

DISERTASI

**PERJANJIAN BILATERAL TENTANG PENANAMAN
MODAL DALAM PERSPEKTIF KESEIMBANGAN
HAK DAN KEWAJIBAN BAGI INDONESIA**

***(BILATERAL INVESTMENT TREATY IN THE
PERSPECTIVE OF BALANCE OF RIGHTS AND
OBLIGATIONS FOR INDONESIA)***



**MIRA NILA KUSUMA DEWI
B013171008**

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2022**

HALAMAN JUDUL

**PERJANJIAN BILATERAL TENTANG PENANAMAN
MODAL DALAM PERSPEKTIF KESEIMBANGAN
HAK DAN KEWAJIBAN BAGI INDONESIA**

***(BILATERAL INVESTMENT TREATY IN THE
PERSPECTIVE OF BALANCE OF RIGHTS AND
OBLIGATIONS FOR INDONESIA)***

DISERTASI

Sebagai salah satu syarat untuk mencapai gelar

**MIRA NILA KUSUMA DEWI
B013171008**

kepada

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2022**

PENGESAHAN DISERTASI**PERJANJIAN BILATERAL TENTANG PENANAMAN MODAL
DALAM PERSPEKTIF KESEIMBANGAN HAK
DAN KEWAJIBAN BAGI INDONESIA**

Disusun dan diajukan oleh:

**MIRA NILA KUSUMA DEWI
B013171008**

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka Penyelesaian Studi Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin pada tanggal, 04 Agustus 2022 dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

Menyetujui,

Promotor,

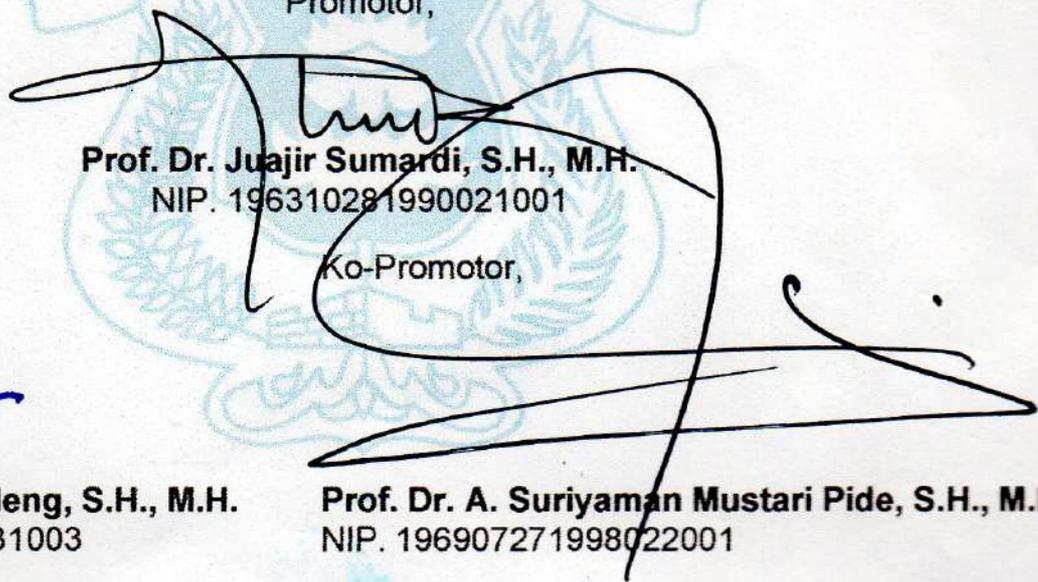
Prof. Dr. Juajir Sumardi, S.H., M.H.
NIP. 196310281990021001

Ko-Promotor,



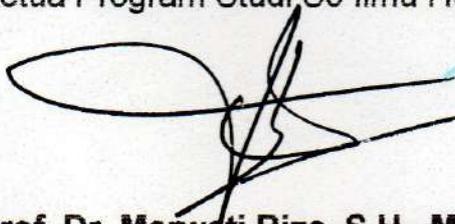
Prof. Dr. Ir. Abrar Saleng, S.H., M.H.
NIP. 196304191989031003

Ko-Promotor,



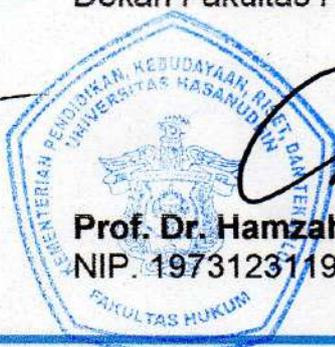
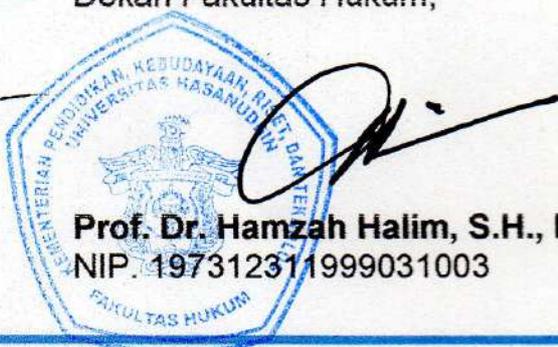
Prof. Dr. A. Suriyaman Mustari Pide, S.H., M.H.
NIP. 196907271998022001

Ketua Program Studi S3 Ilmu Hukum,



Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
NIP. 196408241991032002

Dekan Fakultas Hukum,



Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.
NIP. 197312311999031003

PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Mira Nila Kusuma Dewi

Nomor Induk Mahasiswa : B013171008

Program Studi : Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa disertasi yang saya tulis ini benar-benar merupakan hasil karya saya sendiri, bukan merupakan pengambilalihan tulisan atau pemikiran orang lain. Apabila di kemudian hari terbukti atau dibuktikan bahwa sebagian atau keseluruhan disertasi ini karya orang lain, saya bersedia menerima sanksi atas perbuatan tersebut.

Makassar, 06 Agustus 2022

Yang menyatakan,



(MIRA NILA KUSUMA DEWI)

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah, segala puji syukur kehadiran Tuhan Yang Maha Esa karena anugerah dari-Nya penulis dapat menyelesaikan disertasi tentang “Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal dalam Perspektif Keseimbangan Hak dan Kewajiban Bagi Indonesia.” Hasil penelitian ini disusun dalam rangka penyusunan disertasi yang menjadi salah satu persyaratan untuk memperoleh gelar Doktor Ilmu Hukum pada Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar.

Penulis menyadari bahwa dalam penyusunan hasil penelitian ini masih terdapat kelemahan yang perlu diperkuat dan kekurangan yang perlu dilengkapi. Karena itu, dengan rendah hati penulis mengharapkan masukan, koreksi dan saran untuk memperkuat kelemahan dan melengkapi kekurangan tersebut.

Penyelesaian tulisan ini, saya sangat menyadari bahwa banyak do’a, dukungan, dan bantuan dari semua pihak. Pada kesempatan ini, saya ingin mengucapkan terima kasih kepada kedua orangtua penulis, (Alm.) Roesiyanto, S.H. dan Lisa Yaroh, S.H. Selanjutnya suami saya Irvan Ramlan, S.E. dan kedua anak saya Devan dan Darren, kepada mertua saya H. Sudiyanto dan Hj. Siti Rohani serta adik-adik kandung saya Airlangga, S.Pi., M.Si., Tio Reza Aditya Cholid, S.H., Retno Ayu Wulandari, S.I.Kom. dan kakak-kakak serta adik-adik ipar saya.

Tersusunnya hasil penelitian disertasi ini, penulis mengucapkan terima kasih dengan penuh kerendahan hati dan rasa hormat serta penghargaan yang setinggi-tingginya kepada yang terhormat dan amat terpelajar bapak Prof. Dr. Juajir Sumardi, S.H., M.H., bapak Prof. Dr. Ir. Abrar Saleng, S.H., M.H., dan ibu Prof. Dr. Andi Suriyaman Mustari Pide, S.H., M.Hum., selaku tim promotor yang telah meluangkan waktunya berkenan memberi bimbingan, arahan dan masukan bagi tersusunnya hasil penelitian disertasi yang layak untuk disajikan. Penulis juga mengucapkan terima kasih dan penghargaan kepada yang terhormat dan

amat terpelajar ibu Prof. Dr. Alma Manuputty, S.H., M.H, bapak Prof. Dr. Muhammad Ashri, S.H., M.H., bapak Prof. Dr. Marcel Hendrapaty, S.H., M.H., dan bapak Dr. Kahar Lahae, S.H., M.Hum. selaku tim penguji yang telah banyak memberikan masukan, koreksi dan saran-saran yang sangat berguna bagi perbaikan disertasi ini.

Penulis mengucapkan terima kasih kepada Pemerintah Republik Indonesia dalam hal ini Lembaga Penjamin Dana Pendidikan (LPDP) yang memberikan kesempatan kepada saya untuk mengikuti program Doktor (S3) dengan bantuan biaya melalui program Beasiswa Unggulan Dosen Indonesia Dalam Negeri (BUDI-DN) pada Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar.

Kepada para pimpinan Universitas Hasanuddin Makassar, bapak Prof. Dr. Ir. Jamaluddin Jompa, M.Sc., selaku Rektor, bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P. sebagai Dekan Fakultas Hukum, ibu Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si. selaku Ketua Program Studi S3 Ilmu Hukum beserta seluruh staf, khususnya pak Uly, pak Abd Hakim, pak Hasan dan seluruh staf lainnya yang telah banyak membantu terutama dalam pelayanan prima yang sangat ramah, santun dan maksimal dalam hal pengurusan administratif selama saya menempuh pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.

Terimakasih juga penulis sampaikan kepada pimpinan dan seluruh dosen Fakultas Hukum Universitas Indonesia Timur yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu.

Kepada teman seperjuangan penulis pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin Makassar Angkatan 2017 ganjil, kelas A dan kelas B yaitu Nurul, Rafika, Riri, Alm. Nurdiyana, Nurisnah, Nurhaedah, Alm. Puspita, Maemanah, Handar, Mustawa, Amrianto, Nardi, Imran, Adhe, Ansar, Kamal, Abdurrifai, Musakkir, Amiruddin Lannurung, Imam Basofi, Syafaat, Abdurrahim, Dirga, Octo, Adrian, dan lainnya yang tidak dapat saya sebutkan satu persatu, saya ucapkan terima kasih banyak atas dukungan dan doanya.

Semoga hasil penelitian disertasi ini memberikan banyak manfaat dan kontribusi positif terhadap perkembangan ilmu pengetahuan.

Makassar, 26 Juli 2022

Mira Nila Kusuma Dewi

ABSTRAK

MIRA NILA KUSUMA DEWI, PERJANJIAN BILATERAL TENTANG PENANAMAN MODAL DALAM PERSPEKTIF KESEIMBANGAN HAK DAN KEWAJIBAN BAGI INDONESIA. (Dibimbing oleh Juajir Sumardi, Abrar Saleng, A. Suriyaman Mustari Pide).

Penelitian ini bertujuan untuk: (1) menganalisis substansi hukum Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal dalam Perspektif Keseimbangan Hak dan Kewajiban Bagi Indonesia; (2) menganalisis perbandingan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dengan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Beberapa Negara lain, dan (3) Menelaah Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dalam Perspektif Hak dan Kewajiban Bagi Indonesia.

Penelitian ini merupakan jenis penelitian normatif dengan pendekatan perundang-undangan, pendekatan kasus dan pendekatan perbandingan. Sumber bahan hukum menggunakan bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Bahan-bahan hukum primer yaitu peraturan perundang-undangan dan dokumen hukum yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Bahan hukum sekunder yaitu buku-buku dan jurnal-jurnal hukum. Bahan hukum tersier yaitu kamus, ensiklopedia dan lain-lain. Semua bahan hukum dianalisis dengan metode kualitatif dan dengan analisis isi (*content analysis*).

Hasil penelitian menunjukkan bahwa (1) Substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang berlaku hingga saat ini belum memberikan keseimbangan hak dan kewajiban bagi Indonesia. (2) Perbandingan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dengan negara lain masih banyak perbedaan khususnya dalam hal mekanisme penyelesaian sengketa di mana Indonesia bisa langsung digugat oleh penanam modal di forum arbitrase internasional, (3) Idealnya, Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia harus mengandung nilai-nilai: (a) Perlindungan terhadap Kepentingan Nasional Indonesia yang terdiri dari Hak asasi manusia baik bagi pekerja maupun masyarakat lokal, dan lingkungan hidup; serta (b) Penerapan prinsip penyelesaian sengketa di tingkat lokal terlebih dahulu sebelum mengizinkan penanam modal mengajukan klaim ke arbitrase internasional (*exhaustion of local remedies*) untuk mencapai keseimbangan hak dan kewajiban bagi Indonesia.

Kata kunci: ***Perjanjian Investasi Bilateral, Hak dan Kewajiban Negara Pemberi dan Penerima Modal, Exhaustion of Local Remedies.***

ABSTRACT

MIRA NILA KUSUMA DEWI, BILATERAL INVESTMENT TREATY IN THE PERSPECTIVE OF BALANCE OF RIGHTS AND OBLIGATIONS FOR INDONESIA (Supervised by Juajir Sumardi, Abrar Saleng, A. Suriyaman Mustari Pide)

The purposes of this research are: (1) to analyze the legal substance of Bilateral Investment Treaty (BIT) in the Perspective of the Balance of Rights and Obligations for Indonesia; (2) to analyze the comparison of Indonesian BIT with other countries' BIT in the Perspective of the Balance of Rights and Obligations for Indonesia, and (3) to examine the Indonesian BIT Model in the Perspective of Rights and Obligations for Indonesia.

This normative legal study was conducted using the statute approach, case approach and comparative approach. Sources of legal materials use primary, secondary and tertiary legal materials. Primary materials consist of Statutory regulations and legal documents which are legally binding. Secondary materials are books and legal journals. Tertiary materials are dictionaries, encyclopedias and others. All legal materials are analyzed by qualitative methods and by content analysis.

The results of the study show that (1) The substance of Indonesia's BITs that have been in force until now have not provided a balance of rights and obligations for Indonesia, (2) Comparing Indonesia's BIT's with other countries, it results that there are still many differences with other developing countries especially in dispute settlement mechanism, (3) Ideally, Indonesian BIT Model must content: (a) Protection of National interests consisting of human rights for workers as well as local people, and environment,; (b) The Application of principle of dispute settlement at the local level first before allowing investors to submit claims to international arbitration (exhaustion of local remedies) to achieve a balance of rights and obligations for Indonesia.

Keywords: *Bilateral Investment Treaty, rights and obligations between home state and host state, Exhaustion of Local Remedies.*

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI	ii
LEMBAR PERSETUJUAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
ABSTRAK	vii
ABSTRACT	viii
DAFTAR ISI	ix
DAFTAR TABEL	xii
DAFTAR GAMBAR	xiii
DAFTAR LAMPIRAN	xiv
DAFTAR AKRONIM DAN SINGKATAN	xv
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	21
C. Tujuan Penelitian	22
D. Manfaat Penelitian	22
E. Orisinalitas Penelitian.....	23
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
A. Kerangka Teori.....	27
1. Teori Kedaulatan (Jean Bodin)	27
2. Teori Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional	
.....	37
a. Teori Monisme	38
b. Teori Dualisme	40
c. Teori Campuran	42
i. Teori Transformasi	42

ii.	Teori Delegasi	44
iii.	Teori Harmonisasi	45
3.	Teori Penanaman Modal (Investasi)	46
a.	Muhammad Zaidun:	46
i.	Teori Ekonomi Neo Klasik,	46
ii.	Teori Kebergantungan (<i>The Dependency Theory</i>) ...	46
iii.	Teori Jalan Tengah (<i>The Middle Path Theory</i>)	47
d.	Ragnar Nurske: Teori Lingkaran Setan Kemiskinan	47
e.	Richard A. Posner : Teori Analisis Ekonomi terhadap Hukum	48
B.	Kerangka Konseptual.....	49
1.	Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal	49
2.	Perjanjian Bialteral tentang Penanaman Modal adalah Perjanjian Internasional	73
3.	Tinjauan Umum tentang Penyelesaian Sengketa antara Penanam Modal dan Negara (<i>Investor-State Dispute Settlement</i>)	76
a.	Konsep ISDS.....	76
b.	ISDS dalam Perjanjian Penanaman Modal Internasional.....	79
C.	Kerangka Pemikiran.....	81
1.	Kerangka Pikir	81
2.	Bagan Kerangka Pikir	87
D.	Definisi Operasional Variabel.....	88
BAB III METODE PENELITIAN		
A.	Tipe Penelitian	89
B.	Pendekatan Penelitian	89
C.	Sumber Bahan Hukum.....	90
D.	Analisis Bahan Hukum	90

BABA IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A.	Substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia	92
1.	Hak dan Kewajiban Para Pihak	92
2.	Hak dan Kewajiban Penanam Modal.....	101
3.	Klausul-klausul dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang dapat menimbulkan Masalah	126
4.	Pengkajian (<i>Review</i>) Substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia	158
B.	Perbandingan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dengan Beberapa Negara Lain	199
1.	India	199
2.	Brazil	211
3.	Afrika Selatan.....	224
C.	Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dalam Perspektif Keseimbangan Hak dan Kewajiban bagi Indonesia	241
1.	Perlindungan terhadap Kepentingan Nasional Indonesia	241
a.	Hak Asasi Manusia	242
i.	Tenaga Kerja	245
ii.	Masyarakat Lokal	248
b.	Lingkungan Hidup	250
2.	Penerapan prinsip Penyelesaian Sengketa melalui Hukum Nasional Terlebih Dahulu Sebelum Mengizinkan Penanam Modal Mengajukan Klaim ke Arbitrase Internasional (<i>Exhaustion of Local Remedies</i>)	263

BAB V PENUTUP

A.	Kesimpulan	266
B.	Saran	267

DAFTAR PUSTAKA..... 269

DAFTAR TABEL

Nomor	Halaman
1. Perbandingan Substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia, India, Brazil, dan Afrika Selatan	229

DAFTAR GAMBAR

Nomor	Halaman
1. Tren Perjanjian Investasi Internasional, tahun 1980-2017	9
2. Tren Pertumbuhan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal per Dekade, tahun 1959-2019	10
3. Tren Kasus ISDS berbasis Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal, tahun 1987-2018	11
4. Tren Mayoritas Negara Tergugat, tahun 1987-2018	12
5. Tren Mayoritas Negara Penggugat, tahun 1987-2018	13
6. Putusan ISDS	14
7. Bagan Kerangka Pikir	87

DAFTAR LAMPIRAN

Nomor	Halaman
1. Daftar Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia	285
2. Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Kerajaan Inggris Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanam Modal (<i>Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Island for the Promotion and Protection of Investment</i>)	289
3. Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Kerajaan Denmark Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanam Modal (<i>Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of The Kingdom of Denmark Concerning the Promotion and Protection of Investment</i>)	296
4. Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanam Modal (<i>Agreement Between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments</i>)	308
5. Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Belanda (<i>Netherlands Draft Model BIT</i>)	347
6. Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal India (<i>Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty</i>)	370
7. Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Brazil (<i>Cooperation and Facilitation Investment Agreement Between the Federative Republic of Brazil and....</i>)	399
8. Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Afrika (<i>SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary</i>)	429

DAFTAR AKRONIM DAN SINGKATAN

Singkatan	Arti/Keterangan
AANZ	ASEAN-Australia-New Zealand
ACIA	<i>ASEAN Comprehensive Investment Agreement</i>
AKI	Arbitrase Komersial Internasional
APBN	Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara
ASEAN	<i>Association of Southeast Asian Nations</i>
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i>
BKPM	Badan Koordinasi Penanaman Modal
CEPA	<i>Comprehensive Economic Partnership Agreement</i>
CFIAs	<i>Cooperation and Facilitation Investment Agreements</i>
CSR	<i>Corporate Social Responsibility</i>
EFTA	<i>European Free Trade Association</i>
ELR	<i>Exhaustion of Local Remedies</i>
EPA	<i>Economic Partnership Agreement</i>
FDI	<i>Foreign Direct Investment</i>
FET	<i>Fair and Equitable Treatment</i>
FGD	<i>Focus Group Discussion</i>
FTA	<i>Free Trade Agreement</i>
IAs	<i>International Investment Agreements</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
ICCPR	<i>International Covenant on Civil Political Rights</i>
ICESR	<i>International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights</i>

ICSID	<i>International Centre for the Settlement of Investment Dispute</i>
IGGI	<i>Intergovernmental Group on Indonesia</i>
ILO	<i>International Labour Organization</i>
ISDS	<i>Investor-State Dispute Settlement</i>
IUP	Izin Usaha Pertambangan
HAM	Hak Asasi Manusia
KP	Kuasa Pertambangan
MFN	<i>Most Favoured Nations</i>
MIGA	<i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i>
MK	Mahkamah Konstitusi
NAFTA	<i>North American Free Trade Area</i>
NIEO	<i>New International Economic Order</i>
NRI	Negara Republik Indonesia
NT	<i>National Treatment</i>
NV	<i>Naamloze Vennootschap</i>
OECD	<i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i>
OIC	<i>Organization of the Islamic Conference</i>
PBB	Perserikatan Bangsa-Bangsa
PCIJ	<i>Permanent Court of International Justice</i>
RCEP	<i>Regional Comprehensive Economic Partnership</i>
SADC	<i>South African Development Community</i>
Sekdilu	Sekolah Dinas Luar Negeri
Sesdilu	Sekolah Staf dan Pimpinan
Sesparlu	Sekolah Staf dan Pimpinan Kementerian Luar Negeri
SSDS	<i>State to State Dispute Settlement</i>
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Centre for International Trade Relates Arbitration Law</i>
UN GA	<i>United Nation General Assembly</i>

UUD	Undang-Undang Dasar 1945
UU PM	Undang-undang Penanaman Modal
UU PMA	Undang-undang Penanaman Modal Asing
WTO	<i>World Trade Organization</i>

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Era Globalisasi dunia telah mempengaruhi setiap negara dalam berbagai bidang, baik politik, hukum, ekonomi, sosial dan budaya serta pertahanan dan keamanan seiring dengan meningkatnya arus informasi melalui berbagai media, baik internet, televisi, maupun surat kabar. Globalisasi ekonomi adalah satu dari sekian banyak arus globalisasi yang memancarkan gelombangnya, yang telah menjadikan interdependensi ekonomi dunia semakin kuat.¹

Saat ini setiap negara membutuhkan negara lain dalam melakukan hubungan ekonomi baik itu kerja sama ekonomi secara bilateral maupun multilateral, baik regional maupun transnasional sehingga muncul tren hubungan ekonomi internasional antar subyek hukum Internasional.²

Hubungan ekonomi internasional antar subyek hukum internasional dalam era globalisasi menyebabkan kerja sama antar subyek hukum internasional meningkat. Kerja sama ekonomi antar subyek hukum internasional tersebut umumnya dituangkan ke dalam

¹ Juajir Sumardi, 2012, *Hukum Perusahaan Transnasional & Franchise*, Arus Timur, Makassar, hlm. 4

² *Ibid.*

berbagai bentuk perjanjian³ yang diharapkan dapat memberikan keuntungan bagi subyek-subyek hukum internasional yang melakukan kerja sama sehingga diharapkan dapat meningkatkan pertumbuhan ekonomi di masing-masing negara asal para subyek hukum internasional yang melakukan kerja sama.⁴

Kerja sama antar subyek hukum internasional di bidang ekonomi baik dalam bentuk perdagangan internasional maupun penanaman modal antar negara bertujuan untuk mendapatkan keuntungan dari para pihak yang mengadakan kerja sama internasional⁵, dalam perkembangannya mengarah menuju pada suatu tata hukum ekonomi internasional.

³ Berdasarkan Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian (*Vienna Convention on The Law of Treaties*), yang dibentuk pada tanggal 23 Mei 1969 dan mulai berlaku pada tanggal 27 Januari 1980, dalam pasal 2, sebuah traktat dapat didefinisikan sebagai sebuah perjanjian di mana dua negara atau lebih mengadakan atau bermaksud mengadakan hubungan di antara mereka dan diatur dalam hukum internasional.... Situs Resmi United Nation, Depository, Status of Treaties, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en (diakses 31 Maret 2021).

⁴ Andrea K. Bjorklund, 2005, *Foreword, Symposium: Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT*, U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Volume 12, Number 1, hlm: 2,

⁵ Dari penemuannya mengenai *Comparative Advantage*, Ricardo menarik kesimpulan, sebagai berikut “dalam suatu sistem perdagangan bebas, setiap negara secara alamiah mengkhususkan modal dan tenaga kerjanya pada pekerjaan-pekerjaan yang paling menguntungkan baginya. Usaha mengejar keuntungan individual ini sangat terkait dengan kebaikan semua secara universal dengan memberikan dorongan kepada industri, memberikan imbalan pada kecerdikan, dan dengan memanfaatkan kekuatan khusus yang paling efisien yang diberikan alam, dia mendistribusikan kerja secara paling efektif dan paling ekonomis, sementara itu, dengan meningkatkan produksi masal secara umum, ia menyebarkan keuntungan secara umum, dan mengikat dengan satu kepentingan bersama, masyarakat bangsa-bangsa diseluruh dunia beradab.. David Ricardo, *The Principle of Political Economy and Taxation*, hlm:51 sebagaimana dikutip oleh Hata, 2006, *Perdagangan Internasional dalam Sistem GATT dan WTO (Aspek-aspek Hukum dan Non Hukum)*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 17.

Penanaman modal merupakan salah satu bentuk kerja sama antar subyek hukum internasional di bidang ekonomi. Penanaman modal adalah salah satu alat penggerak pertumbuhan ekonomi suatu negara. Penanaman modal dapat berupa penanaman modal asing ataupun penanaman modal domestik.

Penanaman modal asing merupakan aliran aset dari suatu negara ke negara lain dengan tujuan mendapatkan keuntungan, dengan pengawasan dari pemilik dana. Aliran aset tersebut dapat berupa properti fisik yang merupakan penanaman modal asing langsung (*foreign direct investment*) selanjutnya disebut FDI, atau aliran aset untuk membeli saham perusahaan di negara lain yang merupakan bentuk penanaman modal portofolio atau penanaman modal tidak langsung (*portofolio investment*).⁶

Penanaman modal asing dapat dianggap sebagai mesin pertumbuhan ekonomi, sumber pendapatan valuta asing, pendorong ekonomi lokal, dan sumber keterampilan, informasi dan pengetahuan asing.⁷

⁶ M. Sornarajah, 2010, *The International Law on Foreign Investment (e-book)*, Cambridge University Press, New York, hlm. 8

⁷ Surya P. Subedi, 2008, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, hlm. 83.

Organisasi Perdagangan Dunia (*World Trade Organization/WTO*)⁸ menyebutkan bahwa FDI telah menjadi motor utama proses globalisasi.⁹ FDI masih dianggap sebagai modal yang memiliki dampak signifikan, termasuk transfer teknologi dan *manajerial know-how*.¹⁰

Pada umumnya subyek-subyek hukum internasional membuat satu traktat atau perjanjian internasional untuk bekerja sama dalam bidang penanaman modal, yang kemudian disebut dengan Perjanjian Penanaman Modal Internasional (*International Investment Agreements/IAs*), perjanjian penanaman modal dalam skala internasional yang terdiri dari lebih dari dua negara, selanjutnya disebut IAs. Salah satu jenis IAs adalah Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal

⁸ Pengertian WTO: “*The overall objective of the WTO is to help its members use trade as a means to raise living standards, create jobs and improve people’s lives. The WTO operates the global system of trade rules and helps developing countries build their trade capacity. It also provides a forum for its members to negotiate trade agreements and to resolve the trade problems they face with each other.*” Terjemahan bebas: “Tujuan WTO secara keseluruhan adalah membantu anggotanya menggunakan perdagangan sebagai alat untuk meningkatkan standar hidup, menciptakan lapangan kerja, dan meningkatkan kehidupan masyarakat. WTO mengoperasikan sistem global terkait aturan-aturan perdagangandan membantu negara-negara berkembang membangun kapasitas perdagangan mereka. WTO juga menyediakan forum untuk anggotanya untuk melakukan negosiasi perjanjian-perjanjian perdagangan dan menyelesaikan permasalahan di antara anggotanya.” https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm, (diakses 10 Agustus 2021)

⁹ Renato Ruggiero, “WTO News, 1996 Press Release”, http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr042_e.htm, (diakses 25 Oktober 2019).

¹⁰ Arie Afriansyah, Tren dalam Penyusunan Perjanjian Investasi Internasional, disampaikan pada Webinar “Indonesia dan Masa Depan Perjanjian Investasi Internasional” pada hari Selasa, tanggal 3 November 2020 via Zoom, dalam rangka Peringatan Dies Natalis FHUI ke-69.

atau disebut *Bilateral Investment Treaty* (BIT), yaitu perjanjian tentang penanaman modal yang diadakan oleh dua negara.¹¹

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal pertama adalah yang dibuat oleh Jerman dan Pakistan 1959 yang kemudian diikuti oleh banyak negara Eropa dan Amerika lainnya untuk membuat Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal dengan negara-negara berkembang tempat mereka menanamkan modalnya.¹²

Sejak berakhirnya Perang Dunia II lebih dari 3000 IIAs ditandatangani oleh negara-negara di dunia.¹³ Walaupun perjanjian-perjanjian penanaman modal tersebut secara hukum terpisah dan berbeda namun perjanjian tersebut memiliki kesamaan struktur, tujuan dan prinsip. Hal ini telah membentuk apa yang disebut dengan rezim perjanjian penanaman modal.¹⁴ Konsekuensi hukum dari rezim perjanjian penanaman modal ini sangat penting untuk menentukan akibatnya terhadap hubungan-hubungan kontraktual, khususnya pada tiga aspek

¹¹ *International Investment Agreements are divided into two types: (1) Bilateral Investment Treaties (BITs), (2) Treaties with Investment Provision (TIPs). Terminology of International Investment Agreements Navigator*, [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#:~:text=A%20bilateral%20investment%20treaty%20\(BIT,countries%20in%20each%20other's%20territory](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#:~:text=A%20bilateral%20investment%20treaty%20(BIT,countries%20in%20each%20other's%20territory), (diakses 15 Maret 2020).

¹² Sefriani, 2019, *Membumikan dan Memanfaatkan Hukum Internasional: Model BIT untuk Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Hukum Internasional pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.

¹³ Terdapat 3 jenis perjanjian investasi yaitu 1) Bilateral Investment Treaties (BITs) sebanyak 2608 perjanjian yang efektif pada akhir 2008, 2) sekitar 254 *bilateral economic agreements* mengandung bab investasi (*investment chapter*), 3. Perjanjian investasi terkait lainnya melibatkan lebih dari 2 negara... Jeswald W. Salacuse, Summer 2010, *The Emerging Global Regime for Investment*, Harvard International Law Journal/Vol. 51, Number 2, hlm. 428.

¹⁴Ibid, hlm. 444

penting dalam internasionalisasi kontrak-kontrak penanaman modal. Ketiga aspek tersebut adalah: (a) Pemberian hak secara langsung kepada penanam modal asing; (b) konsekuensi dari pelanggaran perjanjian; (c) penerapan hukum internasional.¹⁵

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal atau *Bilateral Investment Treaty* (BIT) pada dasarnya adalah perjanjian di bidang penanaman modal yang ditandatangani oleh dua negara dan mengikat para pihak dan menimbulkan hak dan kewajiban dalam memfasilitasi masuknya penanaman modal di masing-masing negara, yang secara umum memuat dua hal yaitu promosi dan proteksi.¹⁶

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal sebagai perjanjian memuat hal promosi dapat diartikan bahwa Perjanjian tersebut digunakan oleh negara-negara dengan tujuan sebagai sarana untuk mempromosikan transfer modal, teknologi dan kemampuan manajerial, memperbaiki ekonomi, efisiensi ekonomi, kompetisi dan peningkatan terhadap akses pasar serta menghindari ancaman pengambilalihan aset tanpa adanya kompensasi¹⁷, yang merupakan salah satu resiko dari

¹⁵ Jan Ole Voss, 2011, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors (e-book)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, hlm. 81

¹⁶ Birkah Latif, 2016, *Kedudukan Bilateral Investment Treaties (BITs) dalam Perkembangan Hukum Investasi di Indonesia*, Abstrak Tesis, Airlangga University Library, Surabaya, <http://repository.unair.ac.id/38268/1/gdlhub-gdl-s3-2010-latifbirka-11253-th440-k.pdf>, (diakses 25 Juli 2019).

¹⁷ Kenneth J. Vandeveld, 2005, *A Brief History Of International Investment Agreements*, 12 U.C.-Davis Journal of International Law & Policy 157 (2005), Thomas Jefferson School of

penanaman yang dihasilkan dari perubahan rezim atau perubahan dari kebijakan politik dan ekonomi negara penerima modal.¹⁸

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal merupakan perjanjian penanaman modal yang memuat proteksi dengan maksud bahwa perjanjian tersebut memberikan perlindungan terhadap modal penanam modal asing di suatu wilayah negara dengan menyediakan aturan yang jelas tentang perlakuan negara penerima modal terhadap penanaman modal dan menetapkan mekanisme penyelesaian sengketa yang dapat diterapkan bila ada dugaan pelanggaran aturan tersebut.¹⁹

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal mengatur mengenai standar-standar perlindungan penanaman modal yang harus dilakukan oleh negara penerima modal, seperti²⁰:

1. Perlakuan yang setara dan adil atau tidak ada diskriminasi dari segala jenis investasi baik asing maupun domestik;
2. Perlindungan dan keamanan penuh yang memuat kewajiban negara untuk memberikan ganti rugi atas kerugian yang diderita oleh korporasi akibat perang, konflik bersenjata, revolusi, keadaan darurat Negara, kerusuhan, ataupun pemberontakan. Biasanya perlindungan ini dalam bentuk pemberian kompensasi atau pemulihan;

Law Research Paper, <http://ssrn.com/abstract=1478757>, hlm. 166-168 (diakses 28 Agustus 2020).

¹⁸ M. Sonarajah, *The International Law On Foreign Investment*, dalam Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, 1999, *International Business Transactions (A Problem Oriented Coursebook) (Fourth Edition)*, (USA: West Group,), hlm: 905

¹⁹ Citra Mutiara Virjinia, Pelaksanaan *Bilateral Investment Treaties* (BIT) dalam Penanaman Modal Asing di Indonesia Berdasarkan Undang-undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, <https://pustaka.unpad.ac.id/wp-content/uploads/2015/02/Pelaksanaan-Bilateral-Investment-Treaties.pdf>, (diakses 16 September 2020)

²⁰ Rachmi Hertanti dan Rika Febriani, 2014, Negara VS Korporasi, *Bilateral Investment Treaty (BIT), Indonesia for Global Justice*, Jakarta, hlm. 4, https://igj.or.id/wp-content/uploads/2015/08/MODUL-BITs_Indonesia.pdf (diakses 5 Juli 2020)

3. Perlindungan dari tindakan pengambilalihan atau nasionalisasi dan mengharuskan pemberian kompensasi ganti rugi;
4. Mekanisme penyelesaian sengketa, mensejajarkan antara level penanam modal dengan negara atau dikenal dengan "Penyelesaian Sengketa Investor-Negara (*Investor State Dispute Settlement /ISDS*), selanjutnya disebut ISDS".

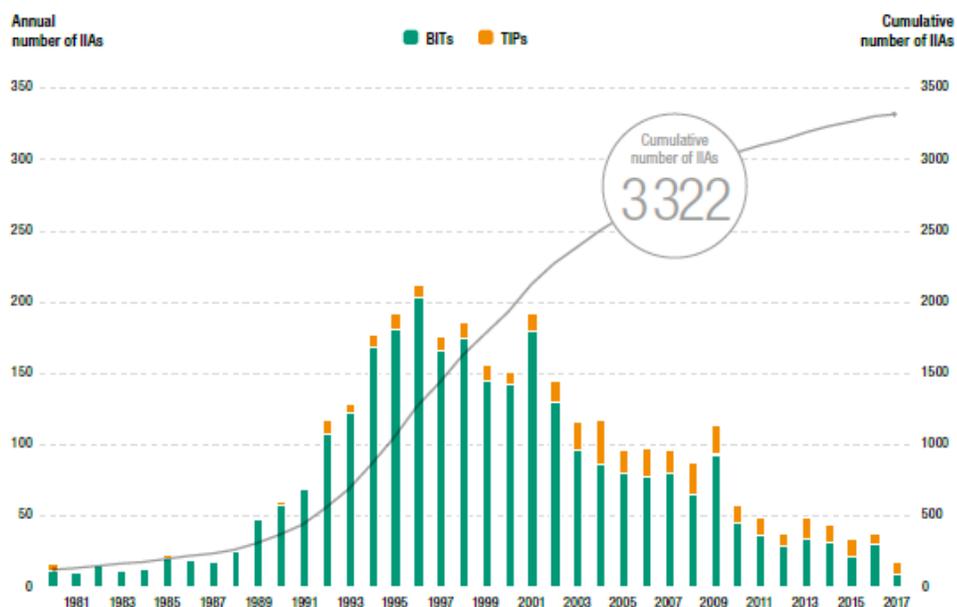
Proteksi itu sendiri merupakan daya tarik bagi penanaman modal untuk menanamkan modalnya di negara penerima sehingga dengan adanya proteksi maka akan tercapai promosi. Selain itu, setiap judul perjanjian penanaman modal menunjukkan bahwa tujuan perjanjian bukan hanya promosi tetapi juga proteksi.²¹

Laporan yang dikeluarkan oleh Konferensi Perserikatan Bangsa-Bangsa (selanjutnya disebut PBB) mengenai Perdagangan dan Pembangunan (*United Nations Conference on Trade and Development*), selanjutnya disebut UNCTAD pada tahun 2018 mengindikasikan timbulnya krisis legitimasi dalam rezim penanaman modal internasional, dimana Brazil tidak pernah meratifikasi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal tetapi selama dua puluh tahun terakhir menjadi salah satu negara berkembang penerima FDI tertinggi. Indonesia tidak memiliki Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal dengan Amerika namun penanaman modal dari Amerika meningkat 1,16 Trilyun di tahun 2016. Berbanding terbalik dengan kondisi bahwa Indonesia memiliki

²¹ Jeswald W. Salacuse, *Op. Cit*, hlm. 449

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal dengan Mongolia tetapi tidak ada realisasi FDI.

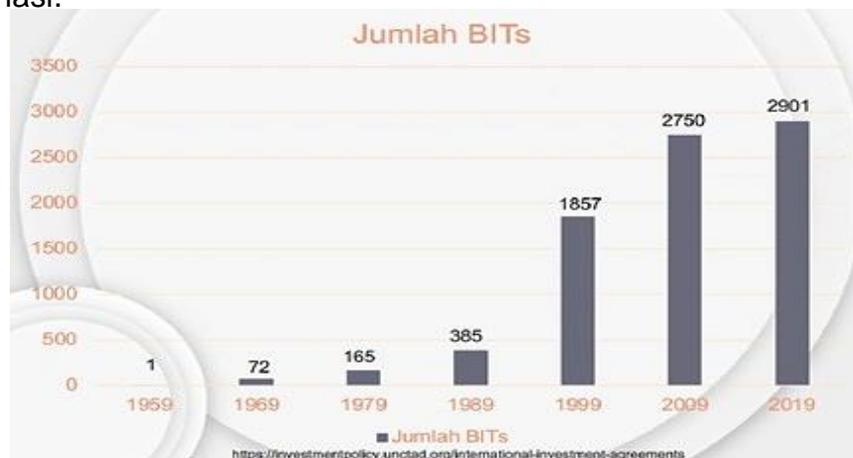
Perjanjian penanaman modal asing khususnya Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang diandalkan negara penerima modal untuk memicu arus penanaman modal asing sejak tahun 1990-an, hanya dikukuhkan sebanyak 18 instrumen di tahun 2017; tercatat paling sedikit semenjak tahun 1983. Hal ini berbanding terbalik dengan tren penghentiannya yang justru kian banyak.²²



Gambar 1. Tren Perjanjian Investasi Internasional tahun 1980-2017, sumber: *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies"*, tahun 2020.

²² *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies"*, United Nations, Geneva, 2018, hlm. xiii, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2018_en.pdf, (diakses 15 Desember 2020)

Berdasarkan data dari UNCTAD, hingga tahun 2020 terdapat 2902 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal di dunia dan sebanyak 2342 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang masih berlaku.²³ Sedangkan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal di mana Indonesia sebagai salah satu pesertanya adalah sebanyak 74 perjanjian, 26 perjanjian masih berlaku, 17 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal hanya ditandatangani dan 31 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal sudah dihentikan atau terminasi.²⁴



Gambar 2. Tren Pertumbuhan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal per Dekade, tahun 1959-2019, sumber: Materi Webinar “Indonesia dan Masa Depan Perjanjian Investasi Internasional” disampaikan oleh Arie Afriansyah, Phd., tahun 2020²⁵

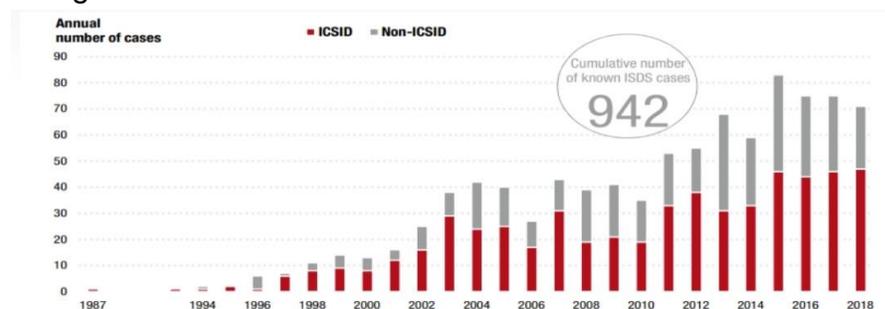
²³International Investment Navigator, [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#:~:text=A%20bilateral%20investment%20treaty%20\(BIT,countries%20in%20each%20other's%20territory.](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#:~:text=A%20bilateral%20investment%20treaty%20(BIT,countries%20in%20each%20other's%20territory.) (diakses 15 Desember 2020).

²⁴ Bilateral Investment Treaties in International Investment Agreement Navigator/Indonesia : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia>, (diakses 27 Juni 2022).

²⁵ Materi ini disampaikan pada tanggal 3 November 2020 dalam rangka Dies Natalies ke-96 FH UI.

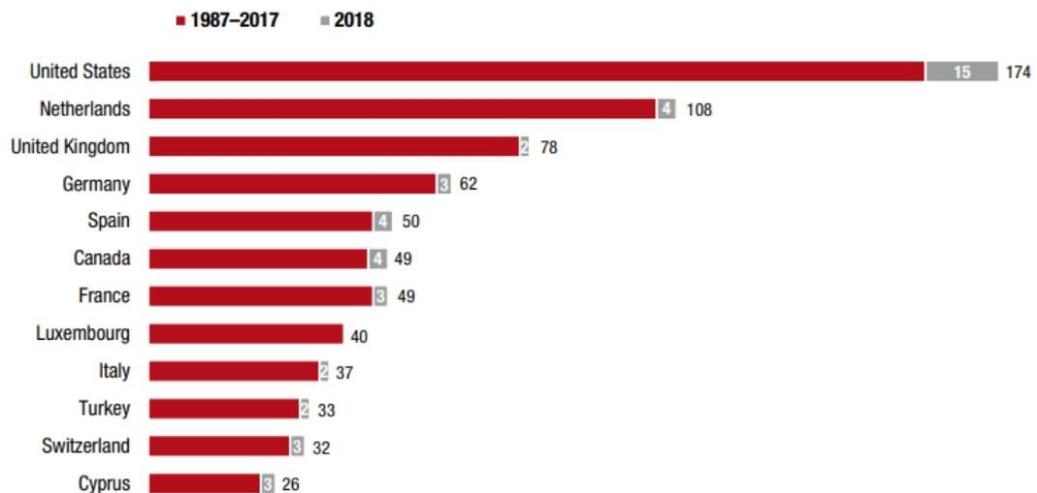
Salah satu komponen dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah Penyelesaian Sengketa Penanam Modal – Negara/*Investor-State Dispute Settlement*, selanjutnya disebut ISDS yaitu klausul yang membahas mengenai penyelesaian sengketa atau *dispute settlement* antara penanam modal dan negara penerima modal (*investor to state*). Hal ini menyimpang dari mekanisme penyelesaian sengketa dalam hukum Internasional pada umumnya di mana sengketa internasional diselesaikan antara negara dengan negara saja (*state to state*). ISDS menanggalkan sifat kedaulatan suatu negara yang mana negara dapat digugat secara langsung oleh subyek hukum bukan negara dalam konteks hubungan internasional.

ISDS ini menjadi salah satu isu hukum dalam pelaksanaan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal di beberapa negara berkembang termasuk Indonesia.



Gambar 3. Tren Kasus ISDS berbasis Perjanjian Bilateral Tentang Penanam MODAL, tahun 1987-2018, sumber: Materi Webinar “Indonesia dan Masa Depan Perjanjian Investasi Internasional” disampaikan oleh Yetty Komalasari Dewi, tahun 2020.

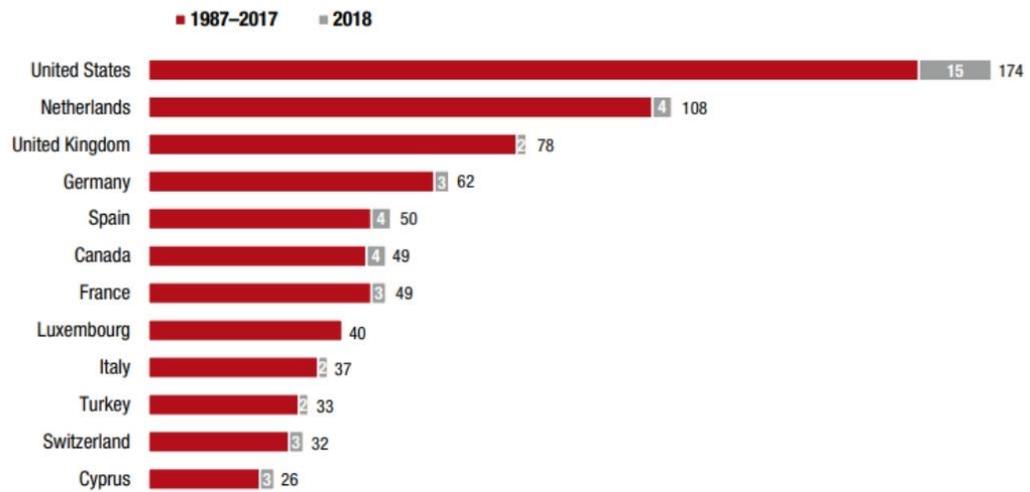
Tren antara tahun 1987-2018 menunjukkan bahwa terjadi peningkatan klaim ISDS karena terjadi lonjakan pembuatan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal di tahun 1990-an yang menjadi dasar gugatan terhadap negara penerima modal.



Source: UNCTAD, ISDS Navigator.

Gambar 4. Tren Mayoritas Negara Tergugat, tahun 1987-2018, sumber: Materi Webinar “Indonesia dan Masa Depan Perjanjian Investasi Internasional” disampaikan oleh Yetty Komalasari Dewi, tahun 2020.

Dari grafik tersebut dapat disimpulkan bahwa pada kurun waktu 1987 - 2018 mayoritas negara tergugat adalah negara berkembang sebagai negara penerima modal, yang membutuhkan modal dari negara maju.

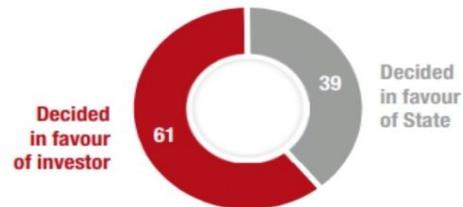


Source: UNCTAD, ISDS Navigator.

Gambar 5. Tren Mayoritas Negara Penggugat, tahun 1987-2018, sumber: Materi Webinar “Indonesia dan Masa Depan Perjanjian Investasi Internasional” disampaikan oleh Yetty Komalasari Dewi, tahun 2020.

Grafik di atas menunjukkan Belanda menjadi salah satu negara negara asal pengirim modal yang dominan pada kurun waktu 1987 – 2018 sehingga pada tanggal 30 Juni 2015 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal antara Indonesia - Belanda adalah salah satu Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang pertama dihentikan oleh Indonesia.²⁶

²⁶ UNCTAD, International Investment Agreements, Indonesia – Netherlands BIT (1994), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1988/indonesia---netherlands-bit-1994->



Source: UNCTAD, ISDS Navigator.

Note: Excludes cases (i) dismissed by tribunals for lack of jurisdiction, (ii) settled, (iii) discontinued for reasons other than settlement (or for unknown reasons) and (iv) decided in favour of neither party (liability found but no damages awarded).

Gambar 6. Putusan ISDS, sumber: Materi Webinar “Indonesia dan Masa Depan Perjanjian Investasi Internasional” disampaikan oleh Yetty Komalasari Dewi, tahun 2020.

Kedua ilustrasi tersebut di atas menunjukkan bahwa putusan ISDS banyak memenangkan negara pengirim modal daripada negara penerima modal termasuk Indonesia adalah salah satu penerima modal yang pernah digugat di Arbitrase Internasional.

Indonesia melakukan review terhadap Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal-nya karena banyaknya gugatan yang ditujukan kepada Indonesia, termasuk kasus Churchill Mining. Indonesia melakukan pengkajian (*review*) terhadap 61 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang ditandatangani oleh Indonesia dan negara pengirim modal sebelum tahun 2015. Beberapa poin yang perlu direvisi pada Perjanjian penanaman modal bilateral tersebut adalah klausul-klausul sebagai berikut:

1. Pembukaan
2. Definisi
3. *Fair and Equitable Treatment*
4. *Most Favoured Nation*
5. *National Treatment*
6. Ekspropriasi dan Nasionalisasi
7. Mekanisme Penyelesaian Sengketa Investor-Negara (ISDS)

Salah satu tujuan membentuk pemerintahan negara Republik Indonesia adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial, Pemerintah Negara Republik Indonesia, sebagai bagian dari masyarakat internasional, melakukan hubungan dan kerja sama internasional.²⁷ Tujuan negara tersebut dapat diwujudkan dengan pembuatan perjanjian internasional, sebagaimana tertuang dalam konsideran Undang-Undang No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, selanjutnya disebut UU PI.

Salah satu asas yang berlaku dalam hukum Internasional adalah asas resiprositas, yaitu asas yang pada dasarnya tindakan suatu negara

²⁷ Pembukaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat.

terhadap negara lain dapat di balas setimpal, baik tindakan yang bersifat negatif ataupun positif.²⁸ Berdasarkan asas ini, sebuah perjanjian internasional seharusnya dapat berlaku secara timbal balik, ketika negara peserta satu memberikan keuntungan maka negara peserta lain juga seharusnya memberikan keuntungan yang sama bukannya merugikan negara peserta yang lain.

Pasal 33 ayat 3 UUD 1945 menyebutkan bahwa “Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”. Hal ini menunjukkan bahwa Indonesia memiliki kedaulatan di sektor pengelolaan sumber daya alam, artinya Indonesia memiliki kekuasaan penuh untuk mengelola semua potensi sumber daya alam Indonesia dan dipergunakan untuk mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat.²⁹

Mengenai hak menguasai negara ini juga dibahas dalam buku yang ditulis oleh Prof. Dr. Andi Suriyaman Mustari Pide, SH., MH. berjudul “Hukum Adat, Dulu, Kini dan Akan Datang”³⁰, bahwa hak menguasai ini memberikan kewenangan kepada negara untuk dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan

²⁸ Wagiman Anasthasya Saartje Mandagi, 2016, *Terminologi Hukum Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 50

²⁹ Abrar Saleng, 2013, *Kapita Selekta Hukum Sumberdaya Alam*, Makassar: Membumi Publishing, hlm.5.

³⁰ Andi Suriyaman Mustari Pide, 2009, *Hukum Adat, Dulu, Kini dan Akan Datang*, Pelita Pustaka, Makassar, hlm. 126.

pemeliharaan hal-hal yang berkaitan dengan tanah di Indonesia. Penafsiran terhadap pasal 33 ayat (3) tersebut beserta penjelasannya mengatur tentang penguasaan sumber daya alam oleh negara untuk kesejahteraan dan kemakmuran rakyat, serta melarang penguasaan sumber daya alam di tangan orang-seorang.³¹ Begitu pula dalam hal perancangan dan penerapan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal, Indonesia memiliki kekuasaan penuh terkait pengelolaan sumber daya alam yang menjadi obyek dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal, dengan tujuan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat.

Hal ini sejalan dengan tujuan penyelenggaraan penanaman modal yang tercantum dalam Undang-undang Negara Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal pasal 3 ayat (2) antara lain untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

Harapan untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat belum dapat terpenuhi jika dikaitkan dengan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang substansinya lebih banyak memberikan hak perlindungan terhadap penanam modal asing sehingga membatasi hak

³¹ Arif Firmansyah, 2012, *Penafsiran Pasal 33 UUD 1945 Dalam Membangun Perekonomian di Indonesia*, Jurnal Ilmu Hukum, Syiar Hukum, FH UNISBA, Vol. XIII No. 1, Maret 2012-Agustus 2012. https://ejournal.unisba.ac.id/index.php/syiar_hukum/article/view/1451 hlm. 4, (diakses 10 Januari 2019).

kepada Indonesia sebagai negara penerima modal untuk mengatur pemerintahannya sendiri (*right to regulate*).

Keprihatinan yang dirasakan dari pelaksanaan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah mekanisme penyelesaian sengketa Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yaitu ISDS mudah diakses oleh penanam modal untuk menggugat Negara secara pribadi/langsung dan tidak melalui jalur diplomatik negara pengirim modal. Adanya klausul ISDS dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang dibuat Indonesia dikarenakan Indonesia telah meratifikasi Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing dari Negara Lain (*Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States/ICSID Convention*), selanjutnya disebut Konvensi ICSID atau disebut juga Konvensi Washington, yang disahkan dalam Undang-Undang Republik Indonesia No. 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 Undang-Undang ini yang menyatakan bahwa Indonesia telah menyetujui atas konvensi tersebut.

Dalam tatanan pelaksanaan penanaman modal di Indonesia seharusnya merujuk pada hukum nasional yang berlaku, artinya

penanam modal asing yang melakukan penanaman modal di Indonesia wajib tunduk pada hukum Indonesia, antara lain perusahaan penanam modal wajib berbentuk Perseroan Terbatas (pasal 5 ayat 2 UU Penanaman Modal) dan memenuhi persyaratan perizinan di Indonesia (UU Cipta Kerja). Begitu pula perjanjian-perjanjian turunan dari Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal ini harus tunduk pada hukum nasional. Perjanjian Bilateral ini mengatur tentang forum mana yang dipilih untuk menyelesaikan sengketa namun tidak mengatur mengenai hukum mana yang dipakai untuk menyelesaikan sengketa. Di sini lah kelemahan perjanjian bilateral ini.

Untuk menghapus klausula ISDS bagi Indonesia adalah hal yang kurang tepat, walaupun data menunjukkan, dari 1660 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal terdapat 6,5% Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal tidak memuat klausula ISDS³², yang berarti 93,5% Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal memuat klausula ISDS, karena justru klausula ISDS adalah daya tarik bagi penanam modal dari sebuah Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal sehingga penanam modal mendapatkan jaminan perlindungan atas penanaman

³² Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang tidak memuat klausula ISDS antara lain: Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Brazil, Australia – USA FTA (2004), Jepang- Filipina EPA (2006) dan Australia – Malaysia FTA (2011). Pada bulan April 2011 Australia mengeluarkan kebijakan yang menyatakan bahwa ISDS tidak perlu dan tidak dikehendaki dan Australia tidak akan memuat klausula ISDS dalam perjanjian-perjanjian investasinya.

modalnya dibandingkan dengan penyelesaian melalui peradilan domestik.

Menurut Kavaljit Singh salah satu penulis dalam buku *Rethinking Bilateral Investment Treaty*, klausul yang ada dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal seharusnya tidak hanya memuat perlindungan terhadap penanam modal asing, namun mempertimbangkan dan memberikan porsi bagi kepentingan nasional negara penerima modal.³³

Amanat Undang-Undang nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal yaitu menciptakan siklus penanaman modal yang kondusif, optimal dan tetap mengedepankan kepentingan nasional. Hal tersebut juga bersesuaian dengan amanat Pasal 33 UUD NRI 1945 sehingga diperlukan model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia yang dibuat oleh pemerintah Indonesia dan pihak terkait, memuat klausul-klausul yang memberikan keseimbangan antara hak negara pengirim modal dan hak penerima modal.

Berdasarkan berbagai fenomena hukum yang diuraikan di atas, maka isu hukum yang melatarbelakangi permasalahan dalam penelitian ini adalah Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang dibuat

³³ Kavaljit Singh, *An Analysis of India's New Model Bilateral Investment Treaty* dalam buku *Rethinking Bilateral Investment Treaty, Both Ends*, Madhyam, Somo, Neterlands, 2016, hlm. 81, <http://www.madhym.org.in/wp-content/uploads/2016/03/Rethinking-BIT-Book-PDF-15-March-2016.pdf>, (diakses 25 April 2020).

oleh Pemerintah Indonesia masih belum seimbang dipandang dari hak dan kewajiban para pihak, khususnya terkait penyelesaian sengketa antara Indonesia sebagai negara penerima modal, dengan penanam modal, yang lebih mengedepankan penyelesaian sengketa melalui forum arbitrase internasional daripada forum penyelesaian sengketa domestik sehingga mendegradasi kedaulatan negara Indonesia. Hal ini menjadi keresahan yang mendesak bagi peneliti untuk meneliti model ideal perjanjian bilateral tentang penanaman modal Indonesia khususnya terkait penyelesaian sengketa antara Indonesia dan penanam modal sehingga mewujudkan perjanjian dengan hak dan kewajiban yang seimbang bagi para pihak.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana substansi hukum Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dalam perspektif keseimbangan antara hak dan kewajiban bagi Indonesia?
2. Bagaimana perbandingan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dengan Beberapa Negara Lain?
3. Bagaimana model ideal Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dalam perspektif keseimbangan antara hak dan kewajiban bagi Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis substansi hukum Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dalam perspektif keseimbangan antara hak dan kewajiban bagi Indonesia.
2. Untuk menganalisis perbandingan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dengan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal beberapa Negara Lain dalam perspektif keseimbangan antara hak dan kewajiban bagi Indonesia.
3. Untuk menelaah model ideal Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dalam perspektif keseimbangan antara hak dan kewajiban bagi Indonesia.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat teoritis, diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam rangka pengembangan ilmu hukum, terutama sebagai referensi bagi penelitian bidang hukum internasional khususnya hukum penanaman modal internasional.
2. Manfaat praktis, diharapkan dari hasil penelitian ini dapat menjadi masukan dan menjadi salah satu alternatif bagi pemerintah khususnya Kementerian Luar Negeri, Kementerian Investasi/ Badan Koordinasi Penanaman Modal, Kementerian Keuangan, Kementerian Dalam Negeri, serta Kementerian dan/atau pemangku kebijakan

(*stakeholder*) terkait lainnya dalam menyusun Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dengan mempertimbangkan keseimbangan antara hak dan kewajiban bagi Indonesia.

E. Orisinalitas Penelitian

Sepanjang penelusuran penulis, hingga saat ini disertasi ilmu hukum yang mengkaji mengenai Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal secara umum terdapat beberapa disertasi yang dapat dijadikan perbandingan antara penelitian yang akan dilakukan penulis dengan penelitian-penelitian disertasi yang telah ada sebelumnya. Adapun kajian penelitian tersebut antara lain sebagai berikut:

1. Mahmud Siregar, 2005, Universitas Sumatera Utara Medan. Disertasi dengan judul: Tinjauan Kesiapan Hukum di Indonesia Menghadapi Persetujuan Perdagangan Multilateral yang Terkait dengan Peraturan Penanaman Modal. Penelitian ini mengkaji tentang hukum Indonesia dalam merespon perkembangan pemberlakuan rezim WTO terkait Penanaman Modal. Perbedaan antara penelitian disertasi oleh Mahmud Siregar dengan penelitian disertasi penulis adalah Mahmud Siregar tidak membahas mengenai keseimbangan hak dan kewajiban bagi Indonesia dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal.

2. Sefriani, 2012, Universitas Gajah Mada Yogyakarta. Disertasi dengan judul: Pelaksanaan Putusan Arbitrase Komersial Internasional Terkait Immunitas Aset Negara Asing di Depan Pengadilan Nasional dalam Perspektif Hukum Internasional. Penelitian ini mengkaji tentang putusan Arbitrase Komersial Internasional (AKI) yang tidak dapat dilaksanakan secara memuaskan karena adanya penolakan dari pihak yang kalah untuk melaksanakan putusan secara sukarela. Persamaan dengan disertasi penulis adalah sama-sama membahas mengenai lembaga Arbitrase Internasional, sedangkan perbedaannya adalah dalam disertasi penulis lebih menekankan pada keseimbangan hak dan kewajiban bagi Indonesia.
3. Nurnaningsih Amriani, 2015, Universitas Sumatera Utara. Disertasi dengan judul: Penerapan Prinsip Keterbukaan Atas Putusan Arbitrase di ICSID di Indonesia dan Perbandingannya dengan Beberapa Negara, Persamaan disertasi yang disusun oleh penulis adalah pembahasan mengenai Lembaga dan kasus-kasus yang diajukan ke ICSID. Perbedaan dengan disertasi penulis adalah disertasi yang disusun oleh Nurnaningsih Amriani lebih fokus kepada keterbukaan atau publikasi atas putusan ICSID sedangkan fokus disertasi penulis adalah keseimbangan hak dan kewajiban

bagi Indonesia khususnya penerapan upaya penyelesaian sengketa di tingkat lokal sebelum ke tingkat internasional (*exhaustion of local remedies*).

4. Soichi Oni, 2020, Universitas Pelita Harapan. Disertasi dengan judul: *Privatization of Public Law in The Case of International Law Investment Law* (Privatisasi Hukum Publik Dalam Permasalahan Hukum Investasi Internasional). Disertasi Soichi Oni membahas mengenai penanaman modal asing, dimana diusulkan amandemen terhadap UU PM, dan membahas mengenai ISDS dengan usulan agar pemerintah Indonesia tidak menggunakan ISDS dan sebaiknya diselesaikan menggunakan hukum domestik. Berbeda dengan penelitian dalam disertasi ini dimana ISDS tetap bisa digunakan setelah dilakukannya penyelesaian sengketa di tingkat lokal sebelum ke tingkat internasional (*exhaustion of local remedies*).
5. Prita Amalia, 2020, Universitas Padjajaran. Disertasi dengan judul: *Konsep Hukum Investor State Dispute Settlement* dalam Penyelesaian Sengketa Jaminan Internasional terhadap Pesawat Udara (*International Interest on Aircraft Dispute Settlement*) dalam Pembangunan Ekonomi Indonesia. Disertasi Prita Amalia membahas mengenai Konsep ISDS dapat menjadi mekanisme pengawasan implementasi konvensi Cape Town dan meningkatkan

pembangunan ekonomi nasional melalui kegiatan industri penerbangan. Berbeda dengan disertasi ini di mana disertasi penulis tidak berfokus pada ISDS dalam hal jaminan internasional terhadap pesawat udara melainkan ISDS dalam sengketa Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang memberikan hak kepada penanam modal untuk menggugat negara penerima modal sehingga ada potensi kerugian bagi Indonesia sebagai negara berkembang.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kerangka Teori

1. Teori Kedaulatan

Terminologi kedaulatan memiliki beragam makna dan penafsiran. Konsepsi kedaulatan dapat digunakan dengan berbagai pendekatan, kategorisasi dan variasi. Kedaulatan dapat merujuk pada kedaulatan domestik, internasional dan kedaulatan Negara yang absolut. Kedaulatan sebagai konsep yang menunjuk pada kekuasaan utama dan tertinggi berdasarkan sudut pandang dari berbagai unsur kedaulatan seperti: kedaulatan hukum atau kedaulatan politik; kedaulatan internal atau eksternal; kedaulatan yang tunggal atau kedaulatan yang bisa dibagi; kedaulatan pemerintah atau rakyat.³⁴

Kedaulatan adalah suatu hal yang terkait dengan hubungan antara kekuasaan politik dan bentuk-bentuk otoritas lainnya. Kedaulatan dapat dipahami dengan mencermati bahwa: *pertama*, kekuasaan politik di suatu negara adalah berbeda dengan kerangka organisasi atau otoritas lain di dalam masyarakat; dan *kedua*, kedaulatan menegaskan bahwa otoritas publik ini bersifat otonom dan

³⁴ Dan Sarooshi, 2004, *The Essentially Contested Nature of the Concept of Sovereignty: Implications for the Exercise by International Organizations of Delegated Powers of Government*, 25 Michigan Journal of International Law 1107, hlm. 25. Lihat pula di: Jens Bartelson, 2006, "The Concept of Sovereignty Revisited", 17 *European Journal of International Law Vol. 17. No. 2*, Oxford: Oxford University Press, hlm. 463.

sangat luas (*autonomous and preeminent*) sehingga lebih tinggi (*superior*) dari institusi yang ada dalam masyarakat.

Wacana tentang konsep kedaulatan Negara seringkali ditandai dengan cara menetapkan otoritas politik yang utama; antara lembaga-lembaga domestik dan otonomi internasional. Dalam praktik internasional hal ini dapat dilihat dari pengakuan dan tindakan kolektif negara-negara dalam menyelesaikan suatu masalah yang melibatkan otoritas lembaga domestik dan otoritas internasional. Dalam kaitannya dengan kedaulatan, dapat dikemukakan catatan bahwa hukum merupakan aspek yang sangat penting, bahkan ada pendapat yang menyatakan bahwa hukum merupakan "*the sole guarantor of the continuity of civilization*" atau dalam terjemahan bebas dapat diartikan sebagai "penjamin utama dalam keberlanjutan peradaban".³⁵

Kedaulatan merupakan salah satu konsep mendasar dalam hukum internasional (*one of the fundamental concepts in international law*). Dalam kerangka hubungan antar Negara, kedaulatan juga merujuk pengertian kemerdekaan (*independence*) dan kemerdekaan merujuk pada kedaulatan. Suatu Negara merdeka adalah Negara yang

³⁵ James J. Sheehan, 2006, "*The Problem of Sovereignty*", *The American History Review* Vol. III No. 1 Februari 2006, Oxford University Press, Oxford, hlm. 42-43.

berdaulat. Negara yang berdaulat adalah Negara merdeka dan tidak berada di bawah kekuasaan Negara lain.³⁶

Kedaulatan memiliki empat sifat dasar, yaitu: pertama, permanen yang berarti kedaulatan tetap selama negara berdiri. Kedua, asli yang berarti kedaulatan tidak berasal dari kekuasaan lain yang lebih tinggi. Ketiga, bulat, tidak dapat dibagi-bagi, yang berarti kedaulatan merupakan satu-satunya kekuasaan yang tertinggi dalam negara. Keempat, tak terbatas, yang berarti kekuasaan itu tidak dibatasi oleh siapapun, sebab apabila kekuasaan itu terbatas, tentu ciri bahwa kedaulatan itu merupakan kekuasaan tertinggi akan lenyap.³⁷

Kedaulatan sebagai istilah kenegaraan timbul pada abad ke-16 oleh Jean Bodin dalam bukunya yang berjudul *Six Livres de la Republique*. Dalam bukunya beliau menguraikan konsep mengenai kedaulatan sebagai berikut:³⁸

- a. Kekuasaan itu bersifat tertinggi, tidak ada kuasa yang lebih tinggi, dan asli dalam arti tidak berasal dari atau bersumber pada kekuasaan lain yang lebih tinggi.

³⁶ Jens Bartelson, 2006, *The Concept of Sovereignty Revisited*, The European Journal of International Law Vol. 17 no. 2, hlm. 463.

³⁷ Astim Riyanto, 2006, *Negara Kesatuan: Konsep, Asas, dan Aktualisasinya*, Yapemdo, Bandung, hlm. 41-42.

³⁸ Jimly Asshiddiqie, 2011, *Konstitusi dan Konstitusialisme Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 95.

- b. Mutlak sempurna dalam arti tidak terbatas dan tidak ada kekuasaan lain yang membatasinya.
- c. Utuh, bulat, dan abadi dalam arti tidak terpecah-pecah dan tidak terbagi-bagi.

Teori kedaulatan negara menurut Jean Bodin secara konsep memuat dua elemen, yaitu:

- a. *Interne Souvereiniteit* (Kedaulatan ke Dalam/ Kedaulatan Internal): dimaknai bahwa pemerintah memiliki wewenang tertinggi dalam mengatur dan menjalankan organisasi negara sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan
- b. *Externe Souvereiniteit* (Kedaulatan ke Luar/ Kedaulatan Eksternal): pemerintah berkuasa bebas, tidak terikat dan tidak tunduk kepada kekuasaan lain, selain ketentuan-ketentuan yang telah ditetapkan. Demikian juga halnya dengan negara lain, harus pula menghormati kekuasaan negara yang bersangkutan dengan tidak mencampuri urusan dalam negerinya.

Jean Bodin menyatakan doktrin bahwa kedaulatan merupakan sumber utama dalam menetapkan tatanan hukum. Kedaulatan

merupakan sumber otoritas yang berada pada tingkatan tertinggi dalam hirarki hukum (*legal hierarchy*).³⁹

Konsep kedaulatan bersifat *unite* dalam arti, semangat dan kemauan umum rakyat adalah suatu kesatuan dan dengan kesatuan itu mereka berhak memerintah dan menolak diperintah. Karena rakyat adalah satu, negara juga adalah satu, dan dengan sendirinya konsep kedaulatan juga bersifat bulat dan tak dapat dipecah-pecah (*indivisible*). Jika yang berdaulat adalah raja, maka rajalah yang merupakan satu-satunya pemegang kekuasaan tertinggi dalam Negara. Jika rakyat berdaulat, berarti rakyatlah satu-satunya pemegang kekuasaan tertinggi bukan yang lain. Karena itu, kedaulatan tak dapat diserahkan atau diberikan kepada pihak lain (*inalienable*). Kedaulatan adalah milik setiap bangsa sebagai kesatuan yang bersifat turun menurun, sehingga kedaulatan tidak dapat berubah-ubah (*imprescriptable*).⁴⁰ Olehnya itu, konsep kedaulatan dewasa ini haruslah dipahami sebagai konsep kekuasaan tertinggi yang mutlak dan tidak dapat dibagi-bagi.⁴¹

³⁹ Sigit Riyanto, 2012, *Kedaulatan Negara dalam Kerangka Hukum Internasional Kontemporer*, Jurnal Hukum Yustisia, Edisi 84 September-Desember 2012, Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta, hlm. 7.

⁴⁰ Yusdani, 2011, *Fiqh Politik Muslim: Doktrin, Sejarah, dan Pemikiran*, Amara Books, Yogyakarta, hlm. 82.

⁴¹ Macam-macam Teori Kedaulatan: (1) Kedaulatan Tuhan: Pada ide yang termuat dalam teori kedaulatan Tuhan, kekuasaan tertinggi dianggap ada di tangan Tuhan. Tuhanlah yang dipandang sebagai sumber dari segala sumber kekuasaan manusia di dunia. Manusia hanya lah pelaksana belaka dari kehendak Tuhan. Dapat dikatakan bahwa pengertian demikian ini

Berbeda dari pandangan kedaulatan negara, Hugo Krabbe memiliki pandangan tentang teori kedaulatan hukum atau *rechts-sovereiniteit*. Teori ini menjelaskan bahwa kekuasaan tertinggi di dalam suatu negara adalah hukum itu sendiri. Oleh karenanya, semua elemen negara baik raja atau penguasa maupun rakyat atau warga negaranya, bahkan negara itu sendiri tunduk pada hukum. Semua sikap, tingkah laku, dan perbuatannya harus berdasarkan hukum, sehingga menurut Krabbe yang berdaulat adalah hukum itu sendiri.⁴²

Dasar pemikiran Hugo Krabbe tersebut, antara lain:

dikenal ada dalam atau oleh semua agama besar dunia dalam sejarah. Agama Hindu, agama Yahudi, Kristen, maupun Islam mempunyai pengalaman yang sama dalam berhubungan dengan ide-ide tentang kekuasaan bernegara. Tuhan lah yang pertama-tama dipandang sebagai sumber dari segala kekuasaan manusia, termasuk dalam urusan bernegara; (2) Kedaulatan Raja: Konsep Kedaulatan Raja sama tuanya dengan gagasan Kedaulatan Tuhan. Bahkan sampai abad ke-6, semua negara yang tercatat dalam sejarah selalu dipimpin oleh penguasa yang bersifat turun temurun, yang biasa disebut sebagai Raja atau Ratu. Negara pertama yang tercatat melakukan suksesi kepemimpinan tidak melalui hubungan darah hanya di zaman sepeninggal Nabi Muhammad S.A.W. yang kemudian digantikan oleh Khalifah Abubakar Shiddiq, dilanjutkan oleh Umar ibn Khattab, Usman ibn 'Affan, dan terakhir Ali ibn Abi Thalib sebelum akhirnya kembali lagi ke sistem kerajaan. Karena itu, dapat dikatakan bahwa negara Madinah selama periode keempat khalifah inilah yang disebut sebagai negara yang berbentuk republik yang murni sebagaimana yang diidealkan oleh Plato di zamannya. Teori kedaulatan ini di pelopori oleh Jean Jacques Rousseau, yang mengemukakan teori bahwasanya kedaulatan atau kekuasaan tertinggi berada ditangan rakyat. Raja atau kepala negara itu hanya merupakan pelaksana dari apa yang telah diputuskan atau dikehendaki oleh rakyat. Teori kedaulatan rakyat ini antara lain juga diikuuti oleh Immanuel Kant yang mengatakan bahwa tujuan negara itu adalah untuk menegakan hukum dan menjamin kebebasan dari pada warga negaranya. Dalam pengertian kebebasan disini adalah kebebasan dalam batas-batas perundanganundangan, sedangkan undang-undang disini yang berhak membuat adalah rakyat itu sendiri. Dengan demikian undang-undang merupakan penjelmaan daripada kemauan atau kehendak rakyat. Jadi rakyatlah yang mewakili kekuasaan tertinggi atau kedaulatan; (3) Kedaulatan Hukum: yang berdaulat adalah sistem aturan. Manusia hanyalah wayang dari skenario yang telah disusun dan disepakati bersama dengan menampilkan para wayang itu sebagai pemeran. Karena itu, teori kedaulatan hukum itu menurut tradisi Anglo-Amerika diistilahkan dengan '*the rule of law, not of man*', pemerintahan oleh hukum, bukan oleh orang; kepemimpinan oleh sistem, bukan oleh tokoh atau oleh orang per orang. Lihat: Jimly Asshiddiqie, 2011, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jakarta: Rajawali Press, hlm. 87-88.

⁴² Ni'matul Huda, 2013, *Ilmu Negara*, Cetakan ke-5, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 186.

- a. Bahwa negara terbentuk bukan hanya karena ada penduduk dan wilayah, akan tetapi hukum harus memberikan kedaulatan atas negara yang di dalamnya ada penduduk dan wilayah;
- b. Bahwa hukum harus memberikan perlindungan dan pengayoman, serta ketentraman dan ketertiban sebagai bagian dari wujud keadilan dan kepastian hukum;
- c. Bahwa hukum harus berdaulat atas seluruh kehidupan masyarakat dan melegalitas wilayah negaranya sebagai satu kesatuan yang utuh dan mendapat pengakuan secara internasional.⁴³

Berdasarkan teori ini kekuasaan perseorangan tidak dapat diterima, yakni kekuasaan pribadi dari penguasa negara untuk dapat menentukan hukum yang berlaku di dalam negara atas kehendaknya sendiri, sehingga hukum tidak ditentukan oleh negara, akan tetapi sebaliknya negara sendirilah yang ditentukan oleh hukum. Dengan demikian, negara adalah produk dari hukum. Teori ini adalah perlawanan atas teori kedaulatan negara yang menempatkan subjek hukum pada posisinya sekalipun kedudukan dari subjek hukum tersebut bukanlah sebagai pemegang kekuasaan seperti yang dipahami dalam teori kedaulatan negara.⁴⁴

⁴³ Jogi Nainggolan, 2013, *Energi Hukum sebagai Faktor Pendorong Efektivitas Hukum*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 42.

⁴⁴ *Ibid.*

Dasar ajaran Teori kedaulatan negara adalah bahwa kekuasaan itu tidak bersumber pada kekuasaan pribadi raja. Kalau warga negara taat pada peraturan perundang-undangan, itu tidak disebabkan karena ia menanti kekuasaan raja melainkan karena undang-undang itu dibuat oleh parlemen yang membawakan kesadaran hukum rakyatnya.⁴⁵

Pandangan Krabbe dalam banyak hal tidak terpengaruh oleh aliran historis, yaitu suatu aliran yang berkembang sesudah revolusi Perancis. Aliran Historis ini antara lain dipelopori oleh Von Savigny, yang mengatakan bahwa hukum itu harus tumbuh di dalam masyarakat itu sendiri, berdasarkan kesadaran hukum yang terdapat di dalam masyarakat tertentu. Jadi menurut Krabbe hukum itu tidak lahir dari kehendak negara, dan dia memberikan kepada hukum suatu kepribadian tersendiri. Menurutnya, hukum itu berlaku terlepas daripada kehendak negara.⁴⁶

Terhadap pendapat Krabbe itu, Jellinek bereaksi untuk membela kedaulatan negara. Krabbe mengemukakan *Selbsbindungstheorie* yang artinya negara itu secara sukarela mengikatkan dirinya kepada hukum, jika terjadi, maka negara itu harus

⁴⁵ Ni'matul Huda, *Loc.cit.*, hlm. 186

⁴⁶ Soehino, 2010, *Ilmu Negara*, Yogyakarta: Liberty, hlm. 156.

tunduk kepada hukum.⁴⁷ Alasan ini dikemukakan sebagai jawaban Krabbe yang mengatakan, bahwa bila benar-benar negara itu yang berkuasa, apa sebabnya negara itu tunduk kepada hukum dan dapat dihukum. Jika mengingat pada alat-alat negara yang dapat dihukum karena melakukan pelanggaran hukum, bukankah negara yang berkuasa membuat undang-undang, bagaimana mungkin negara yang berkuasa membuat undang-undang secara sukarela mengikatkan dirinya dengan undang-undang itu. Disinilah letak kelemahan paham Jellinek dengan *Selbsbindungstheorie*-nya.

Struyken juga menyanggah pendapat Krabbe, dengan mengatakan bahwa karena kesadaran hukum itu berubah-ubah, maka kemungkinan tata tertib masyarakat tidak terjamin karena pencerminan dan kesadaran hukum yang berbeda-beda.⁴⁸ Apeldoorn juga mengecam paham Krabbe karena yang dianggap sebagai kesadaran hukum itu tidak asli. Kesadaran hukum untuk sebagian merupakan pembawaan atau bakat yang diperolehnya waktu manusia dilahirkan, dan sebagian lagi didapatkan dari kebiasaan. Namun dari pertentangan atas lahirnya konsep teori kedaulatan hukum milik Krabbe ini harus diakui bahwa pemikiran Krabbe ini adalah pandangan yang melihat kedaulatan lebih modern dan lebih aplikatif.

⁴⁷ Muh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, dalam Ni'matul Huda, *Op. Cit.*, hlm. 187.

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 187.

Bagi penganut teori kedaulatan hukum, tidak menerima adanya kekuasaan perseorangan, yaitu kekuasaan pribadi dari penguasa negara untuk menentukan hukum yang berlaku di dalam negara atas kehendaknya sendiri. Hukum tidak ditentukan oleh negara, akan tetapi sebaliknya, negara sendirilah yang ditentukan oleh hukum. Oleh sebab itu, hukum merupakan hal yang primer, sedangkan negara sebagai produk dari hukum merupakan hal yang sekunder.⁴⁹ Krabbe berpendapat hukum itu sama sekali bergantung pada kehendak manusia. Sebaliknya, hukum memiliki independensi dari keinginan setiap orang karena hukum telah ada dalam kesadaran hukum setiap orang. Kesadaran hukum tidak dapat dipaksakan dari luar, melainkan dirasakan orang dalam dirinya sendiri. Krabbe berpendapat bahwa kekuasaan hukum harus dicari dari respon atas rasa keadilan, sehingga kekuasaan hukum tidak terletak di bagian luar, melainkan di bagian dalam diri manusia. Kesadaran hukum memaksa orang untuk menyesuaikan segala tindakan dan perbuatannya dengan kesadaran hukum itu, walaupun kemungkinan hal itu tidak sesuai, bahkan mungkin bertentangan dengan kehendaknya sendiri.⁵⁰

Adapun tugas negara adalah melakukan usaha untuk mewujudkan kesadaran hukum itu dalam bentuk ketentuan-ketentuan

⁴⁹ Jogi Nainggolan, 2013, *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 47.

hukum positif. Dalam artian hukum yang nyata berupa peraturan-peraturan yang berlaku dan harus ditaati oleh setiap orang di dalam negara. Dengan demikian, hukum bukanlah ketentuan-ketentuan yang sengaja dibuat oleh penguasa. Penguasa hanya memberikan perumusan hukum secara formal sesuai dengan kesadaran hukum masyarakatnya. Hal ini disebabkan karena memang kekuasaan adalah sarana untuk menegakkan hukum dan bukan sebaliknya hukum dijadikan alat untuk menunjukkan kekuasaan.⁵¹

2. Teori Hubungan Hukum Internasional dengan Hukum Nasional

Hukum internasional dan hukum nasional saling berhubungan satu sama lain. Berdasarkan kajian yuridis historis perkembangan hukum internasional yang sebagian besar berasal dari Eropa barat, terutama dari Yunani dan Romawi, merupakan suatu sistem masyarakat dunia yang konsep, kaedah atau prinsip-prinsip hukumnya berasal dari kaedah-kaedah hukum nasional Romawi (*Ius Civil*) yang tumbuh dan berkembang melalui kebiasaan-kebiasaan internasional (*international customary*). Berbagai konsep hukum nasional yang mempunyai nilai-nilai universal dan dapat diterima oleh masyarakat internasional sebagai suatu prinsip-prinsip atau kaedah-kaedah hukum. Di sini peran hukum nasional sangat besar dalam

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 48.

memperkenalkan konsep, pranata atau kaedah-kaedah hukum internasional sebagai sumbangan kerangka pemikiran dalam pengembangan hukum internasional itu sendiri.

Secara teoritis persoalan yang masih sering timbul berkenaan dengan masing-masing hukum dalam rangka hubungan hukum internasional dengan hukum nasional, antara lain : "*The question of the relationship between international law and municipal law*" (Masalah hubungan hukum antara hukum internasional dan hukum nasional yang dapat meningkatkan atau menimbulkan persoalan dalam praktek, khususnya jika ada konflik antara kedua hukum tersebut).

J.G. Starke berpendapat bahwa terdapat dua teori terkait hubungan Hukum Internasional, yaitu teori dualisme dan monisme.⁵²

a. Teori Monisme

Teori monisme atau *monistic* dianut oleh Scelle, Vardress, Kelsen, Mirkirlen, Guetzevitch dan Kunz menyatakan bahwa antara hukum internasional dengan hukum nasional merupakan dua aspek yang sama dari satu kesatuan sistem hukum yang tidak terpisahkan,⁵³ sebagaimana hukum pada umumnya yang dinyatakan sebagai berikut : "*International law and municipal law are both species of one genus law. Law is command whether it is*

⁵² J.G.Starke, 2006, *Pengantar Hukum Internasional* (Edisi kesepuluh), Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 96.

⁵³ Alma Manuputy, *et.al.*, 2008, *Hukum Internasional*, Rech-ta, Depok, hlm. 151

the case of international law or municipal law" (Hukum internasional dan hukum nasional kedua-duanya merupakan dua spesies dari satu genus. Hukum adalah perintah, baik di dalam hukum internasional maupun hukum nasional). Suatu pendapat lain menyatakan : "*Kelsen has developed monist principle on the basis of formal method of analysis dependent on a theory of knowledge. According to the basis of Kelsen's thought, monism is scientifically established if international and municipal law are part of the same system of norm receiving their validity and content by an intellectual operation from a basic norm*" (Kelsen telah mengembangkan prinsip-prinsip monisme tentang dasar formal metode analisis dependen mengenai dasar ilmu pengetahuan. Berdasarkan pemikiran Kelsen, teori monisme atau aliran monistik secara ilmiah terbentuk baik di dalam hukum internasional maupun hukum nasional). Hukum internasional mengikat individu secara kolektif, sedangkan hukum nasional mengikat individu secara perorangan. Menurut teori monisme semua hukum yang kita kenal merupakan satu kesatuan yang mempunyai kekuatan mengikat, baik masyarakat secara individu maupun negara, ataupun subyek-subyek hukum internasional lainnya.⁵⁴ Teori monisme menitik

⁵⁴ *Ibid.*

beratkan pada konsep hukum kekuasaan, baik hukum internasional maupun hukum nasional tidak ada persoalan, karena keduanya berdiri di atas hukum yang tidak membedakan antara keduanya. Hukum internasional dan hukum nasional mempunyai subyek hukum dan sumber hukum yang sama, yakni subyek hukum individu dan sumber hukum perjanjian/kontrak. Teori monisme dipengaruhi oleh konsep hukum alam (*natural law*), yang hanya mengakui individu sebagai subyek hukumnya, di mana negara mempunyai kekuasaan karena adanya penyerahan kekuasaan itu dari individu-individu, mengingat negara merupakan kumpulan individu-individu yang terorganisir yang mempunyai wilayah dan kedaulatan.

b. Teori Dualisme

Teori Dualisme dianut oleh Triepel dan Anzilotti yang menyatakan, bahwa hukum internasional dan hukum nasional masing-masing merupakan dua sistem hukum yang berbeda dan terpisah satu sama lain atau memandang hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem hukum yang berbeda secara keseluruhan, sehingga tidak ada yang lebih tinggi atau lebih rendah di antara keduanya. Perbedaan tersebut terletak pada

sumber, subyek dan kekuatan hukumnya.⁵⁵ Hukum internasional merupakan suatu sistem hukum yang mengatur hubungan negara-negara berdaulat, sedangkan hukum nasional merupakan perangkat hukum yang mengatur hubungan individu dalam suatu negara, di mana individu adalah sebagai subyeknya (*dualism doctrine points to difference of international law and municipal law, consisting primarily in the fact that two systems regulate different subject-matter. International law is a law between sovereign state, municipal law applies within a state and regulate the relation of its citizens with each other and with executive*). Berlakunya hukum internasional dalam lingkup hukum nasional suatu negara memerlukan ratifikasi guna diadopsi menjadi hukum nasional. Jika antara keduanya terjadi suatu pertentangan, maka tentunya yang lebih diutamakan adalah hukum nasional, perbedaannya terletak pada subyek dan sumber hukumnya. Anzilotti menyatakan, bahwa sistem hukum internasional dan hukum nasional masing-masing dilandasi prinsip dasar yang berbeda, di mana hukum internasional dilandasi prinsip dasar "*pacta sunt servanda*" sebagai hasil kesepakatan bersama yang harus dijunjung tinggi, sedangkan hukum nasional dilandasi prinsip dasar, bahwa peraturan

⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 155.

perundang-undangan harus ditaati. Perbedaan sumber hukum internasional dan hukum nasional yang diutarakan oleh Triepel dan perbedaan prinsip dasar yang melandasi hukum internasional dan hukum nasional sebenarnya hanya merupakan perbedaan bentuk hukumnya. Perbedaan ini hanya mengenai proses penetapan dua hukum tersebut, tidak menyangkut menyangkut isi dan tujuan. Hukum internasional dan hukum nasional merupakan sama-sama bertujuan untuk menciptakan ketertiban dan keadilan.⁵⁶

c. Teori Campuran

Untuk mengatasi polemik kedua teori/aliran monisme dan dualisme, maka kiranya kita perlu mengkaji teori atau paham-paham lain yang justru banyak diterapkan dalam praktek pengaturan antar negara atau dalam hubungan internasional. Teori berikut ini disebut juga teori atau aliran hukum campuran, yaitu:

i. Teori Transformasi

Teori Transformasi diikuti oleh penganut ajaran positivisme seperti John Austin dan Hobbes, yang mengakui bahwa peraturan-peraturan atau ketentuan-ketentuan hukum

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 156.

internasional untuk bisa diterima dan berlaku sebagai norma hukum nasional maka harus melalui proses transformasi atau alih bentuk ke dalam hukum nasional, baik secara formal maupun secara substansial. Dengan kata lain, hukum internasional tidak akan pernah berlaku sebelum konsep, kaidah, dan prinsip-prinsip hukumnya belum menjadi bagian dari prinsip atau kaidah-kaidah hukum nasional. Secara formal artinya mengikuti bentuk peraturan yang sesuai dengan peraturan atau perundang-undangan nasional. Sedangkan secara substansial artinya materi dari peraturan hukum internasional harus sesuai dengan materi peraturan atau perundang-undangan nasional negara yang bersangkutan. Menurut teori transformasi hukum internasional tidak akan berlaku di suatu negara sebelum konsep, kaedah dan prinsip-prinsip hukumnya belum ditransformasi ke dalam hukum nasional. Pengikut teori ini menyatakan, bahwa tanpa adanya transformasi maka tidak mungkin hukum internasional dapat diberlakukan ke dalam hukum nasional. Hal ini mengingat, bahwa hukum internasional dibuat melalui persetujuan atau kesepakatan, sedangkan hukum nasional dibentuk melalui penguasa politik yang berdaulat. Karena adanya perbedaan-

perbedaan inilah, maka hukum internasional tidak dapat berlaku secara "*et proprio vigore*" dalam hukum nasional, sehingga perlu ditransformasikan melalui adopsi khusus, dan transformasi ini merupakan syarat substantif bagi berlakunya hukum internasional dalam hukum nasional.⁵⁷

ii. Teori Delegasi

Teori delegasi menyebutkan bahwa untuk menentukan kapan ketentuan perjanjian atau konvensi internasional akan berlaku dan dapat dimasukkan ke dalam hukum nasional, maka kaidah-kaidah hukum internasional harus didelegasikan ke dalam hukum nasional. Sebagaimana teori transformasi, teori delegasi juga mengharuskan adanya adopsi khusus untuk belakunya hukum internasional ke dalam hukum nasional. Adopsi ini merupakan suatu proses kelanjutan dari pembentukan hukum internasional yang telah diratifikasi oleh negara yang bersangkutan sampai menjadi ketentuan hukum yang mengikat secara umum bagi negara tersebut. Selanjutnya menurut teori ini, bahwa penerapan hukum internasional ke dalam hukum nasional diserahkan sepenuhnya kepada negara masing-masing, artinya

⁵⁷ Ibid, hlm. 159-160.

penerapan hukumnya didelegasikan kepada hukum nasional, dan masing-masing negara berwenang untuk menentukan sendiri bagian hukum internasional mana yang hendak diterapkan di dalam wilayahnya, mana yang diterima dan mana yang ditolak untuk diterapkan di wilayah negaranya.⁵⁸ Ketentuan-ketentuan hukum internasional setelah didelegasikan ke dalam hukum nasional dan dapat dilegalkan melalui pencantuman kaidah-kaidah hukum internasional ke dalam berbagai peraturan perundang-undangan nasional atau dengan mengaplikasikan kaidah-kaidahnya dalam memutuskan atau menyelesaikan sengketa nasional.

iii. Teori Harmonisasi

Teori Harmonisasi dianut oleh D.P.O. Cornel, menyatakan hukum internasional dan hukum nasional harus diartikan sedemikian rupa bahwa antara keduanya terdapat keharmonisan. Keberadaan hukum internasional dan hukum nasional dalam suatu hubungan yang harmonis. Namun adakalanya keduanya mengalami pertautan. Ketika terjadi pertautan antara keduanya, maka bisa jadi salah satu

⁵⁸ Mochtar Kusumaatmadja, 2002, *Pengantar Hukum Internasional*, Binacipta, Jakarta, hlm. 160.

diutamakan tetapi tetap diartikan dalam suasana hubungan yang harmonis.⁵⁹

3. Teori Penanaman Modal (Investasi)

Beberapa teori terkait penanaman modal dikemukakan oleh:

- a. Muhammad Zaidun, berpendapat bahwa terdapat 3 (tiga) bentuk pandangan dalam ilmu hukum penanam modal yang boleh dipilih oleh negara penerima modal yang menjadi dasar pertimbangan/kebijakan hukum penanaman modal dilihat dari kepentingan negara penerima modal tersebut, yaitu

- i. Teori Ekonomi Neo Klasik (*Neo Classical Economic Theory*)

Teori ini menganggap penanaman modal asing sebagai sesuatu yang sangat bermanfaat bagi negara penerima modal sehingga ia sangat ramah dan menerima dengan tangan terbuka atas kehadiran penanam modal asing.

- ii. Teori Kebergantungan (*Dependency Theory*)

Teori ini menganggap bahwa masuknya penanaman asing dapat mematikan penanaman modal dalam negeri serta dapat mengambil alih posisi dan peran penanaman domestik dalam percaturan perekonomian nasional, sehingga teori ini menolak masuknya penanaman modal asing. Selain itu, teori ini

⁵⁹ Alma Manuputty, *et.al.*, 2008, *Op. Cit.*, hlm. 160.

menyebutkan juga bahwa banyaknya dampak negatif yang terjadi dengan masuknya penanaman modal asing nantinya baik itu kepada masyarakat berupa pelanggaran hak-hak asasi manusia (selanjutnya disebut HAM) ataupun terhadap lingkungan yang dapat tercemar.

iii. Teori Jalan Tengah (*The Middle Path Theory*)

Teori ini merupakan pandangan yang mewakili bagi kelompok “jalan tengah”. Selain memiliki manfaat (dampak positif), penganut teori ini melihat bahwa di saat yang sama penanaman modal memiliki dampak negatif pula, sehingga negara harus berperan aktif dengan tujuan untuk mengurangi dampak negatif tersebut melalui kebijakan hukum yang bisa diterapkan dengan cara antara lain melakukan penyaringan (*screening*) dalam perizinan dan upaya penegakan hukum yang sungguh-sungguh.⁶⁰

- b. Ragnar Nurske dengan teori Lingkaran Setan Kemiskinan (*Vicious Cycle of Poverty*) berpendapat bahwa kemiskinan tidak memiliki ujung dan pangkal dimana semua unsur yang menyebabkan saling berhubungan. Sebagai gambaran teori ini, mengapa seseorang miskin karena ia tidak memiliki penghasilan, mengapa ia tidak

⁶⁰ Muhammad Zaidun, 2008, *Paradigma Baru Kebijakan Hukum Investasi Indonesia Suatu Tantangan Dan Harapan*, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Bidang Hukum Investasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, hlm. 6-7.

memiliki penghasilan karena ia tidak memiliki pekerjaan, kemudian mengapa ia tidak memiliki pekerjaan karena ia tidak berpendidikan, mengapa ia tidak berpendidikan karena ia miskin dan seterusnya berputar-putar sehingga akan kembali ke masalah kemiskinan. Oleh karenanya terkait teori ini, perlu adanya penanaman modal untuk memutus lingkaran kemiskinan tersebut.

- c. Richard A. Posner mengemukakan teori analisis ekonomi terhadap hukum merupakan sebuah langkah dalam perubahan dari pergerakan ekonomi dan hukum.⁶¹ Teori ini berfokus pada pendekatan ekonomi terhadap perilaku hukum. Dalam bukunya yang berjudul *Economic Analysis of Law*⁶², Posner mengemukakan bahwa “Adapun peran positif dari analisis ekonomi hukum adalah upaya untuk menjelaskan aturan hukum dan hasil sebagaimana adanya daripada mengubahnya menjadi lebih baik” (“*As for the positive role of economic analysis of law-the attempt to explain legal rules and outcomes as they are rather than to change them to make them better*”).

Berdasarkan analisis ekonomi terhadap hukum yang dikembangkan oleh Posner tersebut, maka selanjutnya Posner

⁶¹ Hamay, Sophie and Alain Marciano, Posner, June 2009, *Economic and the Law: From “Law and Economics” to an Economic Analysis of Law*, *Journal of the History of Economic Thought*, Volume 31, Number 2, hlm. 215.

⁶² Richard A. Posner, 1988, *Economic Analysis of Law*, Fifth Edition, A Division of Aspen Publisher, Inc. and A Woller Kluwer Company, New York, hlm. 26.

mengemukakan bahwa hukum yang baik adalah apabila hukum tersebut dapat mendorong terjadinya pengangkatan nilai (*value*), peningkatan sumber daya ekonomi secara maksimal (*utility*) dan menghasilkan efisiensi (*efficiency*) di dalam proses ekonomi yang berlangsung.⁶³

B. Kerangka Konseptual

1. Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal⁶⁴ adalah salah satu jenis dari Perjanjian Penanaman Modal Internasional (IIAs). Perjanjian Penanaman Modal Internasional merupakan suatu perjanjian internasional antar negara yang melahirkan kewajiban bagi negara-negara pihak terkait bagaimana cara memperlakukan penanam modal asing dari mitra perjanjian⁶⁵.

Jenis lain dari Perjanjian Penanaman Modal Internasional (IIAs) adalah Perjanjian Perdagangan Bebas (*Free Trade Agreement/FTA*), Perjanjian Ekonomi Kemitraan/*Economic Partnership Agreement* (EPA), Perjanjian Komprehensif Ekonomi Kemitraan/*Comprehensive Economic Partnership Agreement* (CEPA), perjanjian pada ruang

⁶³ Ibid, hlm. 12-17.

⁶⁴ Perjanjian Penanaman Modal Bilateral (BIT) di Indonesia biasa menggunakan istilah Persetujuan Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M).

⁶⁵ Aaron Cosbey dan Howard Mann, *Bilateral Investment Treaties, Mining and National Champions: Making it Work*, IISD Report (2014, IISD), hlm. 14, https://www.iisd.org/system/files/publications/bilateral_investment_treaties_mining_national_uneca.pdf, diakses pada tanggal 19 Mei 2019.

lingkup regional seperti Perjanjian ASEAN (*ASEAN Agreement*), serta perjanjian-perjanjian lainnya yang mempunyai elemen perlindungan terhadap penanaman modal asing. Selain itu pula terdapat perjanjian yang dapat dikategorikan sebagai perjanjian penanaman modal, yaitu Perjanjian Asuransi Penanaman Modal Asing (*Foreign Investment Insurance Agreement*)⁶⁶ dan Perjanjian Dukungan Penanaman Modal (*Investment Support Agreement*)⁶⁷.

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal sendiri dapat didefinisikan sebagai Perjanjian Internasional yang diadakan dengan tujuan sebagai perlindungan penanaman modal terhadap pihak-pihak yang mengadakan perjanjian (negara pengirim modal (*exporting country/home state*) dan negara penerima modal (*importing country/host state*)). Menurut Henry C. Bell:⁶⁸

“A Bilateral Investment Treaty (BIT) is an agreement establishing the terms and conditions for private investment by nationals and companies of one state in another state. This type of investment is called foreign direct investment (FDI).”

Berdasarkan pengertian di atas, suatu Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah suatu persetujuan yang memuat persyaratan-persyaratan dan kondisi-kondisi bagi penanaman modal

⁶⁶ Lihat Canada-Indonesia *Foreign Investment Insurance Agreement*

⁶⁷ Lihat *Indonesia-United State of America Investment Support Agreement*

⁶⁸ Rahmi Jened, 2016, *Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment)*, Ed.1, Cet. 1, Kencana, Jakarta, hlm. 362, dikutip dari Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing, hlm. 236.

oleh satu negara terhadap negara lain. Tipe penanaman modal ini dapat disebut sebagai penanaman modal asing langsung.

Untuk dapat memahami Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal, sangat perlu untuk memahami terlebih dahulu awal mula muncul perjanjian penanaman modal internasional, pada khususnya mengenai tarik-menarik kepentingan antara negara pengeksport dan pengimpor modal.

Pada mulanya, perlindungan terhadap orang asing dilakukan melalui perlindungan diplomatik (*diplomatic protection*). Teori ini menyebutkan bahwa kerusakan atau gangguan (*Injury*) terhadap warga suatu negara dianggap sebagai gangguan terhadap negara dimaksud.⁶⁹ Melalui perlindungan diplomatik ini, negara asal penanam modal menggugat negara penerima modal atas kerugian yang dialami warga negara asal penanam modal tersebut.⁷⁰

Negara-negara menggunakan perlindungan diplomatik ini pada abad ke-18 dan 19. Pada tahun 1924 Pengadilan Permanen Internasional (*Permanent Court of International Justice/PCIJ*) mengakui bahwa hak negara untuk melakukan perlindungan

⁶⁹ Chittharanjan F. Amerasinghe, 2008, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, hlm. 22.

⁷⁰ Andrew Newcombe dan Lluís Paradell, 2009, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Belanda, hlm. 5.

diplomatik, orang asing tersebut harus menyelesaikan terlebih dulu persoalannya melalui sistem hukum nasional negara tuan rumah.⁷¹

Pada perkembangannya, pada abad ke-19 dan di awal abad ke-20, penggunaan perlindungan diplomatik sering disalahgunakan oleh Negara. Negara melakukan perlindungan yang sering disertai dengan *'gun-boat' diplomacy*, yang ditandai dengan penggunaan pasukan atau kekerasan untuk mendukung gugatan perlindungan. Ketika itu, penggunaan pasukan dalam perlindungan diplomatik bukan pelanggaran atas hukum internasional.⁷²

Perkembangan perdagangan dan penanaman modal pada abad 19 dan awal abad 20 mengarah pada meningkatnya perhatian terhadap status hukum orang asing di luar negeri dan perlindungan terhadap kepentingan ekonominya. Di awal tahun 1900-an, terdapat kesepakatan umum di antara ahli hukum dari eropa dan Amerika tentang adanya standar perlakuan minimum (*minimum standard of treatment*) bagi orang asing. Pada saat yang bersamaan, munculnya pokok tanggung jawab negara terhadap perlakuan atas orang asing berkembang melalui berbagai kontrak komersil, tindakan pemerintah, putusan arbitrase dan komisi-komisi. Sebagian besar kasusnya lebih

⁷¹ *Ibid*, hlm. 6.

⁷² *Ibid*.

banyak terkait pengingkaran keadilan (*denial of justice*)⁷³ dan tindakan kekerasan (*acts of violence*). Meskipun isu kepentingan ekonomi belum banyak, akan tetapi sudah ada konsensus di antara negara pengekspor modal mengenai kewajiban kompensasi jika terjadi ekspropriasi.⁷⁴

Negara maju telah mempertahankan posisinya dimana orang asing harus diperlakukan berdasarkan standar minimum internasional (*international minimum standard*) yang standarnya dapat lebih tinggi daripada yang diberikan oleh negara penerima modal kepada warga negaranya sendiri. Standar minimum internasional tersebut digunakan sebagai prinsip umum yang berlaku bagi perlakuan terhadap orang asing. Namun di dalam standar tersebut terdapat elemen atau komponen yang berhubungan langsung dengan perlakuan terhadap penanaman modal asing. Keberadaan standar minimum tersebut ditegaskan dalam perjanjian-perjanjian penanaman modal. Begitu pula putusan arbitrase modern yang mengakui bahwa terdapat standar minimum dimana negara tuan rumah harus menyesuaikannya dalam perlakuannya terhadap penanam modal.

⁷³ Definisi sederhana dari “pengingkaran keadilan” adalah munculnya tanggung jawab negara dalam Hukum internasional jika negara tidak memenuhi standar tertentu dalam penyelenggaraan peradilan terhadap orang asing. Recca Ayu Hapsari, *Pertanggungjawaban Negara Terhadap Pengingkaran Keadilan dalam Arbitrase Internasional*, Jurnal Pranata Hukum, Volume 11 Nomor 1 Januari 2016, hlm. 21, <http://jurnal.ubl.ac.id/index.php/PH/article/view/621>, (diakses 5 Januari 2022).

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 11-12.

Standar minimum itu sendiri adalah standar eksternal yang membuat negara maju bisa menetapkan standar perlakuan yang mereka harapkan untuk penanam modal asing mereka, namun hal ini sulit dipenuhi oleh negara berkembang. Kegagalan untuk mematuhi standar perlakuan minimum inilah yang menimbulkan suatu pelanggaran oleh negara. Pelanggaran tersebut dapat digugat melalui mekanisme penyelesaian sengketa. Kebanyakan dari kasus-kasus berkaitan dengan standar pertanggungjawaban (*standard of liability*) tersebut mencakup pelanggaran terhadap individu (*person*) asing.⁷⁵

Standar minimum muncul pada mulanya terkait dengan orang asing secara umum, berlaku dengan area yang luas mencakup hak prosedural di bidang hukum pidana, hak di tribunal secara umum, hak terkait keperdataan, dan hak terkait kekayaan privat orang asing. Salah satu kasus yang timbul pada masa ini adalah putusan komisi (*commission*) pada tahun 1926 tentang keadaan dimana negara tuan rumah bertanggung jawab atas pelanggaran terhadap standar minimum:

“The treatment of alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standard that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”.

⁷⁵ M. Sornarajah, *Op. Cit.*, hlm. 122

Pernyataan terhadap standar pada putusan di atas tidak merujuk pada masalah kekayaan orang asing secara spesifik. Putusan tersebut dikeluarkan pada saat penanaman modal asing dan isu terkaitnya seperti tumbuhan ekonomi, pertumbuhan ekonomi (*development*), prinsip pemerintahan yang baik (*good governance*), dan iklim penanaman modal yang baik belum terlalu jadi agenda internasional.⁷⁶

Pada perkembangan selanjutnya muncul sebuah standar yang menjadi dasar untuk membangun hukum perlindungan penanaman. Hal ini menjadi cara yang kuat untuk memberikan keamanan bagi kepentingan negara maju dan penanam modal mereka. Cara tersebut berkembang dalam praktek kebiasaan yang saat ini dipakai dalam perjanjian-perjanjian. Standar yang kemudian menjadi fenomena khusus dalam perkembangan perjanjian adalah standar perlakuan adil dan seimbang (*fair and equitable treatment standard*) yang sebelumnya tidak dipakai selama setengah abad, saat ini standar tersebut diasumsikan sebagai standar yang merangkul semuanya (*all-embracing standard*).⁷⁷

Dengan adanya tuntutan terhadap standar perlakuan minimum, beberapa negara khususnya dari Amerika Latin, mendorong perlakuan

⁷⁶ Rudolf Dolzer and Cristoph Schreuer, 2008, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, hlm. 14

⁷⁷ M. Sornarajah, *Op. Cit.*, hlm. 122

nasional (*national treatment*) atau standar perlakuan layak (*equality of treatment standard*). Hal ini berhubungan erat dengan ahli hukum dari Argentina yang bernama Carlos Calvo, yang menentang pelaksanaan perlindungan diplomatik dan keberadaan standar perlakuan minimum pada tahun 1868. *Calvo doctrine* memiliki tiga elemen dasar yaitu: Tidak ada hak yang lebih besar bagi orang asing daripada warganegara negara penerima modal; Hak orang asing diatur oleh hukum negara penerima modal; dan pengadilan negara penerima modal mempunyai yurisdiksi eksklusif atas sengketa yang melibatkan orang asing⁷⁸ sehingga orang asing tersebut tidak memiliki hak atas perlindungan diplomatik dari negara asal penanam modal atau akses ke tribunal internasional.⁷⁹

Pada taraf internasional, *Calvo Doctrine* masih diperdebatkan, dimana posisi dominannya adalah negara terikat dengan aturan hukum internasional yang terpisah dari hukum nasional.⁸⁰ Dalam perjalanannya, doktrin ini tidak pernah mencapai status prinsip hukum kebiasaan internasional. Pada awal abad 20, negara pengirim modal mempertahankan pemahamannya bahwa hukum internasional memerlukan standar perlakuan minimum. Adapun negara penerima

⁷⁸ Andrew Newcombe dan Luis Paradell, *Op. Cit.*, hlm. 13

⁷⁹ Rudolf Dolzer dan Christoph Schreuer, *Op. Cit.*, hlm. 12

⁸⁰ *Ibid.*

modal tetap menentang adanya standar perlakuan minimum, khususnya terkait kompensasi atas ekspropriasi.

Walaupun mendapat perlawanan dari Rusia dan negara Amerika Latin terhadap standar perlakuan minimum, pandangan akan pentingnya standar perlakuan minimum pada hukum internasional ditegaskan kembali pada sekitar tahun 1920 pada beberapa putusan berpengaruh Komisi Klaim Amerika-Meksiko (*US-Mexico General Claims Commission*) atau disebut dengan Komisi Klaim. Pada kurun waktu itu Komisi ini beberapa kali memutuskan kasus yang membantah pandangan Calvo dan menegaskan keberadaan standar perlakuan minimum.

Putusan PCIJ juga beberapa kali mengeluarkan putusan yang isinya menegaskan mengenai berlakunya perlindungan diplomatik sebagai prinsip dasar hukum internasional, penghormatan terhadap hak warga negara asing, dan perampasan kekayaan orang asing secara illegal memerlukan adanya ganti rugi. Putusan-putusan PCIJ tersebut mencerminkan adanya kewajiban pemerintah untuk memberikan perlakuan terhadap orang asing dengan standar perlakuan minimum.⁸¹

⁸¹ *Ibid.*, hlm. 14

Pada sekitar tahun 1920 dan 1930 dilakukan upaya kodifikasi standar perlakuan oleh beberapa Lembaga. Upaya ini untuk mengkodifikasikan hukum kebiasaan internasional tentang tanggung jawab Negara atas kerugian yang ditimbulkan di wilayahnya terhadap Orang dan Properti Orang Asing (*customary international law rules on the Responsibility of States for Damage Caused in Their Territories to the Persons and Properties of Foreigners*) gagal karena perbedaan pandangan antara negara pengirim modal yang menuntut adanya standar perlakuan minimum dan negara penerima modal tetap pada posisinya bahwa orang asing hanya berhak atas perlakuan yang sebagaimana didapat warga domestik.

Perbedaan antara negara pengirim dan penerima modal mengenai standar perlakuan minimum memuncak pada tahun 1938 ketika terjadi kasus antara Mexico dan Amerika Serikat terkait standar kompensasi atas ekspropriasi. Amerika Serikat menekankan bahwa seperti *Hull Rule* (Menteri Luar Negeri Amerika Serikat Cordell Hull), pembayaran atas kekayaan yang diambil alih dilakukan dengan cepat (*prompt*), efektif (*effective*), dan cukup (*adequate*) disyaratkan berdasarkan hukum internasional. Adapun Mexico mengatakan pembayaran kompensasi dilakukan berdasarkan hukum nasional.⁸²

⁸² *Ibid*, hlm. 15

Terkait *Hull Rule* tersebut, Indonesia pernah digugat dalam kasus yang dikenal dengan kasus Tembakau Bremen (*The Bremen Tobacco case*) pada tahun 1958, di Pengadilan Negeri Bremen, Jerman. Kasus ini terjadi berawal dari pelaksanaan Undang-undang No. 86 tahun 1958 tentang Nasionalisasi Perusahaan-perusahaan Milik Belanda, selanjutnya disebut UU Nasionalisasi. *NV (Verenigde Deli-Maatschappijen* dan *NV Senembah Maatschappij* (selanjutnya disebut pihak Belanda) adalah perusahaan-perusahaan perkebunan tembakau yang dinasionalisasi oleh Indonesia berdasarkan UU Nasionalisasi tersebut dengan ganti kerugian yang ditetapkan kemudian. Selanjutnya Indonesia mendirikan Perusahaan Perkebunan Negara (selanjutnya disebut PPN) sebagai pengganti perusahaan yang telah dinasionalisasi. Bremen ditetapkan oleh Pemerintah Indonesia sebagai kota untuk memperdagangkan tembakau. Kemudian dibentuk perusahaan terbatas swasta di Jerman dengan nama Maskapai Tembakau Jerman-Indonesia (*Deutsch-Indonesische Tabakhandels GmbH (Gesellschaft mit Beschränkter Haftung)*), suatu perusahaan patungan PPN dengan sejumlah pedagang tembakau asal Bremen.

Pemerintah Indonesia saat itu hendak mengalihkan penjualan tembakau dari hasil perkebunan yang ada di Sumatera Utara ke

wilayah Bremen, Jerman. Tembakau yang akan dijual tersebut diklaim oleh pihak pihak Belanda sebagai milik mereka dan tindakan nasionalisasi tersebut dinilai sebagai tindakan secara paksa untuk dijadikan milik negara Indonesia dan sebagai bentuk tekanan politik atas masalah Irian Barat⁸³, karena itu mereka kemudian melayangkan tuntutan kepada Pemerintah Indonesia di Pengadilan Bremen (*Landesgericht Bremen*). Indonesia menyatakan bahwa tindakan pengambilalihan dan nasionalisasi merupakan tindakan suatu negara yang berdaulat dalam rangka perubahan struktur ekonomi bangsa Indonesia dari struktur ekonomi kolonial ke ekonomi nasional⁸⁴. Putusan pengadilan Bremen secara tidak langsung membenarkan nasionalisasi perusahaan dan perkebunan milik Belanda oleh pemerintah Indonesia.

Pihak Belanda selanjutnya mengajukan banding atas putusan tersebut ke Pengadilan Tinggi Bremen (*Oberlandesgericht Bremen*) dengan alasan bahwa tindakan Indonesia dalam menasionalisasi bekas perusahaan Belanda tidak sah karena ganti rugi yang ditawarkan tidak memenuhi dalil hukum Internasional yaitu bahwa

⁸³ Tindakan nasionalisasi ini dianggap sebagai kampanye pembebasan Irian Barat dari tangan Belanda. Lihat Edy Ikhsan, Nasionalisasi Perkebunan Belanda di Sumatera Utara: Diantara Inkonsistensi dan Stigmatisasi, https://www.academia.edu/1501624/Nasionalisasi_Perkebunan_Belanda_di_Sumatera_Utara_Diantara_Inkonsistensi_dan_Stigmatisasi, (diakses 28 Juni 2022)

⁸⁴ Mochtar Kusumaatmadja & Ety R. Agoes, Pengantar Hukum Internasional, PT. Alumni, Jakarta, hlm. 69.

ganti rugi itu harus cepat (*prompt*), efektif (*effective*), dan cukup (*adequate*). Pihak perusahaan tembakau Jerman-Indonesia dan Pemerintah Indonesia membantah dalil pihak Belanda tersebut dengan mengatakan bahwa nasionalisasi yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia adalah usaha untuk mengubah struktur ekonomi yang bersifat nasional secara radikal. Dalil cepat (*prompt*), efektif (*effective*), dan cukup (*adequate*) yang berlaku dalam hukum internasional harus tunduk pada hukum nasional karena masing-masing Negara memiliki interpretasi yang berbeda terhadap cepat (*prompt*), efektif (*effective*), dan cukup (*adequate*) disesuaikan dengan kemampuannya.⁸⁵

Pada tahun 1962 Organisasi Kerja sama dan Pembangunan Ekonomi (*Organisation for Economic Cooperation and Development/OECD*) merilis Rancangan Konvensi tentang Perlindungan Properti Asing (*Draft Convention on the Protection of Foreign Property*) yang selanjutnya disempurnakan pada tahun 1967. Mengingat keanggotaan OECD, maka tidak mengherankan kalau draf tersebut mencerminkan pandangan negara pengekspor modal terkait standar perlakuan minimum. Draft tersebut menetapkan standar perlakuan minimum sebagai berikut:

⁸⁵ Ibid, hlm. 70.

“Each party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in anyway impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. The fact that certain nationals of any state are accorded treatment more favourable than that provided for in this Convention shall not be regarded as discriminatory against nationals of a Party by reason only of the fact that such treatment is not accorded to the latter.”

Walaupun draf tersebut gagal diadopsi menjadi konvensi multilateral, substansi provisinya telah menjadi rujukan penting bagi perjanjian penanaman modal bilateral.

Di antara tahun 1945 dan 1990 adalah masa pertentangan utama antara peningkatan jumlah negara berkembang yang baru merdeka di satu sisi, dan negara pengirim modal di lain sisi, mengenai status hukum kebiasaan yang mengatur investasi asing.⁸⁶ Medan perang yang dipilih oleh negara berkembang adalah Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (*United Nations General Assembly/UN GA*), dimana mereka masih memegang mayoritas suara. Pada tahun 1962, pertentangan berakhir dengan adanya kompromi yaitu Resolusi Majelis Umum PBB 1803 yang menyatakan “dalam kasus pengambilalihan, 'kompensasi yang sesuai' harus dibayar, sehingga tidak secara eksplisit menegaskan aturan Hull maupun Doktrin Calvo” (*“in the case of expropriation, ‘appropriate compensation’ had to be*

⁸⁶ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Op. Cit.*, hlm. 30

paid, thus neither explicitly confirming the Hull rule nor the Calvo Doctrine).⁸⁷ Medan perang selanjutnya adalah, ketika tahun 1974 United Nations mengeluarkan resolusi Deklarasi Pembentukan Tata Ekonomi Internasional Baru (*Declaration on the Establishment Of A New International Economic Order /NIEO Declaration*), dan Piagam Hak Dan Kewajiban Ekonomi Negara (*Charter Of Economic Rights And Duties Of States*) (*charter*). Isinya adalah penegasan mengenai kedaulatan permanen atas sumber daya dan aktivitas ekonomi (*permanent sovereignty over resources and economic activities*) dan beberapa prinsip baru seperti hak negara untuk mengatur perusahaan transnasional. *NIEO Declaration* ini tidak memiliki kekuatan mengikat, dan pada beberapa dekade berikutnya negara berkembang memilih membuat perjanjian penanaman modal internasional yang secara signifikan meninggalkan prinsip *charter* dan *NIEO Declaration*⁸⁸

⁸⁷ *Ibid.* Doktrin Hull mewakili kepentingan negara-negara maju pemilik modal asing sedangkan Doktrin Calvo mewakili kepentingan negara-negara berkembang penerima modal asing. Doktrin Hull, diambil dari nama Menteri Luar Negeri Amerika Cordell Hull, dimana maksud dari doktrin ini adalah hak negara untuk melakukan nasionalisasi tunduk kepada hukum internasional. Nasionalisasi harus disertai dengan *prompt, adequate, dan affective compensation*. Berawal dari sikap Cordell Hull yang mengirim pesan yang memprotes pengambilalihan perusahaan minyak Amerika Serikat oleh Meksiko, mengklaim bahwa ada aturan perlindungan penanam modal internasional yang diakui yang menyerukan kompensasi penuh untuk pengambilalihan tersebut. Sedangkan Doktrin Calvo diambil dari nama Menteri Luar Negeri Argentina Carlos Calvo, yang mana maksud dari doktrin ini adalah sengketa tentang penanaman modal asing (PMA) berada di bawah yurisdiksi pengadilan lokal. Penanam modal asing tidak memerlukan perlindungan internasional dan perlindungan diplomatic negara asalnya. PMA diperlakukan sesuai dengan prinsip national treatment begitu pula dalam hal nasionalisasi, termasuk kompensasi untuk itu. Lihat juga Rustanto, *Hukum Nasionalisasi Modal Asing*, Kuwais, Jakarta Timur, hlm. 344

⁸⁸ Andrew Newcombe and Luis Paradell, *Op. Cit.*, hlm. 32-33

Di saat yang bersamaan, institusi keuangan internasional merevisi posisinya dalam hal peran pada penanaman modal privat, dan disebut dengan dengan *Washington Consensus*. Tahun 1992 pendekatan baru terwujudkan dalam Pembukaan Pedoman Bank Dunia tentang Perlakuan terhadap Penanaman Modal Asing Langsung (*Preamble World Bank's Guidelines of The Treatment of Foreign Direct Investment*). Pedoman tersebut mengakui bahwa aliran penanaman modal asing yang lebih besar membawa keuntungan substantif dalam perekonomian dunia dan dalam perekonomian negara berkembang khususnya, dalam hal meningkatkan efisiensi jangka panjang negara penerima modal melalui kompetisi yang lebih baik, alih modal, teknologi⁸⁹ dan keahlian manajerial dan peningkatan akses pasar dan dalam hal ekspansi perdagangan internasional.⁹⁰ Selain itu, dalam hal industri ekspor penanam modal asing mungkin memiliki kemampuan pemasaran, yang dapat meningkatkan penjualan dan nilai tambah bagi negara. Penanam modal asing juga sering melakukan penanaman modal kembali (*reinvest*) keuntungan di tingkat lokal.⁹¹

⁸⁹ Alih teknologi dapat dilakukan dengan pengiriman tenaga kerja ke luar negeri, pemanfaatan informasi teknologi yang terdapat dalam publikasi luar negeri, penggunaan ahli dari luar negeri, dan program kerjasama. Lihat Suteki, 2013, *Hukum dan Alih Teknologi*, Thafa Media, Yogyakarta, hlm. 31

⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 15-16

⁹¹ Robert Pitchard (ed), 1996, *Economic Development, Foreign Investment Law and the Law*, Kluwer Law International, London, hlm. 5

Pada iklim baru hubungan ekonomi internasional, pertarungan pada masa sebelumnya terhadap hukum kebiasaan yang melindungi penanaman modal asing (*customary rules protecting foreign investment*) menjadi berubah dan tidak sesuai zaman. Terjadi perubahan paradigma, negara penanam modal tidak lagi melawan hukum kebiasaan klasik (*classical customary law*), namun diberikan perlindungan yang lebih kepada penanaman modal asing daripada yang diberikan oleh hukum kebiasaan tradisional (*traditional customary law*), saat ini dengan alasan perjanjian yang dinegosiasikan untuk menarik penanaman modal asing yang lebih banyak. Lima dekade setelah diucapkan, aturan Hull (*Hull Rule*)⁹² saat ini menjadi elemen standar dari ratusan Perjanjian Penanaman Modal Bilateral baru dan juga perjanjian-perjanjian multilateral, seperti perjanjian Piagam Energi (*energy charter treaty*) tahun 1994 atau Perjanjian Perdagangan Bebas Amerika Utara/ *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) di tahun yang sama dimana Meksiko memutuskan untuk bergabung bersama Amerika Serikat dan Kanada. Negara-negara berkembang mulai membuat perjanjian-perjanjian penanaman modal diantara mereka, dan karakteristik dari perjanjian

⁹² Hull Rule adalah aturan mengenai kompensasi, disebut juga Doktrin Hull

tersebut secara signifikan tidak berbeda dari yang dibuat oleh negara maju.⁹³

Oleh karenanya, sejak awal tahun 1990-an tren pada praktiknya telah bergeser kepada negosiasi perjanjian-perjanjian yang baru mengenai penanaman modal asing, terkait pemahaman dan penafsirannya. Uraian mengenai hukum kebiasaan atas negara tidak lagi menjadi perhatian utama. Walaupun begitu, isu-isu yang terkait belum hilang. Sebagai contoh, dalam konteks NAFTA, ketika negara anggota memutuskan bahwa standar perlakuan adil dan seimbang (*fair and equitable treatment*) dan perlindungan dan keamanan penuh (*full protection and security*) harus dipahami sebagai persyaratan bagi negara penerima modal untuk mematuhi hukum kebiasaan internasional dan tidak lebih menghendaki standar dasar perjanjian otonom (*autonomous treaty-based standards*).⁹⁴

Perkembangan perjanjian penanaman modal internasional utamanya adalah karena respon terhadap ketidakpastian dan kekurangan hukum kebiasaan internasional terkait tanggung jawab negara atas kerugian orang asing dan kekayaannya. Selain itu, negara pengirim modal berusaha mendapatkan komitmen akses pasar yang lebih baik dari negara penerima modal, dan untuk mendapatkan

⁹³ *Ibid.*, hlm. 16

⁹⁴ *Ibid.*

pengembangan yang progresif dalam standar perlindungan penanaman modal. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, walaupun telah ada usaha-usaha untuk membuat kerangka internasional untuk penanam modal asing, ketidaksepakatan antara negara pengirim dan penerima modal mengenai standar perlakuan untuk penanam modal asing menggagalkan upaya membuat Perjanjian multilateral. Imbasnya, negara pengirim modal mulai membuat Perjanjian Penanaman Modal Bilateral yang bertujuan untuk peningkatan (promosi) dan perlindungan (proteksi) penanaman modal asing.⁹⁵

Setelah perang dunia kedua dan ketiga, penanaman modal asing meningkat dengan perlahan dan mencapai puncaknya pada tahun 1990-2000. Peningkatan penanaman modal asing ini dibarengi dengan meningkatnya perjanjian bilateral yang tumbuh dari 500 perjanjian pada tahun 1990 menjadi sekitar 2000 perjanjian pada tahun 2000, yang 80% diantaranya adalah dari negara berkembang, khususnya Asia.⁹⁶ Pada periode 1990- 2007 terdapat 3067 perjanjian penanaman modal internasional, dan pada periode 2008-2015 terdapat 3271 perjanjian internasional.⁹⁷

⁹⁵ Andrew Newcombe dan Luis Paradell, *Op. Cit.*, hlm. 40

⁹⁶ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Op. Cit.*, hlm. 1.

⁹⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2015* (New York and Geneva: United Nations Publication, 2015) hlm. 121-122.

Perjanjian penanaman modal internasional merupakan bagian dari hukum penanaman modal internasional yang dalam perkembangannya dapat dikategorikan dalam rezim hukum publik karena melibatkan negara penerima yang pada prinsipnya memiliki kewenangan untuk mengatur (*right to regulate*) termasuk fungsi pengawasan (*state control*) sebagai perwujudan kedaulatan (*state sovereignty*) dalam rangka untuk melindungi kepentingan publik. Demikian juga sengketa penanaman modal pada prinsipnya juga memiliki karakter publik. Sebagian besar sengketa penanaman modal terkait dengan berbagai bentuk pengaturan/regulasi pemerintah (*regulatory measures*) yang bersifat administratif yang meliputi perlindungan lingkungan hidup, hak asasi manusia maupun kesehatan publik. Bahkan karakter publik dari hukum penanaman modal internasional juga jika dikaitkan dengan pembayaran kompensasi bagi pihak penanam modal juga berasal dari keuangan negara yaitu Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) sehingga unsur perlindungan kepentingan publik dalam sistem hukum penanaman modal internasional menjadi lebih dominan.⁹⁸

⁹⁸ Markus W Gehring & Avidan Kent, *International Investment Agreement and the Emerging Green Economy: Rising to the Challenge*, in Freya Baetens (ed) *Investment Law within International Law, Integrationist Perspective*, Cambridge University Press, 2013, dalam Fifi Junita *et.al.*, *Penerapan Asas Rule of Law dalam Perjanjian Investasi dan Penyelesaian Sengketa Investasi di Asia Tenggara: Menuju Trend Reformasi*, 2016, Revka Petra Media, Surabaya, hlm. 30-31.

Hakikat dari perjanjian penanaman modal internasional adalah perlindungan terhadap penanam modal asing dan penanaman modalnya di wilayah negara penerima modal. Perlindungan yang secara prinsip adalah kewajiban berdasarkan hukum kebiasaan internasional, dinormakan secara tertulis dan rinci melalui suatu perjanjian internasional. Dengan adanya jaminan perlindungan hukum oleh negara penerima modal, maka diharapkan penanaman modal asing mengalir masuk ke negara penerima modal, sehingga aspek peningkatan (*promotion*) dari perjanjian ini bisa bekerja.⁹⁹

Perlindungan terhadap penanaman modal asing di Indonesia sudah mulai secara khusus dilakukan pada saat diundangkannya Undang-Undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (Undang-Undang Penanaman Modal Asing)¹⁰⁰. Setelah ada Undang-Undang tersebut, Pemerintah Indonesia melakukan sejumlah perjanjian-perjanjian internasional yang menyangkut penanaman modal asing. Pada umumnya perjanjian-perjanjian internasional itu adalah Perjanjian-Perjanjian Jaminan Penanaman Modal (*Investment Guaranty Agreements*), Perjanjian Kerjasama Ekonomi, Ratifikasi Konvensi Washington mengenai penyelesaian sengketa antara negara dan warga negara asing mengenai penanaman modal asing,

⁹⁹ Perjanjian Penanaman Modal Bilateral (*Bilateral Investment Treaty/BIT*) biasanya menggunakan judul *Agreement on The Promotion and Protection of Investments*

¹⁰⁰ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 1

perjanjian-perjanjian bantuan luar negeri dari negara-negara *Intergovernmental Group on Indonesia* (IGGI), perjanjian-perjanjian kerjasama ekonomi dengan negara-negara anggota ASEAN, dan lain-lain.¹⁰¹ Selain itu, hampir seluruh Perjanjian Penanaman Modal Bilateral Indonesia juga dilahirkan pada saat Undang-Undang Penanaman Modal Asing berlaku sampai dengan lahirnya rezim baru Undang-Undang Penanaman Modal yang menggantikan Undang-Undang Penanaman Modal Asing.

Indonesia sebagai negara yang aktif mengikuti perjanjian penanaman modal internasional, saat ini memiliki 73 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal, yang terdiri dari 26 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal masih berlaku, 16 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal hanya ditandatangani dan 31 Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal sudah dihentikan atau terminasi.¹⁰² Selain Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal, secara bilateral Indonesia memiliki perjanjian kemitraan ekonomi (*Economic Partnership Agreement*) dengan Jepang. Dalam lingkup regional, Indonesia merupakan pihak di dalam Perjanjian Perhimpunan Bangsa-bangsa Asia Tenggara (*Association of Southeast Asian*

¹⁰¹ Sunaryati Hartono, 1999, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*, Trimitra Mandiri, Jakarta, hal. 148

¹⁰² Meskipun telah diterminasi, BIT memiliki *survival/sunset clause* yang biasanya berlaku antara 10-20 tahun. Dengan adanya klausul ini, maka investor yang sudah ada pada saat terminasi dilakukan tetap dapat mengambil benefit dari BIT tersebut selama periode *survival/sunset clause*.

Nations/ASEAN Agreement), yaitu perjanjian antara ASEAN dengan negara mitra seperti ASEAN-Korea, ASEAN-Australia-New Zealand (AANZ), ASEAN-China, dan Perjanjian Komprehensif Penanaman Modal ASEAN (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement/ACIA*). Saat ini Indonesia juga sedang aktif melakukan perundingan Perjanjian Kemitraan Ekonomi Komprehensif (*Comprehensive Economic Partnership Agreement/CEPA*) dengan banyak negara. Sebut saja Perjanjian Kemitraan Ekonomi Komprehensif Regional (*Regional Comprehensive Economic Partnership/RCEP*)¹⁰³, Indonesia-Korea CEPA¹⁰⁴, Indonesia-Australia CEPA¹⁰⁵, Indonesia-Uni Eropa CEPA¹⁰⁶, Indonesia-EFTA CEPA¹⁰⁷. Dalam lingkup multilateral, Indonesia juga anggota dari Perjanjian tentang Promosi, Perlindungan dan Jaminan Penanaman Modal di antara Negara-negara Anggota

¹⁰³ Donna Gultom, 2021, *Perjanjian RCEP: Peluangnya bagi Indonesia&Langkah Pemanfaatannya Sebuah Perspektif Internal*, CIPS (Center for Indonesian Policy Studies), 13 April 2021, <https://id.cips-indonesia.org/post/rk-perjanjian-rcep-peluangnya-bagi-indonesia-langkah-pemanfaatannya-sebuah-perspektif-interna>, (diakses 11 Juli 2021).

¹⁰⁴ Direktorat Jenderal Perundingan Perdagangan Internasional, 2020, *Indonesia-Korea CEPA: Tonggak Baru Hubungan Ekonomi Bilateral Kedua Negara*, 18 Desember 2020. <https://ditjenppi.kemendag.go.id/index.php/berita/detail/indonesiakorea-cepta-tonggak-baru-hubungan-ekonomi-bilateral-kedua-negara>, (diakses 11 Juli 2021).

¹⁰⁵ KBRI Canberra dan Biro Hubungan Masyarakat, Kementerian Perdagangan, Implementasi IA-CEPA, Momentum Tepat Pulihkan Ekonomi Indonesia Australia, 24 September 2021, <https://kemlu.go.id/portal/id/read/2961/berita/implementasi-ia-cepta-momentum-tepat-pulihkan-ekonomi-indonesia-dan-australia>, (diakses 23 Desember 2021).

¹⁰⁶ Kementerian Keuangan Reppublik Indonesia, Indonesia dan Uni Eropa Luncurkan IEU-CEPA, 21 Juli 2016, <https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/berita/indonesia-dan-uni-eropa-luncurkan-ieu-cepta/>, diakses pada tanggal 11 Juli 2021.

¹⁰⁷ FTA Center, Kementerian Perdagangan, Indonesia-EFTA CEPA Mulai Berlaku, membuka Akses Pasar ke Benua Eropa sebagai Pendorong Pemulihan Ekonomi, 01 November 2021, <https://ftacenter.kemendag.go.id/news-indonesia-efta-cepta-mulai-berlaku-membuka-akses-pasar-ke-benua-eropa-sebagai-pendorong-pemulihan-ekonomi>, (diakses 10 Desember 2021).

Organisasi Konferensi Islam (*Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investment amongst the Member States of the Organization of the Islamic Conference /OIC*).¹⁰⁸

Saat ini Indonesia juga merupakan anggota dari *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA). Tujuan dari konvensi MIGA adalah untuk memberikan jaminan risiko non komersial (*non-commercial risk*) berkenaan dengan penanaman modal di dalam suatu negara anggota yang datangnya dari negara anggota lainnya.¹⁰⁹ MIGA memberikan perlindungan kepada penanam modal terhadap risiko larangan transfer, ekspropriasi, perang, terorisme, gangguan sipil, pelanggaran kontrak, dan ketidakpatuhan atas kewajiban finansial.¹¹⁰ Layanan yang diberikan MIGA adalah asuransi penanaman modal, bantuan teknis, dan saran kebijakan. Dalam menentukan untuk memberikan jaminan penanaman modal (*investment guarantee*), penjamin akan melihat apakah sudah ada Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal antara negara penerima modal dan negara pengirim modal. Sebagai contoh, Peraturan Operasi MIGA (*MIGA's operational regulation*) mengatur bahwa dalam menilai kondisi-kondisi

¹⁰⁸ UNCTAD, *Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3092/oic-investment-agreement-1981->, (diakses 10 Desember 2021).

¹⁰⁹ Yulianto Achmad, 2003, *Peran Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) Dalam Kegiatan Investasi*, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 22 No. 5, hal. 41

¹¹⁰ MIGA, <https://www.miga.org/what-we-do>, (diakses 6 Desember 2021)

penanaman modal, penanaman modal dianggap sudah memiliki perlindungan hukum yang memadai jika sudah memiliki Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal.¹¹¹

Pada umumnya substansi pasal perjanjian penanaman modal internasional terbagi dua, yaitu hak substantif yang mengatur tentang hak para pihak, seperti *most favoured nation*, *national treatment*, *repatriation*, dan *fair and equitable treatment*. Substansi selanjutnya adalah hak prosedural, yaitu provisi atau pasal yang mengatur tentang jaminan akses penyelesaian sengketa, seperti penyelesaian sengketa antara negara dan negara (*State to State Dispute Settlement/SSDS*), selanjutnya disebut SSDS dan penyelesaian sengketa antara penanam modal dan negara (*Investor-State Dispute Settlement/ISDS*), selanjutnya disebut ISDS.¹¹²

2. Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah Perjanjian Internasional

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal atau biasa disebut BIT (*Bilateral Investment Treaty*) adalah salah satu bentuk perjanjian khusus di

¹¹¹ Andrew Newcombe dan Lluís Paradell, *Op. Cit.* hlm. 255

¹¹² UNCTAD, 2012, *International Investment Agreement Negotiators Handbook: APEC/UNCTAD Modules*, Geneva, https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf, (diakses 19 Desember 2021).

bidang penanaman modal yang telah banyak dibuat oleh negara-negara di dunia. Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal ini dibuat oleh dua negara dan menimbulkan hak dan kewajiban yang mengikat kedua negara dalam memfasilitasi masuknya penanaman modal di masing-masing negara.¹¹³ Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal ini adalah pelaksanaan dari hubungan antar negara yang sama-sama ingin memajukan kegiatan ekonomi di negara asal masing-masing, mengingat penanaman modal merupakan salah satu bentuk kegiatan ekonomi yang sering dilakukan oleh negara-negara pada saat ini.

Perjanjian internasional dalam hukum ekonomi internasional merupakan sumber terpenting dalam hubungan antara masyarakat internasional. Masyarakat internasional umumnya menempuh cara pembentukan perjanjian untuk menciptakan hak dan kewajiban dalam hubungan-hubungan ekonomi internasional. Perjanjian internasional pula yang digunakan untuk meningkatkan pertumbuhan (hubungan) ekonomi negara-negara.¹¹⁴

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal ini adalah salah satu cara untuk menarik penanam modal bagi kedua belah pihak yang melakukan perjanjian dengan tujuan menciptakan dan memelihara

¹¹³ Lihat BAB I

¹¹⁴ Huala Adolf, 2010, Hukum Ekonomi Internasional Suatu Pengantar, Cetakan Kelima, CV. Keni Media, Bandung, hlm. 149

kondisi yang menguntungkan bagi penanaman modal oleh warga negara para pihak ke wilayah satu sama lain, dengan perjanjian tersebut dapat memberikan garansi yang dituangkan dalam perjanjian bilateral tersebut. Garansi yang dimaksud diantaranya memberikan jaminan tidak akan ada nasionalisasi, pengambil-alihan atau hal serupa kecuali dalam hal-hal tertentu dan jelas pengaturan mengenai kompensasinya jika hal tersebut terjadi.

Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal merupakan Perjanjian Internasional dapat ditinjau dari subyek atau pihak dalam perjanjian tersebut. Subyek perjanjian ini adalah negara dengan negara. Keterlibatan dua negara dalam perjanjian ini dengan jelas menunjukkan bahwa Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah perjanjian internasional sebagaimana Konvensi Wina 1969 memberikan definisi tentang perjanjian internasional. Definisi tersebut disebutkan dalam Pasal 2 ayat 1, yaitu:

“Perjanjian adalah suatu persetujuan internasional yang diadakan antara negara-negara dalam bentuk yang tertulis dan diatur oleh hukum internasional, baik yang berupa satu instrument tunggal atau berupa dua atau lebih instrumen yang saling berkaitan tanpa memandang apapun juga namanya (Treaty means an international agreement concluded between states in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation)”

Definisi perjanjian yang disebutkan di dalam Pasal 2 ayat 1 Konvensi Wina tersebut terdiri dari unsur-unsur yang harus dimiliki oleh suatu perjanjian internasional yaitu perjanjian yang diadakan antara negara-negara, dalam bentuk tertulis, diatur oleh hukum internasional. Merujuk pada definisi pasal tersebut maka Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal telah memenuhi syarat menjadi sebuah perjanjian internasional karena perjanjian ini dibuat oleh dua negara.

3. Tinjauan Umum tentang Penyelesaian Sengketa antara Penanam Modal dan Negara (ISDS)

a. Konsep ISDS

Sengketa yang melibatkan penanam modal dan negara penerima modal pada pertengahan abad ke-20 dan sebelum sistem ISDS muncul, tidak dapat diselesaikan langsung antara penanam modal dengan atau melalui pengadilan domestik negara penerima modal. Penyelesaian sengketa semacam ini seringkali harus melalui jalur diplomatik dan dukungan negara pengirim modal bahkan melibatkan kekuatan militer.

ISDS adalah mekanisme yang sering dimasukkan ke dalam berbagai perjanjian perdagangan dan penanaman modal untuk menyelesaikan sengketa antara negara dan penanaman modal.

Penyelesaian sengketa ini tidak melalui pengadilan publik dan menggunakan mekanisme arbitrase.¹¹⁵ Dalam mekanisme ISDS, sebuah perusahaan dari negara pengirim modal dapat menggugat undang-undang atau regulasi yang dibuat oleh negara penerima modal karena dianggap memberi pengaruh negatif terhadap harapan keuntungan atau potensi keuntungan dari penanaman modal, dan menuntut kompensasi dalam tribunal arbitrase yang mengikat. Perusahaan-perusahaan ini umumnya menuntut kompensasi yang nilainya mencapai milyaran bahkan trilyunan dolar Amerika.¹¹⁶

Sistem ISDS hanya terbuka untuk perusahaan asing (penanam modal) dan tidak sebaliknya. Instrumen ISDS lahir bukan karena kesepakatan antara penanam modal dan negara penerima modal secara langsung tetapi ini adalah kesepakatan antara negara penerima modal yang biasanya negara miskin, atau berkembang dengan negara pengirim modal, yang lazimnya adalah negara maju yang biasanya dibuat dalam kerangka Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal.¹¹⁷

¹¹⁵ Elvire Fabry, and Giorio Garbasso, 2015, *“ISDS” in the TTIP The Devil is in The Details*, Policy Paper, Notre Europe, Jacques Delors Institute, Paris, hlm. 5

¹¹⁶ Sebagai contoh, dalam kasus Churchill dan Planet Mining, Indonesia digugat sebesar 1.3 Milyar Dollar Amerika (lebih kurang 18 Triliun Rupiah).

¹¹⁷ Lawrence W. Newman and David Zaslowsky, *The Different Between Commercial and Investment Arbitration*, <http://www.jurispub.com/The-Different-between-Commercial-and-Investment-Arbitration-Part-5-Chapter-43-The-Practice-Of.html>, (diakses 10 Maret 2020).

Pencantuman klausul ISDS ini sebagai perlindungan bagi penanaman modal, bertujuan untuk menarik perhatian penanam modal untuk menanamkan modalnya di negara penerima modal untuk memajukan perekonomian bangsanya. Perjanjian ini asalnya dari perjanjian antar dua negara (negara pengirim modal dan negara penerima modal) maka perjanjian ini masuk dalam ranah hukum ekonomi internasional (publik) dan bukan hukum perdata internasional (privat). Penyelesaian sengketa dalam perjanjian ini pun berbeda, dimana dalam sengketa penanaman modal internasional diselesaikan oleh arbitrase penanaman modal internasional sedangkan dalam sengketa privat diselesaikan dengan arbitrase komersial.¹¹⁸

Setiap pihak dalam sengketa (penanam modal sebagai penggugat dan negara penerima sebagai yang digugat) akan menunjuk seorang arbiter, sehingga terdapat dua arbiter. Keduanya kemudian menunjuk seorang arbiter ketiga. Ketiga arbiter tersebut kemudian akan melakukan sidang dalam pengadilan tribunal internasional untuk mendengarkan/melakukan pertemuan (*hearing*). Pengadilan mana yang akan digunakan biasanya ditentukan dalam perjanjian perdagangan/penanaman modal. Proses *hearing* dan hasilnya biasanya bersifat rahasia.

¹¹⁸ *Ibid.*

Sebagian besar kasus yang timbul dengan adanya instrumen ISDS ini disidangkan pada tribunal di bawah *United Nations Centre for International Trade Relates Arbitration Law* (UNCITRAL) atau di *International Centre for the Settlement of Investment Dispute* (ICSID) di World Bank.

b. ISDS dalam Perjanjian Penanaman Modal Internasional

ISDS diciptakan di tahun 1950-an sebagai perlindungan bagi properti dan aset milik bekas negara-negara penjajah yang baru merdeka. Alasan dari perusahaan-perusahaan tersebut adalah bahwa ISDS diperlukan karena penegakan hukum di luar negeri termasuk di negara-negara bekas jajahannya dianggap buruk. Di samping itu tidak perjanjian internasional yang mengatur secara spesifik mengatur mengenai penyelesaian sengketa penanaman modal, dan juga tidak ada pengadilan penanaman modal internasional. Mereka menginginkan adanya perlindungan hukum dari penyitaan ataupun pengambil alihan aset dan properti mereka oleh pemerintah negara penerima modal untuk tujuan yang dianggap merupakan kepentingan publik. Dewasa ini, penanam modal dan beberapa negara menggunakan alasan bahwa sistem pengadilan lokal tidak mandiri dan tidak independen (adanya kemungkinan pengingkaran keadilan / *denial of justice*). Kenyataannya saat ini ISDS merupakan instrumen

yang semata digunakan untuk mencapai tujuan kebijakan yang sesuai dengan kepentingan mereka dimanapun tempat penanaman modal dilakukan.

Keberadaan instrumen ISDS telah mengkondisikan sistem hukum paralel yang ramah bagi bisnis yang secara eksklusif untuk perusahaan asing (*Multi National Company/Transnational corporation*). Peran arbiter sangat besar untuk keuntungan yang datang dari sektor swasta dalam memutuskan konflik kepentingan yang sangat sulit untuk diverifikasi. Pada dasarnya mereka tidak mempunyai legitimasi kedaulatan dan tidak pula bertanggung jawab kepada publik. Keputusan yang dibuat oleh arbiter bisa saja sangat tidak konsisten dari satu kasus ke kasus lain, dan tidak ada mekanisme banding dalam hal ini. Selain itu, mereka dalam hal ini menjabat sebagai hakim dan sebagai pihak yang berkasus sekaligus karena arbiter yang sama tersebut ditunjuk untuk mewakili pihak yang bertikai juga sekaligus bekerja sebagai pengambil keputusan. Sebagai gambaran mengenai arbiter dalam ISDS ini, sebagaimana dalam sebuah pertandingan sepak bola yang mana wasitnya juga menjadi pemain untuk salah satu tim sepak bola tersebut. Inilah yang terjadi dalam ISDS.

C. Kerangka Pemikiran

1. Kerangka Pikir

Perjanjian Bilateral Tentang Penanaman Modal (BIT) adalah perjanjian internasional bersifat publik antara negara dengan negara (*state to state*) berdasarkan Konvensi Wina tahun 1969 tentang Perjanjian Internasional. Perjanjian ini mengikat para pihak berdasarkan asas *pacta sunt servanda*.

Perjanjian Bilateral ini memberikan hak dan kewajiban kepada para pihak namun demikian dalam pasal 36 Konvensi Wina tahun 1969 tentang Perjanjian Internasional disebutkan bahwa hak tidak hanya diberikan kepada negara saja sebagai para pihak tetapi juga diberikan kepada pihak ketiga yang bukan para pihak dalam perjanjian dengan syarat adanya persetujuan para pihak. Artinya, perjanjian ini juga bisa memberikan hak kepada penanam modal yang bukan pihak dalam perjanjian. Pasal ini merupakan pengecualian asas *pacta teertis nec nocent nec prosunt* (Pasal 34 dan 35 Konvensi Wina tahun 1969 menyebutkan bahwa perjanjian tidak dapat memberikan hak dan kewajiban pada pihak ketiga).

Pemberian hak pada penanam modal tercantum dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal khususnya pasal

mengenai penyelesaian sengketa antara salah satu pihak dengan penanam modal.

Pada dasarnya, penyelesaian sengketa yang diatur dalam perjanjian bilateral tentang penanaman modal ini terdapat dua macam, yaitu:

- a. Penyelesaian sengketa antara negara dengan negara (para pihak) menggunakan saluran diplomatik, namun jika dalam 6 (enam) bulan tidak tercapai maka dengan persetujuan para pihak sengketa dapat diajukan ke arbitrase internasional.
- b. Penyelesaian sengketa antara salah satu pihak (negara) dengan penanam modal. Penanam modal dapat mengajukan ke forum yang dipilih oleh penanam modal melalui forum arbitrase internasional berdasarkan aturan arbitrase *International Chamber of Commerce* (ICC) atau tribunal *ad hoc* diselenggarakan berdasarkan UNCITRAL atau melalui ICSID berdasarkan Konvensi Washington yang sudah diratifikasi oleh Indonesia dengan UU No. 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal. Ini adalah hak yang diberikan oleh perjanjian kepada penanam modal, berdasarkan persetujuan para pihak.

Pada kenyataannya, penanam modal lebih memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional daripada melalui pengadilan lokal atau melalui jalur penyelesaian antara negara dengan negara (SSDS). Cara ini dianggap memberikan dampak negatif bagi Indonesia karena walaupun terbukti Indonesia tidak melanggar perjanjian namun faktanya telah menghabiskan biaya arbitrase yang sangat tinggi dan waktu yang sangat lama untuk menyelesaikan suatu kasus.

Pelaksanaan penanaman modal tidak hanya memberikan dampak positif tetapi juga dampak negatif seperti pencemaran lingkungan dan pelanggaran hak asasi manusia. Di sini tampak kurangnya perlindungan terhadap kepentingan nasional Indonesia

Negara sebagai pemegang kedaulatan sumber daya alam dan sumber daya manusia belum sepenuhnya memperjuangkan perlindungan kepentingan nasional Indonesia ketika berhadapan dengan penanam modal asing.

Oleh karena itu substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia harus betul-betul dirancang untuk memberikan perlindungan terhadap kepentingan nasional Indonesia yaitu klausul-klausul perjanjian yang tidak hanya memberikan hak saja kepada penanam modal tetapi juga harus memberikan

kewajiban kepada penanam modal untuk melindungi kepentingan nasional Indonesia.

Dalam disertasi ini penulis mengusulkan sebuah model perjanjian bilateral tentang penanaman modal yang berpihak pada kepentingan nasional Indonesia dengan memasukkan substansi perjanjian yang mengimplementasikan ketentuan-ketentuan yang terkandung dalam UU Penanaman Modal dan UU Ketenagakerjaan, dimana substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal yang tidak hanya memberikan hak kepada penanam modal tetapi memberikan kewajiban kepada penanam modal terkait: (1) Kepentingan Nasional Indonesia yang di dalamnya menyangkut soal perlindungan hak asasi manusia (bagi tenaga kerja dan masyarakat lokal) dan lingkungan hidup, serta (2) Penyelesaian sengketa antara negara dengan penanam modal agar lebih mengedepankan upaya penyelesaian sengketa menggunakan hukum nasional terlebih dahulu sebelum dibawa ke forum penyelesaian sengketa internasional berdasarkan prinsip *Exhaustion of Local Remedies* (atau selanjutnya disebut *ELR*).

Untuk itu dalam penelitian ini ditetapkan 3 variabel penelitian yaitu:

- a. Substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal;

- b. Perbandingan Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia Beberapa Negara Lain; dan
- c. Model Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia dalam perspektif keseimbangan hak dan kewajiban bagi Indonesia.

Untuk variabel pertama, maka indikator variabelnya adalah:

- a. Hak dan Kewajiban Para Pihak;
- b. Hak dan Kewajiban Penanam Modal;
- c. Klausul-klausul dalam yang Dapat Menimbulkan Masalah;
- d. Pengkajian (*Review*) Substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal Indonesia.

Untuk variabel kedua, maka peneliti menetapkan indikator variabelnya adalah:

- a. India
- b. Brazil
- c. Afrika Selatan

Untuk variabel ketiga, peneliti menetapkan indikator variabelnya adalah:

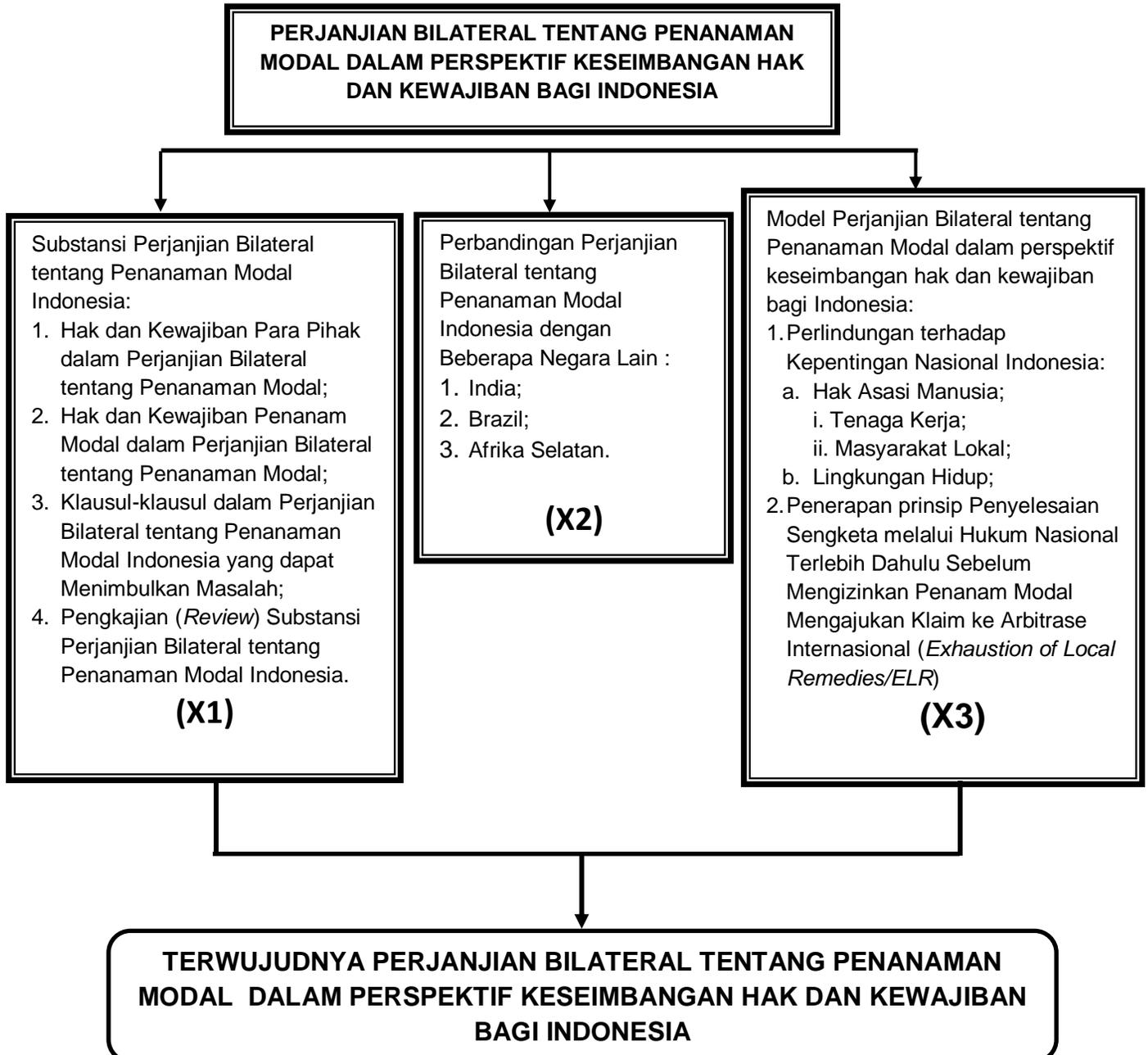
- a. Kewajiban penanam modal terkait perlindungan terhadap kepentingan nasional Indonesia;
 - i. Hak asasi manusia

1. Tenaga Kerja
2. Masyarakat Lokal
 - ii. Lingkungan Hidup
- b. Penerapan prinsip Penyelesaian Sengketa melalui Hukum Nasional Terlebih Dahulu Sebelum Mengizinkan Penanam Modal Mengajukan Klaim ke Arbitrase Internasional (*Exhaustion of Local Remedies/ELR*)
2. Bagan Kerangka Pikir

Untuk memberikan gambaran tentang hubungan antara variabel penelitian maka dapat dikemukakan bagan kerangka pikir sebagai berikut:

Gambar 7

BAGAN KERANGKA PIKIR



D. Definisi Operasional Variabel

- a. Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah perjanjian yang ditandatangani dua negara sebagai upaya untuk memajukan kegiatan penanaman modal dengan memberikan perlindungan dan mempromosikan kegiatan penanaman modal.
- b. Substansi Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah isi, pokok atau inti dari Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal.
- c. Klausul dalam Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal adalah ketentuan dari Perjanjian Bilateral tentang Penanaman Modal berupa pokok atau pasal yang diperluan atau dibatasi.