Landasan Hukum dan Kebebasan Berkontrak bagi Kementerian PPN/BAPPENAS dan Mitra di Dalam dan Luar Negeri

**Pertanyaan Hukum**

Apakah landasan hukum untuk melakukan perikatan/kontrak atau menyepakati kerja sama institusional yang berlandaskan pada kesepahaman bersama (memorandum of understanding) atau perjanjian antara Kementerian PPN/BAPPENAS dengan mitra di dalam dan luar negeri?

**Dasar Hukum**

* UU No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional;
* UU No. 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, Lambang Negara, dan Lagu Kebangsaan;
* PP No. 10 Tahun 2011 tentang Tata Cara Pengadaan Pinjaman Luar Negeri dan Penerimaan Hibah;
* Perpres No. 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah telah beberapa kali diubah terakhir dengan Perpres No. 4 Tahun 2015;
* Perpres No. 65 Tahun 2015 tentang Kementerian PPN;
* Perpres No. 66 Tahun 2015 tentang BAPPENAS, terkahir diubah dengan Perpres No. 20 Tahun 2016.

**Pendapat Hukum**

Perjanjian merupakan perikatan antara dua atau lebih pihak yang didasarkan pada satu asas kebebasan berkontrak (freedom of contract).[2] Kebebasan berkontrak hanya dapat dilakukan apabila suatu perjanjian memenuhi syarat subjektif dan syarat objektif. Syarat subjektif menyangkut aspek keabsahan dan kewenangan para pihak untuk melakukan perikatan. Sedangkan, syarat objektif menyangkut aspek substansi atau apa yang diperjanjikan. Misal, suatu perjanjian kerja sama ditandatangani oleh pegawai yang tidak berwenang (syarat subjektif) dan mengatur hal-hal di luar tusi Kementerian PPN/BAPPENAS (syarat objektif), maka hal tersebut dapat berakibat tidak sahnya perjanjian dengan konsekuensi perjanjian dapat dibatalkan ataupun perjanjian batal demi hukum (vanrechtswege nietig).

Untuk menyederhanakan syarat subjektif dan syarat objektif tersebut, tolok ukurnya adalah adanya justifikasi hukum bagi Pemerintah untuk mengadakan suatu perikatan. Apabila suatu perjanjian bertentangan dengan hukum atau tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan, kesusilaan, dan/atau ketertiban umum, maka perikatan otomatis batal demi hukum. Selain itu, justifikasi hukum dalam perjanjian yang bersendi hukum publik – perjanjian dengan salah satu pihaknya merupakan lembaga negara atau instansi pemerintahan – akan menggambarkan sampai sejauh mana komitmen Pemerintah terhadap asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB).

Sama seperti subjek hukum yang lain, Pemerintah pada prinsipnya memiliki kewenangan untuk membentuk perikatan baik dengan pihak-pihak di dalam negeri, maupun pihak-pihak asing. Dalam suatu perikatan, Pemerintah diakui sebagai subjek hukum perdata karena menjalankan wewenang atas nama dan tanggungjawab sendiri.[3] Selain diakui sebagai subjek hukum perdata, Pemerintah juga merupakan subjek hukum publik yang tentu setiap perbuatan atas dasar suatu perjanjian atau keputusan harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau konstituen. Dengan karakteristik demikian, kebebasan berkontrak bagi Pemerintah harus dilaksanakan dengan berprinsip pada hukum dan AUPB.

Sebagai subjek hukum publik dan subjek hukum perdata, Kementerian PPN/BAPPENAS memiliki justifikasi hukum dan kewenangan untuk mengadakan perikatan dan menyepakati perjanjian atau nota kesepahaman bersama. Berikut ini dapat dijabarkan sesuai konteks:

**Perjanjian Internasional berdasarkan UU No. 24 Tahun 2000**

Perjanjian Internasional adalah perjanjian, dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik. Hal yang menjadi karakteristik perjanjian internasional adalah terdapat unsur hukum internasional publik (public international law) yang sifatnya mengatur hubungan antarnegara atau antarsubjek hukum internasional.

Untuk mengadakan perjanjian internasional diperlukan serangkaian prosedur yang panjang dan pihak yang diberi kewenangan berdasarkan UU No. 24 Tahun 2000 pada pokoknya adalah Presiden, Menteri Luar Negeri atau pejabat lain yang diberikan surat kuasa penuh (full power) untuk mewakili Pemerintah. Selain itu, terdapat proses ratifikasi/aksesi/akseptasi/persetujuan dalam rangka mengesahkan substansi hukum internasional yang telah disepakati di dalam suatu perjanjian internasional agar dapat berlaku sebagai hukum nasional.

Kementerian PPN/BAPPENAS dapat menjadi focal point atau koordinator dan berwenang untuk melakukan perikatan dengan subjek hukum internasional seperti negara atau organisasi internasional selama terdapat full power dari Presiden atau Menteri Luar Negeri serta menempuh serangkaian prosedur yang diatur dalam UU No. 24 Tahun 2000.

**Perjanjian Pinjaman Luar Negeri dan Hibah berdasarkan PP No. 10 Tahun 2011**

Terdapat kekhususan berdasarkan PP No. 10 Tahun 2011 untuk mengadakan perjanjian internasional dalam rangka memperoleh dana dari pinjaman luar negeri (foreign loan) atau hibah luar negeri (foreign grant). Dalam hal ini, pihak yang diberi kewenangan untuk menyepakati dan menandatangani naskah perjanjian utamanya adalah Menteri Keuangan atau pejabat yang diberi kuasa oleh Menteri Keuangan.

Pada praktiknya masih terdapat dualisme, khususnya dalam perjanjian hibah yang bukan merupakan penerimaan dana rupiah murni atau lebih dikenal dengan istilah hibah jasa serta jenisnya adalah hibah langsung yang tidak melalui mekanisme perencanaan (Pasal 48). Kementerian PPN/BAPPENAS seringkali menjadi pihak penerima hibah jasa yang jenisnya hibah langsung karena sesuai dengan maksud penggunaan hibah untuk mendukung program pembangunan nasional (Pasal 51). Hibah langsung lebih mudah dikerjasamakan karena Kementerian/Lembaga dapat menjadi pihak, bertanggungjawab, dan tidak memerlukan prosedur seperti hibah yang direncanakan (Pasal 56).

Selain justifikasi hukum di atas, untuk memperjelas lingkup kegiatan yang dapat dikerjakan dari hibah langsung, Kementerian PPN/BAPPENAS mendasarkan pada Perpres 65 Tahun 2015 dan Perpres 66 Tahun 2015 yang mengatur mengenai fungsi, khususnya:

* pengkajian, pengoordinasian, dan perumusan kebijakan di bidang perencanaan pembangunan nasional, strategi pembangunan nasional, arah kebijakan sektoral, lintas sektor, dan lintas wilayah, kerangka ekonomi makro nasional dan regional, rancang bangun sarana dan prasarana, kerangka regulasi, kelembagaan, dan pendanaan, serta pemantauan, evaluasi dan pengendalian pelaksanaan pembangunan nasional; (Pasal 3 huruf a Perpres 65/2015)
* pengoordinasian, fasilitasi, dan pelaksanaan pencarian sumber-sumber pembiayaan dalam dan luar negeri, serta pengalokasian dana untuk pembangunan bersama-sama instansi terkait; (Pasal 3 huruf h Perpres 65/2015)
* pembinaan dan pemberian dukungan administrasi yang meliputi ketatausahaan, kepegawaian, keuangan, kerumahtanggaan, kerja sama, hubungan masyarakat, arsip, dan dokumentasi BAPPENAS; (dalam hal ini fungsi ini melekat pada Sesmen/Sestama Pasal 9 huruf c Perpres 66/2015)

Dalam hal hibah bersifat teknis atau pelaksanaan yang tidak berkaitan dengan fungsi siklus perencanaan, pemantauan, dan evaluasi program serta kegiatan, BAPPENAS mendasarkan kewenangan koordinasi dalam rangka piloting project atau proyek percontohan sebelum dilaksanakan oleh kementerian/lembaga. Walaupun demikian, pelaksanaan kegiatan dari hibah tidak sepenuhnya dikerjakan oleh Kementerian PPN/BAPPENAS, tetapi biasanya dikerjasamakan dengan pihak ketiga atau kontraktor/proponen.

**Perjanjian pada umumnya yang bersifat non-komersial atau belum memiliki komitmen yang berdampak pada anggaran negara**

Sebagaimana telah dijelaskan, selama sesuai dengan pelaksanaan tugas dan fungsi berdasarkan peraturan perundang-undangan, pada prinsipnya Pemerintah dapat mengadakan perikatan sesuai asas kebebasan berkontrak. Kesepahaman bersama dan/atau perjanjian kerja sama yang bersifat non-komersial seringkali dilakukan antara Kementerian PPN/BAPPENAS dengan instansi lain maupun swasta/institusi dalam negeri atau asing dalam konteks pelaksanaan tugas dan fungsi yang telah dijabarkan dalam Perpres No. 65 Tahun 2015 dan Perpres No. 66 Tahun 2015.

Hal ini tidak hanya dilakukan oleh Kementerian PPN/BAPPENAS, tetapi dilakukan juga oleh semua instansi pemerintah pusat dan daerah dalam rangka menciptakan komitmen yang mendukung pelaksanaan tugas dan fungsi, memiliki unsur teknis, dan pokok pengaturan yang tidak serigid peraturan perundang-undangan, misal kesepahaman bersama untuk melaksanakan program beasiswa, kesepahaman bersama untuk solusi bersama untuk pembangunan berkelanjutan, dan sebagainya.

Hal yang perlu dicermati adalah perjanjian seperti ini tidak mengandung risiko yang berkaitan dengan komitmen anggaran atau kerugian negara, selama memang disepakati sesuai dengan tusi instansi masing-masing dan prosedur yang berlaku di Kementerian PPN/BAPPENAS dan mitra kerja sama.

**Perjanjian yang bersifat komersial (pengadaan barang dan jasa)**

Apabila suatu perjanjian sudah menyangkut penggunaan anggaran negara, maka Kementerian PPN/BAPPENAS dapat menyepakati kerja sama dengan instansi lain,  institusi, individu, kelompok masyarakat, badan hukum swasta di dalam dan luar negeri, selama dilakukan sesuai dengan prosedur Perpres No. 54 Tahun 2010 dan perubahannya. Selain itu, hal yang berbeda adalah dalam konteks siapa pihak yang mewakili Pemerintah, dalam hal ini utamanya ditunjuk oleh Pengguna Anggaran, Kuasa Pengguna Anggaran, atau Pejabat Pembuat Komitmen.

Asas kebebasan berkontrak tidak berlaku begitu saja dan Perjanjian juga tidak dapat disepakati tanpa memenuhi prasyarat-prasyarat sebagai syarat subjektif (misalnya berbadan hukum Indonesia, terdaftar, memilki izin perdagangan, dsb) serta syarat objektif (lelang, volume pekerjaan, spesifikasi yang ditetapkan, waktu). Misalnya, Kementerian PPN/BAPPENAS mengadakan perjanjian swakelola kegiatan dengan kelompok masyarakat.

Demikian penjabaran justifikasi hukum atas macam-macam perikatan yang dapat dilakukan oleh Kementerian PPN/BAPPENAS. Perlu diperhatikan pula, apabila Nota Kesepahaman atau Perjanjian disepakati antara Kementerian PPN/BAPPENAS dan pihak Asing, terdapat kewajiban penggunaan bahasa Indonesia dalam Pasal 31 UU No. 24 Tahun 2009, yaitu:

(1) Bahasa Indonesia wajib digunakan dalam nota kesepahaman atau perjanjian yang melibatkan lembaga negara, instansi pemerintah Republik Indonesia, lembaga swasta Indonesia atau perseorangan warga negara Indonesia.

(2) Nota kesepahaman atau perjanjian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) yang melibatkan pihak asing ditulis juga dalam bahasa nasional pihak asing tersebut dan/atau bahasa Inggris.

**Kesimpulan**

Perikatan dalam bentuk kesepahaman bersama dan perjanjian dapat dilakukan selama sesuai dengan peraturan perundang-undangan serta mendukung pelaksanaan tugas dan fungsi Kementerian PPN/BAPPENAS. Kebebasan berkontrak berlaku bagi Kementerian PPN/BAPPENAS dalam mengadakan perikatan dengan berbagai pihak di dalam dan luar negeri. Kebebasan berkontrak tersebut dibatasi sesuai dengan konteks perjanjian dan peraturan perundang-undangan yang mengatur, misalnya dalam mengadakan perjanjian internasional, perjanjian hibah, perjanjian kerjasama non kemersial pada umumnya, dan perjanjian pengadaan barang/jasa pemerintah.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

[1] Perencana di Biro Hukum, Kementerian PPN/BAPPENAS. Menempuh pendidikan sarjana di Universitas Indonesia, membidangi Hukum Pajak dan Bisnis Internasional, serta melanjutkan studi Hukum Transnasional di alma mater yang sama. Memperoleh sertifikasi konsultan hukum pajak (IKPI) Tahun 2012 dan sertifikasi mediator (IICT-UI) Tahun 2016. Mengikuti pelatihan kerjasama internasional terkait isu-isu pembangunan berkelanjutan, berjudul “Managing Global Governance” di Jerman. Email: adi.yudanto@bappenas.go.id, harjojuda@gmail.com

[2] Asas Kebebasan Berkontrak (Freedom of Contract) merupakan akar dogma hukum perikatan yang mendasarkan bahwa setiap subjek hukum bebas berkontrak dengan subjek hukum lainnya atas dasar adanya kesepakatan (consent) dimana kesepakatan tersebut berlaku sebagai undang-undang yang mengikat antara keduanya (pacta sunt servanda). Lebih lanjut baca, Harry N. Scheiber, The State and Freedom of Contract, California: Standford University Press, 1998.

[3] Philipus M. Hadjon, et all., Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2002, hlm. 150.