

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia tidak hanya mengalami kekurangan kuantitas dalam hal infrastruktur, namun juga kekurangan kualitas seperti: banyaknya jalan yang rusak, jembatan ambruk, dan pelabuhan yang sudah lama dan tidak memadai adalah beberapa contoh. Untuk melakukan pengadaan infrastruktur itu dibutuhkan dana yang sangat besar yang akan terasa berat apabila hanya dibebankan pada Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara dan Daerah (APBN dan APBD). Melihat keterbatasan pemerintah melalui APBN maupun APBD dalam penyediaan dana untuk pembangunan infrastruktur ini, maka dituntut adanya model-model baru pembiayaan proyek pembangunan. Dalam pengadaan infrastruktur di daerah, tak jarang sebagai alternatif pendanaan, pemerintah melibatkan pihak swasta (nasional-asing) dalam proyek-proyeknya.

Partisipasi swasta dalam pengadaan proyek infrastruktur tentunya merupakan fenomena yang baru dalam pelaksanaan proyek-proyek di Indonesia, oleh karena itu penguasaan tanah oleh investor menjadi sangat penting karena tanah adalah objek utama dari pengembangan proyek-proyek itu sehingga akan timbul suatu kecenderungan bahwa investor akan berupaya untuk menguasai tanah seluas-luasnya dengan modal yang minim. Hal inilah yang melatarbelakangi konsep baru seperti Bangun Guna Serah (BGS) dilakukan.

Jenis-jenis infrastruktur yang terdapat dalam Pasal 5 ayat (2) Perpres No. 38 Tahun 2015 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur, yakni:

1. Infrastruktur Transportasi
2. Infrastruktur Jalan
3. Infrastruktur Sumber Daya Air dan Irigasi
4. Infrastruktur Air Minum
5. Infrastruktur Sisten pengelolaan Air Limbah Terpusat
6. Infrastruktur Sisten pengelolaan Air Limbah Setempat
7. Infrastruktur Persampahan
8. Infrastruktur telekomunikasi dan informatika
9. Infrastruktur ketenagalistrikan
10. Infrastruktur minyak dan gas bumi dan energi terbarukan
11. Infrastruktur konservasi energi
12. Infrastruktur fasilitas perkotaan
13. Infrastruktur fasilitas pendidikan
14. Infrastruktur sarana dan prasarana olah raga serta kesenian
15. Infrastruktur kawasan
16. Infrastruktur pariwisata
17. Infrastruktur kesehatan
18. Infrastruktur lembaga pemasyarakatan

19. Infrastruktur perumahan rakyat

Dalam Pasal 1 angka 14 PP No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara / Daerah disebutkan bahwa Bangun, Guna, Serah adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan / atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.

Bentuk pemanfaatan barang milik negara/daerah yang tertuang dalam PP No.27Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, yakni:

1. Sewa;
2. Pinjam Pakai;
3. Kerja sama pemanfaatan
4. Bangun Guna Serah (BGS) atau Bangun Serah Guna (BSG)
5. Kerja Sama Penyediaan Infrastruktur

Bangunan dan fasilitasnya yang menjadi bagian dari hasil pelaksanaan BGS harus dilengkapi dengan Izin Mendirikan Bangunan (IMB) atas nama pemerintah. Biaya persiapan yang dikeluarkan pengelola barang atau pengguna barang sampai dengan penunjukan mitra BGS dibebankan pada Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD). Biaya persiapan BGS yang terjadi

setelah ditetapkannya mitra BGS dan biaya pelaksanaan BGS menjadi beban mitra yang bersangkutan.

Penerimaan hasil pelaksanaan BGS merupakan penerimaan yang wajib disetorkan seluruhnya ke rekening kas umum daerah.¹ Penetapan status barang milik daerah sebagai hasil dari pelaksanaan BGS dilaksanakan oleh Gubernur / Bupati / Walikota dalam rangka penyelenggaraan tugas dan fungsi Satuan Kerja Perangkat Daerah (SKPD) terkait. Adapun pihak yang dapat melakukan BGS adalah pengelola barang, pihak yang dapat menjadi mitra BGS meliputi :²

1. BUMN (Badan Usaha Milik Negara)
2. BUMD (Badan Usaha Milik Daerah)
3. Swasta kecuali perorangan
4. Badan Hukum Lainnya

Salah satu cara pembiayaan proyek dapat dilakukan dengan mengajak pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan proyek pemerintah dengan sistem Bangun Guna Serah (BGS). Pembiayaan proyek dengan Perjanjian BGS mencakup studi kelayakan, pengadaan barang, pembiayaan, sampai dengan pengoperasian. Di sini pelaksana proyek mendapat hak konsesi untuk jangka waktu tertentu guna mengambil manfaat ekonominya dan pada akhirnya mengembalikan semua aset tersebut pada pemerintah pada saat berakhirnya masa konsesi.

¹ Yusran Lapananda, 2017, *Hukum Pengelolaan Barang Milik Daerah*, PT. Wahana Semesta Intermedia, Jakarta, Cetakan I, hlm. 91

² *Ibid*

BGS merupakan suatu konsep proyek yang dibangun atas biaya sepenuhnya perusahaan swasta, beberapa perusahaan swasta atau kerja sama dengan BUMN dan setelah dibangun dioperasikan oleh kontraktor dan setelah tahapan pengoperasian selesai, sebagaimana ditentukan dalam perjanjian BGS, kemudian dilakukan pengalihan proyek tersebut pada pemerintah selaku pemilik proyek.³ Clifford W. Garstang⁴ berpendapat bahwa BOT adalah salah satu bentuk pembiayaan proyek pembangunan yang mana kontraktor harus menyediakan sendiri pendanaan untuk proyek tersebut juga kontraktor harus menanggung pengadaan material, peralatan, jasa lain yang dibutuhkan untuk kelengkapan proyek. Sebagai gantinya kontraktor diberikan hak untuk mengoperasikan dan mengambil manfaat ekonominya sebagai ganti atas semua biaya yang telah dikeluarkan untuk selama waktu tertentu.

Dengan kerangka dasar kerjasama BGS tersebut di atas, maka tergambarlah bahwa dasar dari BGS adalah adanya ketergantungan di antara pelaku. Hampir dapat dikatakan tidak semua pelaku usaha, dalam praktiknya, memiliki dana dan sekaligus memiliki hak atas tanah sebagai bagian modal kekayaan untuk menjalankan usaha. Kondisi demikian memaksa untuk melakukan

³ Budi Santoso, 2008, *Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur dengan Model BOT (Build Operate Transfer)*, Yogyakarta, Genta Press, hlm.14

⁴ Muhammad Zea Algabili, 2016, *Tinjauan tentang Kerjasama Pembiayaan dengan Sistem BOT dalam Mengefisienkan dan Mengoptimalkan Sistem Penyediaan Air Minum (SPAM)*, Jurnal Diponegoro Law Review, Volume 5 Nomor.1 , Menurut Clifford W. Garstang menyebutkan bahwa BOT adalah : *is a variety of type of project financing known as contractor provided financing. In the standard contractor provided financing a project entity may request proposal for the construction of a project pursuant to which the contractor will not only provided the materials and services needed to complete the project but will also provide or at least arrange the necessary financing. The contractor will also need to operate the project and use its cash flows to repay the debt it has incurred.*

kerjasama dengan pihak lain berdasarkan prinsip saling menguntungkan, yaitu BGS.

Perjanjian BGS merupakan bentuk perjanjian kerja sama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian BGS dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah jangka waktu perjanjian berakhir.⁵ Dengan demikian, perjanjian BGS merupakan suatu konsep di mana proyek dibangun atas biaya sepenuhnya dari perusahaan swasta, beberapa perusahaan swasta atau kerjasama dengan BUMN dan setelah dibangun, dioperasikan oleh kontraktor dan setelah tahapan pengoperasian selesai sebagaimana ditentukan dalam perjanjian BGS, kemudian dilakukan pengalihan proyek kepada pemerintah selaku pemilik proyek.⁶

Dalam Pasal 34 ayat (1) Peraturan Pemerintah No.27 Tahun 2014, bangun guna serah / bangun serah guna barang milik daerah dilaksanakan dengan pertimbangan :

1. Pengguna barang memerlukan bangunan dan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas dan fungsi;

⁵ Ima Oktorina. 2010. *Kajian Tentang Kerjasama Pembiayaan dengan Sistem BOT dalam Revitalisasi Pasar Tradisional*, Universitas Diponegoro : Semarang, hlm. 12.

⁶ *Ibid.* hlm.1

2. Tidak tersedia atau tidak cukup tersedia dana dalam APBD untuk penyediaan bangunan dan fasilitas tersebut.

Selaras dengan hal tersebut, dalam perubahan kedua Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Bab IV, tentang Pemerintah Daerah pada pasal 18A ayat (2),⁷ melahirkan perubahan sistem perimbangan antara keuangan pusat dengan daerah. Dalam kenyataannya, untuk mewujudkan amanah dalam UUD 1945, pemerintah daerah dihadapkan kepada kendala dan tantangan investasi di daerah, salah satunya adalah terbatasnya sumber keuangan yang dimiliki oleh daerah dan besarnya tanggung jawab daerah dalam melaksanakan pembangunan di daerahnya.

Oleh karena itu dalam memenuhi kebutuhan tersebut, salah satu upaya yang dilakukan Pemerintah Daerah Kota Padang untuk mendapatkan pembiayaan pembangunan pokok lainnya di luar APBD dan anggaran yang diberikan pemerintah pusat adalah melalui peningkatan nilai investasi, dan salah satu alternatif pembiayaan yang dapat dilakukan adalah dengan mengundang pihak swasta untuk berpartisipasi dalam bentuk pembangunan infrastruktur berupa sarana dan prasarana sebagai penunjang tercapainya perlengkapan fasilitas publik sebagai pelayanan publik kepada masyarakat.

Berdasarkan semua ketentuan yang telah mengatur tentang pemanfaatan barang milik negara/daerah melalui bangun guna serah tersebut, oleh karena itu

⁷ Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Bab IV, tentang Pemerintah Daerah Pasal 18A ayat (2) “*Hubungan keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah diatur dan dilaksanakan secara adil dan selaras berdasarkan Undang-Undang.*”

dalam penelitian ini penulis membahas tentang bagaimana kedudukan pemerintah kota Padang dalam pemanfaatan aset tanah selama pengelolaannya oleh pihak pengembang yang perolehannya berasal dari Bangun Guna Serah.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian diatas dapat dirumuskan rumusan masalah yang menjadi pokok kajian dalam tesis ini, yaitu sebagai berikut :

1. Bagaimana proses pembangunan Sentra Pasar Raya sebagai infrastruktur fasilitas perkotaan di Kota Padang?
2. Bagaimana penerapan Bangun Guna Serah dalam pemanfaatan tanah aset Pemerintah Kota Padang untuk pembangunan Sentra Pasar Raya sebagai infrastruktur fasilitas perkotaan?
3. Bagaimana kedudukan Pemerintah Kota Padang terhadap aset tanah dan bangunan Sentra Pasar Raya yang dibangun dengan Bangun Guna Serah selama masa penggunaannya oleh pengembang?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan diatas yang telah dikemukakan diatas maka tujuan yang hendak dicapai dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui tentang proses pembangunan Sentra Pasar Raya sebagai infrastruktur fasilitas perkotaan di kota Padang;

2. Untuk mengetahui sejauh mana penerapan Bangun Guna Serah dalam pemanfaatan tanah aset Pemerintah Kota Padang untuk pembangunan Sentra Pasar Raya sebagai infrastruktur fasilitas perkotaan;
3. Untuk mengetahui kedudukan Pemerintah Kota Padang terhadap aset tanah dan bangunan Sentra Pasar Raya yang dibangun dengan Bangun Guna Serah selama masa penggunaannya oleh pengembang.

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat penelitian yang diperoleh dari penelitian ini adalah :

1. Manfaat Teoritis

- a. Untuk menambah ilmu pengetahuan, memperluas cakrawala berpikir penulis serta melatih kemampuan dalam melakukan penelitian secara ilmiah dan merumuskan hasil penelitian dalam bentuk tulisan.
- b. Untuk memperkaya ilmu pengetahuan khususnya dibidang hukum itu sendiri maupun penegakan hukum pada umumnya, serta dapat menerapkan ilmu yang selama ini telah didapat dalam perkuliahan dan dapat berlatih dalam melakukan penelitian yang baik.
- c. Penelitian ini secara khusus bermanfaat bagi penulis yaitu dalam rangka menganalisis dan menjawab keingintahuan penulis tentang bagaimana pemanfaatan aset tanah serta pengelolaan barang milik negara yang dilaksanakan dengan cara bangun guna serah.

2. Manfaat Secara Praktis

Hasil penelitian yang dilakukan penulis juga mampu memberikan sumbangan praktis yaitu:

- a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan bagi masyarakat serta acuan dan mengetahui bagaimana pelaksanaan pengelolaan dan pemanfaatan barang milik negara / daerah yang dilakukan dengan cara bangun guna serah ;
- b. Memberikan manfaat bagi pembaca atau untuk bahan penelitian lanjutan atau memberi manfaat bagi yang membutuhkan.

E. Kerangka Teoritis dan Konseptual

1. Kerangka Teori

Kerangka teoritis dalam penulisan karya ilmiah hukum mempunyai empat ciri yaitu (a) teori-teori hukum, (b) asas-asas hukum, (c) doktrin hukum, (d) ulasan pakar hukum berdasarkan pembedangan kekhususnya. Keempat ciri khas teori hukum dapat dituangkan dalam penulisan kerangka teoritis dan/atau salah satu ciri tersebut.⁸

Kerangka teoritis yang akan dijadikan landasan dalam suatu penelitian tersebut, adalah teori-teori hukum yang telah dikembangkan oleh para ahli hukum dalam berbagai kajian dan temuan antara lain sebagai berikut :

1) Teori Kewenangan

⁸ Zainuddin Ali, 2011, *Metode Penelitian Hukum*, cetakan ke-2, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.79

Kewenangan tidak hanya diartikan sebagai hak untuk melakukan praktik kekuasaan, namun kewenangan juga diartikan yaitu untuk menerapkan dan menegakkan hukum, ketaatan yang pasti, perintah, memutuskan, pengawasan, yurisdiksi atau kekuasaan.⁹ Wewenang merupakan bagian yang sangat penting dalam dalam Hukum Tata Pemerintah (Hukum Adminitrasi), karena pemerintah baru dapat menjalankan fungsinya atas dasar wewenang yang diperolehnya. Keabsahan tindakan pemerintahan diukur berdasarkan wewenang yang diatur dalam peraturan perundangan-undangan. Perihal kewenangan dapat dilihat dari konstitusi negara yang memberikan legitimasi kepada badan publik dan lembaga negara dalam menjalankan fungsinya.¹⁰

Menurut SF. Marbun, wewenang dalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh Undang-Undang yang berlaku untuk melakukan hubungan dan perbuatan hukum.¹¹ Menurut SF. Marbun, wewenang adalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh Undang-Undang yang berlaku untuk melakukan hubungan dan perbuatan hukum.

Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani juga menyebutkan bahwa fokus kajian teori kewenangan adalah berkaitan dengan sumber kewenangan dari pemerintah dalam melakukan perbuatan hukum,

⁹ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, 2013, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm.185

¹⁰SF. Marbun, 1997, *Peradilan Adminitrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 154

¹¹ *Ibid.*

baik dalam hubungannya dengan hukum publik maupun dalam hubungannya dengan hukum privat.¹²

Teori Kewenangan adalah berkaitan dengan sumber kewenangan dari pemerintah dalam melakukan perbuatan hukum dalam hubungannya dengan hukum publik maupun dalam hubungannya dengan hukum privat. Indroharto, mengemukakan 3 (tiga) macam kewenangan yang bersumber dan peraturan perundang-undangan. Kewenangan itu, meliputi¹³: 1) Atribusi; 2) Delegasi; 3) Mandat

Atribusi merupakan pemberian wewenang oleh pembuat undang-undang kepada suatu organ pemerintahan, baik yang sudah ada maupun yang baru sama sekali. Legislator yang kompeten untuk memberikan atribusi wewenang itu dibedakan antara :

- 1) Yang berkedudukan sebagai *original Legislator* di tingkat pusat adalah MPR sebagai pembentuk konstitusi (*Konstituante*) dan DPR bersama-sama pemerintah sebagai yang melahirkan suatu undang-undang dan di tingkat daerah adalah DPRD dan Pemerintah Daerah yang melahirkan Peraturan Daerah;
- 2) Yang bertindak sebagai *delegated legislator*, seperti presiden yang berdasarkan pada suatu ketentuan undang-undang mengeluarkan peraturan pemerintah dimana diciptakan

¹² *Ibid.*

¹³ Ridwan HR, 2008, *Hukum Administrasi Negara*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm.104

wewenang-wewenang pemerintahan kepada badan atau pejabat TUN tertentu.

Delegasi adalah penyerahan wewenang yang dimiliki oleh organ pemerintahan kepada organ yang lain. Delegasi mengandung suatu penyerahan, yaitu apa yang semula menjadi kewenangan A, untuk selanjutnya menjadi kewenangan B. Kewenangan yang telah diberikan oleh pemberi delegasi selanjutnya menjadi tanggung jawab penerima wewenang.

Mandat adalah tidak terjadinya suatu pemberian wewenang baru maupun pelimpahan wewenang dan badan atau pejabat TUN yang satu kepada yang lain. Tanggung jawab kewenangan atas dasar mandat masih tetap pada pemberi mandat, tidak beralih kepada penerima mandat. F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek, seperti dikutip oleh Ridwan HR, mengemukakan bahwa ada dua cara organ pemerintah memperoleh kewenangan yaitu : ¹⁴ 1) Atribusi; 2) Delegasi.

Atribusi berkenaan dengan penyerahan wewenang baru, sedangkan delegasi menyangkut pelimpahan wewenang yang telah ada (oleh organ yang telah memperoleh wewenang secara atributif kepada organ lain; jadi secara logis selalu didahului oleh atribusi). Kedua cara organ pemerintah dalam memperoleh kewenangan itu,

¹⁴ *Ibid.*, hlm.105

dijadikan dasar atau teori untuk menganalisis kewenangan dari aparaturnegara di dalam menjalankan kewenangannya.

Atribusi merupakan wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*) yang langsung bersumber kepada undang-undang dalam arti materil. Atribusi juga dikatakan sebagai suatu cara normal untuk memperoleh wewenang pemerintahan. Sehingga tampak jelas bahwa kewenangan yang didapat melalui atribusi oleh organ pemerintah adalah kewenangan asli, karena kewenangan itu diperoleh langsung dari peraturan perundang-undangan merujuk pada Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dengan kata lain, atribusi berarti timbulnya kewenangan baru yang sebelumnya kewenangan itu tidak dimiliki oleh organ pemerintah yang bersangkutan.

Delegasi yaitu sebagai penyerahan wewenang untuk membuat *besluit* oleh pejabat pemerintahan (Pejabat Tata Usaha Negara) kepada pihak Lain tersebut. Dengan kata penyerahan, ini berarti adanya perpindahan tanggung jawab dan yang memberi delegasi (*delegans*) kepada yang menerima delegasi (*delegataris*). Syarat-syarat suatu delegasi antara lain :

- 1) Delegasi harus definitif, artinya delegans tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;

- 2) Delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan.

Menurut Hans Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberatif*. Undang-undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.¹⁵

Dapat kita lihat relevansi antara teori kewenangan dengan permasalahan dalam tesis ini adalah sangat berkaitan. Tanah yang digunakan dalam pembangunan sentra pasar raya tersebut merupakan tanah milik daerah. Tidak dapat dipungkiri bahwa yang berwenang atas pemanfaatan atas tanah tersebut adalah pemerintah daerah sendiri.

- 2) Teori Perjanjian

¹⁵ Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 158.

Dalam pasal 1313 KUH Perdata memberikan rumusan bahwa sesungguhnya dari suatu perjanjian tersebut dimana satu pihak mengikatkan dirinya dengan pihak lain dan melahirkan suatu kewajiban yang harus dipenuhi oleh masing-masing pihak tersebut sesuai dengan apa yang telah diperjanjikan sebelumnya. Ketentuan ini dikuatkan dalam pasal 1234 KUH Perdata yang menyebutkan bahwa tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu dan untuk tidak berbuat sesuatu. Pasal ini berkaitan dengan hak akan suatu prestasi yang seharusnya didapat suatu pihak dan hak suatu prestasi pula yang seharusnya didapat pihak lain.

Oleh karena itu, ada beberapa teori yang dapat menjelaskan diantaranya :

a. Teori Kehendak (*Wilstheorie*)

Menurut teori ini, perjanjian terjadi apabila ada persesuaian antara kehendak dan pernyataan.¹⁶ Oleh karena itu suatu kehendak harus dinyatakan.

b. Teori Pernyataan (*Verklaringtheorie*)

Menurut teori ini, kehendak merupakan proses batiniah yang tidak diketahui oleh orang lain. Akan tetapi yang menyebabkan terjadinya perjanjian adalah pernyataan. Jika

¹⁶ Salim HS, 2012, *Perkembangan Teori dalam Ilmu Hukum*, PT. Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm.167

terjadi perbedaan antara kehendak dan pernyataan, perjanjian tetap terjadi. Dalam prakteknya, teori ini menimbulkan kesulitan-kesulitan, seperti contoh bahwa apa yang dinyatakan berbeda dengan yang dikehendaki.¹⁷

c. Teori Kepercayaan (*Vertrouwenstheorie*)

Menurut teori ini, tidak semua pernyataan melahirkan perjanjian. Pernyataan hanya akan melahirkan perjanjian apabila pernyataan tersebut merupakan kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat sehingga menimbulkan kepercayaan bahwa hal yang dinyatakan memang benar dikehendaki. Atau dengan kata lain, hanya pernyataan yang disampaikan sesuai dengan keadaan tertentu (normal) yang menimbulkan perjanjian.¹⁸

3) Teori Investasi

Istilah teori investasi berasal dari bahas Inggris, yaitu *investment theory*. Untuk mengkaji dan menganalisis pengertian investasi, maka dapat kita analisis dari pengertian investasi yang terdapat dalam Undang-undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman modal. Adapun pengertian investasi atau penanaman modal adalah :

¹⁷ *Ibid* hlm.168

¹⁸ Herlien Budiono, 2010, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya, Bandung, hlm.76

“segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia.”

Penanaman modal atau investasi dapat digolongkan menjadi 2 (dua) golongan, yakni investasi dalam negeri dan asing. Penanaman modal dalam negeri adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri. Sedangkan penanaman modal asing adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.¹⁹

Fitzgerald mengartikan investasi adalah²⁰ :“aktivitas yang berkaitan dengan usaha penarikan sumber-sumber (dana) yang dipakai untuk mengadakan barang modal pada saat sekarang, dan dengan barang modal akan dihasilkan aliran produk baru di masa yang akan datang”. Dalam definisi ini, investasi dikonstruksikan sebagai sebuah kegiatan untuk: 1)Penarikan sumber dana yang digunakan untuk pembelian barang modal; 2)Barang modal itu akan dihasilkan produk baru.

¹⁹ Salim, HS, *Op.cit.*, hlm.107

²⁰ *Ibid*

Kamarudin Ahmad mengartikan investasi adalah :“menempatkan uang atau dana dengan harapan untuk memperoleh tambahan atau keuntungan tertentu atas uang atau dana tersebut “. Dalam definisi ini, investasi difokuskan pada penempatan uang atau dana. Tujuannya adalah untuk memperoleh keuntungan. Ini erat kaitannya dengan penanaman investasi di bidang pasar modal.

Dalam Ensiklopedia Indonesia, investasi diartikan sebagai :“penanaman uang atau modal dalam proses produksi (dengan pembelian gedung-gedung, permesinan, bahan cadangan, penyelenggaraan uang kas serta perkembangannya). Dengan demikian, cadangan modal barang diperbesar sejauh tidak ada modal barang yang harus diganti”. Hakikat investasi dalam definisi ini adalah penanaman modal untuk proses produksi. Ini berarti bahwa investasi yang ditanamkan hanya untuk proses produksi semata, tetapi juga kegiatan untuk membangun berbagai sarana dan prasarana yang menunjang kegiatan investasi.

4) Teori Kepastian Hukum

Menurut Hans Kelsen, hukum adalah sebuah sistem Norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberatif*. Undang-undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam

bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.²¹ Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap Individu.²²

2. Kerangka Konseptual

Konsep adalah salah satu bagian penting dari teori. Konsepsi diterjemahkan sebagai usaha membawa sesuatu dari abstrak menjadi suatu yang konkrit, yang disebut dengan *Operational definition*.²³:

1) Tanah

Tanah adalah permukaan bumi, yang dalam penggunaannya meliputi juga sebagian tubuh bumi yang ada dibawahnya dan sebagian

²¹ Peter Mahmud Marzuki, *Loc. Cit.*, hlm. 158

²² Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.23

²³ Lilik Rasjidi dan Ira Thania Rasyidi, 2004, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, PT.Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm. 65

dari ruang yang ada di atasnya, dengan pembatasan dalam pasal 4 Undang-undang No.5 Tahun 1960 tentang agraria yaitu sekedar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah yang bersangkutan, dalam batas-batas menurut undang-undang pokok agraria dan peraturan lain yang lebih tinggi. Sedangkan apa tubuh bumi dan setinggi apa ruang yang boleh digunakan, ditentukan oleh tujuan penggunaannya, dalam batas-batas kewajaran, perhitungan teknis kemampuan tubuh buminya sendiri, kemampuan pemegang haknya serta ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

2) Bangun, Guna, Serah (BGS)

BGS adalah pemanfaatan barang milik daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan / atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan / atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.²⁴

Budi Santoso mengatakan di dalam bukunya, *Build Operate and Transfer* (BOT) adalah salah satu bentuk pembiayaan proyek pembangunan, yang mana kontraktor harus menyediakan sendiri pendanaan untuk proyek tersebut dan juga kontraktor harus

²⁴ Yusran Lapananda, *Op.Cit*, hlm. 90

menanggung pengadaan material, peralatan jasa, dan lain-lain yang dibutuhkan untuk proyek.²⁵

Berdasarkan uraian di atas, ditetapkan 3 (tiga) ciri proyek *Build, Operate and Transfer (BOT)*, yaitu :²⁶

a. Pembangunan (*Build*)

Pemilik proyek sebagai pemberi hak atas pengelolaan memberikan kuasanya pada pemegang hak kontraktor untuk membangun sebuah proyek dengan dananya sendiri. Sejalan dengan itu, spesifikasi bangunan umumnya merupakan usulan pemegang hak pengelolaan yang harus mendapat persetujuan dari pihak proyek.

b. Pengoperasian (*Operate*)

Pengoperasian merupakan masa tenggang waktu yang diberikan pemilik proyek pada pemegang hak selama jangka waktu tertentu untuk mengoperasikan dan mengelola proyek tersebut untuk diambil manfaat ekonominya. Pada masa itu, pemilik proyek dapat juga menikmati sebagian hasil sesuai dengan perjanjian dalam melakukan hubungan hukum dengan pihak ketiga sebagai konsumen.

c. Penyerahan (*Transfer*)

²⁵ Budi Santoso, *Op.cit*, hlm.15

²⁶ *Ibid*, hlm.16

Setelah masa konsesi selesai, maka pemegang hak pengelolaan menyerahkan hak pengelolaan dan fisik proyek kepada pemilik proyek.

3) Perjanjian

Kontrak atau perjanjian adalah kesepakatan antara dua orang atau lebih mengenai hal tertentu yang disetujui oleh mereka.

Ketentuan umum mengenai kontrak diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia. Untuk dapat dianggap sah secara hukum, ada 4 syarat yang harus dipenuhi sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia:

- a. Kesepakatan para pihak
- b. Kecakapan para pihak
- c. Mengenai hal tertentu yang dapat ditentukan secara jelas
- d. Sebab /causa yang diperbolehkan secara hukum.

Kesepakatan berarti adanya persesuaian kehendak dari para pihak yang membuat perjanjian, sehingga dalam melakukan suatu perjanjian tidak boleh ada paksaan (*dwang*), kekhilafan (*dwaling*) dan penipuan (*bedrog*).

Kecakapan hukum sebagai salah satu syarat sahnya perjanjian maksudnya bahwa para pihak yang melakukan perjanjian

harus telah dewasa, sehat mentalnya serta diperkenankan oleh undang-undang. Hal ini diatur dalam pasal 330 KUH Perdata

Sementara itu seseorang dikatakan sehat mentalnya berarti orang tersebut tidak berada dibawah pengampuan, sebagaimana ditentukan dalam pasal 1330 juncto pasal 433 KUH Perdata. Orang yang cacat mental dapat diwakili oleh pengampu atau kuratornya.

Sedangkan orang yang tidak dilarang oleh undang-undang maksudnya orang tersebut tidak dalam keadaan pailit sesuai isi pasal 1330 KUH Perdata juncto Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan. Suatu hal tertentu berhubungan dengan objek perjanjian, maksudnya bahwa objek perjanjian itu harus jelas, dapat ditentukan dan diperhitungkan jenis dan jumlahnya, diperkenankan oleh undang-undang serta mungkin untuk dilakukan. Halal berarti perjanjian dimaksud harus dilakukan berdasarkan itikad baik. Berdasarkan pasal 1335 KUH Perdata, suatu perjanjian tanpa sebab tidak mempunyai kekuatan.

Sebab dalam hal ini adalah tujuan dibuatnya sebuah perjanjian. Kesepakatan para pihak dan kecakapan para pihak merupakan syarat sahnya perjanjian yang bersifat subjektif. Apabila tidak tepenuhi, maka perjanjian dapat dibatalkan artinya selama dan sepanjang para pihak tidak membatalkan perjanjian, maka perjanjian masih tetap berlaku. Sedangkan suatu hal tertentu dan suatu sebab yang halal merupakan syarat sahnya perjanjian yang bersifat

objektif. Apabila tidak terpenuhi, maka perjanjian batal demi hukum artinya sejak semula dianggap tidak pernah ada perjanjian.

Pada kenyataannya, banyak perjanjian yang tidak memenuhi syarat sah nya perjanjian secara keseluruhan, misalnya unsur kesepakatan sebagai persesuaian kehendak dari para pihak yang membuat perjanjian pada saat ini telah mengalami pergeseran dalam pelaksanaannya.

4) **Barang Milik Daerah**

Barang milik daerah dapat berasal dari pembelian barang atas beban APBD atau perolehan atas beban APBD atau berasal dari perolehan lainnya yang sah. Hal ini sesuai dengan pengertian barang milik daerah sebagaimana diatur dalam pasal 1 angka 2 Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara / Daerah. Pasal 1 angka 2 PP No.84 Tahun 2014 tentang Penjualan Barang Milik Negara/Daerah berupa kendaraan perorangan dinas dan Pasal 1 angka 16 Permendagri No. 19 Tahun 2016 tentang pedoman pengelolaan barang milik daerah, “Barang Milik Daerah adalah semua barang yang dibeli atau diperoleh atas beban Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah atau berasal dari perolehan lainnya yang sah.”²⁷

²⁷ *Ibid*, hlm.7

Yang dimaksud dengan barang milik daerah yang berasal dari perolehan yang sah, meliputi :²⁸

- a. Barang yang diperoleh dari hibah / sumbangan atau yang sejenisnya;
- b. Barang yang diperoleh sebagai pelaksanaan dari perjanjian kontrak;
- c. Barang yang diperoleh sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- d. Barang yang diperoleh berdasarkan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap;
- e. Barang yang diperoleh kembali dari hasil divestasi atas pernyataan modal pemerintah daerah.

Pemegang kekuasaan atas pengelolaan barang milik daerah adalah Gubernur / Bupati / Walikota. Barang milik daerah yang telah ditetapkan status penggunaannya pada pengguna barang lainnya dalam jangka waktu tertentu tanpa harus merubah status penggunaan barang milik daerah tersebut setelah terlebih dahulu mendapatkan persetujuan Gubernur/Bupati/Walikota.

²⁸ *Ibid*

Barang milik daerah tidak dapat disita sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, hal ini diatur dalam UU No.1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.²⁹

F. Metode Penelitian

Metode merupakan suatu prosedur atau cara untuk mengetahui sesuatu yang mempunyai langkah-langkah sistematis.³⁰ Menurut Soerjono Soekanto metodologi pada hakikatnya memberikan pedoman tentang tata cara seorang ilmuwan dalam mempelajari, menganalisa, dan memahami lingkungan-lingkungan yang dihadapinya.³¹

Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Peneliti hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.³² Adapun metode penelitian yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Jenis dan Sifat Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian yuridis empiris, bermula dari ketentuan hukum positif tertulis yang diberlakukan pada peristiwa hukum

²⁹ *Ibid*, hlm.8

³⁰ Husaini Usaman dan Purnomo Setiady Akbar, 2003, *Metodologi Penelitian Sosial*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 42

³¹ Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum* , UI Press, Jakarta, Hlm.6

³² Amiruddin dan Zainal Aksikin, 2010, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 168

in concreto dalam masyarakat, sehingga dalam penelitiannya selalu terdapat gabungan dua tahap kajian, yaitu :

- a. Tahap Pertama adalah kajian mengenai hukum / aturan yang berlaku;
- b. Tahap Kedua adalah penerapan pada peristiwa *in concreto* guna mencapai tujuan yang telah ditentukan. Penerapan tersebut dapat diwujudkan melalui perbuatan nyata dan dokumen hukum. Hasil penerapan akan menciptakan pemahaman realisasi pelaksanaan ketentuan-ketentuan hukum normatif yang dikaji telah dijalankan secara patuh atau tidak.³³

Tipe penelitian adalah tipe penelitian deskriptif yaitu penelitian yang menggambarkan secara jelas, rinci dan sistematis mengenai obyek yang akan diteliti.³⁴ Penelitian deskriptif ini dilakukan untuk melihat secara jelas, rinci, sistematis tentang bagaimana dilakukannya pemanfaatan tanah sebagai barang milik negara dalam pembangunan Sentra Pasar Raya (SPR) melalui sistem bangun guna serah.

2. Jenis dan Sumber Data

Menurut Suharsini Arikunto yang dimaksud dengan sumber data adalah subyek dari aman data diperoleh.³⁵ Sumber dan jenis data dalam penelitian hukum ini dilakukan dengan pengumpulan data –data primer dan data sekunder. Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah :

³³ Abdul Kadir Muhamad., 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum.*, Citra Aditya Bakti, hlm.52

³⁴ *Ibid.*, hlm. 155

³⁵ Suharsini Arikunto, 1989, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktek*, Bina Aksara, Jakarta, hlm.10

a. Data Sekunder melalui studi kepustakaan yaitu literatur-literatur ahli hukum dan peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan obyek dan permasalahan yang diteliti. Data sekunder bersumber utamanya dari :

1) Bahan hukum primer adalah peraturan perundangan-undangan nasional yang menjelaskan masalah yang diteliti.

2) Bahan hukum sekunder adalah bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, asas-asas hukum dan kaidah hukum positif yang berasal dari bahan-bahan pustakaan berupa karya tulis para ilmuwan dan praktiksi hukum serta disiplin umum yang relevan dengan penelitian ini.

3) Bahan hukum tersier/penunjang adalah bahan-bahan hukum yang memberikan keterangan atau petunjuk mengenai bahan hukum primair dan bahan hukum sekunder seperti Kamus Bahasa dan Kamus Hukum.³⁶

b. Data Primair

Data Primair ini diperoleh dengan cara mengadakan penelitian lapangan dengan mengadakan wawancara , yaitu dengan cara bertanya langsung kepada responden yang terdiri atas pihak Pemerintah Kota Padang, kontraktor. Tipe wawancara yang dilakukan adalah wawancara tidak terstruktur yaitu wawancara yang dilakukan dengan

³⁶ *Ibid*, hlm .31

tidak dibatasi oleh waktu dan daftar urutan pertanyaan. tetap berpegang pada pokok penting permasalahan yang sesuai dengan tujuan wawancara. Responden dalam memilih data primair. Penentuan responden dilakukan dengan menggunakan metode “*purposive sampling*”.

3. Alat Pengumpul Data

- a. Wawancara merupakan teknik pengumpulan data dengan melakukan Tanya jawab secara lisan dan tulisan dengan informan. Studi dokumentasi yaitu dengan mempelajari dokumen-dokumen yang berhubungan dengan masalah yang penulis teliti.
- b. Studi pustaka dilakukan untuk mengumpulkan bahan data sekunder, dengan cara mempelajari peraturan hukum dan literature yang berkaitan dengan permasalahan tersebut diatas yang sesuai dengan permasalahan dan pokok bahasan.

4. Pengolahan dan Analisis data

a. Pengolahan Data

Data diperoleh setelah penelitian diolah melalui proses editing kegiatan dilakukan untuk meneliti kembali dan mengoreksi atau melakukan pengecekan terhadap hasil penelitian sehingga tersusun dan akhirnya melahirkan suatu kesimpulan.

b. Analisis data

Metode yang digunakan dalam menganalisa data dalam penelitian ini bersifat kualitatif, yaitu menguraikan data secara bermutu dalam bentuk kalimat yang tersusun secara teratur, runtun, logis, tidak tumpang tindih dan efektif. Sehingga memudahkan interpretasi data dan pemahaman hasil analisis.³⁷ Dimana data yang diperoleh dari hasil penelitian kemudian diolah dan dianalisa. Selanjutnya disusun untuk menggambarkan “Pemanfaatan Tanah sebagai Barang Milik Daerah dalam Pembangunan Sentra Pasar Raya Melalui Sistem Bangun, Guna, Serah di Kota Padang” sehingga data ini bersifat deskriptif yaitu data yang berbentuk uraian-uraian kalimat yang tersusun secara sistematis yang menggambarkan hasil penelitian dan pembahasan, sehingga diperoleh gambaran yang jelas dan pada akhirnya dapat ditarik kesimpulan secara induktif sebagai jawaban singkat dari permasalahan yang diteliti.

³⁷ Abdul Kadir Muhamad, *Op.cit*, .hlm. 127