

MODEL PENYELESAIAN SENGKETA PENANAMAN MODAL ASING BERBASIS KEADILAN

Agus Saiful Abib, B Rini Heryanti, Sukimin.
Fakultas Hukum Universitas Semarang Indonesia
*agus_saifulabib@yahoo.com

Asbtract

Investment activities may result in disputes between the government and foreign investors. Therefore, through Article 32 paragraph (1) and paragraph (4) UUPM has provided signs in efforts to resolve disputes between the government and foreign investors. Article 32 paragraph (1) UUPM states that in the event of a dispute in the investment sector between the government and an investor, the parties must first resolve the dispute through deliberation to reach a consensus. Furthermore, Article 32 paragraph (4) of the Company Law states that in the event of an investment dispute between the government and foreign investors, the parties will resolve the dispute through international arbitration which must be agreed by the parties. Regulations for the settlement of investment disputes either through deliberation to reach consensus or international arbitration are expected to provide guarantees and legal certainty to the parties. This research examines the advantages and disadvantages of the Indonesian government in resolving current investment disputes as well as justice-based foreign investment dispute resolution models. The results of this study state that the settlement of investment disputes involving the state and foreign nationals at ICSID is unfair and unbalanced, because Indonesia's sovereignty as a recipient of investment is held hostage by a global legal system that is capitalist, liberal and individualist and investment disputes should be resolved by an arbitration body ASEAN.

Keywords: Dispute; Foreign Investment; Justice.

Asbtrak

Kegiatan penanaman modal dimungkinkan terjadi perselisihan antara pemerintah dengan penanam modal asing. Oleh karena itu melalui Pasal 32 ayat (1) dan ayat (4) UUPM telah memberikan rambu-rambu dalam upaya penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing. Pasal 32 ayat (1) UUPM menyatakan bahwa dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah mufakat. Selanjutnya Pasal 32 ayat (4) UUPM menyatakan bahwa dalam hal terjadi sengketa penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati para pihak. Pengaturan tata cara penyelesaian sengketa penanaman modal baik melalui musyawarah mufakat maupun arbitrase internasional diharapkan dapat memberikan jaminan dan kepastian hukum kepada para pihak. Penelitian ini mengkaji mengenai keuntungan dan kerugian pemerintah Indonesia dalam penyelesaian sengketa penanaman modal saat ini serta model penyelesaian sengketa penanaman modal asing berbasis keadilan. Hasil penelitian ini menyatakan penyelesaian perselisihan penanaman modal yang melibatkan negara dengan warga negara asing di ICSID tidak adil dan tidak seimbang, karena kedaulatan Indonesia sebagai penerima penanaman modal tersandera

oleh sistem hukum global yang bersifat kapitalis liberalis dan individualis dan harusnya perselisihan penanaman modal diselesaikan oleh badan arbitrase ASEAN.

Kata kunci : Sengketa; Penanaman Modal Asing; Keadilan.

A. Pendahuluan

Pancasila merupakan landasan ideologis, yuridis, filosofis, cita hukum dan norma fundamental bangsa Indonesia dalam membentuk peraturan perundang-undangan guna mewujudkan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia. Nilai-nilai keadilan Pancasila didistribusikan kepada seluruh masyarakat Indonesia melalui pembentukan perundang-undangan dalam bidang ideologi, politik, ekonomi, sosial, budaya, pertahanan dan keamanan. Indonesia adalah negara hukum (*rechtsstaat*), oleh karena itu hukum nasional seharusnya berdaulat dan menjadi panglima dalam menyelesaikan seluruh permasalahan bangsa. Hukum diposisikan sebagai alat untuk mencapai tujuan negara.¹ Para pendiri bangsa dalam pembukaan UUD 1945 mengamanatkan untuk melindungi segenap bangsa Indonesia, dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum sebagai tujuan pembentukan negara.

Dalam rangka mewujudkan masyarakat adil makmur berdasarkan Pancasila dan Pasal 33 UUD 1945 menjadi marwah dalam pembangunan perekonomian Indonesia sekaligus upaya bersama dalam azas kekeluargaan, maka perlu dilakukan pembangunan ekonomi nasional yang berkelanjutan dengan berlandaskan demokrasi ekonomi serta menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, promotif, memberikan kepastian hukum, keadilan, efisiensi dengan tetap memperhatikan kepentingan ekonomi nasional. Pemerintah dengan ini mengesahkan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut UUPM). Tujuan pembentukan UUPM adalah untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional, menciptakan lapangan kerja, meningkatkan pembangunan ekonomi berkelanjutan, meningkatkan kemampuan daya saing dunia usaha nasional, serta meningkatkan kapasitas dan kemampuan teknologi nasional.

¹Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, 2010, Jakarta, Rajawali Pers, Hlm. 2.

Kegiatan penanaman modal dimungkinkan terjadi perselisihan antara pemerintah dengan penanam modal asing. Oleh karena itu melalui Pasal 32 ayat (1) dan ayat (4) UUPM telah memberikan rambu-rambu dalam upaya penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing. Pasal 32 ayat (1) UUPM menyatakan bahwa dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah mufakat. Selanjutnya Pasal 32 ayat (4) UUPM menyatakan bahwa dalam hal terjadi sengketa penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati para pihak. Pengaturan tata cara penyelesaian sengketa penanaman modal baik melalui musyawarah mufakat maupun arbitrase internasional diharapkan dapat memberikan jaminan dan kepastian hukum kepada para pihak.

Sejak Indonesia meratifikasi konvensi ICSID tahun 1968 sampai saat tulisan ini dibuat, ada 7 (tujuh) kasus dimana pemerintah Indonesia berselisih dengan penanam modal asing. Berdasarkan data ICSID ketujuh perselisihan Indonesia dengan penanam modal asing yaitu Amco Asia Corporation (1981), Camex Asia Holding (2004), Kaltim Prima Coal (2007), Ravat Ali Rizvi (2011), Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd (2012), PT. Newmont Nusa Tenggara (2014), dan Oleovest Pte Ltd (2016).² Sementara itu kabar terbaru menyebutkan Freeport akan membawa permasalahan pemutusan Kontrak Karya (KK) menjadi Ijin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) kepada badan arbitrase internasional dalam jangka waktu 120 hari apabila pemerintah Indonesia masih melarang PT Freeport mengekspor dan pelarangan kontrak karya tersebut.³ Berdasarkan uraian latar belakang yang dikemukakan di atas, maka penulis mengambil beberapa permasalahan yang sesuai dengan penulisan ini, yaitu Bagaimanakah keuntungan dan kerugian pemerintah Indonesia dalam penyelesaian sengketa penanaman modal

²<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> diakses tanggal 17 Februari 2017

³<https://suara.com/bisnis/2017/02/20/141547/ancam-ke-arbitrase-freeport-tunggu-120-hari> diakses tanggal 21 Februari 2017.

saat ini? Bagaimanakah model penyelesaian sengketa penanaman modal asing berbasis keadilan?

B. Metode Penelitian

Jenis Penelitian

Secara garis besar, jenis penelitian hukum dapat dibagi menjadi dua katagori, yaitu jenis penelitian hukum normatif (yuridis normatif) dan penelitian hukum sosiologi (yuridis sosiologis).⁴ Dalam kaitannya dengan dua jenis penelitian hukum di atas, maka jenis penelitian yang digunakan adalah jenis penelitian yuridis normatif.

Penelitian model penyelesaian sengketa penanaman modal asing berbasis keadilan ini sebagai penelitian hukum normatif, maka penelitian ini meliputi penelitian inventarisasi hukum positif, asas-asas hukum, penemuan hukum in concreto dan sinkronisasi hukum.⁵

Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah deskriptif analitis yaitu menggambarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai hukum positif dikaitkan dengan teori hukum dan praktek pelaksanaan hukum positif. Sebagai penelitian deskriptif analitis bertujuan menggambarkan secara tepat sifat-sifat suatu individu, keadaan, gejala atau kelompok tertentu atau untuk menentukan ada tidaknya hubungan antara suatu gejala dengan gejala lain dalam masyarakat.⁶

⁴ Soerjono Soekanto membagi jenis penelitian hukum menjadi dua, yaitu penelitian hukum normatif (yuridis normatif) dan penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis/empiris). Sedangkan Soetandyo Wignjosoebroto menggunakan istilah yang berbeda, yaitu penelitian hukum doktrinal dan penelitian hukum non doktrinal. Lihat Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Perss, 2006), hal 51, 52; Soetandyo Wignjosoebroto, Ragam-ragam Penelitian Hukum. Tulisan dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta (ed), *Metodologi Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*, (Jakarta: Yayasan Obor, 2011), hal 121; Lihat juga Barda Nawawi Arief, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Upaya Reorientasi Pemahaman)*, dipaparkan dalam Penataran Metodologi Penelitian Hukum, Universitas Jendral Soedirman, Purwokerto, 11-15 September 1995, hal 3.

⁵ Jhony Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Surabaya, Bayumedia, 2008, halaman 295.

⁶*ibid*, halaman 25.

Jenis dan Tehnik Pengumpulan Data Penelitian

Data yang diperoleh melalui studi kepustakaan untuk mendapatkan konsepsi-konsepsi, teori-teori, pendapat-pendapat atau landasan teoritis yang berhubungan erat dengan permasalahan yang dibahas adalah data sekunder yang berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier.

- a) Bahan hukum primer meliputi ;
 - Undang-Undang RI Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal;
 - Peraturan Presiden RI Nomor 16 Tahun 2012 tentang Rencana Umum Penanaman Modal;
 - Peraturan Presiden RI Nomor 39 Tahun 2014 tentang Penanaman Modal Tertutup, Terbuka, Terbuka dengan Syarat;
- b) Bahan hukum sekunder
Buku teks hukum, jurnal hukum, pendapat para sarjana, komentar atas putusan hakim dan yurisprudensi.
- c) Bahan hukum tersier
Bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan atas bahan hukum primer dan sekunder berupa kamus, artikel, ensiklopedia.

Metode Analisis Data

Soerjono Soekanto mengemukakan, analisis dapat dirumuskan sebagai suatu proses penguraian secara sistematis dan konsisten terhadap gejala-gejala tertentu.⁷ Terdapat keterkaitan yang erat antara metode analisis data dengan pendekatan masalah yang digunakan. Data yang telah diperoleh selanjutnya dianalisis secara kualitatif.

⁷ Soerjono Soekanto sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, (Yogyakarta: Genta Publisihing, 2010), hal 68.

C. Hasil dan Pembahasan

1. Keuntungan dan Kerugian Sengketa Penanaman Modal Asing Bagi Indonesia

Richard Posner merupakan penganut aliran utilitarianisme yang sangat mengedepankan asas kemanfaatan yang dikembangkan oleh Jeremy Bentham dan John Stuart Mill. Dalam perkembangannya setelah direalisasi oleh Ronald Coase (1960) dan Posner sendiri, ide analisis ekonomi dalam hukum berkembang mencakup *transaction cost of economy*, *economy institution*, dan *public choice*. *Transaction cost of economy* berkaitan dengan efisiensi peraturan hukum yang sebagian besar berkenaan dengan hukum privat. *Economy institution* berkaitan dengan tindakan manusia termasuk peraturan hukum formal, kebiasaan informal, tradisi dan aturan sosial. *Public choice* berkaitan dengan proses memutuskan secara demokratis dengan mempertimbangkan metode *microeconomy* dan perdagangan.⁸ Dengan prinsip analisa ekonomi, Posner berkeinginan untuk meningkatkan efisiensi dan efektifitas hukum yang berguna untuk memberikan nilai tambah atau manfaat bagi tumbuh kembangnya perekonomian serta meningkatkan kesejahteraan masyarakat. Dengan pendekatan ekonomi efisiensi dan efektifitas merupakan bentuk ideal pembentukan peraturan perundang-undangan khususnya penyelesaian perselisihan antara negara dengan warga negara asing mengenai penanaman modal.

Teori *economics analysis of law* dari Richard Posner yang menitik beratkan pada penerapan prinsip-prinsip ekonomi dalam menganalisis persoalan hukum yang menggunakan asas kemanfaatan sangat tepat diterapkan dalam rangka mengkaji penyelesaian perselisihan antara negara dengan warga negara asing mengenai penanaman modal karena hukum tidak mampu berdiri sendiri, dalam artian bahwa hukum selalu dipengaruhi oleh faktor-faktor lainnya termasuk ekonomi. Dengan pendekatan ekonomi diharapkan memberikan efisiensi dan efektifitas yang ideal dalam pembentukan peraturan perundang-undangan sekaligus memfilter sistem hukum global yang tidak sesuai dengan sistem hukum Pancasila.

⁸Richard Posner, *dalam Economic Analysis of Law*, 1994, USA, Harvard University Press, hlm. 146.

Oleh arena itu prinsip hukum dan ekonomi tidak mampu berdiri sendiri, akan tetapi menjadi satu kesatuan sebagaimana prinsip Equilibrium Composition yaitu prinsip ini berusaha mendekatkan esensi perpaduan kepentingan baik untuk perbaikan hukum nasional dan internasional bahkan dalam hal mengharmonisasi kedua hukum tersebut pada titik dekatnya, sehingga dapat mempertemukan keseimbangan komposisi (equalibrium composition) kepentingan dan tujuan bersama.⁹

Teori analisis ekonomi Richard Posner menekankan prinsip efisiensi Wealth Maximisation yaitu suatu kondisi dimana sumber dayanya dialokasikan sehingga nilainya (value) dimaksimalkan. Dalam analisis ekonomi, efisiensi dalam hal ini difokuskan kepada kriteria etis dalam rangka pembuatan keputusan-keputusan sosial (sosial decision making) yang menyangkut pengaturan kesejahteraan masyarakat.¹⁰ Efisiensi menurut pandangan Posner diartikan sebagai suatu peningkatan kekayaan seseorang tanpa mengakibatkan kerugian pada pihak lainnya.

Berkaitan dengan hal itu, analisis ekonomi dalam hukum seperti ini dikenal dengan ide wealth maximization atau dalam istilah Posner “kaldor-hics” dimana perubahan aturan hukum dapat meningkatkan efisiensi jika keuntungan pihak yang menang melebihi kerugian pihak yang kalah dan pihak yang menang dapat memberikan kompensasi kerugian bagi pihak yang kalah, sehingga pihak yang kalah tersebut tetap menjadi lebih baik. Dalam konteks ini, Posner menilik salah satu segi keadilan yang mencakup bukan sekedar keadilan distributif dan korektif. Posner menekankan “pareto improvement” di mana tujuan dari pengaturan hukum dapat memberi masukan berharga bagi keadilan dan kesejahteraan sosial.¹¹

Keikutsertaan Indonesia sebagai Anggota ICSID ada nilai positif maupun negatifnya, meskipun demikian pada dasarnya arbitrase sebagai lembaga

⁹ Fajar Sugianto, *Economic Approach to Law*, 2015, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, Hlm. 118.

¹⁰ Richard Posner, *Op.Cit*, Hlm 4

¹¹ Nicholas Mercuro dan Steven G Medumo, *Economic and The Law : From Posner to Post-modernism*, 1999 New Jersey, Princenton University Press, , Hlm 58-59.

penyelesaian perselisihan memiliki beberapa prinsip. Menurut Munir Fuadi¹² arbitrase menganut beberapa prinsip sebagai berikut :

- a) Efisien : efisien dalam hubungannya dengan waktu dan biaya jika dibandingkan dengan penyelesaian sengketa melalui badan-badan peradilan umum.

Bahwa penyelesaian perselisihan penanaman modal di ICSID telah mematok biaya US\$ 100.000-150.000 atau sekitar Rp 2 miliar (Pasal 60 konvensi dan pasal 14 ayat (3) peraturan administrasi keuangan). Penyelesaian perselisihan di ICSID memakan waktu relatif singkat yaitu 2-3 tahun.

- b) Accessiblity : penyelesaian sengketa penanaman modal melalui arbitrase harus terjangkau dalam arti biaya, waktu dan tempat.

Penyelesaian perselisihan penanaman modal asing membutuhkan biaya sekitar Rp. 104 miliar per satu kasus. Biaya tersebut digunakan untuk membayar kebutuhan administrasi, akomodasi, pengacara handal serta penyelesaian melalui ICSID diselesaikan di New York, Amerika Serikat.

- c) Proteksi para pihak : terutama pihak yang tidak mampu, misalnya untuk mendatangkan saksi ahli atau untuk menyewa pengacara terkenal harus dapat perlindungan yang wajar.

Dalam penyelesaian perselisihan di ICSID tidak dikenal dengan adanya prodeo atau biaya cuma-cuma, sehingga pihak yang tidak mampu tidak akan bisa mengakses keadilan di ICSID.

- d) Final dan binding : keputusan arbitrase haruslah final dan binding kecuali memang para pihak tidak menghendaki demikian atau jika ada alasan-alasan yan berhubungan dengan due process.

Putusan Arbitrase ICSID selama ini masih dapat dibatalkan melalui prosedur permohonan pembatalan ke Dewan Arbitrase ICSID,

¹²Munir Fuady, *Arbitrase Nasional : Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, 2000, Bandung, Citra Aditya Bakti, Hlm. 93-94.

sehingga dimungkinkan proses penyelesaian perselisihan membutuhkan waktu yang lama.

- e) Fair and just : keputusan arbitrase haruslah dilakukan secara tepat dan adil untuk para pihak yang berseketa dan sebagainya.

Pada dasarnya menilai ketepatan dan dalam keadilan suatu putusan sangat sulit, karena keadilan bersifat subjektif dan memiliki sudut pandang yang berbeda-beda, sehingga keadilan berdifat abstrak.

- f) Sesuai dengan sense of justice (keadilan) bagi masyarakat : dengan demikian adanya arbitrase akan lebih menjamin unsur deterrent (pencegahan) dari pelanggar dan sengketa lebih lanjut akan dapat dicegah.

Sebelum suatu perkara di persidangkan oleh majelis arbitrase para pihak dikasih kesempatan untuk melakukan konsiliasi agar perkara ini dapat selesai tanpa maju ke majelis arbitrase ICSID.

- g) Kredibilitas : para arbiter dan badan arbitrase yang bersangkutan haruslah orang-orang yang diakui kredibilitasnya sehingga keputusan dan ketepatannya akan lebih dihormati.

Selama ini negara-negara anggota ICSID sangat menghormati setiap putusan ICSID, karena majelis arbitrase ICSID adalah pihak-pihak yang kompeten dalam bidang penanaman modal.

Selain kelebihan tersebut arbitrase dipilih karena alasan-alasan berikut:

- a. Adanya tuntutan dunia bisnis;
- b. Adanya berbagai kritik terhadap lembaga peradilan;
- c. Lebih responsif;
- d. Keputusan pengadilan tidak menyelesaikan masalah;
- e. Kemampuan hakim bersifat generalis;
- f. Adanya ungkapan negatif tentang citra pengadilan;
- g. Mencegah atau memperkecil sengketa.¹³

¹³Ari Hernawan, *Arbitrase Dalam Penyelesaian Perselisihan Perburuhan*, 2002, Yogyakarta, Jurnal Mimbar Hukum, Hlm. 84.

Prinsip-prinsip arbitrase tersebut menjadi penuntun penyelesaian perselisihan penanaman modal asing di Indonesia, akan tetapi prinsip-prinsip tersebut terkadang berbeda dengan kenyataannya, demikian halnya dengan penyelesaian perselisihan di ICSID. Oleh karena itu penyelesaian perselisihan penanaman modal asing di ICSID memiliki beberapa keuntungan dan kerugian bagi pemerintah Indonesia. Keuntungan dan kerugian bagi pemerintah Indonesia antara lain kerahasiaan, proses cepat, kebebasan memilih arbiter, putusan arbitrase bersifat final dan mengikat, pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Sedangkan kerugian bagi Indonesia adalah biaya beracara yang cukup besar, gugatan yang diajukan sangat besar.¹⁴

Keuntungan dan kerugian anggota ICSID

No.	Prinsip-Prinsip	Ya	Tidak
1	Efisien	-	✓
2	Aksesibility	-	✓
3	Proteksi para pihak	-	✓
4	Final dan binding	-	✓
5	Fair and just	✓	-
6	Sesuai sense of justice	✓	-
7	Kredibilitas	✓	-

2. Penyelesaian Perselisihan Penanaman Modal Asing Berbasis Keadilan

UU Penyelesaian Perselisihan Antara Negara Dengan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal memanjakan penanam modal asing dan dijadikan senjata untuk menakut-nakuti pemerintah Republik Indonesia dengan membawa setiap permasalahan penanaman modal asing ke ICSID. Bagi penulis tergabungnya Indonesia sebagai anggota ICSID hingga sekarang sesungguhnya

¹⁴ Aldo Rico Deraldi, *Analisis Keuntungan dan Kerugian Indonesia Terkait Opsi Penyelesaian Sengketa Investasi Indonesia Dengan Churchill Mining Plc di ICSID*, 2015, Yogyakarta, Jurnal Penelitian Hukum, Volume 2, Nomor 2, Hlm. 119-122.

patut disayangkan dan sekiranya tidak perlu dilakukan, mengingat posisi Indonesia sebagai tuan rumah dalam bidang penanaman modal yang memiliki kedaulatan hukum sekaligus strata lebih tinggi daripada penanam modal asing. Selain mengajak berpikir ulang untuk meneruskan BIT, Guru Besar Hukum Internasional FH UI Prof. Hikmahanto Juana juga mengimbau Indonesia keluar dari *Internasional Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.¹⁵ Pada dasarnya Indonesia memiliki nilai tawar lebih dibandingkan penanam modal asing, hal ini dapat terlihat dengan banyaknya sumber daya manusia yang mumpuni, kekayaan sumber daya alam, pangsa pasar yang menggiurkan.

Secara etimologi kedaulatan berarti superioritas belaka, tetapi ketika diterapkan pada negara, kata tersebut berarti superioritas dalam arti khusus dengan kata lain superioritas seperti ini adalah superioritas yang mengisyaratkan adanya kekuasaan untuk membuat hukum (*law issuing power*).¹⁶ Selain kekuasaan untuk membuat hukum, kedaulatan juga dapat dimaknai sebagai sikap independensi suatu negara untuk menentukan sikap dan hubungan diplomatik dengan negara-negara lain dalam sistem hubungan internasional. Demikian halnya dengan Indonesia memiliki hak mutlak untuk menentukan sikap untuk menjadi anggota ICSID maupun menyatakan sikap keluar dari ICSID melalui mekanisme yang telah ditentukan sebagaimana Pasal 24 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.

Pengakhiran perjanjian internasional merupakan sikap politik sekaligus tindakan hukum yang memiliki konsekuensi tersendiri. Oleh karena itu kekuasaan membuat hukum pada prinsipnya adalah hukum harus menjadi sarana untuk mencapai tujuan bernegara, oleh karena itu pembentukan hukum nasional didasari oleh nilai-nilai luhur bangsa Indonesia yang terdapat pada Pancasila. Menurut Abdul Hakim Garuda Nusantara sebagaimana dikutip Moh. Mahfud MD menyatakan bagaimanapun hukum di Indonesia harus mengacu kepada cita-cita

¹⁵ <https://hukumonline.com/berita/baca/lt5145a99083b4d/guru-besar-hukum-minta-indonesia-keluar-dari-icsid> diakses tanggal 10 Maret 2017

¹⁶C.F. Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern*, Terjemahan, 2010, Bandung, Nusa Media, Hlm. 8-9.

masyarakat bangsa, yakni tegaknya negara hukum yang demokratis dan berkeadilan sosial.¹⁷ Demikian pula dengan pembentukan peraturan tentang penyelesaian perselisihan penanaman modal sebagai upaya mewujudkan pembangunan perekonomian nasional yang berkeadilan sosial harus mengacu kepada tujuan negara hukum.

Pada dasarnya di dunia terdapat berbagai pandangan mengenai teori keadilan yang dikemukakan oleh berbagai ahli, seperti halnya John Rawls yang menyatakan bahwa keadilan sebagai kesetaraan (*justice as fairness*), Robert Nozick memandang keadilan tidak dapat membuat klaim yang substantif apa pun, selain hanya mengandung persyaratan prosedural bagi keadilan pertukaran.¹⁸ Sedangkan menurut Reinhold Nieburh keadilan perhitungan kekuatan-kekuatan atau kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan.¹⁹ Akan tetapi pada prinsipnya teori keadilan adalah berbijak pada suatu keadaan yang seimbang diantara berbagai kepentingan. Lantas bagaimana penyelesaian perselisihan antara negara dengan warga negara asing mengenai penanaman modal ditinjau dari keadilan sosial yang terdapat pada Pancasila? Keadilan yang berasal dari kata adil menurut Pancasila adalah memberikan kepada siapapun tentang apa yang menjadi haknya, sehingga konsekuensinya inti sila keadilan juga memenuhi berdasarkan hakikat adil.²⁰ Dalam kaitannya dengan penyelesaian perselisihan antara negara dengan warga negara mengenai penanaman modal maka bentuk penyelesaian perselisihan tersebut harus menghargai hukum nasional Indonesia sekaligus mempertimbangan kepentingan penanam modal asing.

Penerapan ideologi Pancasila dalam pendekatan pengambilan kebijakan mengenai bidang penyelesaian perselisihan penanaman modal asing seharusnya mempertimbangkan aspek keuntungan dan kerugian bagi Indonesia selaku tuan rumah penanaman modal, sehingga bergabungnya Indonesia di ICSID membawa

¹⁷ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, 2010, Jakarta, Rajawaliipress, Hlm. 16.

¹⁸ Karen Lebacqz, *Teori-Teori Keadilan*, Tanpa Tahun, Bandung, Nusamedia, Hlm. 101.

¹⁹ Ibid, Hlm. 161.

²⁰ Kaelan, *Filsafat Pancasila Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*, 2009, Jakarta, Paradigma, Hlm. 225.

dampak positif bagi perekonomian Indonesia. Namun apabila bergabungnya Indonesia pada ICSID membawa dampak negatif, maka perlu dikaji kembali kenaggotaan Indonesia pada ICSID. Lebih lanjut bergabungnya Indonesia sebagai negara anggota ICSID akan memberikan beban keuangan negara berupa pembayaran biaya berperkara yang sangat mahal dan harus ditanggung oleh para pihak yang bersengketa di ICSID termasuk Indonesia. Biaya tersebut digunakan untuk membayar administrasi, akomodasi, transportasi serta honorarium lawyer yang ahli dalam bidang penanaman modal. Hal ini tentunya akan membebani keuangan negara apabila Indonesia sering bersengketa di ICSID dan apabila Indonesia kalah maka keuangan negara akan terforsir untuk membayar ganti rugi.

Setiap pembentukan peraturan perundang-undangan wajib didasari oleh keadilan sosial sebagai bagian tidak terpisahkan dari Pancasila yang menjadi acuan dalam pembentukan Undang-Undang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara Dengan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal sekaligus meratifikasi konvensi ICSID. Isi konvensi ICSID seluruhnya berasal dari hukum global yang bersifat kapitalis, liberalis, dan individualis, oleh karena itu konvensi tersebut tidak sesuai dengan nilai-nilai Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa Indonesia. Undang-Undang Penyelesaian Perselisihan Penanaman Modal Asing harus sesegera mungkin direvisi guna meminimalisir kerugian keuangan negara akibat tuntutan penanam modal asing ke ICSID memberikan keadilan sosial bagi bangsa Indonesia. Keadilan sosial pada dasarnya sulit dipahami apabila dia berdiri sendiri, oleh karenanya keadilan sosial harus menengok pada keadilan prosedural dan keadilan distributif dan keadilan komulatif. Menurut Notonagoro²¹ sebagaimana dikutip Kaelan, dalam kehidupan berbangsa dan bernegara keadilan sosial pada dasarnya dapat dirinci sebagai berikut :

- a. Memelihara kepentingan umum yang khusus mengenai kepentingan bersama dari warga negara yang tidak dapat dilaksanakan oleh para warga negara sendiri;

²¹ Ibid, Hlm. 222.

- b. Memelihara kepentingan bersama dari warga perseorangan yang tidak seluruhnya dapat dilaksanakan oleh para warga negara sendiri dalam bentuk bantuan dari negara;
- c. Memelihara kepentingan dari warga perseorangan yang tidak seluruhnya dapat dilakukan oleh warga negara sendiri dalam bentuk bantuan dari negara. Ada kalanya negara memelihara seluruh kepentingan perseorangan (fakir miskin, anak terlantar);
- d. Negara melindungi seluruh bangsa Indonesia, termasuk juga suku bangsa, keluarga, warga negara perseorangan;
- e. Negara berkewajiban memajukan kesejahteraan dan lingkungan ketinggian martabat kehidupan yang tinggi bagi setiap suku bangsa, setiap golongan warga negara, setiap keluarga, setiap warga negara perseorangan. Pelaksanaan pemeliharaannya dilakukan baik oleh negara maupun oleh perorangan sendiri tidak dengan bantuan negara atau dengan bantuan negara.

Berdasarkan berbagai pertimbangan dalam melihat keadilan sosial yang berkaitan dengan penyelesaian perselisihan penanaman modal asing di ICSID pada prinsipnya mencapai tujuan negara, Keadilan sosial dipandang sebagai keadilan yang memberikan kemanfaatan, keseimbangan dalam setiap pembentukan peraturan mengenai penyelesaian perselisihan penanaman modal asing. Tercapainya tujuan ini dipengaruhi oleh faktor internal dan faktor eksternal. Faktor internal dalam sistem hukum yang berpengaruh dalam upaya efektifisasi perundang-undangan nasional adalah (1) perumusan perundang-undangan yang memenuhi rasa keadilan masyarakat, (2) aparat yang memadai baik secara kuantitatif maupun kualitatif, (3) sarana yang cukup bagi para petugas untuk melaksanakan kewajibannya, (4) tidak mengabaikan budaya hukum yang terdapat dimasyarakat. Faktor eksternal yang sangat besar pengaruhnya adalah *political will* dari pihak pemegang kekuasaan yang posisinya sangat menentukan pelaksana

perundang-undangan nasional tersebut.²² Bagi pandangan penulis keberadaan Indonesia sebagai anggota ICSID kurang tepat dan perlu dikaji kembali mengingat selama ini Indonesia lebih banyak kerugian yang ditimbulkan akibat menjadi negara anggota ICSID. Oleh karena itu perlu dibentuk regulasi khusus mengenai penyelesaian perselisihan penanaman modal asing yang berlandaskan pada nilai-nilai Pancasila yaitu Arbitrase ASEAN. Hal tersebut berangkat dari berlakunya Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) sejak akhir tahun 2015. Pembentukan arbitrase ASEAN diharapkan dapat menjadi *win-win solution* perselisihan penanaman modal, meskipun hingga saat ini organisasi yang menaungi 11 (sebelas) negara-negara di kawasan ASEAN tersebut belum membentuk lembaga arbitrase. Berikut perubahan penyelesaian perselisihan penanaman modal asing ICSID menjadi berbasis Pancasila.

D. Kesimpulan

Penyelesaian perselisihan penanaman modal yang melibatkan negara dengan warga negara asing di ICSID tidak adil dan tidak seimbang, karena kedaulatan Indonesia sebagai penerima penanaman modal tersandera oleh sistem hukum global yang bersifat kapitalis liberalis dan individualis. Perkembangan penanaman modal Indonesia sudah tumbuh dengan baik, akan tetapi Indonesia mengalami kerugian sangat besar ketika penyelesaian perselisihan antara negara dengan warga negara asing mengenai penanaman modal diserahkan kepada ICSID. Kerugian tersebut adalah biaya penyelesaian perselisihan penanaman modal asing sangat besar atau tidak efisien, tidak aksesibility, tidak memproteksi para pihak dan sebagian putusan ICSID dapat dimintakan pembatalan. Hukum nasional merupakan hukum yang dibangun oleh bangsa Indonesia berdasarkan nilai ketuhanan, nilai kemanusiaan dan nilai kemasyarakatan yang merupakan nilai agung dalam Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa Indonesia guna mewujudkan tujuan negara. Pembangunan hukum nasional pada dasarnya tidak hanya mengganti atau mengubah akan tetapi harus menyesuaikan dengan kondisi

²² Agus Broto Susilo, *Keanggotaan Indonesia di WTO: Perlukah Dipertahankan, dalam Sosiologi Hukum Dalam Perubahan*, 2009, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia, Hlm. 238.

masyarakat sebagai pengguna produk hukum dan bukan sebaliknya. Perselisihan penanaman modal diselesaikan oleh badan arbitrase ASEAN.

Daftar Pustaka

Broto Susilo, Agus *Keanggotaan Indonesia di WTO: Perlukah Dipertahankan, dalam Sosiologi Hukum Dalam Perubahan*, 2009, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia

Mercuro, Nicholas dan Steven G Medumo, *Economic and The Law : From Posner to Post-modernism*, New Jersey, Princenton University Press.

Kaelan, *Filsafat Pancasila Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*, 2009, Yogyakarta, Paradigma

Lebacqz, Karen, *Teori-Teori Keadilan*, Tanpa Tahun, Bandung, Nusamedia

Mahfud MD, Moh. *Politik Hukum di Indonesia*, 2010, Jakarta, Rajawali Pers

....., *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, 2010, Jakarta, Rajawali Press

Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Ed. 4, USA, Harvard University Press, 1994.

Sugianto, Fajar *Economic Approach to Law*, 2015, Jakarta, Kencana Prenada Media Group.

Strong, C.F. *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern*, Terjemahan, 2010, Bandung, Nusa Media

Aldo Rico Deraldi, *Analisis Keuntungan dan Kerugian Indonesia Terkait Opsi Penyelesaian Sengketa Investasi Indonesia Dengan Churchill Mining Plc di ICSID*, 2015, Yogyakarta, Jurnal Penelitian Hukum, Volume 2, Nomor 2.

Ari Hernawan, *Arbitrase Dalam Penyelesaian Perselisihan Perburuhan*, 2002, Yogyakarta, Jurnal Mimbar Hukum No. 42/X/2002

<https://suara.com/bisnis/2017/02/20/141547/ancam-ke-arbitrase-freeport-tunggu-120-hari> diakses tanggal 21 Februari 2017

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> diakses tanggal 3 Maret 2017.

<https://hukumonline.com/berita/baca/lt5145a99083b4d/guru-besar-hukum-minta-indonesia-keluar-dari-icsid> diakses tanggal 10 Maret 2017