

BUILD OPERATE AND TRANSFER AGREEMENTS (BOT) ON THE USE OF PRODUCTIVE WAQF HAK GUNA BANGUN (HGB) IN THE NATIONAL ISLAMIC ECONOMIC LAW DEVELOPMENT

Oleh :
Nurjamil & Siti Nurhayati

ملخص

اتفاقية نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية من نوع اتفاقية جديدة والتي لا يعرفها من قبل القانون الإندونيسي. لم يبين الكتاب الثالث من القانون المدني الإندونيسي عن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بشكل واضح حيث يمكن القول بأنه اتفاق غير مسمى. قد استخدم بعض الدول المتقدمة في إدارة وقفها مثل سنغافورة وماليزيا ومصر وغيرها اتفاقية نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ويتم إدارة ممتلكات الأوقاف العقارية النامية مثل لبناء بنية تحتية عالية القيمة من خلال هذه الاتفاقية. وبناءً على القانون رقم 41 سنة 2004 بشأن الوقف، فإن جهة إدارة الوقف موجهة إلى إدارة الوقف التام بما في ذلك حقوق الأراضي في البناء بشكل HGB التي ينظمها اللائحة الحكومية رقم 42 سنة 2006 بشأن تطبيق قانون الوقف. سواء كان تلك الحقوق HGB مؤبدا أم مؤقتا. وقف حقوق الأراضي في البناء بشكل HGB مؤقتا ثم يديرها الناظر عن اتفاقية نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية قد يسبب مشاكل قانونية خاصة فيما يتعلق بوضع الاتفاقية والحماية القانونية للمستثمرين عندما تنتهي حقوق HGB في وقت أبكر من اتفاقية BOT. تم إجراء هذا البحث باستخدام منهج قانوني معياري حيث يدرس دراسة مراجعة للعديد من القوانين واللوائح قيام المقابلات مع هيئة الأوقاف الإندونيسية (BWI) والوكالة الوطنية للأراضي (BPN) والمجلس العلماء الإندونيسي (MUI) وذلك للحصول على معلومات واضحة حول الوقف النامي. في هذه المشكلة وبعد إجراء البحث، خلص الباحث إلى أن وضع اتفاقية BOT على الأرض HGB الوقفية التي انتهت صلاحيتها يمكن اعتبار هذه الاتفاقية منقوضة بسبب فقدان سلطة ناظر الوقف على إدارة ممتلكات الوقف، ولكن لا يزال اتفاقية BOT منفاذة بإثبات ملحق الاتفاقية الذي ينص أن الناظر تم استبداله في اتفاقية BOT بحامل حقوق الأرض HGB مع إلغاء حقوق الناظر في مشاركة إدارة البنية التحتية في بقية الاتفاقية وعدم ملكية الربيع من إدارتها بعد انتهاء اتفاق BOT، ويعود ربيع من اتفاق BOT إلى صاحب حقوق الأراضي الأصلية مالم ينص على خلاف ذلك في ملحق الاتفاقية.

ولحماية المستثمرين من الناحية القانونية فالاتفاق نص على استمرار المشروعات مع حصول ريعاتها الاقتصادية للمستثمرين حتى الوقت المحدد. وإذا حدثت الخسارة للمستثمرين بسبب الأخطاء الإدارية من قبل الناظر والتي يمكن إثباتها على أساس المسؤولية، فيمكن للمستثمرين طلب الضمان، أما إذا لم تثبت أسباب الأخطاء فالخسار على ذمة المستثمرين أنفسهم.

مفتاح الكلمة: الوقف، حقوق الأرض في البناء (HGB)، ناظر، ملحق الاتفاق

Abstract

The Build Operate and Transfer (BOT) Agreement is a new agreement not previously known under Indonesian treaty law. BOT is not clearly regulated in Book III of the Civil Code so it can be regarded as an unnamed agreement. In some countries where the management of waqf has advanced, such as Singapore, Malaysia, Egypt, and others, the management of productive waqf land assets is done by building high value economic infrastructure through BOT agreement. Based on Law Number. 41 Year 2004 About Waqf, the management of waqf is directed to productive management including land rights in the form of HGB which is specifically regulated by Government Regulation Number. 42 of 2006 on the Implementation of Waqf Law. HGB can be represented either forever or for a while. HGB is temporarily represented, and administered by nazhir through BOT agreements may pose legal issues, particularly regarding the status of the agreement and the protection of the investor's law, especially when the HGB ends up earlier than the BOT agreement.

This study was conducted using normative juridical approach, by reviewing some laws and regulations, and interviewing BWI, BPN and MUI to get real information about productive waqf.

In this case, after the research the authors concluded that the status of BOT agreement on HGB endowment waqf land which has expired can be considered canceled due to loss of authority of nazhir as the manager of waqf, but the BOT agreement can still be held with the addendum arranging that nazhir as the parties in the BOT agreement are subsequently replaced by the HGB land rights holders with the consequence of nazhir rights in the form of sharing of infrastructure management for the remainder of the agreement and ownership of the infrastructure after the term of the BOT agreement expires belonging to the holder of the landrights unless otherwise specified in the addendum. As a form of legal protection for investors, investors can still manage the infrastructure along with all its economic benefits up to the time specified. In the event of a loss to the investor and a nazhir error can be proven, based on the principle of liability based on the error, the investor may request compensation, if there is no evidence of a mistake, the loss shall be borne by the investor himself.

Key Words: BOT, Waqf, HGB, Nazhir, Addendum

Abstrak

Berdasarkan Perjanjian Build Operate and Transfer (BOT) merupakan perjanjian baru yang tidak dikenal sebelumnya di dalam hukum perjanjian Indonesia. BOT tidak diatur secara jelas di dalam Buku III KUHPerduta sehingga dapat dikatakan sebagai perjanjian tidak bernama. Di beberapa negara yang pengelolaan wakafnya sudah maju, seperti Singapura, Malaysia, Mesir, dan lain-lain, pengelolaan aset tanah wakaf produktif dilakukan dengan membangun infrastruktur yang bernilai ekonomi tinggi melalui perjanjian BOT. Berdasarkan Undang-undang Nomor. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf, pengelolaan wakaf diarahkan kepada pengelolaan yang produktif termasuk hak atas tanah berupa HGB yang secara khusus diatur dengan Peraturan Pemerintah Nomor. 42 Tahun 2006 tentang Pelaksanaan Undang-undang Wakaf. HGB dapat diwakafkan baik untuk selamanya maupun untuk sementara waktu. HGB yang diwakafkan sementara, dan dikelola oleh nazhir melalui perjanjian BOT dapat menimbulkan masalah hukum, terutama mengenai status perjanjian dan perlindungan hukum investor, khususnya ketika wakaf HGB itu berakhir lebih dulu daripada perjanjian BOT.

Penelitian ini dilakukan dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif, dengan melakukan kajian terhadap beberapa peraturan perundang-undangan, dan melakukan wawancara terhadap BWI, BPN dan MUI untuk mendapatkan keterangan secara nyata mengenai wakaf produktif.

Dalam kasus ini, setelah dilakukan penelitian penulis menyimpulkan bahwa maka status perjanjian BOT atas tanah wakaf HGB yang sudah berakhir masa berlakunya dapat dianggap batal karena hilangnya kewenangan nazhir sebagai pihak pengelola wakaf, akan tetapi perjanjian BOT tetap dapat dilangsungkan dengan dibuatnya addendum yang mengatur bahwa nazhir sebagai pihak dalam perjanjian BOT kemudian digantikan dengan pihak pemegang hak atas tanah HGB dengan konsekuensi hak nazhir yang berupa bagi hasil pengelolaan infrastruktur selama sisa waktu perjanjian serta kepemilikan infrastruktur setelah masa perjanjian BOT berakhir, menjadi milik pemegang hak atas tanah kecuali ditentukan lain dalam addendum. Sebagai bentuk perlindungan hukum bagi investor, investor tetap dapat mengelola infrastruktur berikut segala manfaat ekonominya sampai dengan waktu yang ditentukan. Apabila terjadi kerugian bagi investor dan kesalahan nazhir dapat dibuktikan, berdasarkan prinsip tanggungjawab berdasarkan atas kesalahan, maka investor dapat meminta ganti rugi, apabila tidak terbukti ada kesalahan, maka kerugian ditanggung investor sendiri.

Kata Kunci: BOT, Wakaf, HGB, Nazhir, Addendum

A. Pendahuluan

1. Latar Belakang

Pembangunan Indonesia didukung oleh adanya potensi sumber daya alam (*natural resources*) yang berlimpah, diantaranya adalah daratan (tanah) yang sangat luas (http://www.datastatistikindonesia.com/portal/index.php?option=com_tabel&kat=1&idtabel=117&Itemid=165). Dalam aturan pertanahan dikenal hak atas tanah untuk keperluan suci dan sosial yang diatur dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria (selanjutnya disebut Undang-undang Agraria) dan lebih khusus lagi diatur dalam Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf (selanjutnya disebut Undang-undang Wakaf)

Berdasarkan data dari Dirjen Bimas Islam Kementerian Agama Republik Indonesia yang dirilis oleh Badan Wakaf Indonesia, secara statistik aset tanah wakaf di Indonesia sangat luas, yakni sekitar 4.359.443.170,00 M² (<http://bwi.or.id/index.php/in/tentang-wakaf/data-wakaf/data-wakaf-tanah.html>) yang tentunya memiliki potensi yang sangat besar dalam memberikan kontribusi yang signifikan untuk pembangunan ekonomi Indonesia. Untuk merealisasikan hal tersebut Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Wakaf

mengamanahkan pengelolaan wakaf produktif. Bentuk pengelolaan wakaf produktif tersebut dapat dilakukan melalui pembangunan rumah sakit komersil, pengelolaan pertambangan, pembangunan apartemen, hotel syariah, ruko, lapangan olahraga, gedung perkantoran, dan lain-lain, yang hasilnya dialokasikan untuk pengembangan masyarakat muslim itu sendiri (Dirjen Bimas Islam Kemenag, 2006:81)

Konsep yang sudah lazim dilakukan di beberapa negara seperti; Singapura, Malaysia di wilayah Asia Tenggara dan Saudi Arabia, Mesir dan beberapa Negara Timur Tengah lainnya adalah dengan melibatkan para pemilik modal yang diikat dalam satu perjanjian yang saling menguntungkan baik bagi pemegang hak atas tanah (nazhir) maupun investor. Salah satu bentuk perjanjian yang dimaksud adalah perjanjian Build Operate and Transfer (BOT). Perjanjian ini merupakan salah satu bentuk perjanjian konsesi (hak pengelolaan lahan) yang tentu saja dibatasi oleh jangka waktu tertentu sesuai dengan kesepakatan antara para pihak, dalam hal ini Investor dengan Nazhir.

Berdasarkan pemaparan di atas, permasalahan akan timbul apabila perjanjian BOT dengan batas waktu tertentu (biasanya dua puluh lima sampai

dengan tiga puluh tahun) dilakukan dalam pemanfaatan tanah wakaf yang juga mempunyai batas waktu tertentu (dikenal dengan wakaf sementara), misalnya wakaf atas tanah Hak Guna Bangunan. Secara konkrit permasalahan tersebut terjadi pada saat perjanjian BOT antara *nazhir* dengan investor sudah dilakukan sementara batas waktu perjanjian wakaf HGB atau HGB yang diberikan tersebut akan atau sudah berakhir. Dalam praktik, hal tersebut dapat saja terjadi baik dikarenakan kelalaian dari kedua pihak yang membuat perjanjian atau dapat pula terjadi karena adanya itikad tidak baik dari para pihak. Pada tahapan selanjutnya masalah semakin rumit apabila dihubungkan dengan status perjanjian BOT itu sendiri, apakah masih berlaku atau secara otomatis dianggap berakhir. Status perjanjian BOT yang dikemukakan, sangat erat kaitannya terhadap tanggungjawab hukum para pihak yang apabila tidak dapat dimusyawarahkan secara kekeluargaan maka penyelesaian di muka pengadilan juga dapat menjadi alternatif terakhir.

Untuk menguraikan lebih jauh mengenai masalah di atas, maka penulis melakukan studi pustaka dengan judul “Perjanjian *Build Operate and Transfer* (BOT) dalam Pemanfaatan Tanah Wakaf Produktif Hak Guna Bangun (HGB) Dalam Upaya Pembangunan Hukum Ekonomi Syariah Nasional”

B. Tujuan Penelitian

Penelitian ini secara khusus dimaksudkan untuk menguraikan dan menganalisis dua permasalahan, yakni:

1. Status perjanjian *build operate and transfer* (BOT) dengan objek perjanjian berupa wakaf HGB yang jangka waktu berlakunya sudah berakhir.
2. Bentuk perlindungan hukum pihak investor pada perjanjian *Build Operate and Transfer* (BOT) dengan objek perjanjian berupa wakaf HGB yang jangka waktu berlakunya sudah berakhir?

2. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode sebagai berikut:

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode pendekatan *juridis normatif*. Pendekatan dimaksud adalah penelitian ditinjau dari sudut hukum dan peraturan perundang-undangan tertulis sebagai data sekunder dan studi kepustakaan saja (Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2001: 12-15). Dalam penelitian ini, metode penelitian yang akan digunakan adalah metode *deskriptif kualitatif* berdasarkan perangkat kebijakan maupun peraturan perundang-undangan dan hukum mengenai perjanjian.

3. Kerangka Pemikiran

Pembangunan secara sederhana dapat didefinisikan sebagai upaya untuk mewujudkan suatu perubahan ke arah yang lebih baik dengan cara yang sudah direncanakan (Hasan Alwi, 2005:103) Menegaskan definisi di atas, Mochtar Kusumaatmadja (2002:19) menyatakan:

“Pembangunan dalam arti seluas-luasnya meliputi segala segi dari kehidupan masyarakat dan tidak hanya segi ekonomi belaka - karena itu istilah pembangunan ekonomi sebenarnya kurang tepat, karena tidak hanya membangun ekonomi suatu masyarakat tanpa menyangkutkan pembangunan segi-segi kehidupan masyarakat lainnya”.

Keadaan yang dianggap lebih baik dalam berbagai aspek kehidupan sebagaimana dinyatakan di atas dapat diidentikan dengan tercapainya kesejahteraan (Hasan Alwi, 2005:1011) Dalam kondisi ini, masyarakat memiliki kemampuan yang lebih baik dari sebelumnya untuk memenuhi kebutuhannya. Mengenai hal tersebut, Satjipto Rahardjo menegaskan bahwa, semakin baik kebutuhan-kebutuhan itu dapat dipenuhi, semakin sejahtera pula hidupnya, demikian pula sebaliknya (Satjipto Rahardjo, 2006:124) Terciptanya kesejahteraan masyarakat yang diwujudkan melalui proses pembangunan merupakan bentuk tanggungjawab pemerintah sebagai pemangku

amanah rakyat yang sepakat untuk menyerahkan kekuasaan kepada pemerintah untuk mengelola negara berdasarkan hukum (Moch. Mahfud MD, 2010:268).

Secara umum, menurut Satjipto Rahardjo, hukum mempunyai tiga nilai dasar, yakni: tercapainya keadilan, adanya nilai kegunaan di masyarakat, dan adanya suatu kepastian hukum (Satjipto Rahardjo, 2006:19). Dalam konteks kegunaan hukum di masyarakat, dikenal konsep hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat atau dalam istilah lain, Satjipto Rahardjo menyebutnya sebagai sarana pembaharuan masyarakat (*social engineering by law*) (Satjipto Rahardjo, 2006:208). Penyebutan istilah hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat (*law as a tool of a social engineering*) sampai saat ini tetap dianggap sebagai teori yang relevan, terutama dalam mewujudkan misi pembangunan nasional (RPJMN, 2010:22) Konsep hukum yang kemudian dikenal dengan teori hukum pembangunan Mochtar Kusumaatmadja tersebut sejatinya harus benar-benar dapat diimplementasikan dalam setiap aspek kehidupan masyarakat.

Lili Rasyidi (2007:231) menyatakan bahwa, pada prinsipnya teori hukum pembangunan menampilkan tiga inti pemikiran Mochtar Kusumaatmadja, yaitu: (1) konsep hukum; yang berisikan bukan hanya norma tapi juga merupakan gejala sosial budaya, yang pembentukan hukum dilakukan dengan dua alur, yaitu *top down dan bottom up*; (2) hukum juga berfungsi sebagai sarana pembaharuan masyarakat; (3) hukum itu bersifat netral dan juga tidak netral yang erat kaitannya dengan unsur spiritual, keyakinan dan kepercayaan. Darwin Ginting (2010:17) berpandangan bahwa melalui konsep hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat akan memberi motivasi teoritis terhadap upaya pembaharuan hukum. Salah satu bentuk pembaharuan yang dimaksud adalah pembaharuan dalam lapangan hukum perjanjian.

Perjanjian BOT merupakan modifikasi bentuk perjanjian yang dikenal selama ini.

Perjanjian yang sering diistilahkan sebagai perikatan (*verbintenis*) (J Satrio, 1993:1) diatur di dalam buku ke tiga Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya ditulis KUHPerdata). Perikatan dimaksud dapat bersumber atau lahir dari adanya perjanjian dan perikatan yang lahir karena diatur dalam Undang-Undang (Riduan Syahrani: 202). Perjanjian konsesi lahan itu sendiri merupakan perikatan yang timbul akibat adanya perjanjian. Selanjutnya menurut KUHPerdata suatu perjanjian baru dianggap sah apabila memenuhi syarat sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1320 KUHPerdata sebagai berikut:

“Supaya terjadi persetujuan yang sah, perlu dipenuhi empat syarat, yaitu:

1. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
3. Suatu hal tertentu
4. Suatu sebab yang halal.”

Pasal 1320 KUHPerdata di atas menyatakan bahwa setiap orang dapat membuat perjanjian apapun dengan syarat perjanjian tersebut tidak dilarang atau tidak bertentangan dengan ketertiban umum, norma dan kesusilaan. Perjanjian BOT dalam hal ini merupakan perjanjian yang dilakukan antara pemilik lahan atau pemegang hak atas tanah wakaf (*nazhir*) dengan investor, sehingga BOT itu sendiri menjadi undang-undang bagi *nazhir* dan investor.

C. Tinjauan Teoritis

1. Perjanjian BOT

Perjanjian BOT merupakan perjanjian yang dianggap baru dalam kegiatan ekonomi Indonesia (Anita Kamilah:114) Perjanjian tersebut tidak ditemukan pengaturannya secara khusus dalam buku III KUHPerdata sehingga layak disebut juga sebagai perjanjian tidak bernama (*onvenomde overeenkomst*). Meskipun demikian apabila melihat sejarahnya konsep BOT sebenarnya merupakan konsep yang sudah cukup lama dikenal di kota Eretria Yunani (Athena) bahkan 300 tahun sebelum masehi (Munir Fuadi, 1982:1972). Sejarah

juga mencatat secara riil perjanjian BOT mulai diimplementasikan pertamkali dalam sebuah proyek infrastruktur pembangunan Terusan Suez di Turkey, sebagaimana diungkapkan oleh Sebastian C.M. Manheere and Spiro N. Pollalis (1996:6) berikut:

“The first official private facility development under the name “Build Operate Transfer” was used in Turkey in 1984, by Prime Minister Ozal, as part of an enormous privatization program to develop new infrastructure. However, the BOT approach was used as early as 1834 with the development of the Suez Canal. This revenue-producing canal, financed by European capital with Egyptian financial support, had a concession to design, construct, and operate assigned to the Egyptian ruler Pasha Muhammad Ali”

Sebagai sebuah bentuk perjanjian yang baru, sesungguhnya tidak ada definisi yang baku mengenai perjanjian BOT. Dalam sub bab ini penulis akan memaparkan beberapa definisi mengenai perjanjian BOT dari sudut pandang yang berbeda, yakni:

1) Clifford W. Garstang sebagaimana dikutip Anita Kamilah (2010: 114), memberikan pengertian BOT sebagai berikut:

“ is a variety of type of project financing known as a 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.”

Dengan demikian, pada dasarnya 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. Kontraktor diberikan hak untuk mengoperasikan dan mengambil manfaat

ekonominya sebagai penggantian atas semua biaya yang telah dikeluarkan untuk selama waktu tertentu.

2) Perjanjian BOT menurut Keputusan Menteri Keuangan Nomor 248/KMK/04/1995 Tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-pihak Yang Melakukan Kerjasama Dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate And Transfer*) adalah:

“Bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor dimana pihak investor diberikan hak untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian bangun guna serah (BOT), dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa bangun guna serah berakhir.”

Dari pengertian BOT tersebut maka terdapat ciri-ciri dari proyek BOT, yaitu:

a) Pembangunan (*build*)

Pemilik proyek sebagai pemberi hak pengelolaan memberikan kuasanya kepada pemegang hak (kontraktor) untuk membangun sebuah proyek dengan dananya sendiri. Dalam beberapa hal dimungkinkan didanai bersama (*participating interest*)

b) Pengoperasian (*operate*)

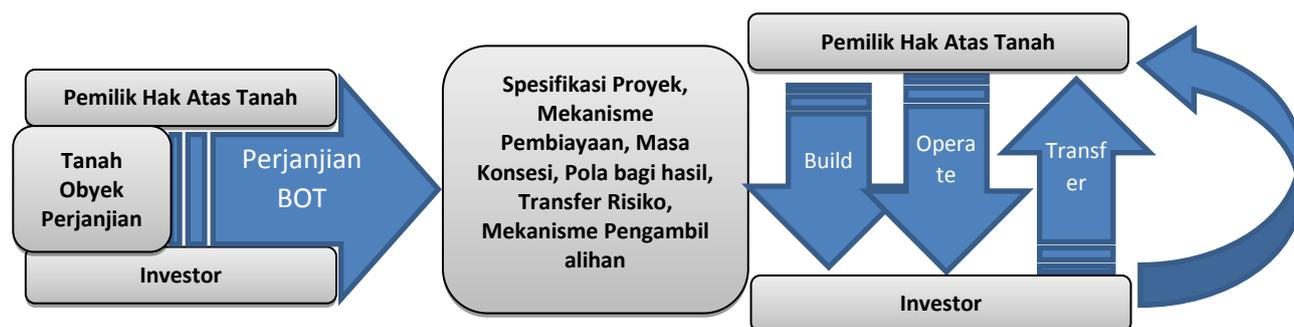
Merupakan masa atau tenggang waktu yang diberikan pemilik proyek pada pemegang hak untuk selama jangka waktu tertentu mengoperasikan dan mengelola proyek tersebut untuk diambil manfaat ekonominya. Bersama dengan itu pemegang hak berkewajiban untuk melakukan pemeliharaan terhadap proyek tersebut. Pada masa ini pemilik lahan dapat juga menikmati sebagian hasil sesuai dengan perjanjian jika ada.

c) Penyerahan kembali (*transfer*)

Pemegang hak pengelolaan menyerahkan hak pengelolaan dan fisik proyek pada pemilik lahan setelah masa konsesi selesai, yang

biasanya diserahkan tanpa ada syarat-syarat tertentu. Pembebanan biaya penyerahan

umumnya telah ditentukan dalam perjanjian mengenai siapa yang menanggungnya.



Gambar I:

Mekanisme Pengelolaan Tanah Melalui Perjanjian BOT

5. Sekilas Tentang Wakaf

1. Pengertian Wakaf

Menurut Pasal 1 angka 1 (satu) Undang-Undang Wakaf, pengertian wakaf adalah:

“Wakaf adalah Perbuatan hukum wakif untuk memisahkan dan/ atau menyerahkan sebagian harta miliknya untuk selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya atau untuk keperluan ibadah untuk kepentingan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syariah”

2. Sumber hukum wakaf

Dasar hukum wakaf terdapat dalam beberapa sumber berikut:

- Al-Quran, yakni : Q.S. Ali-Imran: 92, Q.S. Al-Baqarah : 267
- Al-Hadits yang diriwayatkan oleh Abu Hurairah bahwasanya “ Apabila anak Adam itu meninggal dunia, maka terputuslah amalannya kecuali tiga hal; shadaqah jariyah, ilmu yang bermanfaat, dan anak saleh yang mendoakan kepadanya”.
- Ijma (Konsensus) sebagaimana disampaikan oleh Jabr r.a, bahwa “Tidak seorangpun dari sahabat Rasulullah saw yang mempunyai harta melainkan ia wakafkan hartanya itu
Perkataan Jabir tersebut menunjukkan bahwa wakaf merupakan ijma para sahabat. Dalam pandangan Sayyid Sabiq wakaf tersebut di

atas merupakan wakaf pertama di dalam Islam

- Hukum Positif, Dasar hukum perwakafan tanah di Indonesia di antaranya adalah: Pasal 49 ayat (3) Undang-Undang Pokok Agraria; Undang-Undang Nomor. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf; Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2006 tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf; Kompilasi Hukum Islam (KHI) Buku III Hukum Perwakafan; Peraturan Pemerintah No. 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik; Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 6 Tahun 1977 tentang Tatacara pendaftaran Tanah Mengenai Perwakafan Tanah Milik; Peraturan Menteri Agama No. 1 Tahun 1978 tentang Peraturan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No. 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik; dan Keputusan Bersama Menteri Agama Republik Indonesia dan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 422 Tahun 2004 dan No. 3/SKB/BPN/2004 tentang Sertifikat Tanah Wakaf.

6. Hak Guna Bangun (HGB)

Menurut Pasal 35 UUPA pengertian HGB adalah:

“Ayat (1) Hak Guna Bangun adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan-bangunan atas tanah yang bukan miliknya sendiri dalam jangka waktu paling lama 30 tahun”

“Ayat (2) Atas permintaan pemegang hak dan dengan mengingat keperluan serta keadaan bangunan-bangunannya, jangka waktu tersebut dalam ayat 1 dapat diperpanjang dengan waktu paling lama 20 tahun”.

Berdasarkan ketentuan Pasal 35 UUPA di atas, diketahui bahwa HGB adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan di atas tanah yang bukan miliknya sendiri dengan jangka waktu paling lama 30 tahun dengan perpanjangan 20 tahun. Jadi, secara sederhana pemegang HGB bukanlah pemegang hak milik dari tanah di mana bangunan tersebut didirikan. Sehubungan HGB ini, Pasal 37 UUPA menyatakan bahwa:

“Hak Guna Bangunan terjadi:

- a) Mengenai tanah yang dikuasai langsung oleh negara; karena penetapan pemerintah
- b) Mengenai tanah milik: karena perjanjian yang berbentuk autentik antara pemilik tanah yang bersangkutan dengan pihak yang akan memperoleh Hak Guna Bangunan itu, yang bermaksud menimbulkan hak tersebut.”

HGB hanya dapat diberikan kepada beberapa pihak berikut, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 36 ayat (1) UUPA, yakni:

“Yang dapat mempunyai Hak Guna Bangunan ialah:

- a) Warga negara Indonesia
- b) Badan hukum yang didirikan menurut Hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia”

Ketentuan selanjutnya mengenai HGB adalah bahwa tanah yang dapat diberikan dengan hak guna bangunan adalah tanah negara, tanah hak pengelolaan, tanah hak milik sebagaimana diatur dalam Pasal 21 PP No. 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai.

Mengenai harta benda wakaf secara tegas diatur dalam Pasal 16 Undang-Undang Wakaf sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:

- (1) Harta benda wakaf terdiri dari :
 - a. benda tidak bergerak; dan

b. benda bergerak.

(2) Benda tidak bergerak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a meliputi :

- a. hak atas tanah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku baik yang sudah maupun yang belum terdaftar;
- b. bangunan atau bagian bangunan yang berdiri di atas tanah sebagaimana dimaksud pada huruf a;
- c. tanaman dan benda lain yang berkaitan dengan tanah;
- d. hak milik atas satuan rumah susun sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- e. benda tidak bergerak lain sesuai dengan ketentuan syariah dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Berdasarkan Pasal 16 ayat(2)huruf(a) Undang-Undang wakaf di atas, lebih lanjut mengenai hak-hak atas tanah yang dapat diwakafkan diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 42 tahun 2006 tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 41 tahun 2004 tentang Wakaf yakni sebagai berikut:

1. Hak Milik atas tanah baik yang sudah atau belum terdaftar;
2. HGB, HGU, atau Hak Pakai di atas Tanah Negara;
3. HGB atau Hak Pakai di atas HPL atau Hak Milik, yang diperoleh dari Instansi Pemerintah, Pemda, BUMN, BUMD, Pemerintah Desa wajib mendapat ijin tertulis pemegang HPL atau HM;
4. Hak Milik atas Satuan Rumah Susun

D. Pembahasan

1. Status Perjanjian BOT Atas Tanah Wakaf HGB Yang Masa Berlakunya Sudah Berakhir.

Berdasarkan uraian di atas, dapat difahami bahwa suatu perjanjian berakhir apabila waktu yang telah ditentukan tersebut telah berakhir,

sehingga apabila dihubungkan dengan perjanjian wakaf HGB sementara antara pemegang hak atas tanah dengan *nazhir*, maka perjanjian tersebut dengan serta merta juga ikut berakhir. Dalam hal adanya perjanjian tambahan (*addendum*) yakni perjanjian BOT antara *nazhir* dengan investor atas tanah wakaf HGB sementara, maka dengan berakhirnya perjanjian wakaf HGB tersebut kewenangan yang diberikan kepada *nazhir* pada saat yang sama juga ikut berakhir. Dengan demikian maka status perjanjian BOT yang dilakukan antara *nazhir* dengan investor dalam hal ini terdapat dua kemungkinan, yakni:

- a. Dapat menjadi batal dikarenakan berakhirnya masa berlaku perjanjian wakaf HGB sementara, sehingga *nazhir* sebagai pihak dalam perjanjian BOT tidak lagi berwenang melakukan tindakan hukum dengan alasan berakhirnya kewenangan *nazhir* (*bevoeged*) untuk mengelola tanah wakaf HGB yang berakhir bersamaan dengan habisnya masa perjanjian wakaf HGB.
- b. BOT sebagai sebuah perjanjian yang tunduk kepada aturan hukum perjanjian yang menganut sistem terbuka, artinya kesepakatan para pihak adalah yang paling menentukan. Mengenai perjanjian BOT tersebut, hilangnya kewenangan yang dimiliki oleh *nazhir* tidak membuat perjanjian BOT itu hapus apabila *nazhir* dengan itikad baik meminta kesepakatan pemegang hak atas tanah untuk memperpanjang perjanjian wakaf HGB atau apabila HGB nya sudah habis masa berlakunya, *nazhir* meminta kesepakatan pemegang hak atas tanah untuk memperpanjang atau memperbaharui HGB yang diberikan pemerintah kepada pemegang hak atas tanah. Dalam praktik ketentuan biasanya dituangkan di dalam *addendum*. Artinya ada upaya hukum yang dapat ditempuh oleh para pihak sebelum masa perjanjian wakaf HGB itu berakhir, upaya tersebut berupa negosiasi ulang yang memuat klausul mengenai status keberlangsungan perjanjian BOT tersebut.

Permasalahan hukum yang juga sangat penting adalah mengenai tanggungjawab para pihak itu sendiri. Secara khusus bagi *nazhir*, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 42 Undang-undang Wakaf, *nazhir* bertanggungjawab atas pengelolaan wakaf itu sendiri yang karenanya *nazhir* diberikan imbalan maksimal 10% dari hasil bersih pengelolaan harta wakaf tersebut (Pasal 12 Undang-undang Wakaf) Dalam hal terjadi permasalahan di atas, maka ada beberapa skema yang dapat dijadikan pedekatan mengenai permasalahan tersebut, yakni:

- a. Wakaf HGB sementara sebagai sebuah skema perjanjian *nazhir* dengan pemilik hak HGB. Wakaf HGB sementara yang lahir dari perjanjian yang dilakukan antara pihak pemegang hak atas tanah, baik HGB yang diberikan di atas tanah milik maupun hak pengelolaan dengan pihak *nazhir*, bagaimanapun juga berlaku hukum perjanjian pada umumnya. Prinsip-prinsip hukum perjanjian yang diatur dalam Buku III KUHPerdara tetap menjadi acuan.
- b. Dengan demikian perjanjian wakaf HGB sementara antara pemegang hak atas tanah HGB dengan pihak *nazhir* berikut segala kesepakatan yang dituangkan di dalam perjanjian secara prinsip dapat dilakukan sepanjang dikehendaki oleh para pihak. Selain daripada itu, berdasarkan aturan Pasal 1320 KUHPerdara, maka perjanjian wakaf HGB antara pemegang hak atas tanah dengan *nazhir* dapat dikatakan sah apabila memenuhi keempat syarat yang diatur dalam Pasal tersebut. Perjanjian wakaf dimaksud dapat dikatakan sah apabila ada kesepakatan antara pemegang hak atas tanah dengan *nazhir*, tanpa ada paksaan sedikitpun. Selanjutnya, baik pemegang hak atas tanah maupun *nazhir* harus dianggap cakap untuk melakukan perbuatan hukum, selanjutnya ada pokok hal tertentu yang dijadikan obyek perjanjian, maka dalam hal ini perjanjian wakaf HGB sementara adalah hal yang

dimaksud, dan terakhir dalam perjanjian wakaf HGB tersebut tidak memuat klausul-klausul yang dilarang menurut hukum.

4. Perlindungan Hukum Investor Pada Perjanjian BOT Atas Tanah Wakaf Produktif HGB yang Masa Berlakunya Sudah Berakhir.

Perjanjian wakaf HGB antara *nazhir* dengan pemegang hak atas tanah sebagaimana diuraikan di atas secara prinsip dapat dilakukan. Selanjutnya pihak *nazhir* setelah mendapatkan hak atas HGB berdasarkan perjanjian tersebut, menjadi pihak yang paling berhak atas pengelolaan tanah wakaf HGB tersebut untuk masa waktu yang diperjanjikan dengan pemegang hak atas HGB. Pemanfaatan tanah wakaf HGB dengan perjanjian BOT yang dilakukan antara *nazhir* dengan investor dengan demikian menjadi sah secara hukum untuk dilakukan dengan syarat obyek perjanjian BOT dalam hal ini pembangunan infrastruktur memenuhi beberapa syarat berikut:

- a. Infrastruktur yang dibangun sesuai dengan peruntukan HGB yang tercantum di dalam sertifikat HGB, misalnya pembangunan gedung Hotel, Pasar, perumahan, dan lain-lain.
- b. Masa berlaku perjanjian BOT tidak boleh melebihi masa berlaku perjanjian wakaf HGB sementara.

Harta benda wakaf adalah harta yang dermakan oleh wakif dan dikelola oleh *nazhir* untuk kemudian digunakan agar memberikan sebesar-besarnya manfaat bagi masyarakat dengan catatan sesuai dengan keinginan wakif dan sesuai dengan aturan perundang-undangan. Hal tersebut sejalan dengan pendapat para ahli hukum Islam sebagaimana disampaikan oleh H.M. Salim Umar (2014) bahwa:

“Sesungguhnya yang menjadi tolak ukur pengertian wakaf yang secara umum diartikan “menahan” bukan pada kelanggengan harta benda wakaf itu sendiri, melainkan pada tetap berjalannya nilai kemanfaatan dari

hasil wakaf tersebut bagi masyarakat. Dalam perkembangan berikutnya hasil musyawarah komisi fatwa majelis ulama se-Indonesia ke tiga pada tahun 2009 yang bertempat di Padang Panjang menyatakan bahwa wakaf dalam bentuk uang dapat ditukar menjadi benda demikian juga sebaliknya wakaf benda dapat ditukar menjadi uang dengan dua syarat, yakni ada manfaat yang lebih besar dan adanya keadaan yang memaksa”

Dengan demikian yang tetap dijaga dalam harta benda wakaf tidak hanya sebatas kepada keberadaan benda wakaf itu sendiri, akan tetapi lebih daripada itu yang lebih penting adalah nilai kemanfaatan dari aset wakaf yang dikelola oleh *nazhir*. Dalam hal ini *nazhir* mempunyai kepentingan yang sangat besar demi terjaganya kemanfaatan harta benda wakaf itu sendiri.

Berakhirnya perjanjian wakaf HGB sementara antara *nazhir* dengan pemegang hak atas tanah HGB, sementara perjanjian BOT belum berakhir dapat diatasi dengan melakukan kesepakatan ulang yang memungkinkan beralihnya pihak dalam perjanjian BOT itu sendiri. Permasalahan justru muncul apabila tidak terjadi kesepakatan antara pemegang hak atas tanah HGB dengan investor. Dalam hal ini pemegang hak atas tanah tidak setuju untuk memperpanjang perjanjian wakaf HGB dengan *nazhir* atau tidak melakukan perpanjangan atau pembaharuan HGB, sehingga ada kemungkinan perjanjian BOT itu menjadi batal. Apabila terjadi hal demikian, kemudian dapat dibuktikan adanya kesalahan dari pihak *nazhir* yang dengan sengaja merubah masa berlakunya wakaf HGB sementara, maka dapat dimintakan pertanggungjawaban sesuai dengan tanggungjawab yang didasarkan pada kesalahan (*based on fault*). Hal tersebut diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disingkat KUHPerdata) khususnya terdapat dalam Pasal 1365, 1366 dan 1367. Prinsip ini menyatakan, seseorang baru dapat dimintakan pertanggung-jawaban secara hukum jika ada unsur kesalahan (Subekti, 1987: 92) yang dilakukannya.

Pasal 1365 KUHPerdara yang lazim dikenal sebagai pasal tentang perbuatan melawan hukum, mengharuskan terpenuhinya empat unsur pokok, yakni:

- Adanya perbuatan melawan hukum;
- Adanya unsur kesalahan;
- Adanya kerugian yang diderita;
- Adanya hubungan kausalitas antara perbuatan dan kerugian.

Dengan demikian apabila beberapa ketentuan yang berkaitan dengan prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan dapat dibuktikan, maka investor mempunyai hak untuk meminta ganti rugi kepada *nazhir*. Dalam pandangan penulis, apabila ada itikad baik dari pihak *nazhir*, maka ganti rugi tersebut tidak perlu dilakukan, mengingat *nazhir* mempunyai kepentingan yang sangat besar dengan dana filantropi masyarakat, sebagai bentuk sanksi yang sesuai adalah dengan tidak diberikannya bagi hasil untuk sisa waktu masa perjanjian BOT. Akan tetapi sebaliknya apabila tidak ada unsur kesalahan yang dilakukan oleh *nazhir*, maka kerugian yang dialami oleh investor menjadi tanggungjawabnya sendiri.

E. Simpulan

Setelah melaksanakan penelitian ini peneliti dapat menyimpulkan sebagai berikut:

1. Status perjanjian BOT dalam pemanfaatan tanah wakaf produktif dapat menjadi batal dengan berakhirnya perjanjian wakaf HGB sementara, kecuali jika kemudian wakaf HGB tersebut diperpanjang maka perjanjian BOT tetap dapat berlaku. Dalam hal pihak pemegang HGB tidak sepakat untuk memperpanjang perjanjian wakaf HGB maka dapat dimungkinkan perjanjian BOT tersebut dilanjutkan antara pemegang HGB dengan investor akan tetapi dalam hal ini yang menjadi objek bukan lagi tanah wakaf.
2. Perlindungan hukum yang diberikan kepada investor dalam pemanfaatan tanah wakaf produktif HGB sementara adalah

dengan tetap belakunya perjanjian BOT maka pihak investor dapat mengelola dan mengambil manfaat dari infrastruktur yang diperjanjikan dengan kesepakatan bahwa setelah selesainya masa perjanjian BOT, bangunan beserta sarana pendukungnya akan diserahkan kepada pemegang hak atas tanah HGB apabila HGB tersebut diperpanjang atau diperbaharui. Apabila tidak terjadi kesepakatan dengan pemegang hak atas tanah sehingga investor merasa dirugikan, maka sepanjang ada kesalahan dari *nazhir*, pihak investor dapat mengajukan ganti rugi, apabila hal tersebut dikarenakan kelalaian pihak investor sendiri maka kerugian tersebut menjadi tanggungjawab investor

Daftar Pustaka

- Andjar Pachta Wirana (et.al), (1997) *Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan tentang Perjanjian BOT*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional.
- Darwin Ginting, (2010) *Hukum Kepemilikan Tanah Bidang Agri Bisnis; Hak Menguasai Tanah dalam Sistem Hukum Pertanahan Indonesia*, Bogor: Ghalia Indonesia.
- Direktorat Jenderal Bimbingan Masyarakat Islam, Direktorat Pemberdayaan Wakaf, *Bunga Rampai Perwakafan*, Jakarta: Kemenag RI
- Hasan Alwi, (et.al), (2005) *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka.
- J. Satrio (1993) *Hukum Perikatan; Perikatan Pada Umumnya*, Bandung: Alumni.
- Lili Rasyidi, (2007) *Menggunakan Teori/Konsep dalam Analisis di Bidang Hukum dalam : Djuhaendah Hasan, Pembangunan Hukum Bisnis dalam Kerangka Sistem Hukum Nasional (Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. Djuhaendah Hasan, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran)*, Bandung: Tanpa Penerbit
- Moch. Mahfud MD, (2010) *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: Rajagrafindo Persada

- Mochtar Kusumaatmadja. (2002) *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan (Kumpulan Karya Tulis)*, Bandung:Alumni.
- Riduan Syahrani, (2004) *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung.
- Ronny Hanitijo Soemitro. (1990) *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Jakarta: Ghalia Indonesia
- Satjipto Rahardjo, (2006) *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji (2001) *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Perkasa
- Subekti, (1987) *Hukum Perjanjian*, Jakarta: PT. Intermasa
- Undang-Undang No. 5 tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria
- Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf
- RPJMN 2010-2014 Buku I
- Keputusan Menteri Keuangan Nomor 246/KMK/04/1995 Tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak Yang Melakukan Kerjasama Dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate And Transfer*)
- <http://bwi.or.id/index.php/in/tentang-wakaf/data-wakaf/data-wakaf-tanah.html>
- [http://www.datastatistikindonesia.com/portal/index.php?option=com_tabel&kat=1&idtabel=117&Itemid=165.](http://www.datastatistikindonesia.com/portal/index.php?option=com_tabel&kat=1&idtabel=117&Itemid=165)
- <http://bimasislam.kemenag.go.id/informasi/berita/35-berita/660-luas-tanah-wakaf-di-indonesia-3492045373754-m2.html>,
- Hasil wawancara dengan Prof. Dr. H.M. Salim Umar MA sebagai Ketua Komisi Fatwa Majelis Ulama Indonesia Jawa Barat. (dilaksanakan pada tanggal 02 Juli 2014 bertempat di ruang kerja Ketua Komisi Fatwa MUI Jawa Barat)