

IMPLIKASI HUKUM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI TENTANG PENGUJIAN KONSTITUSIONALITAS UNDANG-UNDANG SUMBER DAYA AIR

LEGAL IMPLICATIONS OF CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS ON THE JUDICIAL REVIEW OF LAW ON WATER RESOURCES

Irfan Nur Rachman

(Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara serta Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi
Mahkamah Konstitusi RI, Jl. Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat, 10110, Indonesia,
email: irfan_nrachman@yahoo.com)

Naskah diterima: 8 April 2015, direvisi: 3 Juni 2015,
disetujui: 26 Juni 2015

Abstract

In the 2004 judicial reviews of Law Number 7/2004 on Water Resources, the Indonesian Constitutional Court has rejected several petitions with the Constitutional Court Decisions Number 058-059-060-063/PUU-II/2004 and the Constitutional Court Decisions Number 8/PUU-III/2005. Meanwhile, in 2013, the Constitutional Court received again applicants who repudiate the substances of the law, which has been then registered as Case Number 85/PUU-XI/2013. Different with the previous case, on this case, the Constitutional Court has won the request and finally come to the conclusion that the law is contrary with the 1945 State Constitution, thus, it has no binding legal force. The Decisions which mentioned as the Constitutional Court Decisions Number 83/PUU-XI/2013 which overall revoke Law Number 7/2004 on Water Resources bring about legal implications. Several implications of them require, among others, the re-enactment of Law Number 11/1974 on Water Territory which has been earlier revoked and the expansion of the Constitutional Court's authority in reviewing Government Regulation, and the formulation of concept of "water resources under state control."

Keywords: *constitutional court, constitutional court decision, judicial review, water resources, legal implications*

Abstrak

Pada 2004, terdapat beberapa permohonan yang menguji konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air dan telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi dengan Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan Nomor 8/PUU-III/2005. Pada 2013, ada sejumlah Pemohon yang kembali memperlakukan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air dan permohonannya dicatat dengan registrasi Perkara Nomor 85/PUU-XI/2013. Pada perkara ini, akhirnya Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Pemohon dan menyatakan bahwa Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat setelah pada pengujian sebelumnya Undang-Undang Sumber Daya Air dinyatakan konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi. Putusan Nomor 85/PUU-XI/2013 yang membatalkan secara keseluruhan Undang-Undang Sumber Daya Air memiliki beberapa implikasi hukum, yaitu pemberlakuan kembali Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Perairan yang telah dicabut, perluasan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji Peraturan Pemerintah, dan adanya perumusan konsep penguasaan negara tentang pengelolaan sumber daya air berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XI/2013.

Kata Kunci: mahkamah konstitusi, keputusan MK, uji konstitusional, sumber daya air, implikasi hukum

I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Seluruh makhluk hidup di muka bumi membutuhkan air. Sejak awal kehidupan, makhluk hidup terutama manusia telah memanfaatkan air untuk kelangsungan hidupnya, bahkan mutlak dibutuhkan manusia. Seiring dengan pertambahan penduduk dan perkembangan industri, kebutuhan manusia akan air cenderung meningkat. Berikut adalah manfaat sumber daya air sebagai pendukung kehidupan:¹

1. Sumber bahan pangan. Manusia dan hewan dapat memperoleh sumber makanan dari perairan, seperti berbagai jenis ikan, rumput laut, kepiting, udang, kerang dan lainnya.
2. Prasarana lalu lintas air antarpulau atau antarbenua. Wilayah yang didominasi oleh perairan sangat bergantung pada lalu lintas air, seperti adanya sungai atau laut inilah hubungan antarwilayah dapat terjalin.
3. Fungsi energi seperti pembangkit tenaga. Pergerakan air pasang dan surut dapat menghasilkan energi listrik. Selain itu, arus laut dapat dimanfaatkan sebagai energi pendorong perahu secara alami.

¹ 8 Manfaat Sumber Daya Air, (*Online*), (<http://www.artikellingkunganhidup.com/8-manfaat-sumber-daya-air.html>, diakses 23 Februari 2015).

4. Fungsi rekreasi. Kondisi pantai, danau, dan laut yang indah dan bersih difungsikan sebagai objek wisata.
5. Fungsi pengaturan iklim. Perbedaan sifat fisik air laut dan daratan dapat mempengaruhi gerakan udara (angin). Hal ini selanjutnya memanaskan perairan dan mengakibatkan penguapan kemudian turun sebagai hujan.
6. Sebagai tempat usaha perikanan. Manusia memanfaatkan perairan sebagai usaha perikanan, seperti tambak udang, pengembangbiakan kerang mutiara dan sejenisnya.
7. Sumber mineral, seperti garam, kalium karbonat, dan sejenisnya.
8. Sumber bahan tambang, seperti minyak bumi, timah, gas alam, dan sejenisnya.

Sumber Daya Air (SDA) Indonesia adalah yang terbesar di kawasan ASEAN. Namun kini pengelolaan SDA di Indonesia menunjukkan gejala yang semakin mengkhawatirkan, hal ini ditengarai dengan adanya berbagai masalah antara lain masalah banjir dan kekeringan yang semakin parah dari tahun ketahun, ditambah lagi konflik penggunaan air dan sumber daya air baik antarsektor dan antarwilayah yang semakin serius; kerancuan dan ketidakjelasan pembagian wewenang dan tanggung jawab pengelolaan sumber daya air, kinerja prasarana sumber daya air yang ada cepat mengalami penurunan, kurangnya perhatian kita terhadap aspek pengaturan, pengendalian dan pengawasan, semakin terbatasnya data dan informasi sumber daya air baik menyangkut kualitas dan kuantitasnya, serta kurangnya peran serta masyarakat. Hal tersebut harus diperbaiki melalui berbagai upaya baik aspek ketatalaksanaan, kelembagaan, maupun sumber daya manusianya. Menyangkut aspek ketatalaksanaan, masyarakat dunia telah menyadari bahwa pengelolaan SDA harus dilakukan secara menyeluruh dan terpadu dengan pendekatan wilayah sungai, yang dikenal dengan *Integrated Water Resources Management* (Prinsip IWRM).²

Mengingat pentingnya air sebagai sumber kehidupan seluruh makhluk hidup, maka pengaturan air pun tidak cukup hanya diatur oleh peraturan di tingkat Undang-Undang (UU), tetapi juga perlu diatur dalam konstitusi. Hal ini disadari betul oleh para pendiri negara kita. Oleh karena itu, tatkala merumuskan ketentuan tentang sumber daya alam dalam konstitusi, air merupakan komponen sumber daya alam yang mesti dimasukkan dan diatur dalam konstitusi. Pemikiran para pendiri negara kita (*the founding fathers*) ini telah melahirkan rumusan Pasal

33 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan, "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat."

Meskipun pada kurun waktu 1999-2002 UUD 1945 terdapat upaya untuk mengubah Pasal 33 UUD 1945 karena tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman, namun setelah mengalami perdebatan pemikiran yang cukup panjang dalam sidang BP MPR, maka ketentuan Pasal 33 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) tidak jadi diubah³. Bahkan Pasal 33 ini kemudian disempurnakan dengan menambah dua ayat baru, yaitu ayat (4) dan ayat (5) sehingga secara keseluruhan Pasal 33 UUD 1945 menjadi lima ayat.

Salah satu alasan yang melatarbelakangi kelahiran Pasal 33 ayat (4) karena di dalam Pasal 33 ayat (1) UUD 1945 yang memuat ketentuan asas kekeluargaan berpotensi disalahpahami dan disalahgunakan dalam praktiknya, sehingga perlu diimbangi dengan prinsip kebersamaan yang dimuat dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 yang menyatakan, "Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional". Dengan adanya prinsip kebersamaan dalam Pasal 33 ayat (4), maka asas kekeluargaan dalam Pasal 33 ayat (1) harus dipahami dalam pengertian yang luas, bukan lagi dalam pengertian organis, dalam wujud pelaku ekonomi yang harus berbentuk koperasi dalam arti badan usaha yang sempit. Di samping itu dengan adanya prinsip kebersamaan itu, asas kekeluargaan tidak disalahgunakan atau pun dijadikan guyonan seolah olah terkait dengan pengertian *family system* yang memiliki konotasi negatif.⁴

Ketentuan organik dari Pasal 33 UUD 1945 dituangkan dalam wujud UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (selanjutnya disebut UU SDA) yang mengatur secara rinci mengenai pengelolaan SDA. Perlunya pengaturan tentang SDA didasarkan pada pemikiran bahwa ketersediaan air cenderung menurun, sedangkan kebutuhan air cenderung meningkat. Oleh karena itu, pengelolaan SDA mesti dikelola oleh pemerintah, sehingga hak asasi warga negara atas air dapat terpenuhi.

Tak lama berselang sejak diundangkannya UU SDA, terdapat beberapa permohonan pengujian konstitusionalitas UU SDA dan telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) dengan Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-

² Latar Belakang, (*online*), (<http://www.tpsda.itb.ac.id/>, diakses 24 Februari 2015).

³ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: Kompas, 2010, hlm. 258.

⁴ *Ibid.*

III/2005. Dalam putusannya tersebut, MK menyatakan bahwa menolak permohonan Pemohon. Artinya UU SDA ketika itu masih dinyatakan konstitusional oleh MK.

Dalam pertimbangan hukumnya, MK menyatakan bahwa UU SDA telah cukup memberikan kewajiban kepada Pemerintah untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak atas air, yang dalam peraturan pelaksanaannya pemerintah harus memperhatikan pendapat Mahkamah dan jika tidak maka terhadap UU SDA tersebut dapat diajukan pengujian kembali (*conditionally constitutional*).⁵ Artinya konstitusionalitas UU SDA digantungkan pada peraturan pelaksanaannya, apabila peraturan pelaksanaannya tidak sesuai dengan pendapat Mahkamah, maka UU SDA dapat diuji kembali konstitusionalitasnya.⁶ Berikut pendapat Mahkamah selengkapnya.

"...UU SDA telah cukup memberikan kewajiban kepada Pemerintah untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak atas air, yang dalam peraturan pelaksanaannya Pemerintah haruslah memperhatikan pendapat Mahkamah yang telah disampaikan dalam pertimbangan hukum yang dijadikan dasar atau alasan putusan. Sehingga, apabila UU *a quo* dalam pelaksanaan ditafsirkan lain dari maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan Mahkamah di atas, maka terhadap UU *a quo* tidak tertutup kemungkinan untuk diajukan pengujian kembali (*conditionally constitutional*)."

Meskipun sifat putusannya konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), namun dalam amar Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005, MK menolak permohonan Pemohon.

Pada 2013 UU SDA diuji kembali ke MK dan diregistrasi dengan Perkara No. 85/PUU-XI/2013, tanggal 16 Oktober 2013 dengan Pemohon yang berbeda, namun materi muatan pasal/ayat yang diujikan kebanyakan sama dengan Perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara No. 8/PUU-III/2005. Namun syarat konstitusionalitas yang menjadi dasar permohonan berbeda, sehingga Permohonan Perkara No. 85/PUU-XI/2013 tidak memenuhi unsur *ne bis in idem*. Karena suatu permohonan pengujian UU dikatakan memenuhi

unsur *ne bis in idem* manakala permohonan diajukan terkait hal yang sama dengan syarat konstitusionalitas yang sama pula dengan permohonan pengujian UU yang telah diputus sebelumnya. Oleh karena itu terhadap suatu materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam UU yang pernah diputus oleh MK dapat dimohonkan kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda sebagaimana tertuang dalam Pasal 42 Peraturan MK No. 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian UU. Faktor pemicu yang mendasari pengujian UU SDA kembali oleh Para Pemohon dikarenakan Peraturan Pelaksana yang dibuat ternyata bertentangan dengan Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005.

Pada akhirnya melalui Putusan No. 85/PUU-XI/2013, MK membatalkan keseluruhan UU SDA karena Peraturan Pelaksana bertentangan dengan UUD 1945. Konstitusionalitas UU SDA digantungkan pada peraturan pelaksanaannya, maka manakala peraturan pelaksanaannya tidak sesuai dengan Putusan MK No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005, maka UU SDA menjadi inkonstitusional. Terlebih lagi pasal yang dibatalkan oleh MK merupakan pasal jantung dalam UUD SDA, sehingga jika MK tidak membatalkan UU SDA secara keseluruhan, materi muatan pasal/ayat lainnya dalam UU SDA tetap saja tidak memiliki daya guna.

Putusan MK ini tentunya menimbulkan beberapa implikasi hukum. Oleh karena itu penulis tertarik untuk membuat kajian pemikiran tentang Implikasi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pengujian Konstitusionalitas UU Sumber Daya Air.

B. Perumusan Masalah

Ada dua permasalahan yang akan dibahas dalam tulisan ini, yaitu:

1. Bagaimana implikasi hukum Putusan MK No. 85/PUU-XI/2013 tentang pengujian UU SDA?
2. Bagaimana konsep Pengelolaan Sumber Daya Air menurut Putusan MK No. 85/PUU-XI/2013?

C. Tujuan Penulisan

Tulisan ini bertujuan untuk mengetahui implikasi hukum Putusan MK No. 85/PUU-XI/2013 yang telah membatalkan secara keseluruhan UU SDA dan juga untuk mengetahui bagaimana konsep pengelolaan SDA menurut Putusan MK tersebut, sehingga para pembentuk UU dapat membuat UU SDA yang tepat sesuai pedoman yang telah ditentukan MK dalam putusannya. Meskipun rumusan masalah No. 2 merupakan salah satu implikasi hukum dari Putusan

⁵ Bagian Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan Nomor 8/PUU-III/2005 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.

⁶ Terdapat dua pembabakan fase Putusan konstitusional bersyarat, yaitu konstitusional bersyarat sebelum dan sesudah Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD.

MK No. 85/PUU-XI/2013, namun pembahasannya sengaja diuraikan terpisah agar pembahasan mengenai konsep pengelolaan sumber daya air dapat lebih jelas dan fokus.

D. Kerangka Teori

1. *Judicial Review*

Pengertian *judicial review* dalam *Black Law Dictionary* memuat beberapa arti, yaitu (1) *A Court's power to review the actions of other branches or levels of government; the court's power to invalidate legislative and executive actions as being unconstitutional.* (2) *The constitutional doctrine providing for this power.* (3) *A court's review of a lower court's or an administrative body's factual or legal findings.*⁷

Sementara itu, pengertian *judicial review* menurut Erick Barent, yaitu "*judicial review is a feature of a most modern liberal nstitutions. It refers to the power of the court to control the compatibility of legislation and executive acts of the term of the constitutions*".⁸ Dalam *The Encyclopedia Americana*, *judicial review* diartikan sebagai berikut. "*Judicial review is the power of the courts of the country to determine if the acts of the legislature and executive are constitutional, Acts that the courts declare to be contrary to the constitution are considered nul and void and threfore unenforceable*".⁹

Dari dua defenisi di atas, *judicial review* setidaknya memuat beberapa arti, yaitu.¹⁰

1. *Judicial review* merupakan kewenangan dari hakim pengadilan dalam kasus konkret di pengadilan.
2. *Judicial review* merupakan kewenangan hakim untuk menilai apakah *legislative acts, executive acts, dan administrative action* bertentangan atau tidak dengan UUD.

Menurut Jimly Asshiddiqie *judicial review* merupakan upaya pengujian oleh lembaga *judicial* terhadap produk hukum yang ditetapkan oleh cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, *ataupun yudikatif* dalam rangka penerapan prinsip '*checks and balances*' berdasarkan sistem pemisahan kekuasaan negara (*separation of power*).¹¹

Dalam perkembangannya, terdapat beberapa model pelembagaan *judicial review*. I Dewa Gede Palguna menyebutkan bahwa setidaknya ada dua model *judicial review*, yaitu :¹²

1. Model Amerika di mana pengujian UU tersebut terdesentralisasi pada semua tingkatan pengadilan. Artinya, masing-masing tingkatan pengadilan di Amerika mempunyai kewenangan untuk melakukan *judicial review*. Kewenangan final untuk menilai konstitusionalitas tindakan atau aktivitas dan interpretasi terhadap konstitusi ada di tangan Mahkamah Agung (*supreme court*). Tidak ada MK tersendiri yang dibentuk guna memenuhi kebutuhan *judicial review*.
2. Model Eropa. Pengujian UU model Eropa ini ditandai oleh dua ciri pokok: pertama, kewenangan pengujian UU itu dilaksanakan secara tersentralisasi atau terpusat, yakni oleh sebuah lembaga yang khusus dibentuk guna memenuhi kebutuhan tersebut, yaitu MK (atau yang disebut dengan nama lain); kedua, pengujian UU itu dapat dilakukan tanpa mempersyaratkan adanya kasus konkret terlebih dahulu melainkan cukup secara abstrak atau berdasarkan argumentasi teoritis (*in the abstract*).

Meskipun dikatakan pengujian konstitusional model Eropa, sesungguhnya dalam model ini terdapat beberapa variasi, yaitu:

- a. Model Austria (sering disebut juga model kontinental). Model ini juga menerapkan sistem terpusat suatu Mahkamah Konstitusi dibentuk dengan wewenang eksklusif mengontrol konstitusionalitas peraturan perundang-undangan.
- b. Model Jerman. Model inipun menerapkan sistem terpusat di mana Mahkamah konstitusi dibentuk dengan kewenangan eksklusif mengontrol konstitusionalitas UU maupun tindakan atau aktivitas yang bertentangan dengan konstitusi, namun semua pengadilan (lainnya) juga diberi kewenangan untuk dapat mengesampingkan UU yang dianggap bertentangan dengan konstitusi.
- c. Model Perancis. Model Perancis juga menerapkan sistem terpusat namun lembaga yang diberi kewenangan untuk itu bukan sebuah mahkamah/pengadilan melainkan sebuah dewan, yaitu Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*). Kewenangan dewan ini adalah melakukan pengawasan secara preventif untuk

⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, United States of America: Thomson Reuters, 2009, hlm. 924.

⁸ Erick Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Great Britain: Biddles Ltd, Guildford and King's Lynn, 1998, hlm.17.

⁹ *The Encyclopedia Americana* Vol.16, Cet.7 Canada: Grolier Limited, 1977, hlm. 236.

¹⁰ Fatmawati, *Hak Menguji (Toetsings Recht) yang Dimiliki hakim dalam Sistem Hukum Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005, hlm. 9.

¹¹ *Ibid.*, hlm. 10.

¹² I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review, dan Welfare State*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, hlm. 52.

memeriksa konstitusionalitas UU yang telah disahkan namun belum diundangkan. Oleh karena itu lebih tepat disebut *constitutional preview* bukan *constitutional review*.

Sementara itu, Jimly Asshiddiqie membagi *judicial review* ke dalam beberapa model, yaitu:¹³

a. Model Amerika Serikat

Dalam model ini, pengujian konstitusionalitas dilakukan sepenuhnya oleh Mahkamah Agung dengan status sebagai *the guardian of the constitution*. Menurut doktrin yang kemudian disebut doktrin John Marshall doktrin, *judicial review* juga dilakukan atas persoalan-persoalan konstitusionalitas oleh semua pengadilan biasa melalui prosedur yang dinamakan pengujian terdesentralisasi atau pengujian tersebar (*a decentralized or diffuse or dispersed review*) di dalam perkara lain yang sedang diperiksa oleh hakim dalam semua lapisan pengadilan. Pengujian konstitusional yang dilakukan secara tersebar itu bersifat spesifik dan termasuk kategori '*a posteriori review*'. Sedangkan Mahkamah Agung dalam sistem tersebut menyediakan mekanisme untuk kesatuan sistem sebagai *keseluruhan (the uniformity of jurisdiction)*. Dalam sistem yang tersebar, putusan-putusan yang diambil hanya mengikat para pihak yang bersengketa dalam perkara bersangkutan (*inter partes*), kecuali dalam kerangka prinsip '*stare decisis*' yang mengharuskan pengadilan di kemudian hari terikat untuk mengikuti putusan serupa yang telah diambil sebelumnya oleh hakim lain atau dalam kasus lain.

Dari segi kelembagaan, sistem pengujian konstitusionalitas yang dilakukan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat yang menganut tradisi hukum *common law*, Peranan hakim penting dalam proses pembentukan hukum menurut asas '*precedent*'. Bahkan hukum dalam sistem *common law* itu biasa disebut *judge-made law* atau hukum buatan para hakim. Oleh karena itu, ketika John Marshall memprakarsai praktik pengujian konstitusionalitas UU oleh Mahkamah Agung dan bahwa sejak masa-masa sebelumnya pun para hakim di semua tingkatannya di Amerika Serikat memang telah mewarisi tradisi pengujian atau mengesampingkan berlakunya sesuatu UU yang dinilai bertentangan dengan cita keadilan dalam memeriksa setiap perkara yang dihadapkan kepada mereka.

Lagi pula jumlah UU dalam tradisi hukum *common law* tidak sebanyak yang terdapat

dalam tradisi hukum *civil law* yang dari waktu ke waktu lembaga parlemennya terus memproduksi peraturan-peraturan tertulis. Oleh karena itu, penerapan sistem *judicial review* tidak memerlukan lembaga baru, melainkan cukup dikaitkan dengan fungsi Mahkamah Agung yang sudah ada.

b. Model Austria

Model Austria disebut juga *Continental Model* adalah model yang dikembangkan berdasarkan pemikiran Hans Kelsen pada tahun 1919-1920. Setelah idenya diadopsi ke dalam rumusan UUD pada tahun 1920, Mahkamah Konstitusi (*Verfassungsgerichtshof*) yang pertama dibentuk pada 1920. Proses pengujian konstitusionalitas dalam model ini, dikehendaki adanya pengadilan konstitusi yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung dengan hakim-hakimnya yang mempunyai keahlian khusus di bidang ini. Dalam menjalankan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian konstitusional terutama atas norma-norma yang bersifat abstrak (*abstract review*), meskipun pengujian atas norma konkrit juga dimungkinkan (*concrete review*). Bahkan dalam Model Austria ini, pengujian dapat bersifat *a posteriori (a posteriori review)* ataupun bersifat *a priori (a priori review)*.

Pada umumnya, pengujian memang dilakukan secara *aposteriori*, tetapi pengujian *a priori* yang bersifat preventif juga bisa dipraktikkan. Lembaga Mahkamah Konstitusi ini dibentuk sebagai satu-satunya organ yang berwenang menjalankan fungsi *constitutional review* dengan kedudukan yang tersendiri di luar Mahkamah Agung. Ini dibentuk sebagai satu-satunya organ yang berwenang menjalankan fungsi *constitutional review* dengan kedudukan yang tersendiri di luar Mahkamah Agung.

c. Model Constitutional Council Perancis

Model *Constitutional Review* di Perancis ini berbeda dengan tradisi negara-negara Eropa Kontinental lainnya. Model ini didasarkan atas bentuk kelembagaan Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*) untuk menjalankan fungsi pengujian konstitusionalitas. Pada mulanya, Perancis termasuk bersama-sama dengan Inggris dan Belanda dikenal sebagai penentang keras gagasan memberikan kewenangan kepada hakim atau pengadilan untuk melakukan pengujian konstitusionalitas atas UU. Namun dalam perkembangannya di kemudian hari, ide pengujian konstitusionalitas itu sendiri diterima, tetapi sebagai alternatifnya, sistem pengujian itu tidak dilakukan oleh hakim atau

¹³ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, hlm. 47.

lembaga peradilan, melainkan oleh lembaga non-peradilan. Oleh karena itu yang dirumuskan dalam Konstitusi Perancis bukanlah pengadilan melainkan *conseil* (dewan), sehingga dibentuk lembaga *Conseil Constitutionnel*, bukan *Cour Constitutionnel*.

Conseil Constitutionnel bukanlah pengadilan, melainkan lembaga politik, karena itu sebutannya *conseil* (dewan) bukan *cour* (pengadilan). Berbeda dengan pengadilan yang susunan keanggotaannya adalah ahli hukum dan berprofesi sebagai hakim, susunan keanggotaan *Conseil Constitutionnel* terdiri dari partai politik atau birokrat dan sebagainya, meskipun sebagian besarnya adalah ahli hukum. Memang pada hakikatnya fungsi-fungsi yang dijalankan oleh lembaga pengawal konstitusi ini bukanlah fungsi-fungsi peradilan dalam arti lazim. Dalam sistem konstitusi Perancis, lembaga ini lebih bersifat semi-peradilan. Yang diuji oleh dewan ini adalah rancangan UU yang telah disahkan atau telah mendapat persetujuan di parlemen, tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya, apabila muncul persoalan konstitusionalitas di dalamnya, maka Dewan Konstitusi lah yang harus memutuskannya bertentangan atau tidak bertentangan dengan UUD. Pengujian seperti dikenal juga dengan nama *constitutional preview*.

d. Model Campuran Amerika dan Kontinental

Di dalam sistem campuran ini, meskipun pengujian konstitusionalitas dilakukan secara terpusat di Mahkamah Konstitusi atau Mahkamah Agung, atau bahkan terpusat pada kamar tertentu (*special chamber*) dalam badan peradilan yang ada, semua tingkatan peradilan pun dapat menyampingkan berlaku suatu UU yang dinilai bertentangan dengan konstitusi.

e. Model Pengujian oleh *Special Chambers*

Pada model ini, pengujian konstitusionalitas diletakkan ke dalam fungsi badan-badan peradilan yang sudah ada dalam bentuk *special chamber*, yaitu mekanisme pengujian konstitusionalitas oleh kamar khusus di Pengadilan Tinggi, tetapi bukan di Mahkamah Agung seperti model Amerika Serikat.

f. Model Belgia

Belgia merupakan negara yang memiliki ciri-ciri tersendiri dalam mengorganisasikan fungsi pengujian konstitusionalitasnya. Fungsi pengujian konstitusionalitas diberikan oleh UUD Belgia kepada badan peradilan tertinggi di bidang arbitrase, yang disebut "*Court of Arbitration*". Salah satu jalan pikiran yang dikembangkan di balik itu ialah bahwa persoalan *constitutional*

review dilihat sebagai sengketa atau perselisihan konstitusional antar lembaga-lembaga negara yang terkait ataupun antar organ dengan warga negara.

Namun apabila dibandingkan dengan lembaga sejenis di lingkungan negara-negara lain, maka sebenarnya model kelembagaan yang dipraktikkan di Belgia itu memang tidak bersifat khusus untuk melakukan fungsi "*constitutional review*". Pelembagaan fungsi pengujian itu dikaitkan dengan badan-badan peradilan yang sudah ada dengan membentuk suatu kelembagaan tersendiri atau dengan membentuk kamar-kamar tersendiri (*special chambers*) di badan-badan peradilan yang sudah ada.

Di Belgia sendiri, Mahkamah Arbitrase konstitusional atau *The Court of Arbitration* itu mempunyai kedudukan yang tinggi seperti di Mahkamah Agung di banyak negara.

Pasca perubahan UUD 1945, Indonesia mengadopsi prinsip *judicial review* dalam sistem ketatanegaraannya. Prinsip *judicial review* ini kemudian dilembagakan dengan membentuk lembaga Mahkamah Konstitusi yang lahir pada amandemen ketiga perubahan UUD 1945. Negara Indonesia merupakan negara yang ke-78 yang membentuk Mahkamah Konstitusi tersendiri untuk melakukan fungsi *judicial review*.¹⁴ Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 Pasca Perubahan dan Pasal 10 ayat (1) huruf a sampai dengan d UU No. 24 Tahun 2003 *juncto* UU No. 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK), kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:

1. Menguji UU terhadap UUD 1945 (*judicial review*);
2. Memutus sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945;
3. Memutus pembubaran partai politik;
4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilu.

Sementara itu, berdasarkan Pasal 7A dan Pasal 7B Ayat (1) sampai dengan Ayat (5) dan Pasal 24C Ayat (2) UUD 1945 yang kemudian ditegaskan kembali dalam Pasal 10 ayat (2) UU MK, Mahkamah Konstitusi memiliki kewajiban untuk memberi keputusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum, atau perbuatan tercela, atau tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945. Dengan demikian, Negara Indonesia merupakan negara

¹⁴ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UI, 2004, hlm. 194.

yang ke-78 yang membentuk Mahkamah Konstitusi tersendiri untuk melakukan fungsi *judicial review*.¹⁵

2. *Judicial Activism* (Aktivisme Judicial)

Di dalam *Black Law Dictionary*¹⁶, "*judicial activism* memuat arti, "A philosophy of judicial decision making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent". Adapun menurut Greg Jones berpendapat mengenai definisi *judicial activism* sebagai berikut, "*judicial activism is any occasion where a court intervenes and strikes down a piece of duly enacted legislation*".¹⁷ Professor Lino Graglia juga berpendapat sebagai berikut, "By *judicial activism* I mean, quite simply and specifically, the practise by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institution that the Constitution does not clearly prohibit. In other word, the court is engaging in *judicial activism* when it reaches beyond the clear mandates of the Constitution to restrict the handiwork of the other government branches".¹⁸

Judicial activism dipahami sebagai proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda. Letak perbedaannya dengan pendekatan konvensional lebih pada filosofi pengambilan keputusan di mana hakim dapat menggunakan pandangan pribadinya tentang suatu kebijakan publik di samping mempertimbangkan faktor-faktor lain untuk memandu pengambilan putusan. Inti dari *judicial activism* adalah bahwa hakim menggunakan kekuatan diskresinya baik dalam hal menafsir konstitusi maupun dalam melakukan uji-coba suatu cara penemuan hukum tertentu. Menurut Christopher Wolfe, *judicial activism* merupakan evolusi dari *judicial review* dalam sejarah peradaban Amerika Serikat. Untuk lebih jelasnya, Wolfe menulis sebagai berikut.

"Judicial activism may be defined in terms of either the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. The definition on which I place the greater emphasis will be dissatisfying to most contemporary constitutional scholars, who subscribe to different conceptions of the nature of judicial power and of the evolution of judicial review in American history".

Sebagai hasil evolusi dari *judicial review*, menjadi jelas bahwa *judicial activism* terinspirasi dari makna

filosofis penafsiran konstitusi yang memandang bahwa konstitusi bukan sekadar katalog peraturan hukum, melainkan lebih sebagai pernyataan prinsip-prinsip pemerintahan konstitusional yang harus dijalankan. Inilah makna konstitusi yang hidup (*living constitution*), yaitu suatu konstitusi yang dapat diinterpretasikan secara dinamis sesuai dengan kebutuhan dan semangat perubahan di dalam masyarakat.¹⁹

3. *Public Trust Doctrine*

Public trust doctrine bermula dari salah satu ketentuan dalam Kode Justinian yang menyatakan:²⁰ "...[T]hese things are by natural law common to all: air, flowing water, the sea, and consequently the shores of the sea, if he abstain from injury to the villas, monuments and buildings there, because these are not governed by the law of nations as is the sea."

Ketentuan dalam kode itulah yang kemudian dikenal sebagai *Doctrine of the Public Trust* atau lebih populer disebut *public trust doctrine*. Berdasarkan doktrin ini, sungai-sungai yang bisa dilayari (*navigalerivers*), dan juga pelabuhan-pelabuhan, adalah *res publicae*; hak milik publik. Oleh karena itu, penguasaan atasnya adalah oleh negara.

Doktrin ini terus berkembang, terutama di Amerika, khususnya yang berkaitan dengan sumber daya air. James Huffman mencatat beberapa hal baru yang dimasukkan menjadi bagian dari *public trust doctrine*, antara lain: tata pengaturan tanah, air dan sumber-sumber kehidupan di negara-negara pantai, tata pengaturan dan habitatnya, pelestarian lahan publik tingkat federal, hak-hak kewarganegaraan untuk memanfaatkan lahan tanah bagi tujuan-tujuan budaya dan *relijiusitas* mereka. Menurut Huffman, perkembangan *public trust doctrine* telah menyentuh begitu banyak wilayah dimana "...the possibilities, it seems, are only limited by imagination". Bahkan pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat, dan juga konstitusi negara-negara bagiannya, telah makin meluaskan hak-hak publik atas SDA. Hampir-hampir saja terlihat bahwa *public trust doctrine* berkembang untuk kepentingan publik atas SDA ketimbang yang lainnya. Oleh karena itu, pada dasarnya *public trust doctrine* menawarkan dua gagasan pokok, yaitu pertama, air merupakan barang publik (*public good*); Kedua, negara menguasai SDA dalam kapasitasnya

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Bryan A. Garner, *Op.cit.*, hlm. 922.

¹⁷ Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review*, Vol. 92, 2004, hlm. 1464-1465.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 1465.

¹⁹ Pan Mohamad Faiz, 2009, Konstitusi dan Aktivisme Yudisial, (*Online*), (<http://panmohamadfaiz.com/2009/08/25/konstitusi-dan-aktivisme-yudisial/>), diakses 17 Maret 2015).

²⁰ Thomas Cooper, *The Institutes of Justinian*, New York: Hlsted & Voorhies, 2 ed., trans. & ed. 1841 sebagaimana dikutip oleh Randy T. Simmons, "Property and the Public Trust Doctrine," PERC Policy Series, issue number PS-39 2007, hlm. 4.

sebagai trustee (pemangku amanah) dari pemilik air (publik) atas SDA tersebut.²¹

II. PEMBAHASAN

A. Implikasi Hukum Putusan MK No. 85/PUU-XI/2013

1. Pemberlakuan Kembali UU No. 11 Tahun 1974 tentang Pengairan

Putusan No. 85/PUU-XI/2013 tentang Pengujian UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air yang telah membatalkan secara keseluruhan UU SDA. Untuk mengisi kevakuman hukum (*reicht vacuum*) di bidang pengelolaan sumber daya air. MK dalam amar putusannya telah memberlakukan kembali UU No. 11 Tahun 1974 tentang Pengairan (UU Pengairan). Dalam beberapa putusannya, MK pernah memberlakukan kembali suatu UU yang telah dicabut manakala terdapat suatu UU yang dianulir keberlakuannya. Misal, Putusan No. 28/PUU-XI/2013 tentang Pengujian UU No. 17 Tahun 2012 tentang Perkoperasian. UU Perkoperasian ini dibatalkan oleh MK dan agar tidak terjadi kekosongan hukum, MK dalam amar putusannya memberlakukan kembali UU No. 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian yang telah dicabut.

Pemberlakuan kembali suatu UU, yaitu UU Pengairan akibat Putusan MK yang membatalkan keseluruhan UU SDA membawa implikasi hukum baru. **Pertama**, UU Pengairan yang telah dicabut sejak 11 tahun yang lalu tentunya telah usang dan sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kebutuhan zaman. Terlebih lagi UU Perairan dibentuk sebelum era otonomi daerah sehingga tidak mengatur peran pemerintah daerah dalam pengelolaan SDA yang ada di daerahnya.

Lebih jauh lagi, UU SDA lahir pasca amendemen konstitusi yang telah memberikan otonomi kepada daerah untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan sebagaimana Pasal 18 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, "Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan" dan ayat (5) yang menyatakan, "Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh UU ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat." Dalam konteks ini, pengelolaan SDA yang diatur dalam UU SDA

telah memberikan ruang kepada pemerintah daerah untuk mengelola SDA yang ada di daerahnya sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 6 ayat (2) UU SDA, "Penguasaan sumber daya air sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diselenggarakan oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah dengan tetap mengakui hak ulayat masyarakat hukum adat setempat dan hak yang serupa dengan itu, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan peraturan perundang-undangan". Hal ini berbeda dengan desain UU Pengairan yang kala itu UUD 1945 belum menerapkan prinsip otonomi daerah seluas-luasnya sehingga memengaruhi corak aturan hukum yang berada di bawahnya, salah satunya UU Pengairan yang cenderung bersifat sentralisasi dengan menitikberatkan pengelolaan SDA oleh instansi pemerintah pusat maupun instansi pemerintah di daerah sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 4, "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". Pasal 5 UU Pengairan menegaskan kembali instansi yang berwenang mengelola air beserta sumbernya adalah menteri yang diberi tugas pengairan diberi wewenang dan tanggung jawab untuk mengoordinasikan segala pengaturan usaha-usaha perencanaan, perencanaan teknis, pengawasan, pengusahaan, pemeliharaan, serta perlindungan dan penggunaan air dan atau sumber-sumber air, dengan memperhatikan kepentingan departemen dan atau lembaga yang bersangkutan sebagaimana diatur dalam Pasal 5 UU Pengairan yang menyatakan, "Menteri yang diserahi tugas urusan pengairan, diberi wewenang dan tanggung jawab untuk mengoordinasikan segala pengaturan usaha-usaha perencanaan, perencanaan teknis, pengawasan, pengusahaan, pemeliharaan, serta perlindungan dan penggunaan air dan atau sumber-sumber air, dengan memperhatikan kepentingan Departemen dan atau Lembaga yang bersangkutan."

Dari persandingan tersebut menjadi jelas bahwa prinsip pengelolaan sumber daya air yang termuat dalam UU SDA dan UU Pengairan adalah berbeda. UU SDA menganut prinsip pengelolaan sumber daya air yang bersifat desentralisasi sedangkan UU Pengairan menganut prinsip pengelolaan air beserta sumbernya yang bersifat sentralisasi. Artinya spirit prinsip otonomi daerah seluas-luasnya terlihat jelas dalam Pasal 6 ayat (2) UU SDA dan tidak terlihat pada Pasal 5 UU Pengairan yang saat ini berlaku. Pasal 5 UU Pengairan menegaskan bahwa ketentuan ini telah usang. Bahkan boleh jadi Pasal 5 UU Pengairan

²¹ Hamid Chalid, (2009), "Hak Asasi Manusia Atas Air: Studi Tentang Hukum Air Di Belanda, India, dan Indonesia", Disertasi tidak diterbitkan, Depok: Ilmu Hukum Tata Negara, Program Pasca Sarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, hlm. 52-56.

Tabel 1.
Persandingan Antara UU No.7 Tahun 2004 dengan UU No.11 Tahun 1974²²

UU No 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air			UU No 11 Tahun 1974 tentang Pengairan			
Bab	Judul	Jumlah Pasal	Bab	Uraian	Pasal	Uraian
1	Ketentuan Umum	12	1	Pengertian	1	Defenisi
2	Wewenang & Tanggung Jawab	7	2	Fungsi	2	Air Sebagai Fungsi Sosial
3	Konservasi SDA	6	3	Hak Penguasaan & Wewenang	3	Hak Menguasai Oleh Negara
4	Pendayagunaan SDA	25			4	Wewenang Pemerintah
5	Pengendalian Daya Rusak Air	8			5	Menteri yang Ditugasi
6	Perencanaan	4			6	Wewenang Pemerintah Bila Terjadi Bencana
7	Pelaksanaan Konstruksi, O & P	2			7	Wewenang Dalam Pasal 4, 5, 6 Diatur oleh PP
8	Sistem Infomasi SDA	5	4	Perencanaan & Perencanaan Teknis	8	Perencanaan&Perencanaan Teknis & Prioritas Pemakaian
9	Pemberdayaan & Pengawasan	7			9	Penelitian dan Inventarisasi
10	Pembiayaan	5	5	Pembinaan	10	Tata Cara Pembinaan
11	Hak, Kewajiban & Peran Masyarakat	3	6	Pengusahaan	11	Pengusahaan Oleh Pemerintah
12	Koordinasi	3	7	Eksplorasi dan Pemeliharaan (E & P)	12	E&P
13	Penyelesaian Sengketa	2	8	Perlindungan	13	Perlindungan Air
14	Gugatan Masyarakat & Organisasi	3	9	Pembiayaan	14	Pembiayaan
15	Penyidikan	1	10	Ketentuan Pidana	15	Ketentuan Pidana
16	Ketentuan Pidana	3	11	Ketentuan Peralihan	16	Peralihan
17	Ketentuan Peralihan	2	12	Ketentuan Penutup	17	Berlakunya UU
18	Ketentuan Penutup	2				
	Total Jumlah Pasal	100		Total Jumlah Pasal	17	

bertentangan dengan Pasal 18 ayat (5) UUD 1945 karena pengelolaan SDA tidak dilaksanakan berdasarkan prinsip desentralisasi yang tertuang dalam Pasal 18 ayat (5) UUD 1945.

Masalah lain yang muncul akibat pembatalan UU SDA dan UU Perairan diberlakukan kembali salah satunya terkait dengan Bab tentang Ketentuan Umum yang memuat beberapa defenisi juga turut serta dibatalkan. Permasalahan terletak pada perbedaan defenisi. Misal, mengenai "Air" dalam UU SDA didefenisikan, "Air adalah semua air yang terdapat pada, di atas ataupun di bawah permukaan tanah, termasuk dalam pengertian ini air permukaan, air tanah, air hujan, dan air laut yang berada di darat", sedangkan defenisi "air" menurut

UU Perairan adalah semua air yang terdapat di dalam dan atau berasal dari sumber-sumber air, baik yang terdapat di atas maupun di bawah permukaan tanah, tidak termasuk dalam pengertian ini air yang terdapat di laut. Berdasarkan UU SDA, ruang lingkup "air" diperluas sehingga meliputi air permukaan, air tanah, air hujan, dan air laut yang berada di darat. Hal ini berbeda dengan defenisi "air dalam UU Perairan yang ruang lingkungnya terbatas. Perbedaan defenisi "air" antara UU Perairan dan UU SDA pastinya membawa implikasi hukum pada penyusunan Peraturan Pemerintah sebagai pelaksana UU Perairan. Secara sederhana dapat dipahami bahwa

²² Robert J. Kodoatie, *Kajian Undang-Undang Sumber Daya Air*, Yogyakarta: ANDI, 2005, hlm. 16.

defenisi air yang termuat dalam UU Perairan lah yang mesti dijadikan rujukan dalam membuat Peraturan Pelaksana UU Perairan, meskipun ruang lingkup pengertian "air" lebih sempit dari pengertian yang termuat dalam UU SDA yang dibatalkan. Selain itu, asas-asas dalam pengelolaan SDA yang turut dibatalkan perlu diredenisi ulang sesuai dengan pedoman pengelolaan SDA berdasar putusan MK.

Terlebih lagi sistem dan konsep pengelolaan SDA yang saat ini terbangun adalah sistem pengelolaan SDA yang didasarkan pada UU SDA. Pembatalan UU SDA oleh MK membuat sistem pengelolaan air harus kembali mengikuti sistem dan konsep pengelolaan berdasarkan UU Perairan yang telah dicabut 11 tahun lalu dan kini dihidupkan kembali oleh MK. Hal ini tentunya membuat satu permasalahan baru dalam pengelolaan sumber daya air. Oleh karena itu Pembentuk UU, dalam hal ini Presiden bersama DPR mesti secepatnya merumuskan UU SDA yang baru dengan memperhatikan rambu-rambu yang termuat dalam Putusan MK.

Jika dibandingkan antara UU Pengairan dan UU SDA, maka UU Pengairan hanya terdiri dari 17 Pasal sedangkan UU SDA memiliki 100 Pasal. Materi muatan kedua UU ini dapat dilihat pada tabel 1.

Dari persandingan kedua UU ini, terlihat bahwa UU SDA telah secara lengkap dan rinci mengatur tidak hanya pengelolaan SDA, tetapi meliputi juga prosesnya. Sebaliknya, materi muatan UU Pengairan hanya mengatur prinsip-prinsip umum dalam pengelolaan SDA. Padahal ruang lingkup pengelolaan SDA amat luas. Tidak hanya meliputi bidang pengelolaan SDA, tetapi juga meliputi proses pengelolaan SDA. Pengelolaan sumber daya air juga menyangkut kepentingan banyak sektor, daerah pengalirannya menembus batas-batas wilayah administrasi, dan merupakan kebutuhan pokok bagi kelangsungan kehidupan masyarakat.²³ Sehingga perlu dibuat banyak PP untuk dapat mengakomodir kebutuhan yang belum terdapat dalam UU Pengairan dengan berpedoman pada Putusan MK.

Kedua, Implikasi lain pemberlakuan kembali UU Perairan adalah berkaitan dengan dengan status konstitusionalitas UU tersebut. Sebagaimana diketahui bersama bahwa lazimnya ketika MK membatalkan keseluruhan UU, maka MK akan memberlakukan kembali UU lama yang telah dicabut demi mengisi kekosongan hukum, padahal UU yang diberlakukan kembali itu belum tentu konstitusional. Seperti halnya dalam Putusan No. 28/PUU-XI/2012 dimana MK membatalkan UU No. 17 Tahun 2012 tentang Perkoperasian dan memberlakukan kembali UU No. 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian. Begitu pula dalam Putusan No. 85/PUU-XI/2013,

MK membatalkan UU SDA dan memberlakukan kembali UU Perairan. Pemberlakuan kembali suatu UU yang telah dicabut karena UU yang telah mencabut itu telah dibatalkan MK, tidaklah menjamin bahwa UU yang diberlakukan kembali demi mengisi kekosongan hukum itu konstitusional. Untuk mengetahui tingkat konstitusionalitasnya, maka terhadap UU itu patut dilakukan pengujian, seperti halnya Pasal 5 UU Pengairan sebagaimana telah diuraikan di atas. Namun MK juga tidak dapat menilai konstitusionalitas UU Perairan jika tidak ada permohonan pengujian terhadap UU tersebut. Akan tetapi penulis menemukan bahwa di dalam UU Pengairan terdapat prinsip hukum yang masih relevan dan sesuai dengan Putusan MK. Artinya ketentuan tersebut adalah konstitusional. Hal ini tertuang dalam Pasal 11 ayat (2) UU Pengairan yang menyatakan, "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." Menurut ketentuan ini pengusahaan atas air harus memperoleh izin dari pemerintah. Hal ini bersesuaian dengan bagian pertimbangan hukum, paragraf [3.27] Putusan MK No. 85/PUU-XI/2013, yang menyatakan, "...pemanfaatan air di luar Hak Guna Pakai Air, dalam hal ini Hak Guna Usaha Air, haruslah melalui permohonan izin kepada Pemerintah yang penerbitannya harus berdasarkan pada pola yang disusun dengan melibatkan peran serta masyarakat yang seluas-luasnya. Oleh karena itu, Hak Guna Usaha Air tidak boleh dimaksudkan sebagai pemberian hak penguasaan atas sumber air, sungai, danau, atau rawa. Hak Guna Usaha Air merupakan instrumen dalam sistem perizinan yang digunakan Pemerintah untuk membatasi jumlah atau volume air yang dapat diperoleh atau diusahakan oleh yang berhak sehingga dalam konteks ini, izin harus dijadikan instrumen pengendalian, bukan instrumen penguasaan. Dengan demikian, swasta tidak boleh 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 oleh negara secara ketat."²⁴ Oleh karena itu, ketentuan Pasal 11 ayat (2) UU Pengairan yang mengatur tentang perizinan pengusahaan air telah sesuai dengan amanat putusan MK. Dengan demikian tidak semua pasal dalam UU Pengairan telah usang dan inkonstitusional, melainkan ada pula yang masih relevan dan konstitusional.

²³ Penjelasan UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.

²⁴ Paragraf [3.27] Putusan MK No. 85/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.

Di sisi lain, pemberlakuan UU Perairan yang telah dicabut 11 tahun lalu telah mendudukan MK sebagai *positive legislature*, padahal secara konseptual dan desain ketatanegaraan, MK diposisikan *negative legislature* karena kewenangannya hanya membatalkan atau menghapus norma yang secara nyata bertentangan dengan UUD 1945 sebagaimana tertuang dalam Pasal 57 UU MK yang menyatakan.

“Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa materi, muatan ayat, pasal, dan/atau bagian UU tersebut bertentangan dengan UUD 1945, materi muatan ayat, pasal, dan atau bagian UU tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat”;

Pergeseran kedudukan MK dari *negative legislature* ke *positive legislature* terjadi seiring menguatnya prinsip *judge made law* di bidang konstitusi. Menurut Christopher Wolfe, kenyataan inilah yang sekarang telah diterima di Amerika Serikat. Wolfe menyandarkan pernyataan itu setelah melihat aktivisme hakim dalam penafsiran konstitusi (*judicial activism*) yang berkebalikan dengan sikap yang mengharapakan hakim membatasi diri dalam sikap atau tafsiran (*judicial restraint*). Pernyataan inilah yang tampaknya dianut oleh hakim MK.²⁵

Sementara itu menurut K.C.Wheare, dalam beberapa kasus wewenang pengadilan untuk menafsirkan konstitusi berasal dari konstitusi atau dari watak fungsi kehakiman.²⁶ Berdasarkan Pasal 24 UUD 1945, “Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan”. Pasal ini kemudian dimanifestasikan ke dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman) yang menyatakan, “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.” Spirit sifat hakim yang aktif yang diejawantahkan dalam Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman berasal dari ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”. Oleh karena itu dalam banyak putusannya, MK seringkali melakukan aktivisme judicial untuk menerobos kebuntuan hukum yang ada. Sebagai peradilan konstitusi, MK juga memiliki mandat sebagai pengawal konstitusi sehingga ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang berlaku akan dilihat dan diartikan dalam kerangka

prinsip-prinsip dan spirit yang terkandung dalam UUD 1945 sedemikian rupa. Dalam konteks ini, pemberlakuan kembali UU Perairan oleh MK adalah sebagai upaya untuk mengisi kekosongan hukum akibat pembatalan UU SDA sekaligus menisbatkan MK tidak hanya sebagai *negative legislature*, tetapi juga sebagai *positive legislature*.

2. Perluasan Kewenangan MK

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, MK mempunyai empat kewenangan dan satu kewajiban, yaitu: MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

- 1) menguji UU terhadap UUD;
- 2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD;
- 3) memutus pembubaran partai politik; dan
- 4) memutus perselisihan hasil pemilihan umum.
- 5) memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Dalam perkembangannya, kewenangan MK dalam memutus perselisihan hasil pemilihan umum diperluas tidak hanya Pemilihan Umum anggota DPR, DPD dan DPRD serta Pemilihan Presiden, tetapi juga memutus perselisihan hasil pemilihan umum kepala daerah. Berdasarkan pasal 236C UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah bahwa Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi paling lama delapan belas bulan sejak UU ini diundangkan. Dengan diberlakukannya pasal tersebut penyelesaian sengketa Pemilu menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi dan Pemilu menjadi bagian dari rezim hukum Pemilu.²⁷

²⁵ Martitah, *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature*, Jakarta: Konstitusi Press, 2013, hlm. 176-177.

²⁶ K.C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Bandung: Nusa Media, 2014, hlm. 153.

²⁷ Pergeseran Pemilu menjadi bagian dari rezim hukum Pemilu ini juga tidak terlepas dari pengaruh Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 72-73/PUU/2004 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004. Meskipun dalam pertimbangan putusan tersebut dinyatakan bahwa Pilkada langsung tidak termasuk dalam kategori pemilihan umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22E UUD 1945 dan penyelenggaraannya dapat berbeda dengan Pemilu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22E UUD 1945, namun tiga hakim konstitusi yaitu H.M. Laica Marzuki, A. Mukthie Fadjar dan Maruarar Siahaan memberikan *dissenting opinion* (pendapat berbeda) yang mengkategorikan Pilkada sebagai bagian dari rezim hukum Pemilu.

Namun dalam Putusan No. 97/PUU-XI/2013, bertanggal 19 Mei 2014, pada akhirnya MK mengabulkan pengujian Pasal 236C UU No. 12 Tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah dan Pasal 29 ayat (1) huruf e UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman terkait kewenangan MK mengadili sengketa Pemilu. MK menilai kedua pasal itu bertentangan dengan UUD 1945 (inkonstitusional).²⁸ Akan tetapi kewenangan sengketa Pemilu masih menjadi kewenangan MK hingga ada UU yang mengatur peradilan khusus Pemilu. Meskipun dalam UU No. 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti UU No. 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota menjadi UU, pembentuk UU telah mengabaikan putusan MK dengan menyerahkan perselisihan hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Serentak menjadi kewenangan MK.

Bahkan kewenangan MK dalam mengadili perselisihan hasil pemilihan kepala daerah pada masa transisi sebelum terbentuk badan peradilan khusus, saat ini telah dimuat pada Pasal 157 ayat (3) UU No. 8 Tahun 2015 tentang Perubahan UU No. 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti UU No. 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota menjadi UU.

Di sisi lain, pada Putusan No. 85/PUU-XI/2013 secara tersirat MK telah memperluas kewenangannya dengan menguji konstitusionalitas produk hukum di bawah UU. Meskipun sifat pengujian Peraturan Pemerintah (PP) yang dilakukan bersifat terbatas karena tidak membatalkan peraturan tersebut. Artinya PP tersebut masih berlaku hingga ada peraturan yang menyatakan bahwa PP itu sudah tidak berlaku. Karena dalam konteks ilmu perundang-undangan, suatu produk hukum dinyatakan tidak berlaku apabila dicabut keberlakuannya oleh produk hukum yang sederajat atau produk hukum yang derajatnya lebih tinggi atau dibatalkan keberlakuannya oleh putusan pengadilan.

Kepentingan MK dalam perkara ini adalah menilai konstitusionalitas UU SDA dengan menilai

PP yang dikeluarkan apakah telah memenuhi enam prinsip dasar pembatasan pengelolaan sumber daya air. Jika PP tersebut mengabaikan enam prinsip sebagai pedoman dalam pengelolaan sumber daya air, maka UU SDA telah nyata bertentangan dengan konstitusi. Hal ini dapat dilihat pada pertimbangan hukum paragraf [3.28] sebagai berikut.

“...selanjutnya harus dipertimbangkan oleh Mahkamah, apakah peraturan pelaksanaan UU SDA telah disusun dan dirumuskan sesuai dengan penafsiran Mahkamah sehingga menjamin hak penguasaan negara atas air benar-benar akan terwujud secara nyata? Satu-satunya cara yang tersedia bagi Mahkamah untuk menjawab pertanyaan ini adalah dengan memeriksa secara seksama peraturan pelaksanaan dari UU SDA, dalam hal ini Peraturan Pemerintah. Dengan mengambil langkah ini bukanlah berarti Mahkamah melakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU melainkan semata-mata karena persyaratan konstitusionalitas UU yang sedang diuji digantungkan pada ketaatan peraturan pelaksanaan UU yang bersangkutan dalam mengimplementasikan penafsiran Mahkamah...”

Dengan dibatalkannya secara keseluruhan UU SDA dan pemberlakuan kembali UU Pengairan, maka terdapat sejumlah PP sebagai pelaksana UU SDA yang telah kehilangan dasar hukumnya. Oleh karena itu, semua PP yang merupakan pelaksanaan UU SDA perlu dicabut. Beberapa PP yang menurut MK tidak memenuhi 6 (enam) prinsip pengelolaan sumber daya air, yaitu:²⁹

- 1) PP No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum sebagai pelaksanaan Pasal 40 UU SDA;
- 2) PP No. 20 Tahun 2006 tentang Irigasi sebagai pelaksanaan Pasal 41 UU SDA;
- 3) PP No. 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 No. 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

Pendapat berbeda (*dissenting opinion*) itulah yang kemudian diakomodir oleh pembentuk Undang-Undang ke dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum dan Pasal 236C Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Kedua undang-undang tersebut mengategorikan Pemilu sebagai bagian dari rezim hukum Pemilu dan mengamanatkan kepada Mahkamah Konstitusi (MK) untuk mengadili sengketa hasil Pemilu. Agus Sahbani, 2014, MK Hapus Kewenangan Sengketa Pemilu, (*Online*), (<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5379f071d5173/mk-hapus-kewenangan-sengketa-pemilukada>), diakses 8 Agustus 2014.

28

²⁹ Paragraf [3.20] Putusan Nomor 85/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.

- 58 ayat (2), Pasal 60, Pasal 69, dan Pasal 76 UU SDA;
- 5) PP No. 38 Tahun 2011 tentang Sungai sebagai pelaksanaan Pasal 25 ayat (3), Pasal 36 ayat (2), dan Pasal 58 ayat (2) UU SDA;
 - 6) PP No. 73 Tahun 2013 tentang Rawa sebagai pelaksanaan Pasal 25 ayat (3), Pasal 36 ayat (2), dan Pasal 58 ayat (2) UU SDA;

Dalam pada itu, Putusan No. 85/PUU-XI/2013 telah memperkaya dan menambah khazanah perkembangan ilmu Hukum Tata Negara. Hal ini dikarenakan MK telah membatalkan suatu UU berdasarkan pengujian secara terbatas terhadap peraturan pelaksana dari UU terkait. MK tidak membatalkan peraturan pelaksana dimaksud bertentangan dengan UUD 1945 karena memang tidak memiliki kewenangan untuk itu. Berdasarkan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945, kewenangan untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU merupakan kewenangan Mahkamah Agung (MA). Terlebih pengujian yang dilakukan MA bukanlah pengujian konstitusionalitas norma, melainkan pengujian legalitas norma di bawah UU terhadap UU (*judicial review on the legality of regulation*)³⁰, sehingga apabila ada peraturan perundang-undangan di bawah UU yang bertentangan dengan konstitusi, maka untuk saat ini, tidak tersedia saluran hukumnya. Akan tetapi dengan pengujian secara terbatas terhadap PP sebagai pelaksana UU SDA maka telah membuka ruang bagi MK untuk mengadili konstitusionalitas suatu UU dan peraturan pelaksanaannya sepanjang konstitusionalitas UU itu digantungkan pada peraturan pelaksanaannya sebagaimana tertuang dalam Putusan MK No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005. Dikatakan pengujian secara terbatas karena MK tidak menyatakan bahwa Peraturan Pelaksana adalah batal (*null and void*), namun MK memberikan catatan bahwa Peraturan Pelaksana tersebut tidak memenuhi enam prinsip pengelolaan sumber daya air sebagaimana ditetapkan dalam putusan Mahkamah sebelumnya.

Dalam pertimbangan hukum Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005, MK telah menilai secara komprehensif konstitusionalitas UU SDA dan menyatakan bahwa UU SDA adalah konstitusional, namun jika peraturan pelaksanaannya tidak sesuai dengan kaidah yang dirumuskan dalam Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005, maka UU SDA dapat diuji kembali sebagaimana pertimbangan hukum yang selengkapannya sebagai berikut.

"...UU SDA telah cukup memberikan kewajiban kepada Pemerintah untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak atas air, yang dalam peraturan pelaksanaannya Pemerintah haruslah memperhatikan pendapat Mahkamah yang telah disampaikan dalam pertimbangan hukum yang dijadikan dasar atau alasan putusan. Sehingga, apabila UU *a quo* dalam pelaksanaan ditafsirkan lain dari maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan Mahkamah di atas, maka terhadap UU *a quo* tidak tertutup kemungkinan untuk diajukan pengujian kembali (*conditionally constitutional*)."

Dari kalimat, "...UU SDA telah cukup memberikan kewajiban kepada Pemerintah untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak atas air, yang dalam peraturan pelaksanaannya Pemerintah haruslah memperhatikan pendapat Mahkamah...", MK secara tersirat menegaskan bahwa UU SDA adalah konstitusional karena telah cukup memberikan kewajiban kepada pemerintah untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi hak atas air dengan syarat peraturan pelaksanaannya haruslah memperhatikan pendapat Mahkamah. Jika tidak MK dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa terhadap UU SDA dapat diajukan pengujian kembali.

Praktik yang dilakukan MK dalam Putusan No. 85/PUU-XI/2013 yang menilai bahwa peraturan pelaksana UU SDA telah mengabaikan putusan MK terdahulu, sehingga MK membatalkan UU SDA. Dalam posisi ini, menurut penulis MK telah menguji PP dari UU SDA secara terbatas dan secara tidak langsung pula MK telah menguji peraturan pelaksana dengan pasal UUD 1945 yang telah ditafsirkan MK. Dengan demikian MK telah memperluas kewenangannya tidak hanya menguji UU terhadap UUD 1945, tetapi juga menguji secara terbatas PP sepanjang konstitusionalitas suatu UU yang diuji digantungkan pada peraturan pelaksana dari UU tersebut.

Menurut Jimly Asshiddiqie, secara ideal, *judicial review* semua produk hukum merupakan kewenangan MK sebagaimana praktik di beberapa negara seperti Jerman dan Austria sehingga sistem *judicial review* terintegrasi, tersentralisasi, dan terkonsentrasi di satu lembaga, yaitu MK. Dengan demikian menjadi jelas perbedaan antara peradilan yang terkait dengan konflik hukum dalam *policy making*, dan peradilan yang terkait dengan konflik hukum dalam *policy executing*.³¹ Lagi pula hal ini menjadi penting karena boleh jadi suatu peraturan pelaksana sebuah UU tidak bertentangan dengan undang-undangnya, namun bertentangan dengan UUD 1945.

³⁰ Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.*, 2006, hlm. 7.

³¹ *Ibid.*, hlm. 43.

Sementara itu, pernah terjadi kemelut politik yang dipicu oleh Putusan MA No. 012/P/HUM/2009, No. 015/P/HUM/2009, dan No. 016/P/HUM/2009 yang me-review Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 terhadap UU Pemilu karena MA telah memberikan penafsiran yang berbeda dengan penafsiran yang dibuat KPU yang oleh KPU dituangkan dalam dalam Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 terkait dengan kontroversi "sisa suara dan Bilangan Pembagi Pemilih", sehingga ketentuan ini menjadi multitafsir. Partai yang merasa dirugikan akibat Putusan MA ini akhirnya mengajukan *judicial review* terhadap Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu. MK mengabulkan permohonan Pemohon dengan putusan konstitusional bersyarat. Artinya Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu adalah konstitusional jika sesuai dengan penafsiran MK. Dengan sendirinya, semua isi peraturan atau putusan pengadilan yang tidak sesuai dengan Putusan MK tersebut menjadi tidak berlaku karena kehilangan dasar pijakannya.³²

Putusan MK yang lahir setelah putusan MA atas penafsiran Pasal 205 ayat (4) telah mengesampingkan putusan MA atas penafsiran pasal dimaksud. Memang sejatinya MA bukan menguji Pasal 205 ayat (4), melainkan menguji peraturan KPU No. 15 Tahun 2009, tetapi sebenarnya isu hukumnya sama, yakni terkait dengan penghitungan suara tahap kedua. Hal inilah yang menjadi permasalahan hukum. Padahal putusan *judicial review* yang dilakukan kedua lembaga yudikatif ini sama-sama bersifat final dan mengikat. Oleh karena objek peraturan yang diuji di MK adalah UU yang menjadi landasan berpijak Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009, maka Putusan MK-lah yang dijalankan. Artinya penafsiran mengenai penghitungan kursi tahap kedua oleh KPU harus didasarkan oleh penafsiran Pasal 205 ayat (4) yang diputus oleh MK.

Adanya dua tafsir yang berbeda atas isu yang sama, yakni berdasar Putusan MA dan Putusan MK dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Terlebih lagi ada kesan bahwa putusan MA dibatalkan oleh Putusan MK, meskipun dalam pertimbangan hukumnya MK menyatakan tidak menilai atau menguji putusan MA maupun Peraturan KPU. MA yang telah melakukan pengujian terhadap Peraturan KPU telah melakukan tindakan menurut kewenangannya, begitupula KPU.

Oleh karena itu, penting ke depan membuat satu sistem *judicial review* dalam satu atap, yakni semuanya terpusat di MK sehingga dalam melakukan *judicial review* peraturan perundang-undangan yang posisinya berada di bawah UU, MK tidak hanya akan menilai legalitas dan koherensi peraturan tersebut,

tetapi juga akan menilai aspek konstitusionalitasnya. Dengan demikian peraturan perundang-undangan akan dinilai legalitas dan konstitusionalitasnya dengan UUD 1945 sehingga tercipta koherensi dalam peraturan-perundang-undangan dari level UUD hingga level peraturan yang derajatnya paling rendah.

B. Konsep Pengelolaan SDA

UU SDA adalah UU organik dari ketentuan Pasal 33 ayat (5) yang menyatakan, "Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam UU." Pembentuk UU menerbitkan UU SDA. Di dalam UU SDA ditegaskan bahwa pengelolaan air memiliki tiga fungsi, yaitu fungsi sosial, fungsi ekonomi, dan fungsi pengelolaan lingkungan hidup. Namun pada kenyataannya, seiring dengan tingkat kebutuhan masyarakat akan air, fungsi yang menguat adalah fungsi ekonominya ketimbang fungsi sosial dan fungsi pengelolaan lingkungan hidup. UU SDA dan peraturan pelaksanaannya telah menyebabkan berubahnya status air yang semula sebagai barang publik (*public goods*) menjadi barang privat/ekonomi (*private/economic goods*). *The United Nations Commission on Human Rights* telah mengadopsi Decison 1999/108 yang menyatakan, "hak atas air minum dan pelayanan sanitasi adalah hak asasi manusia". Demikian juga resolusi *Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* 1998/7 menyatakan, "hak atas air minum dan sanitasi untuk setiap laki-laki, perempuan dan anak-anak adalah prinsip fundamental dari persamaan, martabat manusia dan keadilan sosial". Selanjutnya dalam resolusi No. 2000/8 yang diadopsi *Sub-Commission on Human Right: "Promotion of the realization of the right to drinking water and sanitation"*. Dalam resolusi ini, Pasal 2 menyatakan:

"...[T]he effect that various obstacles linked to the realization of the right of everyone to drinking water supply and sanitation seriously impede the realization of economic, social and cultural rights, and that equality is an essential element for effective participation in the realization of the right to development and the right to a healthy environment."

Sehingga menghilangkan akses seseorang atas air tidak lain merupakan pelanggaran hak asasi manusia yang berkaitan dengan hak untuk hidup dan kemerdekaan serta keamanan pribadi yang sangat fundamental.³³

Namun, hak asasi masyarakat atas air ini kerap termarginalisasi kepentingan ekonomi dan industri, sehingga pengelolaan sumber daya air cenderung

³² Rita Triana Budiarti, *On The Record: Mahfud MD di Balik Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Murai Kencana, 2010, hlm. 122-123.

³³ Hamid Chalid, *Loc.cit.*, hlm. 15-16.

memihak pemilik modal dan abai terhadap fungsi sosialnya. Padahal air adalah *res commune*, dan oleh karenanya harus tunduk pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, sehingga pengaturan tentang air harus masuk ke dalam sistem hukum publik yang terhadapnya tidak dapat dijadikan objek pemilikan dalam pengertian hukum perdata.³⁴

Komersialisasi SDA saat ini telah sampai pada tahap yang mengkhawatirkan. Saat ini semua perusahaan air minum yang berjumlah 425 perusahaan, di bawah pengelolaan pemerintah daerah sekitar 10 juta sambungan rumah atau setara dengan 60 juta orang atau 25 persen dari total penduduk. Dari sisi volume, setara dengan 3,2 miliar liter pada 2013.³⁵

Jika dibandingkan dengan volume penjualan air minum dalam kemasan milik swasta mencapai 20,3 miliar liter. Tahun 2014, volumenya naik menjadi 23,9 miliar liter. Di sejumlah daerah, ketidakpuasan pelanggan masih mendominasi penanganan air bersih oleh PDAM. Di Kota Balikpapan, Kalimantan Timur, sekitar 17.500 pelanggan atau seperlima dari total pelanggan PDAM Balikpapan, kesulitan air bersih. Belum lagi penjualan air dalam bentuk kemasan yang sampai saat ini dijual dengan berbagai merk. Harganya pun bervariasi. Contohnya untuk satu botol air kemasan dengan volume netto 600 ml atau sama dengan 0,61 liter dijual dengan harga antara Rp2.000 hingga Rp6.000. Harga ini pun berbeda jika dijual di tempat tertentu, seperti hotel berbintang yang harganya hingga Rp20.000.³⁶

Di sisi lain, Keterbatasan pemerintah dalam mengelola SDA pada akhirnya mengundang pihak swasta untuk turut melakukan pengelolaan terhadap SDA. Bahkan swasta menjadi pihak yang mendominasi pengelolaan SDA dan mempengaruhi kebijakan pemerintah dalam membuat peraturan pelaksanaannya. Namun, terdapat kecemasan dan kekhawatiran dari beberapa pihak yang menganggap bahwa UU SDA bisa mengarahkan pada bentuk privatisasi dan monopoli sehingga rakyat kecil yang berhak atas air sebagai salah satu sumber kehidupan akan termarginalkan atau harus membayar dengan biaya tinggi.³⁷ Peraturan pelaksana UU SDA dianggap oleh sebagian orang yang menjadi Pemohon dalam perkara pengujian UU SDA telah mengabaikan kaidah hukum yang termuat pada Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005. Hal inilah yang memicu kembali pengujian UU SDA oleh sebagian orang/keompok. Pada akhirnya MK membatalkan keseluruhan UU SDA karena UU ini

tidak hanya telah mereduksi hak asasi warga negara atas air tetapi juga telah membiarkan fungsi ekonomi air lebih dominan ketimbang fungsi sosial dan fungsi pengelolaan lingkungannya sehingga telah memosisikan air cenderung sebagai barang privat (*private goods*) dan bukan lagi sebagai barang publik (*public goods*). Padahal air merupakan barang publik sehingga perlu dikuasai oleh negara agar ada jaminan terhadap pemenuhan hak asasi warga negara atas air.

Secara umum, penguasaan negara terhadap SDA diatur dalam Pasal 33 Ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan, "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat". Pasal ini memuat tiga hal penting, yaitu: (i) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya; (ii) Dikuasai oleh negara; (iii) dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Pengertian "bumi, air, dan seluruh kekayaan alam yang terkandung di dalamnya" harus ditafsirkan lebih luas, yaitu meliputi tanah, daratan, laut, dasar laut, dan tanah dibawahnya, termasuk di dalamnya menyangkut kekayaan di wilayah udara.³⁸ Adapun makna dikuasai negara, dalam beberapa putusannya MK telah menafsirkan dan memberikan makna terhadap frasa "dikuasai negara". Ada beberapa Putusan MK yang menggunakan Pasal 33 Ayat (2) dan Ayat (3) UUD 1945 sebagai batu uji, yaitu:

1. Putusan MK No. 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU No. 20 tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan.
2. Putusan MK No. 002/PUU-I/2003 mengenai Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.
3. Putusan MK No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU SDA.
4. Putusan MK No. 20/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.
5. Putusan MK No. 11/PUU-V/2007 tentang Peraturan Pemerintah No. 51 Tahun 1960 tentang Larangan Pemakaian Tanah Tanpa Izin Yang Berhak Atau Kuasanya.
6. Putusan MK No. 21-22/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.
7. Putusan MK No. 3/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian UU No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ "Negara Belum Siap Kelola Air", *Kompas*, 3 Maret 2015.

³⁶ Robert J. Kodoatie, *Op.cit.*, hlm. 106.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, hlm. 281-282.

8. Putusan MK No. 25/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.
9. Putusan MK No. 55/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian UU No. 18 tahun 2004 tentang Perkebunan.
10. Putusan MK No. 10/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.
11. Putusan MK No. 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi
12. Putusan MK No. 65/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak Dan Gas Bumi.
13. Putusan MK No. 113/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Akan tetapi dari ketigabelas Putusan MK tersebut, terdapat enam Putusan MK yang memuat konsep hak menguasai negara, yakni:

1. Putusan MK No. 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU No. 20 tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan.
2. Putusan MK No. 002/PUU-I/2003 mengenai Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.
3. Putusan MK No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.
4. Putusan MK No. 20/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 21-22/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.
5. Putusan MK No. 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.
6. Putusan MK No. 85/PUU-XI/2013 tentang Pengujian UU SDA.

Makna frasa “dikuasai negara” pertama kali ditafsirkan MK dalam Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003 perihal Pengujian UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan. Dalam putusan-putusan selanjutnya konsep makna frasa “dikuasai negara” dijadikan argumentasi hukum oleh MK dalam memutus perkara-perkara yang erat kaitannya dengan pengelolaan sumber daya alam. Artinya putusan tersebut telah menjadi yurisprudensi karena diikuti oleh para hakim konstitusi dalam memutus perkara serupa.

Dalam putusan ini, MK memaknai bahwa penguasaan negara dalam arti luas berasal dari kedaulatan rakyat Indonesia atas segala

sumber kekayaan bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, termasuk pula di dalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudendaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*). Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama pemerintah, dan regulasi oleh pemerintah (eksekutif). Fungsi pengelolaan (*beheersdaad*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau BUMN sebagai instrumen kelembagaan melalui mana negara c.q. pemerintah mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.³⁹

Dalam Putusan No. 36/PUU-X/2012, MK kembali menegaskan bahwa frasa “dikuasai negara” tidak dapat dipisahkan dari frasa “sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat”. Apabila kedua frasa ini tidak dikaitkan secara langsung dan satu kesatuan, maka dapat menimbulkan makna konstitusional yang kurang tepat. Boleh jadi negara menguasai sumber daya alam secara penuh tetapi tidak digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Oleh karenanya frasa “untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat” digunakan untuk mengukur konstitusionalitas penguasaan negara. Selanjutnya kelima peranan negara/pemerintah dalam pengertian penguasaan negara jika tidak dimaknai sebagai satu kesatuan tindakan, harus dimaknai secara bertingkat berdasarkan efektivitasnya untuk mencapai sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, sehingga tata urutan peringkat penguasaan negara adalah sebagai berikut.⁴⁰

1. Negara melakukan pengelolaan secara langsung atas sumber daya alam.

³⁹ Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan.

⁴⁰ Paragraf [3.12] Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

2. Negara membuat kebijakan dan pengurusan.
3. Fungsi pengaturan dan pengawasan.

Meskipun peringkat penguasaan di atas adalah dalam hal pengelolaan sumber daya alam, terutama minyak dan gas. Akan tetapi dalam konteks pengelolaan sumber daya air pun dapat digunakan peringkat yang serupa dan perlakuan yang sama dengan pengelolaan sumber daya alam. Dalam hal pengelolaan sumber daya air, peringkat pertama adalah pengelolaan secara langsung terhadap sumber daya air oleh negara sehingga pengelolaan secara langsung oleh negara akan menjamin hak asasi masyarakat akan air terpenuhi. Dengan demikian negara telah menyelenggarakan pengelolaan sumber daya air demi sebesar besar kemakmuran rakyat. Peringkat penguasaan kedua, negara membuat kebijakan dan pengurusan. Kebijakan dan pengurusan yang dibuat mestilah berorientasi sebesar-besar kemakmuran rakyat, sehingga kebijakan yang dibuat adalah untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfill*) kebutuhan dan hak asasi masyarakat terhadap SDA. Peringkat penguasaan yang ketiga adalah pengaturan dan pengawasan. Sepanjang negara memiliki kemampuan baik modal, teknologi, dan manajemen dalam mengelola sumber daya air maka negara harus memilih untuk melakukan pengelolaan secara langsung atas SDA tersebut.

Putusan No. 85/PUU-XI/2013, MK melakukan pembatasan dalam pengusahaan air secara ketat sebagai ikhtiar untuk menjaga kelestarian dan keberlanjutan ketersediaan air bagi kehidupan bangsa. Oleh karenanya pengelolaan sumber daya air mesti berpedoman pada enam pembatasan termuat dalam Putusan No. 85/PUU-XI/2013, sebagai berikut:⁴¹

1. 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;
2. 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. Harus mengingat kelestarian lingkungan hidup, sebab sebagai salah satu hak asasi manusia,
 4. 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;
 5. Sebagai kelanjutan hak menguasai oleh negara dan karena air merupakan sesuatu yang sangat menguasai hajat hidup orang banyak maka prioritas utama yang diberikan pengusahaan atas air adalah Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau Badan Usaha Milik Daerah (BUMD);
 6. 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 pengusahaan atas air dengan syarat-syarat tertentu dan ketat;

Keenam prinsip pengelolaan SDA mengindikasikan bahwa pengelolaan SDA bersifat mutlak diselenggarakan oleh negara, sedangkan swasta hanya mendapatkan peran sisa (residu) manakala pengusahaan atas air yang dilakukan oleh BUMN/BUMD sebagai perusahaan prioritas yang diberi amanat untuk melakukan pengusahaan atas air oleh negara, tidak dapat melakukan fungsinya tersebut. Pengusahaan dapat berbentuk:

- Penggunaan air pada suatu lokasi tertentu sesuai dengan persyaratan yang ditentukan dalam perizinan.
- Pemanfaatan wadiah air pada suatu lokasi tertentu sesuai persyaratan yang ditentukan dalam perizinan. Pemanfaatan wadiah air pada lokasi tertentu antara lain adalah pemanfaatan atau penggunaan sumber air untuk keperluan wisata air, olah raga arung jeram, atau lalu lintas air.
- Pemanfaatan daya air pada suatu lokasi tertentu sesuai persyaratan yang ditentukan dalam perizinan. Pemanfaatan daya air antara lain sebagai penggerak turbin pembangkit listrik atau sebagai penggerak kincir.

Oleh karenanya penempatan peringkat pertama penguasaan SDA adalah dalam bentuk pengelolaan oleh negara secara langsung atau melalui BUMN yang dibentuk oleh negara karena akan menjamin terpenuhinya hak asasi atas air bagi masyarakat.

⁴¹ Paragraf [3.19] sampai dengan Paragraf [3.24] Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004.

Berkenaan dengan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak, dalam Putusan No. 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (UU Migas), MK juga telah menafsirkan Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, "Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara". Dalam putusan ini MK membuat klasifikasi penguasaan atas cabang-cabang produksi, yaitu (i) cabang-cabang produksi itu penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak; atau (ii) penting bagi negara tetapi tidak menguasai hajat hidup orang banyak; atau (iii) tidak penting bagi negara tetapi menguasai hajat hidup orang banyak. Ketiganya harus dikuasai oleh negara dan digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Namun, terpulang kepada pemerintah bersama lembaga perwakilan rakyat untuk menilai apa dan kapan suatu cabang produksi itu dinilai penting bagi negara dan/atau menguasai hajat hidup orang banyak. Cabang produksi yang pada suatu waktu penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, pada waktu yang lain dapat berubah menjadi tidak penting bagi negara dan/atau tidak lagi menguasai hajat hidup orang banyak.⁴² Hingga saat ini, air merupakan sumber daya alam yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak sehingga penguasaan SDA oleh negara merupakan hal yang mutlak. Hal inilah yang tercermin dalam pedoman pengelolaan sumber daya air yang termuat dalam Putusan No. 85/PUU-XI/2013.

III. KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

Ada beberapa implikasi hukum Putusan No. 85/PUU-XI/2013, yaitu: *pertama*, MK telah memberlakukan kembali UU Perairan yang telah dicabut sejak 11 tahun yang lalu sebagai sarana untuk mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) yang ada pasca pembatalan UU SDA. Ternyata dalam UU Pengairan, terdapat pasal-pasal yang telah usang dan inkonstitusional karena tidak sesuai dengan spirit UUD 1945. Akan tetapi ada pasal-pasal yang masih relevan dan konstitusional karena sesuai dengan UUD 1945.

Kedua, MK secara tidak langsung telah memperluas kewenangannya menguji PP dengan enam prinsip pembatasan pengelolaan SDA yang

dirumuskan oleh MK dalam putusannya, meskipun dilakukan secara terbatas. Dalam konteks ini MK telah menguji konstitusionalitas PP dengan Pasal 33 UUD 1945 yang telah ditafsirkan MK baik dalam Putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan No. 8/PUU-III/2005 serta Putusan No. 85/PUU-XI/2013. MK tidak membatalkan PP tersebut karena memang bukan kewenangannya. Dalam praktiknya, boleh jadi ada produk hukum yang berada di bawah UU yang tidak bertentangan dengan UU melainkan bertentangan dengan konstitusi. Oleh karena itu penting untuk merekonstruksi kewenangan MK, sehingga MK tidak hanya diberi kewenangan menguji UU terhadap UUD 1945, tetapi juga menguji konstitusionalitas dan legalitas produk hukum dibawah UU terhadap UUD 1945 (sistem *judicial review* dalam satu atap).

Dalam beberapa putusannya, MK telah merumuskan makna frasa "dikuasai oleh negara" secara umum. Bahkan MK telah merumuskan tiga peringkat penguasaan negara dalam putusannya, yaitu (i) Negara melakukan pengelolaan secara langsung atas SDA. (ii) Negara membuat kebijakan dan pengurusan. (iii) Negara melakukan fungsi pengaturan dan pengawasan. Dalam hal pengelolaan SDA, selain perlu memerhatikan penafsiran umum makna frasa "dikuasai oleh negara", perlu juga memerhatikan enam prinsip pengelolaan SDA sebagaimana termuat dalam Putusan No. 85/PUU-XI/2013. Keenam prinsip pengelolaan SDA mengindikasikan bahwa pengelolaan SDA bersifat mutlak diselenggarakan oleh negara, sedangkan swasta hanya mendapatkan peran sisa (residu) manakala perusahaan atas air yang dilakukan oleh BUMN/BUMD sebagai perusahaan prioritas yang diberi amanat untuk melakukan perusahaan atas air oleh negara, tidak dapat melakukan fungsinya tersebut. Inilah yang menjadi konsep dan pedoman dalam pengelolaan SDA.

B. Saran

Perlu dilakukan pengujian konstitusionalitas terhadap UU Pengairan yang diberlakukan kembali oleh MK pasca pembatalan UU SDA, sehingga dapat diketahui mana pasal-pasal yang masih relevan dan konstitusional dan mana pasal yang telah usang dan inkonstitusional. Akan tetapi untuk menghindari pembatalan materi muatan ayat, pasal atau bagian dari UU pengairan, maka Pemohon perlu meminta kepada MK putusan konstitusional bersyarat. Hal ini merupakan upaya *win-win solution* untuk mencegah dan menghindari kekosongan hukum lebih lanjut yang diakibatkan jika permohonan pembatalan norma dalam UU Pengairan dilakukan secara rigid,

⁴² Bagian Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

yakni dengan pembatalan suatu norma tanpa syarat konstitusional tertentu. Dengan demikian hasil pengujian ini akan sangat membantu pembentuk UU dalam membuat UU SDA yang komprehensif dan sesuai dengan UUD 1945.

Pembentuk UU, yakni DPR bersama Presiden mesti segera membuat UU SDA yang baru dengan berpatokan pada pedoman dan kaidah hukum yang telah dirumuskan oleh MK dalam putusan-putusannya. Sambil menunggu Presiden dan DPR membuat UU SDA yang baru, maka perlu dibuat Peraturan Pelaksana dari UU Pengairan dengan berpedoman pada rambu dan kaidah yang dirumuskan MK dalam Putusan No. 85/PUU-XI/2013.

Dengan adanya pengujian PP secara terbatas oleh MK, hal ini dapat menjadi pintu masuk agar MK diberikan kewenangan menguji konstitusionalitas semua peraturan perundang-undangan dengan konstitusi karena boleh jadi bukan undang-undangnya yang bertentangan dengan konstitusi, melainkan peraturan yang posisinya berada di bawah UU lah yang bertentangan dengan konstitusi. Sementara MA tidak memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian konstitusionalitas produk hukum di bawah UU karena pengujian konstitusionalitas merupakan domain dari MK, tetapi MK tak bisa melakukan pengujian produk hukum yang berada di bawah UU karena bukan kewenangannya. Karenanya perlu dibangun sistem *judicial review* dalam satu atap, yakni di MK.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Asshiddiqie, Jimly. (2010). *Konstitusi Ekonomi*. Jakarta: Kompas.
- _____. (2006). *Model-Model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*. Jakarta: Konstitusi Press.
- _____. (2006). *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UI.
- Barendt, Erick. (1998). *An Introduction to Constitutional Law*. Great Britain: Biddles Ltd, Guildford and King's Lynn.
- Budiarti, Rita Triana. (2010). *On The Record: Mahfud MD di Balik Putusan Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Murai Kencana.

Fatmawati. (2005). *Hak Menguji (Toetsings Recht) yang Dimiliki hakim dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Garner, Bryan A. (2009). *Black's Law Dictionary*. United States of America: Thomson Reuters.

Kodoatie, Robert J. (2005). *Kajian Undang-Undang Sumber Daya Air*. Yogyakarta: ANDI.

Martitah. (2013). *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature*. Jakarta: Konstitusi Press.

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

The Encyclopedia Americana, Vol. 16. Cet. 7. Canada: Grolier Limited, 1977.

Wheare, K.C. (2014) *Konstitusi-Konstitusi Modern*. Bandung: Nusa Media.

Artikel dalam Jurnal atau majalah:

Kmiec, Keenan D. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, *California Law Review*, Vol. 92.

Artikel dalam Surat Kabar:

Negara Belum Siap Kelola Air, *Kompas*, 3 Maret 2015.

Dokumen Resmi:

- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Putusan Nomor 8/PUU-III/2005 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.
- Putusan Mahkamah Konstitusi 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Pengujian Pengujian Undang-undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

Disertasi:

Chalid, Hamid (2009). "Hak Asasi Manusia Atas Air: Studi Tentang Hukum Air Di Belanda, India, dan Indonesia". Disertasi tidak diterbitkan, Depok: Program Pascasarjana Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

Internet:

8 Manfaat Sumber Daya Air, (*online*), (<http://www.artikellingkunganhidup.com/8-manfaat-sumber-daya-air.html>, diakses pada 23 Februari 2015).

Faiz, Pan Mohamad. (2009). Konstitusi dan Aktivisme Yudisial, (*online*), (<http://panmohamadfaiz.com/2009/08/25/konstitusi-dan-aktivisme-yudisial/>, diakses 17 Maret 2015).

Latar Belakang, (*online*), (<http://www.tpsda.itb.ac.id/>, diakses pada 24 Februari 2015).

Sahbani, Agus. (2014). MK Hapus Kewenangan Sengketa Pemilukada, (*online*), (<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5379f071d5173/mk-hapus-kewenangan-sengketa-pemilukada>, diakses 8 Agustus 2014).