

FX. Sumarja

Pengajar Hukum Agraria, Fakultas Hukum Universitas Lampung, Jalan Prof. Dr. Ir Soematri Brojonegoro No. 1, Gedungmeneng, Bandar Lampung 35145. Email:fxsmj.unila@gmail.com

LARANGAN PENGASINGAN TANAH DAN PELUANG INVESTASI ASING DI INDONESIA

ABSTRAK

Throughout the political history, agrarian law in Indonesia recognize the prohibition of land alienation. Foreigners or foreign legal entities (foreign investors) were banned for land ownership. Agrarian Fundamental Laws stipulates that foreigners domicile in Indonesia and foreign legal entities which have representatives in Indonesia are only allowed to have land use rights and building lease rights. In practice, foreigners and foreign legal entities prefer to acquire land ownership rights by nominee. Whereas nominee is illegal and has very weak legal position. Article 16 paragraph (1) letter h junto Article 24 Agrarian Fundamental Laws open the opportunities for foreign investors in land tenure through Guna Bangun Serah rights, by positioning the ground as a means of production rather than as an investment. Guna Bangun Serah in Indonesia was marked by the birth of the Minister of Finance of the Republic of Indonesia Decree No. 470 / KMK.01 / 1994 on Procedures for Removal and Utilization of Assets / Country's Wealth, which adopted the "Turgut's Formula", namely the construction and management of dams on the river Syehan Turkey. This study aims to find an alternative land ownership for foreign investors that require land as ingredients, considering the limited tenure in Indonesia to consider the expediency of justice and legal certainty. The new paradigm is needed in attracting foreign investment in Indonesia, in order to obtain the benefit, justice and legal certainty, through Bangun Guna Serah rights. Article 16 paragraph (1) letter h Agrarian Fundamental Laws stipulates the other rights that are not included: Properties, Cultivation rights, Building rights, Tenure and Rental Rights will be established by law. Bangun Guna Serah

rights defined as rights to construct a building and / or its facilities on land that is not his own and then utilize the building and / or its facilities in a certain period of time that has been agreed, as in the future the land, buildings and / or the following facilities will be transferred to the owner of the land after the term expired. Guna Bangun Serah rights can be incorporated into the Land Bill.

Keywords: Guna Bangun Serah rights, state land, foreign investment.

ABSTRAK

Sepanjang sejarah politik hukum agraria di Indonesia mengenal larangan pengasingan tanah. Orang asing atau badan hukum asing (investor asing) dilarang mempunyai tanah hak milik. UUPA mengatur bahwa orang asing yang berkedudukan di Indonesia dan badan hukum asing yang memiliki perwakilan di Indonesia hanya diperbolehkan mempunyai tanah hak pakai dan hak sewa untuk bangunan. Praktikanya, orang asing dan badan hukum asing lebih memilih mendapatkan tanah hak milik dengan *nominee*. Padahal *nominee* itu ilegal dan mempunyai kedudukan hukum yang sangat lemah. Pasal 16 ayat (1) huruf h jo. Pasal 24 UUPA membuka peluang bagi investor asing dalam penguasaan tanah melalui hak Bangun Guna Serah, dengan memposisikan tanah sebagai sarana produksi bukan sebagai investasi. Bangun Guna Serah di Indonesia ditandai dengan lahirnya Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 470/KMK.01/ 1994 tentang Tata Cara Penghapusan dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara, yang mengadopsi "*Turgut's Formula*", yaitu pembangunan dan pengelolaan bendungan di sungai Syehan Turki. Penelitian ini bertujuan menemukan alternatif penguasaan tanah bagi investor asing yang memerlukan tanah sebagai sarannya, mengingat keterbatasan hak penguasaan tanah di Indonesia dengan mempertimbangkan kemanfaatan keadilan dan kepastian hukum. Diperlukan paradigma baru dalam menarik investasi asing di Indonesia, agar mendapatkan kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum, melalui hak bangun guna serah. Pasal 16 ayat (1) huruf h UUPA mengatur bahwa hak-hak lain yang tidak termasuk Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai, dan Hak Sewa akan ditetapkan dengan undang-undang. Hak bangun guna serah adalah hak mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya di atas tanah yang bukan miliknya sendiri kemudian mendayagunakan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya diserahkan kepada pemegang hak atas tanah setelah berakhirnya jangka waktu. Hak Bangun Guna Serah dapat dimasukkan ke dalam RUU Pertanahan.

Kata kunci: hak bangun guna serah, tanah negara, investasi asing.

I. PENDAHULUAN

Pembangunan infrastruktur mempunyai peran penting untuk memperkuat persatuan dan kesatuan bangsa. Pembangunan infrastruktur berbasis wilayah semakin penting untuk diperhatikan, terutama infrastruktur untuk membuka isolasi wilayah. Penyediaan infrastruktur baik sarana maupun prasarana transportasi air (laut, danau dan sungai) yang berkeadilan adalah infrastruktur yang dibangun sesuai kebutuhan. Pembangunan infrastruktur yang terjadi di Indonesia saat ini dirasa kurang merata, salah satunya disebabkan oleh faktor sumberdaya yang terbatas.

Menurut Didik J Rachbini (<https://pwkunpas.wordpress.com/welcome/ekonomi-kebijakan-infra-struktur-kritis-pada-implementasi/> diakses tgl 30 Maret 2015 jam 08.30), semakin baik keadaan infrastruktur, semakin baik pula pengaruhnya terhadap keadaan ekonomi. Infrastruktur akan menentukan lancar atau tidaknya kegiatan perekonomian, karena merupakan urat nadi perekonomian. Ketersediaan infrastruktur yang baik, bisa dipastikan sebuah daerah memiliki keadaan ekonomi yang baik. Sebaliknya, jika suatu daerah tidak memiliki/memiliki infrastruktur

jelek, keadaan ekonominya pun cenderung tidak baik, misalnya bagian utara Jawa dan daerah yang berada di bagian selatan Jawa, sangat berbeda. Salah satu pembangunan infrastruktur dengan melibatkan swasta yang penting dalam mendukung transportasi air guna membuka isolasi wilayah adalah pelabuhan.

Sejak tahun 2005, pemerintah sudah memulai membuat kebijakan peningkatan peran swasta dalam pembangunan infrastruktur melalui Perpres 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 jo. Perpres Nomor 56 Tahun 2011 jo. Perpres No. 66 Tahun 2013 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur. Kebijakan ini diambil dengan pertimbangan bahwa dana untuk pembangunan infrastruktur kurang dan tidak bisa tercukupi oleh dana APBN. Realisasinya, peran swasta masih sangat rendah, yang disebabkan oleh empat hal. Pertama, sejak tahun 2005 sampai sekarang, kebijakan ini hanya menjadi kebijakan tertulis tanpa ada implementasi dan realisasi. Kedua, kesulitan dalam pengadaan tanah. Ketiga, tidak ada target untuk mendukung rencana induk pengembangan infrastruktur. Keempat, diperlukan kelembagaan dan regulasi.

Sebenarnya mengikutsertakan swasta dalam pemanfaatan dan pengoptimalan barang milik negara (BMN) yang berupa tanah (meskipun tidak secara tegas disebut penyediaan infrastruktur) telah dimulai sejak tahun 1994, yaitu dengan Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 470/KMK.01/1994 tentang tata cara penghapusan dan pemanfaatan barang Milik/kekayaan Negara, dan Kepmenkeu No. 248/KMK.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak yang Melakukan Kerjasama dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah. Pemanfaatan BMN dengan perjanjian Bangun Guna Serah adalah pemanfaatan BMN berupa tanah oleh pihak lain, dengan cara pihak lain tersebut membangun bangunan atau sarana lain berikut fasilitasnya di atas tanah tersebut, serta mendayagunakannya dalam jangka waktu tertentu, untuk kemudian menyerahkan kembali tanah, bangunan, dan/atau sarana lain berikut fasilitasnya tersebut beserta pendaayagunaannya kepada departemen/lembaga yang bersangkutan setelah berakhirnya jangka waktu yang disepakati. Skema BGS sebenarnya menguntungkan swasta, karena tidak perlu melakukan pengadaan tanah. Skema BGS ini, tanah telah disediakan pemerintah.

Eksistensi BGS kemudian mendapat penguatan pengaturan di dalam Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah sebagai pelaksanaan dari Pasal 49 ayat (6) UU No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara. Pada tahun 2008, Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah dilakukan perubahan dengan Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008. Pada tanggal 24 April 2014, PP No. 6 Tahun 2006 jo. PP No. 38 Tahun 2008 dicabut dan diganti dengan Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (FX. Sumarja, 2014: 497). Sementara itu, kerjasama penyediaan infrastruktur diakomodir di dalam Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 2014. Masih terdapat bentuk lain pemanfaatan barang milik negara, selain BGS, yaitu Bangun Serah Guna (BSG), Sewa, Kerja Sama Pemanfaatan (KSP), dan Kerja Sama Penyediaan Infrastruktur (KSPI).

Berdasarkan Perpres No. 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 yang dimaksud dengan swasta adalah Perseroan Terbatas, BUMN, BUMD dan Koperasi. Bagaimanakah dengan swasta asing, dalam arti penanaman modal asing? Swasta asing dapat dilibatkan berdasarkan Pasal 10 Perpres No. 56 Tahun 2011, bahwa Badan Usaha dan Badan Hukum Asing dapat mengajukan prakarsa Proyek Kerjasama Penyediaan Infrastruktur kepada Menteri/Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dengan kriteria sebagai berikut: a) tidak termasuk dalam rencana induk pada sektor yang bersangkutan; b) terintegrasikan secara teknis dengan rencana induk pada sektor yang bersangkutan; c) layak secara ekonomi dan finansial; dan d) tidak memerlukan dukungan Pemerintah yang berupa kontribusi fiskal dalam bentuk finansial.

Perlu disayangkan berdasarkan ketentuan Pasal 39 PP No. 27 Tahun 2014 bahwa badan hukum asing tidak termasuk badan usaha yang dapat memanfaatkan BMN menggunakan skema kerjasama penyediaan infrastruktur. Namun berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 3 dan 8 UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM), diatur bahwa penanaman modal asing merupakan kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri. Modal asing adalah modal yang dimiliki oleh negara asing, perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, badan hukum asing, dan/atau badan hukum Indonesia yang sebagian atau seluruh modalnya dimiliki oleh pihak asing. Dengan demikian, berdasarkan UUPM, modal asing ataupun investor asing dapat berperan serta dalam pembangunan infrastruktur dalam bentuk badan hukum Indonesia, baik seluruhnya modal asing maupun patungan dengan modal dalam negeri.

Meskipun UUPM membuka peluang investor asing berperan serta dalam pembangunan infrastruktur namun tetap saja, ia tidak diperkenankan menguasai tanah dengan hak Milik dan Hak Guna Bangunan. Pada sisi lain pembangunan infrastruktur tidak mungkin dipisahkan dari ketersediaan tanah. Kondisi ini dimaknai juga sebagai keprihatinan trend dunia sekarang yaitu *global trading* dimana perusahaan korporasi mengambil tanah-tanah di Negara berkembang untuk mengamankan cadangan pangan mereka dan cadangan produksi yang lebih luas. Oleh karena itu, tanah perlu dilindungi dari ekspansi korporasi (Sediono Tjondronegoro, 2013).

Berdasarkan uraian di atas, permasalahannya adalah bagaimanakah peluang investasi asing di bidang pembangunan infrastruktur (pelabuhan laut) di tengah-tengah politik hukum larangan pengasingan tanah di Indonesia? Tujuan penelitian ini adalah menemukan alternatif penguasaan tanah bagi investor asing yang memerlukan tanah sebagai sarannya, mengingat keterbatasan hak penguasaan tanah di Indonesia dengan mempertimbangkan kemanfaatan keadilan dan kepastian hukum.

II. METODE PENELITIAN

1. Pendekatan Masalah

Penelitian ini termasuk dalam tipe penelitian hukum doktrinal, karena yang dikaji adalah kaidah peraturan perundang-undangan menurut doktrin aliran positivisme dalam ilmu hukum ((Soetandyo Wignyosoebroto, 2002: 160-169). Kaidah peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah ketentuan yang mengatur sumberdaya alam (agraria), bangun guna serah dan kerjasama penyediaan infrastruktur. Sebagai penelitian doktrinal, yang dikaji tidak sekedar menemukan aturan hukumnya, tetapi meliputi juga prinsip-prinsip hukum, dan doktrin-doktrin hukum guna menjawab permasalahan penelitian, sesuai dengan karakter preskriptif ilmu hukum (Johnny Ibrahim, 2008: 34-37).

2. Bahan Hukum

Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer (Peter Mahmud Marzuki, 2010: 141-166). Bahan hukum primer terdiri dari peraturan perundang-undangan yang terkait dengan sumberdaya agraria, bangun guna serah dan kerjasama penyediaan infrastruktur:

- a) UUDNRI 1945, Alenia ke-4 pembukaan, Pasal 28J ayat (2) dan Pasal 33 ayat (3);
- b) UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria;
- c) UU No 11 Tahun 2005 tentang ratifikasi Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya;
- d) UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal;
- e) UU No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum;
- f) PP No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah;
- g) PP No. 38 Tahun 2008 tentang perubahan Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah;
- h) PP No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.
- i) Keppres No. 23 Tahun 1980 tentang Pemanfaatan Tanah Hak Guna Usaha dan Hak Guna Bangunan untuk Usaha Patungan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing;
- j) Perpres No. 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 jo. Perpres No. 56 Tahun 2011 jo. Perpres No. 66 Tahun 2013 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur;
- k) Kepmenkeu No. 470/KMK.01/1994 tentang tata cara penghapusan dan pemanfaatan barang Milik/kekayaan Negara;
- l) Kepmenkeu No. 248/KMK.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak yang Melakukan Kerjasama dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah;
- m) Permenkeu No. 96/PMK.06/2007 tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara;
- n) Permenkeu No. 78/PMK.06/2014 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Pemanfaatan Barang Milik Negara.

3. Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer dikumpulkan melalui prosedur identifikasi, inventarisasi, dan membuat catatan atau kutipan terhadap peraturan perundang-undangan di bidang sumber daya alam (agraria), bangun guna serah dan kerjasama penyediaan infrastruktur.

4. Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum yang telah dikumpulkan dan diolah, selanjutnya dianalisis guna menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, dan doktrin-doktrin hukum guna menjawab permasalahan penelitian. Metode analisis yang digunakan adalah preskriptif-analitis, yaitu dengan cara pemaparan dan analisis tentang isi (struktur) hukum yang berlaku, sistematisasi hukum yang dipaparkan dan dianalisis, interpretasi, dan penilaian hukum yang berlaku (D.H.M. Meuwissen, 1994: 26-28; B. Arief Sidharta, 2000: 149-152; B. Arief Sidharta, 2009: 55-57).

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

Berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya (1966), yang telah diratifikasi dengan UU No 11 Tahun 2005, bahwa “Negara-negara berkembang, dengan memperhatikan hak asasi manusia dan perekonomian nasionalnya, dapat menentukan sampai seberapa jauh mereka dapat menjamin hak-hak ekonomi yang diakui dalam Kovenan ini kepada warga negara asing”. Jauh hari sebelum kovenan internasional ada dan diratifikasi, Indonesia sudah menentukan pilihan bahwa orang asing dilarang mempunyai tanah hak milik (Ps. 21 ayat (1) UUPA), namun tetap diperbolehkan mempunyai tanah dengan hak pakai atau hak sewa untuk bangunan, seperti halnya di Singapura, orang asing boleh punya tanah dengan status *lease hold* (Eddy Ruchiyat, 2006: 216-217).

Ketentuan Pasal 21 (1) UUPA sejalan dengan Konstitusi Agraria Indonesia. Meskipun kajian konstitusi agraria merupakan kajian hukum yang masih relatif baru. Kajian konstitusi agraria berada pada wilayah pembahasan persoalan agraria di dalam konstitusi, sehingga posisinya diantara kajian hukum konstitusi dan kajian hukum agraria (Yance Arizona, 2014: 10). Kajian hukum agraria masih dimaknai sebatas hak-hak penguasaan tanah (Boedi Harsono, 2008) Sebagai bagian dari hukum publik, konstitusi agraria membahas dimensi yang luas dan mendasar. Konstitusi merupakan hukum dasar yang mendasari berbagai aktivitas hukum yang terjadi di dalam penyelenggaraan negara, sehingga konstitusi agraria juga menjadi dasar pembangunan hukum agraria di Indonesia.

Konstitusi agraria yang teruang dalam Alinea ke-4 Pembukaan UUDNRI 1945, bahwa “Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang *melindungi* segenap bangsa Indonesia dan *seluruh tumpah darah* Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum...”, dan Pasal 33 ayat (3) UUDNRI 1945, serta Pasal 9 jo Pasal 21 ayat (1) UUPA merupakan politik hukum larangan kepemilikan tanah hak milik oleh orang asing (politik hukum larangan pengasingan tanah).

Pasal 33 ayat (3) UUDNRI 1945 sudah tegas mengatur, bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Konstitusi tersebut sudah tegas mengatur bahwa kemakmuran rakyat-lah yang diutamakan dalam pengelolaan tanah. Artinya hak-hak atas tanah rakyat yang perlu diperjuangkan untuk dapat dipenuhi berdasarkan konstitusi, dibandingkan orang asing. Namun demikian orang asing tetap diperkenankan juga untuk mendapatkan manfaat atas tanah yang ada di wilayah NKR, meskipun terbatas.

Perkenan orang asing mendapatkan manfaat atas tanah yang disediakan UUPA sebatas hak pakai dan hak sewa untuk bangunan. Padahal terdapat instrumen yang lebih menguntungkan dalam memanfaatkan/mengelola tanah di Indonesia bagi orang asing selain pemberian hak pakai dan hak sewa untuk bangunan, yaitu Bangun Guna Serah. Bangun guna serah akan lebih memudahkan dalam pelaksanaan pembangunan infrastruktur (pelabuhan), mengingat Pemerintah cukup menyediakan tanah dan memberikan kemudahan fasilitas (perizinan) kepada investor, kemudian investor tinggal melakukan pembangunan, pengoperasian dan kemudian menyerahkannya kepada pemerintah. Pihak investor tidak perlu melakukan perolehan/pengadaan tanah, yang selama ini menjadi hambatan dalam pembangunan.

Perkenan orang asing mendapatkan manfaat atas tanah demikian itu sejalan dengan apa yang dicita-citakan Notonagoro, bahwa orang asing dapat diberikan akses terhadap tanah di Indonesia berdasarkan kepentingan bangsa Indonesia terhadap orang asing, bukan atas kepentingan orang asing (Notonagoro, 1984:79; Iman Soetikno, 1985: 18). Boleh tidaknya orang asing akses terhadap tanah di Indonesia tergantung apa yang menjadi kebutuhan bangsa Indonesia. Akses tanah bagi orang asing harus diukur dari segi kemanfaatannya untuk bangsa Indonesia. Pendapat Notonagoro, tersebut sebenarnya sebagai peringatan bagi Pemerintah untuk sungguh-sungguh memperhatikan kepentingan rakyat dalam pengelolaan sumber daya agraria, utamanya tanah. Manfaat atas tanah jangan sampai lebih banyak dinikmati oleh orang asing.

Instrumen akses tanah bagi pihak asing sebenarnya tidak terbatas pada hak pakai dan hak sewa untuk bangunan seperti yang ditentukan dalam Pasal 42 dan 45 UUPA. Disadari ataupun tidak, perluasan akses tanah bagi pihak asing sudah terjadi sejak lama, terutama dalam bidang perkebunan, melalui Keppres No. 23 Tahun 1980 (FX. Sumarja, 2015: 387) Pada bidang infrastruktur perluasan akses tanah tersebut terjadi dengan lahirnya Kepmenkeu No. 470/KMK.01/1994 tentang tata cara penghapusan dan pemanfaatan barang Milik/kekayaan Negara, menggunakan instrumen bangun guna serah, dan Perpres No. 56 Tahun 2011 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur, menggunakan instrumen kerjasama penyediaan infrastruktur. Baik bangun guna serah maupun kerjasama penyediaan infrastruktur kemudian mendapat pengaturan di dalam PP No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.

Menurut PP No. 27 tahun 2014, baik bangun guna serah (BGS) maupun kerjasama penyediaan infrastruktur (KSPI) dalam pemanfaatan barang milik negara yang berupa tanah dengan melibatkan

swasta, pada prinsipnya dilakukan atas dasar keterbatasan dana pemerintah yang bersumber dari APBN dalam pembangunannya dalam rangka menyelenggarakan pelayanan publik, dan bukan semata-mata untuk mengoptimalkan pemanfaatan BMN (tanah). Tujuan pemanfaatan BMN (tanah) menurut PP No. 27 tahun 2014 melalui skema BGS dan KSPI sangat berbeda dengan skema pinjam pakai, sewa ataupun kerjasama pemanfaatan (KSP).

Skema sewa ataupun kerjasama pemanfaatan (KSP) adalah untuk mengoptimalkan pemanfaatan BMN (tanah) dan meningkatkan penerimaan negara/daerah. Skema sewa tanah perlu mendapat kajian lebih lanjut, mengingat putusan MK No. 87/PPU-XI/2013, tanggal 18 Maret 2014 terhadap uji materi UU No. 19 Tahun 2013 tentang Pemberdayaan dan Perlindungan Petani bahwa Pemerintah tidak boleh memberikan hak sewa. Mengingat sewa hanya dapat dilakukan oleh pemilik, jika pemerintah dapat memberikan hak sewa berarti pemerintah adalah pemilik tanah (*domein verklaring*), hal ini bertentangan dengan UUPA. Sementara itu skema pinjam pakai adalah untuk mengoptimalkan pemanfaatan atau hasil guna BMN (tanah) kepada instansi lain dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Seperti dikemukakan di atas bahwa pemberian akses tanah kepada pihak asing didasarkan atas kepentingan bangsa Indonesia dan bukan atas dasar kepentingan pihak asing, selain itu harus lebih bermanfaat, berkeadilan dan adanya jaminan kepastian hukum. Berdasarkan prinsip itulah, maka dalam memberikan akses tanah terhadap pihak asing dapat dilakukan penilaian. Penilaian dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip yang ada pada UUPA, juga didasarkan pada nilai kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum. Berdasarkan batu uji itulah dapat ditentukan skema yang paling tepat antara BGS dan KSPI.

(Lihat Tabel 1)

Tabel 1 di atas merupakan gambaran akses tanah bagi pihak swasta (asing) pada skema BGS/BSG dan KSPI menurut PP No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, Permenkeu No. 78/PMK.06/2014 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Pemanfaatan Barang Milik Negara, dan Perpres No. 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 jo. Perpres No. 56 Tahun 2011 jo. Perpres No. 66 Tahun 2013 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur.

Memperhatikan uraian dalam tabel 1 tersebut di atas dapat diketahui bahwa perbedaan skema antara BGS/BSG dengan KSPI, didasari oleh sttus: wilayah pemerintahan (pusat dan/atau daerah), jangka waktu, perpanjangan jangka waktu pemanfaatan BMN, jaminan utang terhadap hasil pemanfaatan BMN, alih teknologi, dan dukungan finansial dari pemerintah. Atas dasar skema pada tabel 1 di atas dilakukan penilaian dari sisi kemanfaatannya bagi Pemerintah yang tertuang pada table 2 berikut:

TABEL 1. AKSES TANAH PIHAK SWASTA DALAM SKEMA BGS/BSG & KPSI

Isu	BGS/BSG Berdasar PP No. 27 Tahun 2014, dan Permenkeu No. 78/PMK.06/2014	KSPI Berdasar PP No. 27 Tahun 2014, Permenkeu No. 78/PMK.06/2014, dan Perpres No. 67 Tahun 2005 dengan perubahan- perubahannya.
Dasar pertimbangan	- memerlukan bangunan dan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan negara/daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas dan fungsi; - tidak tersedia atau tidak cukup tersedia dana dalam APBN/D untuk penyediaan bangunan dan fasilitas tersebut	- dalam rangka kepentingan umum dan/atau penyediaan infrastruktur guna mendukung tugas dan fungsi pemerintahan; - tidak tersedia atau tidak cukup tersedia dana dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara untuk penyediaan infrastruktur; - termasuk dalam daftar prioritas proyek program penyediaan infrastruktur yang ditetapkan pemerintah.
Larangan menjaminkan	dilarang menjaminkan, menggadaikan, atau memindahtangankan: 1) tanah yang menjadi objek BGS/BSG; 2) hasil BGS yang digunakan langsung untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi Pemerintah Pusat/Daerah; 3) hasil BSG.	dilarang menjaminkan, menggadaikan, atau memindahtangankan BMN yang menjadi objek KSPI
Berakhirnya perjanjian	Serah terima objek BGS/BSG dilakukan paling lambat pada saat berakhirnya jangka waktu BGS/BSG dan dituangkan dalam berita acara serah terima.	Mitra KSPI harus menyerahkan objek KSPI dan barang hasil KSPI kepada pemerintah pada saat berakhirnya jangka waktu KSPI sesuai perjanjian.
Penyerahan objek perjanjian	Gedung, bangunan, sarana dan fasilitas menjadi BMN sejak diserahkan kepada pemerintah sesuai perjanjian atau pada saat berakhirnya perjanjian.	- Barang hasil KSPI menjadi BMN sejak diserahkan kepada pemerintah sesuai perjanjian. - Ada juga yang tanp apengalihan aset, tergantung perjanjian.
Mitra pemerintah	Pihak yang dapat menjadi mitra BGS/BSG meliputi: a) Badan Usaha Milik Negara; b) Badan Usaha Milik Daerah; c) Swasta kecuali perorangan; d) Badan Hukum lainnya	Pihak yang dapat menjadi mitra KSPI terdiri atas: Perseroan Terbatas; b) Badan Usaha Milik Negara; c) Badan Usaha Milik Daerah; d) koperasi.
Jangka waktu	Jangka waktu BGS/BSG paling lama 30 (tiga puluh) tahun terhitung sejak perjanjian ditandatangani, dan tidak dapat diperpanjang	Jangka waktu KSPI paling lama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperpanjang.
Pembiayaan	--	Perlu dukungan dana tunai infrastruktur dari pemerintah.

TABEL 2 NILAI KEMANFAATAN BAGI PEMERINTAH DALAM BGS/BSG & KPSI

No.	Status	BGS/BSG	KSPI
1	Pembangunan untuk Pemerintah Pusat & Daerah	Ya (+)	Ya/tidak (-)
2	Jaminan utang	Ya/tidak (+/-)	Tidak (+)
3	Jangka waktunya lama	Tidak (+)	Ya (-)
4	Perpanjangan jangka waktu	Tidak (+)	Ya (-)
5	Alih teknologi	Ya (+)	Ya/tidak (+/-)
6	Dukungan finansial dari Pemerintah	Tidak (+)	Ya/tidak (+/-)

Menurut Notonagoro dan AP Parlindungan bahwa orang asing hanya dapat mempunyai hak atas tanah di Indonesia, selama kepentingan WNI tidak terganggu dan juga penguasaan tanah

oleh orang asing itu dibutuhkan oleh pemerintah dalam rangka ekonomi Indonesia (AP Parlindungan, 1988: 29). Selanjutnya, dikatakannya bahwa bukan sudut pandangan dari orang asing tetapi dari sudut pandangan Indonesia (ekonomis, politis, sosial, dan bahkan pertahanan dan keamanan nasional). Ditegaskan oleh Notonagoro, bahwa orang asing dapat diberi penguasaan terhadap tanah di Indonesia, seberapa dibutuhkan oleh Indonesia terhadap orang asing itu (Notonagoro, 1994: 79; Iman Soetiknjo, 1985:18). Pendapat tersebut, lebih memberikan penekanan bahwa penguasaan tanah oleh asing harus dilihat dari kepentingan nasional, bukan pada kepentingan asing semata. Hal demikian sejalan juga dengan semangat Hak Asasi Manusia yang tertuang dalam Pasal 2 ayat (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya, yang telah diratifikasi dengan UU No 11 Tahun 2005.

Berdasarkan analisis data pada tabel 2 di atas ternyata BGS/BSG lebih sejalan dengan pendapatnya Notonagoro dan AP Parlindungan dibandingkan KSPI. Artinya BGS/BSG lebih bermanfaat bagi Bangsa dan Negara Indonesia.

Dikatakan BGS/BSG lebih bermanfaat dibandingkan dengan KSPI, pertama jika diperhatikan dari sisi jangka waktu BGS/BSG sejalan dengan ketentuan UUPA, sementara untuk KSPI melampaui kepatutan dan kepastian hukum yang ditentukan UUPA. Kedua, Pemerintah lebih cepat mendapatkan manfaat atas alih teknologinya, mengingat tidak adanya celah untuk melakukan perpanjangan jangka waktu kerjasama pemanfaatan BMN. Hal ini mestinya menjadi perhatian pemerintah Indonesia, mengingat juga bahwa pembangunan dan pengelaloan bendungan sungai Syehan di Negara Turki yang bekerjasama dengan Kumugai Kigumi dari Jepang sebagai cikal bakal BGS, cukup dengan 26 tahun masa pengelolaan, dan lima tahun masa pembangunannya (FX. Sumarja, 2014: 495). Ketiga, Pemerintah tidak perlu menyediakan dana untuk menstimulasi pihak swasta dalam pembangunan infrastruktur (Eko Nur Surachman, tanpa tahun), kecuali penyediaan tanah dan fasilitas kemudahan perizinan.

Berdasarkan ukuran kepentingan Pemerintah/bangsa Indonesia akses tanah bagi orang asing melalui skema BGS/BSG untuk pembangunan pelabuhan laut dipandang adil, karena Indonesia mengambil sikap "larangan pengasingan tanah", yaitu orang asing tidak diperbolehkan mempunyai tanah hak milik melalui Konstitusi yang ada dengan menganut prinsip nasionalitas dan kebangsaan. Prinsip demikian tidaklah mutlak, sebab pihak asing tetap dijamin untuk mendapatkan manfaat atas tanah yang ada di wilayah NKRI. Jangka waktu 30 tahun yang disediakan bagi BGS/BSG dipandang cukup untuk mengembalikan modal dan mendapatkan keuntungan yang layak. Selain itu alih teknologi juga merupakan suatu hak yang harus diperjuangkan oleh negara yang masih dalam kategori negara berkembang termasuk Indonesia sesuai Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.

Selain ukuran keadilan, ukuran kepastian hukum juga sudah melekat pada Konstitusi Indonesia yang sejalan dengan Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya seperti telah diuraikan di atas, dan telah ditindaklanjuti dengan peraturan perundang-undangan di bidang sumberdaya agraria, yaitu UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

Menurut Andreas Hans Roth (1949: 162), bahwa “*According to general international law, the alien’s privilege of participation in the economic life of his State of residence does not go so far as to allow him to acquire private property. The state of residence is free to bar him from ownership of all or certain property, whether movables or realty*” (Gouwgioksiong, 1963: 52). Terdapat kebiasaan hukum internasional bahwa orang asing dapat diberikan akses tanah hanya terbatas di suatu negara, termasuk Indonesia (Boedi Harono, 2008: 223; FX. Sumarja, 2012: 51). Kalaupun skema BGS/BSG tidak dikenal dalam UUPA, namun yang pasti bukanlah Hak Milik dan Hak Guna Bangunan. Selain itu UUPA juga masih membuka ruang bagi pengaturan BGS, kalau harus diwujudkan dalam sebuah kelembagaan yang disebut hak-hak atas tanah. Kalaupun bukan hak atas tanah, paling tidak bisa masuk hak-hak yang berkaitan dengan tanah seperti yang dikenal dalam hukum adat.

Pasal 24 UUPA mengatur bahwa penguasaan tanah hak milik oleh bukan pemiliknya dibatasi dan diatur dengan peraturan perundangan. Ketentuan dalam penjelasannya adalah: “Sebagai pengecualian dari asas yang dimuat dalam Pasal 10 UUPA (tanah pertanahan wajib dikerjakan sendiri secara aktif), bentuk-bentuk hubungan antara pemilik dan penggarap/pemakai itu ialah misalnya: sewa, bagi hasil, pakai atau hak guna bangunan”. Memang dalam penjelasan Pasal 24 UUPA tidak dengan tegas memuat bangun guna serah, mengingat pada saat lahirnya UUPA, bangun guna serah belum dikenal secara luas di Indonesia maupun dunia internasional. Tetapi ketentuan Pasal 24 UUPA adalah sebagai pintu masuk lahirnya hak bangun guna serah selain ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf h UUPA.

Kalaupun Pasal 10, 24 UUPA dianggap terbatas pada tanah pertanian dan tanah hak milik, sehingga tidak bisa dijadikan landasan hukum untuk membuka celah BGS di atas tanah negara, maka dasarnya adalah UU No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Apabila dicermati Pasal 12 UU Pengadaan Tanah, pemanfaatan tanah negara/pemerintah/ daerah dalam rangka pembangunan untuk kepentingan umum dapat dikerjasamakan dengan BUMN, BUMD, atau Badan Usaha Swasta. Pada intinya Pasal 12 UU Pengadaan Tanah mengatur bahwa pembangunan untuk kepentingan umum selain untuk pembangunan pertahanan dan keamanan nasional wajib diselenggarakan Pemerintah dan dapat bekerja sama dengan BUMN, BUMD, atau Badan Usaha Swasta. Artinya substansi Pasal 12 UU Pengadaan Tanah sama dengan substansi Pasal 10 dan 24 UUPA, bahwa pemanfaatan tanah dapat dikerjasamakan dengan pihak lain bersaranakan perjanjian BGS.

Apabila bangun guna serah akan dilembagakan sebagai salah satu macam hak atas tanah, UUPA telah menyediakan ruang untuk itu, khususnya dalam Pasal 16 ayat (1) huruf h. Pasal tersebut mengatur bahwa hak-hak lain yang tidak termasuk HM, HGU, HGB, HP, Hak Sewa, Hak membuka tanah, dan hak memungut hasil hutan akan ditetapkan dengan undang-undang. Hak Bangun Guna Serah adalah hak mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya di atas tanah yang bukan miliknya sendiri kemudian mendayagunakan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya diserahkan kepada pemegang hak

atas tanah setelah berakhirnya jangka waktu.

Berdasarkan ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf h UUPA jika dikaitkan dengan Konstitusi Indonesia yaitu Pasal 28J ayat (2) UUDNRI 1945, pengaturan bangun guna serah sebagai suatu hak atas tanah harus ditetapkan dalam bentuk undang-undang. Undang-undang yang dimaksud tidaklah harus undang-undang tersendiri, namun bisa juga materi muatan ini masuk dalam RUU Pertanahan yang saat ini sudah masuk pada program legislasi nasional tahun 2015, mengingat hak guna ruang bawah tanah telah masuk dalam RUU tersebut. Tentu saja isi kewenangan BGS tidak lebih luas dari HM, HGB dan HP.

Pengaturan hak BGS dalam UU Pertanahan juga belum menjamin bahwa hal itu akan berbuah manis bagi Bangsa Indonesia selama tidak terpenuhi prasyaratnya. Agar konsep BGS tersebut dapat terwujud dengan baik, maka masih diperlukan prasyarat-prasyarat yang lain, misalnya adanya kemauan politik (*politic will*) dari pemerintah, termasuk instansi/birokrasi dan pihak-pihak lain yang ikut serta atau terkait dengan pertanahan harus secara terstruktur dan sistematis melakukan sosialisasi dan pendidikan hukum kepada masyarakat luas (termasuk pihak asing), sehingga tanah benar-benar diposisikan sebagai faktor produksi dan bukan sebagai sarana spekulasi, investasi atau komoditas perdagangan (FX. Sumarja, 2015: 502-503).

IV. SIMPULAN

1. Diperlukan paradigma baru dalam menarik investasi asing di Indonesia, agar mendapatkan kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum, melalui hak bangun guna serah untuk pembangunan infrastruktur (pelabuhan laut), dengan memasukan materi muatan BGS ke dalam RUU Pertanahan.
2. Memposisikan tanah benar-benar sebagai faktor produksi dan bukan sebagai sarana spekulasi, investasi atau komoditas perdagangan.
3. Perlu kemauan politik (*politic will*) dari pemerintah, termasuk instansi/ birokrasi dan pihak-pihak lain yang ikut serta atau terkait dengan pertanahan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Arizona, Yance, 2014, *Konstitusionalisme Agraria*, STPN Press, Yogyakarta.
- Goungioksiong, 1963, *Tafsiran Undang-Undang Pokok Agraria*, Djakarta, PT Kinta.
- Harsono, Boedi, 2008, *Hukum Agraria Indonesia: Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jakarta, Djambatan
- Ibrahim, Johnny, 2008, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayumedia Publissing.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2010, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group
- Notonagoro, 1994, *Politik Hukum dan Pembangunan Agraria di Indonesia*, Jakarta, Bina Aksara.
- Parlindungan, A.P., 1988, *Komentor Komentor Atas Undang-undang Pokok Agraria*, Bandung, Alumni.

- Roth, Andreas Hans, 1949, *The minimum standard of international law applied to aliens*, Leiden
- Ruchiyat, Eddy, 2006, *Politik Hukum Pertanahan Nasional Samapi Orde Reformasi*, Bandung, PT Alumni.
- Sidharta, B. Arief, 2000, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum, sebuah penelitian tentang fundasi kefilosofatan dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagai landasan pengembangan ilmu hukum Nasional Indonesia*, Bandung, Mandar Maju
- Sidharta, B. Arief, 2009, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Bandung, Rafika Aditama.
- Soetiknjo, Iman, 1985, *Politik Agraria Nasional*, Yogyakarta, Gadjah Mada University Press.
- Sumarja, FX, 2012, *Problematisasi Kepemilikan Tanah Bagi Orang Asing (sebuah tinjauan yuridis-filosofis)*, Bandar Lampung, Penerbit Indepth Publishing
- Wignyosoebroto, Soetandyo, 2002, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

Jurnal, Disertasi, Makalah, Notulensi, internet

- D.H.M. Meuwissen, 1994, *Ilmu Hukum* (Penerjemah B. Arief Sidharta), *Pro Justitia*, Jurnal Unika Parahyangan, Tahun XII No. 4 Oktober 1994.
- Sumarja, FX, 2014, *Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Infrastruktur Bersasaran Bangun Guna Serah*, Jurnal Ilmiah Pertanahan PPPM-STPN "Bhumi", Nomor 40 Tahun 13, Oktober 2014.
- Sumarja, FX, 2015, *Politik Hukum Larangan Kepemilikan Tanah Hak Milik Oleh Orang Asing Untuk Melindungi Hak-Hak Atas Tanah WNI*, Semarang, Disertasi PDIH Undip.
- Surachman, Eko Nur, *Dana Dukungan Tunai Infrastruktur (Viability Gap Fund): Harapan Baru Pembangunan Infrastruktur di Indonesia*, makalah lepas tanpa tahun.
- Tjondronegoro, Sediono, Notulensi "Diskusi Pakar Kajian Kritis Terhadap RUU Pertanahan" Hotel Sahati Jakarta, 12 Juni 2013.
- Rachbini, Didik J, <https://pwkunpas.wordpress.com/welcome/ekonomi-kebijakan-infra-struktur-kritis-pada-implementasi/>