

Peraturan Pemerintah tentang pendiriannya.²⁵⁸ Sedangkan BUMN Persero mendapatkan status badan hukumnya saat BUMN Persero memperoleh status badan hukum saat tanggal diterbitkannya Keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia.²⁵⁹ Hukum tidak otomatis berperan dalam kegiatan ekonomi. Hukum harus memiliki 3 kualitas untuk mendorong pembangunan ekonomi yaitu adanya (1) *stability*; (2) *predictability*; (3) *fairness*.²⁶⁰ Dua yang pertama adalah prasyarat untuk sistem ekonomi dapat berfungsi. “*Predictability*” mensyaratkan bahwa hukum tersebut mendatangkan kepastian. Investor akan datang ke suatu negara bila ia yakin hukum akan melindungi investasi yang dilakukannya. Kepastian hukum sama pentingnya dengan “*economic opportunity*” dan “*political stability*”. Kedua, dia harus dapat menciptakan “*stability*”, yaitu dapat menyeimbangkan atau mengakomodir kepentingan-kepentingan yang saling bersaing dalam masyarakat.. Ketiga, “*fairness*” atau keadilan seperti persamaan semua orang atau pihak didepan hukum, perlakuan yang sama kepada semua orang dan adanya standar pola perilaku Pemerintah, oleh banyak ahli ditekankan sebagai prasyarat untuk berjalannya mekanisme pasar dan mencegah tindak birokrasi yang berlebih-lebihan. Tidak adanya standar mana yang adil dan mana yang tidak adalah salah satu masalah terbesar yang dihadapi negara berkembang. Dalam jangka panjang tidak adanya standar tersebut akan menghilangkan legitimasi Pemerintah.²⁶¹

BAB 4

ANALISA HUKUM KUASA PERTAMBANGAN MILIK BUMN PASCA UNDANG-UNDANG NO. 4 TAHUN 2009

4.1 Pengelolaan Mineral dan Batubara berdasarkan Konstitusi

Pengelolaan sumber daya alam tidak sama dengan usaha di bidang lain. Sumber daya alam terbagi menjadi 2 yaitu (1) sumber daya alam terbarukan

²⁵⁸ Indonesia, Undang-Undang tentang Badan Usaha Milik Negara, *Op.Cit.*, Pasal 35 ayat 2

²⁵⁹ Indonesia, Undang-Undang tentang Perseroan Terbatas, *Op.Cit.*, Pasal 7 ayat 4

²⁶⁰ Pancras J. Nagy, *Country Risk, How to Asses, Quantify and Monitor* (London: Euronomy Publications, 1979), page 54. Dikutip dari Erman Rajagukguk *Hukum Investasi di Indonesia Pokok Bahasan* (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006)., hal. 40.

²⁶¹ Sebagaimana dikutip dari Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Penanaman Modal, 16 Maret 2006, hal. 28-29. Lihat juga Erman Rajagukguk, *Op. Cit* (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006)., hal. 121

contohnya antara lain perkebunan, dan perikanan dan (2) sumber daya alam yang tidak terbarukan contohnya: batubara, emas, perak, intan, timah dan pasir besi. Komoditi pertambangan merupakan sumber daya alam yang tidak terbarukan, keberadaannya yang alami (*endowment*), dan sebagai sumber energi yang bernilai tinggi membuat usaha pertambangan memiliki nilai strategis bagi setiap Negara. Sifat tak terbarukan membuat pengelolaan sumber daya alam di bidang pertambangan harus dibedakan dari usaha di sektor lain. Beberapa karakteristik usaha pertambangan yaitu: (1) membutuhkan modal besar atau padat modal untuk membiayai kegiatan praproduksi dan membangun sarana produksi yang dibarengi dengan pembangunan sarana umum karena lokasinya yang relative terpencil (2) membutuhkan keahlian dan teknologi yang tinggi atau padat teknologi (3) Investasinya jangka panjang dan diperlukan waktu untuk pengembalian modal kerja. Hal ini karena usaha pertambangan harus melewati tahap eksplorasi terlebih dahulu sebelum memasuki tahap operasi produksi.²⁶² (4) Besarnya resiko ketidakpastian: resiko geologi (eksplorasi) yang berhubungan dengan ketidakpastian penemuan cadangan, resiko teknologi yang berhubungan dengan ketidakpastian biaya, resiko pasar yang berhubungan dengan perubahan harga dan resiko perubahan kebijakan Pemerintah yang berhubungan dengan perubahan pajak dan harga domestik²⁶³ (5) *non-renewable* artinya obyek pertambangan adalah sumber daya alam yang sifatnya tidak dapat diperbaharui. Karena tidak dapat diperbaharui maka pengusaha disektor pertambangan selalu mencari cadangan terbukti (*proven reserves*) baru.

Oleh karena bersifat khusus dan bertujuan untuk meningkatkan perekonomian Negara sehingga dapat mewujudkan kesejahteraan seluruh rakyat Indonesia sebagaimana diatur di dalam Pasal 33 ayat (3) jo ayat (5), maka pengaturan terhadap usaha pertambangan harus dibedakan dengan usaha lain. Landasan konstitusional menjadi titik penjabaran usaha perekonomian nasional yang terlihat di dalam beberapa Undang-Undang bidang sumber daya alam, salah satunya adalah Undang-Undang No. 4 Tahun 2009. Permasalahan yang berhubungan dengan Pasal 33 ayat (3) konstitusi adalah (1) bagaimana penguasaan sumber daya alam (2) menjamin dan ditujukan bagi sebesar-besar kemakmuran

²⁶² Abrar Saleng., *Op.Cit.*, hal 90

²⁶³ Elizabeth Bastida, Et al, *Op.Cit.*

rakyat²⁶⁴ serta (3) bagaimana perusahaan sumber daya alam diatur di dalam peraturan perundang-undangan.

Sifat dari komoditi tambang yang tak terbarukan dan tujuan pengusahaannya sebagaimana dimaksud di dalam konstitusi menjadikan perusahaan sektor tambang harus mampu mengubah potensi sumber daya alam yang merupakan asset untuk mendorong perekonomian menjadi kekayaan nasional (*national wealth*). Penelitian oleh Bank Dunia ²⁶⁵pada Negara-negara berkembang yang industri terbesarnya dari sektor pertambangan menyimpulkan bahwa penerapan usaha pertambangan harus dibedakan dari sektor usaha lainnya karena: (1) Apa yang terdapat didalam tanah adalah aset nasional. Konstitusi menurut Pasal 33 ayat (3) mengatur bahwa mineral dan batubara adalah milik seluruh rakyat Indonesia (public), hal ini dijabarkan oleh UU No. 11 Tahun 1967 untuk diusahakan dengan prioritas kepada Perusahaan Negara. (2) Usaha Pertambangan berdampak besar. Usaha pertambangan selain menghasilkan pendapatan yang tinggi juga berdampak pada lingkungan, sosial dan ekonomi. Usaha pertambangan berbeda dengan kekayaan lain karena tidak perlu melakukan usaha atau produksi untuk menghasilkannya. Bahan galian dapat dieksploitasi tanpa harus ada industri lain yang mengikutinya. Sehingga perusahaan mineral dan batubara menjadi (3) Prioritas untuk *Foreign Direct Investment*. Perusahaan pertambangan merupakan “*early-mover*” untuk investasi pada bidang usaha lain. Hal ini disebabkan karena prioritas perusahaan pertambangan adalah ekspor yang akan memberikan penerimaan Negara dalam bentuk mata uang dollar dimana nilai tukarnya akan sangat membantu pembangunan suatu Negara terutama Negara berkembang.(4) Sumber penerimaan Negara yang besar. Penerimaan Negara terbesar diperoleh dari penerimaan Negara pajak dan non pajak.

Pada Negara-negara bekas komunis dan Negara berkembang yang baru merdeka setelah tahun 1940 termasuk Indonesia, mengalami masa transisi terhadap perekonomian. Negara-negara tersebut membutuhkan modal untuk membangun negaranya. Pada Negara-negara tersebut terjadi penetrasi modal yang berupaya mem-

²⁶⁴ Yance Arizona, “Konstitusi Dalam Intaian Neoliberalisme; Konstitusionalitas Penguasaan Negara Atas Sumber Daya Alam: Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi”, Sebuah makalah disampaikan dalam Konferensi Warisan Otoritarianisme: Demokrasi Indonesia di bawah Tirani Modal Panel Tirani Modal dan Ketatanegaraan, Selasa, 5 Agustus 2008 di FISIP Universitas Indonesia.

²⁶⁵WorldBank dan International Finance Corporation, “*Treasure or Trouble: Mining in Developing Countries*”,(Washington DC:International Finance Corporation, 2002), hal. 10.

buat Negara berkembang untuk melakukan adaptasi dengan sistem perekonomian global yang berpaham neoliberal.²⁶⁶

Karena hingga saat ini belum ada kejijakan mineral dan batubara di Indonesia, maka untuk melaksanakan usaha pertambangan pada masa transisi sebaiknya dilakukan dengan hati-hati. Norwegia, China dan Malaysia telah membuktikan bahwa perubahan yang dilakukan secara bertahap dimulai dari perbaikan institusi dan system pemerintahan dalam negeri adalah yang sukses meningkatkan pertumbuhan ekonomi dari sumber daya alamnya dengan tetap mengendalikan perusahaan SDA kepada State-Company.

Amanat Pasal 33 ayat (3) Konstitusi adalah pengaturan lebih lanjut terhadap pelaksanaan Pasal 33 diatur oleh Undang-Undang.²⁶⁷ Baik Undang-Undang No. 11 Tahun maupun Undang-Undang No. 4 Tahun 2009, keduanya, merupakan penjabaran dari Pasal 33 ayat (3) Konstitusi. Pasal ini merupakan konsep dari Hak Penguasaan Negara (HPN) atas kekayaan alam yang terkandung di dalam bumi Indonesia.²⁶⁸ Konsep HPN kemudian melekat kepada Pemerintah²⁶⁹ sebagai organ dari Negara.²⁷⁰ HPN melekat pada Pemerintah sebab Negara adalah badan sedangkan Pemerintah adalah penyelenggara dari Negara. HPN bukanlah berarti kekayaan alam tersebut dimiliki oleh Negara. Kepemilikan tersebut tetap berada di tangan seluruh rakyat Indonesia secara kolektif.

Selain HPN yang dikemukakan di atas, maka yang paling penting dalam rumusan Pasal 33 ayat (3) adalah kemampuan (*ability*) untuk melakukan kontrol, serta pengaruh sehingga kekayaan alam bisa bermanfaat untuk kesejahteraan rakyat.²⁷¹ Pemerintah memiliki *mineral right* dan *mining right* yaitu hak untuk penyelenggaraan kekuasaan. Pemerintah juga memiliki *economic right* atau hak untuk mengusahakan sumber daya alam, yang sesuai dengan konstitusi hak ini dapat dialihkan kepada pihak lain, namun tetap harus bertujuan untuk memberikan

²⁶⁶ Yance Arizona, *Loc.Cit.*, hal 2

²⁶⁷ Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 33 ayat 5

²⁶⁸ Abrar Saleng, *Op.Cit* hal 22.

²⁶⁹ Bagir Manan, Asas Tata Cara dan Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-Undangan dan Peraturan Kebijakan, *Op.Cit* hal. 6 - 7

²⁷⁰ Sjaafroedin Bahar, *Op.Cit*, hal 322. Mengatakan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tidak menganggap ada perbedaan antara "negara" dengan "Pemerintah" dalam Pasal 33 ayat (3).

²⁷¹ Simon Sembiring, *Loc. Cit.*, hal. 20

manfaat untuk mencapai tujuan bangsa²⁷². *Economic right* dapat dialihkan sebagaimana hak penguasaan terhadap suatu objek dalam hukum perdata, dengan pengalihan hak berdasarkan hukum publik, yaitu melalui pemberian kuasa atau izin.²⁷³

Dalam putusan pengujian Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya mengungkapkan 5 (lima) fungsi Negara dalam menguasai sumber daya alam, yaitu: (1) pengaturan (*regelendaad*), fungsi ini dilakukan melalui kewenangan DPR bersama dengan Pemerintah, (2) pengelolaan (*beheersdaad*) fungsi ini dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*shareholding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen BUMN mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. (3) Kebijakan (*beleid*) fungsi ini dilakukan dengan merumuskan dan mengadakan kebijakan (4) pengurusan (*bestuurdaad*) fungsi ini dilakukan Pemerintah dengan kewenangan untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan, lisensi, dan konsesi dan (5) pengawasan (*toezichoudensdaag*) dilakukan Pemerintah dalam rangka mengawasi dan mengendalikan agar pelaksanaan penguasaan oleh Negara atas cabang produksi yang penting dan/atau menguasai hajat hidup orang banyak dimaksud benar-benar dilakukan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.²⁷⁴

BUMN bidang pertambangan perlu untuk mendapat perlakuan istimewa melalui pengaturan di bidang pertambangan. Sebab: (1) Penguasaan wilayah yang melebihi ketentuan di dalam UU No. 4 Tahun 2009. Sebagaimana disebutkan di dalam penelitian yang dilakukan oleh Bank Dunia tahun 2002, bahwa banyak Negara yang mengatur kekayaan alam yang terkandung di bawah tanah adalah milik publik²⁷⁵. Indonesia melalui Pasal 33 ayat (3) juga mengatur bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya adalah milik rakyat yang digunakan sebesar-besar untuk kemakmuran rakyat. Karena sifatnya yang tak terbarukan, maka pertambangan harus berkelanjutan (*sustain*). Kekayaan alam tersebut harus diubah menjadi kekayaan nasional (*national wealth*) yang bersifat berkelanjutan. Trend peraturan

²⁷² *Ibid.*, HAL 21

²⁷³ Abrar Saleng, *Op. Cit.*, hal. 57

²⁷⁴ Putusan Perkara Pengujian Konstitusi No. 001 – 021-022/PUU-I/2003 mengenai Pengujian UU No. 20 Tahun 2003 tentang Ketenagalistrikan.

²⁷⁵ World Bank dan International Finance Corporation, *Loc. Cit.*

pertambangan di dunia telah mengarah untuk menjadikan usaha pertambangan berkelanjutan²⁷⁶. UU No. 4 Tahun 2009 juga menerapkan hal ini dengan menetapkan WPN yang salah satu fungsinya adalah dicadangkan untuk masa mendatang (2) BUMN tidak sama dengan perseroan terbatas sebagaimana diatur didalam UU No. 40 Tahun 2007 sebab beberapa tujuan BUMN yang diatur didalam Pasal 2 huruf d dan huruf e UU No. 19 Tahun 2003 yaitu BUMN menjadi perintis bagi usaha-usaha yang belum dapat dilaksanakan oleh swasta dan koperasi dan turut aktif memberikan bantuan kepada pengusaha golongan ekonomi lemah koperasi dan masyarakat.²⁷⁷

4.2 Pengendalian Usaha Pertambangan Melalui Penguatan Peran Negara terhadap Pengusahaan Mineral dan Batubara

Sejak Indonesia terbentuk ada dua masa transisi pembangunan ekonomi yang ditandai dengan perubahan politik hukum di bidang sumber daya alam. Pertama: Menjelang Orde baru dan kedua: pasca reformasi. Pada masa pemerintahan Presiden Soekarno melalui Dekrit Presiden 5 Juli 1959 diamanatkan bahwa Negara harus mengatur pemilikan tanah dan mengatur penggunaannya, hingga seluruh tanah diseluruh wilayah bangsa digunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat²⁷⁸. Pemikiran ini kemudian menjadi latar belakang pembentukan Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

Dalam bidang pertambangan, Pemerintah menerbitkan peraturan pertambangan No. 37 Prp Tahun 1960 tentang Pertambangan²⁷⁹, yang mengakhiri

²⁷⁶George W. Pring, "Mining, Environment and Development: A Series of Papers Prepared for The United Nations Conference on Trade and Development" (UNCTAD) "*Laws regulating mining are increasing in scope and stringency, based on the new international paradigm of "sustainable development" - development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. For mining, this means focusing not only on traditional economic concerns, but also on new social, economic, and environmental concerns, particularly in developing nations with resource-based economies*"

²⁷⁷ Undang-Undang tentang Badan Usaha Milik Negara, *Op.Cit.*, Pasal 2 huruf d dan huruf e

²⁷⁸ Indonesia, Undang-Undang tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, *Op.Cit.*, latar belakang pembentukan.

²⁷⁹ Indonesia, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang tentang Pertambangan, *Op.Cit*

berlakunya *Indische Mijnwet* 1899. UU 1960 mengizinkan Pemerintah menarik modal asing untuk mengembangkan pola *production sharing contract*. Pola ini maksudnya meminjam modal asing dan akan dikembalikan dengan bagi hasil, pola ini tidak berhasil ditawarkan oleh Pemerintah untuk menarik investor ke Indonesia, sehingga perlu untuk merubah ketentuan peraturan tentang pertambangan. Investor tidak tertarik untuk menanamkan modal di Indonesia karena belum diaturnya ketentuan tentang penanaman modal asing. Untuk memperbaiki keadaan ekonomi ditetapkan TAP MPRS No. XXIII/MPRS/1966 tentang Pembaharuan Kebijakan Landasan Ekonomi, Keuangan dan Pembangunan. TAP MPRS ini berusaha untuk mewujudkan memperbaiki kondisi ekonomi Indonesia sehingga kesejahteraan umum dapat dicapai. Salah satu cara untuk memperbaiki perekonomian adalah membercepat *landreform*, ikut serta dalam perekonomian dunia, yaitu dengan menjadi anggota IMF dan IBRD serta bekerjasama dengan pihak asing antara lain dengan *production sharing*²⁸⁰. Berdasarkan TAP MPRS dimaksud kemudian lahir beberapa Undang-Undang yang mengatur sumber daya alam yaitu UU No. 1 Tahun 1967, UU No. 5 Tahun 1967 dan UU No. 11 Tahun 1967. Amanat pelaksanaan *production sharing* menurut TAP MPRS No. XXIII adalah memperbaiki kemerosotan ekonomi, namun tetap memiliki tekad untuk tidak bergantung pada luar negeri. Amanat ini tidak dijabarkan dengan baik dalam hal perusahaan mineral dan batubara. Pada pelaksanaannya perusahaan mineral dan batubara baik melalui KP maupun melalui kontrak karya dan perjanjian karya masih bergantung pada luar negeri. Ketergantungan itu baik teknologi maupun modal. Pemerintah tidak memiliki kendali pada distribusi komoditi pertambangan yang berada di dalam wilayah kekuasaannya.²⁸¹

Sektor pertambangan menurut UU No. 1 Tahun 1967 terbuka untuk penanam modal asing dan dilakukan dengan kontrak karya antara pemerintah dengan penanam modal dalam bentuk kontrak karya atau *joint venture agreement*.²⁸² Pelaksanaan dari UU No. 11 Tahun 1967 terhadap penanam modal

²⁸⁰ Indonesia, *Ketetapan MPRS tentang Pembaharuan Kebijakan Landasan Ekonomi, Keuangan dan Pembangunan*, TAP MPRS No. XXIII/MPRS/1966, tanggal 5 Juli 1966, Pasal 64 dan Pasal 65.

²⁸¹ Elizabeth Bastida, Thomas W. Walde, Janeth Warden-Fernandez, *International and Comparative Mineral Law and Policy*, (Kluwer Law International), hal. 15

²⁸² Indonesia, *Undang-Undang tentang Penanaman Modal Asing*, UU No. 1 Tahun 1967, LN No.1 Tahun 1967, TLN No. 2818, Pasal 6 jo Pasal 8

asing kemudian oleh pemerintahan orde baru diartikan dengan sebanyak-banyaknya membuka perusahaan bahan galian strategis dan bahan galian vital kepada investor asing melalui perjanjian karya dan kontrak karya, tanpa memiliki melakukan evaluasi pelaksanaan perjanjian secara periodik, dan setiap perusahaan pertambangan oleh penanam modal asing tersebut dilakukan tanpa didasarkan kepada kajian dampak kerugian dan keuntungan (*cost and benefit analysis*). Selayaknya dibukanya satu usaha tambang harus dapat menjadi pemicu pertumbuhan beberapa sektor industri ikutan. Misalnya dibukanya tambang timah diikuti dengan dibukanya pabrik pemurnian timah sampai menjadi bahan baku untuk solder, bukan hanya ingot timah. Sehingga Negara mendapatkan nilai tambah dari eskstraksi sumber daya alam untuk mensubstitusi deplesi dari kerusakan lingkungan dan hilangnya kekayaan alam.

Pemerintah orde baru memberikan keistimewaan kepada kontraktor asing melalui perusahaan melalui perjanjian dalam hal luas wilayah yang melebihi luas wilayah pemegang KP yang dimiliki badan usaha swasta. Perjanjian tersebut mengatur penyelesaian sengketa yang dilakukan di lembaga arbitrase Internasional. Pemerintah sebagai pihak yang berkontrak kemudian tunduk pada ketentuan di dalam kontrak, berdasarkan *asas pacta sunt servanda*. Dalam hal terjadi penyelesaian sengketa melalui lembaga internasional ini kekuasaan terhadap sumber daya alam beralih kepada badan arbitrase Internasional, karena penyelesaian sengketa bukan berada di dalam kewenangan badan peradilan lokal.²⁸³ Contohnya kasus Karaha Bodas Company (KBC)²⁸⁴ melawan Pertamina. KBC adalah perusahaan berbadan hukum Cayman Island yang menandatangani *Joint Operation Contract* (JOC) dengan Pertamina pada tanggal 28 November 1994 untuk mengusahakan panas bumi sampai menjadi energi listrik. Pada tahun 1997 Pemerintah mengambil tindakan pemulihan ekonomi sebagai akibat dari krisis ekonomi dan bagian dari kesepakatan dengan IMF untuk menunda beberapa proyek BUMN, melalui Kepres No. 39 tahun 1997 tentang Penangguhan/Pengkajian Kembali Proyek Pemerintah, BUMN dan Swasta yang Berkaitan dengan Pemerintah/BUMN. Melalui Kepres ini, PLTP Karaha Bodas adalah termasuk kedalam proyek yang ditangguhkan. Penyelesaian sengketa di dalam JOC antara

²⁸³ Disampaikan oleh Kwik Kian Gie dalam wawancara oleh Metro TV dalam Program Kick Andy episode "Mega-Pro Menjawab", ditayangkan tanggal 12 Juni 2009.

²⁸⁴ Karaha Bodas Vs. Pertamina case, Court of Queen's Bench of Alberta, 24 Oktober 2007

Pertamina dengan KBC adalah melalui arbitration tribunal dengan menggunakan ketentuan *UNCITRAL rules and regulations* yang diselenggarakan di Geneva Swiss. Kemudian KBC menyampaikan pemberitahuan kepada Pertamina bahwa penundaan proyek akan menimbulkan kerugian pada investasinya. Pemerintah kemudian mengeluarkan Kepres No. 47 Tahun 1997 tentang Perubahan Status Pelaksanaan Beberapa Proyek Pemerintah, BUMN dan Swasta yang Berkaitan dengan Pemerintah/BUMN yang Semula Ditangguhkan atau Dikaji Kembali. Dengan berlakunya Kepres ini proyek PLTP Karaha Bodas dilanjutkan kembali. Keputusan untuk melanjutkan proyek PLTP Karaha Bodas kembali ditangguhkan oleh Pemerintah dengan dikeluarkannya Keputusan Presiden No. 5 Tahun 1998, tanggal 10 Januari 1998 tentang Pencabutan Keppres 47 Tahun 1997 tentang Perubahan Status Pelaksanaan Beberapa Proyek Pemerintah, BUMN dan Swasta yang Berkaitan dengan Pemerintah/BUMN yang Semula Ditangguhkan atau Dikaji Kembali. Pada tanggal 30 April 1998, KBC melalui surat No. KBC98J112 yang ditujukan kepada Direktur Utama Pertamina menyampaikan "*Notice of Arbitration*" yang berisi pemberitahuan bahwa KBC mengajukan gugatan melalui Arbitrase Internasional terhadap Pertamina, PLN dan Pemerintah RI cq. Departemen Pertambangan dan Energi, karena dianggap telah melanggar kewajiban-kewajibannya sesuai dengan kontrak yang telah disetujui bersama baik dalam JOC maupun ESC. Pada tanggal 18 Desember 2000, Tribunal mengeluarkan Putusan Arbitrase (*Final Award*) yaitu: (1) Pertamina dan PLN telah melanggar ESC dan Pertamina telah melanggar JOC. (2) Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan tanggung renteng diharuskan membayar kepada KBC : (a) USD 111.100.000 (seratus sebelas juta seratus ribu dolar Amerika Serikat) terhadap kerugian *expenditures*, ditambah bunga sebesar 4% per tahun sejak 1 Januari 2001 sampai pembayaran dilakukan secara penuh. (b) USD 150.000.000 (seratus lima puluh juta dolar Amerika Serikat) terhadap kehilangan keuntungan (*loss of profits*), ditambah bunga 4% per tahun sejak 1 Januari 2001 sampai pembayaran dilakukan secara penuh.

Kewajiban pembayaran penalty Pertamina kemudian dienforce oleh KBC ke beberapa pengadilan di Luar Negeri yaitu pada pengadilan Texas, New York, Hongkong dan Singapura. Hal ini dilakukan oleh KBC karena Pertamina tidak segera melaksanakan putusan arbitrase swiss, sehingga KBC meminta pengadilan-

pengadilan ini untuk membekukan asset Pertamina yang terdapat di beberapa Negara. Salah satu asset yang dibekukan adalah *trust fund* dari hasil penjualan gas cair (LNG) di New York dimana 95% *trust fund* adalah milik Pemerintah Indonesia. Pada Tanggal 18 September 2003, Surat Menko Perekonomian kepada Menko Polkam No. S-395/M.EKON/09/2003 mengharapkan agar dalam pertemuan Menko Polkam dengan *Secretary of State* meminta agar Pemerintah AS mengeluarkan pendapatnya kepada Pengadilan Amerika, seperti yang mereka lakukan dalam kasus ExxonMobil, agar dana milik Pemerintah RI yang tertahan dapat segera dicairkan, karena dana tersebut sangat dibutuhkan untuk mendukung perekonomian pasca keluarnya IMF, mengatasi menurunnya investasi pasca bom bali dan JW Marriott, serta upaya untuk memerangi terorisme.²⁸⁵ Pada akhirnya untuk membayar *penalty* sebesar US\$ 261 juta kasus KBC ini, Pertamina meminjam uang dari Pemerintah. Padahal KBC pada tahun 1997 baru melakukan eksplorasi pada wilayah kerja Karaha dan belum melakukan eksploitasi geothermal. Namun Tribunal menghitung kerugian menggunakan metode *profit loss*, sehingga ganti rugi yang dibayarkan cukup besar. Berarti Indonesia harus membayar kepada investor sejumlah kurang lebih \$261 juta atas potensi sumber daya alamnya sendiri. Selain itu pada awal kasus ini, Pemerintah Indonesia tidak segera menanggapi notice of arbitration yang dikirimkan oleh ICSID, Sehingga KBC sesuai dengan Arbitral rule dapat menunjuk ketiga anggota majelis hakim arbiter. Ternyata pelaksanaan pengusahaan pertambangan oleh investor asing melalui perjanjian yang telah dilaksanakan oleh Indonesia sejak tahun 1967 tidak menggantikan depleksi yang hilang dari pengusahaan pertambangan. Menurut Stiglitz salah satu substitusi depleksi dapat dilakukan dengan peningkatan kapasitas sumber daya manusia sehingga mampu menciptakan negosiator dan ahli perjanjian internasional untuk mengevaluasi perjanjian tersebut.²⁸⁶

Peraturan-peraturan yang lahir pasca orde baru yang berkaitan dengan sumber daya alam mengikuti gelombang privatisasi²⁸⁷ sektor publik yang

²⁸⁵ Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral, *Buku Putih Karaha Bodas* (draft terakhir tanggal 11 Juni 2009), hal 36

²⁸⁶ Macartan Humphreys, Jefferey Scachs, J. E Stiglitz, "Future Direction for Management of Natural Resources " dalam M. Humphreys, J. Sachs, and J.E. Stiglitz , *Escaping the Resource Curse*, , eds., New York: Columbia University Press, 2007, hal 3

²⁸⁷ Black's Law Dictionary Pocket Edition, (St. Paul, Amerika: Thomson/West, 2006), hal. 563 "Privatisasi adalah tindakan atau proses untuk memindahkan urusan perdagangan atau industri dari kepemilikan atau kontrol Pemerintah menjadi kontrol atau milik perusahaan pribadi"

seharusnya berdasarkan konstitusi dikuasai oleh Negara. Peraturan-peraturan tersebut menjadi terliberalkan karena mengikuti *Washington Consensus*²⁸⁸. Washington Consensus menyatakan bahwa perekonomian yang baik membutuhkan perdagangan bebas, stabilitas makro serta penerapan kebijakan harga yang tepat. Pokok-pokok pemikiran consensus ini kemudian diimplementasikan melalui lembaga-lembaga internasional seperti IMF, WTO dan *Multinational Corporation*.

Pengaruh pokok pikiran Washington consensus dapat dilihat pada latar belakang dibentuknya UU No. 19 Tahun 2003 yaitu “sesuai dengan kesepakatan globalisasi dan liberalisme Indonesia dengan dunia Internasional seperti kesepakatan mengenai *World Trade Organization, Asia Free Trade Area, APEC* maka BUMN harus menumbuhkan budaya korporasi dan profesionalisme agar mampu bersaing. Untuk itu pengurusan dan pengawasan BUMN dilakukan dengan prinsip-prinsip *Good Corporate Governance*”²⁸⁹ dan pada latar belakang dibentuknya UU No. 4 Tahun 2009 yaitu “...pembangunan pertambangan harus menyesuaikan dengan perubahan lingkungan strategis, baik bersifat nasional maupun internasional. Tantangan utama yang dihadapi oleh pertambangan mineral dan batubara adalah pengaruh globalisasi yang mendorong demokratisasi..”²⁹⁰

Pada masa reformasi yang melahirkan otonomi pertambangan melalui PP No. 75 Tahun 2001 kewenangan pengurusan beralih kepada Pemerintah Daerah. Dalam periode tahun 2001 – 2008 Pemerintah Daerah mengeksploitasi bahan tambang untuk meningkatkan penerimaan daerah dengan tidak memperhatikan faktor-faktor bahwa harga komoditi tambang sangat labil, sehingga pada saat harga turun keuntungan yang dinikmati oleh Negara juga berkurang ditambah pengurangan dari kerusakan lingkungan yang ditanggung oleh setiap orang yang berada di lokasi pertambangan.

Setelah reformasi pengaturan pertambangan seakan-akan dibuka seluas-luasnya melalui peraturan yang lahir pada masa orde baru yang memaknai UU No. 11 Tahun 1967 dengan membuka usaha pertambangan kepada penanam modal asing tanpa adanya evaluasi periodik, ditambah dengan reformasi pertambangan

²⁸⁸ Yance Arizona, *Op.Cit*, hal 4

²⁸⁹ Indonesia, Undang-Undang tentang Badan Usaha Milik Negara, *Op.Cit.*, Penjelasan Umum

²⁹⁰Indonesia, Undang-Undang tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, *Op.Cit.*, Penjelasan Umum.

yang memberikan kewenangan kepada gubernur atau bupati/walikota untuk memberikan KP tanpa batasan dan landasan keijakan mineral dan batubara nasional.

Pertimbangan majelis hakim pada kasus PT. BA menjadi yurisprudensi bahwa pemerintah daerah secara hukum berwenang membatalkan KP yang telah diberikan kepada PT. BA dan memberikan KP tersebut ke badan usaha lain atas dasar kewenangan yang diberikan Negara dalam UU No. 32 Tahun 2004 dan PP No. 75 Tahun 2001.

4.3 Kepastian Hukum terhadap Pemegang KP dan Pengaturan Keistimewaan BUMN Harus Diatur di dalam Peraturan Setingkat Undang-Undang

Ketentuan peralihan UU No. 4 Tahun 2009 tidak mengatur pelaksanaan KP. Sampai saat ini terjadi kekosongan hukum terhadap pengaturan KP yang dahulu diatur didalam UU No. 11 Tahun 1967. Sehingga dengan menganalogikan adagium *ius coria novit*, Pemerintah c.q Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral mengirimkan surat edaran kepada gubernur dan bupati seluruh Indonesia. SE No. 03.E/31/DJB/2009 tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara Sebelum Terbitnya Peraturan Pemerintah Sebagai Pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009, tanggal 30 Januari 2009. Di dalam SE No. 03.E/31/DJB/2009 diatur bahwa KP yang ada sebelum UU No. 4 Tahun 2009 tetap berlaku sampai jangka waktu berakhir dan wajib disesuaikan paling lambat 1 (satu) tahun sejak berlakunya UU No. 4 Tahun 2009²⁹¹. Untuk keperluan tersebut Direktorat Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi mengirimkan surat kepada seluruh gubernur dan bupati/walikota No. 1053/30/DJB/2009 tentang Izin Usaha Pertambangan, tanggal 24 Maret 2009. Surat Dirjen Mineral, Batubara dan Panas Bumi ini mewajibkan penyesuaian KP menjadi IUP²⁹². Surat ini juga melampirkan form perubahan dari KP menjadi IUP dan form perpanjangan KP yang disesuaikan dengan IUP.

Surat Edaran menurut hierarki peraturan perundang-undangan adalah termasuk kedalam peraturan lain sebagaimana dimaksud didalam Pasal 7 ayat (4)

²⁹¹Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral, Surat Edaran tentang Perizinan Pertambangan Mineral dan Batubara, SE No. 03.E/31/DJB/2009 tanggal 30 Januari, huruf A angka 2

²⁹² Direktorat Jenderal Mineral dan Panas Bumi, Surat Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi kepada Gubernur dan Bupati/walikota di Seluruh Indonesia No. 10533/30/DJB/2009, tanggal 24 Maret 2009.

UU No. 10 Tahun 2004 “jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”.²⁹³ Namun surat Edaran tersebut secara materi tidak sesuai dengan ketentuan perundangan yang lebih tinggi yaitu UU No. 4 Tahun 2009. Undang-undang ini tidak memerintahkan penyesuaian KP melalui sebuah surat edaran. sehingga dengan demikian surat edaran tersebut tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat.

Fungsi peraturan peralihan adalah untuk mengatur keadaan lama yang belum diselesaikan atau masih dalam proses, saat aturan baru mulai berlaku. Sedikitnya tiga tujuan diadakannya peraturan peralihan: Pertama, menjaga jangan sampai terjadi kekosongan ketentuan yang mengatur suatu keadaan. Kedua, agar diperoleh kepastian ketentuan apa yang berlaku terhadap keadaan seperti itu. Ketiga, menjaga agar jangan sampai terhadap permasalahan yang masih dalam proses, karena dengan adanya aturan baru, justru akan mendapat perlakuan yang kurang menguntungkan dibandingkan dengan perlakuan menurut ketentuan lama.²⁹⁴

Ketentuan peralihan memuat penyesuaian terhadap peraturan perundang-undangan yang sudah ada pada saat peraturan perundang-undangan baru mulai berlaku, agar peraturan perundang-undangan tersebut dapat berjalan dengan lancar dan tidak menimbulkan permasalahan hukum.²⁹⁵

Ketentuan peralihan UU No. 4 Tahun 2009 tidak memberikan kepastian hukum bagi pemegang KP. Sebab terdapat hal-hal yang berbeda antara ketentuan menurut UU No. 11 Tahun 1967 dan UU No. 4 Tahun 2009 yang memerlukan

²⁹³ Indonesia, Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, *Op.Cit.*, Pasal 7 ayat 4. Dalam penjelasannya disebutkan “ jenis peraturan perundang-undangan selain dalam ketentuan ini antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat , Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Bank Indonesia, Menteri, kepala badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.”

²⁹⁴“Membaca Arah Ketentuan Peralihan UU KUP”, dimuat pada <<http://www.pajakonline.com/engine/artikel /art.php?artid=713>>, diakses pada 15 Januari 2009.

²⁹⁵ Maria Farida Indrati, *Op.Cit.*, hal. 129

penyesuaian dari pemegang KP yaitu: (1) Luas wilayah (2) penyesuaian dari 5 tahap KP menjadi 2 IUP yaitu IUP Eksplorasi dan IUP Operasi Produksi (3) kewajiban untuk melakukan pengolahan dan pemurnian di dalam Negeri (4) Kewajiban menyediakan dana jaminan reklamasi dan jaminan penutupan tambang (5) pengembangan masyarakat. Dalam ketentuan penutup UU No. 4 Tahun 2009 menyebutkan “Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan dicabut dan dinyatakan tidak berlaku” dan ayat (2)nya mengatur “Pada saat Undang-Undang mulai berlaku, semua peraturan perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor. 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini”.

Suatu peraturan perundang-undangan harus memberikan kepastian hukum. Menurut I.C Van der Vlies dalam suatu peraturan perundang-undangan terdapat asas formil dan asas material. Asas formil terdiri dari: (1) asas tujuan yang jelas. Tujuan dari ditetapkannya UU No. 4 Tahun 2009 salah satunya adalah menjamin tersedianya mineral dan atau batubara sebagai bahan baku dan sumbu energy untuk kebutuhan dalam negeri.²⁹⁶ (2) asas lembaga yang tepat, Undang-Undang ini dibuat atas inisiatif DPR bersama dengan Pemerintah c.q Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral (3) asas perlunya pengaturan dan pemenuhan syarat formil peraturan perundang-undangan adalah (4) asas dapat dilaksanakan. Salah satu unsure dari asas material adalah asas kepastian hukum²⁹⁷. Menurut UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Kolusi, Korupsi dan Nepotisme Asas kepastian hukum termasuk kepada asas umum penyelenggaraan negara, yaitu asas dalam rangka negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan negara.²⁹⁸

²⁹⁶ Indonesia, Undang-Undang tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, *Op.Cit.*, Pasal 3 huruf c

²⁹⁷ I.C Van der Vlies, *Het Wetsbegripen Beginselen van Behoorlijke Regelgeving*, dikutip dari Maria Farida Indrati, *Ibid.*, hal. 227 - 228

²⁹⁸ Indonesia, Undang-Undang tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, *Op.Cit.*, Pasal 3

Sistem norma hukum Indonesia menurut Konstitusi mengikuti teori jenjang norma hukum (*stufentheorie*) dari Hans Kelsen dan teori dari Hans Nawiasky (*die theorie vom stufentordnung der Rechtsnormen*). Dalam sistem norma hukum Indonesia maka norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem yang berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang sekaligus berkelompok-kelompok, dimana suatu norma itu selalu berlaku dan bersumber dan berdasar dari norma yang lebih tinggi, dan norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma dasar Negara yaitu Pancasila.²⁹⁹ Menurut sistem norma hukum Indonesia Pancasila adalah norma fundamental Negara yang merupakan norma hukum tertinggi. Konstitusi, TAP MPR adalah aturan dasar Negara, Undang-Undang, peraturan daerah sebagai formell Gesetz diikuti dengan peraturan pemerintah, keputusan presiden, keputusan menteri dan peraturan pelaksanaan lainnya. Hubungan antara norma dasar dengan norma undang-undang dijelaskan di dalam penjelasan Angka IV konstitusi yang menyatakan bahwa Konstitusi hanya mengatur hal-hal pokok yang nantinya akan dijabarkan di dalam ketentuan Undang-Undang.³⁰⁰ Undang-Undang adalah sumber dan dasar bagi peraturan pelaksanaan atau peraturan otonom yang ada dibawahnya³⁰¹, misalnya Peraturan Pemerintah dan Peraturan Menteri. Sehingga agar supaya norma hukum dasar (ketentuan yang berada di dalam konstitusi) itu berlaku sebagaimana mestinya, maka norma hukum itu harus terlebih dahulu dituangkan kedalam peraturan perundang-undangan, agar mengikat seluruh warga. Pasal 7 Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang mengatur jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan adalah (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Konstitusi), (2) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (3) Peraturan Pemerintah (4) Peraturan Presiden (5) Peraturan Daerah. Undang-Undang adalah peraturan perundang-undangan yang tertinggi di Negara Republik

²⁹⁹ Maria Farida Indrati, *Loc.Cit.*, hal. 57

³⁰⁰ Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Penjelasan Angka IV menyatakan “Maka cukup jikalau Undang-Undang Dasar hanya memuat Aturan-aturan pokok, hanya memuat garis-garis besar sebagai instruksi kepada Pemerintah pusat dan lain-lain penyelenggaraan Negara untuk menyelenggarakan kehidupan Negara dan kesejahteraan sosial.hukum dasar tertulis lebih baik hanya memuat aturan-aturan pokok, sedangkan penyelenggaraan aturan pokok diserahkan kepada Undang-Undang ...”

³⁰¹ Maria Farida Indrati, *Loc.Cit.*, hal 67

Indonesia. Undang-Undang dibentuk bersama oleh DPR dengan persetujuan Presiden.³⁰² Saat ini banyak yang berpendapat bahwa kewenangan membuat Undang-Undang telah berada sepenuhnya di tangan legislative. Hal ini disebabkan karena Pasal 5 dan Pasal 20 ayat (1) Konstitusi. Namun ketentuan pada ayat (2) yang menyatakan “setiap rancangan undang-undang dibahas bersama oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama” merupakan ketentuan yang mengenyampingkan ketentuan ayat (1). Pada ayat (3) diatur bahwa “jika rancangan undang-undang itu tidak mendapat persetujuan bersama, rancangan Undang-undang itu tidak boleh diajukan lagi dalam persidangan DPR masa itu”. Peran Presiden dalam pembentukan Undang-Undang terlihat di dalam Pasal 20 ayat (4) yang menyebutkan “Presiden mengesahkan rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama untuk menjadi undang-undang”. Pasal 20 ayat (5) yang mengatur “Dalam hal rancangan Undang-Undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan undang-undang tersebut disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi Undang-undang dan wajib diundangkan” dalam pembuatan Undang-Undang menurut Dr. Maria Farida adalah tidak tepat. Karena kewenangan untuk tidak mengesahkan Undang-Undang yang telah disetujui DPR dan Presiden tersebut mencerminkan kewenangan Presiden yang lebih kuat dalam pembentukan undang-undang.³⁰³

Kembali kepada azas kepastian hukum yang mengutamakan landasan pengaturan di dalam peraturan perundang-undangan, maka untuk menjamin kepastian hukum pemegang KP dan pemberian hak khusus kepada BUMN harus diatur melalui Undang-Undang.

Ketentuan peralihan diatur di dalam Pasal 169 – Pasal 172. Pasal 169 menyatakan

“ Pada saat Undang-Undang ini berlaku: (a) Kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan batubara yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang ini tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak/perjanjian. (b) Ketentuan yang tercantum dalam pasal kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara sebagaimana dimaksud pada huruf a disesuaikan selambat-lambatnya 1 (satu) tahun sejak Undang-Undang ini

³⁰² Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 5 ayat 1

³⁰³ Maria Farida Indrati, *Loc.Cit.*, hal 188

diundangkan kecuali mengenai penerimaan Negara. (c) pengecualian terhadap penerimaan Negara sebagaimana dimaksud pada huruf b adalah upaya peningkatan Negara”.

Pada Pasal 173 ayat (1) disebutkan “Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan dicabut dan dinyatakan tidak berlaku” dan ayat (2)nya mengatur “Pada saat Undang-Undang mulai berlaku, semua peraturan perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor. 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini”.

Sampai dengan saat ini tidak ada ketentuan setingkat Undang-Undang yang mengatur kepastian berusaha bagi pemegang KP yang dulu diatur dengan UU No. 11 Tahun 1967. Khususnya bagi BUMN yang memiliki luas yang melebihi ketentuan luas WIUP atau WIUP Khusus didalam UU No. 4 Tahun 2009, kekosongan ini dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Ketidakpastian tersebut adalah mengenai pengaturan luas wilayah dikuasai yang melebihi luas WIUP dan WIUPKhusus dan pengaturan berapa banyak WIUP atau WIUPK yang dapat dimiliki oleh 1 BUMN.

Sebagaimana telah dijelaskan di Bab II ketentuan peralihan tentang KP dan pemberian keistimewaan BUMN seharusnya diatur didalam peraturan setingkat Undang-Undang. Dengan menganalogikan adagium *ius coria novit*, maka penerbitan surat edaran untuk mengisi kekosongan hukum akibat ditetapkannya UU No. 4 Tahun 2009 dan bersifat darurat dan perlu diatur dalam peraturan setingkat undang-undang. Hal ini disebabkan pada: Pertama, Ketentuan Pasal 33 ayat (3) jo ayat (5) yang menetapkan bahwa bumi air dan kekayaan alam dikuasai oleh negara dan pengaturannya ditetapkan oleh Undang-Undang. Kedua, Pasal 12 Undang-Undang No. 25 tentang Penanaman Modal³⁰⁴ tidak menutup bidang usaha pertambangan untuk penanam modal asing, begitu juga Keppres 111 Tahun 2007 sebagai pelaksanaan dari Pasal 12 UU No. 25 Tahun 2007 tidak membatasi kepemilikan modal asing dalam usaha pertambangan. Ketiga, Pasal 11 UU No. 19 Tahun 2003 yang menyebutkan bahwa terhadap perseroan berlaku segala ketentuan

³⁰⁴ Indonesia, *Undang-Undang tentang Penanaman Modal*, UU No. 25 Tahun 2007, LN No. 67 Tahun 2007, TLN No. 4724

dan prinsip-prinsip yang berlaku bagi perseroan terbatas sebagaimana diatur dalam UU No. 40 Tahun 2007.³⁰⁵ Sehingga BUMN secara badan usaha tunduk pada UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Keempat Pasal 3 ayat (1) huruf d UU No. 19 Tahun 2003 yang menyatakan:

“asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal neara adalah asas perlakuan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing...”

Kelima adalah ketentuan didalam UU No. 4 Tahun 2009 yang memberikan kewenangan kepada gubernur atau bupati walikota untuk memberikan IUP sesuai dengan kewenangannya ketika WUP telah ditetapkan. Ketentuan ini memberikan kewenangan kepada Pemerintah Daerah untuk melelang WIUP ketika WP telah ditetapkan oleh Pemerintah. Tanpa kebijakan pertambangan Pemerintah Daerah dan keistimewaan BUMN didalam peraturan setingkat Undang-Undang, kasus PT. BA akan kembali terulang.

Tujuan dari diusahakannya komoditi pertambangan adalah untuk mencapai kesejahteraan rakyat Indonesia. Sebagai Negara modern, peraturan-peraturan yang dibuat harus dapat mencapai tujuan Negara tersebut yaitu sebesar-besar kemakmuran rakyat. Pengaturan pengelolaan komoditi pertambangan semakin bebas dan menghilangkan penguasaan Negara terhadap sumber dayanya. Dengan latar belakang mengikuti globalisasi, dan ekonomi pasar, pengendalian terhadap sumber daya alam dapat berada di peradilan internasional. Untuk itu perlu dilakukan proteksi terhadap pengelolaan sumber daya alam. Menurut konstitusi Pemerintah memiliki kewenangan untuk melakukan pengelolaan melalui perusahaan Negara.

Untuk mengatasi hal itu, Pemerintah perlu menetapkan aturan setingkat Undang-Undang yaitu Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) dalam masa transisi Undang-Undang No. 4 Tahun 2009. PERPU merupakan peraturan pemerintah yang bertindak sebagai undang-undang. Syarat dikeluarkannya PERPU adalah adanya “hal ikhwal yang memaksa” yang harus segera diatasi. Pengertian keadaan yang memaksa bukan selalu Negara dalam keadaan bahaya, namun dapat diartikan bahwa menurut keyakinan Presiden

³⁰⁵ Indonesia, Undang-Undang tentang BUMN, *Op.Cit*, Pasal 11

terdapat keadaan yang mendesak dan keadaan itu perlu untuk diatur di dalam Undang-Undang. PERPU yang dikeluarkan Pemerintah harus segera mendapatkan persetujuan DPR dalam masa sidang berikutnya jika tidak maka keberlakuan PERPU tersebut dicabut.

Contoh ditetapkannya PERPU dalam bidang pertambangan adalah PERPU No. 1 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan. Perpu ini ditetapkan karena UU No. 41 Tahun 1999 tidak mengatur izin pertambangan, kontrak karya dan perjanjian karya yang sudah ada sebelum UU No. 41 Tahun 1999 berlaku. PERPU ini kemudian disahkan menjadi UU No. 19 Tahun 2004 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan Menjadi Undang-Undang.

Pasal 38 UU No. 41 Tahun 1999 mengatur bahwa di dalam hutan lindung tidak boleh dilakukan pola penambangan secara terbuka. Ketentuan peralihan UU No. 41 Tahun 1999 tidak mengatur ketentuan izin pertambangan dan perjanjian pertambangan yang telah ada sebelum UU No. 41 Tahun 1999 berlaku dan melakukan pola penambangan terbuka di wilayah ijin atau perjanjian yang meliputi wilayah hutan lindung. Ketiadaan pengaturan perusahaan pertambangan dimaksud didalam ketentuan peralihan UU No. 41 Tahun 1999 tersebut menimbulkan ketidakpastian hukum bagi investor, sehingga ditetapkanlah PERPU No. 1 Tahun 2004 yang kemudian ditetapkan menjadi UU No. 19 Tahun 2004.

PERPU No. 1 Tahun 2004 mengatur bahwa perjanjian bidang pertambangan dikawasan hutan sebelum berlakunya UU No. 41 Tahun 1999 dinyatakan tetap berlaku dan akan diatur perlaksanaannya dengan Keputusan Presiden.³⁰⁶

4.4 Peran BUMN dalam Mengatasi Ketiadaan Keijakan mineral dan batubara Nasional

Setiap Negara harus memiliki rencana kebijakan sumber daya alam. Setiap Negara harus memiliki perencanaan terhadap eksploitasi komoditi pertambangan. Perencanaan tersebut ditentukan oleh kebutuhan bangsa terhadap komoditi

³⁰⁶ Indonesia, *Pearaturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan*, PERPU No. 1 Tahun 2004, LN No. 29 Tahun 2004, TLN No. 4374, Pasal 83 A jo Pasal 83B.

pertambangan. Cadangan sumber daya alam harus ada yang disimpan untuk kepentingan di masa depan.³⁰⁷

Indeks pertumbuhan ekonomi yang biasanya diukur dengan Gross Domestic Product (GDP) tidak cukup akurat menggambarkan tingkat pertumbuhan dari Negara yang mengandalkan sumber daya alam untuk meningkatkan perekonomiannya. Karena eksploitasi sumber daya alam menghasilkan deplesi lain selain berkurangnya kekayaan alam yaitu kerusakan lingkungan yang juga harus dihitung menjadi faktor pengurang.³⁰⁸

Sejarah perusahaan pertambangan Indonesia sejak diatur oleh UU No. 11 Tahun 1967 sampai diatur melalui UU No. 4 Tahun 2009 tidak memiliki rencana perusahaan pertambangan. Dengan tidak dibedakannya pengaturan oleh penanam modal asing dan pengalihan kewenangan perusahaan ke Pemerintah daerah maka eksploitasi pertambangan di Indonesia terus menerus dijadikan andalan untuk menaikkan pendapatan Negara dan daerah tanpa ada rencana atau kebijakan untuk menggantikan dengan industry yang dapat berkelanjutan.

Untuk itu Negara perlu meningkatkan perannya dalam perusahaan mineral dan batubara. Berdasarkan pengalaman Negara kaya sumber daya alam yang sukses mengusahakan sendiri sumber daya alamnya yaitu Malaysia, Norwegia, China dan Vietnam, maka perubahan seharusnya didahului dengan perbaikan institusi. Negara harus menjadi pemilik absolute dari sumber daya alam sebelum instansi siap untuk mengusahakan pertambangan.

Namun dengan berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, UU No. 25 Tahun 2007 Pemerintah Indonesia telah sepenuhnya membuka sektor pertambangan untuk penanam modal asing. Untuk itu peningkatan peran Negara dapat dilakukan dengan memberikan pengaturan istimewa BUMN pertambangan yang masih memiliki wilayah pertambangan yang cukup luas dan cadangan yang belum dieksploitasi.

BUMN perlu untuk diberikan keistimewaan didalam peraturan setingkat undang-undang karena BUMN adalah penjabaran arti “penguasaan Negara” dalam hal pengelolaan sumber daya alam sebagaimana dimaksud pada Pasal 33 ayat (3). Secara filosofis BUMN dibentuk agar Negara memiliki keinginan untuk menguasai

³⁰⁷ Wawancara dengan Dr. Ryad A Chairil. Tanggal 18 Juni 2009

³⁰⁸ Prof. Emil Salim, *Op.Cit*

sumber daya alamnya. BUMN sebagai perusahaan milik Negara dapat melakukan pengusahaan sesuai dengan keijakan mineral dan batubara nasional karena BUMN dibentuk dengan tujuan yang salah satunya adalah selain mencari keuntungan adalah untuk mewujudkan kesejahteraan umum.

Keistimewaan BUMN tersebut dapat diberikan dengan cara memberikan BUMN pertambangan untuk mengembangkan usaha di wilayah yang dimiliki saat ini. Caranya adalah pengaturan dalam PERPU yang menyatakan bahwa KP yang dimiliki BUMN tetap dihormati dan atas wilayah tersebut diberikan hak yang melekat untuk mengusahakan pertambangan tanpa harus memohon kenaikan tahapan kegiatan sebagaimana dahulu diatur di dalam UU No. 11 Tahun 1967.

Keistimewaan tersebut diperlukan untuk menjaga kebutuhan nasional dan stabilitas energy masa depan dari sektor batubara yang belum direncanakan akibat ketiadaan keijakan mineral dan batubara nasional. Hal ini sesuai dengan diaturnya BUMN yaitu untuk mewujudkan sebesar-besar kemakmuran rakyat. Pengusahaan BUMN seharusnya dilakukan di wilayah yang mengandung keterdapatan mineral atau batubara bernilai tinggi, sehingga keuntungan yang didapat oleh Negara menjadi maksimal. UU No. 4 Tahun 2009 memberikan prioritas kepada BUMN untuk dapat berusaha di WIUP Khusus yang berada di dalam WPN. WPN dapat diusahakan setelah wilayah tersebut diubah fungsinya untuk dapat diusahakan oleh Pemerintah setelah persetujuan DPR. WPN sesuai definisinya ditujukan untuk kepentingan strategis nasional.

Wilayah yang dimiliki oleh BUMN dapat diajukan kepada Pemerintah untuk dimintakan persetujuan kepada DPR menjadi WIUPK. Namun sebelumnya keistimewaan tersebut harus didahului oleh pengaturan di dalam peraturan setingkat Undang-Undang yaitu PERPU yang mengatur untuk tetap menghormati wilayah yang dimiliki oleh BUMN. Hal ini dilakukan untuk mengatasi persoalan yang mungkin timbul di masa 1 tahun transisi UU No. 4 Tahun 2009.