

Desain Konstitusional Hukum Migas untuk Sebesar-Besarnya Kemakmuran Rakyat

Constitutional Design for Oil and Gasses Law Which shall be used to the Greatest Benefit of the People

Ibnu Sina Chandranegara

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta
Jln. KH. Ahmad Dahlan, Cirendeu, Jakarta Selatan, 15419
Email: ibnusinach@gmail.com

Naskah diterima: 28/02/2017 revisi: 02/03/2017 disetujui: 15/03/2017

Abstrak

Tata kelola migas Indonesia diatur dan dituangkan dalam suatu undang-undang. Undang-undang migas pertama adalah UU No 44 tahun 1960. UU ini kemudian diganti menjadi UU No. 8 Tahun 1971 yang memberikan fungsi ganda kepada Pertamina yaitu sebagai operator dan regulator, sedangkan fungsi kebijakan dijalankan oleh pemerintah. Penggabungan dua fungsi ini dikenal sebagai sistem dua kaki. UU No. 22 Tahun 2001 untuk menggantikan UU No. 8 Tahun 1971. UU yang baru ini memisahkan fungsi regulasi dari Pertamina dan memberikannya kepada lembaga yang dikenal sebagai BPMIGAS yang saat ini diganti menjadi SKK Migas. Pemisahan ketiga fungsi ini dikenal sebagai sistem tiga kaki. Akan tetapi, UU No. 22 Tahun 2001 banyak menerima kritikan, terutama karena UU ini dinilai terlalu liberal. Misalnya, Pertamina sebagai perusahaan negara (NOC) harus bersaing secara terbuka dengan perusahaan asing (IOC) yang notabene mempunyai banyak kelebihan baik dalam teknologi, kapital, maupun manajemen resiko; sehingga UU ini sering dicap sebagai pro-asing karena UU No 22 tersebut ternyata lebih banyak memberikan kelonggaran kepada IOC. Alhasil, beberapa kelompok masyarakat maupun perorangan mengajukan gugatan kepada Mahkamah Konstitusi (MK) untuk meninjau kembali beberapa pasal. Sejak UU No 22/2001 disahkan, Mahkamah Konstitusi (MK) telah beberapa kali melakukan pembatalan terhadap pasal-pasal dalam UU tersebut, sehingga legalitas secara utuh dari UU tersebut dipertanyakan. Carut marutnya Tata kelola migas yang ada telah menyebabkan stagnasi berkepanjangan dalam industri migas nasional, bahkan lebih tepat telah menurunkan kinerja industri strategis ini. Penelitian ini dimaksudkan untuk memberikan uraian berkenaan dengan fondasi desain Hukum Migas berbasiskan arah dari putusan-putusan MK terkait UU No 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

Kata Kunci: Desain Konstitusional, Hukum Migas, Putusan Mahkamah Konstitusi

Abstract

Indonesian oil and gas governance and has set forth in a spesific law. The first oil and gas laws is Emergency Law No. 44 of 1960. This law was changed to the Law No. 8 of 1971 which provides a dual function, namely to Pertamina (NOC) as the operator and regulator, while the functions of the policy making implemented by the government. These two functions is known as 'two feet'. Oil and Gas Law No 22 of 2001 as new law start separating regulatory functions from Pertamina and give it to the state agencies known as BPMIGAS which is now changed to SKK Migasfor upstream and BPH Migas for downstream. These functions is known as 'three feet'. However, Oil and Gas Law No 22 of 2001 received a lot of criticism, because this law is considered too liberal. For example, Pertamina as a NationalOil Company (NOC) have to compete openly with a International Oil company (IOC) that in fact has many advantages both in technology, capital, and risk management; so this law is often labeled as pro-foreign as Oil and Gas Law No 22 of 2001 turned out to give more leeway to the IOC. As a result, Civil Society through NGO and individuals filed a lawsuit with the Constitutional Court (MK) to review most of the article which indicated unconstitutional norm. Since Oil and Gas Law No 22 of 2001 was passed, the Constitutional Court (MK) has has decided to null and avoidmost of the clauses in the Law, so that legality is in question. Bawdy Governance under existing oil and gas Law has led to prolonged stagnation in the national oil and gas industry, even more appropriately have lowered the performance of this strategic industry. This study is intended to provide a description with respect to create design based on the direction of the Oil and Gas Law of Constitutional Court Desicions

Keyword: *Constitutional Design, Oil and Gas Law, and Constitutional Court Decisions*

PENDAHULUAN

A. Latar belakang

Indonesia sangat bergantung kepada Minyak dan Gas Bumi. Tesis ini realitas yang tidak dapat dipungkiri bahwa Indonesia sangat bergantung kepada Sumber Daya Alam Minyak dan Gas Bumi. Berdasarkan Data dari Pertamina untuk Tahun 2013 tercatat bahwa total Kebutuhan Nasional untuk Minyak Bumi adalah sebesar 77,00 juta KL, sementara kemampuan produksi kilang nasional hanya 38,10 juta KL sehingga pada tahun 2013 tercatat defisit kebutuhan 38,9 juta KL atau sekitar 51%.¹ *Gap* kebutuhan minyak dengan kemampuan produksi ini diperkirakan akan cenderung stabil atau bahkan mengalami peningkatan jika tidak segera diambil langkah-langkah penyelematannya. Kondisi ini diperberat dengan adanya fakta bahwa performa cadangan dan produksi minyak bumi relatif menurun

¹ Rachmad Hardadi, *Kondisi Pasokan dan Permintaan BBM di Indonesia dan Upaya Pertamina dalam Pemenhuna Kebutuhan BBM Nasional*, 2015,

sejak puncak produksi minyak Indonesia ke-2, yaitu sebesar 1,6 juta *barrels per day* (bpd) tahun 1995, sehingga dengan asumsi tidak ada penemuan cadangan minyak bumi, maka usia minyak bumi Indonesia hanya sekitar 12 tahun (berdasarkan cadangan terbukti).² Akan tetapi, kondisi yang demikian itu, belum merubahn *mindset* bahwa kondisi cadangan minyak Indonesia saat ini berbeda dengan cadangan minyak pada era dulu yang relatif cukup berlimpah, sehingga Indonesia pernah mengalami *booming* pada tahun 1977 sampai tahun 2000. Dengan kapasitas produksi mencapai 1.6 juta MBOPD.³ Namun setelah itu tingkat produksi Indonesia cenderung menurun hingga Indonesia memilih keluar dari *Organization of the Petroleum Exporting Countries* (OPEC) dengan status *suspended* sejak Januari 2009.⁴ Tingginya ketergantungan Indonesia akan minyak bumi tersebut menunjukkan bahwa energi yang berupa minyak bumi adalah vital dan pembenahan tata kelola minyak bumi menjadi hal yang *urgent* untuk dilakukan dalam rangka menciptakan kedaulatan energi di Indonesia. Saat ini di Indonesia regulasi yang mengatur mengenai pengelolaan minyak bumi adalah Undang-undang No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (UU Migas). Selain menjadi payung hukum dalam pengelolaan minyak bumi UU Migas juga mengatur pengelolaan gas bumi.

Selama hampir 15 tahun berlaku sejak diundangkan pada tanggal 23 November 2001, UU Migas telah mengalami 4 kali pengujian di Mahkamah Konstitusi karena didalamnya terdapat pasal-pasal yang dianggap bertentangan dengan konstitusi Indonesia (UUD 1945) khususnya terkait Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD Tahun 1945, meskipun terdapat pula satu perkara yang dinyatakan tidak dapat diterima dikarenakan persoalan *legal standing*. Dalam 3 (tiga) kali *judicial review* yang⁵ setidaknya ada 16 pasal dari UU tersebut yang dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi, yaitu melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003/ sebanyak 3 (tiga) pasal dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012 sebanyak 13 (tigabelas). Secara garis besar materi yang dibatalkan melalui putusan Mahkamah Konstitusi tersebut terkait dengan: *Pertama*, Persoalan kelembagaan yang diatur di dalamnya, yang membuat kekuasaan pemerintah justru menjadi terbagi-bagi dan menjadi tidak efektif, tidak jarang juga terjadi *overlapping*

² Soemanto, Ariana. *Indonesia Pathway 2050 Calculator: Sektor Pasokan Energi Produksi Minyak, Gas dan Batubara*, 2014.

³ Industri Hulu Migas.Motor Penggerak Ekonomi Negeri, http://www.kompasiana.com/nfkaafi/industri-hulu-Migas-motor-penggerak-ekonomi-negeri_55284fa9f17e6180398b4570, Data di Up-load 14 Maret 2015.

⁴ Namun Indonesia tercatat telah mengaktifkan kembali keanggotaannya pada 1 Januari 2016 dalam OPEC melalui 168th Meeting of the OPEC Conference, *Indonesia facts and figures*, http://www.opec.org/opec_web/en/about_us/3194.htm. Diakses April 2016.

⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003/tertanggal 21 Desember 2004, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-V/2007 tertanggal 17 Desember 2007, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012/tertanggal 13 November 2012.

kewenangan di antara lembaga-lembaga tersebut. Beberapa lembaga yang ada pada UU MIGAS adalah Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM), Badan Pelaksana Minyak dan Gas Bumi (BP Migas), Badan Pengatur Kegiatan Hilir (BPH Migas) dan Pertamina. Persoalan ini menjadi semakin gawat ketika BP Migas yang didudukkan sebagai Badan Pelaksana justru dinyatakan inskontitusional oleh Mahkamah Konstitusi⁶. Kedudukan BP Migas pasca keputusan MK tersebut kemudian digantikan oleh Satuan Kerja Khusus Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (SKK Migas), namun kehadiran SKK Migas ini oleh banyak pihak dirasa masih belum efektif yang terlihat dari penurunan *lifting* minyak domestik yang terjadi.⁷

Kedua, Persoalan kontrak dalam UU MIGAS. Kontrak-kontrak yang mengacu pada UU MIGAS seolah-olah memiliki kekebalan terhadap perubahan legislasi yang terjadi di Indonesia. Implikasi terhadap hal tersebut bahwa perubahan legislasi yang ada tidak bisa mempengaruhi kontrak-kontrak yang telah terjadi. Konsekuensinya bahwa pemerintah harus menunggu jangka waktu kontrak tersebut habis untuk dapat melakukan tindakan penyesuaian. Hal ini menjadi persoalan tersendiri mengingat masa kontrak kerja sama sebagaimana diamanatkan UU MIGAS cukup lama yaitu paling lama 30 (tiga puluh) tahun dan dapat diperpanjang paling lama 20 (duapuluh) tahun yang kontrak itu terdiri atas jangka waktu eksplorasi maupun eksploitasi.⁸

Mengacu pada kondisi-kondisi yang telah diuraikan dalam latar belakang diatas, makapenyesuaian tata kelola Migas di Indonesia sebagai konsekuensi dan adaptasi atas:

1. Perubahan cadangan, kemampuan penyediaan dan kebutuhan Migas di Indonesia; dan
2. Pembatalan beberapa ketentuan vital dalam UU Migas 22 Tahun 2001 oleh MahkamahKonstitusi,

Oleh karena itu adalah sesuatu yang *urgent* untuk segera dilakukan melalui pembaharuan UU Migas No. 22 Tahun 2001, akan tetapi sebagai langkah awal menuju pembaharuan UU Migas tersebut dan mengacu pada Pasal 19 UU Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, perlu diketahui rambu-rambu konstitusional berkenaan dengan perumusan hukum tata kelola migas di masa depan. Tulisan ini di maksudkan penulis untuk memberikan

⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 36/PUU-X-2012 tertanggal 13 November 2012.

⁷ Buletin Parlemenaria, Komisi VII DPR: Masalah Kontrak Kerja Sama Jadi Isu Penting di RUU Migas, Edisi Nomor 855/III/2015 Volume IV/Maret 2015, hlm. 12.

⁸ Pasal 14 dan Pasal 15 UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi.

konsepsi desain konstitusional tata kelola migas melalui UU Migas yang baru dengan menggunakan Putusan-Putusan MK terdahulu sebagai cetak biru hukum migas Indonesia di masa depan.

B. Rumusan Permasalahan

Menggunakan identifikasi permasalahan di atas, maka hal yang hendak dijawab dalam penelitian ini adalah:

1. Apakah kaidah-kaidah konstitusional yang harus di taati dalam penyusunan UU Migas menurut putusan-putusan Mahkamah Konstitusi?
2. Pembaharuan-pembaharuan apa saja yang harus diakomodasi dalam UU Migas untuk meningkatkan efektifitas penguasaan, pengelolaan, dan pengusahaan kegiatan minyak dan gas bumi?

PEMBAHASAN

A. Realitas Hukum dan Konstruksi Kaidah Konstitusional Hukum Migas

Posisi UUD 1945 sebagai hukum dasar memberikan *legal consequence* bahwa setiap materi peraturan perundang-undangan yang berada di bawahnya tidak boleh bertentangan dengan materi-materi yang terdapat dalam UUD 1945. UUD 1945 yang menentukan garis besar, arah, isi dan bentuk hukum yang akan diberlakukan di Indonesia, termasuk arah kebijakan hukum dan politik hukum minyak dan gas bumi di Indonesia. Amandemen yang dilakukan pada tahun 2001 terhadap Pasal 33 UUD 1945 memuat dua tambahan pasal dan judul bab, yaitu terletak pada BAB XIV Batang Tubuh UUD 1945 dengan judul bab Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial dengan memuat 5 ayat. Menurut Kwik Kian Gie,⁹ amandemen yang dilakukan terhadap Pasal 33 UUD 1945 tersebut berkaitan dengan liberalisasi di sektor pengelolaan sumber daya alam. Rakyat yang sangat membutuhkan terpaksa harus membayar dengan harga tinggi, tidak ada lagi kewajiban negara dalam hal ini pemerintah untuk mengadakan secara gotong royong melalui instrumen pajak. Hal tersebut terjadi karena adanya perubahan orientasi hukum dimana yang berkembang adalah mekanisme pasar sempurna, liberalisasi, swastanisasi dan globalisasi. Bagaimanapun secara perlahan hal ini akan meminggirkan *elaborasi* gagasan nasionalisme dan patriotisme.¹⁰ Kemakmuran dan kesejahteraan yang dicita-citakan semakin jauh dari harapan, liberalisasi dan

⁹ Kwik Kian Gie, *Siasat Liberalisasi Ekonomi*, Reform Review (Jurnal untuk Kajian dan Pemetaan Krisis), Volume II Nomor 1 April-Juni 2008, h. 38.

¹⁰ *Ibid.*

mekanisme pasar telah diberlakukan sedemikian jauh dan melanggar pasal 33 UUD 1945. Demam liberalisasi yang menjelma dalam produk perundang-undangan di Indonesia merupakan pelaksanaan dari agenda-agenda ekonomi neoliberal yang telah dimulai sejak pertengahan 1980-an, antara lain melalui paket kebijakan liberalisasi, deregulasi, dan debirokratisasi. Namun, implementasinya secara massif menemukan momentumnya setelah Indonesia dilanda krisis ekonomi yang parah dan mengundang lembaga seperti IMF untuk memulihkan perekonomian nasional. Sebagai syarat untuk pencairan dana pinjaman, pemerintah Indonesia wajib melaksanakan program-program penyesuaian struktural (*structural adjustment program*) melalui penandatanganan *Letter of Intent* (LOI), yang salah satu butir kesepakatannya adalah liberalisasi tata kelola sektor-sektor strategis di bidang sumber daya alam.¹¹ Akibat yang paling nampak adalah Ketika sejumlah undang-undang yang berkaitan erat dengan Pasal 33 UUD 1945 hendak disahkan dalam Sidang Paripurna DPR pada masa transisi demokrasi, beberapa anggota dewan dari beberapa fraksi mengajukan *minderheidsnota* (nota keberatan), dengan alasan substansi sejumlah undang-undang itu bernisbat pada paham liberal yang ‘durhaka’ terhadap UUD 1945, khususnya pasal 33 yang mengatur soal perekonomian nasional.¹² Kendatipun disertai *minderheidsnota*, secara material sejumlah UU tersebut sah sebagai undang-undang sejak disahkan DPR dan sah secara formal setelah ditandatangani Presiden. Secara hukum, *minderheidsnota* tidak menghalangi atau membatalkan sebuah persetujuan yang disahkan oleh kuorum Undang-undang yang pengesahannya disertai *minderheidsnota* itu kemudian diajukan uji materi (*Judicial review*) oleh sejumlah kalangan ke Mahkamah Konstitusi (MK). Dari sejumlah undang-undang yang disebutkan di atas, hanya satu yang secara mutlak dibatalkan MK, yaitu UU No 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan.

¹¹ Penelitian M. Kholid Syeirazy, *Dibawah Bendera Asing: Liberalisasi Industri Migas di Indonesia*, (Jakarta: LPE3S, 2009) merupakan salah satu penelitian yang komprehensif meneliti perihal liberalisasi Migas, Penelitian Elli Ruslina dalam Disertasinya di Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang berjudul, *Pasal 33 Undang Undang Dasar 1945 Sebagai Dasar Perekonomian Indonesia:Telah Terjadi Penyimpangan Terhadap Mandat Konstitusi*, 2010 memberikan kesimpulan yang serupa perihal bahwa terdapat penyimpangan norma Pasal 33 dalam beberapa undang-undang di bidang ekonomi.

¹² UU Penanaman Modal No 25 Tahun 2007 (29 Maret 2007), F-PDIP dan FKB. Kedua fraksi meminta RUU PM ditunda pengesahannya karena terlalu liberal, proasing, dan tidak berpihak kepada kepentingan nasional. F. PDIP menilai pasal 22 mengenai fasilitas kemudahan perpanjangan HGU, HGB dan hak pakai tidak berdasarkan hukum dan melanggar UU No. 5 Tahun 1960 Pokok Agraria. UU Perkebunan No 18 Tahun 2004 (12 Juli 2004), melalui Sayuti Rahawarin (FPDU). Beberapa pasal harus di sempurnakan misalnya tentang HGU perkebunan dan HGB yang memungkinkan area perkebunan diubah menjadi perumahan. UU Sumber Daya Air No 7 Tahun 2004 (19 Februari 2004). Fraksi Reformasi, plus dua anggota FKKI. Total ada tujuh anggota DPR yang mengajukan keberatan, tetapi tidak dilakukan voting untuk mengesahkan. UU SDA dianggap bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945. UU Ketenagalistrikan No 20 Tahun 2002 (4 September 2002) Hartono Mardjono, Abdul Kadir Djaelani, Sayuti Rahawarin (Fraksi Perserikatan Daulatul Ummat (FPDU) dan Permadi. UU ini dianggap merugikan masyarakat sebagai konsumen dan bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945. UU Migas No 22 Tahun 2001 (23 Oktober 2001) 12 Anggota DPR dari berbagai fraksi, yaitu Hartono Mardjono, Dimiyati Hartono, Amin Aryoso, Sadjarwo Sukardiman, Suratul HW, Aries Munandar, Tunggal Sirait, LT Susanto, Rodjil Gufron, Abdul Kadir Djaelani, Posdam Hutasoit, dan S. Soeparni. Nota penolakan dari 12 anggota dewan itu berbunyi: tidak dapat menerima, tidak menyetujui, dan tidak ikut bertanggungjawab atas disahkannya UU Migas karena bertentangan dengan pasal 33 UUD 1945. [Ibnu Sina Chandranegara, Demam Demokrasi dan Realitas Hukum Migas, (Jakarta: Makalah dalam Seminar Nasional "Menemukan Desain Hukum Migas yang Merah Putih tanggal 8 Desember 2016) h. 2-3]

Menurut Subianto Tjakrawerdaja,¹³ pengelolaan minyak dan gas bumi berdasarkan Pasal 33 UUD 1945 harus memuat tujuh ciri konstitusional, yaitu: *Pertama*, perekonomian bertujuan untuk mencapai kemakmuran bersama seluruh rakyat, hal ini secara eksplisit dijelaskan dalam penjelasan Pasal 33 UUD 1945. *Kedua*, keikutsertaan rakyat dalam pemilikan, proses produksi dan menikmati hasilnya. Hal ini sesuai dengan rumusan yang terdapat dalam Pasal 33 ayat (1) dan ayat (4) UUD 1945. *Ketiga*, sesuai dengan prinsip Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 yaitu efisiensi berkeadilan, perekonomian perlu dijalankan dengan menggunakan mekanisme pasar yang berkeadilan yang didasarkan pada persaingan yang sehat dan peranan serta kewenangan negara untuk intervensi jika terjadi kegagalan pasar. *Keempat*, peran Negara harus dijamin, sebagaimana diamanatkan Pasal 33 ayat (1) dan ayat (3) UUD 1945 terutama dalam hal perencanaan ekonomi nasional, dalam membentuk dan menegakkan pelaksanaan undang-undang, dan dalam hal melaksanakan program pelayanan dan pemberdayaan masyarakat, pembebasan pajak, pemberian subsidi dan lainnya. *Kelima*, BUMN sebagai salah satu *soko guru* kegiatan ekonomi menguasai cabang-cabang produksi yang penting dan yang menguasai hajat hidup orang banyak. Ini jelas tertuang dalam Pasal 33 ayat (2) UUD 1945. *Keenam*, koperasi sebagai *soko guru* perekonomian rakyat harus diwujudkan dalam semangat kebersamaan dengan BUMN dan swasta, serta sebagai badan usaha ekonomi rakyat. *Ketujuh*, perekonomian nasional haruslah merupakan perwaju dan dari kemitraan yang sejajar antara koperasi, BUMN dan swasta. Prinsip ini termuat dalam Pasal 33 ayat (1) UUD 1945. Ciri-ciri konstitusional inilah yang semestinya diterjemahkan dalam seluruh rangkaian peraturan perundang-undangan pengelolaan minyak dan gas bumi.¹⁴ Sebesar-besarnya kemakmuran rakyat merupakan tujuan dari setiap pengelolaan dan penggunaan sumber daya alam nasional. Tujuan ini dipandang sebagai kepentingan yang tidak dapat diabaikan, sebab selain merupakan amanat konstitusi, juga didambakan oleh setiap warga Negara dan menjadi tanggung jawab negara sebagai konsekuensi dari hak menguasai negara itu sendiri. Oleh karena itu setiap perusahaan dan penggunaan sumber daya alam disesuaikan dengan tujuan (*doelmatig*).¹⁵

Sifat kesesuaian dengan tujuan dari perusahaan dan penggunaan sumber daya alam adalah mutlak dan tidak dapat diubah. Namun, hal tersebut tidak

¹³ Subianto Tjakrawerdaja, *Menunggu UU Induk Mengenai Perekonomian Nasional, Reform Review* (Jurnal untuk Kajian dan Pemetaan Krisis), Volume II Nomor 1 April-Juni 2008, h. 40.

¹⁴ *Ibid.* h.41

¹⁵ Syaiful Bakhril, *Migas Untuk Rakyat*, (Jakarta: Grafindo Persada, 2013) h. 54-55

berarti merupakan tujuan dari hukum.¹⁶ Tujuan dari hukum antara lain adalah adanya kepastian hukum terhadap sifat mutlak dan tidak dapat diubah tersebut. Dalam arti inilah kesesuaian hukum (*rehtmatigheid*) diletakkan pada pengusahaan dan penggunaan sumber daya alam untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Kemakmuran rakyat merupakan cita negara kesejahteraan yang harus diwujudkan oleh negara dan pemerintah Indonesia.¹⁷ Hak menguasai oleh negara atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya pada hakekatnya merupakan suatu perlindungan dan jaminan akan terwujudnya sebesar besarnya kemakmuran rakyat. Tetapi apabila hak menguasai oleh negara bergeser dari *beheersdaad* menjadi *eigensdaad* maka tidak ada jaminan hak menguasai oleh negara penggunaan objek sumber daya alamnya dipergunakan untuk sebesar besarnya kemakmuran rakyat.

Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi yang telah menerima, 4 (empat) kali menerima permohonan *judicial review* UU Migas baik terkait keseluruhan pasal maupun beberapa pasal yang dimohonkan uji materi. Permohonan uji materi pertama diterima MK pada 15 Oktober 2003, diputus pada 21 Desember 2004. Permohonan uji materi kedua diajukan pada 10 April 2007, diputus pada 13 Desember 2007. Putusan uji materi kedua belum masuk ke pokok perkara karena *legal standing* pemohon tidak diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Permohonan uji materi ketiga diajukan 29 Maret 2012, diputus pada 5 November 2012. Permohonan uji materi keempat diajukan pada 22 Juni 2012, diputus pada 26 Maret 2013. Beberapa pokok putusan MK memberikan rambu-rambu konstitusional berkenaan dengan pengelolaan hukum pengelolaan Migas.

1. Putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003

Putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 tentang uji materi UU Migas menegaskan kembali pendirian MK terkait penafsiran Pasal 33 UUD 1945 dan frase-frase kuncinya seperti “dikuasai oleh negara” dan “dipergunakan untuk sebesar-sebesar kemakmuran rakyat” sebagaimana norma putusan MK Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 tentang uji materi UU Ketenagalistrikan. Mahkamah juga memutuskan bahwa migas, sebagaimana dinyatakan pemerintah dan DPR, merupakan cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Karena itu, fungsi penguasaan negara di cabang produksi ini bersifat kumulatif yaitu mengadakan kebijakan (*beleid*), melakukan

¹⁶ Ronald Z. Titahelu, *Penetapan Azas-azas Hukum Umum dalam Penggunaan Tanah untuk Sebesar-besar Kemakmuran Rakyat*, (Surabaya: Disertasi Program Pasca Sarjana pada Universitas Airlangga, 1993) h. 14.

¹⁷ *Ibid.*

tindakan pengaturan (*regelendaad*), mengurus (*bestuursdaad*), mengelola (*beheersdaad*), dan mengawasi (*toezichthoudensdaad*). Suatu aspek penguasaan tidak bisa didikotomikan atau dialternatifkan dengan aspek penguasaan lain.

Negara tidak boleh dibatasi fungsinya hanya mengatur tanpa wewenang menyelenggarakan kepemilikan saham. Penguasaan dalam arti kepemilikan saham juga tidak mutlak harus 100 persen, asalkan penguasaan oleh Negara, c.q. Pemerintah atas pengelolaan sumber-sumber kekayaan dimaksud tetap terpelihara sebagaimana mestinya. Kompetisi di antara para pelaku usaha diperbolehkan, asalkan kompetisi tidak menafikan penguasaan negara untuk mengatur, mengurus, mengelola, dan mengawasi. Dengan kerangka normatif ini, MK memutuskan beberapa hal. Pertama, bentuk tata kelola hulu migas yang memisahkan fungsi kebijakan (Menteri ESDM), pengaturan (BP Migas), dan komersial (BU/BUT), yang lazim dikenal dengan model tata kelola tiga kaki, dianggap konstitusional. Sistem kontraktual hulu berpola G2B tidak dianggap bertentangan dengan konsitusi. Sistem pengusahaan hilir berbasis lisensi berpola unbundling tidak dinilai melanggar Pasal 33 UUD 1945. MK beralasan, substansi penguasaan negara masih cukup jelas terungkap dalam alur pikiran UU Migas baik pada sektor hulu maupun hilir, kendatipun dengan sejumlah catatan. Hal itu berbeda dengan Undang-Undang Ketenagalistrikan yang telah dibatalkan MK, yang alur pikir tentang prinsip penguasaan negara tidak tampak jelas dalam penjabaran pasal-pasal¹⁸.

Kedua, penyelenggaraan KP (Kuasa Pertambangan) oleh Pemerintah c.q. Menteri konstitusional, tetapi menyerahkan KP langsung kepada pelaku usaha (BU/BUT) inkonstitusional. Menurut MK, penguasaan oleh negara melalui Pemerintah tidak dapat diberikan kepada badan usaha yang hanya boleh melaksanakan kegiatan hulu berdasarkan kontrak kerjasama dengan hak ekonomi terbatas. Dalam lapangan hukum administrasi negara, pengertian pemberian wewenang (*delegation of authority*) adalah pelimpahan kekuasaan dari pemberi wewenang yaitu negara, sehingga dengan diberikannya wewenang kepada BU/BUT maka penguasaan negara melalui fungsi mengatur, mengurus, mengelola, dan mengawasi menjadi hilang. Karena itu, kata-kata “diberi wewenang” dalam Pasal 12 ayat (3) UU Migas bertentangan dengan UUD 1945.¹⁹

¹⁸ Putusan No. 002/PUU-I/2003

¹⁹ *Ibid*

Ketiga, sistem unbundling, yaitu memecah perusahaan migas ke dalam ranting hulu dan hilir oleh pelaku usaha dengan badan hukum berbeda, dianggap konstitusional. MK menolak dalil para pemohon yang menyatakan bahwa cakupan KP hanya untuk kegiatan hulu (eksplorasi dan produksi) dan tidak mencakup kegiatan hilir (pengilangan, pengangkutan, dan niaga) bertentangan dengan konstitusi karena meniadakan penguasaan oleh negara atas cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Mahkamah berpendapat, seluruh rantai industri migas dari hulu hingga hilir masih menunjukkan bahwa semua unsur yang terkandung dalam pengertian penguasaan oleh negara yaitu mengatur, mengurus, mengelola, dan mengawasi masih tetap berada di tangan Pemerintah. Sistem *unbundling* dibuat agar tidak terjadi pemusatan penguasaan migas di satu tangan sehingga menimbulkan monopoli yang merugikan kepentingan masyarakat. Ketentuan ini harus ditafsirkan tidak berlaku untuk BUMN yang harus diberdayakan agar penguasaan negara menjadi semakin kuat sebagaimana dimaksudkan Pasal 61.²⁰

Keempat, status BHMN BP migas yang tidak eligible melakukan transaksi bisnis, antara lain tidak bisa menjual langsung migas bagian negara, dinyatakan konstitusional. MK berpendirian bahwa ketentuan tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945 sejauh ditafsirkan dalam penunjukan penjual itu mendahulukan (*voorrecht*) BUMN. MK menyarankan jaminan hak mendahulukan tersebut diatur dalam Peraturan Pemerintah.²¹

Kelima, liberalisasi kebijakan harga BBM/BBG berdasarkan mekanisme pasar bertentangan dengan konstitusi. Menurut MK, campur tangan Pemerintah dalam kebijakan penentuan harga haruslah menjadi kewenangan yang diutamakan untuk cabang produksi yang penting dan/atau menguasai hajat hidup orang banyak. Pemerintah dapat mempertimbangkan banyak hal dalam menetapkan kebijakan harga tersebut termasuk harga yang ditawarkan oleh mekanisme pasar.²²

Keenam, pembebanan pajak dan pungutan pra-produksi, sebagaimana ditentukan oleh Pasal 31, secara konstitusional tidak adil bagi BU/BUT dan secara bisnis mengurangi minat investasi eksplorasi yang pada gilirannya berdampak mengurangi kesempatan mencapai tujuan sebesar-besar

²⁰ *Ibid*

²¹ *Ibid*

²² *Ibid*

kemakmuran rakyat. Karena MK tidak berwenang mengubah undang-undang atau memperbaiki rumusan pasal dalam undang-undang, MK menganjurkan kepada pembentuk undang-undang untuk melakukan amandemen (*legislative review*) terhadap pasal tersebut. Ketujuh, ketentuan DMO yang hanya menetapkan pagu atas (paling banyak 25%) tanpa menyertakan pagu bawah sebagaimana ditetapkan Pasal 22 ayat (1) bertentangan dengan konstitusi karena tidak menjamin penyediaan BBM/BBG dalam negeri untuk sebesar-besarkemakmuran rakyat. Kata-kata “paling banyak” dalam anak kalimat “wajib menyerahkan paling banyak 25% (duapuluh lima persen)” harus dihapuskan karena bertentangan dengan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Pengaturan mengenai pelaksanaan penyerahan 25% bagian dimaksud dituangkan dalam Peraturan Pemerintah.²³

Tabel. 1
Kaidah Hukum dalam Putusan No 002/PUU-I/2003

No	Kaidah Konstitusional	No	Kaidah Inkonstitusional
1	Status Pertamina untuk menjadi persero dan tidak menghapuskan keberadaannya sebagai Badan Usaha yang masih tetap melakukan kegiatan usaha hulu dan kegiatan usaha hilir, meskipun untuk usaha hilir dan hulu tersebut harus dilakukan oleh dua Badan Usaha “Pertamina Hulu” dan “Pertamina Hilir” yang keduanya tetap dikuasai oleh negara. Dengan alur pikir demikian, kekhawatiran Para Pemohon menjadi tidak beralasan;	1	Secara yuridis, wewenang penguasaan oleh negara hanya ada pada Pemerintah, yang tidak dapat diberikan kepada badan usaha sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 angka 5 undang-undang <i>aquo</i> . Sementara, Badan Usaha dan Bentuk Usaha Tetap hanyamelaksanakan kegiatan tersebut berdasarkan kontrak kerjasama dengan hak ekonomi terbatas, yaitu pembagian atas sebagian manfaat minyak dan gas bumi sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (2). Dalam lapangan hukum administrasi negara, pengertian pemberian wewenang (<i>delegation of authority</i>) adalah pelimpahan kekuasaan dari pemberi wewenang, yaitu negara, sehingga dengan pencantuman kata “diberi wewenang kepada Badan Usaha dan Bentuk Usaha Tetap” maka penguasaan negara menjadi hilang. Oleh karena itu, kata-kata “diberi wewenang” tidak sejalan dengan makna Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, di mana

²³ *Ibid*

			<p>wilayah kerja sektor hulu adalah mencakup bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, yang salah satunya adalah minyak dan gas bumi, yang merupakan hak negara untuk menguasai melalui pelaksanaan fungsi mengatur (<i>regelen</i>), mengurus (<i>bestuuren</i>), mengelola (<i>beheeren</i>), dan mengawasi (<i>toezichthouden</i>). Oleh karena itu, adanya kata-kata “diberi wewenang” dalam Pasal 12 ayat (3) dimaksud adalah bertentangan dengan UUD 1945;</p>
2.	<p>Ketentuan Pasal 60 undang-undang <i>a quo</i> yang mengubah fungsi perusahaan negara minyak dan gas mengakibatkan negara tidak lagi menyelenggarakan perusahaan minyak dan gas bumi karena wewenang melakukan kegiatan eksplorasi dan eksploitasi diserahkan Pemerintah langsung kepada swasta (<i>asing/nasional</i>), sedangkan pada sektor hilir, kegiatan dilakukan berdasarkan mekanisme pasar. Dengan memperhatikan bunyi Pasal 60 undang-undang <i>a quo</i> dan penjelasannya serta pertimbangan Mahkamah yang diuraikan pada angka 2 dan 3 di atas, maka permohonan Para Pemohon tidak cukup beralasan karena ketentuan peralihan tersebut diperlukan untuk mencegah kekosongan hukum</p>	2	<p>Mahkamah berpendapat bahwa campuran Pemerintah dalam kebijakan penentuan harga haruslah menjadi kewenangan yang diutamakan untuk cabang produksi yang penting dan/atau menguasai hajat hidup orang banyak. Pemerintah dapat mempertimbangkan banyak hal dalam menetapkan kebijakan harga tersebut termasuk harga yang ditawarkan oleh mekanisme pasar. Pasal 28 ayat (2) dan (3) undang-undang <i>a quo</i> mengutamakan mekanisme persaingan dan baru kemudian campuran tangan Pemerintah sebatas menyangkut golongan masyarakat tertentu, sehingga tidak menjamin makna prinsip demokrasi ekonomi sebagaimana diatur dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945, guna mencegah timbulnya praktik yang kuat memakan yang lemah. Menurut Mahkamah, seharusnya harga Bahan Bakar Minyak dan harga Gas Bumi dalam negeri ditetapkan oleh Pemerintah dengan memperhatikan kepentingan golongan masyarakat tertentu dan mempertimbangkan mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar. Oleh karena itu Pasal 28 ayat (2) dan (3) tersebut harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945;</p>

<p>3.</p>	<p>Pasal 44 ayat (3) huruf g undang-undang <i>a quo</i> tidak menggambarkan adanya penguasaan oleh negara sebagaimana diperintahkan Pasal 33 UUD 1945, karena memberikan kewenangan diskresioner untuk menunjuk penjual selain Badan Usaha Milik Negara yang seharusnya diberdayakan oleh negara sendiri sebagai instrumen penguasaan oleh negara dalam kegiatan penjualan Migas. Namun demikian, Mahkamah berpendirian bahwa ketentuan pasal tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945, tetapi harus ditafsirkan dalam penunjukan penjual oleh Badan Pelaksana sebagaimana dimaksud, harus mendahulukan (<i>voorrecht</i>) Badan Usaha Milik Negara. Karena itu, Mahkamah menyarankan agar jaminan hak mendahulukan dimaksud diatur dalam Peraturan Pemerintah sebagaimana mestinya;</p>	<p>3.</p> <p>Para Pemohon mendalilkan bahwa pengertian Kuasa Pertambangan dalam Pasal 1 angka 5 undang-undang <i>a quo</i> yang hanya mencakup kegiatan eksplorasi dan eksploitasi, sementara kegiatan pemurnian/ pengilangan, pengangkutan, dan penjualan bahan bakar minyak tidak termasuk di dalamnya, bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945. Menurut Para Pemohon, ketentuan Pasal 1 angka 5 tersebut telah meniadakan penguasaan oleh negara atas cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Terhadap dalil Para Pemohon ini, Mahkamah berpendapat, untuk menilai ada tidaknya penguasaan oleh negara, “penguasaan oleh negara”, yaitu mengatur (<i>regelen</i>), mengurus (<i>bestuuren</i>), mengelola (<i>beheeren</i>), dan mengawasi (<i>toezichthouden</i>) masih tetap berada di tangan Pemerintah, sebagai penyelenggara “penguasaan oleh negara” dimaksud, atau badan-badan yang dibentuk untuk tujuan itu. Oleh karena itu, Mahkamah berpendapat, dalil Para Pemohon harus dinyatakan tidak beralasan dan karenanya harus ditolak;</p>
<p>4</p>	<p>Akan tetapi terhadap usaha eksploitasi tidak terdapat alasan untuk menyatakan ketentuan dimaksud bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945, karena kegiatan usaha hulu di bidang eksploitasi sudah menghasilkan migas. Dengan pertimbangan demikian, meskipun Mahkamah sependapat dengan sebagian dalil Para Pemohon, akan tetapi Mahkamah tidak mungkin mengabulkan permohonan Para Pemohon, karena ketentuan pengenaan pajak dalam pasal <i>a quo</i> mencakup kegiatan eksplorasi</p>	

<p>5. Para Pemohon mendalilkan, undang-undang <i>a quo</i>, melalui ketentuan Pasal 23 ayat (2), telah meliberalisasi sektor hilir perusahaan minyak dan gas bumi. Para Pemohon menilai, dengan cara itu berarti undang-undang <i>a quo</i> mendahulukan kepentingan pengusaha yang berorientasi pada laba maksimum serta mengabaikan kepentingan hajat hidup orang banyak. Padahal sebelumnya, kegiatan demikian dilakukan oleh Pemerintah melalui BUMN sehingga Pemerintah senantiasa dapat menyediakan bahan bakar minyak di mana saja di seluruh Indonesia dengan harga yang seragam dan terjangkau karena hal itu merupakan misi Badan Usaha Milik Negara. Karenanya Para Pemohon berpendapat bahwa ketentuan Pasal 23 ayat (2) tersebut bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945. Pasal 23 ayat (2) dimaksud menyatakan, "Izin usaha yang diperlukan untuk kegiatan usaha Minyak Bumi dan/atau kegiatan usaha Gas Bumi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibedakan atas: a. Izin Usaha Pengolahan; b. Izin Usaha Pengangkutan; c. Izin Usaha Penyimpanan; d. Izin Usaha Niaga". Dalil permohonan Para Pemohon tersebut tidak beralasan, karena Pasal 23 ayat (2) dimaksud meskipun memang mengatur <i>unbundling</i>, namun ketentuan <i>unbundling</i> tersebut tidak merugikan BUMN (Pertamina) karena haknya telah dijamin berdasarkan Pasal 61 huruf b sebagaimana telah diuraikan pada pertimbangan nomor 3 di atas. Pasal 61 huruf b tersebut berbunyi, "<i>Padasaat terbentuknya Persero sebagai pengganti Pertamina, badan usaha milik negara tersebut wajib mengadakan Kontrak Kerja Sama dengan Badan Pelaksana untuk melanjutkan Eksplorasi dan Eksploitasi pada bekas Wilayah Kuasa Pertambangan Pertamina dan dianggap telahmendapatkan Izin Usaha yang diperlukan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 untuk usaha</i></p>	
--	--

<p><i>Pengolahan, Pengangkutan, Penyimpanan, dan Niaga</i>". Dengan demikian, kekhawatiran ParaPemohon terhadap berlakunya Pasal 23 ayat (2) dimaksud tidakberalasan.</p>		
---	--	--

2. Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012

Setelah menegaskan kembali tafsir “dikuasai oleh negara” sebagaimana dituangkan dalam putusan putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 (yang merujuk pada putusan MK Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 dan putusan MK Nomor 3/PUU-VIII/2010), putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 tentang uji materi UU Migas kali ketiga memberi kualifikasi baru makna penguasaan negara. Bahwa penguasaan negara yang mencakup fungsi mengadakan kebijakan (*beleid*), melakukan tindakan pengaturan (*regelendaad*), mengurus (*bestuursdaad*), mengelola (*beheersdaad*), dan mengawasi (*toezichthoudensdaad*) harus dimaknai sebagai satu kesatuan tindakan, dan jika tidak, harus dimaknai secara bertingkat berdasarkan efektivitasnya untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat. Bentuk penguasaan negara peringkat pertama dan yang paling penting adalah negara melakukan pengelolaan secara langsung atas sumber daya migas sehingga keuntungan negara lebih besar. Penguasaan negara pada peringkat kedua adalah negara membuat kebijakan dan pengurusan. Penguasaan negara pada peringkat ketiga adalah fungsi pengaturan dan pengawasan.

Sepanjang negara memiliki kemampuan baik modal, teknologi, dan manajemen dalam mengelola sumber daya alam maka negara harus memilih untuk melakukan pengelolaan secara langsung atas sumber daya alam. Dengan pengelolaan secara langsung, dipastikan seluruh hasil dan keuntungan yang diperoleh akan masuk menjadi keuntungan negara yang secara tidak langsung akan membawa manfaat lebih besar bagi rakyat. Pengelolaan langsung yang dimaksud di sini adalah dalam bentuk pengelolaan langsung oleh negara (organ negara) melalui Badan Usaha Milik Negara. Sebaliknya, jika negara menyerahkan pengelolaan sumber daya alam untuk dikelola oleh perusahaan swasta atau badan hukum lain di luar negara, keuntungan bagi negara akan terbagi sehingga manfaat bagi rakyat juga akan berkurang. Pengelolaan secara langsung inilah yang menjadi maksud dari Pasal 33 UUD 1945 sebagaimana

diungkapkan oleh Mohammad Hatta dalam tulisan-tulisannya. Bertolak dari norma-norma ini, MK menguji konstitusionalitas enam pokok perkara yang ditimbulkan oleh pemberlakuan UU Migas yakni mencakup persoalan tata kelola hulu, sistem perusahaan hulu, persoalan tata kelola hilir, isu monopoli, sistem unbundling, dan fungsi pengawasan DPR dalam kontrak. Putusan MK terhadap enam pokok perkara ini adalah sebagai berikut.

Pertama, model tata kelola yang bertumpu pada BP Migas sebagai pelaksana Kuasa Pertambangan adalah inkonstitusional dengan alasan. 1) Konstruksi penguasaan negara melalui BP Migas yang bertindak sebatas melakukan fungsi pengendalian dan pengawasan mendegradasi makna penguasaan negara karena Pemerintah tidak dapat secara langsung melakukan pengelolaan atau menunjuk secara langsung BUMN untuk mengelola seluruh wilayah kerja migas dalam kegiatan usaha hulu. Memisahkan fungsi pengaturan-pengawasan dengan pengelolaan membuat negara terhalang melaksanakan fungsi penguasaannya dalam satu kesatuan tindakan. 2) Setelah BP Migas menandatangani kontrak kerja sama (KKS), seketika itu negara terikat pada seluruh isi KKS, yang berarti negara kehilangan kebebasannya untuk melakukan regulasi atau kebijakan yang bertentangan dengan isi kontrak; 3) Tidak maksimalnya keuntungan negara untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat karena adanya potensi penguasaan migas keuntungan besar oleh pelaku usaha (BU/BUT) berdasarkan prinsip persaingan usaha yang sehat, wajar, dan transparan. Dengan konstruksi penguasaan migas melalui BP Migas, negara didesak menjadi regulator dan kehilangan kewenangan menjadi operator atau menunjuk langsung BUMN untuk mengelola sumber daya migas, padahal fungsi pengelolaan adalah bentuk penguasaan negara pada peringkat pertama dan paling utama untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat.²⁴

Kedua, sistem perusahaan hulu migas berbentuk kontrak berpola G2B (*Government to Business*) inkonstitusional karena menempatkan pemerintah sebagai para pihak di dalam kontrak yang berposisi sederajat. Sebagai wakil Pemerintah, hubungan antara BP Migas dengan pelaku usaha (BU/BUT) adalah hubungan yang bersifat keperdataan. Kontrak keperdataan mendegradasi kedaulatan negara karena begitu kontrak ditandatangani, negara terikat pada isi KKS dan kehilangan diskresi untuk membuat regulasi yang bertentangan

²⁴ Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012

dengan isi kontrak sehingga negara kehilangan kedaulatan dalam penguasaan sumber daya alam migas. Padahal, sebagai representasi rakyat dalam penguasaan sumber daya alam, negara harus memiliki keleluasaan membuat aturan yang membawa manfaat bagi sebesar- besarnya kemakmuran rakyat. Menurut MK, hubungan antara negara dengan swasta dalam pengelolaan sumber daya alam tidak dapat dilakukan dengan hubungan keperdataan, akan tetapi harus merupakan hubungan yang bersifat publik yaitu berupa pemberian konsesi atau perizinan yang sepenuhnya di bawah kontrol dan kekuasaan negara. Dalam pengelolaan migas, konsesi diberikan kepada BUMN untuk mengelola migas di wilayah hukum pertambangan nasional dan BUMN itulah yang melakukan kontrak dengan pelaku usaha (BU/BUT) sehingga hubungannya tidak lagi antara negara/pemerintah dengan BU/BUT (G2B), tetapi antara BUMN dengan BU/BUT (B2B). Penggunaan jenis kontrak lain selain PSC, seperti kontrak jasa, konstitusional sepanjang memberi manfaat bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat dan tidak melanggar prinsip penguasaan negara yang dimaksud dalam konstitusi.²⁵

Ketiga, sistem pengusahaan hilir migas dengan mekanisme lisensi (perizinan) konstitusional untuk menjamin tidak adanya monopoli oleh suatu badan usaha tertentu dalam penyelenggaraan kegiatan pengolahan, pengangkutan, penyimpanan, dan niaga minyak dan gas bumi. Lisensi dapat diberikan kepada BUMN, BUMD, koperasi, dan swasta melalui mekanisme persaingan usaha yang wajar, sehat, dan transparan sesuai dengan amanah UU No. 5/ 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Yang Tidak Sehat. Putusan MK ini sejalan dan memperkuat putusan MK Nomor 002/ PUU-I/2003 terkait uji materi UU Migas kali pertama dan akan dikuatkan lagi dengan putusan MK Nomor 65/PUU-X/2012 tentang uji materi UU Migas kali keempat. Berbeda dengan putusan sektor hulu yang menuntut penguasaan penuh negara dengan kewenangan mengatur dan mengelola, pendirian MK terkait sektor hilir migas konsisten bahwa negara boleh sekadar menjalankan fungsi pengaturan. Pengelolaannya diserahkan kepada pelaku usaha baik BUMN, BUMD, koperasi, maupun swasta berdasarkan prinsip persaingan.²⁶

Keempat, menguatkan putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003, MK menegaskan norma tentang keharusan mendahulukan (*voorrecht*) BUMN dalam

²⁵ *Ibid*,

²⁶ *Ibid*,

pengelolaan migas. Kendatipun sektor hulu migas terbuka untuk partisipasi BUMD, koperasi, usaha kecil, dan swasta, jaminan mendahulukan dimaksud semestinya diatur melalui Peraturan Pemerintah. Dengan dibatalkannya seluruh klausul tentang BP Migas, posisi BUMN menjadi sangat strategis karena akan mendapatkan hak pengelolaan dari Pemerintah dalam bentuk izin pengelolaan atau bentuk lainnya dalam usaha hulu migas.²⁷

Kelima, menguatkan putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003, MK menyatakan sistem unbundling yaitu memecah perusahaan migas ke dalam ranting hulu dan hilir oleh pelaku usaha dengan badan hukum berbeda konstitusional. Menurut MK, pemisahan dalam kegiatan usaha hulu-hilir migas sudah tepat. Adapun alasan kemungkinan hal itu akan menciptakan manajemen baru yang akan menentukan *cost* dan *profit* masing-masing, menurut Mahkamah, hal tersebut tidak terkait dengan permasalahan konstitusionalitas.²⁸

Keenam, menjawab pokok perkara yang belum diputus dalam putusan MK Nomor 20/PUU-V/2007 karena *legal standing* para pemohon tidak diterima terkait persoalan persetujuan DPR terhadap kontrak migas, MK menyatakan, KKS migas tidak memenuhi kriteria untuk dapat disebut sebagai perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) UUD 1945, sehingga tidak memerlukan persetujuan DPR.²⁹

Tabel. 2
Kaidah Hukum dalam Putusan No. 36/PUU-X/2012

No	Kaidah Konstitusional	No	Kaidah Inkonstitusional
1	Menurut Mahkamah frasa “atau bentuk kontrak kerjasama lain” dalam Pasal 1 angka 19 UU Migas merupakan bentuk kontrak yang sengaja dibuat oleh pembentuk Undang-Undang agar selain KKS dalam bentuk kontrak bagi hasil, juga dimungkinkan KKS dalam bentuk yang lain, asalkan menguntungkan bagi negara, misalnya yang sekarang ini dikenal yaitu KKS dalam bentuk kontrak jasa. Bentuk KKS selain kontrak bagi hasil adalah tidak bertentangan dengan konstitusi sepanjang	1	Keberadaan BP Migas sangat berpotensi untuk terjadinya inefisiensi dan diduga, dalam praktiknya, telah membuka peluang bagi terjadinya penyalahgunaan kekuasaan maka menurut Mahkamah keberadaan BP Migas tersebut tidak konstitusional, bertentangan dengan tujuan negara tentang pengelolaan sumber daya alam dalam pengorganisasian pemerintahan. Sekiranya pun dikatakan bahwa belum ada bukti bahwa BP Migas telah melakukan

²⁷ *Ibid*,

²⁸ *Ibid*,

²⁹ *Ibid*,

<p>memberi manfaat sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat dan tidak melanggar prinsip penguasaan negara yang dimaksud dalam konstitusi. Dengan demikian sepanjang frasa “<i>atau bentuk kontrak kerjasama lain</i>” dalam Pasal 1 angka 19 UU Migas tidak bertentangan dengan UUD1945;</p>	<p>penyalahgunaan kekuasaan, maka cukuplah alasan untuk menyatakan bahwa keberadaan BP Migas inkonstitusional karena berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 dan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007, bertanggal 20 September 2007, sesuatu yang berpotensi melanggar konstitusi pun bisa diputus oleh Mahkamah sebagai perkara konstitusionalitas. Jikalau diasumsikan kewenangan BP Migas dikembalikan ke unit pemerintahan atau kementerian yang terkait tetapi juga masih potensial terjadi inefisiensi, maka hal itu tidak mengurangi keyakinan Mahkamah untuk memutuskan pengembalian pengelolaan sumber daya alam ke Pemerintah karena dengan adanya putusan Mahkamah ini, justru harus menjadi momentum bagi pembentuk undang-undang untuk melakukan penataan kembali dengan mengedepankan efisiensi yang berkeadilan dan mengurangi proliferasi organisasi pemerintahan. Dengan putusan Mahkamah yang demikian maka Pemerintah dapat segera memulai penataan ulang pengelolaan sumber daya alam berupa Migas dengan berpijak pada “penguasaan oleh negara” yang berorientasi penuh pada upaya “manfaat yang sebesar-besarnya bagi rakyat” dengan organisasi yang efisien dan di bawah kendali langsung Pemerintah. Berdasarkan hal-hal tersebut maka dalil para Pemohon sepanjang mengenai BP Migas beralasan hukum;</p>
---	--

2	<p>Menurut Mahkamah Pasal 3 huruf b tersebut sangat berbeda dengan ketentuan Pasal 28 ayat (2) UU Migas. Pasal 28 ayat (2) <i>a quo</i> yang menentukan bahwa penetapan harga bahan bakar minyak dan gas bumidiserahkan kepada mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh Mahkamah dalam putusan Mahkamah Nomor 002/PUU-I/2003, tanggal 21 Desember 2004. Frasa "<i>penyelenggaraan melalui mekanisme persaingan usaha yang wajar, sehat, dan transparan</i>" dalam Pasal 3 huruf b UU Migas merupakan penjabaran dari pelaksanaan keterbukaan dalam kegiatan usaha hilir minyak dan gas bumi. Pasal 3 huruf b Undang-Undang <i>a quo</i> membuka peluang usaha kepada siapa saja yang ingin berkecimpung dalam usaha minyak dan gas bumi, apakah akan melakukan usaha secara keseluruhan atau melakukan usaha hanya pengolahan, atau pengangkutan, atau penyimpanan, atau usaha niaga, kesemuanya terpulung kepada kemampuan modal dari para pelaku usaha itu sendiri. Berdasarkan pertimbangan di atas, menurut Mahkamah, dalil para Pemohon tidak beralasan menurut hukum:</p>	2	<p>Mahkamah tidak bisa lain kecuali harus juga menyatakan pasal-pasal yang mengatur tentang "Badan Pelaksana" dalam pasal-pasal, yaitu frasa "dengan Badan Pelaksana" dalam Pasal 11 ayat (1), frasa "melalui Badan Pelaksana" dalam Pasal 20 ayat(3), frasa "berdasarkan pertimbangan dari Badan Pelaksana dan" dalam Pasal 21 ayat (1), Pasal 41 ayat (2), Pasal 45, Pasal 48 ayat (1), frasa "Badan Pelaksana dan" dalam Pasal 49, Pasal 59 huruf a, Pasal 61, dan Pasal 63,serta seluruh frasa Badan Pelaksana dalam Penjelasan adalah bertentangan dengan UUD1945 dan tidak mempunyaikekuatan hukum mengikat;</p>
3	<p>Negara (BUMN) hanya menjadi salah satu pemain saja dalam pengelolaan Migas, dan BUMN harus bersaing di negaranya sendiri untuk dapat mengelola Migas. Menurut Mahkamah Pasal 9 UU Migas <i>a quo</i> dimaksudkan untuk memberikan kesempatan kepada perusahaan nasional baik <i>Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, Koperasi, usaha kecil, badan usaha swasta</i> untuk berpartisipasi dalam kegiatan usaha minyak dan gas bumi. Dengan demikian, anggapan para Pemohon bahwa BUMN harus bersaing di negaranya sendiri merupakan dalil yang tidak tepat.</p>		

	Berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, menurut Mahkamah, dalil para Pemohon tersebut tidak beralasan menurut hukum;		
4	Meskipun Pasal 13 UU Migas tidak termasuk dalam putusan Mahkamah tersebut, namun oleh karena substansinya sama dengan Pasal10 UU Migas yaitu mengenai <i>unbundling</i> secara horizontal maka pertimbangan Mahkamah tersebut <i>mutatis mutandis</i> berlaku untuk pengujian Pasal13 UU Migas.Oleh karena itu, menurut Mahkamah, pemisahan dalam kegiatan usaha hulu dan kegiatan usaha hilir dalam kegiatan minyak dan gas bumi sudah tepat. Adapun alasan kemungkinan hal itu akan menciptakan manajemen baru yang akan menentukan <i>cost</i> dan <i>profit</i> masing-masing, menurut Mahkamah, hal tersebut tidak terkait dengan permasalahan konstitusionalitas. Dengan demikian, dalil para Pemohon tersebut tidakberalasan menurut hukum;		
5	Menurut Mahkamah, KKS dalam kegiatan usaha minyak dan gas bumi merupakan kontrak yang bersifat keperdataan dan tunduk pada hukum keperdataan. Hal ini jelas berbeda dengan perjanjian internasional yang dimaksud Pasal 11 ayat (2) UUD 1945. Pasal 1 huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional yang merupakan penjabaran dariPasal 11 ayat (3) UUD 1945, telah memberikan definisi tentang perjanjian internasional, yaitu " <i>Perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik.</i> " maka pemberitahuan kontrak-kontrak tertulis kepada DPR adalah dalam rangka fungsi pengawasan DPR sebagai mekanisme yang melibatkan peran serta rakyat melalui wakil-wakilnya di DPR apabila terdapat kontrak yang merugikan bangsa dan negara Indonesia. Dengan		

	demikian, menurut Mahkamah, dalil para Pemohon tidak beralasan menuruthukum;		
6	Menimbang bahwa sesuai dengan pertimbangan tersebut di atas, Mahkamah memandang perlu untuk menegaskan akibat hukum dari putusan ini. Bahwa berdasar Pasal 47 UU MK yang menyatakan, " <i>Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalamsidang pleno terbuka untuk umum</i> " maka putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum dan berlaku secara prospektif. Dengan demikian segala KKS yang telah ditandatangani antara BP Migas dan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap, harus tetap berlaku sampai masa berlakunya berakhir atau pada masa yang lain sesuai dengan kesepakatan;		

3. Putusan MK Nomor 65/PUU-X/2012

Pokok perkara uji materi UU Migas kali keempat dimohonkan beberapa saat sesudah permohonan uji materi kali ketiga dan diputuskan beberapa saat setelah putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012. Beberapa pokok perkara yang materinya sama dengan putusan MK sebelumnya dinyatakan *ne bis in idem*. Putusan MK Nomor 65/PUU-X/2012 memutuskan pokok perkara terkait kedudukan BPH Migas, yang sebenarnya bertalian dengan putusan MK sebelumnya terkait *unbundling* dan sistem lisensi dalam perusahaan hilir migas. Jika di sektor hulu MK menegaskan kewenangan negara harus dapat bertindak sekaligus menjadi regulator dan operator, di sektor hilir MK membolehkan negara bertindak sebagai regulator saja.³⁰

Menurut MK, konstitusionalitas BP Migas yang dipertimbangkan dalam Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 tidak dapat dijadikan pertimbangan bagi konstitusionalitas BPH Migas, karena terdapat perbedaan yang mendasar antara kedua badan tersebut. Pengawasan yang dilakukan oleh BP Migas sangat terkait dengan eksplorasi dan eksploitasi sumber daya minyak dan

³⁰ Putusan MK Nomor 65/PUU-X/2012

gas bumi, sehingga berdampak secara langsung terhadap penguasaan negara pada peringkat pertama yaitu melakukan pengelolaan terhadap sumber daya alam migas untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Sedangkan fungsi BPH Migas adalah untuk menjamin distribusi dan ketersediaan migas dan terselenggaranya kegiatan usaha hilir melalui mekanisme persaingan usaha yang wajar, sehat, dan transparan. MK menolak dalil pemohon bahwa keberadaan BPH Migas menimbulkan ketidakpastian hukum dan menyatakan kedudukan BPH Migas konstitusional.³¹

Tabel. 3
Kaidah Hukum dalam Putusan No. 65/PUU-X/2012

No	Kaidah Konstitusional	No	Kaidah Inkonstitusional
1.	Bahwa pada esensinya, dalil-dalil Pemohon mengenai pengaturan kontrak kerjasama pada UU Migas (Pasal 1 angka 19 dan Pasal 6), konstitusionalitas Badan Pelaksana Migas (Pasal 1 angka 23 dan Pasal 44), konstitusionalitas mengenai badan-badan yang dapat menjadi badan pelaksana kegiatan hulu dan hilir sektor minyak dan gas bumi (Pasal 9), serta konstitusionalitas pemisahan kegiatan usaha hulu dan hilir sektor minyak dan gas bumi (Pasal 10) telah dipertimbangkan dan diputus Mahkamah pada Putusan Mahkamah Nomor 36/PUU-X/2012, bertanggal 13 November 2012;	1	-
2	Bahwa terhadap permohonan para Pemohon, khusus mengenai isu-isu konstitusional di atas Mahkamah tidak menemukan adanya syarat-syarat konstitusionalitas alasan yang berbeda dengan Perkara Nomor 36/PUU-X/2012. Selain itu, alasan-alasan permohonan para Pemohon telah pula dipertimbangkan dalam Putusan Nomor 36/PUU-X/2012 bertanggal 13 November 2012, sehingga permohonan para Pemohon khusus mengenai konstitusionalitas Pasal 1 angka 19, Pasal 6, Pasal 9, dan Pasal 10 UU Migas adalah <i>ne bis in idem</i> ;	2	-
3	BPH Migas adalah badan hukum milik negara yang secara khusus berdasarkan Undang-Undang dibentuk oleh Pemerintah untuk melakukan pengaturan dan pengawasan terhadap penyediaan dan pendistribusian Bahan Bakar Minyak dan Gas Bumi pada Kegiatan Usaha Hilir <i>vide</i> Pasal 1 angka 24 UU Migas]. BPH Migas mewakili pemerintah untuk melakukan pengaturan dan pengawasan dalam hal menjamin ketersediaan dan kelancaran pendistribusian Bahan Bakar Minyak yang merupakan	3	-

³¹ *Ibid*

	komoditas vital dan menguasai hajat hidup orang banyak di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, dan mengatur agar pemanfaatan kegiatan usaha Pengangkutan Gas Bumi melalui pipa yang menyangkut kepentingan umum terbuka bagi semua pemakai [vide Pasal 8 UU Migas];		
4.	<p>BPH Migas berfungsi melakukan pengaturan agar ketersediaan dan distribusi Bahan Bakar Minyak dan Gas Bumi yang ditetapkan Pemerintah dapat terjamin di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia serta meningkatkan pemanfaatan Gas Bumi di dalam negeri. Untuk melaksanakan fungsi tersebut BPH Migas bertugas melakukan pengaturan dan penetapan mengenai:</p> <ol style="list-style-type: none"> Ketersediaan dan distribusi Bahan Bakar Minyak; Cadangan Bahan Bakar Minyak nasional; Pemanfaatan fasilitas Pengangkutan dan Penyimpanan Bahan Bakar Minyak; Tarif pengangkutan Gas Bumi melalui pipa; Harga Gas Bumi untuk rumah tangga dan pelanggan kecil; Pengusahaan transmisi dan distribusi Gas Bumi. [vide Pasal 46 dan Pasal 47 UU Migas] <p>Kegiatan usaha hilir mencakup pengolahan, pengangkutan, penyimpanan dan niaga. Kegiatan usaha hilir dilakukan dengan izin usaha dan diselenggarakan melalui mekanisme persaingan usaha yang wajar, sehat, dan transparan. Kegiatan usaha hilir diselenggarakan segera setelah titik penyerahan (penjualan, <i>deliverypoint</i>) kegiatan hulu.</p>	4	-
5	<p>Bahwa selain BPH Migas, UU Migas juga membentuk BP Migas yang pada pokoknya berfungsi untuk melakukan pengawasan terhadap kegiatan usaha hulu agar pengambilan sumber daya alam minyak dan gas bumi milik negara dapat memberikan manfaat dan penerimaan yang maksimal bagi negara untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Putusan Mahkamah Nomor 36/PUU-X/2012, tanggal 13 November 2012, Mahkamah telah menyatakan pasal-pasal yang mengatur tentang tugas dan fungsi BP Migas yang diatur oleh UU Migas bertentangan dengan UUD 1945 dan oleh karena itu tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, dengan pertimbangan antara lain, "... model hubungan antara BP Migas sebagai representasi negara dengan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap dalam pengelolaan Migas mendegradasi makna penguasaan negara atas sumber daya alam Migas yang bertentangan dengan amanat Pasal 33 UUD 1945 ... Menurut Mahkamah keberadaan BP Migas menurut Undang-Undang a quo, bertentangan dengan konstitusi</p>	5	

	<p><i>yang menghendaki penguasaan negara yang membawa manfaat sebesar-besarnya bagi rakyat, yang seharusnya mengutamakan penguasaan negara pada peringkat pertama yaitu melakukan pengelolaan terhadap sumber daya alam Migas yang membawa keuntungan lebih besar bagi rakyat. Menurut Mahkamah, pengelolaan secara langsung oleh negara atau oleh badan usaha yang dimiliki oleh negara adalah yang dikehendaki oleh Pasal 33 UUD 1945."</i></p>		
6	<p>Tugas dan fungsi BPH Migas juga dengan jelas dijabarkan dalam UU Migas serta peraturan perundang-undangan di bawahnya. Hal demikian tercerminkan juga di dalam Keputusan Presiden Nomor 86 Tahun 2002 tentang Pembentukan Badan Pengatur Penyediaan dan Pendistribusian Bahan Bakar Minyak dan Kegiatan Usaha Pengangkutan Gas Bumi Melalui Pipa, Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2004 tentang Kegiatan Usaha Hilir Minyak dan Gas Bumi, dan Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2004. Dari pengaturan-pengaturan tersebut tidak terdapat adanya tumpang tindih fungsi dan kewenangan antara BPH Migas dengan BP Migas atau badan lain yang dibentuk oleh pemerintah, sehingga dalil Pemohon bahwa keberadaan BPH Migas menimbulkan ketidakpastian hukum adalah tidak beralasan.</p>	6	-
7	<p>Bahwa mengenai konstitusionalitas jangka waktuberlakunya kontrak yang diatur dalam Pasal 63 huruf c UU Migas, Pemohon mendalilkan bahwa dengan tidak dibatalkannya kontrak-kontrak yang merugikan negara dan rakyat tersebut, maka hak menguasai negara untuk melindungi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat tidak berfungsi. Menurut Mahkamah, Pasal 63 merupakan salah satu pasal peralihan yang berfungsi untuk mencegah kekosongan hukum dan menjamin kepastian hukum yang dapat ditimbulkan dari pembentukan UU Migas. Dalil para Pemohon yang menyatakan bahwa ketentuan tersebut dapat menyebabkan kerugian negara dan membahayakan cadangan kekayaan alam Indonesia merupakan persoalan yang dapat timbul karena ketentuan syarat dan/ atau pelaksanaan dari kontrak-kontrak yang dimaksud, bukan karena keberadaan Pasal 63 huruf c Undang-Undang <i>a quo</i>. Dengan perkataan lain, dalil para Pemohon tersebut merupakan isu penerapan norma, bukan merupakan isu konstitusionalitas norma;</p>	7	-

8	Berdasarkan seluruh pertimbangan tersebut di atas, Mahkamah berpendapat bahwa permohonan para Pemohon untuk sebagian <i>ne bisin idem</i> , untuk sebagian tidak terdapat objeknya lagi, dan untuk sebagian yang lain tidak beralasan menurut hukum;	8	-
---	--	---	---

B. Ragam Konsep Desain Tata Kelola Hukum Migas

Praktik yang ada dalam pengelolaan minyak dan gas bumi di beberapa negara menunjukkan bahwa secara umum terbagi ke dalam tiga fungsi yaitu: fungsi regulasi (*regulatory*); fungsi kebijakan (*policy*); dan fungsi komersial (*commercial*). Sementara yang membedakannya adalah hanya pada bagaimana masing-masing negara memisahkan atau tidak memisahkan fungsi-fungsi tersebut. Mark C. Thurber dari Universitas Stanford beserta beberapa rekannya pernah melakukan suatu penelitian mengenai sejauh mana pengaruh pengaturan fungsi tersebut terhadap kinerja sektor hulu migas.³² Hasil kajian tersebut menggambarkan bahwa terdapat negara-negara yang secara tegas memisahkan ketiga fungsi tersebut, antara lain: Norwegia, Nigeria, Aljazair, Brazil, dan Meksiko. Sementara terdapat pula negara-negara yang tidak secara tegas memisahkan ketiga fungsi dimaksud (fungsi regulasi dirangkap dengan fungsi komersial, atau fungsi regulasi dirangkap dengan fungsi kebijakan) antara lain: Arab Saudi, Malaysia, Angola, Russia, dan Venezuela.

Satu fakta yang ditemukan dalam praktik adalah bahwa fungsi komersial selalu dilakukan oleh perusahaan minyak dan gas bumi milik negara (NOC). Terkecuali untuk negara-negara seperti Australia, Amerika Serikat, Kanada, Inggris dan beberapa negara maju lainnya yang memang sudah tidak memiliki NOC, karena sebelumnya sudah di privatisasi. Untuk beberapa negara maju tersebut maka fungsi komersial dijalankan oleh perusahaan swasta atau IOC. Sehingga dapat ditarik kesimpulan bahwa keterlibatan langsung dalam kegiatan eksplorasi dan produksi migas hanya bisa dilakukan oleh perusahaan baik itu NOC dan/atau IOC. Keterlibatan pemerintah Indonesia dalam kegiatan eksplorasi dan produksi minyak dan gas bumi dilakukan oleh Pertamina selaku NOC. Pertanyaan selanjutnya adalah sampai sejauh mana Pertamina telah berkontribusi dalam produksi minyak dan gas bumi nasional. Jika dibandingkan dengan NOC dari negara lain maka jawabannya adalah peran Pertamina tidak terlalu mentereng, bahkan kalah jauh dengan NOC negara tetangga, Petronas. Berdasarkan jumlah cadangan minyak

³² Thurber, M.C., et. al., *Exporting the "Norwegian Model": The effect of administrative design on oil sector performance*. *Energy Policy* (2011).

yang dikuasai oleh perusahaan migas, berikut dapat menggambarkan bagaimana posisi Pertamina dibandingkan dengan NOC dan IOC dari negara lain:

Tabel. 4
Peringkat Perusahaan Migas Berdasarkan
Cadangan Minyak yang Dikuasai

Peringkat	Perusahaan	Negara	Kepemilikan Negara (%)	Cadangan (Juta Barel)
1	Saudi Aramco	Saudi Arabia	100	264.200
2	NIOC	Iran	100	138.400
3	INOC	Irak	100	115.000
4	KPC	Kuwait	100	101.500
5	PDVSA	Venezuela	100	99.377
6	ADNOC	UEA	100	52.800
7	LNOC	Libya	100	30.700
8	CNPC	RRC	100	22.447
9	NNPC	Nigeria	100	21.187
10	Rosneft	Rusia	75	17.513
11	Lukoil	Rusia		12.572
12	Pemex	Meksiko	100	12.187
13	Sonatrach	Aljazair	100	11.400
14	ExxonMobil	Amerika Serikat		11.074
15	QP	Qatar	100	10.624
17	Petrobras	Brazil	56	9.581
18	Gazprom	Rusia	50	9.195
19	Surgutneftegas	Rusia		7.929
20	Petronas	Malaysia	100	7.876
21	Chevron	Amerika Serikat		7.523
22	ConocoPhilips	Amerika Serikat		6.541
25	Total	Perancis		5.778
26	Shell	Inggris/Belanda		4.887
29	ONGC	India	74	3.607
30	PDO	Oman	60	3.360
32	Eni	Italia	30	3.269
43	CNOOC	RRC	64	1.564
44	Pertamina	Indonesia	100	1.505

Sumber: *Petroleum Intelligence Weekly (PIW), Special Supplement Issue, 2008.*

Dari tabel di atas dapat terlihat bahwa 13 dari 15 perusahaan minyak dan gas bumi dengan cadangan minyak terbesar adalah perusahaan yang dimiliki negara

(NOC). Pertamina hanya berada pada posisi ke 44, tertinggal jauh dari Petronas selaku NOC Malaysia yang berada pada posisi kedupuluh. Dari tabel tersebut dapat ditarik kesimpulan pula bahwa NOC saat ini telah berhasil mendominasi cadangan minyak yang ada di bumi. Dalam praktik yang terjadi saat ini, NOC mulai bergerak untuk menggeser keberadaan IOC yang menguasai cadangan minyak di negaranya masing-masing. Sekitar 77% dari total cadangan minyak dunia kini telah dikuasai oleh NOC dari berbagai negara.³³ Hal tersebut juga perlu dilakukan oleh NOC Indonesia dalam hal ini Pertamina yang saat ini masih sangat inferior di negaranya sendiri. Kesan inferior bagi NOC Indonesia disebabkan oleh salah satu permasalahan berupa fakta bahwa Pertamina memiliki kontribusi yang sangat kecil jika dibandingkan dengan negara lain. Jika mengacu pada kapasitas volume produksi perhari, bahkan Pertamina tidak masuk dalam peringkat 25 besar perusahaan minyak dan gas bumi dunia. Tidak hanya itu, kembali lagi Petronas yang notabenehnya pernah “berguru” kepada Pertamina mengalahkan NOC Indonesia dengan berada pada peringkat ke-25. Tidak hanya itu, sungguh ironi memang ketika Petronas juga berhasil membuktikan dirinya yang terbaik di Asia Tenggara dengan predikat perusahaan yang paling agresif dalam melakukan kegiatan eksplorasi dan penemuan cadangan migas baru di Asia Tenggara.³⁴ Untuk memberikan gambaran yang lebih jelas, berikut adalah tabel yang berisi informasi tentang 25 perusahaan dengan kapasitas volume produksi perhari:³⁵

Tabel 5
Peringkat Perusahaan Migas Berdasarkan
Kapasitas Volume Produksi Perhari

Peringkat	Perusahaan	Negara	Produksi (juta bph)
1	Saudi Aramco	Arab Saudi	12.5
2	Gazprom	Rusia	9.7
3	NIOC	Iran	6.4
4	ExxonMobil	Amerika Serikat	5.3
5	PetroChina	RRC	4.4
6	BP	Inggris	4.1
7	Shell	Inggris/Belanda	3.9
8	Pemex	Meksiko	3.6
9	Chevron	Amerika Serikat	3.5

³³ Budi R Minulya, *Research and Development Majalah indo Petro, Kejayaan NOC dalam Bisnis Migas dan Tantangan Global: Indonesia? (Bagian Kedua)*, 2013. Diakses melalui http://www.indopetronews.com/2013/07/kejayaan-noc-dalam-bisnis-migas-dan_18.html#

³⁴ Liputan6.com mengutip dari salah satu laporan Wood Mackenzie (2013), *Petronas Kalahkan Pertamina Dalam Penemuan Cadangan Migas*, diakses melalui <http://bisnis.liputan6.com/read/523682/petronas-kalahkan-pertamina-dalam-penemuan-cadangan-migas> .

³⁵ Forbes Online, *The World's 25 Biggest Oil Companies*, diakses melalui <http://www.forbes.com/pictures/mef45gkei/1-saudi-aramco-12-5-million-barrels-per-day-2/> pada 23 Maret 2016.

10	KPC	Kuwait	3.2
11	ADNOC	UEA	2.9
12	Sonatrach	Aljazair	2.7
13	Total	Perancis	2.7
14	Petrobras	Brazil	2.7
15	Rosneft	Rusia	2.6
16	INOC	Irak	2.3
17	QP	Qatar	2.3
18	Lukoil	Rusia	2.2
19	Eni	Italia	2.2
20	Statoil	Norwegia	2.1
21	ConocoPhilips	Amerika Serikat	2
22	PDVSA	Venezuela	1.9
23	Sinopec	RRC	1.6
24	NNPC	Nigeria	1.4
25	Petronas	Malaysia	1.2
-	Pertamina	Indonesia	0.2

Sumber: Forbes (2016).

Sejak pertama kali berdiri hingga saat ini, Pertamina masih belum mampu menunjukkan kesuperioritasannya di negeri sendiri. Istilah yang sering digunakan untuk hal ini adalah bahwa “kedaulatan migas justru berada di tangan asing”. Padahal keberadaan NOC yang kuat sangat erat kaitannya dengan ketahanan energi di suatu negara. Negara-negara yang disebutkan pada kedua tabel di atas, merupakan negara-negara yang memiliki ketahanan energi yang kuat, yang utamanya ditopang oleh NOC yang kuat pula. Negara yang dijadikan contoh baik dalam pengelolaan minyak dan gas bumi bagi Indonesia dapat mengacu pada negara-negara yang terdaftar pada dua tabel di atas. Lebih spesifik lagi, negara-negara tersebut yang memiliki NOC yang kuat pula antara lain Arab Saudi, Iran, Irak, Kuwait, RRC dan Venezuela. Sebagai referensi lain, mengacu pada hasil atau kesimpulan penelitian yang dilakukan oleh Mark C. Thurber, khusus untuk sektor hulu terdapat lima negara yang dianggap memiliki kinerja yang paling baik yaitu Norwegia, Brazil, Arab Saudi, Angola, dan Malaysia.³⁶

Oleh karena itu, Guna mengembangkan partisipasi dan keuntungan Pertamina, perundang-undangan bisa menyinggung apakah Pertamina seyogyanya diberi privilese tambahan dalam mengakses kontrak eksplorasi dan eksploitasi. Suatu sistem persaingan murni yang menempatkan Pertamina pada posisi yang sama

³⁶ Thurber, M.C., *Loc. Cit.*

dengan perusahaan-perusahaan swasta di dalam proses perizinan-sebagaimana dipraktekkan di Norwegia atau di Kolombia - kemungkinan besar tak akan sesuai dengan kebutuhan Indonesia karena ada konsensus bahwa Pertamina perlu diberi dukungan. Namun, menimbang kebutuhan akan investasi swasta, tidak juga ada keinginan untuk memberi Pertamina suatu monopoli atas eksplorasi dan produksi seperti Saudi Arabia. Karena itu keputusan yang diambil Negara, kemungkinan akan bertumpu pada pertanyaan mengenai keuntungan-keuntungan seperti apa (di luar kewenangan monopoli) yang dapat dijadikan bagian dari sistem ini. Ada dua pilihan dasar, sebagaimana digambarkan di bawah ini:³⁷

Tabel. 6
 Perbandingan Model NOC dalam Pengelolaan Migas

Sistem	Deskripsi	Contoh	Keuntungan	Kekurangan
Peran yang terjamin	BUMN memiliki peran yang sudah ditentukan atau seragam di dalam setiap proyek komersil (misalnya, hak operator, saham ekuitas minimum, atau hak memilih mitra sendiri) atau opsi untuk tanpa batasan memilih peran semacam itu manakala mau.	Malaysia (pemilihan mitra); Brazil (operator di dalam semua proyek "presalt")	<ul style="list-style-type: none"> • Jaminan adanya kesempatan komersil • BUMN diberi kekuasaan untuk mengontrol proyek • Mudah membuat prediksi di dalam perencanaan 	<ul style="list-style-type: none"> • Melemahkan insentif bagi BUMN untuk meningkatkan kinerja • Mengurangi tekanan pasar bagi BUMN untuk berdayasaing
Pengistimewaan yang aplikatif	BUMN diberi keuntungan-keuntungan sistematis di bandingkan perusahaan swasta di dalam proses perizinan. Ini dapaf melalui hak mengajukan aplikasi pertama, di mana BUMN diberi proyek bila tawarannya memenuhi pagu minimum. Dapat juga dilakukan melalui proses penawaran, di mana BUMN menerima 'bonus points' dalam kompetisinya dengan perusahaan swasta.	Mexico (pasca-2013), Kazakhstan	Berusaha mencapai keseimbangan antara akses kepada proyek dan insentif untuk efisiensi dengan menciptakan keuntungan untuk meningkatkan kemungkinan partisipasi BUMN dalam proyek, namun tanpa menjamin hal itu.	<ul style="list-style-type: none"> • Tidak dapat diprediksi dibandingkan dengan opsi peran yang sudah dijamin • Masih ada sedikit resiko melemahkan insentif atau mencegah investasi swasta (bila perusahaan lain merasa sistemnya tidak jelas atau tidak adil).

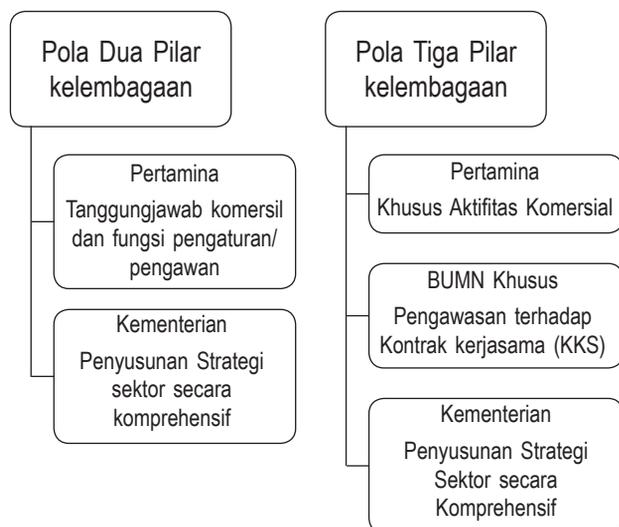
³⁷ Emanuel Bria, Patrick heller, et all, *Indonesia's Oil and Gas Legislation: Critical Issues*, (Natural Resource Governance Institute' Briefing, 2006), h. 13

Selain itu perlu juga direkomendasikan agar Indonesia dapat mempertimbangkan semacam versi dari “ pengistimewaan”. Ini akan memberi Pertamina peluang yang lebih luas untuk mengembangkan berbagai proyek dibandingkan dengan yang dimiliki tahun-tahun belakangan ini, serta akan memberikan insentif untuk menjadi sebuah perusahaan komersil yang lebih dinamis dan berdaya-saing. Pilihan ini juga akan mengurangi risiko bagi investasi swasta atau menciptakan inefisiensi dengan memandatkan Pertamina untuk memainkan peran dominan di dalam setiap proyek.³⁸

Indonesia perlu memutuskan lembaga mana yang secara prinsip bertanggungjawab atas peraturan dan pengawasan kegiatan di hulu. Tampaknya saat ini ada dua opsi utama, yakni untuk memberikan tanggungjawab pengaturan kepada Pertamina (yang disebut pendekatan “dua-pilar” di mana Pertamina memainkan peran pengawasan dan implementasi sehari-hari, di bawah pengawasan yang lebih luas dari Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral), atau untuk mengamanahkan tanggungjawab itu kepada satu badan usaha milik negara yang baru (BUMN Khusus), yang bakal mengambil-alihbanyak fungsi yang semula dilaksanakan oleh BP Migas (atau dikenal sebagai “pendekatan tiga pilar”).

Skema. 1

Model Pola Kelembagaan dalam Pengelolaan Migas



Berbagai versi dari sistem-sistem ini telah dilembagakan di negara produsen minyak lain dengan hasil bermacam-macam.

³⁸ Emanuel Bria, Patrick heller, et all, *Op. Cit*, h. 15-16

Tabel. 7
Perbandingan Keuntungan dan Kerugian Pola
Kelembagaan dalam Pengelolaan Migas

Sistem	Contoh	Keuntungan	Kerugian
Dua pilar, BUMN eksplorasi dan produksi sebagai pengatur utama	Malaysia, berhasil dengan beberapa tantangan akuntabilitas); Angola (kinerja teknis bagus, akuntabilitas rendah); Venezuela (gagal)	<ul style="list-style-type: none"> • Dapat memfasilitasi pengembangan dan implementasi suatu visi nasional yang kuat dan bersatu untuk sektornya. • Memfokuskan sumberdaya dan keahlian-keahlian pada satu lembaga sehingga menguatkannya. • Dapat memfasilitasi administrasi yang efisien. • Menguatkan BUMN dengan otomatis memberinya wewenang pengambilan keputusan. 	<ul style="list-style-type: none"> • Konflik kepentingan: jika BUMN mengatur dirinya sendiri, penegakan aturan nasional bisa lemah. • Dapat melemahkan insentif BUMN untuk mencapai kinerja komersil kuat. • Kombinasi peran-peran dapat membebani BUMN dan mengacaukan perhatian dari agenda komersilnya yang utama.
Tiga pilar (lembaga ketiga sebagai pengatur)	Norwegia (berhasil); Kolombia (berhasil); Brazil (bervariasi: sukses teknis dalam jangka panjang, tapi belakangan ada skandal korupsi besar)	<ul style="list-style-type: none"> • Dapat mengurangi risiko konflik kepentingan • Dapat meningkatkan kemungkinan penegakan aturan secara konsisten. • Dapat mempermudah BUMN berfokus secara khusus pada sasaran-sasaran komersil. • Seringkali lebih disukai investor swasta yang curiga ada perlakuan tidak setara di bawah model dua pilar. 	<ul style="list-style-type: none"> • Dapat berisiko menyebarkan sumberdaya manusia dan keuangan sehingga tidak fokus • Dapat menimbulkan kebingungan dan inefisiensi bila peran-peran setiap lembaga yang berbeda tidak jelas ditegaskan. • Tidak banyak contoh dari "BUMN Khusus" yang dapat dipelajari: Petoro di Norwegia dan PPSA di Brazil.

Penelitian global yang dilakukan NRGi mengisyaratkan bahwa pendekatan dua pilar cenderung lebih berhasil di negara-negara yang (1) memiliki sistem pembuatan keputusan politik yang tunggal (seperti di Malaysia); dan/atau (2) memiliki kapasitas rendah untuk mengelola sektor minyak, dan karena itu membutuhkan konsolidasi sumberdaya pemerintah di dalam satu lembaga. Di negara yang memiliki kapasitas kuat di sektor perminyakan dan memiliki sistem

pengambilan kebijakan yang lebih kompetitif (seperti Norwegia dan Kolombia) maka sistem tiga pilar cenderung lebih berhasil.³⁹

Setelah memutuskan soal peran dan tanggungjawab Pertamina atau BUMN Khusus, pemerintah harus membentuk suatu sistem yang memberi perusahaan tersebut akses kepada pendanaan yang dibutuhkan untuk melaksanakan mandatnya. Membiayai BUMN membutuhkan suatu mekanisme yang berimbang. Memberikan kepada suatu BUMN kontrol atas bagian dana publik yang terlalu besar dapat mencederai insentif BUMN tersebut untuk melakukan kinerja yang efisien sekaligus mengurangi anggaran negara. Namun di sisi lain bila BUMN itu tak memiliki akses pendanaan yang cukup dan dapat diprediksi guna melaksanakan kegiatannya maka perusahaan tersebut tidak mungkin melaksanakan strategi komersilnya secara efektif. Perlu direkomendasikan sebagai bagian dari peran Pertamina dan privilese-privilese yang akan diperoleh, para pemimpin Indonesia hendaknya melakukan suatu penilaian yang rinci mengenai kebutuhan-kebutuhan perusahaan tersebut dan menetapkan suatu aturan pembiayaan yang sepadan.

Bila Negara memilih pendekatan tiga pilar dan membentuk satu BUMN Khusus, maka perlu juga ditetapkan suatu mekanisme pembiayaan yang sepadan dengan tingkat tanggungjawab dan kegiatan komersil BUMN tersebut. Seperti kasus Petoro di Norwegia, mengingat mandat terbatas yang dimiliki BUMN 'regulator' semacam itu, titik tolak paling logis untuk diskusi ini tentunya adalah bahwa keuangan BUMN tersebut akan beroperasi sebagai bagian dari siklus keuangan negara (*budgetary entity*)

KESIMPULAN

Dari beberapa putusan MK tersebut dapat ditarik sejumlah benang merah sebagai berikut. Pertama, putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 dan putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 sama-sama menghendaki penguatan penguasaan negara di sektor hulu dan memperbolehkan persaingan di sektor hilir. Sistem *unbundling*, yang membuka kompetisi di bisnis pengolahan, pengangkutan, penyimpanan, dan niaga dinyatakan tidak bertentangan dengan konstitusi. Hal ini juga dikuatkan dengan Putusan MK Nomor 65/PUU-X/2012 yang menolak membubarkan BPH Migas sebagai institusi pemerintah yang mengatur sektor hilir. Dikuatkannya posisi

³⁹ Emanuel Bria, Patrick Heller, et al., *Indonesia's Oil and Gas Legislation: Critical Issues*, (Natural Resource Governance Institute' Briefing, 2006), h. 15-16

BPH Migas sebagai Badan Pengatur, artinya di sektor hilir, MK membenarkan fungsi pemerintah sebagai regulator, tidak harus menjadi operator. Adapun di sektor hulu, dibandingkan putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003, putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 memberikan tafsir penguasaan negara lebih radikal dengan membatalkan model tata kelola tiga kaki yang mengesampingkan kewenangan Negara c.q. Perusahaan Negara untuk bertindak langsung menjadi operator. Di sektor eksplorasi dan eksploitasi, negara harus dapat bertindak bukan hanya sebagai regulator tetapi juga operator. Kedua, putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 dan putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 sama-sama menghendaki penguatan BUMN sebagai pemegang lisensi atau Kuasa Pertambangan untuk mengelola sektor hulu dan berperan vital di sektor hilir migas. Putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 menegaskan Kuasa Pertambangan tidak dapat diserahkan langsung kepada pelaku usaha (BU/BUT). Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 melarang kontrak hulu berpola G2B karena mendegradasi kedaulatan negara. Kontrak seharusnya dilakukan berpola B2B antara BUMN dengan pelaku usaha (B2B). Kontrak berpola B2B akan semakin mengukuhkan bahwa KKS bukan perjanjian internasional yang butuh persetujuan DPR. Ketiga, MK menghendaki iklim investasi migas kondusif dengan mengadopsi sistem perpajakan khusus. Sistem yang dikembangkan UU Migas mencabut asas *lex specialis* dalam sistem fiskal migas. Akibatnya, pungutan dilakukan sejak periode eksplorasi hingga produksi. Pungutan pajak pra-produksi tidak adil dan merusak iklim investasi hulu migas yang, pada gilirannya, menghambat kesempatan mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat. Keempat, MK melarang liberalisasi total harga BBM/BBG untuk diserahkan sepenuhnya kepada mekanisme pasar. Kebijakan harga BBM/BBG harus ditetapkan pemerintah dengan mempertimbangkan banyak hal, termasuk acuan pasar. Kelima, MK menghendaki pemanfaatan hasil eksplorasi dan eksploitasi migas untuk optimalisasi kebutuhan domestik. Dalam putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003, MK mengoreksi ketentuan DMO yang tidak mencerminkan visi menjamin *security of supply*. Lima hal ini merupakan kerangka acuan penyusunan disain tata kelola dan sistem perusahaan migas yang konstitusional. Mengikuti acuan konstitusi sebagaimana dijabarkan MK akan membuat regulasi baru yang dibentuk relatif aman dari gugatan uji materi yang tidak berkesudahan.

Bahwa perlu adanya (i) rumusan mekanisme bagaimana yang paling efektif dan efisien bagi pemerintah selaku Kuasa Pertambangan dari negara untuk melaksanakan perannya tersebut apakah akan dilakukan langsung melalui instrumen pemerintah

(Kementrian ESDM atau pembentukan Lembaga Negara Non Kementrian) atau akan bermitra dengan perusahaan negara dengan menunjuk BUMN Migas sebagai *National Oil Company*. Selain itu (ii) perlu adanya rumusan mekanisme bagaimana yang paling efektif dan efisien dalam desain kerjasama dengan mitra (pihak ke-3) khususnya pihak ketiga yang berupa pihak asing apakah tetap mempertahankan mekanisme *Production Sharing Contract* (PSC) yang telah diterapkan saat ini atau pilihan kerjasama lain yang lebih optimal memberikan keuntungan kepada negara untuk dipergunakan bagi kemakmuran rakyat. (iii) rumusan mekanisme bagaimana yang paling efektif dan efisien dalam mendesain pemanfaatan *Participating Interest* bagi daerah penghasil untuk mereduksi persolaan yang selama ini ada dimana Daerah Penghasil melalui BUMD nya cenderung tidak mampu mengambil keseluruhan hak *participating interest*, yaitu sebesar 10%, kecuali jika mereka bekerja sama dengan pihak swasta atau pihak asing. Sebagai konsekuensinya maka keuntungan dari *participating interest* tidak akan seratus persen diserap oleh daerah karena pihak swasta atau pihak asinglah yang cenderung diuntungkan. Dan (iv) rumusan mekanisme bagaimana yang paling efektif dan efisien dalam mendesain pengaturan Klausula Penyelesaian Sengketa Khusus dalam Sektor Migas mengingat sektor migas ini masuk kategori sektor penting yang menguasai hajat hidup orang banyak.

DAFTAR PUSTAKA

- Budi R Minulya, *Research and Development Majalah indo Petro, Kejayaan NOC dalam Bisnis Migas dan Tantangan Global: Indonesia?* (Bagian Kedua), 2013. Diakses melalui http://www.indopetronews.com/2013/07/kejayaan-noc-dalam-bisnis-migas-dan_18.html#
- Elli Ruslina. *Pasal 33 Undang Undang Dasar 1945 Sebagai Dasar Perekonomian Indonesia: Telah Terjadi Penyimpangan Terhadap Mandat Konstitusi*, Disertasi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2010
- Emanuel Bria, Patrick heller, et all, *Indonesia's Oil and Gas Legislation: Critical Issues*, Natural Resource Governance Institute' Briefing, 2006
- Ibnu Sina Chandranegara, "Demam Demokrasi dan Realitas Hukum Migas", Jakarta: Makalah dalam Seminar Nasional "Menemukan Desain Hukum Migas yang Merah Putih tanggal 8 Desember 2016

Kwik Kian Gie, *Siasat Liberalisasi Ekonomi*, Reform Review (Jurnal untuk Kajian dan Pemetaan Krisis), Volume II Nomor 1 April-Juni 2008, h. 38.

M. Kholid Syeirazy, *Dibawah Bendera Asing: Liberalisasi Industri Migas di Indonesia*, Jakarta: LPE3S, 2009

Ronald Z. Titahelu, *Penetapan Azas-azas Hukum Umum dalam Penggunaan Tanah untuk Sebesar-besar Kemakmuran Rakyat*, Surabaya: Disertasi Program Pasca Sarjana pada Universitas Airlangga, 1993.

Subiakto Tjakrawerdaja, *Menunggu UU Induk Mengenai Perekonomian Nasional*, Reform Review (Jurnal untuk Kajian dan Pemetaan Krisis), Volume II Nomor 1 April-Juni 2008,

Syaiful Bakhri, *Migas Untuk Rakyat*, Jakarta: Grafindo Persada, 2013