of Contracts?", New York Law School Journal and Comparative Law. (1999).

Shirley, Mary M., and Xu, Lixin Colin. "Information, Incentives, and Commitment: An Empirical Analysis of Contracts Between Government and State Enterprises", (14 J.L. Econ. & Org. 358) Journal of Law, Economic and Organization. Copyright © 1998 by the Oxford University Press. (October, 1998).
Snyder, Francis G. "Law and Development in the Light of Dependency Theory", Law & Society Review, Volume 14, Number 3. (Spring 1980).

Stuber, Walter Douglas. "The Brazilian Public Private Partnership Program", [J.I.B.L.R. 2005, 20 (6), 286-294], Journal of International Banking Law and Regulation. Copyright © 2005 Sweet & Maxwell Limited and Contributors. (2005).

Syadullah, Makmun. "Evaluasi Pelaksanaan Kewajiban Pelayanan Publik (*Public Service Obligation*) dan Subsidi, Studi Kasus: Bidang Tarnsportasi", Jurnal Ekonomi dan Pembangunan (JEP), Vol. XV (2), Pusat Penelitian Ekonomi Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (P2E-LIPI). (2007).

Theberge, Leonard J. "Law and Economic Development", Journal of International Law and Policy, Vol. 9:231. (1980).

Wallace, Don. "Private Participation in Infrastructure and the Provision of Public Services – Inevitable and Dificult", Transnational Lawyer 2004, Symposium: Market in Transition: Reconstruction and Development Part Two-Building Up to a Drawdown: International Project Finance and Privatization – Expert Presentations on Lessons to be Learned, 18 Transnat'l Law 117, Copyright © 2004 University of the Pacific, McGeorge School of Law. (2004).

Weber, M. "Economy and Society", 82 Yale, L.J. 1,11-16 (1972).

Walker, R. David. "Enabling The Privatizing Toll Roads: A Public-Private Partnership For New Jersey", *Rutgers Journal of Law & Public Policy*. Copyright © 2009. (Spring, 2009).

Wiegand, Wolfgang. "The Reception of American Law in Europe", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39. (1991).

Majalah, Artikel Koran:

Djunaedi, Praptono. "Implementasi Public-Private Partnership dan Dampaknya ke APBN", *Majalah Warta Anggaran*, Edisi 6 Tahun 2007, Direktorat Jenderal Anggaran.

Joesoef, Iwan Erar, "Menyoal KPS Jalan Tol", *harian Kontan*, tanggal 13 Juli 2009.

_____, "Pengadaan Tanah: Dilema Pembangunan Jalan Tol", *harian Investor Daily*, tanggal 27 Juli 2009.

_____, "Paradigma Infrastruktur", *harian Kontan*, tanggal 4 Agustus 2009.

Ricote, Eleazar E. "The Philippine Build-Operate-Transfer (BOT) Center: Evolving a Public-Private-Partnership Agenda for Philippine Infrastructure and Development Sectors", *Perencanaan Pembangunan Nomor 04/ Tahun XIV/2008*.

Seminar, Forum Diskusi, Workshop:

Armida S. Alisjahbana, Minister of National Development Planning/ Head of Bappenas, "Indonesia's Public-Private Partnerships Policy Regime and Framework", (dalam *Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010*, Jakarta 14-17 April 2010).

Brietzke, Paul H. "Economic Law Reform in Indonesia", 21 February 2000, A talk deliver to Department of Law and Legislation Officials.

Dardak, Hermanto. Vice Minister of Public Works, "Trans Java Toll Road – PPP Project Addressing Bottlenecks in the Economic Corridor of Northern Java to Expedite National Economic Growth", (dalam *Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010*, Jakarta 14-17 April 2010).

Hariadi, Daddy. "Strategi & Tantangan Pembiayaan Proyek Infrastruktur di Indonesia", dalam *Seminar Nasional oleh Teknik Sipil UI*, Rabu 31 Okt 2007 di Bidakara, Jakarta.

Heyzer, Noeleen. under-Secretary-General of the United Nations and Executive Secretary of the Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, “Breaking down the barriers to PPPs in infrastructure development”, (dalam pidato pembukaan Asia Pacific Ministerial Conference (APMC) on Public Private Partnership (PPP) for Infrastructure Development 2010), Jakarta, 14-17 April 2010.

Irian, Mohamad. “Strategi & Tantangan Pembiayaan Proyek Infrastruktur di Indonesia”, dalam Seminar Nasional oleh Teknik Sipil UI, Rabu 31 Oktober 2007 di Bidakara, Jakarta.

Juwana, Hikmahanto. *Penegakan Hukum Dalam Kajian Law & Development*, disampaikan dalam orasi ilmiah, dalam peringatan Dies Natalis ke-56 UI.

Kirmanto, Djoko, Minister of Public Works, “The Speech of Minister of Public Works of the Republic of Indonesia”, (dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010, Jakarta 14-17 April 2010).

Manurung, Nurdin. “Pengaturan/ Pengelolaan Program Jalan Tol di Indonesia”, disampaikan pada Learning & Sharing Session IAMPI ke XXVIII, 23 Juli 2009, Jakarta.

Priatna, Dedy S. Deputy Minister for Infrastructure Affairs National Development Planning Agency (Bappenas), “Indonesia: Country Presentation on Public Private Partnership”, dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010, Jakarta 14-17 April 2010.

Sunito, Frans S. ”Penanganan Risiko Pengadaan Tanah Untuk Jalan Tol”, dalam Forum Wartawan Departemen Pekerjaan Umum, 20 November 2007, di Hotel Le Meridien, Jakarta.

Susantono, Bambang. “Pengelolaan Risiko Fiskal Dukungan Pemerintah Pada Proyek Infrastruktur”, tanggal 18 Februari 2009, disampaikan pada Seminar Nasional Departemen Keuangan, di Jakarta.

Yudoyono, Susilo Bambang, Presiden Republik Indonesia, “Sambutan Presiden Republik Indonesia Pada Peresmian Pembukaan Asia Pacific Ministerial Conference (APMC)”, (dalam Asia Pacific Ministerial Conference 2010, Infrastructure Asia 2010, Jakarta 14-17 April 2010).

Berita Koran:

Bisnis Indonesia, Rabu, tanggal 05 Januari 2005.

Bisnis Indonesia, Selasa, tanggal 01 Februari 2005.

Bisnis Indonesia, Selasa, tanggal 08 Februari 2005.

Investor Daily, Kamis, tanggal 11 Agustus 2005.

Investor Daily, Selasa, tanggal 09 Agustus 2005.

Bisnis Indonesia, Rabu, tanggal 22 Februari 2006.

Kompas, Sabtu, tanggal 15 Desember 2007.

Kompas, Sabtu, tanggal 22 Desember 2007.

Disertasi/ Tesis/Skripsi:

Disertasi dari Inosentius Samsul pada program pasca sarjana FHUI tahun 2003 dengan judul *Prinsip Tanggung Jawab Mutlak Dalam Hukum Perlindungan Konsumen*.

Disertasi dari B.F. Sihombing pada Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004 dengan judul *Pergeseran Kebijakan Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Pemerintah Dan Swasta (Studi Kasus Pengaturan Pemilikan, Penguasaan Tanah di Provinsi DKI Jakarta)*.

Disertasi Irnanda Laksanawan, *Design and Implementation of Privatisation in Indonesia*, Disertasi untuk Doctor of Philosophy pada The School of Commerce – Division of Business University of South Australia, Adelaide, 2008.

Skripsi dari Panji Nur Abdurrachman pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia Program Kekhususan IV Hukum Tentang Kegiatan Ekonomi, 2008 dengan judul *Kemitraan Pemerintah-Swasta Dalam Bentuk Build Operate And Transfer (BOT): Studi Kasus Perjanjian Pemanfaatan Lahan Jalan Tol Sebagai Tempat Istirahat*.

Website:

<http://www.jasamarga.co.id>

<http://www.bpjt.net>

<http://www.citra.co.id>

http://www.fiscal.depkeu.go.id/webbckf/kajian/artikel_PPP_prap.pdf

<http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/Highways/start.HTM>

www.worldbank.org/transport/roads/resource.guide/index.html

www.fhwa.dot.gov/ppp/dbb/htm

www.botcenter.gov.ph

www.infrastructure.org.au

www.ncppp.org

<http://rru.worldbank.org/paperslinks>

<http://www.infrastructureasia.com>.

Laporan:

Ali Budiardjo, Nugroho, Reksodiputro, in cooperation with Mochtar, Karuwin & Komar, and Cyber Consult (tanpa tahun). "Diagnostic Assessment of Legal Development in Indonesia, Law Reform in Indonesia", IDF Grant No. 28557, Volume I. (tanpa penerbit).

BPJT (22 Februari 2010). "Pengembangan Jalan Tol Di Indonesia".

Cipta Strada, Engineering Consultants (September 2008). "Laporan Akhir: Audit Teknis Terhadap Konstruksi Dan Pengadaan Lahan Proyek Jalan Tol Waru – Juanda". Jakarta: Tim Audit Teknis.

Departemen Pekerjaan Umum (tanpa tahun). "Memori Akhir Tugas Menteri Pekerjaan Umum – Kabinet Indonesia Bersatu 2004-2005".

Departemen Pekerjaan Umum, Direktorat Jenderal Bina Marga (tanpa tahun). "Jaringan Jalan Nasional di Indonesia 2008".

Departemen Pekerjaan Umum, Badan Pengatur Jalan Tol (BPJT) (tanpa tahun). "Dokumen Prakualifikasi Pelelangan Pengusahaan Jalan Tol".

Departemen Pekerjaan Umum, Badan Pengatur Jalan Tol (2006). "Peluang Investasi Jalan Tol di Indonesia".

Jasa Marga. "Laporan Tahunan 2009".

PT Citra Marga Nusaphala Persada Tbk. "Laporan Tahunan 2009".

Jasa Marga (2005). "Jalan Tol Cipularang: Perjuangan Putra Pertiwi – Tiada Gunung Terlalu Tinggi, Tiada Jurang Terlalu Dalam". Jakarta: Hengki Herwanto, Ketua Penyusun.

Jasa Marga (Persero), PT. (December 1996 edition). “Tollroad Investment Opportunities in Indonesia”.

Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian (April 2010). “Kerjasama Pemerintah Dan Swasta (KPS) – Panduan Bagi Investor Dalam Investasi Di Bidang Infrastruktur”. Jakarta: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian.

Padeco in association with Highway Planning Inc., and Value Management Institute, Inc. (May 1999). Draft Final Report, The World Bank, Ministry of Construction, Japan. “Asian Toll Road Development Program – Review of Recent Tol Road Experience in Selected Countries and Preliminary Tool Kit for Toll Road Development”. Japan: The World Bank Ministry of Construction.

Pamintori Cipta, Engeneering & Management Consultant, PT. (Desember 2008). “Laporan Akhir: Kajian Review Traffic Ruas Jalan Tol Waru – Juanda”. Jakarta: Consultants.

Republic of Indonesia, Ministry of National Development Planning/ National Development Planning Agency (2010). “Public – Private Partnership, Infrastructure Projects In Indonesia 2010-2014”. Jakarta: Publication has been printed with assistance from AusAID.

State Ministry of National Development Planning/ National Development Planning Agency - Bappenas (2009). “PPP Book: Public – Private Partnerships, Infrastructure Projects in Indonesia, Republic of Indonesia”. Jakarta: Bappenas.

The World Bank (tanpa tahun). “Infrastructure Development in East Asia and Pacific: Towards a New Public-Private Partnership”. Washington, D.C.: The World Bank, prepared by Harinder Kohli.

World Bank (January 10, 2001). “Indonesia Private Sector Development Strategy”, Private Sector Development Unit East Asia and Pacific Region, The World Bank Report No. 21581-IND.

Working Paper:

Andres, Luis Jose, Guasch, Luis, Straub, Stephane (October 2007). “Do Regulation and Institutional Design Matter for Infrastructure Sector Performance?”. Policy Research Working Paper 4378, The World Bank, Latin America and Caribbean Region, Sustainable Development Department.

Augenblick, Mark, and Custer, B. Scott, Jr. (August 1990). “The Build, Operate, and Transfer (“BOT”) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries”. Working Papers (Policy, Research, and External Affairs – Infrastructure), The World Bank, WPS 498.

Berkowitz, Daniel, Pistor, Katharina, and Richard, Jean-Francois (February 2000). "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect". Working Paper Number 308, William Davidson Institute.

Bouin, O., and Michalet, Ch.A. "Rebalancing The Public and Private Sectors: Developing Country Experience". Development Centre Studies, Development Centre of the Organisation for Economic Co-Operation and Development, © OECD 1991.

Budiardjo, Ali, Reksodiputro, Nugroho (in cooperation with Mochtar, Karuwin & Komar) and Cyber Consult, "Law Reform in Indonesia: Diagnostic Assessment in Indonesia" (IDF Grant No. 28557) Volume I, (tidak menyebut penerbit dan tahun).

Fisher, Gregory, and Babbar, Suman. "Private Financing of Toll Roads", RMC Discussion Paper Series 117, sponsored by the World Bank's Project Finance and Guarantees Group and produced in collaboration with Mercer Management Consulting, Inc., was guided by an Advisory Committee that was formed in December 1995 and chaired by Ram Chopra, Director of the Bank's Cofinancing and Project Finance Department. (Tanpa Tahun).

Fort, Bertrand, ed. "Democratising Access to Justice in Transitional Countries", Proceedings of Workshop "Comparing Access to Justice in Asian and European Transitional Countries", Bogor, Indonesia, 27-28 June 2005, Jakarta: The Habibie Center, Hanns Seidel Stiftung, and Asia-Europe Foundation, 2006.

Guasch, J. Luis, Laffont, Jean-Jacques, Straub, Stephane (April 2003). "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America". Working Paper 3011 Policy Research, The World Bank, Latin America and Caribbean Region, Finance, Private Sector, and Infrastructure Unit.

Harris, Clive. "Private Participation in Infrastructure in Developing Countries – Trends, Impact, and Policy Lessons", World Bank Working Paper No. 5, Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/World Bank, 2003.

Vice President Corporate, Bank Mandiri, (20 November 2007). "Diskusi Penanganan Risiko Pengadaan Tanah Untuk Jalan Tol Guna Mencapai Target Percepatan Pembangunan Jalan Tol". Dalam Forum Wartawan Departemen Pekerjaan Umum, di Hotel Le Meridien, Jakarta.

Wood, W.G. (28-30 October 2002). "Private Public Partnerships in Toll Roads in PRC". PPIAF/ADB Conference on Infrastructure Development – Private Solution for the Poor: The Asian Perspective, A Paper Prepared for the ADB/PPIAF Conference "Infrastructure Development: Private Solutions for the Poor the Asian Perspective", Manila, Philippines.