



Pengertian “Swasta”, “Pengusahaan” dan “Syarat Tertentu dan Ketat”
(Didasarkan pada Draft RUU SDA versi Juli 2017, Januari 2018 dan April 2018)

Mohamad Mova Al’Afghani

Seri Kajian Rancangan Undang-Undang Mengenai Sumber Daya Air (RUU SDA)

Center for Regulation, Policy and Governance

Bogor - Juni, 2018

<https://crpg.info>

contact@crpg.info

Faculty of Law, Universitas Ibn Khaldun Bogor
Jl. KH Sholeh Iskandar KM 2 Bogor 16162

DAFTAR ISI

1. Latar Belakang	1
a. Tujuan	1
b. 6 Prinsip Dasar	1
2. Pengertian “Swasta”	3
a. Berbagai aktor dalam pengelolaan air	3
b. Definisi “Swasta”	4
3. Pengertian “Pengusahaan Air”	7
4. Pengertian “Syarat Tertentu dan Ketat”	12
a. Air Minum	14
b. Sumber Daya Air	23
5. Kesimpulan dan Rekomendasi	30
6. Tentang CRPG dan Penulis	32

1. Latar Belakang

a. Tujuan

Kertas Kebijakan CRPG Nomor 02/2018 ini dibuat untuk memberikan masukan bagi penyusunan Rancangan Undang-Undang Tentang Sumber Daya Air (RUU SDA) yang saat ini sedang berlangsung di Dewan Perwakilan Rakyat.

Seri Kertas Kebijakan CRPG membahas berbagai aspek dalam RUU SDA. Kertas Kebijakan CRPG Nomor 01/2018 ini dikhususkan untuk membahas Pengertian “Swasta”, “Pengusahaan” serta “Syarat Tertentu dan Ketat” dalam Putusan Mahkamah Konstitusi serta RUU SDA.

b. 6 Prinsip Dasar

Mahkamah Konstitusi dalam putusannya Tahun 2015 menetapkan 6 hal yang sekarang dikenal sebagai 6 Prinsip Dasar MK:

“Berdasarkan pertimbangan tersebut maka dalam pengusahaan air harus ada pembatasan yang sangat ketat sebagai upaya untuk menjaga kelestarian dan keberlanjutan ketersediaan air bagi kehidupan bangsa [vide Pasal 33 ayat (4) UUD 1945];

[3.19] Menimbang bahwa pembatasan **pertama** adalah setiap pengusahaan atas air tidak boleh mengganggu, mengesampingkan, apalagi meniadakan hak rakyat atas air karena bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya selain harus dikuasai oleh negara, juga peruntukannya adalah untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat;

[3.20] Menimbang sebagai pembatasan **kedua** adalah bahwa negara harus memenuhi hak rakyat atas air. Sebagaimana dipertimbangkan di atas, akses terhadap air adalah salah satu hak asasi tersendiri maka Pasal 28I ayat (4) menentukan, “Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.”

[3.21] Menimbang bahwa sebagai pembatasan **ketiga**, harus mengingat kelestarian lingkungan hidup, sebab sebagai salah satu hak asasi manusia, Pasal 28H ayat (1) UUD 1945 menentukan, “Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.”

[3.22] Menimbang bahwa pembatasan **keempat** adalah bahwa sebagai cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak yang harus dikuasai oleh negara [vide Pasal 33 ayat (2) UUD 1945] dan air yang menurut Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 harus

dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat maka pengawasan dan pengendalian oleh negara atas air sifatnya mutlak;

[3.23] Menimbang bahwa pembatasan **kelima** adalah sebagai kelanjutan hak menguasai oleh negara dan karena air merupakan sesuatu yang sangat menguasai hajat hidup orang banyak maka prioritas utama yang diberikan perusahaan atas air adalah Badan Usaha Milik Negara atau Badan Usaha Milik Daerah;

[3.24] Menimbang bahwa apabila setelah semua pembatasan tersebut di atas sudah terpenuhi dan ternyata masih ada ketersediaan air, Pemerintah masih dimungkinkan untuk memberikan izin kepada usaha swasta untuk melakukan perusahaan atas air dengan syarat-syarat tertentu dan ketat;”

Dari 6 hal diatas kita dapat mengambil beberapa kesimpulan:

Pertama, kita dapat membagi 6 (enam) prinsip tersebut menjadi 5+1 (lima plus satu) dimana 5 prinsip pertama berlaku bagi swasta dan BUMN/D sementara satu prinsip terakhir (syarat tertentu dan ketat) hanya berlaku bagi swasta saja.

Kedua, 6 prinsip tersebut secara eksplisit berlaku bagi “perusahaan air” namun demikian keberlakuannya bagi penggunaan air yang bukan untuk perusahaan tidaklah jelas.

Ketiga, 6 prinsip diatas memberikan konteks bagi kerangka alokasi air, alias bagaimana air sebenarnya harus dijatah. Dalam hal ini MK secara tidak langsung membedakan 2 (dua) kategori untuk alokasi air, yakni **berdasarkan tujuan penggunaan** (kebutuhan sehari-hari, dimana hal ini tercakup dalam kalimat “hak rakyat atas air” dalam pembatasan pertama dan hak untuk hidup sehat dalam pembatasan ketiga) dan diluar kebutuhan sehari-hari serta **berdasarkan aktor** yakni BUMN/D serta “swasta”.

Akhirnya, operasionalisasi dari keenam prinsip diatas akan sangat tergantung kepada pengertian “swasta”, “perusahaan” serta “syarat tertentu dan ketat”. Masing-masing dari pengertian tersebut akan dibahas dibawah.

2. Pengertian “Swasta”

a. Berbagai aktor dalam pengelolaan air

Dari keenam prinsip dalam Putusan MK 2015 diatas, aktor yang disebut MK ada beberapa: Negara, BUMN, BUMD dan Swasta. Putusan MK Tahun 2005 sedikit lebih komprehensif dalam mengkategorikan berbagai aktor dalam pengelolaan air. Selain dari negara, BUMN/D dan “swasta” MK juga membahas perihal Masyarakat Hukum Adat, paragraf mana juga dikutip dalam Putusan MK 2015:

Eksistensi masyarakat hukum adat yang masih mempunyai hak ulayat atas sumber daya air harus menjadi materi muatan dalam penyusunan pola pengelolaan sumber daya air baik oleh Pemerintah kabupaten/kota, Pemerintah provinsi, maupun Pemerintah pusat. Pengukuhan dengan peraturan daerah harus dimaknai tidak bersifat konstitutif melainkan bersifat deklaratif belaka terhadap kesatuan masyarakat hukum adat yang masih hidup, sesuai dengan perkembangan zaman, dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam Undang-undang

Selain Masyarakat Hukum Adat, Putusan MK tahun 2005 juga sedikit menyinggung (tetapi tidak membahas) mengenai peranan koperasi, “badan usaha swasta” dan “masyarakat”:

Tanggung jawab penyelenggaraan pengembangan sistem penyediaan air minum pada prinsipnya adalah tanggung jawab Pemerintah dan Pemerintah Daerah. Peran serta koperasi, badan usaha swasta, dan masyarakat hanyalah bersifat terbatas dalam hal Pemerintah belum dapat menyelenggarakan sendiri, dan Pemerintah masih tetap memungkinkan menjalankan kewenangannya dalam pengaturan, pelaksanaan, dan pengawasan dalam pengelolaan sumber daya air secara keseluruhan

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa dalam 6 Prinsip Dasar MK (Putusan MK tahun 2015) hanya disinggung beberapa aktor dalam alokasi air, yakni “swasta” yang tidak didefinisikan, negara dan BUMN/BUMD. Putusan MK Tahun 2015 tersebut sebenarnya mengutip Masyarakat Hukum Adat namun tidak membahasnya sebagai salah satu aktor dalam 6 Prinsip Dasar. Sedangkan dalam Putusan tahun 2005 kategori aktornya lebih banyak lagi, yakni mencakup Negara, PDAM, Koperasi, “Badan Usaha Swasta” serta Masyarakat Hukum Adat. Pertimbangan Hukum Putusan MK 2005 tidak menyebut secara eksplisit perihal BUMN/BUMD.

Pada prakteknya aktor dalam pengelolaan sumber daya air lebih banyak lagi. Putusan 2015 diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim pada tanggal 17 September 2014, sementara Undang-Undang Desa yang mengatur BUM Des ditetapkan bulan Januari 2014.

Namun demikian, BUM Des sama sekali tidak disinggung dalam Putusan 2015. Draft RUU SDA versi April 2018 sudah memasukkan BUM Des kedalam tipologi aktor yang tertuang dalam Pasal 50 mengenai izin untuk pengusahaan:

- a. badan usaha milik negara
- b. badan usaha milik daerah;
- c. badan usaha milik desa;
- d. badan usaha swasta;
- e. koperasi;
- f. perseorangan

Selain dari BUM Des, pada prakteknya pengelolaan air di daerah juga dilakukan oleh Perkumpulan, Perkumpulan Berbadan Hukum serta Yayasan.¹ Seluruh aktor pengelolaan air ini dirangkum dalam tabel 1 dibawah.

b. Definisi “Swasta”

Dalam prinsip keenam MK, tertera bahwa yang diberikan syarat tertentu dan ketat adalah pihak “swasta”, sebaliknya, “...sebagai kelanjutan hak menguasai oleh negara...” BUMN/BUMD diberikan “prioritas utama”. Namun demikian, MK tidak memberikan definisi siapa yang dimaksud dengan “swasta”.

Tabel 1

No.	Aktor Dalam Praktek	Putusan MK		RUU SDA April 2018
		2005	2015	
1.	Negara	X	X	X
2.	BUMN		X	X
3.	BUMD		X	X
4.	BUM Des			X
5.	Masy Hukum Adat	X	X	X
6.	Masyarakat	X	X	X
7.	Perkumpulan			
8.	Perkumpulan Berbadan Hukum			
9.	Koperasi	X		X

¹ Mohamad Mova Al’Afghani and others, ‘The Role of Regulatory Frameworks in Ensuring The Sustainability of Community Based Water And Sanitation. Australia Indonesia Research Award (AIIRA) Research Report.’ (Indonesia Infrastructure Initiative (INDII) 2015) <<https://crpg.info/41-aiira>> accessed 22 September 2017.

10.	Yayasan			
11.	Perseroan Terbatas, CV dan Firma			
12.	Perseorangan			X

Tabel 1 diatas merangkum aktor yang terlibat dalam pengelolaan air. Aktor mana, diluar BUMN/BUMD dan Negara yang dalam benak MK masuk kedalam kategori “swasta”?

Dalam Putusan 2015, MK menggunakan istilah “swasta” dan “usaha swasta”. Sementara itu, dalam Putusan 2005 MK lebih banyak menggunakan istilah “badan usaha swasta”. Apa bedanya “swasta” dengan “badan usaha swasta”? Bedanya adalah pengertian badan usaha lebih sempit daripada pengertian swasta. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, pengertian “swasta” adalah segala sesuatu yang “bukan milik pemerintah”.² Otomatis pengertian ini mencakup didalamnya “badan usaha swasta”.

Memorie van Toelichting Rencana Undang-Undang *Wetboek van Koophandel* menurut Khairandy (2003) mendefinisikan perusahaan sebagai “...keseluruhan perbuatan yang dilakukan secara terus menerus, dengan terang-terangan dalam kedudukan tertentu, dan untuk mencari laba bagi dirinya sendiri”.³ Elemen laba-rugi ini tampaknya vital dalam pengertian “perusahaan”.⁴

Elemen laba ini nampak juga dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1982 Tentang Wajib Daftar Perusahaan yang mendefinisikan Perusahaan sebagai: “...setiap bentuk usaha yang menjalankan setiap jenis usaha yang bersifat tetap dan terus menerus dan yang didirikan, bekerja serta berkedudukan dalam wilayah Negara Republik Indonesia, untuk tujuan memperoleh keuntungan dan atau laba.”⁵ Tampak dari sini bahwa doktrin sejak dari zaman Belanda rupanya diinkorporasi kedalam UU WDP. Apabila penafsiran ini hendak diambil secara konsisten, maka yang termasuk “badan usaha swasta” (atau perusahaan) adalah setiap aktor yang berorientasi kepada keuntungan, termasuk didalamnya PT, Koperasi, Firma, CV dan sebagainya, namun tidak melingkupi perkumpulan dan yayasan karena kedua aktor tersebut tidak berorientasi keuntungan

² ‘Arti Kata Swasta - Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) Online’ <<https://kbbi.web.id/swasta>> accessed 17 May 2018.

³ Ridwan Khairandy, ‘Karakter Hukum Perusahaan Perseroan Dan Status Hukum Kekayaan Yang Dimilikinya’ (2013) 20 Jurnal Hukum *Ius Quia Iustum* 81.

⁴ Abdulkadir Muhammad and PT Citra Aditya Bakti, ‘Hukum Perusahaan’ [1999] Bandung: Citra Aditya Bakti; Ryan Sanjaya, Ety Susilowati and Siti Mahmudah, ‘Kajian Terhadap Kepailitan Notaris Di Indonesia’ (2016) 5 16.

⁵ Undang Undang No. 3 Tahun 1982 Tentang Wajib Daftar Perusahaan 1982.

walaupun PT, firma, Koperasi, CV, Yayasan dan Perkumpulan sleuruhnya dapat dikategorikan sebagai “**bentuk** usaha”.⁶

Analisis diatas sangatlah penting, karena ribuan⁷ sistem air minum dan air limbah berbasis masyarakat di Indonesia sudah dibangun dan bentuknya berupa Perkumpulan atau Perkumpulan Berbadan Hukum dibawah Stb 1870/64 dan sebagian kecil berbentuk Yayasan.⁸ Perkumpulan-perkumpulan ini dibentuk oleh masyarakat pedesaan (yang tergabung dalam Program PAMSIMAS maupun program-program lainnya) maupun sistem sanitasi perkotaan (lewat program SANIMAS⁹ maupun lainnya).

Pada prakteknya banyak dari perkumpulan ini yang tidak mau dikonversi menjadi BUM Des.¹⁰ Konsekuensinya adalah bahwa apabila mereka digolongkan kedalam swasta/badan usaha, maka mereka diharuskan untuk tunduk pada syarat tertentu dan ketat dan alokasi airnya tidak menjadi prioritas. Padahal, perkumpulan-perkumpulan ini sebenarnya menjalankan tugas --yang seharusnya dilaksanakan oleh negara-- dalam memenuhi hak asasi manusia atas air dan sanitasi yang dalam 6 Prinsip Dasar MK sendiri, seharusnya menjadi prioritas alokasi air.

Bagaimana dengan Koperasi, apakah Koperasi termasuk dalam swasta?

Apabila diambil penafsiran dalam hukum dagang dan UU WDP diatas tentu Koperasi masuk kedalam definisi “perusahaan” atau “badan usaha swasta” karena Koperasi berorientasi keuntungan. Namun demikian, Mahkamah Konsitusi membedakan antara koperasi dengan badan usaha swasta.

Putusan MK 2005:

“Peran serta koperasi, badan usaha swasta, dan masyarakat hanyalah bersifat terbatas dalam hal Pemerintah belum dapat menyelenggarakan sendiri”. Disini tampak bahwa MK membedakan antara badan usaha swasta dengan Koperasi.

Pembedaan ini adalah karena UU 7/2004 yang menyatakan:

⁶ Lihat Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Pengesahan Badan Hukum Perkumpulan; Undang Undang Nomor 16 Tahun 2001 Tentang Yayasan.

⁷ Al’Afghani and others (n 1).

⁸ Staatsblad 1870 Nomor 64 Perkumpulan Perkumpulan Berbadan Hukum.

⁹ MM Al’Afghani and others, ‘Review of Regulatory Framework for Local Scale “Air Limbah”’ (Center for Regulation, Policy and Governance (CRPG) and Institute for Sustainable Futures University of Technology Sydney (ISF-UTS) 2015).

¹⁰ Al’Afghani and others (n 1).

*“Yang dimaksud dengan badan usaha pada ayat ini dapat berupa badan usaha milik negara/badan usaha milik daerah (yang bukan badan usaha pengelola sumber daya air wilayah sungai), **badan usaha swasta, dan koperasi.**”* (Penjelasan Pasal 45 ayat 3)

*“Dalam hal di suatu wilayah tidak terdapat penyelenggaraan air minum yang dilakukan oleh badan usaha milik negara dan/atau badan usaha milik daerah, penyelenggaraan air minum di wilayah tersebut dilakukan oleh **koperasi, badan usaha swasta dan masyarakat.**”* (Penjelasan Pasal 40 ayat 4).

Dipisahkannya Koperasi dari pengertian Badan Usaha dalam UU 7/2004 dan Putusan MK Tahun 2005 ini adalah karena Koperasi dianggap sebagai sokoguru perekonomian yang perlu diberikan keleluasaan dalam pengelolaan air. Sebaliknya, pertimbangan hukum Putusan MK Tahun 2015 sama sekali tidak menyebut Koperasi.

Dalam RUU SDA Versi April 2018, Pasal 50, tampak juga bahwa pengertian koperasi dipisahkan dari pengertian “badan usaha swasta” dan perorangan. Menurut Pasal 50 ayat 4:

(4) Izin penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dapat diberikan kepada:

- a. badan usaha milik negara*
- b. badan usaha milik daerah;*
- c. badan usaha milik desa;*
- d. **badan usaha swasta;***
- e. **koperasi;***
- f. perseorangan*

Pasal ini menimbulkan pertanyaan lebih lanjut, apakah perkumpulan dan yayasan yang bergerak dalam sistem air minum dan sanitasi termasuk kedalam kategori badan usaha swasta dalam pasal ini, walaupun (i) tidak berorientasi keuntungan (ii) tidak digolongkan dalam pengertian badan usaha swasta baik dalam doktrin maupun pengertian perundang-undangan lainnya serta (iii) misinya memberikan layanan hak dasar air dan sanitasi?

3. Pengertian “Pengusahaan Air”

Enam Prinsip Dasar MK dalam Putusan 2015 berlaku dalam konteks “Pengusahaan Air”. Sebagaimana telah dijabarkan diatas, sebelum menguraikan 6 Prinsip tersebut, MK mengawalinya dengan kalimat berikut: *“Berdasarkan pertimbangan tersebut maka dalam **pengusahaan air** harus ada pembatasan yang sangat ketat sebagai upaya untuk menjaga kelestarian dan keberlanjutan ketersediaan air bagi kehidupan bangsa”*. Formulasi ini menimbulkan banyak pertanyaan, diantaranya: apakah pembatasan lewat 6 Prinsip Dasar ini hanya berlaku dalam konteks “pengusahaan air”? Pertanyaan ini hanya

mungkin dijawab apabila pertanyaan yang lebih penting dapat ditemukan jawabannya: apakah maksud dari “Pengusahaan Air”?

Untuk mendapat kejelasan mengenai apa yang dimaksud dengan “pengusahaan” terlebih dulu harus dikemukakan konsep pengusahaan air dari sumber-sumber yang relevan.

Dalam Penjelasan UU 7/2004 (Tidak Berlaku) disebutkan:

*“Pengusahaan sumber daya air tersebut dapat berupa **pengusahaan air baku** sebagai bahan baku produksi, sebagai salah satu media atau unsur utama dari kegiatan suatu usaha, seperti **perusahaan daerah air minum**, perusahaan air mineral, perusahaan minuman dalam kemasan lainnya, pembangkit listrik tenaga air; olahraga arung jeram, dan sebagai bahan pembantu proses produksi, seperti air untuk system pendingin mesin (water cooling system) atau air untuk pencucian hasil eksplorasi bahan tambang.”*

UU 7/2004 diatas tidak memberikan definisi mengenai pengusahaan melainkan hanya memberikan contoh-contoh saja apa yang termasuk pengusahaan. Tampak disini bahwa air untuk perusahaan daerah air minum (PDAM) dimasukkan kedalam pengusahaan.

Menurut PP 69 Tahun 2014 (Tidak Berlaku):

“Pasal 69

Hak Guna Air yang diperoleh dengan memerlukan izin ditetapkan berdasarkan ketersediaan Air dan peruntukkan Air sebagaimana tercantum dalam rencana pengelolaan Sumber Daya Air pada Wilayah Sungai yang bersangkutan Izin sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diberikan berdasarkan urutan prioritas:

- a. pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari bagi kelompok yang memerlukan Air dalam jumlah besar;*
- b. pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari yang mengubah kondisi alami Sumber Air;*
- c. pertanian rakyat di luar sistem irigasi yang sudah ada;*
- d. **pengusahaan** Sumber Daya Air untuk memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari melalui **sistem penyediaan Air Minum**;*
- e. kegiatan bukan usaha; dan*
- f. pengusahaan Sumber Daya Air lainnya.”*

Nampak dalam PP 69/2014 diatas bahwa pengusahaan air untuk kebutuhan sehari-hari melalui Sistem Penyediaan Air Minum (SPAM) masuk kedalam pengusahaan.

Makna “Pengusahaan air” dalam UU 11/74 sebenarnya lebih jelas:

“Pasal 11

(1) *Pengusahaan air dan atau sumber-sumber air yang ditujukan untuk meningkatkan kemanfaatannya bagi kesejahteraan Rakyat pada dasarnya dilakukan oleh Pemerintah, baik Pusat maupun Daerah.*

(2) *Badan Hukum, Badan Sosial dan atau perorangan yang. Melakukan pengusahaan air dan atau sumber-sumber air, harus memperoleh izin dari Pemerintah, dengan berpedoman kepada azas usaha bersama dan kekeluargaan.*

(3) *Pelaksanaan pasal ini diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.*

Penjelasan Pasal 11

*Pengusahaan air dan atau sumber-sumber air di sini diartikan, bahwa usaha peningkatan kemanfaatan air dan atau sumber-sumber air itu **ditujukan untuk mencari penghasilan yang langsung berupa uang** oleh kelompok masyarakat pengusaha, baik yang berbentuk Badan Hukum, Badan Sosial maupun perorangan, dengan selalu berpedoman kepada azas usaha bersama dan kekeluargaan.*

Yang dimaksud dengan usaha bersama dan kekeluargaan adalah antara lain usaha mengembangkan koperasi.”

Dari UU 1/74 ini tampak bahwa didalam konsep “Pengusahaan Air” tergantung dua unsur: pertama unsur peningkatan kemanfaatan (added value), kedua unsur mencari penghasilan langsung yang berupa uang. Secara a-contrario, apabila pengambilan air tidak bertujuan mencari uang, maka menurut UU ini tidak termasuk dalam “pengusahaan”. Namun demikian penjelasan UU 1/74 memasukkan juga “badan sosial” kedalam definisi pengusahaan.

Apakah penghasilan yang langsung berupa uang ini sama dengan keuntungan? Tidak ada kejelasan dari UU diatas. Namun demikian, karena badan sosial yang tidak mencari keuntungan juga dimasukkan dalam paragraf yang sama, maka konsep keuntungan dalam UU 11/74 tidak sama dengan konsep “penghasilan berupa uang”. Konsep penghasilan (*income*) tampak lebih umum daripada konsep keuntungan (*profit*). Sehingga, bagi UU 11/74, pengusahaan terkait dengan penghasilan (*income*), tidak melulu keuntungan (*profit*). Konsep ini tidak sejalan dengan konsep dalam Hukum Dagang dan doktrin yang menekankan pada unsur keuntungan dalam konsep pengusahaan.

Dalam Putusan MK pengertian “pengusahaan air” tidak didefinisikan secara jelas. Dalam Putusan MK Tahun 2005 disebutkan:

*“Mahkamah berpendapat bahwa ketentuan ini haruslah secara nyata dilaksanakan dalam aturan pelaksanaan UU SDA, sehingga pengelolaan **Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM) sebagai pengusahaan sumber daya air** benar benar diusahakan oleh Pemerintah Daerah dengan berlandaskan pada ketentuan Pasal 26 (7) UU SDA.”*

Dari kalimat diatas tampak bahwa pengambilan air oleh PDAM masuk kedalam "Pengusahaan Air". Tetapi, dalam Putusan tahun yang sama (2005), MK juga menegaskan:

"Namun, hal ini tidak boleh dijadikan dasar bagi pengenaan biaya yang mahal untuk warga yang menggantungkan pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari kepada PDAM melalui saluran distribusi."

Lebih lanjut, MK mengatakan:

*"PDAM harus diposisikan sebagai unit operasional negara dalam merealisasikan kewajiban negara sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 5 UU SDA, dan **bukan sebagai perusahaan yang berorientasi pada keuntungan** secara ekonomis."*

Dari kalimat diatas, tampak bahwa MK menghendaki agar PDAM tidak mencari keuntungan.

Dalam Putusan 2015, MK berkata:

*"[3.19] Menimbang bahwa pembatasan **pertama** adalah setiap perusahaan atas air tidak boleh mengganggu, mengesampingkan, apalagi meniadakan hak rakyat atas air..."*

Hak rakyat atas air disini maksudnya adalah air untuk kebutuhan sehari-hari. Syarat pertama ini menjadi rancu apabila air untuk air minum digolongkan kedalam perusahaan karena justru air untuk air minum itulah yang fungsinya memenuhi hak rakyat atas air.

Bagaimana dengan RUU SDA? Walaupun soal usaha dan perusahaan ini merupakan topik yang sangat penting, bagian Ketentuan Umum RUU SDA versi April 2018 tidak memuat pengertian usaha atau perusahaan. Sedikit petunjuk soal perusahaan baru dapat ditemukan pada bagian penjelasan.

Pasal 8 ayat 1 RUU SDA Versi April 2018

(1) Hak rakyat atas air yang dijamin pemenuhannya oleh negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 meliputi hak untuk menggunakan air bagi pemenuhan:

- a. kebutuhan pokok minimal sehari-hari, sebesar 60 (enam puluh) liter/orang/hari;*
- b. pertanian rakyat yang tidak lebih dari 2 (dua) hektar dan kebutuhan airnya tidak lebih dari 2 (dua) liter/detik; dan*
- c. kegiatan bukan usaha*

Penjelasan Pasal 8(1)(c) (RUU SDA versi April 2018):

Yang dimaksud dengan “kegiatan bukan usaha” adalah kegiatan pemanfaatan air yang tidak bertujuan untuk memperoleh keuntungan secara materiil, seperti pemanfaatan air untuk kegiatan keagamaan, kebudayaan, dan kemasyarakatan

Penjelasan Pasal 49 (3) e (RUU SDA versi April 2018):

Kegiatan bukan usaha antara lain taman kota yang tidak dipungut biaya, rumah ibadah, dan fasilitas umum atau fasilitas sosial lainnya.

Tampak dari penjelasan pasal diatas bahwa RUU SDA Versi April 2018 cenderung mendefinisikan pengusahaan secara negatif, dengan istilah “bukan usaha” dan melalui contoh-contoh. Menurutnya, yang termasuk “bukan usaha” “...kegiatan pemanfaatan air yang tidak bertujuan untuk memperoleh keuntungan secara materiil”. Karena didefinisikan secara negatif (yang bukan), maka mendapatkan definisi “yang termasuk” diperlukan penafsiran a-contrario.

Secara a-contrario maka kegiatan yang tujuannya mencari keuntungan otomatis termasuk kedalam pengusahaan. Definisi ini sangat luas karena hampir seluruh kegiatan sehari-hari, baik yang menggunakan air sebagai materi atau sebagai media dan baik yang produknya berupa air atau bukan air, sejauh ada elemen keuntungan maka digolongkan kedalam pengusahaan. Apabila hal ini yang dijadikan patokan, maka kegiatan ekonomi skala kecil dan menengah seperti berbagai penjualan jamu keliling, *es nong-nong*, kerupuk dan berbagai industri rumah tangga lainnya dimasukkan kedalam pengusahaan karena ada elemen keuntungannya. Walaupun luas, definisi ini tergolong “jujur”, karena memperjelas situasi bahwasanya pengusahaan itu sebenarnya sama dengan *komersialisasi*, istilah yang ramai ditentang dalam Judicial Review UU SDA Tahun 2005. Kita akan lebih memperdalam lagi perihal konsep komersialisasi ini.

RUU SDA Versi April juga menjelaskan lewat contoh. Contoh yang disediakan penjelasan pasal 8(1) c yakni kegiatan keagamaan, kebudayaan, dan kemasyarakatan masih sangat umum. Definisi kebudayaan misalnya sangat luas, teknologi pun merupakan bagian dari kebudayaan. “Kemasyarakatan” juga sangat luas dan bisa mencakup penyediaan air oleh masyarakat desa. Contoh yang disediakan lewat Penjelasan Pasal 49 ayat 3: *taman kota yang tidak dipungut biaya, rumah ibadah, dan fasilitas umum atau fasilitas sosial lainnya* lebih sempit namun terlalu sedikit. Karena hanya menyediakan contoh, baik penjelasan Pasal 8(1) maupun penjelasan Pasal 49 ayat 3 dari RUU SDA versi April masih membuka kemungkinan adanya kegiatan-kegiatan lain, selain dari yang dicontohkan, untuk dapat digolongkan dalam kegiatan bukan usaha.

Dapat disimpulkan, apabila kita mengambil pendekatan UU 11/74 maka definisi perusahaan dikaitkan dengan penghasilan yang mana lebih luas dari sekadar aspek keuntungan. Sebaliknya, apabila kita mengambil pengertian UU WDP, Hukum Dagang dan doktrin terkait, maka konsep *perusahaan* dikaitkan dengan unsur keuntungan. Dalam penafsiran ini, apabila penghasilan saja yang diperoleh, tetapi motivasinya tidak mencari keuntungan, maka tidak termasuk kedalam *perusahaan*. Penafsiran ini sejalan dengan posisi RUU SDA versi April, namun dalam RUU SDA versi April pendefinisianya dilakukan secara negatif.

Penafsiran ini akan berpengaruh kepada penggunaan air untuk kebutuhan sehari-hari. Apabila pengertian dalam dalam UU WDP, Hukum Dagang, Doktrin serta definisi RUU SDA Versi April dihubungkan dengan (i) pembatasan pertama dalam prinsip dasar MK 2015 (tentang air untuk kebutuhan sehari hari) serta (ii) Putusan MK Tahun 2005 yang menyatakan bahwa PDAM seharusnya diposisikan “...*bukan sebagai perusahaan yang berorientasi pada keuntungan...*” maka pengambilan air untuk kebutuhan sehari- hari, baik oleh PDAM, PD-PAL serta air berbasis masyarakat (BPSPAM) seharusnya tidak digolongkan sebagai perusahaan air.

4. Pengertian “Syarat Tertentu dan Ketat”

“Syarat Tertentu dan Ketat” merupakan pembatasan ke-enam dalam 6 Prinsip Dasar MK yang ditujukan untuk mengatur pelibatan swasta. Perlu ditekankan bahwa MK sendiri tidak pernah memberikan penjabaran lebih lanjut tentang yang dimaksud sebagai “syarat tertentu” dan “ketat”. Dari sisi penafsiran teks, prinsip keenam dari MK ini menimbulkan berbagai permasalahan.

Konstruksi penafsiran pertama adalah bahwa “syarat tertentu dan ketat” bukanlah kondisi-kondisi tambahan khusus bagi swasta, namun berlaku umum bagi seluruh perusahaan. Alasan pertama adalah, apabila dilihat dari kalimat paragraf 3.18 yang mengawali 6 Prinsip Dasar tersebut, MK mengatakan: “*Berdasarkan pertimbangan tersebut maka dalam perusahaan air harus ada pembatasan yang sangat ketat sebagai upaya untuk menjaga kelestarian dan keberlanjutan ketersediaan air bagi kehidupan bangsa*”. Disitu kelihatan bahwa niat MK adalah bahwa seluruh perusahaan air – bukan hanya dari swasta saja -- harus ada pembatasan yang sangat *ketat*. Memang di paragraf 3.18 itu MK tidak menyebut kata *tertentu*, namun hal ini belum tentu memiliki konsekuensi bagi penafsiran. Alasan kedua adalah bahwa kelima prinsip dasar dan penggalan kalimat pertama dalam prinsip dasar keenam itu sebenarnya sudah merupakan “syarat tertentu” yang bisa dibilang “ketat”.

Konstruksi penafsiran kedua adalah bahwa “syarat tertentu dan ketat” itu merupakan kondisi tambahan dari pembatasan satu sampai lima plus penggalan pembatasan keenam (“apabila masih ada ketersediaan air”). Alasannya adalah karena MK dengan

sengaja menambah frasa “syarat tertentu dan ketat” disamping parameter lainnya. Untuk apa menambah parameter yang khusus untuk swasta kecuali ada maksud tersendiri? Namun demikian, konstruksi penafsiran ini pada prakteknya akan menemui kesulitan. Pertama, mereka yang terlibat dalam pembuatan RUU SDA ini terpaksa menebak-nebak dan mencari-cari apa maksud MK dari “syarat tertentu dan ketat” ini dalam konteks swasta. Kedua, belum jelasnya pengertian swasta sebagaimana dijelaskan diatas membuat konstruksi penafsiran kedua ini menjadi lebih sulit. Misalnya, apabila masyarakat memenuhi kebutuhan hak atas air lewat koperasi, maka tergolong kedalam “swasta”, lalu harus dibebani dengan syarat-syarat tertentu dan ketat apa lagi? Ketiga, dalam konteks manajemen sumber daya air, bagi lingkungan tidak ada bedanya antara BUMN dengan swasta, keduanya tidak boleh mengambil air secara berlebihan dan tidak merusak sumber daya air serta tidak boleh mencemari sumber air.

Permasalahan kedua, apakah syarat tertentu dan ketat itu merupakan **dua kondisi yang berbeda**, artinya ada (i) syarat tertentu dan ada (ii) kondisi-kondisi yang ketat atau sebaliknya prinsip dasar keenam itu harus dibaca dalam satu nafas, karena ada kata penyambung “dan”? Yang membuat keraguan dalam interpretasi satu nafas disini adalah karena MK menggunakan kata sambung “dan”. Apabila niatan MK adalah agar dibaca satu nafas, maka kalimat yang dipergunakan seharusnya adalah “*syarat tertentu yang ketat*”, bukan dengan kata sambung “*dan*” karena kata “ketat” seharusnya merupakan kata sifat yang menerangkan penggalan kata sebelumnya, seperti dalam kalimat berikut ini: Apakah yang ketat? “syarat tertentu”nya. Apabila penafsiran ini yang diambil, seharusnya RUU SDA memakai frasa “syarat tertentu yang ketat” (bukan “dan”). Namun demikian, tampaknya pembuat Draft RUU SDA cukup segan untuk melakukan perubahan ini dan berusaha untuk apa adanya dalam memasukkan 6 prinsip dasar MK.

Dari berbagai paparan diatas, konstruksi penafsiran yang kami ajukan (selanjutnya disebut sebagai “konstruksi CRPG”) adalah sebagai berikut: “**...syarat-syarat tertentu dan ketat berlaku bagi seluruh perusahaan air, namun dalam hal tertentu terdapat parameter yang berbeda tergantung pada konteksnya: sumber daya atau pelayanan air, aktor, serta jenis sumber air.**”

Dalam **RUU SDA Versi April 2018**, frasa ini keluar beberapa kali. Pertama, dalam Pasal 46 yang merupakan terjemahan langsung RUU SDA atas 6 Prinsip Dasar MK, kemudian dalam Pasal 47 yang mengatur pelibatan swasta secara umum yakni mengenai pemberian izin perusahaan untuk pihak swasta. Kemudian, frasa ini keluar lagi dalam Pasal 51 dalam konteks air minum. Dari sini dapat diketahui bahwa “syarat tertentu dan ketat” itu harus ditafsirkan berdasarkan konteksnya.

Pasal 46 RUU SDA Versi April berbunyi:

(1) Penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha diselenggarakan dengan memperhatikan prinsip:

- a. tidak mengganggu, mengesampingkan, dan meniadakan hak rakyat atas Air;
- b. perlindungan negara terhadap hak rakyat atas Air;
- c. kelestarian lingkungan hidup sebagai salah satu hak asasi manusia;
- d. pengawasan dan pengendalian oleh negara atas Air bersifat mutlak;
- e. prioritas utama penggunaan sumber daya air untuk kegiatan usaha diberikan kepada badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa; dan
- f. pemberian Izin Penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha kepada pihak swasta dapat dilakukan dengan syarat tertentu dan ketat setelah prinsip sebagaimana dimaksud pada huruf a sampai dengan huruf e dipenuhi dan masih terdapat ketersediaan Air.

(2) Penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha ditujukan untuk meningkatkan kemanfaatan Sumber Daya Air bagi kesejahteraan rakyat.

(3) Penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan dengan berpedoman kepada asas usaha bersama dan kekeluargaan.

Kami akan memaparkan dibawah, bahwa dibatalkannya UU 7 Tahun 2004 sebenarnya dapat direduksi menjadi dua isu penting saja: **Pertama**, soal pelibatan swasta dalam air minum (SPAM) dan **Kedua**, soal istilah dan konsepsi **Hak Guna Usaha Air**. Oleh karena itu, penafsiran “syarat tertentu dan ketat” harus memperhatikan kedua isu ini.

a. Air Minum

Perlu diingatkan kembali bahwa UU 7/2004 dibatalkan oleh MK lewat Putusan Tahun 2015 karena peraturan pelaksanaannya, dalam konteks air minum adalah PP 16/2005, tidak sesuai dengan 6 Prinsip Dasar MK. Menurut MK (2015):

“Menimbang bahwa meskipun Pemerintah telah menetapkan enam Peraturan Pemerintah untuk melaksanakan UU SDA a quo, namun menurut Mahkamah keenam Peraturan Pemerintah tersebut tidak memenuhi enam prinsip dasar pembatasan pengelolaan sumber daya air sebagaimana dipertimbangkan dalam paragraf [3.19] sampai dengan paragraf [3.24]”

Adapun keenam Peraturan Pemerintah tersebut adalah:

1. PP Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum sebagai pelaksanaan Pasal 40 UU SDA;
2. PP Nomor 20 Tahun 2006 tentang Irigasi sebagai pelaksanaan Pasal 41 UU SDA;

3. PP Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Sumber Daya Air sebagai pelaksanaan Pasal 11 ayat (5), Pasal 12 ayat (3), Pasal 13 ayat (5), Pasal 21 ayat (5), Pasal 22 ayat (3), Pasal 25 ayat (3), Pasal 27 ayat (4), Pasal 28 ayat (3), Pasal 31, Pasal 32 ayat (7), Pasal 39 ayat (3), Pasal 42 ayat (2), Pasal 43 ayat (2), Pasal 53 ayat (4), Pasal 54 ayat (3), Pasal 57 ayat (3), Pasal 60 ayat (2), Pasal 60 ayat (2), Pasal 61 ayat (5), Pasal 62 ayat (7), Pasal 63 ayat (5), Pasal 64 ayat (8), Pasal 69, Pasal 81, dan Pasal 84 ayat (2) UU SDA;
4. PP Nomor 43 Tahun 2008 tentang Air Tanah sebagai pelaksanaan Pasal 10, Pasal 12 ayat (3), Pasal 13 ayat (5), Pasal 37 ayat (3), Pasal 57 ayat (3), Pasal 58 ayat (2), Pasal 60, Pasal 69, dan Pasal 76 UU SDA;
5. PP Nomor 38 Tahun 2011 tentang Sungai sebagai pelaksanaan Pasal 25 ayat (3), Pasal 36 ayat (2), dan Pasal 58 ayat (2) UU SDA;
6. PP Nomor 73 Tahun 2013 tentang Rawa sebagai pelaksanaan Pasal-Pasal 25 ayat (3), Pasal 36 ayat (2), dan Pasal 58 ayat (2) UU SDA;

Mengapa PP 16 Tahun 2005 dianggap bermasalah? Untuk menjawab hal ini perlu dikemukakan Pendapat Berbeda dari Hakim Konstitusi Mukhtie Fadjar dalam putusan MK Tahun 2005:

*Alasan pengabulannya ialah bahwa dalil para Pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 40 ayat (4) bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945, karena telah memperluas komersialisasi dan privatisasi sumber daya air, khususnya dalam sistem penyediaan air minum dengan memberikan peranan kepada swasta. Hal itu terbukti dengan keluarnya PP No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum yang dalam Pasal 1 butir 9 menyatakan bahwa “Penyelenggara pengembangan SPAM yang selanjutnya disebut Penyelenggara adalah Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah, koperasi, badan usaha swasta, dan/atau kelompok masyarakat yang melakukan penyelenggaraan pengembangan sistem penyediaan air minum”. Padahal dalam Pasal 40 ayat (2) UU SDA sudah dinyatakan bahwa pengembangan SPAM adalah tanggung jawab Pemerintah/Pemerintah Daerah, sehingga Pasal 40 ayat (3) UU SDA menyatakan bahwa penyelenggara SPAM adalah BUMN dan/atau BUMD. Peran serta koperasi, badan usaha swasta dan masyarakat dalam pengembangan SPAM bukanlah untuk menggantikan tanggung jawab Pemerintah/Pemerintah Daerah melalui BUMN/BUMD seperti bunyi Penjelasan Pasal 40 ayat (4). Dengan demikian, Pasal 40 ayat (4) **memang merupakan swastanisasi terselubung** seperti terlihat dalam PP No. 16 Tahun 2005 yang merupakan implementasi Pasal 40 UU SDA.*

Bunyi Pasal 40(4) UU 7/2004 yang dimaksud oleh Hakim Mukhtie Fadjar adalah sebagai berikut:

(4) Koperasi, badan usaha swasta, dan masyarakat dapat berperan serta dalam penyelenggaraan pengembangan sistem penyediaan air minum.

Sementara penjelasannya berbunyi:

Ayat (4)

Dalam hal di suatu wilayah tidak terdapat penyelenggaraan air minum yang dilakukan oleh badan usaha milik negara dan/atau badan usaha milik daerah, penyelenggaraan air minum di wilayah tersebut dilakukan oleh koperasi, badan usaha swasta dan masyarakat

Pasal tersebut diatas dianggap sebagai “swastanisasi terselubung” oleh Hakim Mukhtie Fadjar karena masih memberikan kesempatan bagi swasta untuk berperanserta dalam SPAM, walaupun sebenarnya dalam penjelasan sudah diterangkan bahwa peranserta swasta dalam SPAM dalam UU 7/2004 itu terbatas apabila “*Dalam hal di suatu wilayah tidak terdapat penyelenggaraan air minum*” oleh BUMN/BUMD.

Sebagai catatan, posisi kami adalah tidak sepenuhnya menyetujui dan tidak sepenuhnya menolak posisi *dissenting opinion* Hakim Mukhtie Fadjar ini. Tidak sepenuhnya menyetujui, karena menurut hemat kami, swasta – dalam pengertian aktor non-negara- seperti PT, Yayasan, Koperasi, LSM dan sebagainya -- tetap harus diberikan kesempatan untuk berperanserta dalam SPAM ketika BUMN/BUMD belum mampu. Toh pada prakteknya ribuan instalasi air minum di pedesaan (air minum berbasis masyarakat) sudah dibangun lewat program donor.¹¹ Demikian juga, banyak proyek proyek suplai air baku yang sedang berusaha dijalankan oleh pemerintah. Adapun posisi kami tidak sepenuhnya menolak adalah karena pada prakteknya frasa “belum terjangkau” tersebut rawan untuk disalahgunakan. Misalnya, di beberapa daerah terdapat praktek-praktek konsesi dimana swasta menguasai seluruh *value chain* SPAM selama puluhan tahun.¹² Pandangan kami ini sejalan dengan pandangan mayoritas hakim dalam Putusan 2005:

*“Peran serta koperasi, badan usaha swasta, dan masyarakat hanyalah bersifat **terbatas dalam hal Pemerintah belum dapat menyelenggarakan sendiri**, dan Pemerintah masih tetap memungkinkan menjalankan kewenangannya dalam pengaturan, pelaksanaan, dan pengawasan dalam pengelolaan sumber daya air secara keseluruhan”*

Sampai disini, kita dapat memahami bahwa salah satu permasalahan utama dalam Judicial Review Tahun 2005 sebenarnya adalah persoalan SPAM. Walaupun tidak disebutkan secara langsung dalam Putusan 2015, persoalan SPAM ini sebenarnya merupakan salah satu kunci permasalahan yang diajukan oleh penggugat (PP Muhammadiyah):

¹¹ *ibid.*

¹² Mohamad Mova Al’Afghani, ‘The State Retreats and Never Returns: Consequences of Neoliberal Reforms on Administrative Law Protection in Indonesia’, *MSP Conference* (2014) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426804> accessed 20 August 2015.

“Faktanya terbukti dengan keluarnya Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (SPAM) yang pada Pasal 1 Butir 9 menyatakan, “Penyelenggara pengembangan SPAM adalah BUMN/BUMD, koperasi, badan usaha swasta, atau kelompok masyarakat”.”

Pasal 40 UU 7/2004 ini dilaksanakan juga oleh PP 16 Tahun 2005, khususnya lewat Pasal 64:

Pasal 64

*(1) Koperasi dan/atau badan usaha swasta dapat berperan serta dalam penyelenggaraan pengembangan SPAM **pada daerah, wilayah atau kawasan yang belum terjangkau pelayanan BUMD/BUMN.***

Terhadap Pasal 64 (1) diatas Penggugat (Muhammadiyah) dalam Putusan 2015 berargumentasi:

“Bahwa semangat privatisasi dengan pelibatan swasta dalam pengelolaan air minum dalam PP ini seperti yang terdapat dalam Pasal 37 ayat (3), Pasal 64 ayat (1), ayat (3) dan ayat (4) sangat bertolak belakang dengan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 37 ayat (1) PP Nomor 16 Tahun 2005 tentang SPAM ini, ditegaskan bahwa “pengembangan SPAM menjadi tanggung jawab Pemerintah atau pemerintah daerah dalam menjamin hak setiap orang dalam mendapatkan air minum bagi kebutuhan pokok minimal sehari-hari guna memenuhi kehidupan yang sehat, bersih dan produktif sesuai dengan peraturan perundangan””

Memang maksud dari pasal 64(1) PP 16/2005 ini belum jelas dan pada prakteknya menimbulkan masalah. Apa maksudnya “belum terjangkau”? Interpretasi “belum terjangkau” ini bisa bermacam macam, misalnya, sama sekali belum ada PDAM atau sudah ada PDAM tetapi tidak terjangkau pipa tersiernya, atau sudah ada PDAM tapi PDAM yang ada tidak mampu berinvestasi mengembangkan jaringan.¹³

Apabila ditinjau dari sisi *value chain* – dimana SPAM dapat dibedakan setidaknya menjadi *abstraction* (pengambilan air), *treatment* (pengolahan air), *distribution* (penyaluran) dan *billing/customer service* maka konteks dari frasa “belum terjangkau” tersebut tambah sulit. Pada prakteknya, banyak partisipasi swasta pada daerah yang sudah terjangkau, dalam artian sudah ada PDAM di Kabupaten/Kota tersebut, tetapi debatnya tidak mampu untuk memenuhi pertambahan jumlah penduduk dan pertambahan penggunaan air sedangkan pemerintah daerahnya tidak memiliki uang untuk memenuhi akses air. Swasta

¹³ Mohamad Mova Al’Afghani, *Legal Frameworks for Transparency in Water Utilities Regulation: A Comparative Perspective* (Routledge 2016).

terlibat dalam pembangunan suplai air baru di daerah yang “sudah terjangkau” ini, di bagian abstraksi.

Selanjutnya, kita akan menilai bagaimana “syarat tertentu dan ketat” ini diterjemahkan oleh RUU SDA (versi April):

Pasal 51

(1) Izin Penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha dengan menggunakan Air dan daya Air sebagai materi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 ayat (1) huruf b yang menghasilkan produk berupa air minum untuk kebutuhan sehari-hari diberikan kepada badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa dan dapat melibatkan pihak swasta yang bergerak dalam bidang industri air minum dengan memenuhi prinsip sebagaimana dimaksud dalam Pasal 46.

(2) Selain memenuhi prinsip sebagaimana dimaksud dalam Pasal 46, pelibatan pihak swasta sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memenuhi ketentuan:

a. surat izin penggunaan dan pengusahaan air dimiliki oleh badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa dalam jangka waktu yang disesuaikan dengan jangka waktu kerjasama antara badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa dengan pihak swasta yang bergerak dalam bidang industri air minum; dan

b. penyelenggaraan sistem penyediaan air minum yang dilakukan dengan kerjasama mengutamakan masyarakat berpenghasilan rendah.

(3) Dalam hal Sumber Daya Air baku merupakan mata air, surat izin penggunaan dan pengusahaan air dapat diberikan kepada pihak swasta yang bergerak dalam bidang industri air minum dengan jangka waktu yang disesuaikan dengan jangka waktu investasi pihak swasta.

(4) Keterlibatan pihak swasta yang bergerak dalam bidang industri air minum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan melalui:

a. bentuk kerjasama dengan jangka waktu tertentu sesuai dengan jangka waktu investasi pihak swasta;

b. pembentukan perusahaan antara badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa dengan pihak swasta yang bergerak dalam bidang industri air minum;

c. penyertaan modal badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa dalam perusahaan lain yang bergerak dalam bidang industri air minum; dan

d. penyertaan modal pihak swasta ke dalam badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa mengacu sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Definisi air minum dalam penjelasan Pasal 51 yang mencakup sistem penyediaan air minum dan AMDK sudah dibahas dan dikritik dalam Kertas Kerja CRPG Nomor 01/2018.

Pada intinya karena berbagai alasan kami mengusulkan bahwa definisi air minum seharusnya tidak mencakup diluar SPAM.

Tampak bahwa RUU SDA Pasal 51 diatas memberikan tiga penekanan: soal izin, kewajiban kerjasama dan pengecualian soal mata-air.

Soal izin (SIPA untuk SPAM) yang harus dipegang BUMN/BUMD, sebenarnya sudah menjadi patokan pemerintah sejak PP 122/2015 dikeluarkan. Skema ini membuat dua instrumen hubungan hukum: izin dari negara ke BUMN/D dan kedua, kontrak dari BUMN/D dengan swasta (skema ini memaksa swasta memasuki pola hubungan *business to business*). Konsekuensi dari sisi investasi dan swasta ada beberapa, misalnya: (a) perubahan pola hubungan pemerintah-badan usaha dalam sektor air, terutama dari sisi penjaminan, (b) *exposure* risiko lebih banyak kepada BUMN/BUMD (karena bisa dituntut oleh swasta) dan (c) ada kesempatan lebih untuk mempromosikan BUMN/D karena mau tidak mau swasta harus bekerjasama dengan mereka. Apabila definisi "swasta" diperluas kepada koperasi, perkumpulan berbadan hukum, yayasan dan sebagainya yang menyelenggarakan air berbasis masyarakat, maka konsekuensinya adalah banyak dari pelaku yang tidak mau dikonversi menjadi BUMDes akan tidak boleh memegang izin dan harus bekerjasama dengan BUMDes/BUMD. Hal ini juga akan memberikan kesulitan bagi penyediaan air bersih untuk kalangan sendiri, terutama bagi kalangan industri.

Butir 4c dari Pasal 51 mengenai penyertaan modal BUMN/D kepada swasta adalah rancu karena tidak ada kejelasan mengenai struktur permodalan dan apakah setelah disertakan modalnya bentuknya swasta murni atau BUMN/D/Des. Apabila bentuknya tetap "swasta" maka tetap tidak boleh pegang izin menurut Pasal 51(1), lalu pertanyaannya apakah kemudian perusahaan baru ini harus bekerjasama dengan BUMN/D yang memegang izin?

Perihal mata air (Pasal 51 ayat 3), pengecualian diatas tampak vulgar, mengapa mata air -- justru yang banyak menimbulkan masalah dan dianggap sebagai *res commune* -- izinya boleh diberikan kepada swasta sementara yang lain tidak?

Selanjutnya kita akan mengevaluasi Pasal 51 berdasarkan Putusan 2015 dan Putusan 2005.

Evaluasi Pasal 51 RUU SDA (versi April) berdasarkan Putusan MK 2015

Apakah formulasi Pasal 51 diatas memenuhi Prinsip Kelima dalam Putusan MK 2015? Dari sisi pemberian prioritas kepada BUMN/D memang Pasal 51 memberikan prioritas – dengan mewajibkan swasta bekerjasama dengan mereka, bahkan lebih jauh dari yang diperintahkan Prinsip Kelima dalam Putusan 2015.

Apakah formulasi Pasal 51 diatas memenuhi Prinsip Keenam dalam Putusan MK 2015? Dari tidak diberikannya izin kepada swasta (izin harus dipegang BUMN/BUMD), berarti swasta dilarang secara langsung ikut serta dalam SPAM, sementara Putusan MK Tahun 2015 (prinsip keenam) sebenarnya tidak langsung melarang swasta berpartisipasi dalam SPAM. Dengan demikian, Pasal 51 melampaui Putusan MK Tahun 2015. Kemudian, prinsip keenam adalah dalam konteks alokasi air dimana swasta masih diberikan “jatah”. Sedangkan Pasal 51 tidak berbicara dalam konteks ini, karena “jatah” airnya diberikan pada BUMN/BUMD, bukan pada swasta. Artinya dalam Pasal 51 ini, yang melakukan pengusahaan air adalah BUMN/BUMD, bukan swasta, sementara itu prinsip keenam justru hanya berlaku bagi swasta yang melakukan pengusahaan air (memegang izin pengambilan air, setelah melalui beberapa pembatasan dan ada ketersediaan air). Dengan demikian, posisi Pasal 51 dalam menafsirkan “syarat tertentu dan ketat” menjadi rancu.

Evaluasi Pasal 51 RUU SDA (versi April) berdasarkan Putusan MK 2005

Selain Putusan MK 2015, terdapat juga Putusan 2005 yang juga menjadi Pertimbangan Hukum Putusan 2015. Kita tidak boleh lupa bahwa: (a) Pasal 40 juncto PP 16 Tahun 2005 disebut sebagai “privatisasi terselubung” oleh Hakim Mukhtie Fadjar dalam Putusan 2005, (b) Putusan 2015 memuat PP 16/2005 sebagai PP yang menyebabkan UU 7/2004 dibatalkan dan (c) Penggugat (dalam hal ini Muhammadiyah) mengatakan bahwa “...semangat privatisasi dengan pelibatan swasta dalam pengelolaan air minum...” bertolak belakang dengan kewajiban hukum bahwa “...pengembangan SPAM menjadi tanggung jawab Pemerintah atau pemerintah daerah...”.

Apakah Pasal 51 masih mengandung semangat privatisasi? Jawabannya adalah “ya”, bahkan tidak terselubung lagi, melainkan kerjasama antara BUMN/D/Des dengan swasta secara langsung diatur. Padahal dalam Penjelasan Pasal 40 UU 7/2004, swasta hanya bisa masuk apabila “...dalam hal di suatu wilayah tidak terdapat penyelenggaraan air minum yang dilakukan oleh badan usaha milik negara dan/atau badan usaha milik daerah...”, sementara dalam Pasal 51 keterlibatannya lebih besar lagi. Tentu, bedanya adalah dalam hal izin, dalam Pasal 51 RUU SDA izin dipegang oleh BUMN/D sementara dalam Pasal 40 UU 7/2004 izin boleh dipegang langsung oleh swasta. Tapi, dalam Pasal 51 partisipasi swasta tidak dibatasi.

Kontrak-kontrak konsesi jangka panjang (puluhan tahun) yang menimbulkan masalah seperti di Jakarta juga terjadi dengan sekama *business to business*¹⁴ dan dengan adanya

¹⁴ K Bakker, ‘Conflicts over Water Supply in Jakarta, Indonesia’ in B Barraqué and E Vlachos (eds), *Urban Water Conflicts, an analysis on the origins and nature of water-related unrest and conflicts in the urban context* (UNESCO Working series SC-2006/WS/19 2006); Andreas Harsono, ‘Water and Politics in the Fall of Suharto’ [2006] The Center for Public Integrity <<http://www.publicintegrity.org/water/report.aspx?aid=52>>; Mohamad Mova

Pasal 51 ini, model Jakarta justru akan diberi kesempatan lebih besar lagi. Dengan demikian, masih terdapat resiko besar bahwa Pasal ini akan di Judicial Review, mungkin tidak oleh PP Muhammadiyah, tetapi oleh LSM-LSM yang melakukan Judicial Review pada tahun 2005.

Kesimpulan

Membaca berbagai argumentasi diatas, maka swasta seharusnya tetap diberikan izin mengelola air minum dengan “syarat tertentu dan ketat”. Kami ingin mengulang konstruksi penafsiran CRPG sebagaimana disebut diatas: **“...syarat-syarat tertentu dan ketat berlaku bagi seluruh perusahaan air, namun dalam hal tertentu terdapat parameter yang berbeda tergantung pada konteksnya: sumber daya atau pelayanan air, aktor, serta jenis sumber air.”**

Dalam hal ini, “konteks” yang sedang kita bicarakan adalah pelayanan air (SPAM), sementara aktornya adalah “swasta”. Dengan kedua konteks tadi, penafsiran “syarat tertentu dan ketat” dalam pelayanan air dimana negara melakukan delegasi kepada aktor bukan negara (swasta) seharusnya adalah sebagai berikut:

1. Memberikan parameter atas kemampuan Daerah dan BUMN/BUMD untuk memenuhi hak atas air dan baru memberi izin swasta apabila memenuhi parameter tidak mampu
2. Membatasi peranserta swasta kepada wilayah yang berada diluar jangkauan PDAM dan memberikan pengertian akan maksud dari “jangkauan” tersebut¹⁵
3. Memberikan batasan mengenai bagian mana saja dari *value chain* SPAM yang tidak boleh dikuasai oleh swasta karena merupakan hajat hidup orang banyak yang harus dikuasai oleh negara¹⁶
4. Memberikan batasan, dalam konteks bagian tertentu dari *value chain* SPAM diatas, mengenai jangka waktu yang diperbolehkan atas kerjasama dengan swasta.
5. Melarang pemutusan sambungan air karena ketidakmampuan membayar. Hal ini sudah ditegaskan dalam General Comment 15: *“The freedoms include the right to maintain access to existing water supplies necessary for the right to water, and the right to be free from interference, such as the right to be free from arbitrary disconnections or contamination of water supplies.”*¹⁷
6. Untuk mengantisipasi kenaikan tarif, mewajibkan tarif sosial diimplementasikan. Menurut Pelapor Independen: *“To meet human rights standards, the essential criterion is that*

Al’Afghani, ‘Anti Privatization Debate, Opaque Rules and Neglected ‘Privatised’Water Services Provision: Some Lessons from Indonesia’ (2011) <<http://ssrn.com/abstract=1885726>> accessed 15 December 2011.

¹⁵ Ketidakjelasan soal definisi jangkauan ini banyak mengakibatkan berbagai permasalahan. Liha tmisialnya *Komite Warga Sentul City Melawan Bupati Bogor* PTUN Bandung Putusan Nomor 75/G/2017/PTUN-BDG.

¹⁶ Al’Afghani (n 14); Mova Al’Afghani (n 12).

¹⁷ United Nations Committee on Economic Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 15 (2002), The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)’ (UN 2003).

tariffs and connection costs are designed in a way, including through social policies, that makes them affordable to all people, including those living in extreme poverty.”¹⁸

7. Mewajibkan kebijakan pembayaran tarif yang fleksibel (di belakang)
8. Memperoleh persetujuan masyarakat, baik pelanggan maupun calon pelanggan akan keterlibatan swasta beserta implikasinya.¹⁹ Menurut Pelapor Independen PBB: *“Both the strategy and the decision on delegation have to be adopted in a democratic, participatory and transparent process. In the view of the independent expert, the participation of all concerned must be active, free and meaningful. To enable genuine participation, this requires disclosure of adequate and sufficient information and actual access to information, referring in particular to the instruments that delegate service provision.”²⁰*
9. Tidak boleh mendiskriminasikan kelompok atau individu yang marginal (baik karena faktor ekonomi, usia maupun SARA)²¹
10. Seluruh dokumen mengenai keterlibatan swasta harus dipublikasikan. Menurut Pelapor Independen PBB: *“...any instruments that delegate service provision including contracts, and instruments that outline roles and responsibilities must be transparent, which requires the disclosure of adequate and sufficient information and actual access to information”;*
11. Dalam kasus *gated communities* pelayanan oleh swasta mutlak harus dengan persetujuan penduduk, apabila ada opsi lain untuk dilayani PDAM maka PDAM penduduk harus diberikan opsi untuk memilih layanan PDAM²²

Standar Hak Asasi Manusia mengenai keterlibatan swasta dalam sektor air ini sebelumnya pernah didiskusikan dalam pertemuan pakar di Jenewa yang dihadiri oleh penulis, bulan Januari 2010, dan menjadi masukan bagi Laporan Pelapor Independen PBB untuk Hak Asasi Manusia Atas Air Kepada Dewan HAM PBB yang dapat diunduh disini: <http://www2.ohchr.org/english/issues/water/iexpert/docs/A-HRC-15-31-AEV.pdf>

Standar diatas harus dijadikan masukan bagi para penyusun RUU SDA dalam menafsirkan “Syarat Tertentu dan Ketat” dalam sektor SPAM.

¹⁸ Catarina de-Albuquerque, ‘Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation, A/HRC/15/31’ (2010)

<<http://www2.ohchr.org/english/issues/water/iexpert/docs/A-HRC-15-31-AEV.pdf>> accessed 11 February 2011.

¹⁹ Philipp Turri, ‘Private Sector Participation in Water Services Provision’ <http://www.fes-globalization.org/geneva/documents/Private%20Sector%20Participation%20in%20Water%20Services%20Provision_Turri.pdf>.

²⁰ de-Albuquerque (n 18).

²¹ *ibid.*

²² *Komite Warga Sentul City Melawan Bupati Bogor* (n 15).

b. Sumber Daya Air

Antara Izin Usaha dengan Hak Guna Usaha

Seperti dikemukakan diatas, permasalahan terpenting dalam UU 7/2004 setelah air minum/SPAM adalah soal hak guna usaha air. Istilah “hak” dalam frasa ini banyak diperdebatkan mulai sejak RUU Sumber Daya Air (7/2004) disusun.

Menurut Mahkamah Konstitusi (2005):

Bahwa sumber daya air tidak hanya semata-mata dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari secara langsung, akan tetapi dalam fungsi sekundernya sumber daya air banyak diperlukan dalam kegiatan industri, baik industri kecil, menengah maupun besar dimana kegiatan tersebut dilakukan oleh pihak non Pemerintah. Sebagai unit kegiatan ekonomi, industri kecil, menengah, dan besar penting bagi usaha untuk meningkatkan taraf hidup masyarakat. Oleh karena itu, apabila kebutuhan sumber daya air oleh unit ekonomi tersebut tidak dicukupi akan mengakibatkan industri-industri tersebut berhenti beroperasi yang akan berpengaruh langsung kepada perekonomian masyarakat. Hak Guna Usaha Air dan izin pengusahaan merupakan sistem perizinan yang penerbitannya harus berdasarkan pada pola pengelolaan sumber daya air dimana penyusunan pola tersebut telah melibatkan peran serta masyarakat yang seluas-luasnya. Kinerja pengelolaan sumber daya air akan diawasi secara langsung oleh para pihak yang berkepentingan (stakeholders). Dengan adanya sistem perizinan ini justru pengusahaan atas sumber daya air akan dapat dikendalikan oleh Pemerintah. Permohonan izin baik untuk mendapatkan hak guna usaha maupun izin pengusahaan haruslah ditolak apabila pemberian izin tersebut tidak sesuai dengan pola pengelolaan sumber daya air yang telah disusun.

Dalam paragraf diatas, pendirian MK (2005) adalah sebagai berikut: (i) Pemenuhan kebutuhan air bagi industri adalah vital untuk menunjang operasi mereka dan kegiatan ekonomi pada umumnya (ii) Istilah hak guna usaha merupakan bagian dari sistem perizinan (bukan “hak” secara umum). Dengan demikian, menurut MK (2005) untuk kebutuhan usaha harus dipenuhi dengan “izin” usaha (iii) Apabila izin untuk pengusahaan air ini tidak sesuai dengan pola pengelolaan sumber daya air, maka harus ditolak.

Pendapat bahwasanya izin harus sesuai dengan pola pengelolaan SDA ditekankan oleh MK (2005) dalam paragraf berikut:

Izin yang diterbitkan baik oleh Pemerintah maupun Pemerintah Daerah harus selalu didasarkan pada pola pengelolaan sumber daya air yang disusun oleh Pemerintah pusat maupun Pemerintah Daerah. Swasta tidak dapat melakukan penguasaan atas sumber air

atau sumber daya air, tetapi hanya dapat melakukan pengusahaan dalam jumlah atau alokasi tertentu saja sesuai dengan alokasi yang ditentukan dalam izin yang diberikan.

Untuk membahas lebih lanjut, perlu dilihat pandangan Hakim Konstitusi Mukhtie Fadjar soal hak guna usaha air dalam *Dissenting Opinionnya*:

Pasal 9 ayat (1) yang berbunyi “Hak Guna Usaha Air dapat diberikan kepada perseorangan dan atau badan usaha dengan izin dari Pemerintah atau Pemerintah Daerah sesuai dengan kewenangannya”. Alasan pengabulannya ialah bahwa ketentuan tersebut merupakan kebijakan terselubung kebijakan privatisasi sumber daya air yang bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945. Seharusnya Hak Guna Usaha Air atau lebih tepat izin pengusahaan air seyogyanya hanya diberikan kepada Badan Usaha Milik Negara dan Badan Usaha Milik Daerah.

Tampak diatas bahwa menurut Hakim Mukhtie Fadjar UU &/2004 seharusnya dibatalkan saja pada Judicial Review tahun 2005 karena merupakan “privatisasi terselubung”. Menurut Hakim Fadjar izin pengusahaan air “...seyogyanya hanya diberikan kepada Badan Usaha Milik Negara dan Badan Usaha Milik Daerah.”.

Pandangan bahwa izin pengusahaan hanya boleh diberikan ke BUMN/BUMD ini tentu tidak mungkin dilaksanakan karena pengusahaan air dilakukan oleh hampir semua industri, mulai dari tukang jamu, tekstil, binatu, sampai pembangkit listrik tenaga air. Tidak mungkin apabila hanya BUMN/BUMD saja yang diperbolehkan menguasai cabang industri ini. Putusan MK 2015 menyadari hal ini dan dalam 6 prinsip dasarnya tidak melarang swasta terlibat dalam pengusahaan air, namun demikian lewat prinsip kelima, mewajibkan BUMN/D diprioritaskan.

Alokasi

Manifestasi dari prinsip dasar ke 6 MK (prioritisasi atas BUMN/D dan bahwa swasta hanya menerima “jatah” apabila masih ada air) ditemukan pada Pasal 49 RUU SDA Versi April 2018 ayat 2 dan 3:

(1) Penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 48 diselenggarakan berdasarkan rencana penyediaan Air dan/atau zona pemanfaatan ruang pada Sumber Daya Air yang terdapat dalam rencana Pengelolaan Sumber Daya Air dengan melibatkan para pemangku kepentingan terkait.

2) Penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha dapat dilakukan oleh perseorangan atau badan usaha berdasarkan izin dari Pemerintah Pusat atau Pemerintah Daerah sesuai dengan kewenangannya;

3) Pemberian izin sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan secara ketat dengan urutan prioritas:

- a. pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari bagi kelompok yang memerlukan Air dalam jumlah besar;
- b. pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari yang mengubah kondisi alami Sumber Air;
- c. pertanian rakyat di luar sistem irigasi yang sudah ada;
- d. penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha guna memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari melalui sistem penyediaan Air Minum;
- e. kegiatan bukan usaha untuk kepentingan publik;
- f. penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha oleh badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha milik desa; dan
- g. penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha oleh badan usaha swasta atau perseorangan.

Tampak dalam Pasal 49 diatas bahwa BUMN/BUMD/BUMDes diberikan prioritas ke-6, diatas kebutuhan usaha untuk swasta atau perorangan yang merupakan urutan terakhir (ketujuh).

Kerangka alokasi diatas memiliki beberapa kelemahan, diantaranya:

1. Izin air minum yang notabeneanya masuk dalam kebutuhan sehari-hari masuk kedalam izin perusahaan dan diberikan prioritas ke empat. Pendek kata, alokasi ini lebih mementingkan tanaman dan ternak ketimbang air minum PDAM. Hal ini sudah kami bahas mendetail dalam Kertas Kerja CRPG 01/2018
2. Kebutuhan air untuk industri kecil akan masuk kedalam kebutuhan untuk perorangan dan digolongkan dalam urutan prioritas yang sama dengan swasta, yakni prioritas terakhir (ketujuh). Dalam hal ini, air untuk BUMN/D akan lebih diutamakan ketimbang industri kecil. Padahal, kebutuhan air untuk industri-industri tertentu seperti pertambangan atau manufaktur bisa jadi sangat besar dan menurut pasal ini harus diprioritaskan ketimbang perorangan/industri kecil.
3. Tidak terdapat prinsip realokasi air dalam satu golongan prioritas. Misalnya, ketika prioritas 1-6 tercukupi tapi diantara swasta sendiri airnya tidak cukup, lalu dengan prinsip apa air tersebut akan dibagi?
4. Tidak dinyatakan secara eksplisit apakah alokasi berlaku pada satu unit DAS atau WS
5. Alokasi air tidak didasarkan pada *footprint* sehingga tidak efisien

Pasal 47

Izin penggunaan Sumber Daya Air untuk kebutuhan usaha dapat diberikan kepada pihak swasta setelah memenuhi syarat tertentu dan ketat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 46 ayat (1) huruf f, paling sedikit:

- a. sesuai dengan pola pengelolaan Sumber Daya Air dan rencana pengelolaan Sumber Daya Air;*
- b. berbadan hukum;*
- c. memenuhi persyaratan teknis administratif;*
- d. bekerjasama dengan Pemerintah Pusat dan atau Pemerintah Daerah;*
- e. mendapat rekomendasi dari pemangku kepentingan di kawasan Sumber Daya Air;*
- f. memberikan bank garansi yang besarnya disesuaikan dengan volume penggunaan air; dan*
- g. menyisihkan paling sedikit 10% (sepuluh puluh persen) dari laba usaha untuk konservasi Sumber Daya Air.*

Dalam Pasal 47 diatas terdapat berbagai permasalahan:

Pertama, tidak semua pengguna air untuk perusahaan berbadan hukum, contohnya adalah industri kecil dan perorangan. Pasal ini akan berdampak pada pelaku indsturi kecil dan rumah tangga.

Kedua, klausula kerja-sama dengan pemerintah tidak jelas. Maksudnya apakah melakukan perjanjian kerja sama dengan pemerintah? Apabila iya, maka ini tidak sesuai putusan MK 2005 dan 2015 karena pengambilan air instrumennya haruslah izin, bukan kerja-sama.

Ketiga, persyaratan bank garansi tidak jelas fungsi dan tujuannya. Bank garansi untuk apa? Apakah yang dimaksud adalah sebagai dana jaminan? Apabila bank garansi dimaksudkan untuk dana jaminan, maka eksekusi dari jaminan tersebut akan menemui kesulitan. Disini sifat dari sumber daya air berbeda dengan minyak atau tambang dimana kausalitas dari suatu kejadian dapat diisolir kepada pemegang izin. Misalnya dalam konteks air tanah, rusaknya sumber air tanah pada suatu aquifer sulit untuk dapat diatribusikan kepada satu pihak tertentu. Apabila dana jaminan ini untuk pencemaran air, maka sudah terdapat Peraturan Pemerintah Tentang Insentif Ekonomi yang mengaturnya.

Keempat, pemberian 10% laba usaha untuk konservasi juga tidak jelas arahnya. Apakah maksudnya melalui kegiatan CSR di tingkat daerah resapan air/hulu? Bagaimana kalau perusahaannya merugi?

Untuk memecahkan masalah ini, perlu mengingat kembali penafsiran CRPG atas "Syarat

Tertentu dan Ketat”: “...syarat-syarat tertentu dan ketat berlaku bagi seluruh **pengusahaan air, namun dalam hal tertentu terdapat parameter yang berbeda tergantung pada konteksnya: sumber daya atau pelayanan air, aktor, serta jenis sumber air.**”

Dalam hal ini konteks yang kita bicarakan adalah sumber daya (bukan pelayanan air). Dalam konteks sumber daya, perbedaan aktor tidak relevan. Artinya disini, untuk kepentingan masyarakat sekitar dan lingkungan, tidak relevan membicarakan swasta atau BUMN/D karena baik swasta maupun BUMN/D bisa saja mengambil air secara berlebihan datau merusak sumber dan kemudian menciptakan konflik dengan masyarakat sekitar.

Kami setuju dengan beberapa aspirasi yang berkembang agar “syarat tertentu dan ketat” dalam konteks Sumber Daya dikelompokkan menjadi: teknis dan administratif, sosial-budaya, ekonomi dan transparansi. Detail dari masing-masing kategori adalah sebagai berikut:

Teknis dan Administratif

1. Tergantung volume atau debit yang dimanfaatkan, wajib AMDAL atau UKL/UPL
2. Memperoleh rekomendasi teknis dari instansi terkait
3. Pemerintah wajib membuat kajian potensi
4. Pemerintah wajib membuat kajian neraca air
5. Izin sesuai dan mengacu pada kajian potensi dan neraca air
6. Izin sesuai dan mengacu pada pada Pola Pengelolaan dan Rencana Pengelolaan SDA (sama dengan Pasal 47 RUU SDA Versi April)
7. Izin menyebutkan kuota air
8. Kuota air yang tertera dalam izin dapat ditinjau apabila terdapa kesulitan air
9. Pemerintah wajib melakukan pemantauan berkala
10. Pemegang izin Wajib memasang meteran yang diinspeksi dan dikalibrasi secara berkala
11. Pemegang izin wajib membuat rencana penggunaan air

Tambahan khusus konteks air permukaan (Mata Air, Sungai, Danau, Embung):

12. Tidak boleh menghalangi akses orang untuk mengambil air untuk kebutuhan sehari-hari

Tambahan khusus konteks air tanah:

13. Pemerintah wajib membuat kajian hidrogeologis
14. Bagi pemegang izin, wajib memberikan akses untuk kunjungan masyarakat yang memperoleh rekomendasi dari pemerintah setempat tempat lokasi izin (desa atau kota)

Sosial Budaya

15. Apabila ada kenaikan debit, maka harus dilakukan konsultasi dan memperoleh persetujuan pemangku kepentingan
16. Tambahan khusus konteks *air tanah*: Pemegang Izin wajib memberikan akses kepada masyarakat sekitar sesuai dengan prosentase tertentu dari debit/izin
17. Tidak mengganggu aktivitas religius, budaya dan kearifan lokal (ditunjukkan dengan keberatan masyarakat sosial)

Ekonomi

18. Sesuai dengan kemampuan finansial, pemegang izin wajib berperanserta dalam melakukan konservasi areal hulu
19. Pemegang izin wajib membayar nilai perolehan air yang ditentukan oleh Pemerintah setempat sesuai dengan kewenangannya

Transparansi

20. Pejabat yang mengeluarkan izin dan pejabat yang melakukan pemantauan izin wajib mempublikasikan dalam *website* mereka seluruh dokumen terkait perizinan, termasuk didalamnya SIPA, hasil kajian hidrogeologis, hasil monitoring data debit, neraca air, hasil kajian potensi, AMDAL/UKL/UPL
21. Pejabat yang mengeluarkan izin wajib memberikan fotokopi dari seluruh dokumen terkait perizinan diatas kepada Kepala Desa tempat lokasi izin

Kesimpulan

Karena hampir semua sektor produksi menggunakan air, tidak mungkin apabila pengusahaan air hanya boleh dilakukan oleh BUMN/BUMD, seperti yang diusulkan oleh Hakim Mukhtie Fadjar. Mengharuskan pengusahaan air dilakukan oleh BUMN/BUMD sama saja dengan melakukan nasionalisasi atas hampir seluruh sektor produksi. Oleh karena itu, sebagaimana dalam Putusan MK 2005: *"...apabila kebutuhan sumber daya air oleh unit ekonomi tersebut tidak dicukupi akan mengakibatkan industri-industri tersebut berhenti beroperasi yang akan berpengaruh langsung kepada perekonomian masyarakat."*

Enam Prinsip Dasar MK harus dibaca dalam kerangka alokasi air, karena pada intinya 6 prinsip tersebut membuat prioritas kebutuhan air dimana air untuk kebutuhan usaha "swasta" berada dalam prioritas terakhir. Namun demikian tafsiran dari 6 Prinsip dasar dalam Pasal 47 RUU SDA Versi April masih mengandung kelemahan, diantaranya : izin air minum masuk kedalam kategori pengusahaan dan prioritasnya nomor empat; kebutuhan untuk industri kecil digolongkan sebagai prioritas terakhir sama dengan swasta apda umumnya dan alokasi air tidak berdasarkan pada footprint sehingga tidak efisien.

Frasa “syarat tertentu dan ketat” dalam putusan MK 2015 menimbulkan kebingungan. Terdapat dua konstruksi penafsiran, pertama yang menganggap syarat tertentu dan ketat dalam prinsip keenam berlaku umum dalam seluruh perusahaan air sedangkan konstruksi penafsiran kedua menganggap “syarat tertentu dan ketat” dalam dalam pembatasan keenam

merupakan kondisi tambahan yang secara spesifik berbeda dari kelima pembatasan sebelumnya. CRPG mengajukan konstruksi tersendiri untuk membaca syarat tertentu dan ketat tersebut: “...syarat-syarat tertentu dan ketat berlaku bagi seluruh perusahaan air, namun dalam hal tertentu terdapat parameter yang berbeda tergantung pada konteksnya: sumber daya atau pelayanan air, aktor, serta jenis sumber air.”

Dalam konstruksi ini, syarat tertentu dan ketat berlaku umum, namun terdapat konteks pelayanan air, sumber daya, aktor dan jenis sumber air dimana detail syarat-syarat tersebut bisa jadi berbeda. Dalam hal air minum (pelayanan air), CRPG menilai konteks aktor (swasta atau publik) memiliki pengaruh dan harus dipertimbangkan. Ketika aktornya adalah swasta, CRPG mengajukan 10 (sepuluh persyaratan) yang mana persyaratan ini diambil dari standar HAM internasional dan praktek privatisasi di Indonesia selama ini.

Sebaliknya, dalam hal sumber daya air, CRPG menilai bahwa aktor tidaklah relevan, karena baik swasta maupun BUMN memiliki potensi untuk mengambil air secara berlebihan dan menimbulkan konflik. Karena itu, CRPG mengajukan 21 persyaratan yang dikelompokkan kedalam kategori teknis administratif, sosial budaya, ekonomi dan transparansi dan dibedakan konteksnya sesuai sumber air (permukaan atau air tanah).

Secara teknis perundang-undangan, RUU SDA dapat merumuskan abstraksi dari syarat-syarat ini kedalam bahasa yang umum dan normatif dan kemudian 10 syarat untuk pelayanan air dan 21 syarat untuk sumber daya air tersebut dijabarkan dalam penjelasan. Untuk melaksanakan, perlu ada atribusi dari RUU SDA kepada peraturan yang lebih rendah untuk mendetailkan syarat-syarat tersebut.

5. Kesimpulan dan Rekomendasi

Penafsiran dari 6 (enam) Prinsip Dasar Mahkamah Konstitusi akan sangat tergantung kepada definisi dari tiga konsep berikut: “swasta”, “pengusahaan” serta “syarat tertentu dan ketat”. Kesimpulan dari hasil kajian kami mengenai ketiga konsep tersebut adalah sebagai berikut:

Istilah “swasta” atau “badan usaha swasta” masih belum jelas definisinya dan perlakuannya dalam RUU SDA versi April. Beberapa yang masuk kategori swasta bertujuan mencari keuntungan sementara beberapa lainnya seperti yayasan dan perkumpulan banyak yang bergerak dalam bidang penyediaan air minum di pedesaan dan tidak bertujuan mencari keuntungan. RUU SDA sebaiknya membedakan antara swasta yang mencari keuntungan dan swasta yang menyediakan air sebagai layanan dasar dan tidak mencari keuntungan.

Istilah “pengusahaan air” tidak pernah didefinisikan dalam UU SDA 7/2004 maupun PP 69/2014. Dalam penjelasan UU Pengairan 11/74 makna pengusahaan sebenarnya lebih jelas: “...bahwa usaha peningkatan kemanfaatan air dan atau sumber-sumber air itu ditujukan untuk mencari penghasilan yang langsung berupa uang”. Disini ada dua titik berat: *nilai tambah* dan *penghasilan berupa uang*. Tidak dijelaskan apakah uang disini maksudnya penghasilan saja (*income*) atautkah keuntungan (*profit*).

Perlu digarisbawahi bahwa dalam berbagai perundang-undangan seperti UU WDP 3/1982 dan Memorie van Toelichting RUU KUHD, yang dimaksud dengan perusahaan adalah entitas “...yang memperoleh keuntungan dan atau laba.” Definisi UU WDP/RUU KUHD sudah sejalan dengan RUU SDA Versi April: “...kegiatan bukan usaha” adalah kegiatan pemanfaatan air yang tidak bertujuan untuk memperoleh keuntungan secara materiil”. Namun demikian RUU SDA versi April masih mendefinisikan secara negatif.

Sehubungan dengan (i) pembatasan pertama dalam prinsip dasar MK 2015 (tentang air untuk kebutuhan sehari-hari) serta (ii) Putusan MK Tahun 2005 yang menyatakan bahwa PDAM seharusnya diposisikan “...bukan sebagai perusahaan yang berorientasi pada keuntungan...” maka kami mengusulkan agar pengambilan air untuk kebutuhan sehari-hari, baik oleh PDAM, PD-PAL serta air berbasis masyarakat (BPSPAM) **seharusnya tidak digolongkan sebagai perusahaan air.**

Mengenai pengertian “syarat tertentu dan ketat” terdapat dua konstruksi penafsiran, pertama yang menganggap syarat tertentu dan ketat dalam prinsip keenam berlaku umum dalam seluruh perusahaan air sedangkan konstruksi penafsiran kedua menganggap “syarat tertentu dan ketat” hanya berlaku dalam pembatasan keenam, sehingga merupakan kondisi tambahan yang secara spesifik berbeda dari kelima pembatasan sebelumnya. Penafsiran yang kami usulkan adalah: “...**syarat-syarat tertentu dan ketat berlaku bagi seluruh perusahaan air, namun dalam hal tertentu**”

terdapat parameter yang berbeda tergantung pada konteksnya: sumber daya atau pelayanan air, aktor, serta jenis sumber air.”

Dalam hal pelayanan air termasuk air minum, kehadiran aktor memberikan dampak bagi penguasaan negara: siapa yang **memberikan air** minum kepada masyarakat mengambil alih tugas negara untuk memenuhi (*right to fulfil*). Oleh karena itu, ketika pelayanan air dilakukan oleh swasta (privatisasi), CRPG mengajukan 10 (sepuluh persyaratan) yang mana persyaratan ini diambil dari standar HAM internasional dan praktek privatisasi di Indonesia selama ini. Sebaliknya, dalam hal sumber daya air, siapapun yang **mengambil air** tidaklah relevan, baik swasta maupun BUMN memiliki resiko yang sama untuk mengambil dalam jumlah berlebih dan memicu konflik. Oleh karena itu, syarat tertentu dan ketat harus berlaku bagi seluruh konteks perusahaan. CRPG mengajukan 21 persyaratan yang dikelompokkan kedalam kategori teknis administratif, sosial budaya, ekonomi dan transparansi dan dibedakan konteksnya sesuai sumber air (permukaan atau air tanah).

6. Tentang CRPG dan Penulis

Center for Regulation, Policy and Governance (<https://crpg.info>) merupakan lembaga penelitian yang berbasis di Bogor, Jawa Barat.

Mohamad Mova Al'Afghani (mova@alafghani.info) memperoleh Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2003); Magister dalam Hukum Eropa dan Internasional (LLM.Eur) atas beasiswa DAAD dari Universitas Bremen, Jerman (2008) dan PhD dalam Hukum Air (beasiswa pemerintah Skotlandia) dari Universitas Dundee, UK (2013). Saat ini menjadi dosen tetap di Universitas Ibn Khaldun Bogor, dosen tidak tetap MBA-ITB, Direktur di Center for Regulation, Policy and Governance (CRPG) serta Konsultan Regulasi untuk sektor privat dan publik. Mova terlibat dalam "Geneva Process" dalam merumuskan penerapan Hak Asasi Manusia Atas Air (2009-2011) dan beberapa kali dimintai masukannya oleh UN Special Rapporteur for Human Right to Water. Publikasi terakhirnya adalah buku berjudul "Legal Frameworks for Transparency in Water Utilities Regulation", diterbitkan oleh Routledge (2016).