

Perspektif Konstitusional Kedudukan Negara dan Swasta dalam Pengelolaan Sumber Daya Air Menurut UUD 1945

Constitutional Perspectives Regarding The Position of State and Private Sector in Water Resources Management Based on The 1945 Constitution

Helmi Kasim, Titis Anindyajati

Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara,
Pengelolaan Teknologi Informasi Komunikasi
Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No.6 Jakarta

Naskah diterima: 05/02/2016 revisi: 16/03/2016 disetujui: 26/05/2016

Abstrak

Penelitian ini membahas tentang perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air serta kaitannya dengan kedudukan negara dan swasta dalam pengelolaan sumber daya air tersebut. Penelitian ini mengkaji putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber daya Air. Ada dua permasalahan yang dibahas dalam penelitian tersebut yakni (i) bagaimana perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air; dan (ii) bagaimana kedudukan negara dan swasta dalam pengelolaan sumber daya air. Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa terdapat dua perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air yakni perspektif penguasaan oleh negara berdasarkan Pasal 33 ayat (3) dan perspektif Hak Asasi Manusia menurut Pasal 28H UUD 1945. Berdasarkan perspektif penguasaan oleh negara, pengelolaan sumber daya air harus dikuasai oleh negara dari hulu sampai hilir. Negara harus menguasai sumber air dan

membangun saluran distribusi untuk memenuhi kebutuhan warga negara atas air. Dari perspektif hak asasi manusia, negara berkewajiban untuk melindungi, memajukan dan memenuhi hak atas air. Kewajiban ini tidak bisa diserahkan kepada swasta khususnya dalam pengelolaan air berdasarkan fungsi primernya. Oleh karena itu, pengelolaan air secara keseluruhan harus dilakukan oleh negara melalui Badan Usaha Milik Negara atau Badan Usaha Milik Daerah. Bahkan, monopoli pengelolaan air merupakan pilihan kebijakan yang dapat diambil negara. Di sisi lain, peran swasta dimungkinkan untuk mengusahakan air berdasarkan fungsi sekunder untuk keperluan industri melalui mekanisme perizinan. Penelitian ini menyimpulkan bahwa negara memiliki kewajiban untuk memenuhi hak warga negara atas air dalam rangka pemenuhan kebutuhan hidup layak berdasarkan fungsi primer air. Fungsi sekunder air dapat diusahakan oleh swasta.

Kata Kunci: Perspektif konstitusional, hak atas air, penguasaan oleh negara.

Abstract

This research discusses the constitutional perspective of water resources management and its relation to the position of the state and the private sector in the management of water resources. This research examines the decision of the Constitutional Court in the judicial review of Law No. 7 of 2004 on Water Resources. There are two issues discussed in these studies namely (i) what is the constitutional perspective of water resource management and (ii) what is the position of the state and the private sector in water resources management? This research uses normative law research. The results showed that there are two constitutional perspectives in water resources management which are the perspective of control by the state under Article 33 paragraph (3) and the perspective of Human Rights perspective based on Article 28H of the 1945 Constitution. Based on the perspective of control by the state, management of water resources should be controlled by the state from upstream to downstream. The state should take control of water resources and establish distribution channels to meet the needs of the citizens on the water. From a human rights perspective, the state is obliged to protect, promote and fulfill the right to water. This obligation cannot be left to the private sector especially in water management based on its primary function. Therefore, the overall water management should be done by the state through the State Owned Enterprises or Regional Owned Enterprises. In fact, the monopoly of water management is a policy option that can be taken by the state. On the other hand, the private sector can take a part to commercialize water based on the use of water in its secondary function for industrial use through licensing mechanism. The study concluded that the state has an obligation to meet the citizens' rights to water in order to meet the needs of a decent life based on primary functions of water. Secondary functions can be operated by private sectors.

Keywords: constitutional perspective, the right to water, control by the state

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sebagai hukum tertinggi, konstitusi memuat aturan dasar tentang segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara baik bidang hukum, ekonomi, politik, sosial serta bidang-bidang lainnya.¹ Dalam pengertian yang demikian, UUD 1945 sebagai konstitusi Republik Indonesia adalah hukum tertinggi yang menjadi rujukan dalam praktek penyelenggaraan kebijakan negara dalam berbagai aspek. Sehingga, undang-undang yang secara hierarki peraturan perundang-undangan berada di bawah UUD 1945² tidak boleh mengandung materi muatan yang bertentangan dengan UUD 1945.

Salah satu aspek yang diatur dalam UUD 1945 adalah mengenai bumi dan air serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya sebagaimana termaktub dalam ketentuan Pasal 33 ayat (3) yang harus digunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Berdasarkan pada ketentuan ini maka pengaturan mengenai bumi dan air serta kekayaan alam dalam peraturan perundang-undangan di bawah UUD 1945 harus dapat dipastikan dimaksudkan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Air disebut dalam ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 meskipun secara spesifik tidak disebut tentang hak atas air. Pasal-pasal lain tentang hak asasi manusia dalam UUD 1945 juga tidak menyebutkan hak atas air. Namun, dalam putusan Mahkamah Konstitusi, hak atas air tersebut telah dinyatakan sebagai derivasi dari hak hidup yang dijamin oleh UUD 1945.³ Sebagai hak hidup yang merupakan salah satu hak asasi manusia, maka negara utamanya pemerintah berkewajiban untuk menghargai, melindungi dan memenuhinya. Kewajiban ini secara konstitusional telah ditegaskan dalam UUD 1945.⁴

Di Indonesia, pengaturan masalah air dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (“UU SDA”) baik dari aspek pengelolaan maupun pengusahasannya. UU SDA tersebut menggantikan Undang-Undang Nomor

¹ Menurut Jimly Asshiddiqie konstitusi adalah hukum dasar yang dijadikan pegangan dalam penyelenggaraan suatu negara, Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, h. 35.

² Hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia terdiri atas UUD 1945, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Undang-Undang/Perppu, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Indonesia, *Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12 Tahun 2011, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234, Ps. 7 ayat (1).

³ Hak atas air yang diterjemahkan sebagai derivasi dari hak hidup ini adalah Hak Guna Pakai Air yang disebut sebagai hak *in persona* yang melekat pada subjek manusia dan merupakan pencerminan hak asasi, Mahkamah Konstitusi, *Putusan Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air*, Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 008/PUU-III/2005.

⁴ Pasal 28I ayat (4) UUD 1945.

11 Tahun 1974 tentang Pengairan ("UU Pengairan"). Namun, melalui proses pengujian undang-undang, UU SDA dinyatakan bertentangan bertentangan secara keseluruhannya dengan UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi. Untuk menghindari terjadinya kekosongan hukum, Mahkamah Konstitusi memberlakukan kembali UU Pengairan sebagai dasar hukum pengelolaan sumber daya air di Indonesia.

Mahkamah dalam putusannya menekankan peran negara yang harus maksimal dalam pemenuhan hak warga negara atas air. Secara konstitusional, sebagaimana juga pendapat yang berkembang secara internasional, hak atas air diakui sebagai hak asasi manusia yang tersendiri. Sebagai hak asasi manusia, maka negara memiliki kewajiban untuk memenuhi hak tersebut. Untuk itu, dalam putusannya juga Mahkamah Konstitusi menerapkan pembatasan dalam pengelolaan sumber daya air dengan titik berat pada perlindungan atas hak asasi warga negara. Meskipun demikian, peran swasta tidak ditutup dalam perusahaan air. Bahkan, pembatasan pertama dalam putusan mahkamah Konstitusi mengatur perusahaan atas air yang tidak boleh mengganggu, meniadakan atau mengesampingkan hak rakyat atas air. Aspek terakhir pun yang menjadi rambu terkait keterlibatan swasta dalam perusahaan air adalah bahwa dengan mekanisme perizinan, swasta dapat diberi kesempatan untuk mengusahakan air. Namun, pemberian izin ini merupakan hal terakhir yang dapat dilakukan setelah dapat dipastikan kebutuhan seluruh warga negara atas air telah terpenuhi. Artinya di tengah penekanan atas peran negara dalam pemenuhan hak atas air, swasta masih dimungkinkan dengan syarat dan ketentuan yang ketat.

Pada tataran praktis peran swasta dalam penguasaan air sulit untuk dikesampingkan khususnya terkait usaha Air Minum Dalam Kemasan (AMDK). Jajak pendapat yang dilakukan Harian Kompas menunjukkan bahwa lebih dari 64 persen masyarakat membeli AMDK untuk kebutuhan sehari-hari meskipun mereka juga berlangganan air dari Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM). Lebih dari 60 persen publik juga menggunakan air dari PDAM hanya untuk kebutuhan mandi dan mencuci sementara untuk kebutuhan minum dan masak, masyarakat lebih memilih menggunakan air minum dalam kemasan.⁵

Kebutuhan akan air pun beragam, selain untuk kebutuhan rumah tangga, air juga dibutuhkan untuk pertanian dan industri yang menggunakan air sebagai bahan baku atau yang terkait dengan air. Sehingga pemanfaatan air pun mencakup

⁵ Harian Kompas, "Jajak Pendapat Kompas. Momentum Negara Kembali Melayani Rakyat," *Kompas*, (9 Maret 2015), h. 5.

bukan hanya pada fungsi primernya tetapi juga pada fungsi sekundernya. Selain itu, secara substantif hak guna usaha air juga secara konsep bukan merupakan hak yang tidak diakui meskipun secara normatif ketentuan yang memayungi pemberian hak guna usaha air tersebut telah batal. Hak guna usaha air menjadi instrumen perizinan yang digunakan pemerintah untuk membatasi jumlah atau volume air yang dapat diusahakan.⁶ Berdasarkan pertimbangan demikian maka meskipun harus dilakukan berdasarkan syarat dan ketentuan yang ketat, swasta masih mungkin berperan dalam pengusahaan air.

Berbagai batasan dan pertimbangan tersebut, batalnya UU SDA dan diberlakukannya kembali UU Pengairan masih menimbulkan pertanyaan tentang bagaimana kedudukan negara dan swasta dalam pengelolaan sumber daya air. Menjadi pertanyaan apakah negara harus menguasai pengelolaan sumber daya air dan pengusahaan air dari hulu sampai hilir melalui Badan Usaha Milik Negara (BUMN) dan/atau Badan Usaha Milik Daerah. Bila demikian maka bagaimana swasta dapat berpartisipasi dalam pengusahaan sumber daya air. Pertanyaan ini juga semakin mengemuka dengan adanya putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang membatalkan kontrak pengelolaan air antara pemerintah DKI dan perusahaan swasta dalam penyediaan air.

UU Pengairan pun tidak memuat ketentuan yang memadai yang mengatur secara tegas bagaimana pemerintah dan swasta berperan dalam pengelolaan sumber daya air. Memang, berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi, semangat pengelolaan sumber daya air harus dilakukan oleh negara. Namun, bila ada porsi yang dapat dikerjakan swasta yang dapat memudahkan pekerjaan negara dan tetap menjamin terpenuhinya hak warga negara atas air maka harus ada pengaturan yang jelas tentang bagaimana swasta dapat berperan dalam pengelolaan sumber daya air.

Oleh karena itu memahami pengelolaan sumber daya air dari perspektif konstitusi berdasarkan UUD 1945 penting untuk menemukan kerangka hukum yang tepat yang secara jelas mengatur kedudukan negara dan menentukan simpul-simpul pengusahaan air yang dapat diisi swasta melalui mekanisme perizinan. Kerangka hukum yang demikian harus terwujud dengan tujuan semata-mata untuk menjamin terpenuhinya hak warga negara atas air. Dalam konteks yang lebih substantif, kerangka hukum pengaturan sumber daya air harus dapat

⁶ Lihat paragraf 3.26 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XI/2013.

memenuhi hak warga negara atas air sebagai bagian dari hak konstitusional dan hak asasi manusia yang dijamin UUD 1945.⁷ Dengan kata lain, pengaturan peran negara dan swasta dalam pengelolaan sumber daya air harus dapat dijabarkan secara tepat dalam peraturan perundang-undangan di bawah UUD 1945 untuk mewujudkan tata kelola sumber daya air yang konstitusional guna sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.⁸

Berdasarkan pertimbangan demikian maka penelitian ini, dengan merujuk pada naskah konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi, dilakukan untuk memahami perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air guna memberikan rujukan pada peran negara dan swasta dalam pengelolaan dan pengusahaan sumber daya air.

Kecenderungan dikembalikannya penguasaan air kepada negara juga terjadi di dalam negeri dengan merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi dan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Namun, putusan Mahkamah Konstitusi, yang menyatakan swasta masih dapat berperan dengan syarat yang ketat, menunjukkan bahwa swasta masih memungkinkan untuk berperan dalam pengusahaan sumber daya air. Oleh karena itu kerangka hukum yang disusun juga masih dapat mempertimbangkan kemungkinan beroperasinya swasta dalam pengusahaan air di samping penguasaan oleh negara.

Bila merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi, persoalan pengelolaan sumber daya air sebenarnya terletak pada pelaksanaan UU SDA yang tidak sesuai dengan tafsir Mahkamah Konstitusi dalam putusan sebelumnya. Pelaksanaan yang tidak sesuai ini tercermin dalam setidaknya enam Peraturan Pemerintah (PP) yang dikeluarkan untuk melaksanakan UU SDA tersebut.⁹ Dengan demikian, tafsir Mahkamah Konstitusi seharusnya menjadi pedoman dalam penyusunan setiap peraturan perundang-undangan menyangkut pengelolaan sumber daya air.

Pasca dibatalkannya UU SDA, UU Pengairan memang diberlakukan kembali namun sifatnya hanya untuk mengisi kekosongan hukum. Bila merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi, maka dibutuhkan pengaturan kembali pengelolaan sumber daya air yang mengatur secara komprehensif peran negara dan swasta dengan paradigma pengelolaan air berdasarkan prinsip-prinsip konstitusional

⁷ Hak ini memang tidak secara spesifik disebut dalam UUD 1945 namun merupakan derivasi dari hak hidup, Lihat catatan kaki no. 3.

⁸ Beberapa negara seperti Afrika Selatan, India dan Argentina mengakui hak atas air dalam konstitusinya, Erik B. Bluemel, "The Implications of Formulating a Human Right to Water", *Ecology Law Quarterly*, 2004, 31 Ecology L.Q. 957.

⁹ Setidaknya terdapat 6 Peraturan Pemerintah yang dikeluarkan sebagai pelaksanaan dari UU SDA yakni: (1). PP No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum; (2). PP No. 20 Tahun 2006 tentang Irigasi; (3).

menurut UUD 1945 dan putusan Mahkamah Konstitusi. Pengaturan ini tentu berkaitan dengan substansi undang-undang terkait misalnya undang-undang penanaman modal dan peraturan pelaksanaannya¹⁰, undang-undang di bidang pengelolaan lingkungan hidup, kehutanan, perkebunan, undang-undang mengenai industri termasuk hak-hak masyarakat hukum adat dalam pemanfaatan sumber-sumber air.

Oleh karena itu, untuk menggali berbagai kemungkinan muatan materi termasuk arsitektur peraturan perundang-undangan di bidang pengelolaan sumber daya air maka penelitian ini akan menjawab pertanyaan tentang bagaimana perspektif konstitusi dalam pengelolaan sumber daya air serta bagaimana kedudukan negara termasuk tanggung jawab negara dalam melakukan pengelolaan sumber daya air. Selain kedudukan negara, penelitian ini juga akan menjawab mengenai kedudukan swasta dalam hal perusahaan sumber daya air. Pembahasan mengenai kedua pertanyaan ini dilakukan untuk menemukan kerangka hukum yang tepat dalam mengatur pengelolaan sumber daya air khususnya terkait kedudukan atau tanggung jawab negara serta kerangka pengaturan tentang posisi swasta dalam melakukan perusahaan air.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah sebagaimana yang telah diuraikan, penelitian ini akan mengkaji dan menjawab dua permasalahan khususnya dari perspektif konstitusi sebagai berikut:

1. Bagaimanakah perspektif konstitusi dalam pengelolaan sumber daya air?
2. Bagaimanakah kedudukan negara dan swasta dalam pengelolaan sumber daya air?

C. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan konsep (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan mengkaji peraturan perundang-undangan di bidang sumber daya air khususnya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan untuk melihat substansi pengaturan sumber

¹⁰ Salah satu peraturan pelaksanaan undang-undang Penanaman Modal adalah Peraturan Presiden Nomor 39 Tahun 2014 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal di mana pada Lampiran I dinyatakan Pengusahaan Air Minum termasuk dalam bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan di bidang penanaman modal di mana swasta dapat menanamkan modal maksimal 95%.

daya air dalam undang-undang tersebut. Peraturan perundang-undangan terkait juga akan dikaji seperti undang-undang di bidang penanaman modal, kehutanan, pengelolaan lingkungan hidup. Materi muatan peraturan perundang-undangan ini akan dikaitkan dan dibandingkan dengan tafsir Mahkamah Konstitusi dengan menelaah putusan-putusan (*case approach*) Mahkamah Konstitusi dalam pengujian UU SDA. Pendekatan konsep dilakukan dengan menganalisa berbagai pandangan dan doktrin-doktrin hukum yang terakit dengan gagasan pengaturan pengelolaan sumber daya air yang berkembang utamanya secara global, konsep penguasaan negara, serta konsep pemenuhan hak atas air sebagai hak asasi manusia. Pandangan secara global ini penting untuk dipahami dengan asumsi bahwa pandangan-pandangan tersebut berpengaruh pada pengaturan dalam negeri.

PEMBAHASAN

1. Perspektif Konstitusional Pengelolaan Sumber Daya Air

Perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air dapat ditemukan dalam dua sumber yakni naskah konstitusi itu sendiri dan putusan Mahkamah Konstitusi. Dalam UUD 1945, air disebut secara eksplisit dalam ketentuan Pasal 33 ayat (2). Merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan No. 008/PUU-III/2005 serta Putusan No. 85/PUU-XI/2013 maka setidaknya ada empat pertimbangan yang mendasari bangunan perspektif konstitusional yang dihadirkan Mahkamah Konstitusi dalam pengelolaan sumber daya air yakni: (1) relasi antara negara, rakyat dan air; (2) Jaminan hak asasi atas air dalam UU SDA; (3) Penguasaan air oleh negara; dan (4) Pembatasan dalam perusahaan air.

Pertimbangan pertama mengenai relasi antara negara, rakyat dan air menekankan pada keharusan adanya campur tangan negara dalam pengaturan air berdasarkan dua pertimbangan. *Pertama*, pertimbangan mengenai kewajiban negara untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak asasi akses terhadap air. Terkait hal tersebut, Mahkamah Konstitusi menyatakan dalam putusannya bahwa:¹¹

“Menimbang bahwa pengakuan akses terhadap air sebagai hak asasi manusia mengindikasikan dua hal; di satu pihak adalah pengakuan terhadap kenyataan bahwa air merupakan kebutuhan yang demikian

¹¹ Lihat Romawi II huruf A mengenai Negara, Rakyat dan Air, Putusan Mahkamah Konstitusi No. No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan No. 008/PUU-III/2005.

penting bagi hidup manusia, di pihak lain perlunya perlindungan kepada setiap orang atas akses untuk mendapatkan air. Demi perlindungan tersebut perlu didepositifkan hak atas air menjadi hak yang tertinggi dalam bidang hukum yaitu hak asasi manusia. Permasalahan yang timbul kemudian adalah bagaimana posisi negara dalam hubungannya dengan air sebagai benda publik atau benda sosial yang bahkan telah diakui sebagai bagian dari hak asasi manusia. Sebagaimana hak-hak asasi manusia lainnya posisi negara dalam hubungannya dengan air sebagai benda publik atau benda sosial yang bahkan telah diakui sebagai bagian dari hak asasi manusia. Sebagaimana hak-hak asasi manusia lainnya posisi negara dalam hubungannya dengan kewajibannya yang ditimbulkan oleh hak asasi manusia, negara harus menghormati (to respect), melindungi (to protect), dan memenuhinya (to fulfill).”

Kewajiban negara yang demikian tidak hanya dilakukan untuk memenuhi kebutuhan sekarang tetapi juga harus berkesinambungan untuk masa depan sebab terkait erat dengan eksistensi manusia. *Kedua*, pertimbangan mengenai karakter/sifat air yang khusus di mana kebutuhan manusia akan air tidak bergantung pada tempat tinggalnya. Terkait karakter/sifat air yang khusus, Mahkamah Konstitusi dalam putusannya menerangkan bahwa:¹²

“Sifat air berbeda dengan sumber daya alam udara yang relatif secara bebas dapat diperoleh di mana saja. Kondisi alam menyebabkan ketersediaan air tidak selalu terdistribusi sejalan dengan penyebaran manusia yang memerlukan air bagi kehidupannya. Pada hal, kebutuhan manusia akan air bagi kehidupannya tidak tergantung oleh tempat tinggalnya. Artinya, ada atau tidak tersedianya air di satu tempat tidak akan mengurangi kebutuhan manusia akan air.”

Pertimbangan kedua yang berkenaan dengan jaminan hak asasi atas air mewajibkan bahwa dalam undang-undang mengenai sumber daya air harus ada jaminan oleh negara akan hak setiap orang untuk mendapatkan air bagi kehidupan pokok minimal sehari-hari guna memenuhi kebutuhan hidup layak. Jaminan seperti ini sebenarnya terdapat dalam UU 7/2004 yang telah dibatalkan Mahkamah Konstitusi sebagaimana disebutkan dalam Pasal 5 yang berbunyi, *“Negara menjamin hak setiap orang untuk mendapatkan air bagi kebutuhan pokok minimal sehari-hari guna memenuhi kehidupan yang sehat, bersih dan produktif.”* Namun, Mahkamah Konstitusi menegaskan dalam putusannya bahwa jaminan negara ini harus dijabarkan secara lebih rinci dalam bentuk tanggung jawab

¹² *Ibid.*

Pemerintah dan Pemerintah Provinsi serta pemerintah Kabupaten/Kota dengan tetap mendasarkan pada penghormatan, perlindungan dan pemenuhan hak asasi atas air. Meskipun UU 7/2004 telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi namun substansi pengaturan sebagaimana ketentuan Pasal 5 UU tersebut yang diikuti dengan penjabaran tanggung jawab pemerintah baik pusat maupun daerah menjadi aspek penting yang seharusnya diatur dalam undang-undang mengenai sumber daya air yang akan dibentuk kemudian. Hal ini mengingat UU 11/1974 tidak memuat substansi pengaturan yang demikian. Tidak pula terdapat penjabaran yang rinci mengenai tanggung jawab pemerintah pusat dan daerah.

Pertimbangan ketiga tentang penguasaan oleh negara menegaskan bahwa karena air adalah *res commune* maka pengaturan air harus tunduk pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Konsep penguasaan ini secara umum merujuk pada tafsir atas frasa “dikuasai oleh negara” dalam Pasal 33 UUD 1945 yang telah menjadi konsep dasar hak menguasai negara atas sumber daya alam termasuk namun tidak terbatas pada sumber daya air yang meliputi kegiatan merumuskan kebijakan (*beleid*), melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), melakukan pengaturan (*regelendaad*), melakukan pengelolaan (*beheersdaad*), dan melakukan pengawasan (*toezichthoudensdaad*). Berdasarkan konsep demikian maka penggunaan air selain untuk pemenuhan kebutuhan pokok minimal harus dilakukan berdasarkan izin yang diberikan oleh pemerintah.

Pertimbangan keempat adalah mengenai pembatasan dalam perusahaan air. Pembatasan ini pada dasarnya terkait erat dengan ketiga perspektif sebelumnya. Pembatasan-pembatasan tersebut diterapkan agar hak asasi atas air terpenuhi dan bahwa pemerintah bisa menjalankan kewajibannya untuk melindungi, memajukan, menegakkan dan memenuhi hak asasi tersebut yang juga sangat terkait dengan hak asasi lainnya yakni hak atas lingkungan hidup yang sehat serta penguasaan negara atas sumber daya air baik sebagai kekayaan alam maupun sebagai cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Peran BUMN atau BUMD yang juga termasuk dalam pembatasan yang diputuskan Mahkamah Konstitusi menegaskan kehadiran negara dan membatasi peran swasta dalam pengelolaan sumber daya air. Bahkan, dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa swasta dapat diberi izin untuk mengushakan air setelah hak warga negara atas air telah terpenuhi semua dan masih ada ketersediaan air untuk diusahakan. Mekanisme perizinan dalam perusahaan air menjadi instrumen kontrol agar negara tidak kehilangan kendali atas pengelolaan sumber daya air.

Dari kesemua perspektif tersebut, penekanannya adalah bahwa air harus dikuasai oleh negara untuk dipergunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Oleh karena itu, penguasaan atas air oleh negara dilakukan dengan maksud semata-mata agar air dipergunakan untuk kemakmuran rakyat. Bila merujuk pada *public trust doctrine* maka dalam hal ini penguasaan oleh negara atas air tersebut mengandung pengertian bahwa penguasaan tersebut merupakan amanah yang dipercayakan rakyat kepada negara yang berarti menempatkan rakyat sebagai pemberi amanah dan negara sebagai penerima amanah.

Penguasaan ini pun harus dilakukan dengan merujuk pada konstitusi atau putusan Mahkamah Konstitusi sebagai landasan konstitusionalnya. Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi, ada lima mandat yang diberikan rakyat kepada negara untuk melaksanakan penguasaan tersebut yakni mandat untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*) yang dijabarkan ke dalam kewenangan untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*) dan konsesi (*concessie*). Mandat untuk melakukan fungsi pengaturan (*regelendaad*) yang diwujudkan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan pemerintah dan kewenangan regulasi oleh pemerintah. Mandat untuk melakukan fungsi pengurusan (*beheersdaad*) melalui mekanisme kepemilikan saham (*share-holding*) atau keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau Badan Hukum Milik Negara (BHMN). Mandat pengawasan (*toezichthoudensdaad*) dilakukan oleh negara khususnya oleh pemerintah dalam rangka mengawasi dan mengendalikan agar penguasaan oleh Negara tersebut dilakukan benar-benar untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.¹³

Konsep penguasaan oleh Negara tersebut dipertajam lagi oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan No. 63/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi. Dalam putusan ini Mahkamah Konstitusi membagi penguasaan Negara dalam tiga tingkatan. Tingkat *pertama* adalah pengelolaan secara langsung oleh negara, yang *kedua* adalah dengan membuat kebijakan dan pengurusan dan *ketiga* adalah melalui fungsi pengaturan dan pengawasan.¹⁴

¹³ Lihat pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan perkara No. 001-021-022/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan. Tafsir atas frasa "dikuasai oleh negara" tersebut diikuti dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi berikutnya yakni putusan No. 002/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, dan putusan No. 36/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

¹⁴ Lihat paragraf 3.12 putusan Mahkamah Konstitusi No. 36/PUU-X/2012.

Pengelolaan secara langsung oleh negara merupakan penguasaan yang paling utama dan ini dilakukan dengan mendayagunakan BUMN. Dengan kata lain, konstitusi, berdasarkan tafsir Mahkamah Konstitusi dalam putusannya, menempatkan BUMN dalam garda terdepan penguasaan oleh negara dengan melakukan pengelolaan langsung atas bumi dan air untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Konsep penguasaan oleh negara ini juga menjadi paradigma yang digunakan dalam memutus pengelolaan sumber daya air.

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi, secara konstitusional air telah diakui sebagai hak asasi manusia. Dengan demikian, adalah menjadi kewajiban negara untuk menjamin terpenuhinya hak tersebut dengan paradigma bahwa negara harus menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhinya (*to fulfil*).¹⁵ Bila merujuk pada ketentuan Pasal 28I ayat (4) UUD 1945, negara utamanya pemerintah bertanggung jawab atas perlindungan (*protection*), pemajuan (*promotion*), penegakan (*enforcement*), dan pemenuhan (*fulfillment*) hak asasi manusia.

Paradigma bahwa hak atas air merupakan hak asasi manusia, berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi, harus dituangkan dalam norma undang-undang secara tegas. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan (UU Pengairan), yang diberlakukan setelah dibatalkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air tidak menyebut secara eksplisit hak atas air sebagai hak asasi manusia. Hak yang disebut dalam undang-undang tersebut adalah hak masyarakat hukum adat yang harus dihormati terkait dengan pelaksanaan wewenang pemerintah atas dasar hak menguasai oleh negara dalam pengelolaan dan pemanfaatan air.¹⁶

Dari perspektif UUD 1945 ada dua ketentuan yang menjadi dasar pengaturan tentang air. *Pertama*, ketentuan Pasal 33 ayat (3) yang menjadi landasan konstitusional pengaturan air; *kedua*, Pasal 28H yang memberikan dasar bagi diakuinya hak atas air sebagai bagian dari hak atas hidup sejahtera lahir dan batin yang merupakan substansi dari hak asasi manusia. Bila merujuk pada Pasal 33 ayat (3), substansi ketentuan tersebut adalah bahwa air berada dalam penguasaan negara. Sedangkan, dengan mendasarkan pada ketentuan Pasal 28H

¹⁵ Lihat putusan Mahkamah Konstitusi No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 008/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, h. 487.

¹⁶ Lihat Pasal 3 ayat (3) UU Pengairan.

maka diperoleh perspektif bahwa hak atas air merupakan substansi dari hak asasi manusia. Oleh, karena itu perspektif penguasaan oleh negara dan perspektif hak asasi manusia merupakan perspektif konstitusional mengenai air termasuk pengaturan sumber daya air.¹⁷

Perspektif hak asasi manusia dalam pengelolaan sumber daya air dengan kewajiban-kewajiban ikutan yang ditimbulkannya yang harus dilakukan oleh negara tidak mengesampingkan pemanfaatan sumber daya air untuk memenuhi keperluan sekunder. Mahkamah Konstitusi seara tegas menyatakan dalam putusannya bahwa undang-undang yang mengatur pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya air harus mengatur dua hal yakni pemanfaatan air untuk memenuhi kebutuhan akan air sebagai hak asasi manusia dan pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya air untuk memenuhi keperluan sekunder.

Keluarnya putusan MK No. 85/PUU-XI/2013 membatalkan UU 7/2004 dan memberlakukan kembali UU 11/74. Pembatalan UU 7/2004 didasarkan pada pertimbangan bahwa peraturan pelaksanaan UU tersebut bertentangan dengan tafsir MK dalam putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan putusan No. 80/PUU-III/2005. Secara khusus MK memberikan rambu-rambu konstitusional berupa pembatasan dalam pengusahaan air sebagai berikut:

1. Setiap pengusahaan atas air tidak boleh mengganggu, mengesampingkan, apalagi meniadakan hak rakyat atas air;
2. Negara harus memenuhi hak rakyat atas air;
3. Harus mengingat kelestarian lingkungan hidup sebagai salah satu hak asasi manusia;
4. Pengawasan dan pengendalian oleh negara atas air sifatnya mutlak;
5. Prioritas utama yang diberikan pengusahaan atas air adalah BUMN atau BUMD.

Setelah semua syarat tersebut terpenuhi dan masih ada ketersediaan air, pemerintah masih dimungkinkan untuk memberikan izin kepada usaha swasta dengan syarat tertentu dan ketat.

Berdasarkan putusan-putusan tersebut maka konsep dasar pengelolaan air secara konstitusional adalah bahwa pengaturan hak atas air sebagai hak asasi manusia harus dinormakan secara positif. Selain itu, peraturan perundang-

¹⁷ Lihat juga Helmi Kasim, Penegasan Peran Negara dalam Pemenuhan Hak Warga Negara Atas Air, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, Juni 2015, h. 363.

undangan yang mengatur air juga harus menormakan secara positif peran BUMN dan BUMD sebagai pelaku utama dalam pengelolaan sumber daya air. Meskipun demikian, harus juga diatur bahwa BUMN dan BUMD dapat menggandeng pihak swasta dalam pengelolaan sumber daya air sebab putusan Mahkamah Konstitusi tidak sama sekali menutup peran swasta.

Bila melihat ketentuan UU 11/1974, penguasaan negara atas air telah pula ditegaskan dalam ketentuan Pasal 3 yang menyatakan sebagai berikut:

1. Air beserta sumber-sumbernya, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya seperti dimaksud dalam Pasal 1 angka 3, 4 dan 5 Undang-Undang ini dikuasai oleh negara.
2. Hak menguasai oleh Negara tersebut dalam ayat (1) pasal ini memberi wewenang kepada Pemerintah untuk:
 - a. Mengelola serta mengembangkan kemanfaatan air dan atau sumber-sumber air;
 - b. Menyusun, mengesahkan, dan atau memberi izin berdasarkan perencanaan dan perencanaan teknis tata pengaturan air dan tata pengairan;
 - c. Mengatur, mengesahkan, dan atau memberi izin peruntukkan, penggunaan, penyediaan air, dan atau sumber-sumber air;
 - d. Mengatur, mengesahkan dan atau memberi izin perusahaan air, dan atau sumber-sumber air;
 - e. Menentukan dan mengatur perbuatan-perbuatan hukum dan hubungan-hubungan hukum antara orang dan atau badan hukum dalam persoalan air dan atau sumber-sumber air;
3. Pelaksanaan atas ketentuan ayat (2) pasal ini tetap menghormati hak yang dimiliki oleh masyarakat adat setempat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan Nasional.”

Substansi penguasaan negara pada dasarnya sudah termuat dalam ketentuan ini sebagaimana yang disebutkan dalam ayat (1). Namun yang perlu diperhatikan adalah pemberian izin dan atau penentuan hubungan-hubungan hukum dalam pemanfaatan sumber-sumber air yang rentan beralih dari penguasaan negara, dalam hal ini pemerintah, kepada pihak lain di luar negara dan pemerintah. Hal ini mungkin saja terjadi bila merujuk pada ketentuan pasal 2 huruf c, huruf d dan huruf e yang dapat dimaknai bahwa pemberian izin utamanya untuk perusahaan

dapat mencakup sumber-sumber air. Kemungkinan ini menjadi lebih terbuka bila memperhatikan ketentuan Pasal 4 yang berbunyi:

“Wewenang Pemerintah sebagaimana tersebut dalam Pasal 3 Undang-undang ini, dapat dilimpahkan kepada instansi-instansi pemerintah, baik Pusat maupun Daerah dan atau badan-badan hukum tertentu yang syarat-syarat dan cara-caranya diatur dengan Peraturan Pemerintah.”

Berdasarkan ketentuan pasal ini, pelimpahan wewenang dalam hal pengelolaan sumber daya air dimungkinkan termasuk kepada badan hukum. Ketentuan ini tidak membatasi apakah yang dimaksud adalah badan hukum publik saja sehingga terbuka kemungkinan bagi badan hukum privat atau swasta untuk terlibat di dalamnya.

Bila merujuk pada pembatasan yang telah ditegaskan dalam putusan Mahkamah Konstitusi, perusahaan atau pengelolaan atas sumber air seharusnya tidak diserahkan kepada swasta sebab hal ini akan mereduksi kekuasaan negara untuk mengendalikan pengelolaan sumber air. Sumber air seharusnya tetap dalam perusahaan pemerintah sebab dengan demikian pemerintah dapat menentukan alokasi kuota air yang dapat diserahkan pengusahaannya kepada swasta.

Meskipun demikian, kontrol sebenarnya dapat dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya mengeluarkan peraturan pemerintah untuk melaksanakan undang-undang ini. Peraturan pemerintah yang dikeluarkan sudah harus merujuk pada prinsip-prinsip konstitusi dalam pengelolaan sumber daya air sebagaimana putusan Mahkamah Konstitusi yang juga telah diuraikan dalam bab ini.

Prinsip-prinsip konstitusional pengelolaan sumber daya air tersebut sejalan dengan perkembangan pengaturan tentang air secara global. Meskipun, paradigma demikian berbeda dengan pandangan Bank Dunia yang memosisikan air sebagai benda ekonomi dan bahkan cenderung menempatkan air sebagai benda yang dapat diperdagangkan dengan mengikuti mekanisme pasar.

2. Peran Negara dan Swasta dalam Pengelolaan Sumber Daya Air

Negara dan swasta merupakan dua entitas yang tidak bisa dilepaskan dalam hal pengelolaan sumber daya air. Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi, penguasaan atas air dan pengelolaannya sepenuhnya diserahkan kepada negara. Pemenuhan kebutuhan akan air merupakan tanggung jawab negara. Negara memiliki kewajiban fundamental untuk memastikan bahwa kebutuhan dasar

demikian terpenuhi dengan baik. Kegagalan memenuhi kebutuhan dasar ini atau setidaknya menyediakan akses untuk terpenuhinya kebutuhan tersebut dapat menempatkan negara pada posisi tidak bertanggungjawab (*irresponsible*).¹⁸ Penguasaan dan pengelolaan ini berkaitan dengan fungsi negara yang berdasarkan *public trust doctrine* sebagai pengembalian amanat dari rakyat atas pengelolaan air sebagai benda publik (*res commune*).

Peran negara dalam pengelolaan sumber daya air ini sangat erat kaitannya dengan kewajiban negara untuk memenuhi hak atas air sebagai hak asasi manusia. Selain UUD 1945 yang telah menegaskan kewajiban negara untuk menghargai, melindungi, memajukan dan memenuhi hak asasi manusia. Kewajiban negara dalam hal pemenuhan hak atas air juga telah dituangkan dalam *General Comment 15* yang merupakan penjelasan atas Pasal 11 dan 12 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya yang juga telah diratifikasi Indonesia.

Kewajiban inti yang demikian, tidak bisa diserahkan kepada swasta untuk memenuhinya sebab pada dasarnya negara yang memiliki kewajiban untuk memenuhi hak asasi manusia. Secara umum negara memiliki tiga jenis kewajiban terkait hak asasi manusia yakni kewajiban negatif untuk menghargai hak asasi manusia, kewajiban positif untuk melindungi hak asasi manusia dalam arti untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi oleh pihak ketiga dan kewajiban untuk memenuhi hak asasi manusia.¹⁹

Meskipun negara berperan mutlak dalam pengelolaan sumber daya air, peran swasta juga tidak dinafikan. Salah satu alasan mendasar pelibatan swasta dalam pengelolaan air adalah faktor dana.²⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XI/2013 secara substantif menentukan rambu-rambu perusahaan air berupa pembatasan-pembatasan yang harus diperhatikan ketika air ditempatkan sebagai benda ekonomi dan dikenai harga secara ekonomi. Dalam putusan ini, semua bentuk pengelolaan air diarahkan pada terpenuhinya hak warga negara atas air sebab air telah ditentukan sebagai hak asasi manusia.

Pengusahaan air sangat erat kaitannya dengan peran badan usaha. Namun kedudukan air sebagai hak asasi manusia membatasi peran badan usaha dalam mengelola air sebagai objek usaha. Ukuran terpenting dalam pelibatan badan usaha dalam pengelolaan sumber daya air adalah setelah semua kebutuhan warga negara akan air telah terpenuhi.

¹⁸ Peter H. Gleick *et. al.*, *The New Economy of...*, *loc.cit.*

¹⁹ Mellina Williams, *loc. cit.*

²⁰ Sarah Hendry, *Framework for ...*, *op.cit.*, h. 77.

Berdasarkan kedudukan air sebagai hak asasi manusia, maka negara utamanya pemerintah bertanggung jawab untuk melindungi, memajukan, menegakkan dan memenuhinya. Meskipun demikian, untuk pemanfaatan air dalam fungsi sekundernya, keterlibatan swasta menjadi penting sebab pada tataran tertentu, air pun dapat dikenai harga secara ekonomi.

Oleh karena itu hal terpenting untuk diatur adalah pengukuran kebutuhan warga negara akan air untuk memenuhi kebutuhan hidup layak. Penentuan kuota air yang dibutuhkan untuk memenuhi kebutuhan hidup layak seluruh warga negara akan bermanfaat untuk menentukan batas kewajiban minimal negara untuk memenuhi kebutuhan warga negara akan air serta untuk menentukan pada level mana swasta dapat diberi izin untuk mengusahakan air. Bila kebutuhan layak akan air yang menjadi kewajiban negara telah terpenuhi, maka kelebihan air tersebutlah yang dapat diusahakan dan dikenai harga secara ekonomi.

Untuk itu, negara harus menguasai pengelolaan sumber daya air dari hulu sampai hilir mulai dari penguasaan atas sumber-sumber air sampai dengan penyaluran air kepada warga negara dengan membangun saluran distribusi. Bila negara hanya menguasai sumber air namun pembangunan dan pengelolaan saluran distribusi air diserahkan kepada swasta, maka warga negara tetap akan membayar biaya jasa pengelolaan air yang berarti juga harus menanggung komponen ongkos produksi dan keuntungan yang harus diperoleh swasta sehingga akan berpengaruh terhadap harga air. Oleh karena itu, sumber air dan saluran distribusi air harus dikuasai oleh negara.

Sebagai sebuah cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, negara juga memperoleh mandat konstitusional untuk menguasai air dengan tujuan untuk memenuhi kepentingan masyarakat. Mahkamah Konstitusi telah menegaskan tujuan dari misi penguasaan oleh negara tersebut dalam putusannya. Dalam putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa:²¹

“Misi yang terkandung dalam penguasaan negara tersebut dimaksudkan bahwa negara harus menjadikan penguasaan terhadap cabang produksi yang dikuasainya itu untuk memenuhi tiga hal yang menjadi kepentingan masyarakat yaitu: (1) ketersediaan yang cukup, (2) distribusi yang merata, dan (3) terjangkaunya harga bagi banyak orang.”

²¹ Mahkamah Konstitusi, *Putusan Mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan*, Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003.

Upaya untuk memenuhi misi semacam ini tentu tidak bisa diserahkan kepada swasta.

Dengan demikian, dalam mengatur kedudukan negara dan swasta dalam pengelolaan sumber air harus dibuat pemisahan yang jelas dan rinci tentang fungsi primer dan fungsi daya sekunder air. Pengaturan pemanfaatan air dalam kedua fungsi ini harus memperhatikan prinsip-prinsip konstitusi sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya. Fungsi primer air tentu terkait dengan hak atas akses terhadap air untuk memenuhi kebutuhan hidup layak serta kewajiban negara untuk memenuhinya. Sedangkan fungsi sekunder air terkait dengan pemanfaatan air untuk industri yang berkaitan erat dengan kewenangan pemerintah dalam hal perizinan.

Mengingat kedudukan air sebagai hak yang sangat fundamental dan dengan merujuk pada mutlaknya campur tangan negara untuk memastikan jaminan atas terpenuhinya hak atas air sebagaimana telah ditegaskan dalam putusan Mahkamah Konstitusi, maka terdapat cukup rujukan konstitusional bahkan terdapat legitimasi konstitusional yang kuat bagi negara untuk melakukan monopoli atas air sebagaimana monopoli negara atas listrik. Monopoli atas listrik merupakan bentuk monopoli yang memiliki landasan konstitusional sebab ditegaskan dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Model monopoli Perusahaan Listrik Negara (“PLN”) dapat menjadi salah satu rujukan dalam mengelola sumber daya air. Tentang monopoli listrik ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan dalam putusannya:²²

“Menimbang bahwa Mahkamah juga berpendapat bahwa pembuat undang-undang juga menilai bahwa tenaga listrik hingga saat ini masih merupakan cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, sehingga oleh karenanya menurut Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 harus tetap dikuasai oleh negara melalui perusahaan negara yang didanai oleh pemerintah (negara) atau dengan kemitraan bersama swasta nasional atau asing yang menyertakan dana pinjaman dari dalam dan luar negeri atau dengan melibatkan modal swasta nasional/asing dengan system kemitraan yang baik dan saling menguntungkan. Hal ini berarti bahwa hanya BUMN yang boleh mengelola usaha tenaga listrik, sedangkan perusahaanswasta nasional atau asing hanya ikut serta apabila diajak kerjasama oleh BUMN, baik dengan kemitraan, penyertaan saham, pinjaman modal dan lain-lain. Persoalannya adalah apakah yang dimaksud dengan perusahaan negara

²² Mahkamah Konstitusi, *Putusan Mengenai Pengujian Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 tentang.... loc.cit.*

pengelola tenaga listrik hanya BUMN, dalam hal ini PLN, ataukah bias dibagi dengan perusahaan negara yang lain, bahkan dengan perusahaan daerah (BUMD) sesuai dengan semangat otonomi daerah? Mahkamah berpendapat, jika PLN memang masih mampu dan bisa lebih efisien, tidak ada salahnya jika tugas itu tetap diberikan kepada PLN, tetapi jika tidak, dapat juga berbagi tugas dengan BUMN lainnya atau BUMD dengan PLN sebagai “holding company”.

Monopoli ini dapat dilakukan dengan membentuk semacam “perusahaan air negara” sebagai badan usaha milik negara yang akan mengelola sumber daya air secara nasional yang juga akan bekerjasama dengan BUMD.

Dengan model dan semangat penguasaan demikian, khususnya atas sumber air, maka peraturan perundang-undangan yang lain misalnya undang-undang yang mengatur kehutanan, undang-undang yang mengatur lingkungan hidup juga harus memiliki semangat yang sama dalam hal pengaturan yang berhubungan dengan air. Dalam hal pemanfaatan hutan dan pemanfaatan kawasan hutan misalnya harus ada penegasan bahwa apabila dalam kawasan hutan tersebut terdapat sumber air, maka, sumber air tersebut tidak termasuk dalam cakupan izin pemanfaatan hutan atau kawasan hutan sebab sumber air yang terdapat dalam kawasan hutan tersebut harus tetap berada dalam penguasaan negara dan dikelola langsung oleh negara, bukan oleh pemegang izin pemanfaatan hutan atau kawasan hutan.

Demikian pula dalam pengusahaan air, terdapat penyesuaian yang harus dilakukan. Peraturan presiden Nomor 39 Tahun 2014 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Perpres 39/2014), pada Lampiran I dinyatakan bahwa Pengusahaan Air Minum termasuk dalam bidang usaha yang terbuka di bidang penanaman modal di mana swasta dapat menanamkan modal maksimal 95%.²³ Porsi swasta yang sangat besar sebagaimana diatur dalam perpres ini tentu sudah tidak sejalan dengan perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air yang telah ditegaskan dalam putusan mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu perlu dilakukan penyesuaian pengaturan agar negara tetap memegang kendali dalam pengelolaan air termasuk pengusahaannya.

Monopoli bisa menjadi sebuah kontroversi ketika kecenderungan global berada di tengah arus liberalisasi di mana mekanisme pasar menjadi instrumen untuk mengelola setiap aspek sumber daya. Liberalisme ekonomi yang merupakan bagian

²³ Lihat lampiran I Peraturan Presiden Nomor 39 Tahun 2014 tentang Daftar Bidang Usaha Yang Tertutup dan Bidang Usaha Yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal.

dari liberalisme klasik mendukung pasar bebas dan kepemilikan privat sebagai alat produksi.²⁴ Inti gagasan liberalisme ekonomi sebagaimana yang dikembangkan oleh Adam Smith adalah campur tangan pemerintah yang sedikit dalam ekonomi pasar.²⁵ Apabila diperhadapkan dengan monopoli dalam pengelolaan sumber daya air, pertentangan dengan kecenderungan paham liberalisme yang mengusung pasar bebas bisa saja memunculkan pertentangan. Namun, dalam posisi air sebagai benda publik, campur tangan pemerintah menjadi sebuah keniscayaan dan dalam konteks Indonesia, campur tangan pemerintah ini telah menjadi cara pandang konstitusional. Lagipula, sebagaimana yang telah dijelaskan dalam bab-bab awal, privatisasi air banyak menemui kegagalan dan akhirnya, pengelolaannya diserahkan kembali kepada negara.

Bila dipandang dengan menggunakan kacamata teori negara kesejahteraan (*welfare state*), maka campur tangan negara yang bebas dalam pengelolaan sumber daya air justru merupakan sesuatu yang penting untuk dilakukan. Tanggung jawab negara yang besar dalam melindungi dan memajukan kesejahteraan ekonomi dan sosial warga negara merupakan aspek penting dalam negara kesejahteraan.

Di dalam negara kesejahteraan, negara atau pemerintah memiliki banyak pilihan yang dapat dilakukan yang tidak dapat dilakukan oleh institusi lain. Dalam hal ini negara dapat menentukan aturan (*state establish rules*) sebagai bagian dari sistem hukum yang menjadi dasar pemebrian pelayanan, pemerintah memberikan subsidi dan pelayanan (*government subsidize and provide*). Pemerintah juga dapat melakukan tindakan paksa (*government coerce*) yang dapat dilakukan dalam bentuk penyusunan aturan yang mengandung perintah dan larangan.²⁶

Mengacu pada konstitusi Indonesia, menurut Bagir Manan,²⁷ dari sudut pandang sosial ekonomi, UUD 1945 disusun atas dasar paham negara kesejahteraan (*welfare state, verzorgingstaat*) sebagaimana yang tergambar dalam ketentuan pasal 28H (hak hidup sejahtera), Pasal 31 (hak atas pendidikan), Pasal 34 (perekonomian), dan Pasal 34 (pemeliharaan fakir miskin dan anak-anak terlantar, sistem jaminan sosial, pelayanan kesehatan, dan lain-lain). Paham negara kesejahteraan untuk mencapai kemakmuran rakyat (*materiele rechstaat/social service state*) juga tergambar dalam alinea keempat pembukaan UUD 1945 yang menyatakan "... dan untuk memajukan kesejahteraan umum...".

²⁴ "Economic Liberalism", http://www.princeton.edu/~achaney/tm-ve/wiki/100k/docs/Economic_liberalism.html, diunduh 30 November 2015.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Paul Spicker, *The Welfare State. A General Theory*, London, Thousand Oaks, Nw Delhi: SAGE Publications, 2000, h. 136-138.

²⁷ Bagir Manan dan Susi Dwi Harijanti, *Memahami Konstitusi: Makna dan Aktualisasi*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2014, h. 122.

Dengan perspektif bahwa hak atas air sebagai derivasi dari hak hidup, maka campur tangan negara, bahkan dalam bentuk monopoli pun, merupakan sebuah keniscayaan yang telah menjadi mandat konstitusional dan mendapatkan pembenaran teoretis dan dalam empiris dengan mengacu pada kegagalan privatisasi air.

KESIMPULAN

Perspektif konstitusional atas sumber daya air dapat ditemukan dalam dua sumber yakni UUD 1945 dan putusan Mahkamah Konstitusi. Ada dua rujukan pengelolaan sumber daya air menurut UUD 1945 yakni Pasal 33 ayat (3) dan Pasal 28H yang memberikan dasar pengelolaan air sebagai hak asasi manusia. Dengan demikian maka setidaknya terdapat dua perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air yakni persepektif penguasaan oleh negara berdasarkan Pasal 33 ayat (3) dan perspektif hak asasi manusia menurut Pasal 28H UUD 1945.

Atas dasar perspektif ini, maka kedudukan negara dalam pengelolaan sumber daya air mewajibkan negara untuk memenuhi hak warga negara dalam rangka pemenuhan kebutuhan hidup layak sesuai dengan fungsi primer air. Untuk itu negara harus menguasai air mulai dari hulu sampai hilir. Artinya, negara harus menguasai sumber air dan harus pula menyediakan dan mengelola saluran distribusi air untuk memenuhi kebutuhan tersebut. Sementara itu, swasta diberi kesempatan untuk mengusahakan air untuk kebutuhan industri sesuai dengan fungsi sekunder air melalui mekanisme perizinan oleh pemerintah. Swasta tidak boleh diberi izin untuk menguasai sumber air. Bahkan penyediaan saluran distribusi pun untuk memenuhi kebutuhan industri harus dilakukan oleh pemerintah.

Berdasarkan kesimpulan tersebut di atas, penelitian ini memberikan saran sebagai berikut; UU Pengairan belum sepenuhnya dapat memenuhi perspektif konstitusional pengelolaan sumber daya air khususnya dalam hal penguasaan air oleh negara maupun perusahaan air. Oleh karena itu perlu segera disusun UU SDA yang baru dengan memasukkan perinsip-prinsip konstitusional pengelolaan sumber daya air sebagaimana telah dijabarkan dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Status air sebagai hak asasi manusia harus dipositifkan secara eksplisit dalam ketentuan undang-undang. Dengan dasar penguasaan mutlak

oleh negara, negara dapat mempertimbangkan untuk melakukan monopoli atas air sebagaimana monopoli negara atas listrik. Meskipun demikian, persoalan pengelolaan sumber daya air, sebelum terbentuknya undang-undang yang baru, bisa dilakukan dengan mengeluarkan peraturan pemerintah yang merupakan pelaksanaan dari UU Pengairan.

Dalam pengaturan UU SDA air harus dijelaskan secara tegas perbedaan antara fungsi primer dan fungsi sekunder air. Di dalamnya juga harus diatur secara tegas bahwa negara bertanggungjawab untuk memenuhi kebutuhan akan air berdasarkan fungsi primernya sedangkan swasta dengan mekanisme perizinan dapat mengusahakan air untuk fungsi sekundernya. Sebelum terbentuknya UU SDA yang baru, pelaksanaan prinsip-prinsip ini dapat dituangkan dalam pertauran pelaksanaan UU Pengairan. Bentuk pengaturan yang demikian memungkinkan dilakukan sebab ketentuan Pasal 4 tentang wewenang pemerintah dan Pasal 11 mengenai pengusahaan air mengamanatkan pembentukan peraturan pemerintah untuk melakukan pengaturan lebih lanjut atas kedua aspek tersebut. Materi muatan peraturan pemerintah ini harus mengadopsi secara sungguh-sungguh prinsip-prinsip konstitusional pengelolaan sumber daya air sebagaimana telah dituangkan dalam putusan Mahkamah Konstitusi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

Bagir Manan dan Susi Dwi Harijanti., 2014, *Memahami Konstitusi: Makna dan Aktualisasi*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada.

Hendra Nurtjahjo, 2005, *Ilmu Negara Pengembangan Teori Bernegara dan Suplemen*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada.

Hendry, Sarah, 2015, *Framework for Water Law reforms*, Cambridge: Cambridge University Press.

I Dewa Gede Palguna., *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review & Welfare State*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, 2008

Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

Gleick, Peter H., *et.al*, *The New Economy of Water. The Risks and Benefit of Globalization and Privatization of Fresh Water*, Hayward, California: Pacific Institute, 2002.

Kaufmann, Franz-Xaver, 2012, *European Foundations of Welfare State*, New York, Oxford: Berghahn Books.

Salman, Salman M. A. and Siobhan McInerney-Lankford, *The Human Right to Water. Legal and Policy Dimensions*, Washington, D.C.: The World Bank, 2004.

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Jakarta: PT. Rajawali Pers, 2010

Spicker, Paul, *The Welfare State. A General Theory*, London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2000.

Thielbörger, Pierre *The Right(s) to Water. The Multi-Level Governance of a Unique Human Right*, Verlag, Berlin, Heidelberg: Springer, 2014

World Bank, *Water Resources Management*, Washington, D.C.: The World Bank, 1993.

Yudi Latif, 2011, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas dan Aktualitas Pancasila*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama.

Jurnal:

Bluemel, Erik B., "The Implications of Formulating a Human Right to Water", *Ecology Law Quarterly*, 2004, 31 Ecology L.Q. 957.

Gleick, Peter H., "The Human Right to Water", *Water Policy I*, 1998.

Larson, Rhett B., "The New Right in Water," *Washington and Lee Law Review*, Fall, 2013, 70 Wash. & Lee L. Rev. 2181.

Petrova, Violeta "At the Frontiers of the Rush for Blue Gold: Water Privatization and the Human Right to Water", *Brooklyn Journal of International Law*, 2006, 31 Brook. J. Int'l L. 577.

Williams, Mellina, "Privatization and the Human Rights to Water: Challenges for the New Century", *Michigan Journal of International Law*, Winter, 2007, 28 Mich. J. Int'l L. 469.

Peraturan Perundang-Undangan:

Indonesia, *Undang-Undang Dasar 1945*.

Indonesia, *Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12 Tahun 2011, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234.

Indonesia, *Undang-Undang Pengairan*, UU No. 11 Tahun 1974, LN No. 65 Tahun 1974, TLN No. 3046.

Putusan:

Mahkamah Konstitusi, *Putusan Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air*, Putusan No. 85/PUU-XII/2014.

Mahkamah Konstitusi, *Putusan Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air*, Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 008/PUU-III/2005.

Mahkamah Konstitusi, *Putusan Pengujian Undang-Undang Ketenagalistrikan*, Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003. Lihat juga Mahkamah Konstitusi, *Putusan Pengujian Undang-Undang Minyak dan Gas Bumi*, Putusan No. 002/PUU-I/2003 dan No. 36/PUU-X/2012.

Artikel:

Harian Kompas, "Ironi Yang Jauh dari Akhir," *Kompas*, (3 Maret 2015).

Harian Kompas, "Jajak Pendapat Kompas. Momentum Negara Kembali Melayani Rakyat," *Kompas*, (9 Maret 2015).

Suhardi, "Hak atas Air Pasca Putusan MK", *Kompas*, (24 Maret 2015).

Internet:

Acemoglu, Daren *et al.*, "A Dynamic Theory of Resoure Wars", <http://economics.mit.edu/files/8041>,

Barlow, Maude "Blue Gold. The Global Water Crises and the Commodification of the World's Water Supply", <http://global.wisc.edu/development/resources/blue-gold.pdf>,

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf>

Convention on the Rights of the Child, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Petrus Riski, "Warga Batu Siap Hadapi Banding Pertahankan Mata Air Umbul Gemulo", <http://www.mongabay.co.id/2014/08/22/warga-batu-siap-hadapi-banding-pertahankan-mata-air-umbul-gemulo/>

Kishimoto, Satoko, Emanuele Lobina and Olivier Petitjean, eds., *Our Public Water Future. The Global Experience with Remunicipalisation*, (Amsterdam, London, Paris, Cape Town, Brussels: Transnational Institute (TNI), Public Services International Research Unit (PSIRU), Multinationals Observatory, Municipal Services Project (MSP), European Federation of Public Services Union (EPSU), April 2015, h. 40, <http://www.tni.org/briefing/our-public-water-future>.

Peter H. Gleick, "Global Freshwater Resources: Soft-Path Solutions for the 21st Century", *Science*, 302, 2003, http://www.spar.msstate.edu/class/EPP-2008/Chapter%201/Reading%20material/Chapter%201%20-%20Water/US%20Water%20Resources_Science_2003.pdf

The Dublin Statement on Water and Sustainable Development, <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedece.html>

Universal Declaration of Human Rights, <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a25>,

World Bank, *A Strategy for Managing Water in the Middle East and North Africa*, , Washington, D.C.: The World Bank, 1994, h. 11, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1994/07/01/000009265_3970716143002/Rendered/PDF/multi0page.pdf

<http://eng.worldwaterforum7.org/introduce/intro.asp>.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312306#A5

<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1966/65.pdf>.