

Barang Milik Negara: Kebebasan Berkontrak Pada Perjanjian

Pemerintah

Kevin Bhaskara Sibarani

Magister Hukum Bisnis dan Kenegaraan Universitas Gadjah Mada

Email: kevinbhaskara1991@gmail.com

Abstract

State Owned Asset (SOA) utilization is a part of the management of state assets as an alternative in providing income for the state. This research will analyze the provisions or arrangements of the SOA utilization agreement related to the contract law in Indonesia and the application of freedom of contract in the SOA utilization contracts. The results of this research indicate that the principle of freedom of contract is not absolute and the application of freedom of contract in the SOA utilization agreement is limited by the laws and regulations governing the provisions in the management of SOA. This research was conducted using a normative juridical method through a conceptual approach and a statutory approach. The SOA utilization agreement practically is an implementation of statutory regulations, however, the application of freedom of contract in its application can be seen from the stages of the contract, i.e. the pre-contractual, contractual and post-contractual stages in determining the contents and provisions of the agreement as long as it does not conflict with the provisions of the legislation, decency and public order.

Keywords: Government Contract, State Owned Asset, Freedom of Contract

Ringkasan

Pemanfaatan Barang Milik Negara (BMN) merupakan bagian dari pengelolaan aset negara sebagai alternatif dalam memberikan pemasukan bagi negara. Dalam penelitian ini akan dibahas mengenai ketentuan atau pengaturan perjanjian pemanfaatan BMN dikaitkan dengan hukum perjanjian di Indonesia dan penerapan kebebasan berkontrak dalam perjanjian pemanfaatan BMN. Hasil penelitian ini menunjukkan asas kebebasan berkontrak tidak bersifat mutlak dan penerapan kebebasan berkontrak dalam perjanjian pemanfaatan BMN dibatasi oleh peraturan perundang-undangan yang mengatur ketentuan dalam pengelolaan BMN. Penelitian ini dilakukan dengan metode yuridis normatif melalui pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*). Perjanjian pemanfaatan BMN merupakan pelaksanaan dari peraturan perundang-undangan, namun demikian penerapan kebebasan berkontrak dalam penerapannya dapat dilihat dari tahapan perjanjian, yaitu tahap *precontractual*, *contractual* dan tahap *post-contractual* dalam menentukan isi dan ketentuan dalam perjanjian sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kesusilaan dan ketertiban umum.

Kata Kunci: Perjanjian Pemerintah, Barang Milik Negara, Asas Kebebasan Berkontrak



A. Pendahuluan

Barang Milik Negara (BMN) atau aset negara merupakan bagian tidak terpisahkan dari pengelolaan keuangan negara sebagai bentuk upaya pemerintah menuju negara kesejahteraan. Menurut Sjahran Basan yang dikutip oleh Hasan Basri¹, tujuan pemerintah tidak semata-mata di bidang pemerintahan saja, melainkan harus melaksanakan kesejahteraan sosial dalam rangka mencapai tujuan negara melalui pembangunan nasional. Peningkatan kesejahteraan melalui pembangunan ekonomi dapat diwujudkan dengan mengoptimalkan aset negara yang memadai bagi seluruh lapisan masyarakat untuk layanan umum, fungsi pemerintahan, maupun pembangunan infrastruktur.²

Optimalisasi aset negara dilakukan melalui pengelolaan BMN untuk tersedianya sarana dan prasarana yang salah satu bentuknya

adalah pemanfaatan atas BMN. Bukan hanya mengurangi beban negara atas aset negara yang tidak digunakan (*idle*) atau *underutilized*, namun pemanfaatan BMN juga turut memberikan manfaat ekonomi dan mendukung pengelolaan keuangan negara. Apabila dikaitkan dengan situasi pandemi COVID-19 yang terjadi, mengutip dari yang disampaikan oleh Menteri Keuangan Sri Mulyani Indrawati dalam pidatonya mengatakan bahwa aset negara merupakan alat fiskal yang penting sebagai pendukung pemulihan ekonomi nasional.³

Pengelolaan BMN memiliki peran strategis dalam sisi keuangan negara atau kestabilan fiskal.⁴ Dari sisi penerimaan negara, pengelolaan BMN dapat menyumbang

¹ Hasan Basri, *Kajian Hukum Terhadap Pengelolaan Aset Daerah*, Jurnal Ilmu Hukum Reusam Vol. IX Nomor 1, April 2021, Hlm. 87

² Anita Kamilah, *Penerapan Asas Proporsionalitas Dalam Pemanfaatan Aset Negara Melalui Model Build Operate and Transfer/BOT*, Jurnal Hukum & Pembangunan Vol. 50 No. 3, 2020, Hlm. 605

³ Lembaga Manajemen Aset Negara, (2020), "The Asset Manager 2020 Gaungkan Optimalisasi Aset Negara untuk Pemulihan Ekonomi Nasional," dalam Publikasi Lembaga Manajemen Aset Negara, <https://lman.kemenkeu.go.id/berita/the-asset-manager-2020-gaungkan-optimalisasi-aset-negara-untuk-pemulihan-ekonomi-nasional.html?id=43> diakses 2 September 2022

⁴ Yasdin Nasir, Andi Ayu Frihatni, dan Neke Triani, *Determinan Optimalisasi Pemanfaatan Aset Kementerian Keuangan Pada Satuan Kerja Wilayah Sulawesi Selatan*, Balance Jurnal Ekonomi dan Bisnis Islam, Vol. 2 Nomor 1, Januari-Juni 2020, Hlm. 24

Penerimaan Negara Bukan Pajak (PNBP) sedangkan dari sisi belanja negara, pengelolaan BMN berperan untuk menjaga belanja pemerintah dalam bidang aset dilakukan secara efisien dan tepat sasaran melalui pengendalian atau manajemen siklus aset. Potensi manfaat ekonomi dari pemanfaatan BMN dapat dilihat dari nilai keseluruhan aset yang menurut data Laporan Keuangan Pemerintah Pusat (LKPP) Tahun 2021 mencapai Rp11.454 triliun dimana diantaranya BMN berupa aset tetap senilai Rp5.947,12 triliun. Dari nilai aset tersebut, sumbangsih pemanfaatan BMN dalam PNBP rata-rata mencapai 400-500 miliar setiap tahunnya sejak tahun 2017. Bahkan di tengah lesunya perekonomian akibat pandemi Covid-19, pada tahun 2021 pemanfaatan BMN masih dapat menyumbang PNBP yang mencapai Rp366 miliar.

Dalam melakukan pemanfaatan BMN yang bersifat komersil, Pemerintah mengadakan perjanjian atau kontrak dengan mitra pemanfaatan yang dapat berasal dari sektor swasta. Adapun syarat dan ketentuan-ketentuan dalam perjanjian

yang dibuat dalam rangka pemanfaatan tersebut telah diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan BMN/D sebagaimana terakhir diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2020 dan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 115/PMK.06/2020 tentang Pemanfaatan Barang Milik Negara. Pengaturan perjanjian dalam peraturan pengelolaan BMN tersebut meliputi sebagian besar dari isi kontrak sehingga bentuk perjanjian merupakan perjanjian standar.

Perjanjian yang dibuat oleh pemerintah merupakan bentuk dari bagaimana perjanjian yang merupakan ranah hukum privat namun diwarnai dengan kekuasaan dan tanggung jawab pemerintah yang diatur dalam hukum administrasi/hukum publik sehingga menyebabkan kontrak pemerintah memiliki karakter hibrida (*hybrid*).⁵ Dalam pelaksanaan pemanfaatan BMN, keberadaan perjanjian atau

⁵ Yohanes Sogar Simamora, et.al, "Karakteristik Kontrak Pemerintah dan Problematika Penegakan Hukumnya", dalam Richo Andi Wibowo (Ed.), *Kontrak Pemerintah, Konsep, Ragam, Perkembangan Regulasi, dan Kajian Putusan*, Jakarta: Kencana, 2021, Hlm. 47

kontrak adalah untuk menciptakan hubungan kontraktual yang memberikan kepastian (*certainty*) dan keadilan (*fairness*) bagi para pihak dalam pelaksanaan isi dari perjanjian pemanfaatan BMN. Namun demikian, dalam konteks perjanjian yang diadakan oleh pemerintah dan swasta akan sangat memungkinkan terjadinya benturan kepentingan (*conflict of interest*). Perbedaan kepentingan antara pemerintah dan swasta yang berkaitan dengan pilihan publik (*public choice*), kepentingan publik (*public interest*), pemilikan publik (*public ownership*), kebutuhan kolektif dan keadilan.⁶ Perbedaan kepentingan ini menjadikan perjanjian yang dibuat oleh pemerintah perlu didasari oleh adanya itikad baik dan transaksi yang adil dari para pihak untuk memberikan jaminan keadilan berkontrak sehingga dapat menarik minat investor untuk melakukan pemanfaatan BMN.

Pada perjanjian pemanfaatan BMN, perbuatan pemerintah dalam

pembuatan perjanjian dengan pihak mitra pemanfaatan merupakan tindakan keperdataan sehingga perjanjian yang dibuat tetap tunduk pada aturan yang berlaku dalam hukum perjanjian di Indonesia, termasuk asas-asas yang ada di dalamnya. Salah satu asas yang paling menonjol dalam hukum perjanjian adalah asas kebebasan berkontrak yang merupakan asas universal dan dianut oleh hukum perjanjian di seluruh dunia. Sesuai dengan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata, semua perjanjian memiliki kekuatan mengikat sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Dalam pasal ini juga terkandung makna asas kebebasan berkontrak (*partij autonomie*) di mana dalam setiap perjanjian, pada prinsipnya setiap orang diberikan kebebasan untuk mengadakan perjanjian apapun bentuknya, apapun isinya, asal tidak dilarang oleh undang-undang, tidak bertentangan dengan kesusilaan dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Penyusunan suatu perjanjian juga perlu memperhatikan hal-hal penting, antara lain syarat-syarat sahnyanya perjanjian, asas-asas

⁶ Zainal Asikin, *Perjanjian Kerjasama Antara Pemerintah dan Swasta Dalam Penyediaan Infrastruktur Publik*, *Mimbar Hukum*, Volume 25, Nomor 1, Februari 2013, Hlm. 58

perjanjian, hak dan kewajiban para pihak, struktur dan anatomi pembuatan perjanjian, penyelesaian perselisihan dan berakhirnya perjanjian.⁷

Dengan diterimanya prinsip-prinsip universal seperti itikad baik dan transaksi yang adil atau jujur dalam praktik bisnis berupa pemanfaatan BMN, membuktikan bahwa yang diutamakan adalah memberikan jaminan bahwa perbedaan kepentingan di antara para pihak telah diatur melalui mekanisme pembagian beban kewajiban secara proporsional, terlepas berapa proporsi hasil akhir yang diterima para pihak.⁸ Adanya perbedaan kepentingan dan memerhatikan keseimbangan posisi tawar pihak pemerintah dan mitra pemanfaatan BMN menjadikan permasalahan yuridis dalam penerapan kebebasan berkontrak dalam perjanjian pemanfaatan untuk dibahas. Berangkat dari hal itu,

penelitian ini ditujukan untuk melihat bagaimana ketentuan atau pengaturan perjanjian pemanfaatan BMN apabila dikaitkan dengan hukum perjanjian di Indonesia dan bagaimana penerapan asas kebebasan berkontrak dalam perjanjian pemanfaatan BMN itu sendiri.

B. Metode Penelitian,

Penelitian ini dilakukan dengan menggunakan metode yuridis normatif karena pengkajian didasarkan pada penelitian kepustakaan yang bersumber dari bahan hukum dan bahan non hukum untuk kemudian dianalisa untuk melihat bagaimana pengaturan perjanjian pemanfaatan BMN dikaitkan dengan ketentuan hukum perjanjian di Indonesia dan penerapan asas kebebasan berkontrak pada perjanjian yang dilakukan oleh pemerintah dan mitra pemanfaatan BMN. Pendekatan yang dilakukan yang dilakukan dalam penelitian ini adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*).

⁷ Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung: Refika Aditama, 2007, Hlm. 15

⁸ Agus Yudha Hernoko, *Azas Proporsionalitas dalam Kontrak Bisnis (Upaya Mewujudkan Hubungan Bisnis dalam Perspektif Kontrak yang Berkeadilan)*, Yogyakarta: Laksbang Grafika, 2013, Hlm. 40

C. Pembahasan

1. Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Yang Dibuat Oleh Pemerintah

Kewajiban pemerintah dalam pemenuhan kebutuhan pelayanan publik pada kenyataannya tidak dapat dilaksanakan secara sendiri oleh Pemerintah. Dalam pemenuhan pelayanan publik tersebut atau juga pelaksanaan tugas pemerintahan, Pemerintah memerlukan kerja sama dengan pihak ketiga atau swasta. Bentuk kerjasama yang dilakukan oleh Pemerintah dengan pihak ketiga atau swasta diwujudkan dalam bentuk kontrak yang merupakan tindakan nyata atau tindakan faktual untuk menjalankan fungsi pemerintahan.

Dari perspektif hukum perdata, Pemerintah sebagai subyek hukum dapat mengadakan kontrak atau perjanjian yang menimbulkan hubungan hukum dengan pihak lainnya (Pasal 1653 KUHPerdara). Meskipun demikian, setiap perbuatan atau tindakan yang dilakukan pemerintahan akan selalu berhubungan dengan kepentingan umum. Dalam hukum administrasi negara dikenal asas *ne bis vexari rule*

yang dapat diterjemahkan maknanya adalah setiap tindakan administrasi negara harus berdasarkan hukum dan peraturan perundang-undangan yang ada. Pada posisi ini, keterkaitan perbuatan Pemerintah dalam mengadakan kontrak atau perjanjian dengan pihak lain lekat dengan hukum publik yang mengaturnya. Philipus M. Hadjon menyatakan bahwa:

Sekalipun tindakan hukum keperdataan untuk urusan pemerintahan oleh badan atau pejabat tata usaha negara dimungkinkan, bukan tidak mungkin pelbagai ketentuan hukum publik (hukum tata usaha negara) akan menyusup dan mempengaruhi peraturan hukum perdata. Contohnya beberapa ketentuan peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur tata cara atau prosedur tertentu yang harus ditempuh berkenaan upaya perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara.⁹

Namun demikian, menurut Indroharto, ketika Pemerintah sedang mempertahankan hak-haknya maka ia sedang berlaku sebagai badan hukum perdata, bukan lagi sebagai badan

⁹ Philipus M. Hadjon, et.al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2002, Hlm. 150

hukum publik. Akibat dari kedudukannya sebagai badan hukum perdata tersebut adalah Pemerintah dapat memiliki hak-hak keperdataan dan menjadi pihak dalam proses perdata.¹⁰ Apabila memandang pendapat tersebut, pemerintah dapat menjadi badan hukum perdata dan melakukan tindakan hukum perdata ketika mendudukkan dirinya sebagai pihak yang melindungi hak keperdataannya.

Konsekuensi Pemerintah dalam mengadakan perjanjian atau kontrak adalah lahirnya hubungan hukum baru berupa perikatan. Dalam ketentuan Pasal 1313 KUHPerdata menyebutkan perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap orang lain atau lebih. Perjanjian sebagai sumber perikatan didasarkan pada sifat kesukarelaan dari pihak untuk melakukan terhadap lawan pihaknya. Menurut Salim HS, perjanjian atau kontrak adalah hubungan hukum antara subyek

hukum yang satu dengan subyek hukum yang lain dalam bidang harta kekayaan, di mana subjek hukum yang satu berhak atas prestasi dan begitu juga subjek hukum yang lain berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya sesuai dengan yang telah disepakatinya.¹¹

Hubungan hukum berdasarkan kontraktual yang dibuat oleh para pihak mengandung makna adanya hak dan kewajiban yang diciptakan untuk mencapai tujuan dari kontrak. Adapun menurut P.S. Atijah, memiliki 3 (tiga) tujuan dari adanya kontrak, yaitu:¹²

- a. Pertama, Kontrak wajib untuk dilaksanakan (memaksa) serta memberikan perlindungan terhadap suatu harapan yang wajar;
- b. Kedua, Kontrak ditujukan sebagai upaya mencegah terjadinya suatu penambahan kekayaan secara tidak adil;

¹⁰ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara: Buku II Beracara Di Pengadilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2004, Hlm. 44

¹¹ Salim H.S., *Hukum Kontrak, Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Jakarta: Sinar Grafika, 2003, Hlm. 27

¹² P.S. Atijah, *An Introduction to The Law of Contract*, 4th Ed, Oxford University Press Inc, New York, 1995 Hlm.5 Dalam Agus Yudha Hernoko, Op.Cit, Hlm. 84

- c. Ketiga, Kontrak bertujuan untuk mencegah terjadinya kerugian tertentu dalam hubungan kontraktual.

Suatu perjanjian yang berlaku dan memiliki kekuatan hukum mengikat bagi para pihak yang membuatnya adalah perjanjian yang telah memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian. Pada Pasal 1320 KUHPerdata, disebutkan adanya 4 (empat) syarat sahnya perjanjian sebagai berikut:

1. Kesepakatan mereka yang mengikatkan diri (*de toestemming van degenen die zich verbinden*). Kesepakatan berarti adanya persesuaian kehendak antara para pihak mengenai hal-hal yang diinginkan dalam perjanjian. Berdasarkan pasal 1321 KUHPerdata, perjanjian menjadi tidak sah, apabila kesepakatan terjadi karena adanya unsur-unsur kekhilafan, paksaan, atau penipuan;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan (*de bekwaanheid om eene verbintenis aan te gaan*). Menurut pasal 1329

KUHPerdata, pada dasarnya semua orang cakap dalam membuat perjanjian, kecuali ditentukan tidak cakap menurut undang-undang;

3. Objek atau pokok persoalan tertentu atau dapat ditentukan (*eene bepaald onderwerp object*). Mengenai hal ini dapat kita temukan dalam pasal 1332 dan 1333 KUH Perdata. Pasal 1332 KUH Perdata menentukan bahwa “Hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja dapat menjadi pokok suatu perjanjian.” Sedangkan, pasal 1333 KUH Perdata menentukan bahwa “Suatu perjanjian harus mempunyai sebagai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu, asal saja jumlah itu terkemudian dapat ditentukan / dihitung”;
4. Suatu sebab atau causa yang halal/tidak dilarang (*eene geoorloofde oorzaak*). Perjanjian yang dibuat tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, maupun

dengan ketertiban umum. Hal ini diatur dalam Pasal 1337 KUHPerdata yang menyebutkan “Suatu sebab adalah terlarang, jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum.”

Kedua syarat pertama adalah syarat subyektif yang dalam hal tidak terpenuhinya syarat subyektif maka salah satu pihak mempunyai hak meminta supaya perjanjian dibatalkan. Sedangkan kedua syarat terakhir disebut dengan syarat obyektif dimana dalam hal tidak terpenuhinya maka perjanjian batal demi hukum dengan pengertian bahwa perjanjian yang melahirkan perikatan tersebut tidak dapat dilaksanakan oleh para pihak.¹³

Dalam KUHPerdata memuat sejumlah asas hukum yang menjadi dasar hukum perjanjian untuk menciptakan keseimbangan dari hak-hak yang dimiliki oleh para pihak. Kedudukan asas hukum dalam setiap

sistem hukum yang mengatur sistem norma hukum perjanjian mempunyai peranan penting sebagai landasan yang menopang norma hukum. Menurut G.W. Paton¹⁴ asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu norma hukum dan merupakan alasan atau *ratio legis* dari norma hukum. Walaupun asas hukum bukan merupakan norma hukum, namun tidak ada norma hukum yang dapat dipahami tanpa mengetahui asas-asas yang terdapat di dalamnya.

Asas hukum bertujuan memberi arah yang layak atau pantas menurut hukum (*rechtmatic*) dalam hal menggunakan atau menerapkan aturan-aturan hukum. Asas-asas umum hukum perjanjian yang diatur dalam KUHPerdata antara lain¹⁵: asas personalia, asas konsensualitas, asas kebebasan berkontrak, perjanjian berlaku sebagai undang-undang (*pacta sunt servanda*), dan asas itikad baik. Dalam kaitannya dengan hukum perjanjian, beberapa pendapat menyebutkan bahwa asas kebebasan berkontrak merupakan asas penting

¹³ Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2014, Hlm.94

¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000, Hlm. 45

¹⁵ Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, *Op.Cit*, Hlm.14-59

dalam perjanjian. Asas kebebasan berkontrak yang didasarkan dari Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata menyebutkan semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Wujud dari suatu kontrak haruslah dibangun atas dasar konsensus yang lahir dari kebebasan berkehendak dari para pihak yang hendak melakukan suatu kontrak.¹⁶ Menurut Peter Mahmud Marzuki yang dikutip oleh Agus Yudha Hernoko berpendapat bahwa asas kebebasan berkontrak menyatakan seseorang yang pada umumnya memiliki pilihan bebas (*free choice*) untuk mengadakan perjanjian.¹⁷

Hal yang melekat pada asas kebebasan berkontrak adalah pemahaman bahwa kontrak itu dilahirkan sebagai *ex nihilo*, yakni kontrak sebagai perwujudan kebebasan berkehendak (*free will*) para pihak pembuat kontrak untuk saling mengikatkan diri. Asas kebebasan berkontrak menurut

hukum di Indonesia meliputi:¹⁸ 1) Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian, 2) Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian, 3) Kebebasan untuk menentukan atau memilih causa dari perjanjian yang akan dibuatnya, 4) Kebebasan untuk menentukan objek suatu perjanjian, 5) Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian, dan 6) Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*).

Asas kebebasan berkontrak sebagai asas yang berlaku secara universal dan diakui dalam hukum Indonesia yang berimplikasi pada sistem hukum terbuka dalam hukum perjanjian di Indonesia. Artinya, tidak hanya perjanjian yang diatur dan diberi nama dalam undang-undang saja yang diakui namun juga mengakui dan memberikan akibat hukum pada perjanjian yang tidak

¹⁶ Muhammad Sjaiful, *Karakteristik Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Berbasis Syariah*, Jurnal Perpektif Hukum, Vol. 15 No. 1 Mei 2015, Hlm. 69

¹⁷ Agus Yudha Hernoko, Op.Cit, Hlm. 110

¹⁸ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993, Hlm. 47

diatur dalam undang-undang.¹⁹ Meskipun demikian, asas kebebasan berkontrak tidak bersifat mutlak dalam penerapannya karena ada pembatasan-pembatasan tertentu yang diatur dalam KUHPperdata maupun peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan isi perjanjian. Dalam kontrak yang dibuat oleh Pemerintah pembatasan dalam peraturan perundang-undangan selain KUHPperdata dapat dilihat pada Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 jo. Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2020 dan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 115/PMK.06/2020 yang mengatur ketentuan pelaksanaan pemanfaatan Barang Milik Negara dalam bentuk perjanjian.

Penerapan asas kebebasan berkontrak dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata secara umum juga harus dikaitkan dengan kerangka pemahaman pasal atau ketentuan lainnya dalam KUHPperdata, antara lain:

- a. Pasal 1320 KUHPperdata, mengenai syarat sahnya perjanjian (kontrak);
- b. Pasal 1335 KUHPperdata, mengenai larangan adanya kontrak tanpa causa atau dibuat berdasarkan suatu causa yang palsu atau terlarang, dengan konsekuensi tidaklah mempunyai kekuatan;
- c. Pasal 1337 KUHPperdata, yang menyatakan suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum;
- d. Pasal 1338 ayat (3) KUHPperdata, yang menetapkan kontrak harus dilaksanakan dengan itikad baik;
- e. Pasal 1339 KUHPperdata menunjukkan terikatnya perjanjian atau kontrak kepada sifat, kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang;
- f. Pasal 1347 KUHPperdata yang mengatur mengenai hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya disetujui untuk secara diam-diam dimasukkan dalam kontrak (*bestandig gebruklijk beding*).

¹⁹ Lina Jamilah, *Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Standar Baku*, Jurnal Ilmu Hukum Syiar Hukum, FH Unisba Vol. XIII No. 1 Maret-Agustus 2012, Hlm, 229

Pada ketentuan-ketentuan tersebut, dihubungkan dengan asas kebebasan berkontrak, dapat dikatakan bahwa isi maupun syarat-syarat dalam perjanjian dapat dibuat oleh para pihak dengan kehendaknya sepanjang tidak mengandung unsur-unsur yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kesusilaan dan ketertiban umum.

2. Perjanjian Pemerintah Dalam Rangka Pemanfaatan Barang Milik Negara

Pengertian Barang Milik Negara (BMN) merujuk pada definisi dalam Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara yang menyebutkan Barang Milik Negara adalah semua barang yang dibeli atau diperoleh atas beban Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) atau berasal dari perolehan lainnya yang sah. Berdasarkan ketentuan pada Pasal 2 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan BMN/D yang merupakan peraturan pelaksana Undang-Undang Nomor 1

Tahun 2004, barang yang dimaksud berasal dari perolehan lainnya yang sah meliputi barang yang diperoleh dari hibah/sumbangan atau yang sejenis, barang yang diperoleh sebagai pelaksanaan dari perjanjian/kontrak, barang yang diperoleh sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, atau barang yang diperoleh berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

Ruang lingkup pengelolaan BMN (*vide* Pasal 3 ayat (1) PP 27 Tahun 2014) meliputi pemanfaatan BMN. Pengelolaan BMN dalam bentuk Pemanfaatan oleh pemerintah dimulai sejak tahun 1994 melalui Keputusan Menteri Keuangan Nomor 470/KMK.01/1994 tentang Tata Cara Penghapusan dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara yang merupakan alternatif sumber penerimaan negara. Berdasarkan Pasal 1 angka 10 PP 27 Tahun 2014, yang dimaksud dengan pemanfaatan BMN adalah pendayagunaan BMN yang tidak digunakan untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi Kementerian/Lembaga dan/atau optimalisasi BMN dengan tidak

mengubah status kepemilikan. Dalam pengertian tersebut menggambarkan optimalisasi terhadap BMN yang tidak digunakan untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi dilakukan dalam bentuk pemanfaatan BMN. Hasil dari pemanfaatan BMN merupakan objek PNBPN yang berdasarkan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2018 tentang Penerimaan Negara Bukan Pajak dengan mempertimbangkan nilai guna aset tertinggi dan terbaik (*high best use*) serta kebijakan pemerintah.

Pada awalnya pemanfaatan BMN hanya menghasilkan penerimaan bagi negara hanya berbentuk sewa dan bangun guna serah (*build operate transfer/BOT*), namun seiring perkembangan pengelolaan BMN di Indonesia terdapat perluasan bentuk-bentuk pemanfaatan BMN. Berdasarkan bentuknya, menurut Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2020 tentang Perubahan Atas PP 27 Tahun 2014, pemanfaatan BMN dapat berupa:

a. Sewa yaitu pemanfaatan BMN dalam jangka waktu tertentu dan menerima imbalan uang tunai;

b. Pinjam Pakai yaitu penyerahan penggunaan barang antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah atau antar Pemerintah Daerah dalam jangka waktu tertentu tanpa menerima imbalan dan setelah jangka waktu tersebut berakhir diserahkan kembali kepada Pengelola/Pengguna Barang;

c. Kerja Sama Pemanfaatan (KSP) adalah pendayagunaan BMN dalam rangka peningkatan PNBPN dan sumber pembiayaan lainnya;

d. Bangun Guna Serah (BGS) atau juga yang biasa disebut *Build Operate Transfer* (BOT) adalah pemanfaatan BMN berupa tanah dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu;

e. Bangun Serah Guna (BSG) adalah pemanfaatan BMN berupa tanah dengan cara mendirikan

bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya dan setelah selesai pembangunannya diserahkan untuk didayagunakan dalam jangka waktu tertentu yang disepakati;

- f. Kerja Sama Penyediaan Infrastruktur (KSPI) adalah kerja sama antara Pemerintah dan Badan Usaha untuk kegiatan penyediaan infrastruktur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- g. Kerja Sama Terbatas Untuk Pembiayaan Infrastruktur (KETUPI) adalah optimalisasi BMN untuk meningkatkan fungsi operasional BMN guna mendapatkan pendanaan untuk pembiayaan penyediaan infrastruktur lainnya.

Dalam rangka pelaksanaannya, bentuk-bentuk pemanfaatan tersebut didasarkan atas adanya perjanjian yang dibuat oleh pemerintah selaku Pengelola BMN maupun Kementerian/Lembaga selaku Pengguna BMN. Dalam penjelasan umum angka 3 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara dijelaskan

bahwa penyelenggaraan kewenangan administratif oleh Kementerian/Lembaga meliputi melakukan perikatan atau tindakan-tindakan lain yang mengakibatkan penerimaan atau pengeluaran negara. Selain Pinjam Pakai, bentuk pemanfaatan BMN lainnya dapat dilakukan oleh pihak swasta (non-pemerintah) dan menghasilkan manfaat bagi pemerintah berupa penerimaan negara sehingga menjadikan perjanjian pemanfaatan BMN yang diadakan oleh pemerintah dan pihak swasta berupa perjanjian atau kontrak bisnis (komersial).

Kedudukan pemerintah dalam hubungan kontraktual dalam perjanjian pemanfaatan BMN ini berbeda dengan kontrak komersial pada umumnya, karena karakter kontrak yang dibuat tidak benar-benar murni merupakan tindakan dalam ranah hukum privat melainkan ada unsur hukum publik di dalamnya. Keterlibatan pemerintah dalam kontrak ini menunjukkan tindakan pemerintah yang dikategorikan sebagai tindakan pemerintahan yang

bersifat keperdataan.²⁰ Dalam hal pemerintah mengadakan perjanjian dengan perjanjian dengan orang atau badan hukum privat, maka negara sama tingkat kedudukannya dengan lawan berkontraknya (*staat op gelijke voes als een privaate persoon*), sehingga dalam lapangan keperdataan maka pemerintah tunduk dalam hukum perdata dan bertindak sebagai wakil dari badan hukum bukan wakil dari jabatan. Posisi pemerintah dalam konteks ini serba khusus, dikarenakan.²¹

1. Pemerintah tidak dapat melepaskan diri sebagai penjaga dan pemelihara kepentingan umum dengan kewajiban memperhatikan ketentuan hukum pada umumnya;
2. Kekuatan mengikat perjanjian pemerintah dengan masyarakat umum terutama berkenaan dengan wewenang pemerintah tidak dapat sama atau seperti perjanjian antar masyarakat;

3. Pendapat Paul Scholten yang menyebutkan bahwa batas antara bidang hukum suka diadakan dan ada tanda-tanda bahwa hukum publik semakin meluas.
4. Dalam suatu perjanjian, hubungan vertikal masih kuat berlaku. Penetapan syarat-syarat secara sepihak oleh pemerintah melalui kontrak standar atau kontrak adhesi yaitu perjanjian yang disiapkan oleh pemerintah hingga bagi pihak lawan berkontrak hanya ada pilihan menerima atau menolak (*take it or leave it*).

Dalam perjanjian pemanfaatan BMN, beberapa syarat dan klausul yang akan disepakati telah ditetapkan terlebih dahulu oleh Pemerintah, yakni dalam Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan BMN/D sebagaimana terakhir diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2020 dan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 115/PMK.06/2020 tentang Pemanfaatan Barang Milik Negara. Ketentuan lainnya juga dapat ditemui dalam Peraturan Presiden Nomor 32 Tahun 2020 tentang Pembiayaan

²⁰ Sarah S. Kuahaty, *Pemerintah Sebagai Subjek Hukum Perdata Dalam Kontrak Pengadaan Barang atau Jasa*, Jurnal Sasi Vo. 17 No. 3 Bulan Juli-September 2011, Hlm. 56

²¹ Anshori Ilyas et.al, *Kontrak Publik*, Jakarta: Kencana, 2021, Hlm. 87

Infratraktur melalui Hak Pengelolaan Terbatas. Adanya syarat atau klausul yang ditentukan oleh Pemerintah ini membuat perjanjian pemanfaatan BMN dapat pula dikategorikan sebagai kontrak standar (*standard contract*) atau kontrak adhesi. Perjanjian pemanfaatan BMN yang mengandung sifat adhesi juga dapat tercermin dari klausul pembatalan, pembaharuan atau pemutusan kontrak dan penentuan sanksi.

Pada praktiknya, bentuk kontrak standar ini mengakibatkan asas kebebasan berkontrak tidak terwujud dengan baik yang mengakibatkan perlindungan bagi para pihak sering menjadi tidak terlaksana. Pada kontrak pemerintah, hal tersebut dapat disebabkan antara lain peraturan perundang-undangan atau regulasi yang mengatur belum memadai atau tidak diketahui secara utuh oleh pihak swasta. Risiko yang dapat terjadi adalah timbulnya sengketa karena adanya perbedaan pemahaman dari para pihak dalam perjanjian. Oleh karena itu penting bagi pihak pemerintah untuk memberikan kesempatan dan pemahaman bagi mitra/pihak swasta

mengetahui peraturan perundang-undangan yang mengatur pelaksanaan isi perjanjian.

Perjanjian standar atau *standard contract* menurut Sutan Remy Sjahdeini adalah perjanjian yang hampir seluruh klausulnya sudah dibakukan oleh pemakainya dan pihak yang lain pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan.²² Dalam konteks pemanfaatan BMN, Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 yang telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2020 dan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 115/PMK.06/2020 secara khusus telah mengatur dan menentukan klausula-klausula yang dicantumkan dalam perjanjian, sebagai berikut:

1. Pemanfaatan BMN dalam bentuk Sewa:
 - a. Para pihak dalam perjanjian dan objek sewa;
 - b. Jangka waktu paling lama 5 (lima) tahun dan dapat diperpanjang, kecuali untuk pelaksanaan sewa kerja sama

²² Sutan Remy Sjahdeini, Op.Cit, Hlm. 66

- infrastruktur dan kegiatan usaha yang memerlukan waktu sewa lebih dari 5 (lima) tahun;
 - c. Besaran atau tarif sewa berdasarkan hasil penilaian dan jenis kegiatan sewa;
 - d. Tanggung jawab penyewa atas biaya operasional dan pemeliharaan selama jangka waktu sewa;
 - e. Pengakhiran sewa.
2. Pinjam Pakai BMN:
- a. Para pihak dalam perjanjian;
 - b. Jenis, luas atau jumlah barang yang dipinjamkan;
 - c. Jangka waktu paling lama 5 (lima) tahun dan dapat diperpanjang;
 - d. Tanggung jawab peminjam atas biaya operasional dan pemeliharaan selama jangka waktu peminjaman;
 - e. Pengakhiran perjanjian.
3. Pemanfaatan BMN dengan cara kerja sama pemanfaatan (KSP):
- a. Para pihak dalam perjanjian atau pihak yang dapat menjadi mitra KSP;
 - b. Objek KSP adalah BMN berupa tanah dan/atau bangunan dan selain tanah dan/atau bangunan;
 - c. Jangka waktu KSP paling lama 30 (tiga) puluh tahun dan dapat diperpanjang kecuali dalam rangka penyediaan infrastruktur yang dapat dilaksanakan paling lama 50 (lima puluh) tahun;
 - d. Besaran atau perhitungan kontribusi tetap dan pembagian keuntungan;
 - e. Hasil KSP berupa tanah gedung, bangunan, sarana dan fasilitas yang diadakan oleh mitra KSP menjadi BMN sejak diserahkan kepada Pemerintah atau pada saat berakhirnya perjanjian;
 - f. Pengakhiran KSP.
4. BGS/BSG:
- a. Para pihak dalam perjanjian atau pihak yang dapat menjadi mitra BGS/BSG;
 - b. Objek BGS/BSG adalah BMN berupa tanah;
 - c. Jangka waktu pelaksanaan BGS/BSG paling lama 30 (tiga puluh) tahun dan tidak dapat dilakukan perpanjangan;

- d. Besaran kontribusi tahunan BGS/BSG yang dihitung Penilai Pemerintah atau Penilai Publik berdasarkan nilai wajar BMN dan kelayakan bisnis mitra BGS/BSG;
 - e. Hasil BGS/BSG berupa gedung, bangunan, sarana dan fasilitas yang diadakan oleh mitra BGS/BSG menjadi BMN sejak diserahkan kepada Pemerintah;
 - f. Pengakhiran BGS/BSG.
5. Kerja Sama Penyediaan Infrastruktur (KSPI):
- a. Para pihak dalam perjanjian;
 - b. Objek KSPI adalah BMN berupa tanah dan/atau bangunan dan selain tanah dan/atau bangunan;
 - c. Jangka waktu KSPI paling lama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperpanjang dalam hal terjadinya *government force majeure*, seperti dampak kebijakan pemerintah yang disebabkan terjadinya krisis ekonomi, politik, sosial dan keamanan;
 - d. Hasil KSPI yang terdiri atas infrastruktur beserta fasilitas yang dibangun mitra KSPI dan pembagian atas kelebihan keuntungan (*clawback*) yang ditetapkan oleh Pengelola Barang;
 - e. Pengakhiran KSPI.
6. Kerja Sama Terbatas Untuk Pembiayaan Infrastruktur (KETUPI):
- a. Para pihak dalam perjanjian;
 - b. Objek KETUPI meliputi BMN berupa tanah dan/atau bangunan beserta fasilitasnya pada Pengguna Barang;
 - c. Jangka waktu pelaksanaan KETUPI paling lama 50 (lima puluh) tahun;
 - d. Hasil KETUPI berupa pembayaran dana di muka (*upfront payment*) dan aset berupa tanah, gedung, bangunan, sarana, dan fasilitas yang diadakan oleh mitra KETUPI;
 - e. Pengakhiran pelaksanaan KETUPI.

Dalam setiap bentuk pemanfaatan BMN, pengakhiran perjanjian antar pihak Pemerintah dan Mitra dapat

dilakukan sepihak oleh Pemerintah selaku Pengelola dan/atau Pengguna Barang. Sebagai contoh dalam pemanfaatan BMN berupa KSP sebagaimana diatur pada Pasal 57 ayat (2) Peraturan Menteri Keuangan Nomor 115/PMK.06/2020, pengakhiran sepihak oleh Pemerintah dapat dilakukan dalam hal mitra KSP: 1) Tidak membayar kontribusi tetap dan/atau pembagian keuntungan selama 3 (tiga) tahun berturut-turut, 2) Tidak melaksanakan pembangunan sampai dengan 2 (dua) tahun sejak penandatanganan perjanjian, dan 3) tidak memenuhi kewajiban lain yang tertuang dalam perjanjian KSP.

Selain ketentuan yang telah diatur dalam Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 dan Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2020 maupun Peraturan Menteri Keuangan Nomor 115/PMK.06/2020 sebagai termasuk apa yang diperjanjikan oleh para pihak, pelaksanaan pemanfaatan BMN juga terikat pada ketentuan larangan melakukan penyitaan terhadap BMN sebagaimana tertuang pada Pasal 50 UU Nomor 1 Tahun 2004. Akibat dari adanya ketentuan tersebut adalah BMN yang dilakukan

pemanfaatan tidak dapat dijadikan sebagai objek jaminan oleh pihak dalam perjanjian,

3. Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Pemanfaatan Barang Milik Negara

Perbuatan pemerintah dalam membuat perjanjian pemanfaatan BMN merupakan tindakan hukum publik dengan menggunakan instrumen hukum keperdataan yang tetap berdasarkan tujuannya untuk kepentingan negara. Sebagai sebuah tindakan pemerintah, merujuk pada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, dikenal adanya Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB) sebagai acuan penggunaan wewenang bagi pejabat pemerintahan dalam mengeluarkan keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Termasuk juga dalam pelaksanaan pemanfaatan BMN, tindakan pemerintah tunduk pula pada asas-asas yang berlaku dalam pengelolaan keuangan negara dan pengelolaan BMN.

Meskipun tindakan membuat perjanjian dilakukan oleh pemerintah dalam kapasitasnya sebagai pejabat tata usaha negara, hubungan kontraktual yang ada dalam perjanjian pemanfaatan BMN tetaplah merupakan tindakan keperdataan. Perjanjian yang dibuat dan ditandatangani dengan demikian tunduk pada aturan yang berlaku dalam hukum perjanjian, termasuk asas-asas yang ada di dalamnya. Dalam hal perjanjian tersebut didahului dengan suatu keputusan maka keputusan dimaksud tidak serta merta dapat dimaknai keputusan tata usaha negara namun harus dinilai sebagai perbuatan hukum keperdataan.²³ Keputusan berupa persetujuan dilaksanakannya pemanfaatan BMN misalkan, patutlah dipahami sebagaimana dalam teori melebur yaitu keputusan tata usaha negara yang melebur ke dalam tindakan keperdataan. Teori ini dapat dilihat dalam Pasal 2 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang

Peradilan Tata Usaha Negara yang menyatakan “Keputusan tata usaha negara yang merupakan perbuatan hukum perdata tidak termasuk dalam pengertian keputusan tata usaha negara”.

Konsekuensi yuridis dari tunduknya perjanjian pemanfaatan BMN pada hukum perjanjian adalah berlakunya asas kebebasan berkontrak yang dimaknai dari Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Pada perkembangannya, adanya pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak menjadikannya tidak lagi dianggap sebagai suatu yang mutlak. Mariam Darus Badruzaman mengemukakan bahwa pembatasan bentuk kebebasan berkontrak semakin sempit apabila melihat dari segi kepentingan umum, segi perjanjian baku, dan perjanjian dengan pemerintah.²⁴ Dalam konteks perjanjian pemanfaatan BMN maka peraturan perundang-undangan dalam pengelolaan BMN itulah yang menjadi suatu pembatas asas kebebasan berkontrak. Pemerintah tidak memiliki kebebasan secara

²³ Lalu Hadi Adha, *Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta*, Jurnal Dinamika Hukum Vol. 11 No.3, 2011, 548-558, Hlm. 549

²⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001, Hlm 87

penuh dalam berkontrak dalam pelaksanaan pemanfaatan BMN. Rumusan perjanjian yang dibuat secara sepihak oleh pemerintah sebagai suatu perjanjian standar membuatnya tidak lagi bebas mengakomodasi kepentingan mitra pemanfaatan BMN sebab Pemerintah tetap harus tunduk dan terikat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang terkait.

Implementasi asas kebebasan berkontrak dalam suatu perjanjian, idealnya terdapat dalam setiap tahap dalam membuat perjanjian oleh para pihak. Secara sederhana, tahapan pembuatan perjanjian dapat dibagi menjadi tiga tahap yaitu 1) Tahap *precontractual*, yaitu adanya penawaran dan penerimaan; 2) Tahap *contractual*, yaitu adanya penyesuaian pernyataan kehendak para pihak; 3) Tahap *post contractual*, yaitu pelaksanaan perjanjian. Tahapan ini lebih lanjut dijabarkan oleh Salim H.S. menjadi delapan tahap penyusunan perjanjian, yakni²⁵ 1) Penawaran dan penerimaan (*offer and acceptance*), 2) Kesepakatan para

pihak, 3) Pembuatan kontrak, 4) Penelaahan kontrak, 5) Negosiasi, 6) Penandatanganan kontrak, 7) Pelaksanaan kontrak, dan 7) Sengketa.

Pada tahap *precontractual* perjanjian pemanfaatan BMN, penerapan kebebasan berkontrak berada pada saat penentuan pihak yang menjadi mitra pemanfaatan BMN. Kebebasan berkontrak terdapat dalam bentuk adanya penawaran dan penerimaan adanya permohonan pemanfaatan BMN baik secara langsung maupun melalui *tender*. Dalam tahapan ini termasuk di dalamnya persesuaian kehendak oleh pihak Pemerintah dan mitra pemanfaatan sebagaimana diatur dalam pasal 1320 ayat (1) KUHPerdata hingga munculnya kesepakatan untuk mengadakan perjanjian. Para pihak dalam membuat perjanjian tidak dapat dipaksa untuk memberikan kesepakatan atau *contradiction terminis*.²⁶ Tanpa sepakat dari salah satu pihak yang membuat perjanjian

²⁵ H. Salim HS, et.al, *Perancangan Kontra & Memorandum of Understanding (MoU)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, Hlm. 83

²⁶ Ghansam Anand, *Prinsip Kebebasan Berkontrak dalam Penyusunan Kontrak*, Yuridika Vol. 26, No. 2, Mei-Agustus 2011, Hlm. 92

maka ketentuannya perjanjian tersebut dapat dibatalkan.

Asas kebebasan berkontrak tidaklah lepas dari dari kesepakatan para pihak dengan pemikiran kebebasan menentukan isi perjanjian didasarkan kesepakatan para pihak dalam memenuhi masing-masing kebutuhannya sehingga kesepakatan demikian adalah sah demi hukum.²⁷ Penerapan asas kebebasan berkontrak berlaku sebagai sarana perlindungan para pihak dalam perjanjian pada saat terbentuknya perjanjian tersebut. Saat-saat terjadinya perjanjian antar pihak, dapat ditinjau dari beberapa teori berikut:²⁸

1. Teori kehendak (*wilstheorie*) yang mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak pihak penerima dinyatakan;
2. Teori pengiriman (*verzendtheorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada

sat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran;

3. Teori pengetahuan (*vernemingstheorie*) mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima;
4. Teori kepercayaan (*vertrowenstheorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan itu terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan.

Kebebasan berkontrak pada tahap *contractual* perjanjian pemanfaatan BMN ada saat adanya negosiasi oleh pihak mitra pemanfaatan hingga pada saat penandatanganan perjanjian pemanfaatan BMN itu sendiri. Dalam pelaksanaan pemanfaatan BMN terdapat kewajiban mitra untuk melakukan pembayaran berupa uang sewa, kontribusi tetap atau pembagian keuntungan untuk KSP, kontribusi tahunan BGS/BSG, pembayaran bagian pemerintah atas pembagian kelebihan keuntungan (*clawback*) atau pembayaran dana di muka (*upfront payment*) KETUPI yang

²⁷ Christiana Tri Budhayati, *Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Hukum Perjanjian di Indonesia*, Jurnal Widya Sari, Vol. 10, No. 3, Januari 2009, Hlm. 238

²⁸ Mariam Darus Badruzaman, "Kerangka Dasar Hukum Perjanjian (Kontrak)" dalam Peter Mahmud Marzuki, et.al (Eds.), *Hukum Kontrak Di Indonesia, Seri Dasar Hukum Ekonomi* 5, Jakarta: ELIPS, 1998, Hlm. 19

masing-masing nilainya dapat ditentukan faktor penyesuaian sebagai bagian dari negosiasi. Pembayaran oleh mitra tersebut dimasukkan dalam isi perjanjian bersama dengan klausul lain sesuai kesepakatan dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Bentuk kebebasan berkontrak dalam perjanjian pemanfaatan BMN yang telah terstandarisasi, pada dasarnya hanya melaksanakan ketentuan atau aturan yang ada dalam peraturan perundang-undangan. Ketentuan-ketentuan yang telah mengatur isi dalam perjanjian pemanfaatan BMN tidak meniadakan prinsip umum dalam hukum perjanjian. Perjanjian pemanfaatan BMN dalam bentuk perjanjian standar tetaplah sebagaimana perjanjian lainnya yaitu menerapkan Pasal 1320 KUHPerdata mengenai syarat sahnya perjanjian berupa kesepakatan para pihak, kecakapan, objek tertentu dan sebab atau causa yang halal dalam setiap isi perjanjiannya.

Pada perjanjian standar yang ditandatangani sebagai bentuk adanya kesepakatan para pihak, harus pula diiringi dengan itikad baik sebagaimana Pasal 1338 ayat (3)

KUHPerdata yang mengatur bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan adanya itikad baik. Pelaksanaan itikad baik dalam bentuk pelaksanaan hak dan kewajiban atau itikad baik sehingga Hakim apabila terjadinya sengketa perjanjian, berkuasa menyimpang dari isi apabila pelaksanaannya bertentangan dengan itikad baik.²⁹

Hukum perjanjian di Indonesia yang mengacu pada Buku II KUHPerdata mengandung ketentuan-ketentuan memaksa (*dwingen*) dan yang opsional (*aanvulend*). Terhadap ketentuan memaksa para pihak dalam perjanjian tidak mungkin menyimpangi dengan membuat syarat sedangkan untuk sifatnya opsional, sebagai bentuk kebebasan berkontrak itu, para pihak dapat menyimpangi dengan mengadakan sendiri syarat dan ketentuan lain sesuai kehendak para pihak.³⁰ Asas-asas dan aturan umum

²⁹ Muskibah dan Lili Naili Hidayah, *Penerapan Prinsip Kebebasan Berkontrak Dalam Kontrak Standar Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Refleksi Hukum, Vol. 4 Nomor 2, April 2020, Hlm. 189

³⁰ Niru Anita Sinaga, *Implementasi Asas Kebebasan Berkontrak Pada Perjanjian Baku Dalam Mewujudkan Keadilan Para Pihak*,

yang bersifat memaksa sebagai pembatasan dalam kebebasan berkontrak tetap bersifat fleksibel sehingga memberi ruang bagi pengadilan atau para pihak untuk menegakkan hubungan kontraktual yang adil, terutama yang berkenaan dengan ketertiban umum (*public order*), itikad baik dan pola bertransaksi yang adil (*good faith and fair dealing*), dan kewajiban dalam bertransaksi.

Dalam tahap *post contractual* pada saat pelaksanaan pemanfaatan BMN hingga pengembalian BMN yang dilakukan pemanfaatan kepada Pengelola Barang/Pengguna Barang sesuai kondisi yang diperjanjikan. Dalam pengakhiran perjanjian pemanfaatan BMN, selain karena habisnya jangka waktu atau berakhirnya perjanjian, pihak Pemerintah juga dapat mengakhiri secara sepihak perjanjian dengan pertimbangan pihak mitra yang tidak memenuhi kewajiban selama perjanjian. Pada perjanjian pemanfaatan BMN ini terkandung asas *pacta sunt servanda* dimana hal-

hal yang telah ditentukan dalam perjanjian menjadi mengikat selayaknya undang-undang bagi para pihak. Penerapan kebebasan berkontrak pada tahap ini adalah kebebasan para pihak menentukan atau menyepakati mekanisme pengakhiran perjanjian atau ketentuan hukum yang dipilih pada saat pelaksanaan termasuk dalam hal terjadinya kegagalan dalam perjanjian itu sendiri.

Pada dasarnya perjanjian standar tidak menjadi penghalang kebebasan berkontrak sepanjang menjadi kesepakatan para pihak. Keberadaan perjanjian pemanfaatan BMN dalam bentuk perjanjian standar merupakan bagian kebutuhan dalam bisnis sekaligus perlindungan terhadap kepentingan negara. Selain itikad baik para pihak dalam penyusunan perjanjian, hal yang perlu menjadi perhatian dalam melihat perjanjian ini hanya apabila terkandung unsur-unsur ketidakadilan bagi salah satu pihak. Menurut Prof. R. Subekti sebagaimana dikutip oleh

Suharnoko³¹, jika pelaksanaan perjanjian menurut hurufnya justru akan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim mempunyai wewenang untuk menyimpang dari isi perjanjian menurut hurufnya. Dengan demikian jika pelaksanaan suatu perjanjian menimbulkan ketidakseimbangan atau melanggar rasa keadilan, maka hakim dapat mengadakan penyesuaian terhadap hak dan kewajiban yang tercantum dalam kontrak tersebut.

D. Penutup

Asas kebebasan berkontrak adalah asas yang berlaku secara universal dan diakui dalam hukum perjanjian Indonesia yang bersistem terbuka. Asas yang bersumber dari Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata ini memberikan peluang bagi para pihak untuk mengatur isi dan ketentuan dalam perjanjian berdasarkan kehendak bebas para pihak yang membuat perjanjian. Namun asas kebebasan berkontrak tidak dapat diterapkan secara mutlak karena terdapat pembatasan berlakunya asas tersebut

yang diatur dalam KUHPerdata maupun peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan isi perjanjian. Dalam konteks pelaksanaan pemanfaatan BMN, pembatasan kebebasan berkontrak terletak kewajiban untuk mengikuti ketentuan-ketentuan pada peraturan perundang-undangan dalam pengelolaan BMN. Sekalipun klausula-klausula perjanjian telah diatur di dalam peraturan tersebut, namun untuk pembuatan perjanjian pemanfaatan BMN masih tetap menerapkan asas kebebasan berkontrak.

Penerapan kebebasan berkontrak dalam perjanjian pemanfaatan BMN dapat ditinjau dari setiap tahapan perjanjian yang dibuat. Pada tahap *precontractual*, penerapan kebebasan berkontrak berada pada proses pemilihan mitra melalui penawaran dan penerimaan adanya permohonan pemanfaatan BMN baik secara langsung maupun melalui *tender*. Dalam tahapan ini termasuk di dalamnya persesuaian kehendak oleh pihak Pemerintah dan mitra pemanfaatan hingga munculnya kesepakatan untuk mengadakan

³¹ Suharnoko, *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, Jakarta: Kencana, 2004, Hlm. 4

perjanjian. Pada tahap *contractual*, kebebasan berkontrak ada saat adanya negosiasi kewajiban oleh pihak mitra pemanfaatan dan pemerintah hingga pada saat penandatanganan perjanjian pemanfaatan BMN itu sendiri. Bentuk kebebasan berkontraknya tergambar pada kebebasan untuk menandatangani atau tidak menandatangani perjanjian tersebut atau mengatur isi dan ketentuan lain sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Pada tahap *post-contractual*, penerapan kebebasan berkontrak berada ketika saat pelaksanaan pemanfaatan BMN hingga pengembalian BMN yang dilakukan pemanfaatan kepada Pengelola Barang/Pengguna Barang sesuai kondisi yang diperjanjikan. Dalam tahap ini, kebebasan para

pihak menentukan atau menyepakati mekanisme pengakhiran perjanjian atau ketentuan hukum yang dipilih pada saat pelaksanaan termasuk dalam hal terjadinya kegagalan merupakan perwujudan dari kebebasan berkontrak.

Untuk menjamin perlindungan bagi para pihak dalam bentuk keadilan berkontrak, perjanjian standar dalam pemanfaatan BMN tidak hanya menjamin kebebasan berkontrak namun pula harus berlandaskan dengan itikad baik. Oleh karena itu, kebebasan berkontrak tidak hanya dibatasi oleh ketentuan pada peraturan perundang-undangan dalam pengelolaan BMN namun juga itikad baik dari para pihak dalam perjanjian.

DAFTAR PUSTAKA

- Adha, Lalu Hadi, *Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta*, Jurnal Dinamika Hukum Vol. 11 No.3, 2011.
- Adolf, Huala, 2007, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung: Refika Aditama.
- Anand, Ghansam, *Prinsip Kebebasan Berkontrak dalam Penyusunan Kontrak*, Yuridika Vol. 26, No. 2, Mei-Agustus 2011.
- Asikin, Zainal, *Perjanjian Kerjasama Antara Pemerintah dan Swasta Dalam Penyediaan Infrastruktur Publik*, Mimbar Hukum, Volume 25, Nomor 1, Februari 2013.

- Badruzaman, Mariam Darus, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Badruzaman, Mariam Darus, “Kerangka Dasar Hukum Perjanjian (Kontrak)” dalam *Hukum Kontrak di Indonesia, Seri Dasar Hukum Ekonomi* 5, Eds. Peter Mahmud Marzuki, et.al, 1998, Jakarta: ELIPS, 1998.
- Basri, Hasan, *Kajian Hukum Terhadap Pengelolaan Aset Daerah*, Jurnal Ilmu Hukum Reusam Vol. IX Nomor 1, April 2021.
- Budhayati, Christiana Tri, Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Hukum Perjanjian di Indonesia, Jurnal Widya Sari, Vol. 10, No. 3, Januari 2009.
- Hadjon, Philipus M., et.al., 2002, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Hernoko, Agus Yudha, 2013, *Azas Proporsionalitas dalam Kontrak Bisnis (Upaya Mewujudkan Hubungan Bisnis dalam Perspektif Kontrak yang Berkeadilan)*, Yogyakarta: Laksbang Grafika.
- H.S., Salim, 2003, *Hukum Kontrak, Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Jakarta: Sinar Grafika, Jakarta.
- H.S., Salim, et.al, 2014, *Perancangan Kontra & Memorandum of Understanding (MoU)*, Jakarta: Sinar Grafika, Jakarta.
- Ilyas, Anshori et.al, 2021, *Kontrak Publik*, Jakarta: Kencana.
- Indroharto, 2004, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara: Buku II Beracara Di Pengadilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Jamilah, Lina Jamilah, *Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Standar Baku*, Jurnal Ilmu Hukum Syiar Hukum, FH Unisba Vol. XIII No. 1 Maret-Agustus 2012.
- Kamilah, Anita, *Penerapan Asas Proporsionalitas Dalam Pemanfaatan Aset Negara Melalui Model Build Operate and Transfer/BOT*, Jurnal Hukum & Pembangunan Vol. 50 No. 3, 2020.
- Kuahaty, Sarah S, *Pemerintah Sebagai Subjek Hukum Perdata Dalam Kontrak Pengadaan Barang atau Jasa*, Jurnal Sasi Vo. 17 No. 3 Bulan Juli-September 2011.
- Lembaga Manajemen Aset Negara, “The Asset Manager 2020 Gaungkan Optimalisasi Aset Negara untuk Pemulihan Ekonomi Nasional”, (25 November 2020), <https://lman.kemenkeu.go.id/berita/the-asset-manager-2020-gaungkan-optimalisasi-aset-negara-untuk-pemulihan-ekonomi-nasional.html?id=43> diakses 2 September 2022.
- Muljadi, Kartini Muljadi & Widjaja, Gunawan, 2014, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Cetakan 6, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

- Muskibah. Hidayah, Lili Naili, *Penerapan Prinsip Kebebasan Berkontrak Dalam Kontrak Standar Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Refleksi Hukum, Vol. 4 Nomor 2, April 2020.
- Nasir, Yasdin. Frihatni, Andi Ayu. Triani, Neks, *Determinan Optimalisasi Pemanfaatan Aset Kementerian Keuangan Pada Satuan Kerja Wilayah Sulawesi Selatan*, Balance Jurnal Ekonomi dan Bisnis Islam, Vol. 2 Nomor 1, Januari-Juni 2020.
- Rahardjo, Satjipto, 2000, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000.
- Sjahdeini, Sutan Remy, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia.
- Sjaiful, Muhammad, *Karakteristik Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Berbasis Syariah*, Jurnal Perpektif Hukum, Vol. 15 No. 1 Mei 2015.
- Yohanes Sogar Simamora, et.al, “*Karakteristik Kontrak Pemerintah dan Problematika Penegakan Hukumnya*”, dalam, *Kontrak Pemerintah, Konsep, Ragam, Perkembangan Regulasi, dan Kajian Putusan*, Ed. Richo Andi Wibowo, Jakarta: Kencana, 2021.
- Sinaga, Niru Anita, *Implementasi Asas Kebebasan Berkontrak Pada Perjanjian Baku Dalam Mewujudkan Keadilan Para Pihak*, Jurnal Ilmiah Hukum Dirgantara, Vol. 9 No.1, September 2018.
- Suharnoko, 2004, *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, Jakarta: Kencana.