

**TINJAUAN YURIDIS PENIADAAN *INSTRUMENT INVESTOR-STATE*
DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM *REGIONAL COMPREHENSIVE*
*ECONOMIC PARTNERSHIP (RCEP)***

SKRIPSI

OLEH:

**WARNI MUNAWARAH PUA SABA
NIM 18220144**



PROGRAM STUDI HUKUM EKONOMI SYARIAH

FAKULTAS SYARIAH

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM

MALANG

2022

**TINJAUAN YURIDIS PENIADAAN *INSTRUMENT INVESTOR-STATE*
DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM REGIONAL COMPREHENSIVE
*ECONOMIC PARTNERSHIP (RCEP)***

SKRIPSI

OLEH:
WARNI MUNAWARAH PUA SABA
NIM 18220144



**PROGRAM STUDI HUKUM EKONOMI SYARIAH
FAKULTAS SYARIAH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM
MALANG**

2022

PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Bismillahirrahmanirrohim,

Demi Allah SWT, dengan kesadaran dan rasa tanggung jawab terhadap pengembangan keilmuan, penulis menyatakan bahwa skripsi dengan judul:

***TINJAUAN YURIDIS PENIADAAN INSTRUMENT INVESTOR-STATE
DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM REGIONAL COMPREHENSIVE
ECONOMIC PARTNERSHIP (RCEP)***

Benar-benar karya ilmiah yang disusun sendiri, bukan duplikat atau memindahkan data dan mengambil milik orang lain, kecuali yang disebutkan di referensinya secara benar, jika dikemudian hari terbukti skripsi ini disusun oleh orang lain, ada penjiplakan, duplikasi atau memindah data orang lain baik sebagian atau seluruhnya, maka skripsi dan gelar yang penulis peroleh karenanya, batal demi hukum.

Malang, 08 September 2022

Penulis,



Warni Munawarah Pua Saba
NIM. 18220144

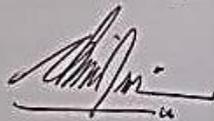
HALAMAN PERSETUJUAN

Setelah membaca dan mengoreksi skripsi saudara Warni Munawarah Pua Saba NIM. 18220144, Jurusan Hukum Ekonomi Syariah Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dengan judul :

TINJAUAN YURIDIS PENIADAAN INSTRUMENT INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM REGIONAL COMPREHENSIVE ECONOMIC PARTNERSHIP (RCEP)

Pembimbing menyatakan bahwa skripsi tersebut telah memenuhi syarat-syarat ilmiah untuk diujikan di hadapan Dewan Penguji.

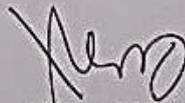
Ketua Program Studi
Hukum Ekonomi Syariah



Dr. Fakhruddin, M.H
NIP. 19740819 200003 1 002

Malang, 02 Oktober 2022

Dosen Pembimbing



Risma Nur Arifah, M.H
NIP. 198408302019032010



KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM
MALANG

FAKULTAS SYARIAH

Jl. Gajayana 50 Malang 65144 Telepon (0341) 559399, Faksimile (0341) 559399
Website: <http://syariah.uin-malang.ac.id/>

BUKTI KONSULTASI

Nama Mahasiswa : Warni Munawarah Pua Saba
NIM : 18220144
Fakultas/ Jurusan : Syariah/Hukum Ekonomi Syariah
Dosen Pembimbing : Risma Nur Arifah, M.H
Judul : Implementasi Tinjauan Yuridis Peniadaan *Instrument Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Dalam Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*

No	Hari/Tanggal	Materi Konsultasi	Paraf
1	9 Desember 2021	Proposal	
2	15 Desember 2021	Revisi Proposal	
3	13 Januari 2022	Acc Proposal	
4	17 Maret 2022	Bab I,II	
5	14 April 2022	Revisi Bab I,II	
6	19 Juli 2022	Bab III	
7	1 September 2022	Revisi Bab III	
8	6 September 2022	Bab IV	
9	8 September 2022	Revisi Bab IV	
10	30 September 2022	Acc Skripsi	

Malang, 02 Oktober 2022

Ketua Program Studi
Hukum Ekonomi Syariah

Dr. Fakhruddin, M.H
NIP. 19740819200003 1 002

PENGESAHAN SKRIPSI

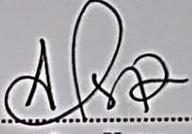
Dewan Penguji Saudara Warni Munawarah Pua Saba, NIM 18220144,
Mahasiswa Program Studi Hukum Ekonomi Syariah Fakultas Syariah Universitas
Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dengan judul:

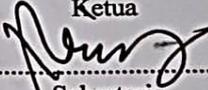
**TINJAUAN YURIDIS PENIADAAN INSTRUMENT INVESTOR – STATE
DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM REGIONAL COMPREHENSIVE
ECONOMIC PARTNERSHIP (RCEP)**

Telah dinyatakan lulus dengan nilai: **B +**

Dewan Penguji:

1. Ahmad Sidi Pratomo, M.A.
NIP. 1998404192019031002
2. Risma Nur Arifah, M.H.
NIP. 198408302019032010
3. Aditya Prastian M.H
NIP. 199304292020121003

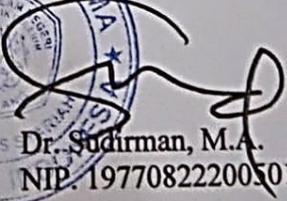

(.....)
Ketua


(.....)
Sekertaris


(.....)
Penguji Utama

Malang, 24 November 2022
Dekan,




Dr. Sudirman, M.A.
NIP. 197708222005011003

MOTTO

“Sesungguhnya Allah menyuruh (Kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi bantuan kepada Kerabat, dan Dia melarang (melakukan) perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.”

(Q.S. An-Nahl : 90)

“Apapun yang kita tanam, itulah yang kita tuai”

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah rabbil‘alamin, puji syukur kita ucapkan kepada Allah SWT atas segala rahmat, taufiq, serta hidayahNya penulis dapat menyelesaikan skripsi ini. Shalawat serta salam tidak lupa kita ucapkan kepada junjungan kita Nabi Muhammad SAW yang telah menjadi suri tauladan bagi semua umat muslim. Kesabaran dan keuletan penulis menjadi jembatan bagi penulis sehingga dapat menyelesaikan skripsi dengan judul “**TINJAUAN YURIDIS PENIADAAN INSTRUMENT INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM REGIONAL COMPREHENSIVE ECONOMIC PARTNERSHIP (RCEP)**”. Skripsi ini merupakan syarat bagi mahasiswa yang menempuh pendidikan strata 1 (S1) untuk memperoleh gelar pada Jurusan Hukum Ekonomi Syariah Fakultas Syariah di Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

Dalam menyelesaikan skripsi ini, banyak pihak yang telah dukungan baik secara moril maupun materiil berupa bimbingan, bantuan dan kasih sayang tanpa batas. Oleh karena itu nya penulis mengucapkan terima kasih yang tiada taranya kepada:

1. **Prof. Dr. H. M. Zainuddin, MA.**, selaku Rektor Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
2. **Dr. Sudirman, M.A.**, selaku Dekan Fakultas Syariah di Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

3. **Dr. Fakhruddin, M.HI.**, selaku Ketua Program Studi Hukum Ekonomi Syariah di Fakultas Syariah Universitas Maulana Malik Ibrahim Malang.
4. **Risma Nur Arifah M.H.**, selaku dosen pembimbing skripsi penulis, ucapan terima kasih yang tiada tara atas waktu beliau untuk bimbingan, memberikan motivasi, semangat dan beberapa nasihat lainnya dalam menyelesaikan skripsi ini.
5. **Dr. Fakhruddin, M.HI.**, selaku dosen wali penulis selama menempuh pendidikan di Fakultas Syariah Universitas Maulana Malik Ibrahim Malang. Ucapan terimakasih atas bimbingan dan perhatian dari awal proses perkuliahan hingga akhir, motivasi, nasihat, serta saran selama menempuh perkuliahan.
6. Seluruh dosen Fakultas Syariah Universitas Maulana Malik Ibrahim Malang yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, tanpa mengurangi rasa hormat penulis mengucapkan banyak terima kasih atas ilmu, bimbingan, saran, dan motivasinya, dan pengalamannya selama proses pembelajaran dibangku perkuliahan. Semoga beliau semua senantiasa berada dalam lingkungan Allah SWT.
7. **Abi Syukur Pua Saba** dan **Mama Wahana Hasan** kedua orang tua penulis yang tiada duanya, selalu memberikan energi positif dan motivasi yang menguatkan penulis, yang selalu percaya pada setiap proses yang penulis lalui, dan tak lupa selalu mendoakan penulis agar menjadi anak yang sukses dunia dan akhirat, yang berpendidikan tinggi meskipun beliau tidak. Terima kasih abi dan mama atas semua yang tak terhitung dan tak bakal terganti.

8. **Muthia Maghfirah Pua Saba** dan **Aliyah Sofiyah Pua Saba** kedua adik penulis yang penulis sayangi, yang selalu menanyakan kaka kapan pulang, semoga kalian berdua jauh lebih baik dari kakakmu ini, terima kasih sudah memberikan semangat dan motivasi.
9. Ba`i **Abdullah Pua Saba** kakek penulis yang penulis sayangi, terima kasih untuk segala do`a yang ba`i berikan.
10. **Ami sum, m'ci nirna, ami bin, m'ci fatih, bunda rosdiana, ami alam, m'ci ibet, nenek le, om rolis, mama hilda, mama nona, bibi bani, om madin, bapa nova, mama nova, adik-adik penulis** dan seluruh keluarga yang tidak bisa penulis sebutkan satu persatu, terima kasih atas do`a dan dukungan.
11. **Muhammad Angga Ibadillah S.H**, support sistem penulis selama tiga tahun ini dan semoga selamanya, terima kasih atas banyaknya bantuan dan dorongan motivasi yang diberikan kepada penulis, memberikan semangat kepada penulis disaat penulis down, serta senantiasa membantu dan menemani penulis dikala penulis dalam keadaan susah. Terima kasih tak terhingga penulis ucapkan.
12. Seluruh teman-teman penulis yang juga menemani proses penulis selama di malang **Nova Yunita, Dek Karni, Dek Fira, Ka Sasa, Ipang, Ka Dela, liana** dan masih banyak lagi yang tidak bisa penulis sebutkan satu persatu, terima kasih banyak.
13. Seluruh mahasiswa Jurusan Studi Hukum Ekonomi Syariah`at Fakultas Syariah`at Universitas Maulana Malik Ibrahim Malang angkatan 2018 yang telah

berjuang bersama dari masuk universitas hingga menyelesaikan perkuliahan bersama.

Terselesaikannya laporan ini sekaligus memberikan harapan bagi penulis terhadap ilmu yang telah diperoleh selama kuliah semoga dapat memberikan manfaat bagi banyak pihak. Penulis menyadari dalam penulisan skripsi ini masih terdapat kekurangan sehingga penulis memohon saran dan kritikan dari pembaca demi perbaikan di masa mendatang. Semoga skripsi ini bermanfaat bagi kita semua. *Aamiin Yaa Rabbal' Alaamiin.*

Malang, 08 September
Penulis,

Warni Muawarah Pua Saba
NIM. 18220144

PEDOMAN TRANSLITERASI

A. Umum

Transliterasi adalah pemindahan tulisan Arab kedalam tulisan Indonesia (Latin), bukan merupakan bentuk terjemahan Arab kedalam Bahasa Indonesia. Yang termasuk dalam kategori ini adalah nama Arab dari bangsa Arab, sedangkan nama Arab dari bahasa selain Arab ditulis sebagaimana ejaan dalam bahasa nasionalnya, atau seperti halnya yang tertulis dalam buku rujukan. Penulisan judul buku dalam *footnote* ataupun daftar pustaka, tetap menggunakan transliterasi ini.

Banyak pilihan dan ketentuan terkait transliterasi yang dapat digunakan dalam karya ilmiah, baik sesuai dengan ketentuan internasional, nasional atau ketentuan yang digunakan khusus oleh penerbit tertentu. Transliterasi yang digunakan Fakultas Syari'at Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang adalah EYD plus yang menggunakan ketentuan transliterasi sesuai dengan Surat Keputusan Bersama (SKB) Menteri Agama dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, tanggal 22 Januari 1998, No. 158/1987 dan 0543. b/U/1987, sebagaimana tertera dalam buku Pedoman Transliterasi Bahasa Arab (A Guide Arabic Transliteration), INIS Fellow 1992.

B. Konsonan

ا	Tidak dilambangkan
ب	B
ت	T
ث	Ts
ج	J

ح	H
خ	Kh
د	D
ذ	Dz
ر	R
ز	Z
س	S
ش	Sy
ص	Sh
ض	DI
ط	Th
ظ	DI
ع	'(koma menghadap atas)
غ	Gh
ف	F
ق	Q
ك	K
ل	L
م	M
ن	N
و	W
ه	H
ي	Y

Hamzah (ح) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak di awal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan, apabila terletak di tengah atau akhir kata, maka dapat dilambangkan, apabila terletak di tengah atau di akhir kata, maka dilambangkan dengan tanda koma atas (“), terbalik dengan () untuk lambang pengganti “ع”.

C. Vokal, Panjang dan Diftong

Setiap penulisan bahasa Arab dalam bentuk tulisan latin vokal fathah ditulis “a”, kasrah dengan “i”, dhommah dengan “u”, sedangkan bacaan masing-masing ditulis sebagai berikut:

Vokal	Panjang	Diftong
a = Fathah	A	اقل
i = Kasroh	I	ليني
u = Dhommah	U	نود

Khusus bacaan ya“ nisbat, tidak boleh diganti dengan “i”, melainkan tetap ditulis dengan “iy” agar dapat menggambarkan ya“ nisbat diakahirnya. Begitupun dengan suara daftong, wawu dan ya“ setelah fathah ditulis dengan “aw” dan “ay”. Perhatikan contoh berikut:

Diftong	Contoh
و	لوق
ي	ريخ

D. Ta Marbutah (ة)

Ta“ Marbutah ditransliterasikan dengan “t” jika berada ditengah kalimat, tetapi apabila ta“ marbutah di akhir kalimat, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “h” contohnya: ةحلصم الةلاسرمال menjadi mashlah mursalah, atau apabila di tengah kalimat yang berbentuk *mudlaf mudlafilayh* maka di transliterasikan dengan menggunakan “t” yang disambung dengan kalimat berikutnya contohnya : يةقم حر ال menjadi *fi rahmatillah*.

E. Kata Sandang dan Lafadz al-Jalalah

Kata sandang berupa “al” (ال) ditulis dengan huruf kecil, kecuali terletak diawal kalimat, sedangkan “al” dalam lafadz jalalah yang berada

di tengah-tengah kalimat disandarkan (*idhafah*) maka dihilangkan.

Perhatikan contoh berikut:

1. Al- Imam al- Bukhairy mengatakan
2. Al- Bukhairy dalam muaqaddimah kitabnya menjelaskan
3. *Masya''Allah kana wa lam yasya'' lam yakun*
4. *Billah ,,azza wa jalla*

F. Nama dan Kata Arab Ter-Indonesiakan

Pada prinsipnya setiap kata yang berasal dari bahasa Arab harus ditulis dengan menggunakan transliterasi. Apabila kata tersebut merupakan nama Arab dari orang Indonesia atau bahasa Arab yang sudah terindonesikan, tidak perlu ditulis menggunakan sistem transliterasi.

Perhatikan contoh berikut:

“...Abdurrahman Wahid, mantan Presiden RI keempat, dan Amin Rais, mantan Ketua MPR pada masa yang sama, telah melakukan kesepakatan untuk menghapus nepotisme, kolusi dan korupsi dari muka bumi Indonesia, dengan salah satu caranya pengintensifan salat di berbagai kantor, namum...”

Perhatikan penulisan nama “Abdurrahman Wahid”, “Amin Rais” dan kata “salat” ditulis dengan tata cara penulisan bahasa Indonesia yang disesuaikan dengan penulisan namanya. Kata-kata tersebut sekalipun berasal dari bahasa Arab, namun ia berupa nama dari orang Indonesia dan di indonesiakan, untuk itu tidak ditulis dengan cara “Abd al-Rahman Wahid”, “Amin Rais” dan bukan ditulis dengan “shalat.

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL	
HALAMAN JUDUL	i
PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI.....	ii
HALAMAN PERSETUJUAN	iii
BUKTI KONSULTASI.....	iv
MOTTO	v
KATA PENGANTAR.....	vi
PEDOMAN TRANSLITERASI	ix
DAFTAR ISI.....	xiv
DAFTAR TABEL	xvi
DAFTAR GAMBAR.....	xvii
ABSTRAK	xviii
ABTRACT	xix
مستخلص البحث	xx
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah	11
C. Tujuan Penelitian	12
D. Manfaat Penelitian	12
E. Metode Penelitian.....	13
F. Penelitian Terdahulu	18
G. Sistematika Uraian.	19
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	25
A. Konsep Penyelesaian Sengketa Internasional	25
B. Jenis Penyelesaian Sengketa.	26
C. Investor-State Dispute Settlement.....	27
BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	51
A. Tinjauan Hukum Penanaman Modal di Indonesia Terhadap ISDS	51
B. Asas-asas Penanaman Modal.	53

C. Undang-Undang Penanaman Modal Nomor 25 tahun 2007.....	54
D. Perjanjian Perlindungan Investasi Internasional.....	58
E. Proses Penanganan gugatan arbitrase internasional.....	64
1. Pembentukan kuasa hukum presiden.....	65
2. Pembentukan majelis tribunal.....	66
3. Penyampaian dokumen jawab menjawab.....	67
4. Pengumpulan dan penyampaian bukti.....	68
5. Identifikasi dan penyiapan saksi dan ahli.....	69
6. Persiapan dan pelaksanaan sidang.....	70
7. Penyampaian dokumen pasca sidang.....	71
8. Putusan.....	72
F. Tinjauan Hukum Islam Terhadap Keberadaan ISDS.....	76
1. Arbitrase dalam hukum Islam.....	78
2. Penjelasan ayat terkait penyelesaian sengketa.....	79
3. Upaya penyelesaian sengketa.....	80
4. Keputusan hakam.....	81
BAB V PENUTUP.....	83
A. Kesimpulan.....	84
B. Saran.....	85
DAFTAR PUSTAKA.....	86
LAMPIRAN-LAMPIRAN.....	

DAFTAR TABEL

Tabel 1.1 Tabel Persamaan dan Perbedaan Penelitian Terdahulu.....	23
-------------------------------------------------------------------	----

ABSTRAK

Warni Munawarah Pua Saba, 18220040, **Tinjauan Yuridis Peniadaan *Instrument Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*** Program Studi Hukum Ekonomi Syariah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, Pembimbing Risma Nur Arifah, M.H

Kata Kunci: Investasi; *Regional Comprehensive Economic Partnership; Investor State-Dispute Settlement.*

Penanaman Modal Asing merupakan kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha diwilayah NKRI yang dilakukan oleh Penanam Modal Asing, baik menggunakan modal asing sepenuhnya atau berpatungan dengan penanam modal dalam negeri. Negara maju dan Negara berkembang membuat sebuah terobosan dalam dunia perdagangan dan investasi yang diwujudkan dalam bentuk membuat sebuah mitra yang dikenal sebagai Perjanjian Kemitraan Ekonomi Komprehensif Regional atau *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*. Sebagai forum kerja sama dagang dunia apalagi dalam bidang investasi, diperlukan payung hukum yang kuat untuk memberikan perlindungan hukum bagi para pelaku kerja sama investasi. Salah satu mekanisme yang dapat digunakan sebagai payung hukum bidang investasi ini adalah *Investor State-Dispute Settlement*, namun anggota RCEP sepakat untuk tidak menjadikan ISDS sebagai alternatif penyelesaian sengketa bidang investasi di perjanjian RCEP dan sampai saat ini belum menemukan payung hukum yang pasti untuk masalah investasi.

Untuk mengupas masalah diatas maka penulis merumuskan masalah: (1) Bagaimana tinjauan hukum investasi internasional dan hukum penanaman modal di indonesia terhadap ISDS sebagai mekanisme penyelesaian sengketa Dalam RCEP ?, (2) Bagaimana tinjauan hukum Islam terkait kedudukan ISDS pada Perjanjian RCEP ?. Penulisan karya tulis ini menggunakan metode yuridis normatif dengan pendekatan konseptual, pendekatan peraturan tertulis, pendekatan historis, dan pendekatan perbandingan. Bahan hukum primer, sekunder, tersier yang penulis peroleh dikumpulkan dengan metode studi kepustakaan yang kemudian dianalisis dengan menggunakan teknik analisis isi

dimana penulis mengkaji isi baik dari peraturan tertulis, hukum investasi internasional, hukum penanaman modal, serta kitab fiqih bidang muamalah.

Hasil dari penulisan ini penulis menemukan bahwa penerapan ISDS dalam perjanjian RCEP berdasarkan hukum investasi internasional dan hukum penanaman modal di Indonesia adalah boleh dan baik digunakan, meskipun terdapat pro kontra dalam mekanisme penyelesaian seperti menguntungkan investor dan merugikan host state, namun mekanisme ini merupakan suatu sarana yang bisa dijadikan payung hukum dalam penegakan hukum, serta sebagai jaminan agar kedua belah pihak bisa menjalankan hak dan kewajibannya sesuai dengan perjanjian yang berlaku. Selain itu penerapan ISDS menurut hukum Islam juga diperbolehkan karena telah memenuhi syarat sah tahkim sesuai dengan hukum Islam selama tidak melenceng dari nilai Syarī'at.

ABSTRACT

Warni Munawarah Pua Saba, 18220040, **Tinjauan Yuridis Peniadaan Instrument Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Dalam Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)** Sharia Economic Law Study Program, Faculty of Sharia, Maulana Malik Ibrahim State Islamic University Malang, Supervisor Risma Nur Arifah, M.H

Keywords: Investment; Regional Comprehensive Economic Partnership; Investor State-Dispute Settlement.

Foreign Investment is an investment activity to conduct business in the territory of the Republic of Indonesia carried out by Foreign Investors, either using fully foreign capital or jointly with domestic investors. Developed countries and developing countries made a breakthrough in the world of trade and investment which was manifested in the form of making a partner known as the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP). As a forum for world trade cooperation, especially in the investment sector, a strong legal umbrella is needed to provide legal protection for investment cooperation actors. One mechanism that can be used as a legal umbrella for this investment sector is the Investor State-Dispute Settlement, but RCEP members agree not to use ISDS as an alternative for resolving investment disputes in the RCEP agreement and so far have not found a definite legal umbrella for investment issues.

To explore the problem above, the writer formulates the problem: (1) How is the review of international investment law and investment law in Indonesia on ISDS as a dispute resolution mechanism in RCEP?, (2) How is Islamic law review related to the position of ISDS in the RCEP Agreement?. The writing of this paper uses a normative juridical method with a conceptual approach, a written rule approach, a historical approach, and a comparative approach. The primary, secondary, and tertiary legal materials that the author obtained were collected using a literature study method which was then analyzed using content analysis techniques where the authors examined the contents of both

written regulations, international investment law, investment law, and fiqh books in the field of muamalah.

The results of this paper the authors find that the application of ISDS in the RCEP agreement based on international investment law and investment law in Indonesia is permissible and good to use, although there are pros and cons in the settlement mechanism such as benefiting investors and harming the host state, but this mechanism is a means that can be used as a legal umbrella in law enforcement, as well as as a guarantee so that both parties can carry out their rights and obligations in accordance with the applicable agreement. In addition, the application of ISDS according to Islamic law is also allowed because it has fulfilled the legal requirements of tahkim in accordance with Islamic law as long as it does not deviate from the value of the Shari'a.

المستخلص

١٨١١٠٠٤٠ ، تطبق نظام الإقلام بي باسوروان رقم ١٤ لعام ٢٤١٥ عن
المسؤولية الاجتماعية للشركات في من طور المصلحة (الدراسة في مكان بس ملة
بسودج بري باسوروان)، حيث جامعي رسم الأحكام الؤنصادية الشريعة، كلية

الشريعة، جامعة

السثممار الأجنب يو نشاط اسثمماري لممارسة الأعمال التجارية في أراضي
مهورية إندوزيسيا يقوم بو مسثمرون أجنب، إما باس استخدام رأس مال أجنب
بالكامل أو في مشاريع مشرركة مع مسثمرون حمليني. حقوق الدول الموقدم
والدول الزاممة اخرنافؤا

في عامل التجارة والسثممار جنلى في شكل شريك يعرف باسم انفاؤية الشركة
القصادية الإؤلمية الشاملة. كمزىدى للتعاون التجاري العملي، ال سيما في قطاع
السثممار، وئالك حاجة إبل مظلة قانونية قوية لتؤبري احماية لقانونية للجهات
الفاعلة في جمال التعاون السثمماري. من إحدى الآليات الئ مئكن استخدامها
كمظلة قانونية لهذا القطاع السثمماري بي نسوية نزاعات دولة المسثمر، لكن
أعضاء الشركة الؤنصادية الإؤلمية الشاملة انؤنقوا في أن ال جعل نسوية
نزاعات دولة المسثمر ح

ل الإشكال جمال السثممار في انفاؤية ألن ال نوجد أبة مظلة قانونية
معونة للإشكال الشركة القصادية الإؤلمية الشاملة وحؤت السثمماري من
أجل كشف وذا الإشكال أنت الباحثة بكتابة أسؤلة البحث: (1) كيف يتم
راجعة قانون السثممار الدولي وقانون السثممار في إندوزيسيا على نسوية
نزاعات دولة المسثمر ح

ل الإشكال في الشركة الؤنصادية الإؤلمية الشاملة؟، (2) كيف يتم مراجعة
القانون المسالمي حنو مؤؤف نسوية نزاعات دولة المسثمر في انفاؤية الشركة
القصادية الإؤلمية الشاملة؟ نستخدم كتابة وذا البحث طرؤفة قانونية معيارية
ذات منح مفاهيمي، ومن هج قواعد مكتوبة، ومن هج تاريخي، ومن هج مقارن. من
مجمع الملواد القانونية الولوية والثلؤبة والثلؤية الئ^{xxii} حصلت عليها الباحثة باستخدام

طريقة دراسة مكتبية والى من خلالها بعد ذلك باستخدام تونيات تحليل املتوى حيث قامت الباحثة بفحص محتويات كل من اللوائح املكتبية ووازن السنتمار الدولى ووازن السنتمار والكتب الفقهية فى جمال المعاملة .وضحت نتيجة اذا البحث بأن الباحثة وجدت حقوق نسوية نزاعات دولة الماسنتر فى اتفاقية الشركة الاقتصادية الدولية الشاملة اسنزا ١٩٩٤ ايل ووازن السنتمار الدولى ووازن السنتمار فى اندونيزيا جيزر ويصلح اسنخدالمو، على الرغم من وجود القبول والرضى فى آلية التسوية مثل افادة الماسنتمرين والضرار بالدولة المضيفة، لك ٠

ن هذه الالية يى وسيلة يمكن اسنخدالمها كمظلة وازونية فى انفاذ القانون، فضال عن ضمان حيث يمكن للطرفين تنفيذ حقوقهم والتزاماتهم ونقا للتفاوية تطبيق نسوية نزاعات دولة الماسنتر مباح أنو اسنوف املتطلبات لمعقول هبا جازبذلك، ايل القانونية للسحكهم ونها للشريعة الاسالمية طابها أنا ال حنيد عن وبة الشريعة الكلمات المفتاحية: الشركة الاقتصادية الدولية الشاملة، نسوية نزاعات دولة الماسنتمر.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Penanaman Modal Asing atau *Foreign Direct Investment* merupakan kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah NKRI yang dilakukan oleh Penanam Modal Asing, baik menggunakan modal asing sepenuhnya atau berpatungan dengan penanam modal dalam negeri. Dalam perkembangan ekonomi global saat ini dan besarnya persaingan ekonomi dunia, FDI merupakan alternatif terbaik yang dinilai mampu menaikan ekonomi global.¹

Negara maju dan negara berkembang melakukan kerja sama bisnis yang mana ada yang berperan sebagai negara pemodal *home country* dan negara tujuan *host country*. Kerja sama ini diwujudkan dalam bentuk membuat sebuah mitra yang dikenal sebagai Perjanjian Kemitraan Ekonomi Komprehensif Regional atau *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP) yang bertujuan untuk menurunkan tarif, membuka perdagangan jasa, serta mempromosikan investasi untuk membantu negara-negara berkembang mengejar ketertinggalan dunia.

Setelah melewati proses yang cukup panjang akhirnya pada tanggal 15 November 2020, Indonesia menandatangani Perjanjian Kemitraan Ekonomi Komprehensif Regional atau *Regional Comprehensive Economic Partnership* yang disingkat dengan RCEP di Istana Bogor. Penandatanganan dilakukan oleh Presiden Republik Indonesia Ir. Joko Widodo dan Menteri Perdagangan Republik Indonesia Agus Suparmanto di sela-sela

¹ Hilman Ramadhani, "Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)", *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 1.

Konferensi Tingkat Tinggi Asia (KTT) ASEAN KE-37 yang dilakukan secara *online*. Dalam perjanjian ini terdiri dari 15 negara yang menyepakati, 10 negara ASEAN yaitu Indonesia, Malaysia, Singapura, Filipina, Thailand, Vietnam, Myanmar, Republik Demokratik Rakyat Laos, Kamboja, dan Brunei Darussalam dan 5 mitra ASEAN yaitu Tiongkok, Jepang, Korea Selatan, Australia, dan Selandia Baru.²

Perjanjian RCEP memiliki 20 BAB, 17 Anex dan 54 jadwal komitmen yang mencakup akses pasar, peraturan dan disiplin, serta kerja sama ekonomi dan teknis. Adapun isi dari 20 bab yang tercantum dalam RCEP adalah sebagai berikut³:

1. Ketentuan Awal dan Definisi Umum
2. Perdagangan Barang
3. Ketentuan Asal Barang, (termasuk bagian tambahan tentang aturan khusus produk)
4. Prosedur Kepabeanan dan Fasilitasi Perdagangan
5. Sanitasi dan *Standar Phytosanitary*
6. Standar Teknis dan Prosedur Penilaian
7. Instrumen Perlindungan Terhadap Perdagangan Tidak Sehat
8. Perdagangan Jasa. Termasuk bagian tambahan tentang Jasa Keuangan. Telekomunikasi dan Layanan Profesional
9. Pergerakan Manusia
10. Investasi
11. Kekayaan Intelektual
12. Perdagangan Online

² Donna Gultom “Perjanjian RCEP : Peluangnya Bagi Indonesia dan Langkah Pemanfatannya”, *Center for Indonesian Studies*, Vol 6, November 2020, 2.

³ Donna Gultom “Perjanjian RCEP : Peluangnya Bagi Indonesia dan Langkah Pemanfatannya”, 4.

13. Kompetisi
14. Usaha Kecil dan Menengah atau UKM
15. Kerja Sama Ekonomi dan Teknis
16. Proses Pengadaan oleh Pemerintah
17. Ketentuan Umum dan Pengecualian
18. Hukum dan Kelembagaan
19. Penyelesaian Sengketa
20. Ketentuan Akhir

Inti dari RCEP adalah perjanjian barang yang bertujuan untuk menyelaraskan jadwal tarif dan aturan asal untuk rantai pasokan global yang canggih di Asia. Kemitraan ini juga bertujuan untuk meningkatkan akses pasar dalam layanan dan investasi serta memperkenalkan prosedur penyelesaian perselisihan.⁴

Dalam kerjasama ini, khususnya dalam bidang penanaman modal/investasi akan ada negara yang menjadi *host country* dan *home country*, untuk menjadi sebuah negara *host country* yang menjanjikan bagi investor tidak hanya dilihat dari klasifikasi maju atau tidaknya negara tersebut, tetapi faktor penunjangnya adalah hukum, stabilitas politik dan keamanan yang ada di negara tersebut, sebab setiap investor akan mencari negara yang aman untuk mereka menanamkan modalnya yang bisa menjamin investasi mereka bisa berkembang pesat dan minim resiko yang bersifat non-komersial.

Oleh karena untuk menjamin sebuah investasi itu dapat berjalan baik atau tidak maka dibutuhkan instrumen secara hukum yang dapat menjamin kepastian dan mengikat baik

⁴ Yunarwanto, "Dampak Keikutsertaan Indonesia di Dalam RCEP Terhadap Volume Perdagangan", *Jurnal Kajian Ekonomi dan Keuangan*, Vol 3 No 2(2019), 152.

untuk negara *host country* maupun *home country*. Instrumen atau kepastian hukum yang dapat menunjang investasi dalam hal terjadi sengketa yang sering digunakan dalam setiap perjanjian investasi internasional adalah *Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* yang merupakan terobosan penyelesaian sengketa internasional. *Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* adalah suatu mekanisme penyelesaian sengketa antara perusahaan multinasional atau investor asing yang melakukan investasi di negara tujuan dengan negara tujuan tersebut.

Mekanisme yang memberikan kewenangan kepada investor asing untuk menuntut negara tujuan investasi melalui Pengadilan Arbitrase Internasional. Pihak yang dirugikan dalam hal ini *home country* bisa melayangkan gugatan kepada negara tujuan (*host country*) apabila negara tujuan dianggap melanggar perjanjian yang telah disepakati kedua negara.⁵ Wadah dari penyelesaian sengketa melalui ISDS yang paling sering digunakan adalah *International Centre for Settlement Investment Dispute* atau ICSID.

ICSID merupakan wadah yang berwenang secara eksklusif dan terbatas pada penyelesaian sengketa penanaman modal dimana salah satu pihaknya adalah negara penerima penanam modal (*host state*) dan negara yang menanamkan modal (*home state*), sehingga ketika terjadi sengketa, ICSID akan berperan sebagai pengawas jalannya persidangan dan memberikan aturan-aturan hukum acara dalam persidangan untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal⁶. Namun, dalam perjanjian RCEP para anggota RCEP sepakat untuk tidak menjadikan ISDS sebagai alternatif penyelesaian

⁵ Hilman Ramadhani, "Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalah)", *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 1.

⁶ Andi Muhammad Faiz Adani Adnan, *Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui International Centre For Settlement of Investment Dispute (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM Internasional*, (Undergraduate thesis: Universitas Hasanuddin, 2017), 13.

sengketa dalam bab investasi dan sampai saat ini belum memutuskan dan memilih terkait alternatif penyelesaian sengketa seperti apa yang akan digunakan jika terjadi sengketa investasi antar negara anggota RCEP.⁷

Alasan anggota RCEP tidak menjadikan ISDS sebagai alternatif penyelesaian sengketa adalah karena putusan ISDS bersifat final sesuai dengan ketentuan ICSID *Arbitration Rules* dan merugikan negara tujuan, tidak ada transparansi dalam putusan tersebut, biaya yang dikeluarkan dalam mekanisme ini relatif lebih mahal dan merugikan negara yang dituntut.⁸ Sebelumnya ada beberapa kasus yang melibatkan Indonesia dengan negara luar sebagai *home country* dalam bidang investasi yang diselesaikan melalui ISDS, salah satunya adalah kasus Churchill Mining. Kasus ini merupakan kasus pencabutan izin tambang yang berujung pada gugatan 1 Miliar Dollar. Pada Tahun 2011 Churchill Mining dan mitranya di Indonesia yaitu PT. Ridlatama mengajukan banding atas putusan pengadilan Negeri Samarinda, Kalimantan Timur. Pengajuan gugatan tersebut didasarkan pada pencabutan izin pertambangan.⁹

Berawal dari tahun 2005 bupati kutai Awang Faroek Ishak menyetujui lisensi untuk Group Nusantara untuk mengeksplorasi batu bara disitus penambangan yang diperkirakan kaya akan batu bara terbesar kedua di Indonesia dan ketujuh terbesar di dunia. Namun Group Nusantara yang dimiliki oleh Prabowo Subianto, tidak memulai eksplorasi. Beberapa tahun kemudian, PT. Ridlamata, group perusahaan Indonesia lainnya bersama Planet, sebuah perusahaan pertambangan Australia, dan Churchill Mining, sebuah perusahaan pertambangan Inggris, juga tertarik pada situs penambangan.

⁷ <https://news.detik.com/kolom/d-5279487/peniadaan-mekanisme-isds-dalam-rcep>

⁸ Indonesia for Global Justice, „Tidak Mengatur Mekanisme ISDS Dalam RCEP Sudah Tepat“, *IFGJ*, 25 Oktober 2019, diakses 10 Oktober 2022, <https://igj.or.id/tidak-mengatur-mekanisme-isds-dalam-rcep-sudah-tepat/>

⁹ Muhammad Iqbal Hasan, *Hukum Investasi Internasional* (Bandung: Mediatama, 2021), 216.

Pada tahun 2010, konsorsium pertambangan batu bara tersebut mendapat lisensi untuk memulai operasi, yang kemudian diklaim oleh bupati kutai sebagai lisensi palsu. Bupati kutai mencabut lisensi untuk PT. Ridlatama pada tahun 2010 dan memutuskan untuk memperpanjang lisensi Nusantara, yang terjadi selanjutnya adalah urusan rumit yang dipenuhi dengan dugaan korupsi, dokumen dan persidangan palsu hingga pengadilan tertinggi di Indonesia. Akhirnya Churchill dan Planet mengajukan kasus arbitrase di Pusat Internasional untuk Penyelesaian Perselisihan Investasi (*The International Center for Disputes*) ICSID yang didaftarkan pada 22 Juni 2012 dengan dasar hukum Perjanjian Investasi Bilateral Inggris-Indonesia dan Australia-Indonesia. Jika konsorsium tersebut memenangkan kasus ini, maka klaim \$ 1 miliar harus dibayar oleh Indonesia.¹⁰

Pada tahun 2011, Churchill Mining dan mitranya di Indonesia yaitu PT. Ridlatama, mengajukan banding atas putusan Pengadilan Negeri Samarinda, Kalimantan Timur. Pengajuan gugatan tersebut didasarkan pada pencabutan 4 izin penambangan yang termasuk dalam Proyek Batu Bara Kutai Timur. Pencabutan izin ini kemudian diketahui diberikan kepada pihak lain yaitu Group Nusantara, yang tidak lain adalah milik Prabowo Subianto. Perselisihan antara kedua perusahaan yang diduga memiliki kepentingan politik ini kemudian naik ke tingkat internasional.

Sebelumnya gugatan ini diajukan oleh Churchill karena merasa dirugikan atas tindakan pencabutan izin pertambangan yang termasuk dalam Proyek Batubara Kutai Timur oleh Pemerintah Daerah Kutai Timur, Kalimantan Timur. Di daerah yang sama, ada juga izin penambangan yang dikeluarkan oleh Pemerintah Daerah Kutai Timur untuk

¹⁰ Humas FH UI, „Anak Polah Bapak Kepradah di Kasus Churchill Mining“ <https://law.ui.ac.id/anak-polah-bapak-kepradah-di-kasus-churchill-mining-2/>.

PT. Group Nusantara. Namun, baru-baru ini ditemukan bahwa ada dokumen izin Kuasa Pertambangan yang ditandatangani oleh Bupati Awang Faroek. Setelah melalui audit BPK, ada indikasi bahwa tanda tangan Bupati Awang telah dipalsukan. Namun pemalsuan itu tidak dilanjutkan ke ranah kriminal. Sementara itu, Awang Foreuk Ishak membenarkan bahwa tanda tangannya memang dipalsukan oleh PT. Ridlatama.

Setelah Proses yang panjang sejak 22 Juni 2012, ICSID akhirnya mengeluarkan putusan atas gugatan Churchill Mining dan gugatan Planet Mining terhadap Pemerintah Indonesia pada 22 Desember 2016, meskipun Churchill Mining mengajukan Pembatalan Putusan. Gugatan Churchill dan Planet Mining diajukan berdasarkan Perjanjian *Bilateral Investment Treaty* (BIT) yang ditanda tangani antara Indonesia dan Inggris pada tahun 1967. Dalam putusannya, ICSID menolak klaim dan menuntut Churchill Mining membayar biaya administrasi ICSID sebesar US \$800.000 dan menanggung 75% dari total biaya yang dikeluarkan oleh Pemerintah Indonesia sebesar US \$8.646.528.

Bagian menarik dari putusan ini adalah bahwa Pengadilan Arbitrase menolak klaim Churchill karena 34 dokumen izin penambangan yang digunakan sebagai dasar perselisihan oleh Churchill dianggap tidak otentik dan tidak valid. Ini karena 34 dokumen izin penambangan tersebut merupakan hasil pemalsuan dan penipuan oleh PT. Ridlatama sebagai mitra bisnis Churchill, dan Churchill dianggap mengetahui tindakan ini, sehingga tidak ada itikad baik dari Churchill dalam proses pengajuan klaim.¹¹

Dalam prosesnya, Pengadilan Arbitrase berfokus pada pemeriksaan 34 dokumen yang diduga dipalsukan dan hasil dari praktik penipuan yang dilakukan oleh Ridlatama. Pemerintah Indonesia berpendapat bahwa izin penambangan yang dikeluarkan oleh

¹¹ Muhammad Iqbal Hasan, *Hukum Investasi Internasional* (Bandung: Mediatama, 2021), 216.

Bupati Kutai Timur pada waktu itu, Awang Faroek, telah dipalsukan oleh Ridlatama sebagai mitra bisnis Churchill Mining. Dari bukti yang disajikan, ada indikasi bahwa tanda tangan dan stempel Haruda yang terkandung dalam dokumen izin penambangan yang dimiliki oleh Churchill adalah hasil *copy paste* di proses alat pencetak tanda tangan, *autopen*. Meskipun praktik biasa dan tanda tangan resmi yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintah daerah, dalam hal ini penerbitan izin pertambangan, dilakukan dengan tulisan tangan bukan melalui tanda tangan *digital*.

Kasus diatas merupakan salah satu kasus sengketa investasi yang dilakukan melalui alternatif penyelesaian sengketa ISDS yang diselesaikan oleh lembaga ICSID, yang mana dalam kasus ini dimenangkan oleh PT. Group Nusantara yang berasal dari Indonesia, dan pada akhir putusan pihak yang dinyatakan kalah diminta untuk membayar biaya yang telah dikeluarkan oleh pemerintah Indonesia sebesar 75% dari total biaya yang dikeluarkan sebesar US \$8.646.528. Hal ini berarti bahwa penyelesaian sengketa investasi melalui ISDS bisa dikatakan dapat menjadi sarana alternatif penyelesaian sengketa yang baik dalam masalah investasi, sebab dalam hal ini tidak hanya menguntungkan pihak investor tetapi juga memberikan perlindungan hukum yang kuat terhadap negara penerima modal, selain itu putusan ICSID juga bersifat adil dan transparan.

Namun yang terjadi pada saat ini adalah adanya kekosongan hukum yang mana tidak adanya aturan yang tepat untuk menyelesaikan sengketa investasi dalam perjanjian ini, hal ini disebabkan karena para anggota RCEP sampai saat ini belum memutuskan untuk menggunakan alternatif penyelesaian sengketa seperti apa yang akan digunakan jika terjadi sengketa dalam perjanjian kerja sama yang dijalankan tersebut, kekosongan

hukum ini hanya terdapat pada perjanjian investasi, sebab para anggota RCEP menilai ISDS yang sebelumnya digunakan dianggap merugikan kepentingan nasional sebuah negara.

Jika didalami lebih jauh ISDS memang mengandung unsur-unsur yang bersifat kontroversi sehingga banyak pihak yang bersikap kontra terhadap alternatif ini, namun jika sampai saat ini anggota RCEP belum menemukan payung hukum yang tepat terhadap sengketa investasi maka tidak dipungkiri bahwa peran ISDS dalam menyelesaikan sengketa investasi masih sangat diperlukan. Padahal diketahui bahwa Indonesia merupakan salah satu negara yang meratifikasi konvensi *Internasional Centre for Settlement of International Disputes* (ICSID) tahun 1958, melalui Undang-undang Nomor 5 tahun 1968 Tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara Dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal. Hal ini menandakan bahwa Indonesia telah mengikatkan diri dengan mekanisme ISDS sesuai dengan tujuan dibentuknya ICSID.

ISDS pertama kali dikenal melalui instrumen perjanjian bilateral antar negara yang biasa disebut dengan *Bilateral Investment Treaty* (BIT). Pada dasarnya didalam ketentuan Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 Tentang Penanaman Modal dan juga Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 Tentang Perdagangan, didalamnya juga terdapat aturan mengenai Penanaman Modal Asing (PMA) yang sudah sangat menjamin investasi didalam negeri, sehingga tanpa adanya BITs pun dirasa tidak masalah, namun karena Indonesia menjalin hubungan dagang dengan banyak negara luar dan kebanyakan banyak menuntut untuk menjadikan BITs sebagai alternatif penyelesaian sengketa, maka perlindungan kepada investor semakin diperkuat. Prinsip dari ISDS ini digunakan untuk mencegah suatu negara untuk mengambil langkah yang tidak adil, baik secara langsung

maupun tidak langsung bagi aset dari investor serta kompensasi kepada investor ketika hal tersebut terjadi yang menyebabkan kerugian bagi investor. Jadi, ISDS ini bertujuan untuk memberikan jaminan kepada investor serta untuk memfasilitasi keputusan dan investasi¹².

Salah satu wadah dari penyelesaian sengketa melalui ISDS ini adalah ICSID, dalam penyelesaian sengketa ISDS dapat dilakukan melalui ICSID jika kedua belah pihak yang bersengketa sepakat untuk menyelesaikan melalui lembaga ICSID. Wewenang dari ICSID ini secara eksklusif dan terbatas pada penyelesaian sengketa penanaman modal dimana salah satu pihaknya adalah negara penerima penanam modal (*host state*) dan negara yang menanamkan modal (*home state*), sehingga ketika terjadi sengketa ICSID akan berperan sebagai pengawas jalannya persidangan dan memberikan aturan-aturan hukum acara dalam persidangan untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal¹³.

Berdasarkan alasan diatas, penulis merasa perlu untuk mengkaji terkait peniadaan mekanisme ISDS dalam RCEP lebih lanjut dengan pendekatan konseptual secara teoritis untuk melihat seberapa penting pencantuman mekanisme ISDS dalam RCEP sebagai payung hukum yang kuat. Apakah ISDS ini akan memberikan manfaat terhadap berjalannya RCEP atau mungkin akan menunjukkan kesalahan dan ketidaksempurnaan yang tidak baik jika di cantumkan didalam RCEP sehingga akan menjadi kritik secara hukum, yang mana diharapkan nantinya penulisan ini sedikit memberikan kontribusi dalam mencari tahu urgensi dari ISDS yang katanya merupakan terobosan hukum yang

¹² Andi Muhammad Faiz Adani Adnan, *Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui International Centre For Settlement of Investment Dispute (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM International*, (Undergraduate thesis: Universitas Hasanuddin, 2017), 14.

¹³ Andi Muhammad Faiz Adani Adnan, *Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui International Centre For Settlement of Investment Dispute (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM International*, 15.

baik dalam menyelesaikan sengketa investasi internasional. Sehingga kebijakan-kebijakan yang diambil oleh Indonesia dalam perjanjian dagang tidak memberikan kerugian kepada negara dan masyarakat. Penelitian ini akan menerapkan keilmuan yang luas, tidak hanya menggunakan perspektif Hukum Internasional tetapi juga dengan pemakaian Hukum Ekonomi Islam untuk melihat adanya masalah didalamnya.

Islam merupakan agama sekaligus sistem hukum yang komprehensif yang mengkaji dan menetapkan hukum setiap yang dilakukan, termasuk dalam berbagai aspek perkembangan kekinian yang dapat dicarikan penyelesaian masalah dalam Hukum Islam (*syarī'at*). Sebagai konsep hukum yang universal, kerangka dasar ajaran Islam tidak hanya mengajarkan pada konsep dasar ibadah dan kerohanian saja, melainkan juga terhadap aspek hubungan kemasyarakatan yang menyangkut berbagai aspek dalam tata hubungan antar negara (*akhkāmul dauliy*) dan ketertiban dalam Hukum Internasional. Sehingga tidak heran jika dalam Hukum Islam juga mencakup aspek politik, sosial, budaya juga termasuk hukum itu sendiri.

Dalam piagam madinah misalnya, mengatur konsep Hukum Ketatanegaraan dan sekaligus Hukum Internasional Islam (*syi'ar*), yang berisi persatuan umat Islam dan non Islam, perjanjian perdamaian, dan perjanjian kerja sama. Diantara butir-butir terpenting dari prinsip piagam tersebut adalah persamaan kedudukan sebagai warga, kebebasan berlandaskan *syarī'at*, keadilan, persaudaraan dan toleransi. Disinilah pemerintah Islam mulai dibangun dengan metode struktur pemerintahannya. Berdasarkan hal itu, maka dapat diketahui bahwa hukum Islam sangat *adaptable* dengan zaman dan waktu. Sehingga tetap bisa menampung segala isu persoalan hukum dan memberikan solusi atas permasalahan tersebut.

Dalam kasus ini penulis berusaha melihat kedudukan hukum dari eksistensi ISDS dalam perspektif hukum Islam. Islam juga mengkaji tidak hanya masalah ekonomi dalam suatu negara, tetapi juga pola hubungan interaksi yang tertata sesuai Islam, meskipun tidak secara eksplisit dituliskan dalam *nāsh*, tapi melalui kaidah fiqih dapat ditarik prinsip-prinsip dalam Islam dalam menentukan hukum suatu perkara.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana tinjauan hukum penanaman modal terhadap *Investor-State Dispute Settlement* dalam *Regional Comprehensive Economic Partnership*?
2. Bagaimana tinjauan hukum Islam terkait kedudukan *Investor-State Dispute Settlement* pada perjanjian *Regional Comprehensive Economic Partnership*?

C. Tujuan Penelitian

1. Mengetahui tinjauan hukum penanaman modal terhadap *Investor-State Dispute Settlement* sebagai mekanisme penyelesaian sengketa Dalam *Regional Comprehensive Economic Partnership*.
2. Mengidentifikasi tinjauan hukum Islam terkait kedudukan *Investor-State Dispute Settlement* pada perjanjian *Regional Comprehensive Economic Partnership*.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat menambah keilmuan dalam mengkaji Hukum Ekonomi Internasional secara umum, dan Hukum Investasi International. Selain itu penelitian ini diharapkan menjadi peambah kajian dibidang hukum antar tata hukum

(Hukum Islam dan Hukum Positif) yang saling melengkapi untuk menarik kesimpulan dari fenomena hukum yang ada.

2. Manfaat Praktis

- a. Bagi pelajar/mahasiswa hukum penelitian ini diharapkan bisa menjadi pertimbangan bagi mahasiswa hukum untuk menyikapi persoalan sengketa ekonomi internasional serta menyikapi keterlibatan Indonesia didalamnya
- b. Bagi pemerintah hasil penelitian ini dapat dijadikan dasar pertimbangan terkait urgensi penggunaan ISDS dalam pelaksanaan RCEP sebagai payung hukum yang kuat.

E. Metode Penelitian

1. Jenis penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis-normatif yaitu penelitian hukum kepustakaan yang dilakukan dengan cara meneliti bahan-bahan pustaka atau data sekunder belaka.¹⁴ Dalam melakukan penelitian ini nantinya menarik kesimpulan berupa kritik atau apresiasi terkait peniadaan ISDS dalam RCEP dari segi Hukum Investasi Internasional dan Hukum Ekonomi Islam dari segi masalah untuk mendapatkan kesimpulan dari kedua perspektif hukum.

2. Pendekatan penelitian

Pendekatan penelitian adalah hal penting yang dibutuhkan dalam penelitian hukum, yang mana pendekatan ini merujuk pada suatu ketentuan hukum yaitu harus terpenuhi suatu penelitian hukum keilmuan hukum yang dogmatik. Pada penelitian ini penulis menggunakan beberapa pendekatan seperti:¹⁵

¹⁴ Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum* (Jakarta: Grafindo, 2003), 27.

¹⁵ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang: Bayu Media Publishing, 2006), 302.

a. Pendekatan undang-undang

Pendekatan undang-undang disini untuk melihat bagaimana cara kerja ISDS didalam RCEP dan perjanjian lain yang dimuat dalam BIT atau perjanjian internasional. Penulis disini menggunakan Undang-Undang Perjanjian Internasional, perjanjian investasi internasional, hukum Islam serta dengan taambahan Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 Tentang Penanaman Modal untuk konteks yang penulis bahas untuk tambahan saja.

b. Pendekatan konseptual

Pada pendekatan ini, penulis akan menggali bagaimana konsep dari ISDS itu terhadap berbagai perjanjian yang memakai instrument ISDS, dalam pendekatan ini penulis berusaha mensinergikan konsep yang ada dalam Hukum Investasi Internasional dengan konsep *maṣlahat* , penulis juga akan menggali cara kerja dari ISDS ini serta alasan mengapa ia bermasalah, sumber hukum dari ISDS, lembaga apa saja yang mewadahnya, dan segala aspek yang berkaitan dengan ISDS.

c. Pendekatan komparatif

Pendekatan ini penulis gunakan untuk melakukan perbandingan terhadap suatu produk hukum yaitu Hukum Investasi Internasional dan Hukum Islam dalam hal ini *maṣlahat* untuk mencari tahu eksistensi dari ISDS sebagai alternatif penyelesaian sengketa yang mendapat banyak kontroversi. Selain itu juga, penulis akan menganalisis perbandingan mengenai implementasi penyelesaian sengketa melalui ISDS dan alternatif penyelesaian sengketa yang lain berdasarkan kasus-kasus yang penulis teliti. Dengan hal ini maka penulis dapat menemukan jawaban

apakah ISDS ini patut dijadikan alternatif penyelesaian sengketa atau justru sebaliknya.

d. Pendekatan analitis

Melalui pendekatan ini, penulis menganalisis makna-makna yang terkandung dalam perundang-undangan secara konseptual, sekaligus mengetahui penerapannya dalam praktik dan putusan-putusan hukum. Dalam hal ini, penulis akan menganalisis konsep yuridis tentang objek hukum, subjek hukum, penyelesaian sengketa melalui ISDS, investasi, sengketa antar investor dengan negara atau negara dan negara, hal-hal yang terjadi jika melanggar perjanjian, dan dampak baik maupun buruk jika menggunakan ISDS sebagai alternatif penyelesaian sengketa.

e. Pendekatan historis

Setiap peraturan hukum memiliki sejarah masa lampau yang berbeda-beda, begitu juga dengan instrument ISDS ini yang sedang eksis dalam pembahasan RCEP, yang mana ISDS ini termuat dalam BITs, dengan menggunakan pendekatan ini, maka penulis dapat menggali bagaimana awal mula penggunaan instrument ISDS ini bagaimana manfaat dan implementasinya sampai saat ini dengan banyak kontroversi dari banyak pihak. Penulis akan menggali itu lebih dalam. Karena tentunya setiap hukum lama dan baru saling kertaitan erat satu sama lain dan memiliki kesinambungan satu sama lain.

f. Pendekatan kasus

Pendekatan ini bertujuan untuk mempelajari norma-norma atau kaidah yang dilakukan dalam praktik hukum. Terutama terhadap kasus-kasus yang telah

diputus sebagaimana yang dapat dilihat dari yurisprudensi terhadap perkara-perkara yang diselesaikan melalui ISDS.

3. Bahan hukum

Untuk menunjang penelitian ini, jenis bahan hukum yang penulis gunakan adalah sebagai berikut:¹⁶

a. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer yang penulis gunakan merupakan bahan hukum dari hukum tertulis baik dalam hukum positif yang ada mulai dari konvensi internasional, sampai pada aturan domestik perjanjian investasi internasional baik yang BIT, multilateral maupun internasional, putusan-putusan pengadilan arbitrase internasional. Serta menggunakan bahan hukum yang terdapat dalam *ushūl fiqh* (*al-Qurʿān*, *hadīst* dan kitab-kitab fiqih)

b. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder digunakan sebagai petunjuk yang memberikan kemudahan kepada penulis untuk melakukan penelitiannya, bahan hukum sekunder ini berupa semua publikasi dokumen yang tidak resmi seperti, buku literatur, dokumen hukum, artikel ilmiah tentang hukum, jurnal hukum, kamus hukum, komentar-komentar atas putusan hakim dan lainnya baik yang bersifat *soft* maupun *hardcopy*.

c. Bahan-bahan non hukum

Bahan non-hukum digunakan penulis untuk memudahkan serta tambahan referensi yang penulis butuhkan untuk penelitian ini. Bahan-bahan non-hukum ini bisa berupa buku-buku, jurnal, laporan hasil penelitian mengenai ilmu ekonomi,

¹⁶ Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), 47.

ilmu politik dan disiplin ilmu lainnya sepanjang mempunyai relevansi dengan objek permasalahan yang akan diteliti. Bahan-bahan non-hukum ini memperluas wawasan penulis serta memperkaya sudut pandang penulis mengenai permasalahan utama yang dibahas.

4. Teknik pengumpulan bahan hukum

Untuk mendapatkan bahan hukum yang diperlukan, maka penulis menggunakan teknik pengumpulan data dengan melakukan studi kepustakaan, yaitu dengan meneliti dokumen-dokumen dan literatur yang berkaitan dengan hukum positif dalam hal ini adalah hukum internasional dikhususkan pada investasi internasional, serta mengkaji hukum Islam yang ditekankan pada *maṣlahat* dalam kajian *uṣhūl fiqh*.¹⁷

5. Pengolahan dan analisis bahan hukum

Adapun bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian studi kepustakaan, aturan perundang-undangan, dokumen-dokumen serta literatur yang berkaitan dengan hukum positif akan penulis uraikan dan hubungkan sedemikian rupa, sehingga disajikan dalam penulisan yang lebih sistematis guna menjawab permasalahan yang telah dirumuskan. Cara pengolahan bahan hukum dilakukan secara deduktif, yaitu menarik kesimpulan dari suatu permasalahan yang bersifat umum terhadap permasalahan konkret yang dihadapi. Selanjutnya bahan hukum yang ada dianalisis untuk melihat kecenderungan implementasi ISDS dalam hukum investasi internasional dan hukum perjanjian internasional sehingga dapat membantu sebagai dasar acuan dan pertimbangan hukum yang berguna kedepannya.¹⁸

F. Penelitian Terdahulu

¹⁷ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang: Bayu Media Publishing 2006), 392.

¹⁸ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayu Media Publishing 2006), 393.

Penelitian terdahulu ini sangat penting guna menanamkan titik perbedaan maupun persamaan dengan penelitian yang sudah dilakukan sebelumnya. Selain itu penelitian terdahulu ini berguna sebagai bahan perbandingan sekaligus pijakan dalam penelitian ini.

1. Hilman Ramadhani melakukan penelitian yang dilakukan pada tahun 2017 dengan judul Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrument Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan *al-Maṣlahat*. Skripsi ini membahas terkait eksistensi instrument Penyelesaian sengketa antar investor dan negara dalam perjanjian investasi internasional. Dalam skripsi ini penulis memberikan apresiasi dengan beberapa pembatasan atas eksistensi ISDS. Menurut penulis ISDS ini tidak perlu dicantumkan dalam PII, walaupun perlu maka, instrumen ISDS ini perlu dirombak secara radikal supaya dapat sesuai dengan norma hukum internasional.
2. Muhammad Fikri Kodri melakukan penelitian yang dilakukan pada tahun 2018 dengan judul Peniadaan Mekanisme *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) dalam Perjanjian Perdagangan Australia dan Jepang Tahun 2014. Skripsi ini membahas faktor-faktor yang mempengaruhi penolakan Australia terhadap pencatatan mekanisme ISDS dalam JAEPA adalah faktor domestic Australia, faktor dari institusi JAEPA dan faktor decision environment.
3. Andi Muhammad Faiz Adnan melakukan penelitian yang dilakukan pada tahun 2018 dengan judul Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui *International Centre For Settlement Of Investment Dispute* (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM Internasional. Sama-sama membahas

tentang mekanisme penerapan penyelesaian sengketa melalui ISDS, sedangkan pada proposal penelitian ini penulis membahas terkait peniadaan ISDS dalam RCEP yang membahas pro kontra dari ISDS dari sisi Hukum Internasional, Hukum Investasi Internasional serta berdasar pada sengketa-sengketa yang terjadi. Yang menjadi titik perbedaan paling mendasar adalah pada penelitian ini penulis juga menjadikan Hukum Islam dalam hal ini *maṣlahat* sebagai sumber hukum tambahan dari perspektif Islam.

Tabel 1.

Perbandingan Penelitian Terdahulu

No	Nama Peneliti	Judul	Persamaan	Perbedaan
1.	Hilman Ramadhani	Tinjauan Yuridis Eksistensi Instrument <i>Investor-State Dispute Settlement</i> (ISDS) dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan al-Maṣlahat	Sama-sama membahas tentang ISDS dengan pendekatan hukum investasi internasional dan maṣlahat	Skripsi ini membahas mengenai eksistensi keberadaan ISDS dalam Perjanjian Investasi Internasional
2.	Muhammad Fikri Kodri	Peniadaan Mekanisme <i>Investor-State</i>	Sama-sama membahas tentang mekanisme	Skripsi ini membahas tentang alasan

		<i>Dispute Settlement</i> (ISDS) dalam Perjanjian Perdagangan Australia dan Jepang Tahun 2014	penerapan penyelesaian sengketa melalui ISDS	penolakan Perjanjian Perdagangan Australia dan Jepang Tahun 2014 terhadap ISDS serta mengkaji seberapa kuat eksistensinya.
3.	Andi Muhammad Faiz	Penyelesaian Sengketa <i>Investor-State Dispute Settelement</i> (ISDS) Melalui <i>International Centre For Settlement Of Invesment Dispute</i> (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM Internasional	Sama-sama membahas tentang mekanisme penerapan penyelesaian sengketa melalui ISDS	Membahas terkait penerapan ISDS dalam lembaga ICSID dengan pendekatan HAM Intenasional

G. Sistematika uraian

Dengan tujuan untuk memudahkan pembahasan penelitian ini, maka penulis menyusun sistematika pembahasan dengan perincian sebagai berikut ini:

BAB I berisi tentang pendahuluan, didalamnya terdapat penjelasan sekilas atau gambaran awal mengenai penelitian. Didalam pendahuluan terdapat latar belakang masalah, rumusan masalah dan tujuan penelitian, manfaat penelitian serta metode penelitian yang berisi gambaran umum mengenai laporan yang akan dibahas.

BAB II berisi tentang tinjauan pustaka yang membahas tentang pemikiran atau konsep-konsep yuridis untuk pengkajian dan analisis masalah dan berisi perkembangan data atau informasi yang berkaitan dengan ISDS dan RCEP.

BAB III terdapat hasil dan pembahasan, yang membahas terkait pemaparan hasil analisis berdasarkan data-data yang diperoleh.

BAB IV memuat penutup didalamnya berisi kesimpulan serta menguraikan secara singkat mengenai jawaban dari permasalahan yang disajikan dalam bentuk poin-poin.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Konsep Penyelesaian Sengketa internasional

Hubungan-hubungan yang dijalankan antar negara dan individu *investor* atau negara dengan negara tidak selamanya dapat berjalan dengan baik. Seringkali hubungan yang dijalankan menimbulkan sengketa atau permasalahan, potensi dari timbulnya sengketa ini bisa di sebabkan oleh beberapa faktor seperti perbatasan, lingkungan, sumber daya alam, investasi dan masih banyak lagi. Jika terjadi hal demikian maka untuk menyelesaikan sengketa ini harus menerapkan hukum internasional karena berhubungan dengan dua negara. Upaya-upaya penyelesaian sengketa ini telah menjadi hal yang dirasa sangat penting sejak awal abad ke-20, hal ini ditujukan untuk menciptakan hubungan baik antar negara dengan prinsip keamanan internasional dan perdamaian.¹⁹ Mahkamah Internasional menjelaskan bahwa sengketa internasional adalah suatu situasi ketika dua negara mempunyai pandangan yang bertentangan mengenai dilaksanakan atau tidaknya kewajiban-kewajiban yang terdapat dalam perjanjian.

B. Jenis Penyelesaian Sengketa.

Dalam studi Hukum Internasional Publik, dalam penyelesaian sengketa terdapat dua macam jenis sengketa yaitu sengketa politik (*political or nonjusticiable disputes*) dan sengketa hukum (*legal or judicial dispute*). Para ahli mengemukakan pendapat mereka terkait perbedaan antara sengketa hukum dan sengketa politik:

¹⁹ Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 1.

1. Pendapat Friedman menjelaskan konsepsi yang terdapat dalam sengketa hukum adalah²⁰:
 - a. Sengketa hukum adalah perselisihan antar negara yang mampu diselesaikan oleh pengadilan dengan menerapkan aturan-aturan hukum yang ada atau yang sudah pasti.
 - b. Sengketa hukum adalah sengketa yang mempengaruhi kepentingan vital negara, seperti integritas wilayah, kehormatan atau kepentingan lainnya dari suatu negara.
 - c. Sengketa hukum adalah sengketa dimana dimana penerapan hukum internasional yang ada, cukup untuk menghasilkan suatu putusan yang sesuai dengan keadilan antar negara dengan perkembangan progresif hubungan internasional.
 - d. Sengketa hukum adalah sengketa yang berkaitan dengan persengketaan hak-hak hukum yang dilakukan melalui tuntutan yang menghendaki suatu perubahan atas suatu hukum yang telah ada.
2. Pendapat Waldock

Pendapat ini dikemukakan oleh para sarjana dan ahli Hukum Internasional dari Inggris yang membentuk suatu kelompok studi mengenai penyelesaian sengketa tahun 1963. Kelompok studi ini diketuai oleh Sir Humphrey Waldock menerbitkan laporannya yang sampai saat ini masih dipakai sebagai sumber penting untuk studi tentang penyelesaian sengketa internasional.

Menurut kelompok studi ini penentuan suatu sengketa sebagai suatu sengketa hukum atau politik bergantung sepenuhnya kepada para pihak yang bersangkutan.

²⁰ Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 4.

Jika para pihak menentukan sengketanya sebagai sengketa hukum, maka sengketa tersebut adalah sengketa hukum. Sebaliknya, jika para pihak membutuhkan patokan tertentu yang tidak dalam hukum internasional, misalnya soal perlucutan senjata, maka sengketa tersebut adalah sengketa politik.²¹

3. Pendapat jalan tengah (*Oppenheim-Kelsen*)

Pendapat ini di sampaikan oleh sekelompok sarjana yang merupakan gabungan sarjana Eropa dan Amerika Serikat. Menurut Oppenheim dan Kalsen, tidak ada pembenaran ilmiah serta tidak ada dasar kriteria objektif yang mendasari perbedaan antara sengketa politik dan sengketa hukum. Menurut mereka, setiap sengketa memiliki unsur aspek politis dan aspek hukum. Sengketa tersebut biasanya terkait antarnegara yang berdaulat. Mungkin saja dalam sengketa yang dianggap sebagai sengketa hukum mengandung kepentingan politis didalamnya, begitu pula sebaliknya.²²

C. *Investor-State Dispute Settlement*

1. Konsep ISDS

ISDS merupakan salah satu alternatif penyelesaian sengketa yang menyelesaikan sengketa yang terjadi antar negara dan investor. Penyelesaian sengketa dengan ISDS ini biasanya diselesaikan di lembaga Arbitrase Internasional. Lembaga arbitrase yang paling sering digunakan untuk mekanisme ini adalah UNICITRAL (*United Nation Commission International Trade Law*) dan ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Dispute*)²³.

²¹ Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 4.

²² Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, 5.

²³ Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 4.

ISDS secara harfiah berarti penyelesaian sengketa antara investor asing dan negara penerima modal. Para ahli kemudian memberikan pengertian terhadap ISDS sebagai suatu alternatif penyelesaian sengketa antara investor dan negara karena suatu pelanggaran terhadap hukum investasi internasional. Menurut Komisi Eropa Bidang Investasi:

“ISDS is a procedural mechanism provided for in international agreement on investment. Where it allows an investor from one country to bring a case directly against the country in which they have invested before an arbitration tribunal²⁴”.

Para ahli hukum investasi mengemukakan pendapat mereka terkait ISDS bahwa, ISDS merupakan mekanisme *procedural* yang terdapat dalam perjanjian investasi internasional, dalam mekanisme ini investor asing bisa mengajukan tuntutan secara langsung kepada negara tempat mereka menanamkan modal kepada pengadilan arbitrase, yang untuk mengajukan gugatan investor harus berdasar kepada pelanggaran perjanjian atau wanprestasi yang terdapat didalam perjanjian antara investor dan negara yang bersangkutan²⁵. Scot Miller selaku ahli hukum Investasi Internasional, mengemukakan pendapatnya terkait ISDS, bahwa :

“Investor-state dispute settlement (ISDS), is a provision in bilateral investment treaties (BIT) and other international investment agreement that allows investor to enter arbitration with states over treaty breaches, where those breaches created loss to the investor”

²⁴ Andi Muhammad Faiz Adani Adnan, *Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui International Centre For Settlement of Investment Dispute (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM International*, (Undergraduate thesis: Universitas Hasanuddin, 2017), 18.

²⁵ Andi Muhammad Faiz Adani Adnan, *Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui International Centre For Settlement of Investment Dispute (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM International*, 18.

Dalam hal ini Scot Miller berpendapat bahwa ISDS merupakan suatu kesepakatan dalam perjanjian bilateral antar negara atau *Bilateral Investment Treaties* dan merupakan perjanjian internasional yang mengizinkan investor untuk mengajukan proses penyelesaian sengketa ke lembaga arbitrase atas pelanggaran yang dilakukan oleh negara yang melakukan kesepakatan dengan investor, yang mana pelanggaran atas kesepakatan tersebut menimbulkan kerugian bagi investor.²⁶

2. Cara kerja *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS).

Cara kerja dari alternatif penyelesaian sengketa melalui ISDS ini adalah dengan cara, para pihak yang bersengketa baik itu investor asing maupun negara yang bersangkutan diberi kesempatan untuk menunjuk masing-masing arbitrator dari mereka. Kemudian kedua belah pihak menunjuk arbitrator ketiga. Ketiga arbitrator ini kemudian melakukan sidang di tribunal internasional untuk melakukan diskusi terkait pengadilan yang akan mereka pilih sebagai wadah penyelesaian sengketa. Untuk proses perundingan dan hasil dari perundingan tersebut bersifat rahasia²⁷.

3. Pengadilan (wadah) penyelesaian sengketa melalui ISDS.

Wadah penyelesaian sengketa ISDS biasanya melalui lembaga arbitrase internasional. Lembaga arbitrase yang paling sering digunakan adalah UNCITRAL

²⁶ Andi Muhammad Faiz Adani Adnan, "Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui *International Centre For Settlement of Investment Dispute (ICSID)* Ditinjau Dari Perspektif HAM Internasional" (Undergraduate thesis: Universitas Hasanuddin, 2017),19

²⁷ Hilman Ramadhani, "*Tinjauan Yuridis Eksistensi Instrument Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan al-Maṣlahat)* 2017,20.

(*United Nation Commission International Trade Law*) dan ICSID (*International Centre for Settelement if Invesment Dispute*).

4. Anggaran yang dikeluarkan oleh negara untuk penyelesaian sengketa ISDS

Terkait anggaran yang dikeluarkan dalam ISDS ini berasal dari anggaran publik, kebanyakan negara anggaran tersebut diambil dari hasil pembayaran pajak. Terkait berapa nominal biaya dan lama waktu yang dibutuhkan tidak ada batasan. Proses sengketa bisa berjalan selama bertahun-tahun dengan pengeluaran biaya yang sangat banyak bisa mencapai 8 juta US\$.²⁸ Laporan *Colombia Centre on Sustainable Invesment* tahun 2018 yang berjudul “*Costs and Benefits on Invesment Treaties*” mengemukakan potensi tentang adanya biaya kerugian yang dikeluarkan oleh negara yang menggunakan mekanisme penyelesaian sengketa ISDS. Adapun biaya yang dikeluarkan dalam mekanisme ini adalah biaya litigasi, biaya pembayaran kompensasi, biaya politik akibat hilangnya ruang kebijakan negara dan biaya reputasi. Untuk kompensasi kerugian investor, jumlahnya bisa mencapai dengan miliaran dollar. Seperti halnya gugatan yang dilayangkan oleh Churcill Mining (2012) terhadap Indonesia, untuk meminta ganti rugi sebesar US\$ 1,2 Miliyar atau setara dengan Rp. 14.4 Triliyun. Nilai itu dalam APBN 2015 hampir setara dengan alokasi subsidi untuk pangan yakni senilai Rp.18.9 Triliyun dan lebih tinggi dari nilai subsidi benih untuk petani yang hanya sebesar Rp. 0,9 Triliyun.²⁹

²⁸ Hilman Ramadhani, “Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlemet* (ISDS) Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Maşlahat)”, *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 22.

²⁹ Hilman Ramadhani, “Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlemet* (ISDS) Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Maşlahat)”, 8

5. Jenis kebijakan negara yang sering digugat dalam ISDS

Pada umumnya, jenis kebijakan negara yang sering digugat oleh investor adalah perubahan skema insentif investasi, pembatalan atau dugaan pelanggaran kontrak oleh negara, nasionalisasi atau pengambilan secara langsung, pencabutan izin, perubahan tarif, perubahan penetapan zonasi lahan, penetapan pajak, pembatalan paten, dan sebagainya. Berdasarkan laporan ICSID bahwa gugatan dalam ISDS di dominasi oleh industri pertambangan, minyak dan gas, serta ketenagaan listrikan baik dalam proyek pembangkit maupun distribusi.³⁰

6. Alasan ISDS bermasalah

ISDS dinilai bermasalah karena mekanisma penyelesaian sengketa ini cenderung pro kepada investor, sebab melalui mekanisme ini investor diberi kemudahan untuk langsung menggugat negara secara langsung kepada lembaga penyelesaian sengketa tingkat internasional. Aturan perlindungan melalui mekanisme ini pada akhirnya memberikan kerugian yang besar pada negara sebab pada akhirnya hal ini mengancam kedaulatan negara. Upaya perlindungan terhadap hak rakyat harus kalah dengan putusan tinggi arbitrase internasional yang mengedapnkan kepentingan investor.³¹

7. Arbitrase Internasional dan Arbitrase dalam Perspektif Islam

a. Arbitrase Internasional

³⁰ Hilman Ramadhani, "Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)", *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 6.

³¹ Hilman Ramadhani, "Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)", 14.

Arbitrase adalah salah satu cara atau alternatif yang telah dikenal cukup lama. Dalam hukum internasional. Secara lebih detail yang dimaksud dengan arbitrase adalah suatu alternatif penyelesaian sengketa yang dilakukan dengan menunjuk pihak ketiga (Badan Arbitrase) yang disepakati oleh para pihak yang bersengketa secara sukarela untuk memutus sengketa yang bukan bersifat perdata dan putusannya bersifat final. Sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa, arbitrase ini dianggap sebagai cara menyelesaikan sengketa yang efektif dan adil. Penyelesaian melalui arbitrase dapat ditempuh melalui beberapa cara yaitu dengan penyelesaian yang dilakukan oleh seorang arbitrator secara terlembaga atau melalui badan arbitrase ad hoc (sementara).³² Proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase ini memiliki unsur positif, seperti:³³

- 1) Para pihak dapat memilih hakimnya (arbitrator) baik secara langsung maupun tidak langsung, dalam hal ini biasanya mereka membutuhkan bantuan orang ketiga misalnya Pengadilan Internasional untuk menunjuk arbitrator untuk salah satu atau kedua belah pihak. Dalam sistem ini, maka negara yang bersengketa menyerahkan sengketa mereka kepada pihak ketiga yang mereka percayakan bisa diandalkan, dipercaya dan memiliki kredibilitas untuk memutus sengketa tersebut.
- 2) Para pihak memiliki kebebasan untuk menentukan hukum acara atau persyaratan bagaimana suatu putusan akan didasarkan, misalnya menentukan hukum acara dan hukum yang diterapkan dalam menyelesaikan sengketa.
- 3) Sifat dari putusan arbitrase adalah final dan mengikat.

³² Haula Adolf, “*Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*”, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 40.

³³ Haula Adolf, “*Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*”, 41.

- 4) Persidangan arbitrase dilakukan secara rahasia apabila para pihak menginginkannya.
- 5) Para pihak sendiri yang menentukan tujuan atau tugas badan arbitrase.

Selain terdapat sisi positif, arbitrase internasional juga memiliki kekurangan seperti³⁴:

- 1) Negara yang pada umumnya masih enggan untuk memberikan komitmen untuk menyerahkan sengketa kepada badan-badan Pengadilan Internasional termasuk Badan Arbitrase Internasional.
- 2) Proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak menjamin bahwa putusannya akan mengikat, Hukum Internasional tidak menjamin bahwa pihak yang kalah atau tidak puas dengan putusan yang dikeluarkan akan melaksanakan putusan tersebut.

Seorang arbitrator hanya memiliki kewenangan untuk untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan yang ditujukan padanya, bila seorang arbitrator melakukan hal yang melampaui batas atau dalam hal ini memberikan pernyataan yang tidak ditanyakan kepadanya, maka keputusannya dapat dipandang batal.

b. Arbitrase dalam perspektif Islam

Dalam literasi sejarah hukum Islam, arbitrase bisa disepadankan dengan kata *tahkīm*. *Tahkīm* adalah proses pengangkatan seorang yang di diposisikan sebagai pihak ketiga (wasit/juru damai) untuk mengadili perkara antara dua orang bersengketa agar sengketa tersebut dapat diselesaikan dengan baik. Lembaga *tahkīm* telah dikenal sejak zaman pra-Islam bahkan digunakan di masa Rasūlullah SAW.

³⁴ Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 41.

Eksistensi dari majelis *tahkīm* atau badan arbitrase sangat dianjurkan dalam Islam untuk mencapai kesepakatan yang mengandung *maṣlahat* bagi kedua belah pihak dan ketertiban umum dalam penyelesaian sengketa di bidang *mu'amalah* (perdata).³⁵

Lembaga *tahkīm* telah dikenal sejak zaman pra Islam. Pada masa itu, meskipun belum terdapat sistem peradilan yang teroganisir, setiap ada perselisihan mengenai hak milik, waris dan hak-hak lainnya seringkali diselesaikan melalui bantuan juru damai atau wasit yang ditunjuk oleh masing-masing pihak yang berselisih. Dasar pemberlakuan lembaga arbitrase dalam Islam dapat disandarkan kepada teks hukum yang ada dalam *al-Qur'ān* antara lain terdapat dalam Surat al-Nisā Ayat 35 yang artinya :

Jika kamu khawatir ada persengketaan di antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufiq kepada suami isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal".

Dengan demikian maka dapat di simpulkan bahwa yang dimaksud dengan *hakam* dalam ayat diatas adalah juru damai di antara suami istri yang bersengketa. Meskipun demikian, walaupun dalam ayat di atas yang disebutkan adalah juru damai terhadap suami isteri, namun dengan menggunakan metode analogi atau kias dapat dikembangkan atau diperluas ke dalam persengketaan bidang lain seperti sengketa bidang ekonomi dan investasi.³⁶

³⁵ Yeyen widiyanti, "Prinsip Arbitrase Syari'at Dalam Mengatasi Pembiayaan Bermasalah Di Bank Syari'at Mandiri Kedaton Bandar Lampung", (Undergraduate Thesis: IAIN Metro, 2020), 14.

³⁶ Yusna Zaidah, ,, "Lembaga Arbitrase Islam Di Indonesia"" , *Al'Adl*, Vol. VIII No. 3 (2016), 124.

8. Teorisasi investasi asing

Hukum Nasional, Perjanjian Internasional, dan Kontrak Investasi tidak secara seragam mengatur definisi dari investasi. Bahkan, institusi yang sengaja dibentuk untuk menyelesaikan sengketa khusus investasi, seperti *International Centre for Settlement of Investment* (ICSID) hanya menyebutkan investasi dalam ICSID tanpa menjelaskan definisi dan ruang lingkungannya. Definisi dari investasi dalam ICSID baru menjadi jelas setelah adanya kasus *Salini vs. Marocco* (*Salini Case*), dimana tribunal menentukan kriteria-kriteria suatu aset disebut sebagai investasi jika memiliki lima kriteria, yaitu : waktu/durasi (*duration*), peraturan terkait laba/keuntungan (*regularity of profit*), perkiraan terkait resiko (*assumption of risk*), isi/substansi dalam perjanjian (*substantial commitment*), kepentingan dari negara penerima modal (*host state*) (*significance for the host state's development*). Sornarajah mendefinisikan investasi asing adalah:

*Foreign Investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets*³⁷.

Investasi asing adalah kegiatan menanam modal dalam bentuk aset baik itu aset berwujud maupun tidak berwujud dari satu negara ke negara lainnya dengan tujuan untuk menghasilkan keuntungan dari aset yang di tanamkan.

9. Peran penting investasi asing

Sebuah negara tidak dapat tumbuh dan berkembang jika hanya mengandalkan sumber daya lokal. Setiap negara tentu tidak memiliki seluruh keunggulan seperti sumber daya alam, teknologi, sumber daya manusia, stabilitas politik dan kepastian hukum.

³⁷ Muhammad Iqbal Hasan, *Hukum Investasi Internasional, Teori dan Implementasi* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2021), 4.

Masing-masing negara mungkin memiliki sedikit dari keunggulan tersebut, sehingga untuk mengimbangi kebutuhan yang diperlukan negara yang mana kebutuhan itu tidak dimiliki negara, maka negara perlu mengadakan kerja sama dengan negara lain untuk menghubungkan kekuatan tersebut.

Mengenai peran modal asing terhadap suatu negara dapat dilihat dari teori *classical theory*, *dependence theory*, dan *middle path theory*. Berdasarkan *classical theory*, investasi asing sepenuhnya bermanfaat kepada negara tuan rumah, investasi asing dapat membawa teknologi baru dan canggih yang tidak dimiliki negara tuan rumah, menciptakan lapangan kerja, pembangunan infrastruktur, dan lainnya. Sedangkan berdasarkan *dependence theory*, investasi asing justru tidak membawa manfaat bagi negara tuan rumah, investasi asing tidak membawa perkembangan ekonomi, tetapi justru membuat negara tuan bergantung secara terus menerus kepada investor. Selanjutnya *middle path theory* mengambil jalan tengah terkait manfaat investasi asing, menurut teori ini investasi asing memiliki manfaat seperti yang dipaparkan oleh *classical theory*, tetapi juga menyisakan resiko seperti memberikan transfer teknologi yang sudah ketinggalan zaman dan masalah-masalah lainnya.³⁸

Sejumlah studi FDI mengatakan bahwa investasi asing memberikan banyak perkembangan teknologi, membantu pembentukan sumber daya manusia, berkontribusi pada perdagangan internasional, membantu menciptakan lingkungan bisnis yang lebih kompetitif dan meningkatkan pengembangan perusahaan. Modal asing bisa menjadi salah satu alternatif permodalan suatu negara. Dengan adanya penggunaan modal asing oleh pihak asing maka resiko kerugian komersial akan ditanggung oleh pemilik modal, selain

³⁸ Muhammad Iqbal Hasan, *Hukum Investasi Internasional, Teori dan Implementasi* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2021), 11.

itu dengan adanya modal asing maka negara dapat memakai modal yang dimiliki negara untuk memenuhi kepentingan negara itu sendiri, sedangkan modal asing digunakan untuk kepentingan lainnya.³⁹

10. Para pihak yang terlibat sengketa dalam RCEP

a. Sengketa antara pedagang/investor dengan pedagang/investor

Sengketa yang terjadi antara dua pedagang atau investor adalah sengketa yang cukup sering terjadi bahkan bisa hampir setiap hari. Untuk menyelesaikan sengketa ini maka para pihak diberikan kebebasan untuk memilih jalan atau alternatif penyelesaian sengketa yang akan mereka tempuh. Mereka juga diberi kebebasan untuk menentukan hukum yang akan mereka gunakan di pengadilan yang mengadili sengketa mereka, tentunya hal itu berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak. Namun kebebasan dalam penentuan itu diatur oleh Undang-Undang, kebebasan memilih itu di bolehkan selama tidak melanggar Undang-Undang yang berlaku dan ketertiban umum⁴⁰.

b. Sengketa antara pedagang/investor dengan negara.

Sengketa yang terjadi antara pedagang/investor sudah lazim terjadi, hal ini karena pedagang/investor juga melakukan perjanjian kerja sama dan menandatangani kontrak dengan negara secara langsung. Biasanya perjanjian yang melibatkan investor dengan negara secara langsung menggunakan kontrak dengan jumlah yang besar seperti kontrak di bidang perdagangan, yang menjadi masalah adalah konsep imunitas negara yang diakui hukum internasional. Konsep imunitas ini berpengaruh terhadap keputusan pedagang/investor untuk memutuskan penyelesaian sengketa. Inti

³⁹ Muhammad Iqbal Hasan, *Hukum Investasi Internasional, Teori dan Implementasi* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2021), 11.

⁴⁰ Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 194.

permasalahannya adalah dengan adanya konsep imunitas ini, sebuah negara dalam keadaan apapun tidak dapat diadili dihadapan badan-badan peradilan asing. Tetapi, hukum internasional bersifat fleksibel, oleh karenanya dalam hukum internasional terdapat prinsip *jure imperii* dan *jure gestiones*. *Jure imperii* adalah tindakan yang dilakukan negara dibidang publik dalam kapasitasnya sebagai suatu negara yang berdaulat, sehingga tindakan yang diambil negara ini tidak dapat diadili di muka peradilan. Sedangkan *jure gestiones* adalah tindakan negara dalam bidang dagang atau keperdataan. Tindakan seperti ini adalah tindakan yang dalam kapasitasnya seperti perorangan (pedagang/investor atau pribadi), sehingga tindakan ini dianggap sebagai tindakan atas nama pribadi. Oleh karena itu, jika tindakan tersebut menimbulkan sengketa maka dapat dibawah ke ranah peradilan umum seperti arbitrase dan lain-lain. Negara yang mengajukan bantahan bahwa suatu badan peradilan tidak memiliki yurisdiksi untuk mengadili negara sebagai pihak dalam sengketa bisnis, biasanya ditolak, karena badan peradilan umum biasanya menggunakan konsep *jure gestiones*⁴¹.

11. Hukum internasional dan hukum Islam

a. Hukum internasional

Hukum internasional dimaknai sebagai hukum internasional publik. Jeremy Bentham adalah seorang ahli hukum sekaligus filsuf utilitarianisme yang mengenalkan istilah hukum internasional pertama kali. Hukum internasional secara sederhana dapat dipahami sebagai aturan yang dibuat dan ditujukan oleh dan untuk

⁴¹ Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 195.

negara-negara berdaulat.⁴² Cakupan pengertian terkait hukum internasional dikemukakan secara komprehensif oleh Ivan A. Shearer yang mengatakan bahwa hukum internasional adalah sekumpulan peraturan hukum yang harus dipatuhi oleh negara-negara yang merupakan subjek hukum internasional dan yang mengatur hubungannya satu sama lain, memuat aturan-aturan hukum yang berhubungan dengan fungsi-fungsi dari organisasi-organisasi, hubungan antara institusi dan organisasi tersebut, serta hubungan antara institusi dan organisasi-organisasi tersebut dengan negara dan individu-individu, serta memuat aturan-aturan hukum yang mengikat individu-individu yang menjadi perhatian komunitas internasional.

Sebagaimana yang dimuat dalam Pasal 2 Ayat (1) dari Konvean Internasional mengenai Hak-Hak Sipil dan Politik atau *the International Conveant on Civil and Political Rights* (ICCPR):

“Bahwa setiap negara wajib menghormati dan menjamin setiap hak-hak individu. dalam hal tidak terdapatnya aturan-aturan yang terkait, negara wajib membuat aturan-aturan lokal, bahkan bila perlu membuat melalui perjanjian bilateral dan multilateral. Setiap negara berkewajiban untuk menunjukkan itikad baik untuk mematuhi ketentuan hukum internasional baik hukum material maupun hukum proseduralnya.”⁴³

Berdasarkan hal tersebut maka dapat disimpulkan bahwa Hukum Internasional memiliki kekuatan yang sangat memaksa untuk siapapu yang terikat dengannya harus mematuhi.

b. Hukum Islam

Muhammad Thāhir Azhāriy mengatakan bahwa hakikat dari hukum Islam adalah *syarī'at* yang merupakan cara hidup yang berasal dari nilai-nilai abadi dan mutlak,

⁴² Jahawir Thontowi, Pranoto Iskandar, “Hukum Internasional Kontemporer”, PT Refika Aditama (Bandung : 2006), 5.

⁴³ Jahawir Thontowi, Pranoto Iskandar, “Hukum Internasional Kontemporer”, 8.

diwahyukan dengan keseluruhan amanah *al-Qur''ān*. Sebagaimana yang dirumuskan oleh Garudy bahwa, cara hidup yang berasal dari nilai-nilai abadi dan mutlak itu memberikan kewenangan yang luas kepada manusia untuk merinci dan mengembangkannya, karena cara hidup pada umumnya berisi prinsip-prinsip dasar atau kaidah-kaidah pokok yang berkaitan dengan berbagai aspek kemasyarakatan.⁴⁴

Dalam istilah *ushūl fiqh*, yang dimaksud dengan hukum Islam adalah adalah firman Allah yang berkaitan dengan perbuatan *mukallāf*. Atau dengan kata lain, Hukum Islam adalah seperangkat aturan yang ditetapkan secara langsung dan tegas oleh Allah SWT atau ditetapkan pokok-pokoknya untuk mengatur hubungan antara manusia dan tuhan, manusia dan sesamanya serta manusia dengan alam semesta⁴⁵.

Sebagai satu kesatuan yang utuh, segala perbuatan yang dilakukan oleh manusia dalam perspektif Islam haruslah sesuai dengan *syarī''at* dengan memperhatikan hubungan segitiga yaitu, hubungan vertikal dengan Allah (*hablun min Allah*), horizontal dengan sesama manusia (*hablun min al-nās*). Perpaduan antara *hablun min Allah* dan *hablun min al-nās* tidak kita temukan dalam hukum-hukum lainnya, baik hukum Romano Germanic di Eropa Kontinental, Hukum Sosialis-Legalis di negara-negara komunis maupun *common law* di negara-negara anglosaxon, karena hukum-hukum itu bersifat sekuler yaitu memisahkan urusan manusia dengan Tuhan⁴⁶.

⁴⁴ Harifin A. Tumpa, Mahfud MD, *Asas-asas Negara Hukum Modern dalam Islam, Kajian Komprehensif Islam dan ketatanegaraan* (Yogyakarta: LKIS Yogyakarta, 2010), 109.

⁴⁵ Harifin A. Tumpa, Mahfud MD, *Asas-asas Negara Hukum Modern dalam Islam, Kajian Komprehensif Islam dan ketatanegaraan*, 94.

⁴⁶ Harifin A. Tumpa, Mahfud MD, *Asas-asas Negara Hukum Modern dalam Islam, Kajian Komprehensif Islam dan ketatanegaraan*, 96.

Hans Kelsen (1881-1973) mengemukakan sebuah teori bahwa suatu peraturan hukum itu sifatnya berjenjang, dari yang paling rendah hingga mendapat keabsahan berlakunya pada aturan yang lebih tinggi, kemudian aturan yang lebih tinggi mendapat keabsahan dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi lagi, yang dimaksud dari berjenjang adalah menurun dari norma positif yang tertinggi hingga perwujudannya yang paling rendah⁴⁷.

Perjenjangan tentang tata urutan hukum sudah dikenal sejak Islam ada yang mana tata urutan tersebut mencantumkan *al-Qur''ān* dan *Hadīst* sebagai sumber hukum tertinggi dalam Islam. Mekan dapat dikatakan bahwa perjenjangan yang disampaikan oleh Hans Kelsen sebenarnya diadopsi oleh Hukum Islam, hal ini bisa dibuktikan dengan ketika barat menjajah dan menguasai bangsa-bangsa Islam di Asian dan Afrika, kalangan orientalis melakukan penelitian tentang agama dan kebudayaan timur pada umumnya, dari kegiatan tersebut mereka kemudian menemukan berbagai aspek dari kebudayaan Islam serta teori-teori Hukum Islam.

Menurut pendapat yang dikemukakan oleh sarjana (Marcel Boissard dan Theodor Landscheit yang merupakan sejarawan Eropa), mereka mengatakan bahwa Hukum Internasional tidak murni berasal dari hukum yang eksklusif peninggalan bangsa eropa, Hukum Internasional modern telah dipengaruhi oleh berbagai peradaban-peradabn yang terjadi dahulu salah satunya adalah peradaban Islam, yang

⁴⁷ Harifin A. Tumpa, Mahfud MD, *Asas-asas Negara Hukum Modern dalam Islam, Kajian Komprehensif Islam dan ketatanegaraan*, (Yogyakarta: LKIS Yogyakarta, 2010), 111.

mana umat Islam dahulu adalah pemegang kendali ekonomi terbesar melebihi Eropa.⁴⁸

Madjid Khadduri selaku salah satu pakar Hukum Internasional modern mengatakan bahwa sistem Hukum Internasional lebih cenderung ke Hukum Islam dibanding Kristen, hal ini karena dalam hukum Kristen pengaturannya lebih agresif dan mengutamakan penaklukan seperti yang tercantum dalam perjanjian lama dan baru. Sedangkan dalam Hukum Islam pengaturan mengenai hukum perang diatur secara komprehensif dan tertata serta mengatur hal-hal yang tidak boleh dilakukan selama peperangan berlangsung seperti tidak membunuh orang tua, wanita dan anak-anak serta lingkungan yang tidak dibolehkan untuk diserang karena terdapat orang-orang yang harus dilindungi didalamnya. Hukum Islam juga mengatur tentang memberi pengaruh kepada hukum internasional terkait pertukaran tawanan perang yang mana sistem ini berawal sejak kepemimpinan khalifah *Hārūn al-Rasyīd*⁴⁹.

Berdasarkan hal di atas maka dapat disimpulkan bahwa Hukum Islam dan Hukum Internasional memiliki keterikatan dan tidak ada pertentangan didalamnya. Padanan dari pengertian Hukum Internasional dalam Hukum Islam disebut dengan *siyār*, yang mana *siyār* ini merupakan cabang dari ilmu *syarī'at* itu sendiri. Didalam *siyār* terdapat beberapa pembagian hubungan yaitu hubungan antara negara muslim dan non-muslim, juga hubungan sesama negara muslim. karena *siyār* merupakan bagian dari perkembangan konsep *syarī'at* maka ia tetap berlandaskan kepada *al-Qur'ān*

⁴⁸ Hilman Ramadhani, "Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)", *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 35.

⁴⁹ Hilman Ramadhani, "Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)", *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 37.

dan *Hadīst*. Selain itu *siyār* memiliki beberapa sumber tambahan seperti praktek-praktek perjanjian yang dilakukan oleh empat khalifah kita⁵⁰.

Sejauh ini terdapat berbagai macam sumber tambahan yang dibuat oleh pemimpin Islam dan non Islam saat ini dalam bentuk perjanjian tertulis, seperti traktat, instruksi yang resmi yang dibuat oleh pemimpin negara kepada bawahannya, pendapat ahli Hukum Islam, berbagai putusan arbitrase, hukum nasional suatu negara yang terkait dengan *siyār*. Berdasarkan hal tersebut maka tidak ada pertentangan antara hukum internasional dan konsep *siyār* dalam hal melihat dari sumber-sumber *siyār* tersebut hampir sama dengan sumber-sumber yang dalam ICJ (*International Court of Justice*)⁵¹.

12. Peran Hukum Internasional

Hukum Internasional memiliki peranan besar dalam menyelesaikan sengketa internasional:⁵²

- a. Pada prinsipnya Hukum Internasional berupaya agar hubungan antar negara terjalin lewat ikatan persahabatan (*friendly relations among states*) dan tidak mengharapkan adanya persengketaan
- b. Hukum Internasional memberikan aturan-aturan pokok kepada negara-negara yang bersengketa untuk menyelesaikan sengketa.

⁵⁰ Hilman Ramadhani, “Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)”, 38.

⁵¹ Hilman Ramadhani, “Tinjauan Yuridis Eksistensi *Instrumen Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)”, *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 39.

⁵² Haula Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 8.

- c. Hukum Internasional memberikan pilihan yang bebas kepada para pihak yang bersengketa tentang cara, prosedur, atau upaya yang seyogyanya ditempuh untuk menyelesaikan sengketa.
- d. Hukum Internasional modern semata-mata menganjurkan cara penyelesaian secara damai, apakah sengketa itu sifatnya antarnegara atau antarnegara dengan subjek Hukum Internasional lainnya.

13. Hukum Islam, *Syar'at* dan fiqih.

a. Hukum Islam

Hukum dalam pengertian *ushūl fiqh* adalah apa yang dikedaki oleh *syar'ī* (pembuat hukum) dalam hal ini yang di sebut dengan *syar'ī* adalah Allah. Ketentuan *syar'ī* ditentukan didalam *al-Qur'ān* dan *al-Sunnah*⁵³. Kemudian kata hukum ini disandingkan dengan kata Islam sebagai tujuan untk memberikan pemahaman lebih rinci terkait aturan-aturan yang terdapat dalam Islam, yang mana pengertian dari Hukum Islam adalah seperangkat aturan-aturan yang berasal dari *al-Qur'ān* dan *Sunnah* yang mengatur perbuatan manusia atau mukallāf yang diyakini dan diakui yang bersifat mengikat kepada setia pemeluknya.

Artinya Hukum Islam ini berasal dari wahyu-wahyu yang diterima oleh Rasūlullah SAW dan *hadīst* serta sunnahnya yang mengatur setiap perbuatan manusia yang bersifat lahiriyah dan dapat dikenai hukum yang mana hukum tersebut bersifat mengikat dan memaksa bagi setiap manusia yang dapat dikenai hukum. Sumber Hukum Islam pada dasarnya ada dua macam yaitu:⁵⁴

⁵³ H. Amir Syarifuddin, "Ushul Fiqih Jilid 2", penerbit Kencana Prenada Media Group, (Jakarta : 2008), 1.

⁵⁴ H. Amir Syarifuddin, "Ushul Fiqih Jilid 2", 12.

- 1) Sumber hukum yang bersifat tekstual atau sumber tertulis yaitu sumber yang langsung berdasarkan kepada *al-Qur''ān* dan *Sunnah* nabi.
- 2) Sumber non-tekstual yaitu sumber yang tidak langsung dari sumber *al-Qur''ān* seperti *istishhān* dan *qiyās*. Meskipun hukum ini tidak langsung dari *al-Qur''ān* tetapi hakikatnya tetap digali dan disandarkan pada *al-Qur''ān* dan *Sunnah*.

b. *Syarī''at*

Dalam istilah bahasa jika disebut "*syarī''at*" maka ia mengandung dua makna:

- 1) Jalan yang lurus
- 2) Sumber air yang mengalir yang dipakai untuk minum

Sedangkan menurut istilah, ahli fiqih mendefinisikan bahwa yang dimaksud dengan *syarī''at* adalah Hukum-hukum yang ditetapkan oleh Allah kepada hamba-Nya melalui lisan seorang rasul dari para Rasul-Nya agar mereka beriman dan beramal dengan semua konsekuensi sehingga mereka bahagia dunia dan akhirat. Hukum-hukum ini dinamakan *syarī''at* karena ia lurus dan paten, aturannya tidak menyimpang, tidak melenceng dari tujuan asalnya seperti jalan besar yang lurus tidak ada yang berkelok dan bengkok. Maka dapat disimpulkan bahwa *syarī''at* Islam adalah kumpulan dari beberapa hukum yang ditetapkan oleh Allah kepada semua manusia melalui lisan Rasul-Nya Muhammad baik dalam kitab-Nya maupun *Sunnah* Rasul-Nya.

c. Hubungan *Syarī''at* dan fiqih

Syarī''at adalah hukum-hukum yang bersumber dari *al-Qur''ān* dan *sunnah* seperti wajib, sunnah, haram, makruh, mubah, sesuatu yang menjadi syarat, sesuatu yang menjadi sebab, penghalang bagi sesuatu yang lain, akad menjadi sah, batal dan rusak.

Artinya bahwa *syarī'at* adalah hukum yang mengatur segala sesuatu yang berkaitan dengan perintah dan larangan oleh Allah SWT melalui *al-Qur'ān* dan *Sunnah*. Fiqih adalah ilmu yang mempelajari hukum-hukum *syarī'* yang diambil dari dalil-dalil secara terperinci. Maka, dapat disimpulkan bahwa fiqih adalah proses atau cara dalam memperoleh suatu hukum melalui para *fuqaha* yang memiliki kemampuan untuk menggali hukum *syāra'* dari dalil-dalil-Nya, yang mana hukum *syāra'* tersebut adalah kumpulan beberapa hukum dan kaidah yang dibawa *al-Qur'ān* dan juga *Sunnah* Rasulullah SAW. Sehingga *syarī'at* adalah kumpulan dari hukum-hukum dan fiqih adalah cara yang dilakukan untuk mengetahui kaidah hukum atau ketentuan tersebut.⁵⁵

14. Al-Maṣlahat.

a. Tinjauan umum *maṣlahat*

Maṣlahat berasal dari kata “*salaha*” yang berarti perbuatan-perbuatan yang mendorong kepada kebaikan manusia. Secara umum, *maṣlahat* berarti segala sesuatu yang bermanfaat bagi manusia, baik dalam arti menarik atau menghasilkan kebaikan atau dalam arti menolak atau menghindari keburukan atau kemudharatan. Para ulama mendefinisikan *maṣlahat* dengan berbagai pengertian, seperti :

- 1) *Al-Ghazāliy* menjelaskan bahwa menurut asalnya *maṣlahat* itu berarti sesuatu yang mendatangkan manfaat (keuntungan) dan menjauhi kerusakan. Hakikat *maṣlahat* menurut beliau adalah “memelihara tujuan *syāra'* dalam menetapkan hukum”, tujuan *syāra'* dalam menetapkan hukum ada lima, yaitu: memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.

⁵⁵ Rasyad Hasan Khalil, *Tarikh Tasyri' Sejarah Legislasi Hukum Islam* (Jakarta: Penerbit AMZAH, 2018), 7.

- 2) *Al-Khawārizmiy* menjelaskan definisi *maṣlahat* dengan pengertian, memelihara tujuan *syāra*” dalam menetapkan hukum dan cara menghindarkan kerusakan dari manusia.
- 3) *Al-Sysyartibiy* mengartikan *maṣlahat* itu dengan pengertian, sesuatu yang kembali kepada tegaknya kehidupan manusia, sempurna hidupnya, tercapai apa yang dikehendaki oleh sifat syahwati dan aklinya.
- 4) *Al-Thūfiy* dinukil oleh „*Ūsuf Hāmid al-„Ālim* dalam bukunya *al-Maqāshid al-„Ammah li al-Syar”īati al-Islamiyyah* mendefinisikan bahwa *maṣlahat* adalah ungkapan dari sebab yang membawa kepada tujuan *syāra*” dalam bentuk ibadah atau adat.

Dari beberapa definisi diatas, maka dapat disimpulkan bahwa *maṣlahat* adalah segala sesuatu yang dapat membawa kita kepada kebaikan yang sesuai dengan hukum *syāra*” dan menghindarkan dari segala keburukan atau *kemudharatan* yang dilarang oleh hukum *syāra*”.

b. Pembagian maṣlahat

- 1) *Maṣlahat Mu”tabarah* adalah *maṣlahat* yang diperhitungkan oleh *syar”ī*. Adanya petunjuk *syar”ī* baik secara langsung maupun tidak langsung, yang memberikan petunjuk pada adanya *maṣlahat* yang menjadi alasan dalam menetapkan hukum. *maṣlahat* jenis ini terbagi menjadi dua:
 - a. *Munāsib mu”āsir* yaitu adanya petunjuk langsung dari pembuat hukum *syar”ī* yang memperhatikan *maṣlahat* tersebut. Maksudnya adalah adanya petunjuk *syāra*” dalam bentuk *nāsh* atau *ijma*” yang menetapkan bahwa *maṣlahat* itu dijadikan alasan dalam menetapkan hukum

- b. *Munāsib mula*“im yaitu tidak ada petunjuk langsung dari *syāra*“ baik dalam bentuk *nāsh* atau *ijma*“ tentang perhatian *syāra*“ terhadap maṣlahat tersebut, namun secara tidak langsung ada. Maksudnya, meskipun *syāra*“ secara langsung tidak menetapkan sesuatu keadaan menjadi alasan untuk menetapkan hukum yang disebutkan, namun ada petunjuk *syāra*“ bahwa keadaan itulah yang ditetapkan *syāra*“ sebagai alasan hukum yang sejenis.
- 2) *Maṣlahat mulghah*. *Maṣlahat* ini dianggap baik oleh akal, tetapi dengan hukum *syāra*“. Hal ini berarti akal menganggapnya baik dan sejalan dengan tujuan *syāra*“ akan tetapi *syāra*“ menetapkan hukum yang berlainan dengan apa yang dituntut oleh *maṣlahat*. Contohnya adanya emansipasi wanita dimana tujuannya untuk menyamakan derajat wanita dengan lelaki. Bahkan menyamakan dalam hal waris, yang mana meminta pembagian waris antara wanita dan laki-laki disamaratakan. Hal ini diterima baik oleh akal, tetapi dengan hukum *syāra*“, sebab hukum *syāra*“ telah menetapkan bahwa pembagian waris antara laki-laki dan perempuan adalah berbeda dua kali lipat, hal ini telah ditegaskan dalam *al-Qur”ān*. Inilah yang disebut dengan diterima baik oleh akal tetapi bertentangan dengan hukum *syāra*“.
- 3) *Maṣlahat mursalah* atau yang disebut dengan *istishlah*, yaitu sesuatu yang dipandang baik oleh akal sejalan dengan tujuan *syarī”at* dalam menetapkan hukum, namun tidak ada petunjuk *syāra*“ yang memperhitungkannya dan tidak petunjuk *syāra*“ yang menolaknya. *Maṣlahat* ini dapat dijadikan sebagai metode ijtihad.

Maṣlahat mursalah adalah sesuatu yang baik menurut akal dengan pertimbangan dapat mewujudkan kebaikan atau menghindarkan keburukan bagi manusia, apa yang baik

menurut akal itu juga selaras dengan tujuan *syāra*” dalam menetapkan hukum, apa yang baik menurut akal dan selaras dengan tujuan *syāra*” tersebut tidak ada petunjuk *syāra*” secara khusus yang bisa menolaknya, juga tidak ada petunjuk *syāra*” yang bisa mengakuinya.

Para ulama berpendapat bahwa *maṣlahat mursalah* dapat dijadikan sebagai metode ijtihad jika maṣlahat tersebut tidak bertentangan dengan hukum *syāra*” serta *maṣlahat* ini bersifat *dharūri*/penting, pasti, dan menyeluruh dalam kehidupan umat. Pendapat para ulama yang membolehkan berijtihad dengan menggunakan metode maṣlahat mursalah:

- 1) Adanya *takrīr* atau pengakuan Nabi atas penjelasan Mu“az ibn Jabal yang akan menggunakan *ijtihād bil ra“yī* bila tidak menemukan ayat *al-Qur“ān* dan *Sunnah* nabi untuk menyelesaikan suatu permasalahan. Penggunaan ijtihad ini menggunakan nalar yang dianggap *maṣlahat* .
- 2) Adanya praktek atau amaliah yang sangat luas dikalanga para sahabat nabi tentang penggunaan *maṣlahat mursalah* sebagai suatu keadaan yang sudah diterima oleh para sahabat tanpa saling menyalahkan, seperti : pemilihan Abu Bakar sebagai Khalifah yang dilakukan oleh para sahabat nabi, pencetakan mata uang dimasa „Umar bin Khattab, penyamaan baca *al-Qur“ān (qirī“at)* pada masa „Usmān.
- 3) Suatu *maṣlahat* jika telah nyata kemashlahatannya dan telah sejalan dengan hukum *syāra*”, maka *maṣlahat* tersebut telah memenuhi tujuan *syarī“at* meskipun tidak ada dalil khusus yang mendukungnya.
- 4) Jika dalam keadaan darurat tidak membolehkan *maṣlahat* sebagai metode ijtihad, maka akan membuat umat dalam kesulitan, padahal Allah menghendaki kemudahan bagi setiap hamba-Nya.

Syarat khusus untuk dapat berijtihad dengan *maṣlahat mursalah* adalah :

- 1) *Maṣlahat* tersebut harus benar-benar dapat diterima oleh akal sehat dan benar-benar mendatangkan manfaat bagi manusia serta menghindarkan kemudharatan
- 2) *Maṣlahat* tersebut telah dinilai baik oleh akal sehat serta sesuai dengan hukum *syāra*” dalam menetapkan setiap hukum
- 3) Dalam penetapan hukum suatu *maṣlahat* tidak bertentangan dengan dalil *syāra*” yang telah ada baik dalam bentuk *nāsh al-Qur’ān* maupun *Sunnah* Nabi.
- 4) *Maṣlahat mursalah* itu diamalkan dalam kondisi yang memerlukan, yang mana jika *maṣlahat* tidak diselesaikan dengan cara maka akan mendatangkan kemudharatn bagi umat.

c. Relevansi *maṣlahat mursalah* di masa kini dan mendatang

Dewasa ini permasalahan yang dihadapi manusia semakin beragam sesuai dengan perkembangan zaman, permasalahan itu harus dihadapi umat Islam yang menuntut jalan keluar dari adanya masalah tersebut. Dalam kondisi seperti ini kita akan berhadapan dengan beberapa masalah terkait *maṣlahat* yang secara akal dapat dinilai baik buruknya untuk menetapkan hukumnya. Dalam upaya untuk mencari solusi, umat Islam ditempatkan dalam tatanan hukum agama, maka *maṣlahat mursalah* ini dapat dijadikan sebagai salah alternatif untuk berijtihad.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Tinjauan Hukum Penanaman Modal Di Indonesia Terhadap ISDS (Investor State Dispute Settlement)

Sejak tahun 2019 lalu ASEAN dan enam negara mitranya merancang perundingan perjanjian perdagangan bebas yang diberi nama *Regional Comprehensive Economic Partnership* atau yang disebut dengan Kemitraan Ekonomi Komprehensif Regional. Perjanjian RCEP ini bertujuan agar ASEAN memperluas dan memperdalam keterlibatan ekonomi dengan mitra perjanjian perdagangan bebasnya. Inisiatif ini dibuat berdasarkan respon ASEAN untuk menjaga *ASEAN Centrality* terhadap usulan China mengenai pembentukan *East Asia Free Trade Agreement* (ASEAN+3) dan usulan Jepang yang menginginkan *Closer Economic Partnership in East Asia* (ASEAN+6), tingkat liberalisasi perdagangan barang pada kerja sama perdagangan bebas ASEAN (ATIGA) dan ASEAN+1 (AANZFTA, ACFTA, AIFTA, AJCEP, AKFTA) yang mempunyai rata-rata sekitar 90 persen sehingga untuk mengoptimalkan perdagangan di kawasan regional perlu dibuat satu kerja sama perdagangan bebas dikawasan regional yang lebih luas.⁵⁶

Secara historis penanaman modal asing di Indonesia sudah bukan merupakan hal baru lagi, mengingat penanaman modal asing sudah ada sejak masa penjajahan dahulu. Namun kehadiran penanaman modal asing pada zaman penjajahan dulu dan pada masa sekarang tentu memiliki perbedaan, dikarenakan tujuan penanaman modal asing yang dilakukan pada masa penjajahan sepenuhnya untuk menguntungkan pihak penjajah,

⁵⁶ Ragimun, „Kerja Sama Perdagangan Bebas Barang Pada Forum RCEP Bagi Indonesia“” *Jurnal Ekonomi & Kebijakan Publik*, Vol. 09 No. 1 (2018), 69.

bukan untuk kepentingan dan kesejahteraan bangsa Indonesia.⁵⁷ Penanaman modal asing di Indonesia memiliki peran yang sangat penting dalam mensejahterakan bangsa Indonesia sebagai penunjang pembangunan nasional. Hal ini dikarenakan pembangunan nasional membutuhkan biaya yang sangat besar yang diharapkan dapat menunjang pertumbuhan ekonomi Indonesia.

Peningkatan penanaman modal asing di Indonesia tidak dapat berjalan dengan baik jika iklim investasi di Indonesia tidak kondusif. Suatu negara perlu bekerja lebih keras untuk menciptakan iklim investasi yang kondusif sehingga bisa menarik investor asing untuk menanamkan modalnya ke negaranya. Salah satu isu klasik yang sangat signifikan dalam menciptakan iklim investasi yang kondusif di Indonesia adalah terkait dengan masalah penegakan hukum (*law enforcement*), selain itu terdapat masalah lainnya seperti keamanan, stabilitas politik, dan keterbatasan infrastruktur. Dalam melakukan penegakkan hukum, maka di perlukan tiga unsur, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan harus yang berjalan secara sinergis.⁵⁸

Penanaman modal tidak dapat dipisahkan dengan masalah kepastian hukum, karena dalam melakukan investasi hal yang pertama yang harus di perhatikan adalah terkait kepastian hukum dan ketentuan-ketentuan yang berlaku di negara yang akan ditanamkan modalnya. Kepastian hukum ini tidak hanya berlaku untuk penanaman modal saja, tetapi juga untuk bidang-bidang lain baik yang bersifat sektoral maupun lintas sektoral. Oleh

⁵⁷ Martines Eklesia, „Penyelesaian Sengketa Investor Asing Dalam Mekanisme *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) dan Implikasinya Dalam Sistem Hukum Indonesia”, *Lex Administratum*, Vol 10 No 5(2022), 253.

⁵⁸ Martines Eklesia, „Penyelesaian Sengketa Investor Asing Dalam Mekanisme *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) dan Implikasinya Dalam Sistem Hukum Indonesia, 254.

karena itu undang-undang penanaman modal mengatur terkait asas-asas yang perlu diperhatikan dalam melakukan penanaman modal, yaitu:

1. Kepastian hukum: asas dalam negara hukum yang meletakkan hukum dan ketentuan Peraturan Perundang-undangan sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam bidang penanaman modal (penjelasan Pasal 3 Ayat (1) Huruf a Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)
2. Keterbukaan: asas yang terbuka terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang kegiatan penanaman modal (penjelasan Pasal 3 Ayat (1) Huruf b Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)
3. Akuntabilitas: asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari penyelenggaraan penanaman modal harus di pertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (penjelasan Pasal 3 Ayat (1) Huruf c Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)
4. Perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara: asas perlakuan dan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan Peraturan Perundang-undangan, baik antara penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing maupun antara penanaman dari suatu negara asing dan penanaman modal dari negara asing lainnya.
5. Kebersamaan: asas yang mendorong peran seluruh penanaman modal secara bersama-sama dalam kegiatan usahanya untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat.

6. Efisiensi berkeadilan: asas yang mendasari pelaksanaan penanaman modal dengan mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing.
7. Berkelanjutan: asas yang secara terencana mengupayakan berjalannya proses pembangunan melalui penanaman modal untuk menjamin kesejahteraan dan kemajuan dalam segala aspek kehidupan baik untuk masa kini maupun masa yang akan datang.
8. Berwawasan lingkungan: asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap memperhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup.
9. Kemandirian: asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap mengedepankan potensi bangsa dan negara dengan tidak menutup diri pada masuknya modal asing demi terwujudnya pertumbuhan ekonomi.
10. Keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional: asas yang berupaya menjaga keseimbangan kemajuan ekonomi wilayah dalam kesatuan ekonomi nasional.⁵⁹

Selain diatur dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, terdapat beberapa aturan di Pasal lain yang menerapkan prinsip-prinsip Hukum Investasi Internasional. Prinsip *full protection and security* dimuat dalam pasal 30 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal bahwa pemerintah daerah menjamin kepastian dan keamanan berusaha bagi pelaksanaan

⁵⁹ Martines Eklesia, „Penyelesaian Sengketa Investor Asing Dalam Mekanisme *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) dan Implikasinya Dalam Sistem Hukum Indonesia”, *Lex Administratum*, Vol 10 No 5(2022), 255.

penanaman modal. Pasal 14 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal berisi prinsip perlindungan kepada penanam modal untuk mendapatkan hak berupa:

1. Kepastian hak, hukum dan perlindungan
2. Informasi yang terbuka mengenai bidang usaha yang dijalankannya
3. Hak pelayanan
4. Berbagai bentuk fasilitas kemudahan sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.⁶⁰

Terkait pengertian penanaman modal asing sendiri telah dijelaskan dalam Pasal 1 Angka 9 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal. Penanaman modal asing adalah kegiatan menanamkan modal atau usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri. Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah mufakat (Pasal 32 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal). Apabila penyelesaian sengketa secara musyawarah dan mufakat tidak mencapai kesepakatan, penyelesaian sengketa tersebut dalam dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan (Pasal 32 Ayat (4) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal).

⁶⁰ Martines Eklesia, „Penyelesaian Sengketa Investor Asing Dalam Mekanisme *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) dan Implikasinya Dalam Sistem Hukum Indonesia”, *Lex Administratum*, Vol 10 No 5(2022), 256.

Adapun apabila terjadi sengketa antara negara atau pemerintah dengan pihak penanam modal asing atau investor asing, maka para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui Arbitrase Internasional yang harus disepakati oleh para pihak (Pasal 32 Ayat (4) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal). Pilihan penyelesaian sengketa antara pemerintah dan investor asing melalui jalur arbitrase diatur juga di dalam Pasal 7 Ayat (3) bahwa apabila diantara para pihak tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi akibat nasionalisasi yang dilakukan oleh pemerintah atas perusahaan modal asing, penyelesaian dilakukan melalui arbitrase.

Dalam penyelesaian sengketa penanaman modal asing, tidak harus dilakukan melalui pengadilan setempat di negara tempat ditanamkan modal dengan pertimbangan ketidaktahuan penanaman modal asing ada hukum setempat, selain itu agar penyelesaian lebih objektif, netral, tidak memihak pemerintah setempat atau kepentingan nasional, lebih cepat dan menjamin kepercayaan dari penanam modal. Oleh karena itu, penyelesaian sengketa penanaman modal asing sebaiknya dilakukan di lembaga Arbitrase Internasional untuk menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan investor asing, lembaga arbitrase yang pada umumnya sering bertugas menyelesaikan ini adalah *International Centre For Settlement Of International Disputes (ICSID)*, lembaga ini berfungsi untuk mengatur terkait sengketa yang terjadi antara pihak lintas negara.⁶¹

Alternatif yang diselesaikan di lembaga ICSID ini disebut dengan alternatif penyelesaian sengketa ISDS. Seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya ISDS merupakan suatu mekanisme yang memberikan kewenangan kepada investor asing untuk menuntut

⁶¹ Martines Eklesia, „Penyelesaian Sengketa Investor Asing Dalam Mekanisme *Investor State Dispute Settlement (ISDS)* dan Implikasinya Dalam Sistem Hukum Indonesia”, *Lex Administratum*, Vol 10 No 5(2022), 259.

negara tujuan investasi melalui Pengadilan Arbitrase Internasional. Gugatan bisa dilayangkan apabila negara tujuan investasi di anggap melanggar perjanjian yang telah disepakati oleh kedua belah pihak. Namun yang perlu digaris bawahi adalah meskipun investor yang melakukan gugatan, ICSID dalam menetapkan keputusan tetap merujuk kepada bukti-bukti yang tersedia dan relevan sehingga bisa menetapkan keputusan secara adil dan netral, jadi tidak menutup kemungkinan kasus tersebut bisa dimenangkan oleh pihak tergugat berdasarkan bukti yang valid atau sebaliknya.

Dalam penanaman modal antara Negara dan warga Negara Asing, jika terjadi sengketa maka melalui penyelesaian lembaga arbitrase. Penyelesaian melalui lembaga arbitrase di Indonesia diawali pada tahun 2007 dengan di undang-undangkannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 Tentang Persetujuan Atas Konvensi Tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara Dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal. Diundangkannya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal merupakan suatu bentuk ratifikasi dari Konvensi *Internastioanl Centre for the Settlement of Investment Disptes Between States and Nationals of Other States* (ICSID). Dengan meratifikasi tersebut, pemerintah Indonesia memberikan rasa aman bagi investor asing yang menanamkan modalnya di Indonesia sehingga citra Indonesia di mata internasional menjadi baik⁶².

Pasal 32 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal secara garis besar menyatakan cara penyelesaian sengketa di bidang penanaman modal dilakukan melalui cara-cara berikut:

⁶² I Nyoman Sudiawan, I Gusti Ayu Agung Ariani, „Penyelesaian Sengketa Terhadap Investor Asing Jika Terjadi Sengketa Hukum Dalam Penanaman Modal“ ,*Kerthasemaya*, Vol 1 No 1(2022), 4.

1. Musyawarah mufakat
2. Arbitrase
3. Pengadilan
4. ADR (Negosiasi, mediasi, konsiliasi)
5. Khusus sengketa antara pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, sengketa diselesaikan melalui arbitrase atau pengadilan
6. Khusus untuk sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing diselesaikan melalui Arbitrase Internasional yang disepakati.⁶³

ISDS biasanya masuk kedalam bentuk mekanisme arbitrase. Arbitrase investasi internasional yang juga dikenal sebagai arbitrase perjanjian investasi, atau arbitrase negara-investor, adalah sebuah prosedur dimana investor asing dapat memperoleh penyelesaian yang mengikat atas klaim terhadap *host state* (negara penerima) yang diyakini telah melanggar perlindungan investasi berdasarkan perjanjian atau yang dalam keadaan tertentu melanggar komitmen kontrak atau hukum investasi asing nasional mereka.⁶⁴

Perjanjian perlindungan investasi internasional dimulai sejak perang dunia II dimana aktifitas ekonomi internasional mulai berkembang. Tujuan dari adanya ISDS ini adalah untuk memberikan jaminan kepada investor yang melakukan penanaman modal dinegara lain. Ada dua alasan yang mendasari kemunculan perjanjian investasi internasional pada saat itu yaitu, kemerdekaan negara-negara terjajah dan tindakan pengambil alihan aset. Sehingga, hal ini perlu aturan yang memberikan perlindungan bagi

⁶³ I Nyoman Sudiawan, I Gusti Ayu Agung Ariani, „Penyelesaian Sengketa Terhadap Investor Asing Jika Terjadi Sengketa Hukum Dalam Penanaman Modal“*”, Kerthasemaya*, Vol 1 No 1(2022), 4.

⁶⁴ Giana Matauseja, „Investment Court System (ICS) Sebagai Alternatif Baru *Investor State Dispute Settlement* (ISDS)“*”, Dharmasisya*, Vol. 1 No. 2(2021), 778.

perusahaan asing atau bekas negara penjajah yang menekankan pada aspek ganti rugi, dalam hal dilakukannya tindakan nasionalisasi oleh negara yang baru merdeka aturan ini kemudian menjadi standar ganda bagi negara mantan penjajah yang disatu sisi tetap memiliki sisi keadilan.

Praktik perlindungan perjanjian investasi pertama kali dikenal dengan perjanjian investasi bilateral yang dikenal dengan BIT, yang di tandatangani oleh Jerman dan Pakistan pada tahun 1959. BIT adalah perjanjian investasi yang ditandatangani oleh dua negara yang mengikatkan hak dan kewajiban untuk memfasilitasi masuknya investasi pada negara masing-masing⁶⁵. Adanya peraturan ini memberikan perlindungan investasi yang harus dilakukan oleh negara-negara yang posisinya sebagai negara tuan rumah. Adapun perlindungan itu adalah antara lain

- 1) Perlakuan yang setara yang tidak ada diskriminasi didalamnya dari segala jenis investasi baik asing maupun domestik
- 2) Memberikan perlindungan berupa keamanan yang memuat kewajiban negara untuk memberikan ganti rugi atas kerugian yang diderita oleh korporasi akibat perang, konflik bersenjata, kerusuhan, maupun pemberontakan
- 3) Perlindungan dari tindakan pengambil alihan atau nasionalisasi dan mengharuskan pemberian dan kompensasi ganti rugi
- 4) Mekanisme penyelesaian sengketa yang menyamarakan antara level investor dan negara dikenal dengan *Investor State Dispute Settlement (ISDS)*.

⁶⁵ Fries Melia Salviana, Dessy Nurkristia Tejawati, „Harmonisasi *Bilateral Investment Treaty Agreement* Sebagai Penyelesaian Sengketa Ke Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007““, *Sipendikum*, Vol 1 No 2(2018), 358.

Tak lama setelah itu sekitar tahun 1960an sampai 1970, beberapa negara eropa lainnya mengikuti jejak Jerman untuk membuat perjanjian investasi bilateral dengan negara-negara berkembang, antara lain Swis, Belanda, Inggris, Perancis dan Belgia. Terhitung hingga tahun 1977 BIT yang ditandatangani oleh negara Eropa tersebut telah mencapai 130 perjanjian, lalu pada tahun 1981, Amerika Serikat memulai program BIT telah menghasilkan sebanyak 47 perjanjian, serta 20 perjanjian perdagangan bebas yang didalamnya mengatur tentang bab pelaksanaan BIT termasuk *North America Free Trade Agreement* (NAFTA). Seiring berjalannya waktu BIT mengalami transformasi, standar perlindungan yang ada di dalam BIT kemudian di adopsi oleh beberapa negara maju ke dalam jenis perjanjian investasi seperti WTO, perjanjian perdagangan bebas FTA atau *Free Trade Agreement* bahkan sampai kedalam regulasi nasional di negara tempat berinvestasi.⁶⁶ Traktat investasi bilateral dibentuk melalui tahapan perdagangan. BIT pada awal pembentukannya pada abad ke- 19 adalah traktat utuk persahabatan, perdagangan dan navigasi.

Hanry Champell Black menyatakan bahwa BIT merupakan persetujuan yang menetapkan persyaratan dan kondisi bagi investasi swasta oleh warga negara dan perusahaan dari suatu negara di negara lain, yang mana jenis investasinya adalah investasi langsung. Sedangkan menurut Mochtar Kusumaatmadja mendefinisikan BIT sebagai sebuah perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa dan bertujuan untuk mengakibatkan akibat-akibat hukum tertentu, untuk dapat dikatakan sebagai perjanjian internasional, maka harus diadakan oleh subjek Hukum Internasional

⁶⁶ Hilman Ramadhani, “Tinjauan Yuridis Eksistensi Instrumen *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Masalahat)”, *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 7.

yaitu, negara, tahta suci, palang merah internasional, organisasi internasional, individu, pemberontak dan para pihak dalam sengketa⁶⁷. I Wayan Partiana menyatakan bahwa perjanjian internasional merupakan kata sepakat antar dua pihak atau lebih subjek hukum internasional mengenai suatu objek masalah tertentu dengan maksud untuk membentuk hubungan hukum atau melahirkan hak dan kewajiban yang diatur oleh hukum internasional.⁶⁸

Berdasarkan beberapa pengertian diatas, maka dapat disimpulkan bahwa BIT merupakan perjanjian internasional yang melibatkan diantara dua negara dengan objek investasi secara langsung dan melahirkan hak dan kewajiban , baik bagi negara yang melakukan perjanjian BIT maupun para pelaku usaha dari kedua negara yang melakukan perjanjian BIT. BIT merupakan perjanjian timbal balik dan mengatur bahwa warga negara maupun perusahaan dari masing-masing negara dapat berinvestasi di wilayah satu sama lain dengan perlindungan yang setara. BIT mengandung asas *most favoured nation* (MFN) yakni untuk menjamin kesamaan pemberian perlakuan kepada negara yang bekerjasama dengan suatu negara, larangan pengambilalihan, nasionalisasi, pencabutan hukum, jaminan transfer mata uang, dan jaminan subrogasi untuk membatasi resiko non komersial.⁶⁹

Undang-Undang Penanaman Modal merupakan penyempurnaan dari Undang-Undang Penanaman modal yang lama. Hal tersebut terutama berkaitan dengan prinsip-prinsip yang ada pada perdagangan bebas, seperti prinsip MFN, non diskriminasi,

⁶⁷ Fries Melia Salviana, Dessy Nurkristia Tejawati, „Harmonisasi *Bilateral Investment Treaty Agreement* Sebagai Penyelesaian Sengketa Ke Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007““, *Sipendikum*, Vol 1 No 2(2018), 358.

⁶⁸ Fries Melia Salviana, Dessy Nurkristia Tejawati, „Harmonisasi *Bilateral Investment Treaty Agreement* Sebagai Penyelesaian Sengketa Ke Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007““, *Sipendikum*, Vol 1 No 2(2018), 358.

⁶⁹ Fries Melia Salviana, Dessy Nurkristia Tejawati, „Harmonisasi *Bilateral Investment Treaty Agreement* Sebagai Penyelesaian Sengketa Ke Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007““,358.

transparan, kepastian hukum, memperkecil resiko, serta tidak melakukan nasionalisasi, bahkan di dalam Undang-Undang Penanaman modal dimasukan tata cara penyelesaian sengketa dengan menggunakan cara diluar pengadilan dan memasukan ICSID sebagai salah satu media penyelesaian masalah. Maka dapat dikatakan bahwa Undang-Undang Penanaman Modal ini telah sejalan dengan prinsip-prinsip yang terdapat WTO, meskipun tentunya masih terdapat pengaturan untuk perlindungan bagi para pelaku usaha, seperti perlindungan pelaku usaha Usaha Mikro Kecil dan Menengah (UMKM) dengan cara adanya persyaratan kemitraan bagi pelaku usaha yang ingin masuk dalam bidang tertentu pada Daftar Negatif Investasi yang dikeluarkan oleh pemerintah⁷⁰.

Muhammad Fikri Kadri dalam penelitiannya yang berjudul *Peniadaan Mekanisme Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Dalam perjanjian Perdagangan Australia Dan Jepang Tahun 2014* mengatakan bahwa keberadaan mekanisme ISDS memberikan keuntungan yang sangat signifikan terutama bagi investor asing yang berinvestasi di negara tujuan investasi. Karena investor asing tidak perlu bergantung kepada negara asal jika negara host dianggap melakukan pelanggaran terhadap perjanjian yang ada atau mengeluarkan aturan yang dianggap mempersulit proses investasi. Dan jika terdapat tuntutan dari investor asing kepada negara *host*, maka pemerintah negara yang dituntut tersebut harus mengeluarkan dana yang tidak sedikit untuk menghadapi tuntutan tersebut.⁷¹

⁷⁰ Fries Melia Salviana, Dessy Nurkristia Tejawati, „Harmonisasi *Bilateral Investment Treaty Agreement* Sebagai Penyelesaian Sengketa Ke Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007“, *Sipendikum*, Vol 1 No 2(2018), 364.

⁷¹ Hilman Ramadhani, “Tinjauan Yuridis Eksistensi *Investor State Dispute Settlement (ISDS)* Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Maslahat)“, *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 76.

Rachmi Hertanti selaku Direktur Eksekutif *Indonesia for Global Justice* (IGJ) mengatakan bahwa Indonesia sebaiknya menghindari mekanisme ISDS sebagai alternatif penyelesaian sengketa, hal ini dikarenakan banyak dari gugatan ISDS dimanfaatkan oleh investor yang tidak beritikad baik dengan menggunakan *nationaliti shopping dan tax treaty shopping*. Sehingga meningkatnya kasus ISDS juga di dominasi oleh *Frivolous claim* yang merugikan negara, termasuk dalam anggaran negara karena biaya yang akan dikeluarkan tidak sedikit untuk kasus yang diselesaikan melalui ISDS.

Kemudian Hilman Ramdhani dalam skripsinya yang berjudul Tinjauan Yuridis Eksistensi ISDS dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan *al-Maslahat*, beliau mengatakan bahwa memang pada awal kemunculan ISDS ini untuk menjaga investor yang kedudukannya di inferior muka hukum internasional. Sehingga aset dan properti miliknya seringkali dilakukan nasionalisasi ataupun ekspropresi oleh host state. Tetapi hal demikian untuk saat ini sudah diperlukan lagi, karena pada dasarnya negara *host state* sudah memberikan paket perlindungan di dalam Undang-Undang domestik yang mereka buat. Bahkan dengan adanya ISDS ini merupakan bentuk diskriminasi terhadap investor dalam negeri, karena investor tersebut hanya dapat dipakai oleh investor asing, sehingga ini sudah menyalahi prinsip dari hukum investasi itu sendiri yaitu non diskriminasi. Sehingga dia berpendapat bahwa jika ISDS ini harus tetap ada, maka perlu dirombak secara radikal supaya dapat sesuai dengan norma Hukum Internasional dan tidak mengabaikan keadilan, kemanfaatan serta kepastian hukum yang termasuk tujuan dalam hukum.⁷²

⁷² Hilman Ramadhani, "Tinjauan Yuridis Eksistensi *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Maslahat)", *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*, Vol 1 No 2 (2017), 11.

Alasan para ahli serta penulis penelitian terdahulu menolak ISDS sebagai alternatif penyelesaian sengketa adalah bahwa mekanisme ISDS ini lebih menguntungkan investor karena investor asing bisa saja melakukan gugatan coba-coba untuk mengambil keuntungan, selain itu pemerintah negara yang dituntut akan menanggung biaya ganti rugi terhadap investor jika sengketa tersebut diselesaikan melalui ISDS, selain itu dalam mekanisme ISDS tidak ada mekanisme banding yang tersedia dan putusannya bersifat final. Walaupun mekanisme ini tidak menyediakan banding putusan, namun para pihak dapat mengajukan pembatalan putusan kepada Majelis Tribunal. Sisi lain dari itu, mekanisme ISDS untuk saat ini merupakan mekanisme terbaik yang bisa dilakukan untuk menjamin hak dan kewajiban para pihak yang melakukan kegiatan investasi termasuk dalam perjanjian RCEP, hal ini dikarenakan sampai saat ini anggota RCEP belum menemukan kepastian hukum yang tepat dan sesuai untuk menyelesaikan sengketa investasi, maka hemat penulis alternatif ISDS ini masih layak digunakan dan dipakai sebagai alternatif penyelesaian sengketa investasi antara investor dan pemerintah termasuk dalam perjanjian RCEP.

Untuk menghindari Indonesia dari kerugian yang akan dialami jika negara kita dituntut dalam ISDS, sebagai bentuk antisipasi maka pemerintah Indonesia melalui Kementerian Hukum dan HAM telah membentuk sebuah tim yang akan melakukan tahapan penanganan gugatan arbitrase terhadap pemerintah Indonesia, juga melakukan strategi sebagai upaya *best practice* dalam penanganan gugatan arbitrase terhadap Indonesia khususnya dalam penanganan gugatan arbitrase internasional dari Churchill Mining Plc dan Planet Mining Pty Ltd terhadap pemerintah Indonesia. Adapun tahapan

proses penanganan gugatan arbitrase internasional terhadap pemerintah Indonesia adalah sebagai berikut⁷³:

1. Pembentukan kuasa hukum presiden

Sebelum mengajukan gugatan arbitrase, para penggugat biasanya mengajukan notifikasi adanya sengketa dan mengusulkan penyelesaian sengketa secara damai. Hal ini juga merupakan tahapan penyelesaian sengketa antara investor dan negara atau ISDS sebagaimana tercantum dalam *Bilateral Investment Treaty* (BIT). Namun jika dalam waktu 6 bulan dari tanggal notifikasi tertulis sengketa tersebut tidak dapat diselesaikan maka sengketa dapat diselesaikan melalui arbitrase.

Pada awal pemberitahuan sengketa, kementerian yang menyampaikan respon awal adalah kementerian atau lembaga teknis terkait yang menjadi salah satu pihak yang digugat mengingat tim kuasa hukum presiden belum terbentuk. Dalam kasus Churchill Mining, kementerian yang terkait adalah kementerian ESDM yang merupakan kementerian yang berwenang untuk regulasi dan kebijakan di bidang pertambangan. Dalam rangka memberikan respon terhadap notifikasi awal adanya sengketa, kementerian ESDM meminta masukan dari kementerian atau lembaga terkait lainnya yaitu kementerian Hukum dan HAM, Kementerian Dalam negeri, dan Kementerian Luar Negeri.

Setelah diperoleh adanya notifikasi gugatan arbitrase dari lembaga yang mendaftarkan gugatan seperti ICSID untuk kasus Churchill Mining dan kasus lain, maka dilaksanakanlah *high level meeting*, yang dipimpin oleh Wakil Presiden RI dan

⁷³ Agvirta Armilia Sativa, Agus Anwar, *Penanganan Gugatan Arbitrase Internasional Terhadap Pemerintah Indonesia* (Depok: BPSDM KUMHAM Press, 2020), 98.

dihadiri oleh Menteri-Menteri terkait seperti Menteri Hukum dan HAM, Jaksa Agung, Menteri Dalam Negeri, Menteri ESDM, Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal, Menteri Keuangan dan Menteri Luar Negeri atau yang mewakilinya. *High level meeting* dilaksanakan untuk membahas pembentukan Kuasa Hukum Presiden, Menteri sebagai koordinator dan langkah penanganan gugatan termasuk metode pemilihan konsultan hukum Pemerintah Indonesia melalui metode *beauty contest*.

2. Pembentukan majelis tribunal

Ketentuan mengenai pembentukan Majelis Tribunal baik jumlah arbiter dan jangka waktu penunjukan terkait pada ketentuan dari *Arbitration Rules* yang digunakan. Berdasarkan UNCITRAL *Arbitration Rules*, para pihak dapat menyepakati jumlah arbiter apakah arbiter tunggal atau 3 (tiga) arbiter (Majelis Tribunal) sebelumnya atau paling lambat 15 hari setelah diterimanya pemberitahuan gugatan arbitrase, apabila dalam jangka waktu tersebut tidak terdapat kesepakatan, maka 3 arbiter harus ditunjuk. Dalam hal 3 arbiter yang ditunjuk, maka masing-masing pihak menunjuk 1 arbiter dan 2 arbiter yang ditunjuk oleh para pihak menunjuk 1 sebagai presiden. Para pihak biasanya menyepakati untuk ditunjuknya 3 arbiter untuk dapat memberikan penilaian yang lebih objektif dengan lebih banyak sudut pandang. Para penggugat dapat menunjuk arbiter bersamaan dengan penyampaian *notice of arbitration* atau terpisah, dan tergugat dalam hal ini pemerintah Indonesia dalam jangka waktu 30 hari sejak diterimanya pemberitahuan arbiter yang ditunjuk penggugat, harus menunjuk 1 arbiter. Apabila dalam jangka tersebut pemerintah Indonesia belum menunjuk arbiter, maka para penggugat dapat meminta PCA untuk menunjuk arbiter atas nama Pemerintah Indonesia. Pada kasus Churchill Mining dan Planet Mining

Pty. Ltd, Pemerintah Indonesia menunjuk Michael Hwang sebagai arbiter yang memiliki pengalaman yang cukup banyak sebagai arbiter dalam arbitrase ICSID dan forum-forum arbitrase lainnya.

3. Penyampaian Dokumen Jawab Menjawab

Sebagaimana halnya dengan pembentukan majelis tribunal, tahapan/prosedur penyampaian dokumen jawab menjawab serta timeline penyampaian bergantung pada *Rules and Regulations* yang digunakan serta ketetapan majelis tribun. Pada *ICIS Convention Arbitration Rules* dokumen jawab menjawab terdiri atas:

a. *Memorial* dari penggugat

Memuat seluruh klaim gugatan penggugat beserta dasar argumentasinya dan bukti-bukti pendukung. *Memorial* juga memuat nilai kompensasi gugatan yang diminta serta diperkuat dengan pendapat para ahli dan pernyataan saksi-saksi yang dituangkan dalam *avidafid*. Dalam kasus pertambangan seperti kasus Churchill Mining Pic dan Planet Mining Pty Ltd pendapat ahli yang digunakan antara lain ahli pertambangan dan ahli quantum.

b. *Counter Memorial* dari tergugat

Setelah menerima memorial dari penggugat, tergugat wajib menyampaikan *conter memorial* yang memuat seluruh argumen perlawanan atas seluruh gugatan para penggugat beserta bukti-bukti pendukung. Dalam counter memorial tersebut juga diperkuat dengan pendapat ahli dan pernyataan saksi-saksi yang dituangkan dalam *avidafid*.

c. *Reply* dari penggugat

Tahapan *Reply* dan *Rejoinder* ditetapkan apabila para pihak sepakat atau majelis tribunal berpandangan hal ini diperlukan. *Reply* memuat sanggahan penggugat terhadap argumentasi tergugat *Counter Memorial*. *Reply* tersebut dapat disertai dengan bukti-bukti yang mendukung.

d. *Rejoinder* dari tergugat

Rejoinder memuat sanggahan tergugat terhadap argumentasi penggugat dalam *Reply*, *rejoinder* tersebut dapat disertai dengan bukti-bukti yang mendukung. Dua putaran jawab menjawab ini tidak hanya diterapkan pada isu pokok perkara, tetapi juga diterapkan pada seluruh isu yang diperiksa/disidangkan dalam proses arbitrase di ICSID. Berdasarkan ICSID *Rules and Regulation* terdapat beberapa tahap dan itu yaitu tahap keberatan atas yuridiksi ICISD untuk memeriksa perkara (*objection on Jurisdiction*) dan tahap pemeriksaan/persidangan terjait permohonan *provisional measures*. Sebelum masuk kedalam pemeriksaan pokok perkara, tergugat dapat mengajukan keberatan terhadap yurisdiksi ICISD untuk memeriksa perkara, *objection on Jurisdiction* tersebut dapat diperiksa terlebih dahulu terpisah dari pemeriksaan *merit of the case* atau menjadi 1 (satu) kesatuan dengan *merit of the case*. Dalam kasus Churchill Mining Pic dan Planet Mining Pty Ltd, pemerintah indonesia megajukan *objection in Jurisdiction* sebelum masuk kedalam pemeriksaan *merit of the case*. Selain *objection in Jurisdiction dan merit of the case*, ICSID *Rules and Regulation* mengatur prosedur untuk isu-isu lainnya seperti permohonan *provisonal measures*. Dalam ICSID *Rules and Regulation*, satu pihak dapat mengajukan setiap saat kepada majelis tribunal untuk memerintahkan pihak lainnya menghentikan sementara suatu kegiatan untuk

melindungi hak pihak yang mengajukan permohonan *provisonal measures* dalam kasus Churchill Mining Pic dan Planet Mining Pty Ltd, para penggugat pernah mengajukan permohonan *provisonal measure* kepada majelis tribunal agar pemerintah indonesia menghentikan proses penyidikan yang dilakukan oleh Bareskrim POLRI berdasarkan pengaduan pemerintah kutai timur atas dasar pemalsuan dokumen izin usaha pertambangan. Para penggugat menganggap penyidikan tersebut dapat mengganggu proses arbitrase dan melanggar hak penggugat untuk memperoleh akses terhadap dokumen dan para saksi.

Pada UNCITRAL Arbitration Rules dokumen jawab menjawab terdiri atas:

a. *Statement of claim* dari penggugat

Penggugat wajib menyampaikn *statement of claim* kepada tergugat dan setiap arbiter pada waktu yang telah ditetapkan oleh tribunal, kecuali *statement of claim* tersebut telah masuk kedalam *notice of arbitration*. *Statement of claim* harus memuat: nama dan alamat para pihak, pernyataan atas fakta yang dapat mendukung gugatan dapat melampirkan dokumen-dokumen yang relevan atau menambahkan referensi dokumen-dokumen atau bukti-bukti lainnya yang akan disampaikan.

b. *Statement of defence* dari tergugat

Pada jangka waktu yang telah ditetapkan oleh majelis tribunal, penggugat wajib menyampaikan *Statement of defence* secara tertulis kepada penggugat dan setiap arbiter. *Statement of defence* memuat pernyataan/argumen perlawanan terhadap seluruh pernyataan/argumen yang disampaikan dalam *Statement of claim* para

penggugat. Tergugat dapat melampirkan dokumen-dokumen yang relevan atau menambahkan referensi dokumen atau bukti lainnya yang akan disampaikan.

c. *Futher written statemen*

Majelis tribunal wajib memutuskan pernyataan tertulis lainnya sebagai tambahan dari *statement of claim* dan *statement of defence* yang disampaikan oleh para pihak pada jangka waktu yang ditetapkan oleh majelis tribunal.

Pada tahap penyampaian dokumen jawab menjawab ini, pejabat direktorat OPHI melakukan analisa terhadap dokumen-dokumen yang disampaikan oleh para penggugat untuk kemudian membuat pokok-pokok perlawanan sebagai masukan untuk konsep dokumen yang harus disampaikan oleh pemerintah Indonesia sebagai tergugat. Dalam menyusun bahan masukan dokumen perlawanan perlu mempertimbangkan faktor-faktor yang dapat memperkuat dan memperlemah pemerintah indonesia, sebagai contoh pemerintah indonesia tidak melampirkan affidavit saksi-saksi dalam statemen of defence yang disampaikan pada kasus indian metal & ferro alay limited berdasarkan UNCITRAL *Arbitration Rules* dengan pertimbangan saksi-saksi yang dapat diidentifikasi tidak dapat memperkuat posisi pemerintah Indonesia, sehingga untuk kasus ini pemerintah hanya menambahkan pendapat para ahli.

Selain itu, pada tahap ini pejabat direktorat OPHI juga memberikan pertimbangan kepada pimpinan untuk memutuskan strategi perlawanan termasuk perlawanan yang tidak diatur dalam *rules and regulation* meskipun secara praktek pernah dilakukan oleh negara-negara lain. Sebagai contoh dalam kasus Churchill Mining Pic dan

Planet Mining Pty Ltd, pemerintah Indonesia mengajukan permohonan pemeriksaan keabsahan dokumen dan konsekuensinya terlebih dahulu terpisah dari pokok perkara

4. Pengumpulan dan penyampaian bukti

Timeline untuk pengumpulan bukti juga ditetapkan oleh Majelis Tribunal. Dalam rangka pengumpulan bukti atau yang disebut dengan *document production*, para pihak saling memberikan daftar dokumen yang dimohonkan kepada majelis tribunal untuk disediakan oleh pihak lawan. Hal ini dapat menjadi salah satu strategi untuk membuat pihak lawan lelah/kewalahan mengeluarkan seluruh upaya untuk menyediakan dokumen-dokumen yang diminta. Sebagai salah satu contoh pada kasus Churchill Mining Plc dan Planet Mining Pty.Ltd pemerintah Indonesia diminta menyediakan dokumen-dokumen yang kurang relevan seperti buku register Izin Usaha Pertambangan selama jangka waktu 10 tahun. Oleh karena itu pemerintah Indonesia harus dapat melakukan identifikasi dan menyusun argumentasi yang kuat kepada majelis tribunal apabila terdapat permintaan dokumen yang dinilai tidak relevan dan dapat menyulitkan pemerintah Indonesia. Selain itu dokumen-dokumen yang ditetapkan oleh Majelis Tribunal untuk disediakan dan disampaikan tersebar di berbagai Kementrian dan Lembaga terkait baik ditingkat pusat maupun daerah. Hal ini merupakan tantangan tersendiri bagi tim penanganan untuk dapat berkordinasi dan meyakinkan kementrian/Lembaga terkait untuk dapat bekerja sama dan membantu penanganan karena seringkali dokumen-dokumen tersebut merupakan hal yang sensitif atau waktu penerbitannya yang sudah lama. Kementrian atau lembaga tersebut seringkali kesulitan mencari dokumen-dokumen tersebut karena kearsipan yang kurang baik. Setelah dokumen-dokumen tersebut terkumpul, pemerintah

Indonesia harus melakukan analisa terhadap dokumen tersebut untuk menilai apakah dokumen tersebut dapat melemahkan posisi pemerintah Indonesia. Jika terdapat dokumen-dokumen yang tidak ditemukan maka pemerintah Indonesia harus menyiapkan alasan tidak dapat disampaikannya dokumen-dokumen tersebut. Sedangkan terhadap dokumen-dokumen yang dapat melemahkan posisi pemerintah Indonesia, harus disiapkan strategi argumentasi yang dapat digunakan untuk melakukan perlawanan.

5. Identifikasi dan penyiapan saksi dan ahli

Sebelum menentukan saksi dan ahli yang akan membantu pemerintah Indonesia dipertimbangkan antara lain hal ebagai berikut:

- a. Ada atau tidak konflik internal dengan pemerintah Indonesia
- b. Pengalaman dalam bidangnya bagi ahli
- c. Pemahaman terhadap fakta-fakta yang terjadi bagi saksi
- d. Keyakinan dan konsistensi dalam menyampaikan kesaksian bagi saksi

6. Persiapan dan pelaksanaan sidang

Sebelum dilaksanakan persidangan, pemerintah Indonesia bersama dengan konsultan hukum pemerintah Indonesia melakukan *briefing* dan simulasi kepada para saksi untuk mempersiapkan mental para saksi untuk menghadapi persidangan dan dapat memberikan kesaksian yang jelas dan konsisten

7. Penyampaian dokumen pasca sidang

8. Putusan

Setelah terbitnya putusan, pemerintah Indonesia melakukan analisa terhadap putusan dan memberikan rekomendasi kepada pimpinan terkait langkah ke depan.

Rekomendasi meliputi langkah-langkah eksekusi putusan jika memenangkan perkara dan pertimbangan untuk mengajukan atau tidak mengajukan permohonan pembatalan putusan apabila kalah.⁷⁴ Adapun strategi yang dilakukan pemerintah Indonesia dalam melakukan penanganan gugatan arbitrase adalah dengan melaksanakan setiap setiap upaya yang dimungkinkan berdasarkan *Rules and Regulation* dan berdasarkan yurisprudensi. Upaya tersebut antara lain pengajuan keberatan terhadap kewenangan majelis untuk memeriksa perkara, upaya dalam persidangan pokok perkara dan upaya bifurcation seperti pada kasus Churchill Mining Plc dan Planet Mining Pty. Ltd, *bifurcation* diajukan untuk memeriksa keabsahan dokumen dan konsekuensi hukumnya terlebih dahulu terpisah dari pokok perkara. Selain melakukan seluruh upaya perlawanan yang dimungkinkan, koordinasi diantara kementerian dan lembaga terkait juga merupakan bagian strategi yang sangat penting untuk membangun argumen yang kuat dalam melakukan perlawanan. Strategi lainnya yang tidak kalah penting adalah melakukan media kampanye yang menonjolkan keberhasilan-keberhasilan pemerintah Indonesia pada setiap tahapan dan kekuatan Posisi Pemerintah Indonesia. Hal ini dilakukan untuk menjatuhkan lawan secara psikis, serta membangun opini majelis tribunal dan menarik empati masyarakat.

Direktorat Otoritas Pusat dan Hukum Internasional dapat memberikan analisa yang menyeluruh dan rinci meliputi berbagai aspek dan sudut pandang, sehingga strategi penanganan yang diambil oleh pimpinan tepat, guna memperoleh hasil maksimal dalam melakukan perlawanan. Hal ini dapat tergambar dalam penanganan gugatan arbitrase dari Churchill Mining dan Planet Mining Pty.Ltd terhadap pemerintah

⁷⁴ Agvirta Armilia Sativa, Agus Anwar, *Penanganan Gugatan Arbitrase Internasional Terhadap Pemerintah Indonesia*, (Depok: BPSDM KUMHAM Press, 2020), 98.

Indonesia di ICSID, dimana dalam kasus ini perlawanan pemerintah Indonesia telah maksimal sehingga dapat memenangkan perkara dan terhindar dari membayar kompensasi senilai USD 1,3 juta atau setara dengan Rp. 17 triliun. Berdasarkan hal tersebut, maka penerapan ISDS dalam RCEP dalam tinjauan hukum penanaman modal dan Hukum Investasi Internasional dinilai bisa digunakan sebagai alternatif penyelesaian sengketa investasi.

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal dirumuskan sebagai bentuk ratifikasi atas dibentuknya forum ICSID yang berarti secara tidak langsung telah mengikat diri juga terhadap ISDS. Hak, kewajiban dan tanggung jawab penanam modal diatur secara khusus dalam Undang-Undang Penanaman Modal guna memberikan kepastian hukum, mempertegas kewajiban penanam modal terhadap penerapan prinsip tata kelola perusahaan yang sehat, memberikan penghormatan terhadap tradisi budaya masyarakat, dan melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan. Pengaturan tanggung jawab penanam modal diperlukan untuk mendorong iklim persaingan usaha yang sehat, memperbesar tanggung jawab lingkungan dan pemenuhan hak, dan kewajiban tenaga kerja, serta upaya mendorong ketaatan penanam modal terhadap peraturan perundang-undangan.

Dalam Pasal 32 Bab XV tentang Penyelesaian sengketa disebutkan bahwa jika terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, maka para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui Arbitrase Internasional yang harus disepakati para pihak. Sebagaimana yang telah kita ketahui ISDS menggunakan bentuk mekanisme arbitrase dalam penyelesaian sengketa,

sehingga berdasarkan hal ini maka penyelesaian sengketa melalui ISDS boleh digunakan sesuai dengan perundang-undangan yang telah berlaku.

Dalam hukum investasi internasional terdapat perjanjian bilateral yang dilakukan antar dua negara atau lebih, perjanjian yang mengatur terkait investasi internasional adalah BIT (*Bilateral Investment Treaty*) yang merupakan perjanjian internasional yang melibatkan dua negara dengan objek investasi secara langsung dan melahirkan hak dan kewajiban, baik bagi negara yang melakukan perjanjian BIT maupun para pelaku usaha dari kedua negara yang melakukan perjanjian BIT.

ISDS merupakan klausula penyelesaian sengketa yang terdapat didalam BIT dan diatur didalam BIT yang mana penyelesaiannya dilakukan di forum ICSID sebagai lembaga Arbitrase Internasional. ISDS dinilai mampu menyelesaikan sengketa yang terjadi diantara dua negara yang berselisih, meskipun terdapat pro kontra dalam mekanisme penyelesaian seperti menguntungkan investor dan merugikan *host state*, namun mekanisme ini merupakan suatu sarana yang bisa dijadikan payung hukum dalam penegakan hukum, serta sebagai jaminan agar kedua belah pihak bisa menjalankan hak dan kewajibannya sesuai dengan perjanjian yang berlaku.

Meskipun adanya BIT ini menimbulkan banyaknya pro dan kontra, banyak yang berpendapat bahwa BIT lebih menguntungkan investor dan merugikan negara tuan rumah, hal ini dibuktikan dengan adanya banyaknya gugatan ketika penyelesaian sengketa melalui BIT digunakan khususnya dalam alternatif penyelesaian ISDS. Terlepas dari itu, BIT merupakan suatu sarana yang dapat digunakan sebagai perlindungan hukum bagi kedua belah pihak serta untuk menjaga agar kedua belah

pihak tetap menjalankan hak dan kewajibannya masing-masing sesuai dengan perjanjian.⁷⁵

B. Tinjauan Hukum Islam Terhadap Keberadaan ISDS

Alternatif penyelesaian sengketa ISDS merupakan penyelesaian sengketa yang dilakukan dalam bentuk mekanisme arbitrase. Arbitrase merupakan forum penyelesaian sengketa diluar pengadilan yang dilakukan oleh pihak ketiga yang bersifat netral yang memberikan putusan bersifat final dan mengikat. Sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa penyelesaian sengketa ISDS dilakukan di lembaga ICSID yang mana tata cara pelaksanaannya dilakukan dengan mekanisme arbitrase. Arbitrer, baik perorangan maupun majelis, bertindak sebagai hakim swasta yang akan menerapkan hukum negara atau hukum perdamaian yang disepakati para pihak untuk sampai pada putusan final dan mengikat. Hal ini serupa dengan mekanisme pelaksanaan penyelesaian sengketa yang dilakukan di ICSID. Tujuan utama dari arbitrase baik dalam Hukum Nasional, Internasional maupun dalam Hukum Islam adalah perdamaian.

Dalam hukum Islam, arbitrase dikenal dengan sebutan *tahkīm*. Istilah *tahkīm* merupakan bahasa arab yang berasal dari kata *hakkama*, *yuhakkimu*, *tahkīman* yang berarti membuat seseorang sebagai penengah suatu sengketa. Secara istilah, *tahkīm* berarti mengangkat seseorang sebagai wasit atau juru damai.⁷⁶ Pada dasarnya pengertian *tahkīm* dalam Islam tidak berbeda jauh dengan pengertian arbitrase secara modern, yaitu sebagai tata cara penyelesaian sengketa diluar pengadilan resmi dengan mengangkat pihak ketiga sebagai penengah atas sengketa yang terjadi diantara pihak yang bersengketa. Pihak ketiga yang bertindak sebagai penengah atau wasit disebut hakam,

⁷⁵ Fries Melia Salviana, Dessy Nurkristia Tejawati, „Harmonisasi Bilateral Investment Treaty Agreement Sebagai Penyelesaian Sengketa Ke Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007“, *Sipendikum*, Vol 1 No 2(2018), 364.

⁷⁶ Zainal Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, *HIMMAH*, Vol. VII No 18 Januari-April 2006: 22.

atau kalau dikenal dengan istilah modernnya arbiter atau arbitrator.⁷⁷ Sesuai dengan kaidah hukum Islam bahwa kewajiban perdamaian untuk menyelesaikan sengketa didasarkan pada kemashlahatan umum. Hukum bergantung kepada kemashlahatan, dimana ada *maṣlahat* maka disitu pula ada ketentuan hukumnya.

Arbitrase dalam Hukum Islam sudah dikenal sejak zaman kerasulan. Dalam penegakan hukum, sistem pemerintahan yang dibangun Nabi Muhammad adalah sistem arbitrase (*tahkīm*) bukan sistem yudikatif. Nabi Muhammad mengakui eksistensi *tahkīm* dan beliau mempercayai *hakam* lain sebagai penggantinya untuk menyelesaikan suatu permasalahan dan menerima putusannya. Nabi Muhammad juga menganjurkan kepada ummatnya pada masa itu agar menyelesaikan sengketa yang terjadi antara kedua belah pihak atau lebih untuk diselesaikan melalui *tahkīm* atau arbitrase. Sebelum diangkat menjadi Rasul, Nabi Muhammad pernah ditunjuk sebagai hakam atau arbiter untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi saat akan melalukan peletakkan hajar aswad. *Tahkīm* dianjurkan dalam masalah penyelesaian sengketa dikarenakan *tahkīm* memiliki nilai-nilai positif dan konstruktif, yaitu:

1. Merupakan forum penyelesaian sengketa yang terhormat dan bertanggung jawab
2. Penyelesaian sengketa dilakukan oleh arbiter yang disetujui dan dipercaya para pihak
3. Pelaksanaan putusan dilaksanakan sukarela sebagai konsekuensi atas kesepakatan para pihak mengangkat arbiter
4. Menghargai orang lain meskipun terhadap lawan sendiri
5. Pelaksanaan *tahkīm* bersifat musyawarah dan perdamaian.⁷⁸

⁷⁷ Zainal Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, HIMMAH, 32.

⁷⁸ Muhammad Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, 03 Januari 2019, 24.

Keberadaan arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa memiliki landasan hukum yang dijelaskan dalam *al-Qur''ān* Surah *al-Nisā* (4):35 :

“Dan jika kamu khawatir terjadi persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang juru damai dari keluarga laki-laki dan seorang juru damai dari keluarga perempuan. Jika keduanya (juru damai itu) bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-istri itu”. Selain itu Allah juga menjelaskan dalam Q.S *al-Nisā* (4):128 :

“Dan jika seorang perempuan khawatir suaminya akan nusyuz atau bersikap tidak acuh, maka keduanya dapat mengadakan perdamaian yang sebenarnya, dan perdamaian itu lebih baik bagi mereka walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir”

Kedua ayat tersebut menjelaskan terkait penyelesaian sengketa yang terjadi dalam keluarga antara suami dan istri yang penyelesaiannya dilakukan melalui arbiter (*hakam*). Jika terjadi sengketa antara suami dan istri dan tidak bisa diselesaikan keduanya maka hendaklah mereka mengutus seorang *hakam* yang memiliki kemampuan untuk mendamaikan kedua belah pihak dan dapat diterima oleh pihak yang bersengketa.⁷⁹ Begitu juga *al-Sunnah* sebagai sumber hukum Islam kedua telah memberikan penjelasan bagaimana suatu persengketaan harus segera didamaikan. Seperti Sabda Rasulullah saw. Riwayat Ahmad Abu Dawud, dan al-Nasai yang bermaksud:

“Apabila berselisih kedua belah pihak (pejual dan pembeli) dan tidak ada bukti di antara keduanya, maka perbuatan yang (diterima) ialah yang dikemukakan oleh pemilik barang atau saling mengembalikan. (sumpah)/Riwayat Abu an-bisa Hanifah, bahwa Rasulullah bersabda :”Apabila terjadi perselisihan orang yang berjual beli,

⁸¹ Zainal Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, *HIMMAH*, Vol. VII No 18 Januari-April 2006: 23.

maka keterangan yang fdisampaikakn penjual itulah yang dipakai, karena itu si pembeli boleh menerimannya dengan rela atau kedua belahnyanya membatalkan jual beli.⁸⁰”

Cakupan penyelesaian sengketa melalui tahkim yang semula dari peselisihan bidang keluarga, kini meluas meliputi bidang perdagangan, peperangan, hingga transaksi bisnis lainnya. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menjadi payung hukum bagi eksistensi arbitrase Islam di Indonesia. Ruang lingkup arbitrase berkaitan erat dengan persoalan yang menyangkut *huqiq al-Ibad* (hak-hak individu) secara penuh, yaitu peraturan-peraturan undang-undang yang mengatur hak-hak perorangan (individu) yang berkaitan dengan harta benda. Umpamanya kewajiban ganti rugi atas diri seseorang yang telah merusakkan harta orang lain, hak seorang pemegang gadai untuk menahan harta gadai dalam pemeliharannya, hak menyangkut hutang piutang, seperti dalam jual beli, sewa menyewa⁸¹.

Dari segi hukum Islam, keberadaan lembaga arbitrase, baik yang berskala nasional maupun internasional bisa diakui. Hal ini dikarenakan arbitrase mempunyai dasar yang kuat dalam Hukum Islam sebagaimana yang telah dijelaskan diatas. Pembentukan lembaga arbitrase sudah jelas merupakan realisasi dari konsep Hukum Islam tentang *tahkīm* atau arbitrase. Karena alasan itu juga Majelis Ulama Indonesia mendirikan badan arbitrase yang diberi nama BAMUI. Menurut Hukum Islam, pada dasarnya semua tindakan yang bersifat muamalat adalah boleh, terkecuali jika ada dalil yang melarang. Hal ini sesuai dengan kaidah fikih yang mengatakan bahwa “*segala yang sesuai dalam bidang muammalah pada dasarnya adalah boleh hingga ada dalil yang melarang*”. Karena arbitrase memiliki landasan hukum yang kuat dalam Hukum Islam, maka

⁸⁰ Jamal al-Din al-Suyuti (t.t), *Syah al-Hafiz Sunan al-Nasa*”i, (Beirut: al-Maktabah al-Imarah), 227.

⁸¹ Zainal Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, *HIMMAH*, Vol. VII No 18 Januari-April 2006: 23.

pembentukan lembaga arbitrase, baik yang bersifat nasional maupun internasional adalah boleh, dengan catatan bahwa didalamnya tidak terdapat unsur-unsur yang terlarang menurut agama atau tidak sesuai dengan *syarī'at* dan putusannya juga tidak bertentangan dengan hukum Islam atau *syarī'at*.⁸²

Upaya penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase baik dalam ranah nasional maupun internasional sebenarnya tidak jadi masalah, sepanjang memenuhi syarat-syarat arbitrase, yaitu:

1. Peradilan perdamaian
2. Para pihak
3. Kesepakatan para pihak
4. Objek yang dipersengketakan
5. Wasit.⁸³

Apabila kelima syarat itu telah terpenuhi, maka tindakan arbitrase sudah benar atau sah menurut Hukum Islam. Seperti yang telah dinyatakan sebelumnya bahwa tujuan utama arbitrase adalah perdamaian. Perdamaian adalah suatu akad atau persetujuan dari kedua belah pihak untuk mengakhiri sengketa dengan jalan yang tidak bertentangan dengan ajaran agama yang dianuti, akad perdamaian adalah suatu janji yang harus ditepati. Dengan demikian masing-masing pihak terkait dengan janji-janji tersebut masing-masing pihak tidak boleh lagi mengungkit kembali persoalan yang telah didamaikan itu⁸⁴.

⁸² Zainal Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, *HIMMAH*, 23.

⁸³ Zainal Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, *HIMMAH*, Vol. VII No 18 Januari-April 2006: 31.

⁸⁴ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *The Philosophy of Islam Law of Transactio* (Brunei: Brunei Univerision Press, 1999), 248.

Kesimpulan ini baru layak dilaksanakan dalam keputusan perdamaian yang mendapat persetujuan dari kedua belah pihak.

Pendapat lain menyatakan bahwa keputusan hakam sama halnya dengan fatwa yang tidak mengikat kecuali jika ada persetujuan dari kedua belah pihak yang bersengketa. Menurut mazhab ini persetujuan kedua belah pihak dalam memilih seseorang untuk menjadi *hakam*, tidak berarti sudah menyetujui apa-apa yang telah diputuskan oleh hakam. Oleh sebab itu untuk menjadi keputusan hakam mengikat, terlebih dahulu perlu ada persetujuan dari kedua belah pihak. Pendapat ini dianut oleh *al-Musnani* dari kalangan pengikut Imam *Syafi'i*.

Keputusan hakam apabila telah dianggap sah dan mengikat karena telah sejalan dengan *syarī'at* Allah, tidak dapat dibatalkan lagi. Sama seperti putusan hakim di Mahkamah. Pendapat ini ditegaskan oleh sebagian ulama kalangan *Hanafiyah*, *Syafi'iyah*, dan *Malikiyah*. Lebih lanjut mereka menegaskan bahwa keputusan hakam adalah mengikat, meskipun tanpa persetujuan dari Pengadilan Negeri. Lebih tegas lagi hakim di Mahkamah Agung tidak dapat membatalkan keputusan hakam, sepanjang hal itu merupakan persetujuan dari kedua belah pihak yang bersengketa.⁸⁵

Dalam penyelesaian sengketa ISDS yang memuat bentuk sistem arbitrase pada dasarnya telah memuat syarat-syarat yang telah disebutkan di atas serta proses persidangan di dalam melalui mekanisme ISDS telah berjalan hampir sama dengan ketentuan yang diajarkan *syarī'at*. Dalam penyelesaian sengketa melalui ISDS akan ditangani oleh tribunal yang berkompeten, independen dan netral di lembaga ICSID sebagai lembaga yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa. Para pihak yang

⁸⁵ Zainal Arifin, Arbitrase Dalam Hukum Islam, *HIMMAH*, Vol. VII No 18 Januari-April 2006: 23.

bersengketa dapat menentukan sendiri prosedur persidangan, serta memilih arbiter yang dianggap ahli dibidangnya.

Para pihak juga diberikan kesempatan untuk menentukan pilihan hukum bisa berupa Hukum Nasional *host state*, Hukum Internasional, aturan sebagaimana tercantum di dalam perjanjian, hukum yang dianggap pantas, hukum negara ketiga, atau kombinasi dari pilihan-pilihan tersebut, para pihak diberi kebebasan untuk memilih hukum mana yang akan digunakan dalam penyelesaian sengketa. Berdasarkan hal ini, maka pelaksanaan alternatif penyelesaian sengketa melalui ISDS adalah boleh selama tidak menyimpang dengan ketentuan *syarī'at*.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Penerapan Instrument Investor-State Dispute Settlement dalam perjanjian RCEP dinilai boleh dan layak digunakan. Hal ini sesuai dengan amanat hukum nasional dan hukum internasional terkait investasi. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal dirumuskan sebagai bentuk ratifikasi atas dibentuknya forum ICSID, hal ini berarti bahwa hukum nasional kita secara tidak langsung juga telah mengikatkan diri dengan ISDS. Dalam Pasal 32 Bab XV tentang Penyelesaian sengketa disebutkan bahwa jika terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, maka para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati para pihak. Sebagaimana yang telah kita ketahui ISDS menggunakan bentuk mekanisme arbitrase dalam penyelesaian sengketa, sehingga berdasarkan hal ini maka penyelesaian sengketa melalui ISDS boleh digunakan sesuai dengan perundang-undangan yang telah berlaku. Dalam hukum investasi internasional, para pihak yang melakukan kerja sama investasi antar negara diatur dengan *Bilateral Investment Treaty* (BIT) yang merupakan perjanjian internasional yang melibatkan dua negara dengan objek investasi secara langsung dan melahirkan hak dan kewajiban. ISDS merupakan klausula penyelesaian sengketa yang terdapat didalam BIT dan diatur didalam BIT yang mana penyelesaiannya dilakukan di forum ICSID sebagai lembaga arbitrase internasional. ISDS dinilai mampu menyelesaikan sengketa yang terjadi diantara dua negara yang berselisih,

meskipun terdapat pro kontra dalam mekanisme penyelesaian seperti menguntungkan investor dan merugikan host state, namun mekanisme ini merupakan suatu sarana yang bisa dijadikan payung hukum dalam penegakan hukum, serta sebagai jaminan agar kedua belah pihak bisa menjalankan hak dan kewajibannya sesuai dengan perjanjian yang berlaku.

2. Dalam penyelesaian sengketa ISDS yang memuat bentuk system arbitrase pada dasarnya telah memuat syarat-syarat yang telah disebutkan diatas serta proses persidangan di dalam melalui mekanisme ISDS telah berjalan hampir sama dengan ketentuan yang diajarkan syarat. Dalam penyelesaian sengketa melalui ISDS akan ditangani oleh tribunal yang berkompeten, independen dan netral di lembaga ICSID sebagai lembaga yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa. Para pihak yang bersengketa dapat menentukan sendiri prosedur persidangan, serta memilih arbiter yang dianggap ahli dibidangnya. Para pihak juga diberikan kesempatan untuk menentukan pilihan hukum bisa berupa hukum nasional host state, hukum internasional, aturan sebagaimana tercantum di dalam perjanjian, hukum yang dianggap pantas, hukum negara ketiga, atau kombinasi dari pilihan-pilihan tersebut, para pihak diberi kebebasan untuk memilih hukum mana yang akan digunakan dalam penyelesaian sengketa. Berdasarkan hal ini, maka pelaksanaan alternatif penyelesaian sengketa melalui ISDS adalah boleh selama tidak menyimpang dengan ketentuan syarat.

B. Saran

1. Untuk pemerintah, sebagai negara yang terikat dalam perjanjian BIT maka secara tidak langsung kita sudah mengikatkan diri dengan ISDS sebagai alternatif

penyelesaian sengketa, alternatif penyelesaian ini tidak bisa dihindari jika kita masih terikat dalam BIT, maka untuk melakukan persiapan jika sewaktu-waktu negara kita digugat maka pemerintah diharapkan membentuk tim yang profesional dalam bidangnya yang dapat mengatasi gugatan yang dilayangkan oleh pihak lawan.

2. Untuk akademisi, penelitian memiliki banyak pro dan kontra sebab penulis memilih untuk mencari jalan tengah untuk kekosongan hukum, diharapkan kepada para akademisi dapat mengembangkan dan menemukan penemuan hukum baru yang bisa di ambil dari hukum nasional maupun dari sisi hukum Islam terkait pilihan hukum apa yang dapat digunakan jika memang penerapan ISDS ini dinilai tidak layak dalam bidang investasi.

DAFTAR PUSTAKA

- Adnan, Andi Muhammad Faiz Adani. *Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Melalui International Centre For Settlement Of Investment Dispute (ICSID) Ditinjau Dari Perspektif HAM International*. Skripsi: Universitas Hasanuddin, 2017.
- Adolf, Haula. *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*. Jakarta: Sinar Grafika, 2006.
- Adolf, Haula. *Hukum Perdagangan Internasional*. Jakarta: Penerbit PT Raja Grafindo Persada, 2005.
- Arifin, Muhammad. *Arbitrase Dalam Hukum Islam dan Relevansinya Bagi Penyelesaian Sengketa Perbankan Syari'at*. Medan: Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara, 2020.
- Eklesia, Martines. „Penyelesaian Sengketa Investor Asing Dalam Mekanisme Investor State Dispute Settlement (ISDS) dan Implikasinya Dalam Sistem Hukum Indonesia”. *Lex Administratum*. Vol 10 No 5(2022).
- FH UI, Humas. „Anak Polah Bapak Kepradah di Kasus Churchill Mining”.
<https://law.ui.ac.id/anak-polah-bapak-kepradah-di-kasus-churchill-mining-2/>
- Gultom, Donna. “Perjanjian RCEP : Peluangnya Bagi Indonesia dan Langkah Pemanfatannya”.
Center for Indonesian Studies. Vol 6 November 2020. DOI: [10.35497/328748](https://doi.org/10.35497/328748)
- Hasan, Muhammad Iqbal. *Hukum Investasi Internasional*. Bandung: Mediatama, 2021.
- Justice, Indonesia for Global. „Tidak Mengatur Mekanisme ISDS Dalam RCEP Sudah Tepat”.
IFGJ. 25 Oktober 2019. diakses 10 Oktober 2022. <https://igj.or.id/tidak-mengatur-mekanisme-isds-dalam-rcep-sudah-tepat/>
- Khalil, Rasyad Hasan. *Tarikh Tasyri' Sejarah Legislasi Hukum Islam*. Jakarta: Penerbit AMZAH, 2018.

- Kodri, Muhammad Fikri. *Peniadaan Mekanisme Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Dalam Perjanjian Perdagangan Australia dan Jepang Tahun 2014*". Jakarta: UIN Jakarta, 2018.
- Matauseja, Giana. „Investment Court System (ICS) Sebagai Alternatif Baru Investo- State Dispute Settlement (ISDS)““. *Dharmasiswa*. Vol. 1 No. 2(2021).
- Ramadhani, Hilman. “Tinjauan Yuridis Eksistensi Instrument Investor-State Disoute Settlemet (ISDS) Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII) (Perspektif Hukum Investasi Internasional dan Maşlahat)““. *Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*. Vol 1 No 2 (2017).
- Salviana, Fries Melia. Desy Nurkristia Tejawati. „Harmonisasi Bilateral Investment Treaty Agreement Sebagai Penyelesaian Sengketa Ke Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007““. *Sipendikum*. Vol 1 No 2(2018).
- Sativa, Agvirta Armilia. Agus Anwar. *Penanganan Gugatan Arbitrase Interasional Terhadap Pemerintah Indonesia*. Depok: BPSDM KUMHAM Press, 2020.
- Syarifuddin, Amir. *Ushul Fiqih Jilid 2*. Jakarta: penerbit Kencana Prenada Media, 2008.
- Thontowi, Jahawir. Pranoto Iskandar. *Hukum Internasional Kontemporer*. Bandung: PT Refika Aditama, 2006.
- Tumpa, Harifin A. Mahfud MD. *Asas-asas Negara Hukum Modern dalam Islam, Kajian Komprehensif Islam dan ketatanegaraan*. Yogyakarta: LKIS Yogyakarta, 2010.
- Widiyanti, Yeyen. *Prinsip Arbitrase Syarī“at Dalam Mengatasi Pembiayaan Bermasalah Di Bank Syarī“at Mandiri Kedaton Bandar Lampung*. IAIN Metro: Skripsi Ekonomi dan Bisnis Islam, 2020.

Yunarwanto. „Dampak Keikutsertaan Indonesia di Dalam RCEP Terhadap Volume Perdagangan”. *Jurnal Kajian Ekonomi dan Keuangan*. Vol. 3 No 2 (2019).