

TINJAUAN YURIDIS EKSISTENSI INSTRUMENT *INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT* (ISDS) DALAM PERJANJIAN INVESTASI INTERNASIONAL (PII)

(Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan al-Maslahah)

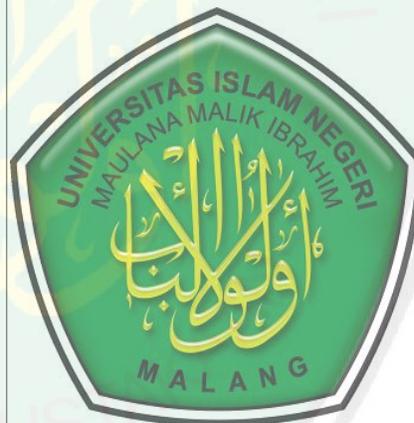
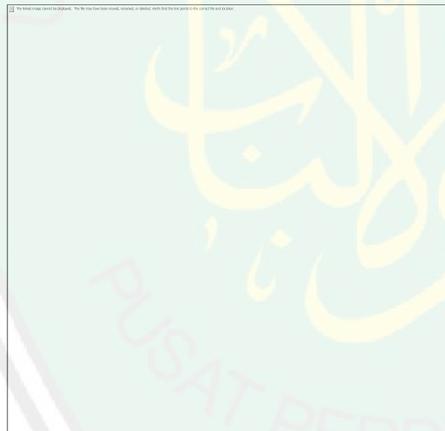
SKRIPSI

**Diajukan kepada
Fakultas Hukum Universitas Brawijaya dan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri
Maulana Malik Ibrahim Malang
Untuk Memenuhi Persyaratan Memperoleh Gelar Kesarjanaan Gelar Ganda Strata Satu
Sarjana Ilmu Hukum (S.H) dan Sarjana Hukum Islam (S.H.I)**

OLEH:

HILMAN RAMADHANI

NIM. 14501010111011 dan 15210200



**JURUSAN ILMU HUKUM DAN AL-AKHWAL AL-SYAKSIYAH
PROGRAM KESARJANAAN GELAR GANDA
ANTARA
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS BRAWIJAYA
DENGAN
FAKULTAS SYARIAH UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG**

2017

SURAT PERNYATAAN

KEASLIAN SKRIPSI

Yang bertanda tangan di bawah ini, saya

Nama : Hilman Ramadhani

NIM : 145010109111011 dan 15210200

Menyatakan bahwa dalam penulisan karya ilmiah hukum berupa skripsi ini adalah asli karya penulis, tidak ada karya/data orang lain yang telah dipublikasikan, juga berupa karya orang lain dalam rangka mendapatkan gelar kesarjanaan di perguruan tinggi, selain yang diacu dalam kutipan dan atau dalam daftar pustaka.

Demikian surat pernyataan ini saya buat, jika dikemudian hari terbukti karya ini merupakan karya orang lain baik yang dipublikasikan maupun dalam rangka memperoleh gelar kesarjanaan di perguruan tinggi, saya sanggup dicabut gelar kesarjanaan saya.

Malang, 31 Maret 2017

Yang Menyatakan,



Hilman Ramadhani

NIM: 145010109111011 dan 15210200

HALAMAN PERSETUJUAN

Judul Skripsi: TINJAUAN YURIDIS EKSISTENSI INSTRUMENT *INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT* (ISDS) DALAM PERJANJIAN INVESTASI INTERNASIONAL (PII) (PERSPEKTIF HUKUM EKONOMI INTERNASIONAL DAN *AL MASLAHAH*)

Identitas Penulis:

- a. Nama : Hilman Ramadhani
- b. NIM : 145010109111011 dan 15210200
- c. Konsentrasi : Hukum Internasional dan Al-Akhwat Al-Syakhsiyah.

Jangka waktu penelitian : 9 bulan

Disetujui pada tanggal: 24 Januari 2017

Dosen Pembimbing
Universitas Brawijaya



Dr. Hanif Nur Widhiyanti, S.H., M.Hum.
NIP. 19780811 200212 2 001

Dosen Pembimbing
UIN Maulana Malik Ibrahim Malang



Dr. H. Mohamad Nur Yasin, S.H., M.Ag.
NIP. 19691024 199503 1 003

Mengetahui,
Ketua Bagian Hukum Internasional



Dr. Hanif Nur Widhiyanti, S.H., M.Hum.
NIP. 19780811 200212 2 001

Mengetahui,
Ketua Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsiyah



Dr. Sudirman, M.A.
NIP. 199770822 200501 1 003

HALAMAN PENGESAHAN

TINJAUAN YURIDIS EKISTENSI INSTRUMENT *INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT* (ISDS) DALAM PERJANJIAN INVESTASI INTERNASIONAL (PII) (PERSPEKTIF HUKUM EKONOMI INTERNASIONAL DAN *AL MASLAHAH*)

OLEH :
HILMAN RAMADHANI
145010109111011 dan 15210200

Skripsi ini telah disahkan oleh majelis penguji pada tanggal 21 Maret 2017

Dewan Penguji:

1. Nurdin, SH., M.Hum. (NIP. 19561207 198601 1001)
(Ketua Penguji)
2. Dr. Patricia Audrey Ruslijanto, SH., M.Kn. (NIP. 19850101 200912 2005)
(Sekretaris)
3. Dr. H. Mohamad Nur Yasin, S.H., M.Ag (NIP. 19691024 199503 1 003)
(Penguji I)
4. Dr. Setyo Widagdo, SH., M.Hum. (NIP. 19590320 198601 1003)
(Penguji II)
5. Setiawan Wicaksono, SH., M.Kn. (NIP. 2011061812851 001)
(Penguji III)

Mengetahui,

Dekan Fakultas Syari'ah,



Dr. H. Robbin, M.H.I
NIP. 196812181999031002

HALAMAN MOTTO

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ عَلٰى قَوْمٍ ۖ اَلَا تَعْدِلُوْا ۗ اَعْدِلُوْا هُوَ لِلتَّقْوٰى اَقْرَبُ ۗ وَاتَّقُوا اللّٰهَ ۗ
 اِنَّ اللّٰهَ خَبِيْرٌۢ بِمَا تَعْمَلُوْنَ

“Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.”

(QS. Al-Maidah (5): 8)

Nilai seseorang sesuai dengan kadar tekadnya, ketulusannya sesuai dengan kadar kemanusiaannya, keberaniannya sesuai dengan kadar penolakannya terhadap perbuatan jahat dan kesucian hati nuraninya sesuai dengan kadar kepekaannya terhadap kehormatan dirinya.

-Khalifah Ali bin Abi Talib

“Seorang terpelajar harus sudah berbuat adil sejak dalam pikiran apalagi dalam perbuatan”

— **Pramoedya Ananta Toer, dalam “Bumi Manusia**

“Orang boleh pandai setinggi langit, tapi selama ia tidak menulis, ia akan hilang di dalam masyarakat dan dari sejarah. Menulis adalah bekerja untuk keabadian.”

— **Pramoedya Ananta Toer, dalam “Rumah Kaca”**

“Kau akan berhasil dalam setiap pelajaran, dan kau harus percaya akan berhasil, dan berhasillah kau; anggap semua pelajaran mudah, dan semua akan jadi mudah; jangan takut pada pelajaran apa pun, karena ketakutan itu sendiri kebodohan awal yang akan membodohkan semua”

— **Pramoedya Ananta Toer, dalam “Bumi Manusia”**

KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Alhamdulillah, puji dan syukur penulis panjatkan ke hadirat *Rabb* seru sekalian alam, Allah SWT. Pada kesempatan ini penulis akhirnya dapat menyelesaikan skripsi ini sekaligus merupakan titik awal bagi persiapan agenda akademik kedepannya yang sudah menunggu. Tidak pernah penulis bayangkan sebelumnya untuk menjadi sarjana, apalagi sarjana di bidang Ilmu Hukum (SH) konsentrasi Hukum Internasional dan Hukum Islam (S.H., dulunya S.H.I sebelum keluar aturan Permenang berapa bulan belakangan ini) secara bersamaan mengingat akan kemampuan keluarga penulis. Untuk menggapai gelar kesarjana ini, sangat panjang perjalanan akademik yang harus penulis lalui, melewati berbagai bentuk cobaan dan rintangan, melintasi tapal batas beberapa provinsi dan sekaligus harus menuntut ilmu di berbagai universitas di pulau jawa ini. Tidak hanya itu, penulis juga menjalani hitungan tahun yang melebihi sarjana pada umumnya, bukan karena kemalasan, ataupun kelengahan, tetapi begitulah ketentuan takdir akademik yang mesti penulis lalui. Penulis menyadari, sangat melelahkan perjalanan akademik yang digariskan tuhan melalui zona yang sama sekali tidak nyaman ini. Namun penulis senantiasa bersyukur, karna penulis meyakini keadaan tidak nyaman, penuh tekanan dan rintangan inilah yang membuat orang terus berpikir, bertindak dan bergerak maju. Semoga lika-liku perjalanan panjang ini dapat menjadi momentum penempaan dan pendewasaan diri sehingga mendorong penulis untuk selalu menghargai proses dalam menggapai cita, sehingga pergulatan akademik ini layak mejadi bahan cerita untuk adik, anak, bahkan cucu pada masanya nanti.

Terimakasih penulis sampaikan kepada pihak berikut, tanpa andil dari piha-pihak yang disebutkan di bawah ini penulis tidak akan dapat menyelesaikan skripsi ini, yakni :

1. Bapak **Dr. Rachmad Safa'at, SH., MSi.**, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, dan bapak **Dr. H. Roibin, M.HI.** selaku Dekan Fakultas Syariah UIN-Maulana Malik Ibrahim
2. Ibu **Dr. Hanif Nur Widhiyanti, S.H., M.Hum.** selaku Ketua Bagian Hukum Internasional dan bapak **Dr. Sudirman, MA.** selaku Ketua Jurusan al Akhwal as-Syaksiyah UIN-Malang
3. Bapak **Dr. H. Mohamad Nur Yasin, S.H., M.Ag.**, selaku pembimbing penulis bersama dengan ibu **Dr. Hanif Nur Widhiyanti, S.H., M.Hum.** Terimakasih bu, pak atas segala bimbingan dengan penuh kesabaran, inspiratif dan tidak kenal lelah selama ini sampai jadinya skripsi ini.
4. Bapak **Syafruddin** dan ibu **Syamsuarna**, ayah dan umi penulis yang tiada duanya, selalu berdoa anaknya menjadi orang yang berpendidikan tinggi meskipun beliau tidak. Terima kasih umi, ayah atas semuanya yang tak terhitung dan tak bakal terganti.
5. Amak (bibi) penulis yang memberikan semangat serta bantuan finansial dikala orang tua tidak mempunyai biaya. Terima kasih amak.

6. **Nofwandi Eka Putra S.Psi**, abang penulis yang banyak memberikan wejangan dan motivasi.
7. **Husnani Wisra, Rizky Fadhli, dan Zul Fadhli An-Nur**, adik-adik penulis yang penulis banggakan yang selalu menanyakan kapan wisuda, semoga kalian semua jauh lebih baik daripada abang mu ini, dik.
8. Seluruh Dosen dari berbagai universitas yang sudah membagi ilmunya dengan penulis semasa menuntu ilmu.
9. Staf Akademik dan Staf Perpustakaan FH UB, F. Syariah UIN, FH Unpad, FH UI yang dengan senang hati dalam menyediakan literatur untuk penulis.
10. Seluruh senior, kawan-kawan, junior dari berbagai paguyuban ataupun organisasi intra dan ekstra kampus yang tidak bisa penulis sebutkan satu-persatu di berbagai provinsi di Indonesia ini. Jasamu abadi!.

Penulis menyadari bagaimapun penulis sudah berusaha semaksimal mungkin, akan tetap ada kekurangan disana-sini ibarat kata pepatah “*tidak ada gading yang tak retak*”. Maka dari itu, penulis menerima kritik yang konstruktif untuk perbaikan dalam penelitian selanjutnya.

Kepada Allah penulis mohon ampun, kepada manusia penulis minta maaf jika ada kekeliruan dalam penulisan skripsi ini. *akhirul kalam*, selamat membaca dan semoga bisa bermanfaat dalam pengembangan keilmuan hukum terutama Hukum Internasional dan Hukum Islam beraspek internasional kepada pembaca yang budiman. Semoga karya kecil ini dapat sedikit memberi dan motor dalam pengembangan lintas disiplin ilmu hukum terutama dalam kaitan rumpun Hukum Positif dan Hukum Islam ke depannya. Amin.

Malang, April 2017

Penulis,

Hilman Ramadhani

PEDOMAN TRASLITERASI

Pedoman transliterasi huruf Arab ke Indonesia yang digunakan dalam penulisan skripsi ini mengacu pada pedoman transliterasi Arab-Latin hasil keputusan bersama Menteri Agama R.I. dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan R.I. tahun 1987, Nomor: 0543 b/U/1987, sebagai berikut:

1. Konsonan

Arab	=	Ind.	Arab	=	Ind.
ء	=	ʾ	ض	=	dh
ب	=	b	ط	=	th
ت	=	t	ظ	=	zh
ث	=	ts	ع	=	‘
ج	=	j	غ	=	gh
ح	=	h	ف	=	f
خ	=	kh	ق	=	q
د	=	d	ك	=	k
ذ	=	dz	ل	=	l
ر	=	r	م	=	m
ز	=	z	ن	=	n
س	=	s	و	=	w
ش	=	sy	هـ	=	h
ص	=	sh	ي	=	y

2. Vokal

a. Vokal tunggal (monoftong)

ـَ : a

ـِ : i

ـُ : u

b. Vokal rangkap (diftong)

ـَـي : ay

ـَـو : aw

c. Vokal panjang (*madd*)

اَ : â, Â

يَ : î, Î

وُ : û, Û

d. *Ya` Nisbah*

يُ : *Ya` nisbah* di akhir kata = y, seperti: *Islâmiy*.

يِي : *Ya` nisbah* tidak di akhir kata = yy, seperti: *Islâmiyyah*.

3. *Ta` Marbutah* (ة)

Adapun transliterasi terhadap kata (*al-kalimah*) yang berakhiran *ta` marbutah* (ة) dilakukan dengan dua bentuk sesuai dengan fungsinya, yaitu dengan atau “h”.



DAFTAR ISI

Surat Pernyataan Keaslian	i
Lembar Persetujuan	ii
Lembar Pengesahan	iii
Halaman Motto	iv
Kata Pengantar	v
Pedoman Transliterasi	vii
Daftar Isi	ix
Daftar Tabel	xiii
Daftar Singkatan	xiv
Abstrak	xvi
<i>Abstract</i>	xvii
ملخص البحث	xviii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	15
C. Tujuan Penelitian	16
D. Manfaat Penelitian	16
1. Manfaat Teoritis	16
2. Manfaat Praktis	16
E. Sistematika Penulisan	17
BAB II KAJIAN PUSTAKA	19
A. Tinjauan Umum tentang <i>Investor-State Dispute Settlement</i> (ISDS)	19
1. <i>Raison d'etre</i> dari ISDS	19
2. Kemunculan <i>Investor-State Dispute Settlement</i> (ISDS)	19
3. Cara kerja ISDS	20
4. Pengadilan tempat dilangsungkan persidangan sengketa ISDS	20
5. Alasan ISDS dimasukkan dalam perjanjian Investasi internasional	21

6. Alasan ISDS bermasalah.....	22
7. Perusahaan transnasional dapat menggugat sebuah negara jika sebuah Undang-Undang yang menyangkut kepentingan publik mengganggu investasi mereka	22
8. Sumber Penganggaran oleh negara yang digunakan dalam sengketa ISDS	22
9. Aktor dapat melakukan gugatan dengan instrumen ISDS	22
10. Rasio yang lebih banyak memenangkan kasus di saat terjadi sengketa	23
11. Konsekuensi hukum jika negara menolak membayar sesuai dengan putusan arbitrase.....	23
12. Upaya untuk membentuk sistem ISDS yang lebih adil	24
B. Teorisasi Investasi (Sejarah, Urgensi, Dan Signifikansi).....	24
C. Manfaat Kehadiran Investasi Internasional.....	27
D. Pertanggungjawaban Negara Terhadap Perlakuan Atas Orang Asing (Investor).....	31
1. Nationality of Claims.....	31
2. Exhaustion of Local Remedies	32
3. Ekspopriasi.....	33
E. Hukum Internasional dan Hukum Islam.....	35
F. Penggolongan Pihak Yang Bersengketa dalam Perjanjian investasi internasional (PII).....	39
1. Sengketa Antar Negara	39
2. Sengketa <i>Host Country</i> dengan Investor.....	40
G. Arbitrase Dalam Perspektif Islam dan Arbitrase Internasional	43
1. Sumber Hukum Arbitase Islam.....	43
2. Pengertian Putusan Arbitrase Asing (Arbitrase Internasional)	44
H. Hukum Islam, Syariat, dan Fiqih	45
1. Hukum Islam.....	45
2. Syariat	47
3. Hubungan Syariah Dengan Fiqih.....	47
I. Karakteristik Hukum Islam	48
1. Sempurna	48
2. Elastis.....	49
3. Universal dan Dinamis.....	49

4. Sistematis	50
5. Bersifat <i>Ta'aqquli</i> dan <i>Ta'abbudi</i>	51
J. Al-Maslahah	51
1. Tnjauan Umum Mashlahah.....	51
2. Pembagian dari Maslahah	54
3. Syarat agar dapat berhujjah kepada mashlahah mursalah.....	55
BAB IIIMETODE PENELITIAN	57
A. Jenis Penelitian.....	57
B. Pendekatan Penelitian	57
C. Bahan Hukum.....	59
D. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum	60
E. Teknik Analisis Bahan Hukum	61
F. Definisi Konseptual	61
BAB IV EKSISTENSI INSTRUMENT INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM PERJANJIAN INVESTASI INTERNASIONAL (PII) (Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan <i>al Maslahah</i>)	63
A. Eksistensi Instrument <i>Instrument Investor-State Dispute Settlement</i> (ISDS) Dalam Penanganan Sengketa Investasi Internasional.....	64
1. Faktor Historis yang Mendasari Kemunculan ISDS.....	64
2. Proses Kronologis Eksistensi (Keberadaan) Cikal Bakal ISDS dari Berbagai Perubahan Pengaturan Invetasi Internasional	68
a. Havana Charter.....	68
b. Multilateral Agreement on Investment (MAI).....	69
c. Trade Related Investment Measures (TRIMs).....	71
d. Regional Investment Treaties (RITs).....	71
e. Bilateral Investment Treaty (BIT).....	73
B. Urgensi Kemunculan Instrument ISDS Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII)	75
1. Kedaulatan Negara dan Penjaminan Hak Investor Asing oleh <i>Host state</i>	77

2. Penyelesaian Sengketa PII Yang Memuat Mekanisme ISDS Dalam Perspektif Hukum Publik Internasional.....	82
a. Konvensi Washington 1965 dan Arbitrase ICSID Sebagai Forum Penyelesaian Paling Dominan Dalam PII yang Mengandung Instrumen ISDS.....	83
3. Ratifikasi Indonesia Atas Konvensi Washington	88
a. Undang-Undang Ratifikasi	88
b. Implementasi Ratifikasi Konvensi Washington	88
4. Sengketa Penanaman Modal Indonesia yang Memakai Instrument ISDS yang Dibawa Investor ke Forum Arbitrase Internasional.....	92
a. Sengketa Amco Asia	92
b. Sengketa Churchil Mining Plc	97
c. Sengketa Rafat Ali Rizvi	103
d. Sengketa PT. Newmont Nusa Tenggara.....	107
e. Sengketa Cemex Asia Holding.....	107
f. Sengketa Kaltim v Kaltim Prima Coal.....	108
C. Tinjauan <i>Al-Maslahah</i> Melihat Eksistensi ISDS dalam Mengakomodasi Berbagai Kepentingan yang Diametral (antara <i>Investor-State</i>).....	111
1. Metode Penemuan Hukum Dalam Hukum Islam	111
2. Pentingnya Penemuan Hukum Untuk Menentukan Perkara yang Belum Ada Hukumnya	113
3. Penyelesaian Arbitase Dalam Hukum Islam Terkait Investasi Internasional	116
4. Macam-Macam <i>Al Maslahah</i> dan Analisisnya Terhadap PII dan Instrument ISDS.....	120
5. Pandangan <i>al- Maslahah</i> Melihat Eksistensi ISDS Dalam Investasi Internasional	128
6. Syarat-Syarat Penggunaan <i>al Maslahah</i> dalam Mengistinbatkan Hukum	129
7. Pandangan <i>al Maslahah</i> (al Tufi) Dalam Melihat Eksistensi ISDS Dalam PII.....	131
BAB VPENUTUP	134
A. Kesimpulan	134
B. Saran.....	137

DAFTAR TABEL

	Halaman
Tabel 1. Penelitian Terdahulu	13



DAFTAR SINGKATAN



APBN	: Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara
ASEAN	: Association of Southeast Asian Nations
BIT	: Bilateral Investment Treaty
BKPM	: Badan Koordinasi Penanaman Modal
CSR	: Corporate Social Responsibility
FDI	: Foreign Direct Investment
FET	: Fair and Equitable Treatment
FTA	: Free Trade Area
HKI	: Hak Kekayaan Intelektual
ICJ	: International Court of Justice
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
IIA	: International Investment Agreement
ILC	: International Law Commission
ITO	: International Trade Organization
ISDS	: Investor-State Dispute Settlement
LDCs	: Least Developed Countries

MAI	: Multilateral Investment Agreement
MEA	: Masyarakat Ekonomi ASEAN
MFN	: Most Favoured Nation
MNC	: Multi-National Corporation
P4M	: Persetujuan Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal
PII	: Perjanjian Investasi Internasional
PMA	: Penanaman Modal Asing
PMDN	: Penanaman Modal Dalam Negeri
RITs	: Regional Investment Treaties
SSDS	: State-State Dispute Settlement
TPP	: Trans-Pacific Partnership
TRIMs	: Trade Related Investment Measures
UN	: United Nation
UUPM	: Undang-Undang Penanaman Modal
UU	: Undang-Undang
VCLT	: Vienna Convention on The Law of Treaties
WTO	: World Trade Organization

ABSTRAK

Skripsi ini mengangkat isu mengenai peninjauan kembali atas eksistensi *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) dalam Perjanjian Investasi Internasional yang terdapat dalam *Bilateral Investment Treaties* (BITs). Isu eksistensi dan urgensi ISDS saat ini telah memicu perdebatan mengingat banyaknya gugatan yang diajukan oleh korporasi (MNC/TNC) yang dalam hal ini sebagai investor kepada negara tuan rumah (*host state*) yang dianggap merugikan *host state* dalam menjalankan kebijakan di negaranya. Dalam Hukum Internasional publik, pada prinsipnya setiap sengketa yang bukan antar negara/ *State-State Dispute Settlement* (SSDS), termasuk investasi asing diselesaikan dengan jalur diplomatik. Tetapi dengan adanya ISDS maka investor dapat menggugat *host state* secara langsung ke Badan Arbitrase Internasional berdasarkan BITs yang dibuat oleh *home state* dengan *host state* tersebut. Inilah yang membuat *host state* perlu mengkaji lagi penggunaan instrument ISDS dalam Perjanjian Investasi Internasional, yang nantinya berupa kritik ataupun apresiasi.

Eksistensi ISDS ini juga menarik dalam kajian Hukum Islam, yang dalam hal ini beraspek muamalah. Tetapi masalah ISDS ini tidak terdapat dalam ketentuan baik secara eksplisit maupun implisit dalam nash baik al-Quran dan al-Hadis. Sehingga diperlukan ijtihad untuk dapat mengistinbatkan hukum (*rechvinding*) agar dapat menemukan hukumnya melalui konsep *al-maslahah*, dalam konsep *maqasid syariah* khususnya dengan memakai pendekatan Najmuddin al-Tufi.

Kata Kunci: **Eksistensi ISDS, Perjanjian Investasi Internasional, BITs, Kritik atau Apresiasi, al-Maslahah**

ABSTRACT

This research pose an issue concerning of reviewing the existence and urgency of Investor State Dispute Settlement (ISDS) which are accommodated in International Investment Agreements contained in Bilateral Investment Treaties (BITS). The issue of the existence and urgency of the current ISDS has sparked an intense debate considering a lot of a lawsuit filed by the corporation (MNC / TNC) which in this case as an investor to the host state were considered detrimental to the them in running the domestic policy well. Principally, In Public International Law, every dispute is not between countries / State-Stae Dispute Settlement (SSDs), including foreign investment is resolved by diplomatic means. However, through the ISDS instrument investor can sue the host state directly to International Abitrarse Forum by BITS which is made by home state with the host state previously. This ground makes the host state should reassess of employing the ISDS instrument in International Investment Agreements, which in turn triggering of criticism or appreciation.

ISDS existence is also appealing in Islamic law study, where in this case has muamalah aspect. But the ISDS provisions matter either explicitly or implicitly is not there in the texts of both al-Quran and al-Hadith. So, we need to be able to finding the law (istinbat/rechvinding) by ijtihad in order to find the law through the concept of al-maslahah, particularly by employing the concept of maqasid syariah of Najmuddin al-Tufi perspective.

Keywords: *ISDS Existence, International Investment Agreements, BITS, Criticism or Appreciation, al- Maslahah*

ملخص البحث

في هذا البحث، يعرض الباحث مسألة إعادة النظر إلى وجود عامل المستثمرين بتسوية نزاع الدولة (ISDS) في عقد الاستثمار الدولي (PII) الواردة في معاهدات الاستثمار الدولي (BITS). قضية الوجود وأهمية عامل المستثمرين بتسوية نزاع الدولة (ISDS) أدت إلى المنازعات نظرا إلى عدد كثير من الدعوى التي رفعتها شركة (MNC/TNC). في هذه الحالة، يعتبر المستثمر ضارا لدولة الاستثمار في تنفيذ السياسة العامة داخل البلد. في القانون الدولي العام، في أصله كل المنازعات دون المنازعات بين الدول، مثل منازعات في الاستثمار الخارجي تحلل عبر وسائل الدبلوماسية. ولكن مع وجود عامل المستثمرين بتسوية نزاع الدولة (ISDS) يمكن للمستثمرين أن يقدموا الدعوى على دولة الاستثمار مباشرة إلى منتدى التحكيم الدولي وفقا لمعاهدات الاستثمار الدولي (BITS) التي وضعتها دولة الاستثمار. وهذا ما يجعل دولة الاستثمار على القيام بإعادة النظر إلى استخدام عامل المستثمرين بتسوية نزاع الدولة (ISDS) في معاهدات الاستثمار الدولي في شكل النقد والتقدير.

يوثر وجود عامل المستثمرين بتسوية نزاع الدولة (ISDS) اهتماما كبيرا في دراسة الشريعة الإسلامية، في مجال المعاملة. ولكن مسألة عامل المستثمرين بتسوية نزاع الدولة (ISDS) ما وردت في اللوائح؛ سواء كانت داخليا أو خارجيا في النص القرآني والحديث. لذلك، نحتاج إلى الاجتهاد لاستنباط الأحكام من أجل العثور على الحكم من خلال مفهوم المصلحة، ولا سيما مفهوم المقاصد الشرعية عند نجم الدين الطوفي.

الكلمات الرئيسية: وجود عامل المستثمرين، عقد الاستثمار الدولي (PII)، معاهدات الاستثمار الدولي (BITS)، النقد أو التقدير، المصلحة.

DAFTAR ISI

Surat Pernyataan Keaslian	i
Lembar Persetujuan	ii
Lembar Pengesahan	iii
Halaman Motto	iv
Kata Pengantar	v
Pedoman Transliterasi	vii
Daftar Isi	ix
Daftar Tabel	xiii
Daftar Singkatan	xiv
Abstrak	xvi
<i>Abstract</i>	xvii
ملخص البحث	xviii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	15
C. Tujuan Penelitian	16
D. Manfaat Penelitian	16
1. Manfaat Teoritis	16
2. Manfaat Praktis	16

E. Sistematika Penulisan	17
BAB II KAJIAN PUSTAKA.....	19
A. Tinjauan Umum tentang <i>Investor-State Dispute Settlement</i> (ISDS).....	19
1. <i>Raison d'etre</i> dari ISDS	19
2. Kemunculan Investor-State Dispute Settlement (ISDS).....	19
3. Cara kerja ISDS	20
4. Pengadilan tempat dilangsungkan persidangan sengketa ISDS.....	20
5. Alasan ISDS dimasukan dalam perjanjian Investasi internasional.....	21
6. Alasan ISDS bermasalah.....	22
7. Perusahaan transnasional dapat menggugat sebuah negara jika sebuah Undang-Undang yang menyangkut kepentingan publik mengganggu investasi mereka	22
8. Sumber Penganggaran oleh negara yang digunakan dalam sengketa ISDS	22
9. Aktor dapat melakukan gugatan dengan instrumen ISDS	22
10. Rasio yang lebih banyak memenangkan kasus di saat terjadi sengketa	23
11. Konsekuensi hukum jika negara menolak membayar sesuai dengan putusan arbitrase.....	23
12. Upaya untuk membentuk sistem ISDS yang lebih adil	24
B. Teorisasi Investasi (Sejarah, Urgensi, Dan Signifikansi).....	24
C. Manfaat Kehadiran Investasi Internasional.....	27
D. Pertanggungjawaban Negara Terhadap Perlakuan Atas Orang Asing (Investor).....	31
1. Nationality of Claims.....	31
2. Exhaustion of Local Remedies	32
3. Ekspopriasi.....	33
E. Hukum Internasional dan Hukum Islam.....	35
F. Penggolongan Pihak Yang Bersengketa dalam Perjanjian investasi internasional (PII).....	39
1. Sengketa Antar Negara	39
2. Sengketa <i>Host Country</i> dengan Investor.....	40
G. Arbitrase Dalam Perspektif Islam dan Arbitrase Internasional	43
1. Sumber Hukum Arbitase Islam.....	43
2. Pengertian Putusan Arbitrase Asing (Arbitrase Internasional).....	44

H. Hukum Islam, Syariat, dan Fiqih	45
1. Hukum Islam.....	45
2. Syariat	47
3. Hubungan Syariah Dengan Fiqih.....	47
I. Karakteristik Hukum Islam	48
1. Sempurna	48
2. Elastis.....	49
3. Universal dan Dinamis.....	49
4. Sistematis	50
5. Bersifat <i>Ta'aqquli</i> dan <i>Ta'abbudi</i>	51
J. Al-Maslahah	51
1. Tnjauan Umum Mashlahah.....	51
2. Pembagian dari Maslahah	54
3. Syarat agar dapat berhujjah kepada mashlahah mursalah.....	55
BAB III METODE PENELITIAN	57
A. Jenis Penelitian.....	57
B. Pendekatan Penelitian	57
C. Bahan Hukum.....	59
D. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum	60
E. Teknik Analisis Bahan Hukum	61
F. Definisi Konseptual	61
BAB IV EKSISTENSI INSTRUMENT INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM PERJANJIAN INVESTASI INTERNASIONAL (PII) (Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan <i>al Maslahah</i>)	63
A. Eksistensi Instrument <i>Instrument Investor-State Dispute Settlement</i> (ISDS) Dalam Penanganan Sengketa Investasi Internasional	64
1. Faktor Historis yang Mendasari Kemunculan ISDS.....	64

2. Proses Kronologis Eksistensi (Keberadaan) Cikal Bakal ISDS dari Berbagai Perubahan Pengaturan Investasi Internasional	68
a. Havana Charter.....	68
b. Multilateral Agreement on Investment (MAI).....	69
c. Trade Related Investment Measures (TRIMs).....	71
d. Regional Investment Treaties (RITs).....	71
e. Bilateral Investment Treaty (BIT).....	73
B. Urgensi Kemunculan Instrument ISDS Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII)	75
1. Kedaulatan Negara dan Penjaminan Hak Investor Asing oleh <i>Host state</i>	77
2. Penyelesaian Sengketa PII Yang Memuat Mekanisme ISDS Dalam Perspektif Hukum Publik Internasional.....	82
a. Konvensi Washington 1965 dan Arbitrase ICSID Sebagai Forum Penyelesaian Paling Dominan Dalam PII yang Mengandung Instrumen ISDS.....	83
3. Ratifikasi Indonesia Atas Konvensi Washington	88
a. Undang-Undang Ratifikasi	88
b. Implementasi Ratifikasi Konvensi Washington	88
4. Sengketa Penanaman Modal Indonesia yang Memakai Instrument ISDS yang Dibawa Investor ke Forum Arbitrase Internasional.....	92
a. Sengketa Amco Asia	92
b. Sengketa Churchill Mining Plc	97
c. Sengketa Rafat Ali Rizvi	103
d. Sengketa PT. Newmont Nusa Tenggara.....	107
e. Sengketa Cemex Asia Holding.....	107
f. Sengketa Kaltim v Kaltim Prima Coal.....	108
C. Tinjauan <i>Al-Maslahah</i> Melihat Eksistensi ISDS dalam Mengakomodasi Berbagai Kepentingan yang Diametral (antara <i>Investor-State</i>).....	111
1. Metode Penemuan Hukum Dalam Hukum Islam	111
2. Pentingnya Penemuan Hukum Untuk Menentukan Perkara yang Belum Ada Hukumnya	113
3. Penyelesaian Arbitrase Dalam Hukum Islam Terkait Investasi Internasional	116
4. Macam-Macam <i>Al Maslahah</i> dan Analisisnya Terhadap PII dan Instrument ISDS.....	120

5. Pandangan al- Maslahah Melihat Eksistensi ISDS Dalam Investasi Internasional	128
6. Syarat-Syarat Penggunaan <i>al Maslahah</i> dalam Mengistinbatkan Hukum	129
7. Pandangan <i>al Maslahah</i> (al Tufi) Dalam Melihat Eksistensi ISDS Dalam PII.....	131
BAB VPENUTUP	134
A. Kesimpulan	134
B. Saran.....	137



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Penanaman Modal Asing (PMA) atau yang dalam istilah perjanjian internasional lebih sering disebut *Foreign Direct Investment* (FDI) sudah merupakan kebutuhan dan hal yang tidak dapat dielakkan dari sebuah negara dalam menjalankan roda perekonomiannya. negara maju dan negara berkembang sekarang ini sudah lazim menjadi baik sebagai negara asal modal (*home country*) maupun menjadi negara tujuan dari penanaman modal itu sendiri (*host-country*). Meskipun dalam prakteknya tidak dapat dinafikkan bahwa yang seringkali yang menjadi negara penanam modal secara kuantitas adalah negara maju (*developed country*), sedangkan negara berkembang (*developing country*) dan negara terbelakang/*Least Developed Countries* (LDCs) menjadi negara tujuan.¹

Tetapi untuk menjadi sebuah negara *host country* yang menjanjikan bagi investor, tidak cukup hanya dengan klasifikasi maju, atau tidaknya saja. Tetapi yang menjadi faktor determinannya adalah stabilitas politik, hukum, dan keamanan dari negara yang dimaksudkan. Karena setiap investor akan mencari tempat yang dapat menjamin modal yang mereka tanamkan akan berkembang dengan pesat dan minim resiko yang bersifat non-komersial seperti yang disebutkan di atas. Hal ini dapat dipahami karena apabila suatu negara tingkat volatilitas politiknya tinggi karena huru-hara, demonstrasi, maka ini dapat menciutkan keinginan investor

¹ Hikmahanto Juwana, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*, Cet. 1, (Jakarta: Lentera Hati, 2002), h. 187.

global untuk menanamkan modalnya di negara tersebut, karena sekara *common sense* situasi tersebut tidak akan menjamin keuntungan bagi mereka.

Menyikapi kendala-kendala di atas, maka untuk menjamin investasasi dari investor yang menjadi warganegaranya, negara-negara maju (*developed countries*) membutuhkan instrument yang secara hukum dapat menjamin kepastian dan mengikat baik untuk negara berkembang (*developing country*), maupun negara-negara terbelakang *least developed countries* (LDCs) yang biasanya sebagai negara tujuan dari penanaman modal untuk memastikan keuntungan investasi yang didapat oleh investor negaranya tersebut. Atas dasar itulah negara-negara maju sebagai penanam modal menginginkan negara penerima modalnya untuk menuangkannya dalam kesepakatan Perjanjian Investasi Internasional (PII). PII yang paling jamak dipakai dalam prakteknya adalah kesepakatan perlindungan investasi bilateral yang lazim dikenal dengan “Persetujuan atas Perjanjian Promosi dan Perlindungan Investasi”² atau *Bilateral Investment Treaties* (BITs).³ Ini bukti begitu ambisiusnya *home-country* untuk melindungi warganegaranya, meskipun pada dasarnya hukum nasional (*manucipal law*) dari negara *host-country* tersebut sudah menjamin hak-hak dari investor dari keadaan-keadaan yang tidak menunjang iklim investasi.

Demi menciptakan P4M (Persetujuan Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal) atau BITs tersebut yang menarik bagi negara investor maka dibuatlah sejumlah paket perlindungan dengan menerapkan ‘perlakuan standar minimum’ (*minimum standart of treatment*) investasi asing yang pada awalnya merupakan hukum kebiasaan internasional⁴ yang berkembang sebagai

² Untuk kesepakatan perlindungan investasi bilateral dengan berbagai Negara, Indonesia sendiri menggunakan istilah resmi “*Persetujuan Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M)*” sebagai terjemahan bahasa inggris tersebut.

³ Untuk pemakaian di literature Indonesia (meskipun sedikit), biasanya dipakai istilah “Perjanjian Investasi Bilateral (PIB)”

⁴ Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008), h. 55.

'*international minimum standart of treatment*' dan '*international minimum standart of protection*'. Perlindungan standar investasi tadi ada yang absolut (seperti: *fair and equitable treatment, full protection and security, and transfer of fund*) dan ada yang perlindungan relatif (*national treatment, most favored nation treatment, and dispute settlement*). Di dalam perlindungan negatif seperti yang sudah disebutkan, di sana terdapat pembahasan mengenai *dispute settlemen* tersendiri. *Dispute settlement* inilah yang melahirkan *instrument investor-state dispute settlement* (ISDS) sebagai instrument yang dimasukan kedalam BITs yang merupakan terobosan dalam penyelesaian sengketa internasional yang banyak mengundang *pros* (dukungan) dan *cons* (tentangan) di dalam banyak kajian hukum internasional, khususnya ekonomi internasional itu sendiri, sehingga perlu ditelaah lebih lanjut mengenai konsep, eksistensi, dan urgensinya dalam pemakaian instrument tersebut ke depannya.

BITs saat ini sudah menjadi dasar dalam melindungi kepentingan investor asing. Ada beberapa ketentuan dalam BITs yang diberikan untuk melindungi kepentingan investor seperti perlindungan dari pengambil-alihan ataupun nasionalisasi, perlindungan dari kerugian yang diderita akibat terjadinya konflik, perang, revolusi, pemberontakan dan keadaan darurat nasional. Pada dasarnya, di dalam ketentuan Undang-Undang No. 25 tahun 2007 yang mengatur tentang Penanaman Modal, dan juga pada Undang-Undang No. 7 tahun 2014 yang mengatur tentang Perdagangan, di dalamnya juga terdapat aturan mengenai penanaman modal asing (PMA) yang sudah sangat menjamin investasi asing di dalam negeri. Oleh sebab itu, tanpa BITs pun tidak masalah. Sayangnya, kebanyakan negara menginginkan adanya aturan ini, sehingga perlindungan yang diberikan kepada investor menjadi berlebih.⁵

⁵ Menurut Deputi Bidang Pengendalian Penanaman Modal BKPM Azhar Lubis, dalam Ranto Rajagukguk, 2014, Gugatan Newmont Dinilai Bahayakan Kedaulatan RI, <http://m.inilah.com/news/detail/2117227/>, diakses pada 27 Februari 2016.

Menurut data *United Nations Conference on Trade and Development* hingga saat ini Indonesia telah menandatangani 65 BITs, dengan 47 BITs efektif.⁶ Di penghujung masa pemerintahan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono, berita mengenai rencana pemerintah Republik Indonesia mengakhiri seluruh BITs telah terdengar, dan sampai dengan bulan April 2015 sebanyak 19 BIT tidak diperpanjang.⁷

Dengan eksisnya instrument ISDS dewasa ini, maka sangat memungkinkan dalam perkara adjudikasi negara digugat langsung oleh investor tanpa perlindungan diplomatik dari negara investor yang bersangkutan karena ini sudah ada dalam BITs yang disepakati. Meskipun dalam prinsip hukum internasional ada *exhaustion of local remedies*⁸ yang mana setiap perkara yang berhubungan dengan yurisdiksi (kedaulatan), termasuk di dalamnya perkara investasi yang harus diselesaikan dalam hukum negara yang bersangkutan (*host country*). Tetapi sering kali kalau mereka (investor) dikalahkan akan mengajukan keberatan dengan menyatakan putusan tersebut mengandung *denial of justice* sehingga pada akhirnya akan berlanjut pada badan peradilan atau arbitrase internasional.

Pada dasarnya, kewenangan negara melakukan tindakan hukum untuk memberikan akses dalam penanaman modal, dalam pranata hukum internasional dimasukkan ke dalam kategori *ius imperii*, tetapi belakangan ini dengan kehadiran instrument ISDS, maka terdapat pergeseran pranata hukum internasional tersebut yang menjadikan saat ini investor juga sudah dapat langsung *vis a vis* dengan *host country* dalam penyelesaian sengketa adjudikasi tanpa adanya proteksi diplomatik dari *home country* investor. Dengan demikian, setiap tindakan negara saat ini

⁶UNCTAD (n.d.). *Indonesia: Bilateral Investment Treaties (BITs)*. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97#iiaInnerMenu>, diakses pada 1 Maret 2016.

⁷BKPM, 2015, Siaran Pers: BKPM Susun Template Perjanjian Investasi, http://www.bkpm.go.id/contents/news_detail/239301/Siaran+Pers%3A+BKPM+, diakses pada 3 Maret 2016.

⁸*Exhaustion of local remedies* adalah prinsip dalam hukum publik internasional untuk mengusahakan mencari keadilan bagi pihak asing (orang atau korporat) dengan memakai hukum dalam negara tersebut terlebih dahulu sampai tingkat akhir.

yang berkaitan dengan pengawasan penanaman modal asing terus digerogoti, karena jika mereka sedikit saja merasa dirugikan akan langsung membawa sengketa ke pengadilan atau forum arbitrase internasional.

ISDS pertama kali mencuat dalam perjanjian perdagangan bilateral antara Jerman dan Pakistan pada tahun 1959. Tujuan dari perjanjian tersebut adalah untuk mendorong penanaman modal asing dengan melindungi investor dari tindakan diskriminasi atau ekspropriasi.⁹ Sifat dari putusan instrument ISDS ini tidak transparan (*opaque*) karena diputuskan dalam keadaan tertutup (*behind close door*) sehingga akan menyulitkan untuk dilakukan eksaminasi putusan oleh publik. Selain itu, ISDS tidak menggunakan *exhaustion of local remedies* sebagai langkah awal (*primum remedium*) untuk menyelesaikan sengketa investasi yang merupakan kelaziman dalam hukum internasional. Cara tersebut biasanya untuk menggugat tindakan pemerintah *host country* kalau ada tindakan atau regulasi yang berpotensi menyebabkan kerugian investor. Ini menyebabkan tidak adanya pembelaan yang dapat dilakukan oleh *host country* terhadap kebijakannya dan tidak adanya rentang waktu bagi memperbaiki kesalahannya. Selain itu, dalam instrument ISDS tidak memakai panel majelis hakim, tetapi memakai pengacara dari *law-firm* besar yang jelas semuanya berbiaya super mahal yang biasanya lebih dekat dengan korporat (investor)¹⁰ daripada ke negara untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal internasional.

Lebih mengecewakan lagi bagi *host country*, putusan (*award*) dalam instrument ISDS (*Instrument Investor-State Dispute Settlement*) bersifat *final and binding*, sehingga tidak terdapat upaya hukum lainnya. Belum lagi adanya sifat pertanggung jawaban *absolute* dari *host country*

⁹ *ISDS first appeared in a bilateral trade agreement between Germany and Pakistan in 1959. The intention was to encourage foreign investment by protecting investors from discrimination or expropriation*, dalam Anonim, *Governments Are Souring Treaties Protect Foreign Investors Arbitration*, <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756>, diakses pada 8 Maret 2016.

¹⁰ Gaukrodger, D. and K. Gordon, 2012, "*Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*", http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf, diakses pada 8 Maret 2016.

yang dianggap merugikan investor. Sehingga nantinya penggantian kerugian yang diderita investor sampai pada kerugian atas “potensi keuntungan dikemudian hari” yang tidak didapatkan. Ini jelas bersifat spekulatif, dan tidak merupakan kerugian aktual yang diderita oleh investor, sehingga ini sangat merugikan dari *host country*.¹¹

Maka dari itu, memasuki awal abad ke 20 terjadi pergeseran dalam penanaman modal di dunia dan di Indonesia yang mana semula menggunakan proteksi dan saluran diplomatik negara, sehingga investor harus berkoordinasi dengan negara asalnya (*home country*) dulu untuk melakukan gugatan terhadap negara yang memiliki kedaulatan atas tempatnya berinvestasi, tapi saat ini investor (baik perorangan maupun badan (MNC)) sudah dapat menjadi pihak dalam sengketa dalam bentuk *Investor-State*. Apabila ditelusuri lebih lanjut eksistensi (kehadiran) dari instrument ini adalah seringkali dipakai dalam berbagai bentuk perjanjian internasional (*treaty*) baik itu yang bersifat bilateral yang terdapat dalam banyak *bilateral investment treaties* (BITs) maupun *Multilateral Investment Agreement* (MAI). Dengan semakin banyaknya lahir baik itu bilateral investment treaty, multilateral maka akan semakin sering juga kemungkinan Indonesia dibawa oleh para investor ke pengadilan internasional, dan itu sudah terbukti dalam beberapa kasus yang mencuat kepermukaan.

Melihat pada kasus yang ada, Indonesia telah digugat di ICSID sebanyak 4 kasus yaitu: 2012- Churchill Mining v. Indonesia (ARB/12/40, ARB/12/14) dengan gugatan kerugian sebesar Rp.20 triliyun; 2011-Rafat Ali Rizvi v. Indonesia (ARB/11/13) namun saat ini telah dibatalkan; 2004-Cemex Asia Holdings Ltd v. Indonesia (ARB/04/3); dan 1981-Amco Asia Corporation v Indonesia (ARB/81/1) menuntut ganti rugi sebesar US\$ 12 Juta.¹² Misalnya, kasus Churchill Minings di atas yang menggugat pemerintah Indonesia senilai US\$ 1,32 miliar (sekitar 20

¹¹ Gaukrodger, D. and K. Gordon, *Ibid*.

¹²Ranto Rajagukguk, 2014, *Ibid*.

triliyun) terkait pencabutan hak perusahaan untuk mengelola tambang batu bara di Kutai Timur. Kemudian kasus pemegang saham Bank Century, Rafat Ali Rivzi yang menggugat pemerintah Indonesia. Keduanya menggugat Indonesia di forum arbitrase internasional melalui International Centre for Settlement of Investment Dispute (ICSID) atas dasar BITs Indonesia-Inggris.¹³

BIT juga memberikan jaminan kepada investor untuk mendapatkan kemudahan ataupun pengecualian atas pajak serta penerapan asas subrograsi. BIT juga memberikan kepastian hukum kepada investor asing melalui ketentuan penyelesaian sengketa yang menempatkan negara sebagai pihak yang dapat digugat (*investor-state*) di forum arbitrase seperti ICSID.

Makanya saat ini banyak dari BITs yang akan dibatalkan oleh pemerintah melihat situasi yang ada, karena investasi dengan memakai aturan BITs yang mengandung instrument ISDS yang mana mensejajarkan kedudukan investor dan state (*host country*) dalam posisi yang sejajar, yang seringkali mengalahkan negara dalam proses adjudikasi ISDS yang tertutup sehingga seringkali negara dirugikan dalam berhadapan dengan investor. Padahal sejatinya penanaman modal diberikan izin oleh negara untuk meningkatkan kesejahteraan negara dan rakyatnya.

BIT yang notabene merupakan perjanjian internasional yang pada dasarnya sesuai dengan kaidah dan prinsip hukum perjanjian internasional yang diatur dalam *Vienna convention on the law of treaties* (VCLT) tahun 1969. Pasal 2 ayat (1) tentang definisi perjanjian memberikan pengertian *treaty/agreement* adalah:

*“An international agreement concluded between states in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instrument and whatever its particular designation”*¹⁴

¹³ Desy Setyowati, 2015, *Sering Dirugikan Pemerintah Ingin Akhiri Kerja Sama Investasi*, <http://katadata.co.id/berita/2015/05/11/>, diakses pada 2 Maret 2016.

¹⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, (Oxford University Press, United Kingdom, 2003), h. 581.

Perjanjian Internasional dibuat antara negara dalam bentuk tertulis dan diatur oleh hukum internasional, apakah itu dalam instrumen tunggal, dua atau lebih instrument yang berkaitan dan apapun nama yang diberikan kepadanya).

Seringkali investor membawa kasus ke pengadilan atau arbitrase internasional dikarenakan adanya tindakan yang satu sisi menurut investor merugikan dirinya, sedangkan disisi lain biasanya kebijakan yang dibuat oleh negara tersebut semata-mata merupakan alasan untuk menjaga keutuhan, kedaulatan, dan kepentingan negaranya.

Tetapi, seandainya dalam BIT mencantumkan doktrin *state necessity*, dimana adanya kemungkinan untuk pembebasan tanggung jawab negara terhadap investor dalam melakukan kebijakan yang merugikan investor, maka ini akan bertentangan dengan tujuan BIT itu sendiri yang berguna untuk mempromosikan penanaman modal, sedangkan *state necessity* juga agak riskan untuk disalahgunakan sehingga akan menakutkan bagi investor bahwa usahanya suatu saat akan dinasionalisasi, meskipun ada ganti rugi yang berdasarkan hukum internasional *prompt, effective and adequate*.

Maka dengan alasan di atas penulis merasa perlu mengkaji eksistensi dari ISDS dalam penyelesaian sengketa penanaman modal internasional lebih lanjut dengan pendekatan konseptual secara teoritis untuk melihat apakah ISDS itu memberikan manfaat yang nantinya akan mengarah pada pemberian apresiasi, atau malah memang menunjukkan kesalahan terobosan hukum yang menjadi kritik, yang mana diharapkan nantinya penulisan ini sedikit memberikan kontribusi dalam menelaah kedudukan ISDS yang katanya merupakan terobosan hukum dalam sengketa penanaman investasi. Sehingga nantinya ada alternatif-alternatif yang dapat diambil oleh Indonesia dalam mereformulasi perumusan kebijakan penanaman modal dalam negeri yang tidak merugikan kedaulatan negara serta rakyat di republik ini. Penelitiann ini nantinya untuk menghasilkan perspektif keilmuan yang lebih luas, tidak hanya memakai

pendekatan Hukum Internasional saja tetapi juga dengan pemakaian Hukum Islam (*syariah*, dengan pendekatan fiqh untuk menemukan ada atau tidaknya *al-maslahah*) sehingga hasil kajian ini akan bersifat lebih luas lagi, tetapi tetap fokus pada kajian utama yang mana Hukum Islam dan Hukum Internasional hanya sebagai pisau analisis yang penulis jadikan sebagai alat untuk membedah kasus ini.

Islam merupakan agama sekaligus sebagai sistem hukum yang komprehensif yang mengkaji dan menetapkan hukum setiap yang dilakukan, tidak hanya bagi orang Islam itu sendiri, tapi oleh seluruh umat manusia. Termasuk dalam berbagai aspek perkembangan kekinian dalam berbagai disiplin ilmu pada dasarnya dapat dicarikan hukum dalam Islam (*syariah*). Muhammad sebagai pembaga berita gembira (*basyiran*) dan peringatan (*nadziran*) kepada seluruh umat manusia supaya menjadi rahmat bagi semesta alam.

Sebagai konsep hukum paripurna dan universal, kerangka dasar ajaran Islam tidak hanya mengajarkan hal-hal yang berkaitan dengan ibadah atau aspek kerohanian, iman, moralitas, melainkan juga mengandung azas pengaturan kehidupan bermasyarakat yang menyangkut berbagai aspek dalam tata hubungan antar negara /*akhkamul dauli*¹⁵ dan ketertiban dalam hukum internasional. Dengan demikian, tidak heran dalam cakupan Islam juga mencakup aspek-aspek politik, sosial, ekonomi, budaya dan termasuk hukum itu sendiri.

Dalam piagam Madinah (*dustur al-madinah*) misalnya, menjelaskan konsep Hukum Ketatanegaraan sekaligus unsur Hukum Internasional Islam (*siyar*), yang berisi persatuan umat Islam dan non muslim, perjanjian perdamaian, dan perjanjian kerja sama. Di antara butir-butir terpenting dari prinsip-prinsip Piagam tersebut adalah *al-musawah* (persamaan kedudukan sebagai warga), *alhurriyyah* (kebebasan berlandaskan syari'at), *al-adalah* (keadilan), *al-*

¹⁵ Muhammad, *Aspek Hukum Dalam Muamalat*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2007), h.14.

ukhuwwa (persaudaraan) dan *at-tasamuh* (toleransi). Di sinilah pemerintahan Islam (khilafah) mulai dibangun dengan metode dan struktur pemerintahannya.¹⁶

Al-Islamu sholihun kulli zaman wal makan, yang berarti bahwa Islam itu selalu *adaptable* dengan zaman dan waktu. Sehingga tetap bisa menampung segala isu persoalan hukum dan memberikan solusi atas setiap permasalahan tersebut. Hukum Islam jauh lebih detail dari hukum dalam artian konvensional. Dalam hukum pada umumnya berlaku adagium “*de minimis non curat lex*” yang berarti hukum tidak mengurus hal-hal yang dianggap sepele. Tetapi, dalam syariah segala aturan sangat detail. Hal yang dianggap sangat sepele seperti tangan dan kaki yang harus didahulukan dalam memulai sesuatu pun ada hukumnya, apalagi yang bersifat global seperti Hukum Ekonomi Internasional dan penanaman modal ini.

Dalam kasus ini, penulis mencoba melihat kedudukan hukum dari eksistensi dari ISDS dalam perspektif syariah khususnya dalam fiqh yang lebih spesifik lagi dalam *al-maslahah* karena adanya unsur kabuan dalam kasus yang diangkat ini. Islam juga pada dasarnya mengkaji tidak hanya masalah ekonomi dalam suatu negara, tetapi pola hubungan dan interaksi yang ada tuntunan secara Islam. meskipun tidak secara eksplisit dituliskan di dalam nash, tapi melalui kaidah fiqh dapat ditarik prinsip-prinsip dalam Islam dalam menentukan hukum dalam suatu perkara. Dengan demikian dalam karya ini penulis berusaha untuk mengelaborasi instrument ISDS dan mengelaborasi dalam *al-maslahah* juga sehingga mendapatkan suatu ketentuan hukum yang bersifat kajian interdisipliner hukum yang merupakan kajian yang masih langka dalam perbendaharaan literatur hukum Indonesia.

Sebagai bahan untuk pemeriksaan keaslian (orisinalitas) penelitian ini, penulis memaparkan baik melalui tabel dan penjelasan di bawah ini bahwa penelitian hukum ini

¹⁶ Zainal Abidin Ahmad, *Piagam Nabi Muhammad SAW, Konstitusi Negara Tertulis Pertama di Dunia*, Cet. I, (Jakarta: Bulan Bintang, , 1973), h. 52-53.

merupakan penelitian yang memiliki unsur kebaruan (*novelty*) di bidang hukum Indonesia, khususnya lagi pada Hukum Ekonomi Internasional dan Hukum Islam baik secara substansi maupun metodologi. Hanya ada satu skripsi yang agak menyinggung topik ISDS ini meskipun pada pembahasan sangat berbeda dengan penulis. Selain dari skripsi di atas, selebihnya hanya berbentuk buku ataupun jurnal yang diterbitkan di luar negeri yang penulis paparkan sebagai berikut:

1. **Jean E. Kalicki**, Buku yang berjudul “*Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*”.

Ulasan: buku ini merupakan kumpulan karya tulis dari beberapa pakar hukum mengenai judul yang diangkat di atas. Buku kumpulan karya tulis ini diterbitkan oleh Brill | Nijhoff pada tahun 2015. Pokok ulasan dari semua karya tulis yang ada dalam buku ini adalah bagaimana cara membuat instrument ISDS ini tetap ada dengan modifikasi di beberapa aspek yang dikritik, sehingga dapat memungkinkan untuk terus dipergunakan.

Persamaan: karya tulis yang penulis buat dengan buku ini sama-sama mengangkat instrument ISDS sebagai hal yang perlu dikritisi. untuk dilakukan perbaikan di dalamnya.

Perbedaan: buku ini melihat sejatinya ISDS itu sudah baik (sebagai proponent), hanya perlu sedikit modifikasi saja. Tetapi, penulis mengkaji dari dasar dan melihat instrument ISDS ini dengan hipotesa netral pada awal penelitian, sehingga outputnya adalah kritik atau apresiasi nantinya. Selain itu, buku ini murni melihat instrument ISDS dengan pendekatan hukum ekonomi internasional saja, sedangkan dalam karya tulis (skripsi) yang penulis buat selain dari aspek hukum ekonomi dan seluk beluknya, penulis juga mengkaji dari perspektif syariah, dimana pisau analisis yang dipakai adalah konsep *al-maslahah*.

2. **Shaheeza Lalani** and **Rodrigo Polanco**, “*The Role of the State in Investor-State Arbitration*”.

Ulasan: buku ini juga merupakan terbitan diterbitkan oleh Brill | Nijhoff pada tahun 2014, dan juga merupakan kumpulan tulisan karya tulis dari Pakar Hukum Ekonomi Internasional. Buku ini berisi 15 *papers* yang telah disunting yang dihasilkan dari konferensi program doktoral pertama kalinya oleh *the World Trade Institute* yang diadakan pada 8 November 2013. Kegiatan tersebut sampai menghasilkan buku didanai oleh *Swiss State Secretariat for Economic Affairs* (SECO).

Persamaan: buku ini dengan karya tulis yang penulis buat sama-sama mengangkat instrument ISDS sebagai objek pokok dalam kajian.

Perbedaan: Buku ini lebih menekankan pada peranan dari ISDS saja, terlepas dari kritik yang ada di dalam ISDS tersebut. Sedangkan penulis menjabarkan peranan ISDS sekaligus mengkritisnya. Penulis juga memakai pendekatan Hukum Islam dalam hal ini konsep *al-maslahah* untuk mengkaji instrument ISDS yang tidak disinggung satupun dalam tulisan buku tersebut.

3. **Rachel Wellhausen**, *Recent Trends in Investor-State Disput Settlement*.

Ulasan: karya tulis ini merupakan jurnal yang dimuat dalam *Journal of International Dispute Settlement*, University of Texas at Austin pada tahun 2015

Persamaan: jurnal tersebut mengkaji mengenai instrument ISDS yang terdapat dalam perjanjian investasi penanaman modal internasional (PII) yang dituangkan dalam BITs. ini merupakan *concern* utama juga dalam skripsi penulis.

Perbedaan: jurnal tersebut memaparkan dan mengelaborasi kecenderungan/ tendensi dari bentuk dan seluk-beluk pengaturan dalam instrument ISDS yang ada dalam

perjanjian investasi BITs dalam tataran praktek saat ini, sedangkan penulis melihat eksistensi ISDS yang bersifat kontroversial dalam tataran konseptual dengan *output* kritikan atautkah apresiasi terhadap instrument tersebut. Penulis juga memakai pendekatan hukum islam dalam hal ini konsep *al-maslahah* untuk mengkaji instrument ISDS yang tidak dibahas dalam jurnal tersebut.

4. **Ibrahim Hanif:** *Letting BITs lapse: certain consequences to investor-state dispute settlement.*

Ulasan: karya tulis ini merupakan sebuah Skripsi dari mahasiswa international undergraduate program fakultas hukum UGM tahun 2015

Persamaan: Sama-sama membahas mengenai ISDS sebagai *concern* utama

Perbedaan: Skripsi ini membahas konsekuensi hukum kepada investor untuk menggunakan instrumen ISDS pada saat BITs diakhiri, sedangkan dalam proposal yang penulis buat, lebih mengkaji eksistensi ISDS secara prinsipil, mulai dari keberadaannya sampai operasionalnya. Selain itu juga karena pendekatan *al-maslahah* yang penulis gunakan pembeda yang signifikan.

TABEL 1. Penelitian Terdahulu

NO	NAMA/PT / TAHUN	JENIS	JUDUL	RUMUSAN MASALAH	PERSAMAAN	PERBEDAAN
1.	Jean E. Kalicki /- / 2015	Buku	<i>Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System</i>		karya tulis yang penulis buat dengan buku ini sama-sama mengangkat instrument ISDS sebagai hal yang perlu dikritisi. untuk dilakukan perbaikan di dalamnya.	buku ini melihat sejatinya ISDS itu sudah baik (sebagai proponent), hanya perlu sedikit modifikasi saja. Tetapi, penulis mengkaji dari dasar dan melihat instrument ISDS ini dengan hipotesa netral pada awal penelitian, sehingga outputnya adalah kritik atau apresiasi nantinya. Selain itu, buku ini murni melihat instrument ISDS dengan pendekatan hukum ekonomi internasional saja,

						sedangkan dalam karya tulis (skripsi) yang penulis buat selain dari aspek hukum ekonomi dan seluk beluknya, penulis juga mengkaji dari perspektif syariah, dimana pisau analisi yang dipakai adalah konsep <i>al-maslahah</i> .
2.	Shaheeza Lalani and Rodrigo Polanco/-/ 2014	Buku	<i>The Role of the State in Investor-State Arbitration</i>		buku ini dengan karya tulis yang penulis buat sama-sama mengangkat instrument ISDS sebagai objek pokok dalam kajian.	Buku ini lebih menekankan pada peranan dari ISDS saja, terlepas dari kritik yang ada di dalam ISDS tersebut. Sedangkan penulis menjabarkan peranan ISDS sekaligus mengkritisnya. Penulis juga memakai pendekatan Hukum Islam dalam hal ini konsep <i>al-maslahah</i> untuk mengkaji instrument ISDS yang tidak disinggung satupun dalam tulisan buku tersebut.
3.	Rachel Wellhausen / University of Texas at Austin/ 2015	Jurnal	<i>Recent Trends in Investor-State Disput Settlement</i>		jurnal tersebut mengkaji mengenai instrument ISDS yang terdapat dalam perjanjian investasi penanaman modal internasional (PII) yang dituangkan dalam BITs. ini merupakan <i>concern</i> utama juga dalam skripsi penulis.	jurnal tersebut memaparkan dan mengelaborasi kecenderungan/ tendensi dari bentuk dan seluk-beluk pengaturan dalam instrument ISDS yang ada dalam perjanjian invstasi BITs dalam tataran praktek saat ini, sedangkan penulis melihat eksistensi ISDS yang bersifat kontroversial dalam tataran konseptual dengan <i>output</i> kritikan ataukah apresiasi terhadap instrument tersebut. Penulis juga memakai pendekatan hukum islam dalam hal ini konsep <i>al-maslahah</i> untuk mengkaji instrument ISDS yang tidak dibahas dalam jurnal tersebut.
4.	Ibrahim Hanif/ IUP-UGM/ 2015	Skripsi	<i>Letting BITs lapse: certain consequences to</i>	<i>How would the lapse of BITs affect dispute settlement mechanism</i>	Sama-sama membahas mengenai ISDS	Skripsi ini membahas konsekuensi hukum kepada investor untuk menggunakan instrumen ISDS pada saat BITs diakhiri, sedangkan dalam proposal yang penulis buat, lebih

			<i>investor-state dispute settlement</i>	<i>for investor-state disputes in Indonesia, with special regard to consent to arbitration?</i>		mengkaji eksistensi ISDS secara prinsipil, mulai dari keberadaannya sampai operasionalnya. Selain itu juga karena pendekatan <i>al-maslahah</i> yang penulis gunakan pembeda yang signifikan
--	--	--	--	---	--	--

Dari empat penelitian sebelumnya di atas yang dibuat dalam berbagai bentuk karya tulis (buku, jurnal, dan skripsi), semuanya diawali dengan hipotesa awal yang mem-*framing* keseluruhan isi karya tersebut terhadap sehingga dengan melihat judul saja dapat disimpulkan penulis tersebut sebagai pendukung (*proponent*) ataupun penentang (*detractor*) dari keberadaan instrumen ISDS, sedangkan penulis di sini membahas berusaha netral dengan pendekatan konseptual mulai dari kemunculan sampai pada perkembangannya. Meskipun nantinya memiliki kesamaan yakni penulis juga memberikan pandangan pribadi setelah melakukan kajian teori sebelumnya yang mana dianggap lazim dalam karya tulis. Selain itu, penggunaan tinjauan *al-maslahah* (perspektif hukum islam) untuk mengupas isu ini sama sekali belum ada kajiannya.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana eksistensi instrument *Instrument Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) dalam penanganan Sengketa Investasi Internasional dilihat dari Pranata Hukum Ekonomi Internasional?
2. Apa urgensi kemunculan instrument ISDS dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII)?
3. Bagaimana tinjauan *al-Maslahah* melihat eksistensi ISDS dalam mengakomodasi berbagai kepentingan yang yang diametral (antara *Investor-State*)?

C. Tujuan Penelitian

1. Mengetahui dan menganalisis eksistensi dan urgensi dari ISDS sebagai instrument baru dalam Penyelesaian Sengketa Internasional, khususnya dalam sengketa investasi internasional.

2. Mengidentifikasi, mengelaborasi kedudukan, dan menemukan solusi efektif dari eksistensi ISDS dilihat dari *al-Maslahah* dalam menilai kebutuhan yang diametral antara para pihak yang bersengketa.
3. Mengidentifikasi, mengelaborasi, dan menemukan solusi efektif dari eksistensi ISDS dalam pranata Hukum Internasional untuk mengakomodasi kepentingan para pihak (*investor-state*)

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Penelitian ini penulis harapkan dapat menjadi bahan penambah khasanah keilmuan dalam pengkajian Hukum Ekonomi Internasional secara umum, dan Hukum Investasi Internasional khususnya. Selain itu diharapkan penelitian ini dapat menjadi penambah kajian dalam bidang hukum antar tata hukum (hukum Islam dan hukum positif) yang saling melengkapi untuk menarik kesimpulan dari fenomena hukum yang ada, sehingga manifestasi dari Islam sebagai solusi terhadap segala hal dapat dilihat jelas.

2. Manfaat Praktis

- a) Bagi Masyarakat: Penulisan ini diharapkan dapat menjadi bahan pertimbangan untuk menyikapi dari keterlibatan Indonesia dalam berbagai Perjanjian Investasi Internasional yang memakai instrument ISDS, karena dalam waktu dekat Indonesia akan berencana untuk ikut perjanjian investasi internasional dibawah kerangka *Trans-Pacific Partnership* (TPP) yang semua anggotanya kecuali Indonesia (kalau ikut) adalah negara maju. Selain itu, diharapkan dengan pengkajian dalam *al-maslahah* dapat memperluas dan memperdalam khasanah

keilmuan masyarakat Indonesia dalam melihat fakta hukum yang ada, bahkan fakta Hukum Ekonomi Internasional dari pandangan syara’.

- b) Bagi Pemerintah: Hasil penelitian ini dapat dijadikan sebagai salah satu bahan pertimbangan dalam menindak lanjuti setiap PII yang memakai instrument ISDS, termasuk di dalamnya adalah pewacanaan Indonesia ikut di dalam TPP *agreement*. Karena Indonesia sudah digugat beberapa kali dalam sengketa internasional dalam sengketa investasi internasional yang merugikan perekonomian bangsa.

E. Sistematika Penulisan

BAB I :Pendahuluan

Bab ini berisi elaborasi dari latar belakang penelitian, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian yang dibagi menjadi manfaat teoritis dan manfaat praktis dari judul yang penulis angkat. Bab ini dimaksudkan untuk menjadi acuan umum keseluruhan analisis dalam skripsi ini.

BAB II:Kajian Pustaka

Bab ini mengelaborasi Penanaman Investasi Internasional (PII), perkembangan antara penanam modal dan negara tempat penanaman modal, perlindungan hukum untuk penanam modal dari waktu ke waktu dalam tataran aturan hukum manusipal, kemunculan dari ISDS dalam investasi internasional, pandangan hukum Islam dalam melihat penyelesaian sengketa yang dipakai instrumen ISDS. Bab ini dimaksudkan untuk menjadi acuan konseptual dan teoritis dalam keseluruhan analisis pada skripsi ini.

BAB III :Metode Penelitian

Bab ini menjelaskan mengenai jenis dan pendekatan penelitian, jenis dan sumber data, teknik dan analisa data, dan definisi operasional. Bab ini menjadi acuan metodologis keseluruhan metode yang dipilih dan dipakai dalam skripsi ini.

BAB IV :Hasil dan Pembahasan

Bab ini berisi hasil penelitian yang penulis lakukan mengenai eksistensi dari ISDS dalam menyelesaikan sengketa PII yang dikaji dari perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan *al-maslahah*.

BAB V :Penutup

Bab ini berisi kesimpulan dari topik yang penulis angkat tersebut serta saran yang dapat dilakukan bagi peneliti selanjutnya.

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum tentang *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS)

1. *Raison d'etre* dari ISDS

Sebelum sistem ISDS ini muncul pada pertengahan abad ke-20, perselisihan yang melibatkan antara investor dengan *host country* tidak dapat diselesaikan langsung antara investor dengan negara (*investor-state*) atau melalui pengadilan domestik *host country*. Hal ini seringkali harus melalui jalur diplomatik dan dukungan *home country*. Bahkan dengan melibatkan kekuatan militer. Dilihat dari perspektif ini, ISDS dapat dipandang sebagai suatu inovasi institusi yang progresif karena membantu dalam mereduksi dalam penggunaan kekuatan militer yang sangat merugikan tatanan internasional.

2. Kemunculan *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS)

ISDS adalah mekanisme yang sering dimasukkan dalam berbagai perjanjian perdagangan dan investasi untuk menyelesaikan perselisihan antara negara dan investor. Penyelesaian perselisihan ini bergantung pada arbitrase, dan tidak melalui pengadilan publik.¹⁷ Dalam perjanjian yang memasukan mekanisme ISDS, sebuah perusahaan dari negara penandatanganan dan berinvestasi di negara lain yang juga menandatangani perjanjian dapat menggugat undang-undang atau regulasi karena dianggap memberi pengaruh negatif terhadap harapan keuntungan atau potensi investasi, dan menuntut kompensasi dalam tribunal arbitrase yang mengikat. Perusahaan-perusahaan ini umumnya menuntut kompensasi yang nilainya mencapai milyaran

¹⁷ Elvire Fabry, and Giorgio Garbasso, "*ISDS*" in *the TTIP the devil is in the details*, Policy Paper, Notre Uurope (Paris: Jacques Delors Institute, 2015), h.4

bahkan trilyunan USD. Sistem ini hanya terbuka untuk perusahaan asing, dan tidak sebaliknya. Instrument ISDS ini hadir bukan lahir karena kesepakatan dari investor dan *host country* secara langsung. Tetapi ini adalah kesepakatan dari *host country* yang lazimnya negara miskin, atau berkembang, dengan *home country* (negara si investor) yang lazimnya negara maju yang biasanya dibuat dalam perjanjian bilateral (BITs).¹⁸ Pencantuman klausul yang *strict* melindungi investor tersebut untuk memancing tumbuhnya investasi di *host country* untuk memicu perekonomian bangsanya. karena asalnya dari perjanjian dua negara maka ini menjadi ranahnya hukum ekonomi internasional (publik), bukan hukum perdata internasional (privat). penyelesaiannya juga berbeda, dalam sengketa investasi internasional diselesaikan oleh arbitrase investasi internasional, sedangkan dalam sengketa privat diselesaikan dengan arbitrase komersial.¹⁹

3. Cara kerja ISDS

Setiap para pihak yang bersengketa (investor penggugat dan negara yang digugat) akan menunjuk seorang arbitrator. Kemudian keduanya menunjuk seorang arbitrator ketiga. Ketiga arbitrator tersebut kemudian akan melakukan sidang dalam pengadilan tribunal internasional untuk *hearing*. Pengadilan mana yang akan digunakan, ini biasanya ditentukan dalam perjanjian perdagangan/investasi. Untuk proses *hearing* dan hasilnya ini biasanya dirahasiakan.

4. Pengadilan tempat dilangsungkan persidangan sengketa ISDS

Sebagian besar kasus yang timbul dengan adanya instrumen ISDS ini disidangkan pada tribunal yang dibawah naungan *United Nations Centre for International Trade Related*

¹⁸ Lawrence W. Newman and David Zaslowsky, *The Difference Between Commercial and Investment Arbitration*, <http://www.jurispub.com/The-Difference-between-Commercial-and-Investment-Arbitration-Part-5-Chapter-43-The-Practice-of.html>, diakses pada 8 juni, 2016.

¹⁹ *loc.cit*

Arbitration Law (UNCITRAL) atau di *International Court for the Settlement of Investment Dispute* (ICSID) di *World Bank*.

5. Alasan ISDS dimasukan dalam perjanjian Investasi internasional

ISDS diciptakan di tahun 1950an untuk melindungi properti dan asset dari negara-negara bekas penjajah di negara-negara yang merdeka baru. Alasan dari perusahaan-perusahaan tersebut adalah bahwa ISDS diperlukan karena penegakan hukum di luar negeri termasuk di negara-negara bekas jajahannya dianggap buruk. Mereka menginginkan adanya perlindungan hukum dari penyitaan ataupun pengambil alihan asset dan properti mereka oleh pemerintah *host state* untuk tujuan yang dianggap merupakan kepentingan publik. Dewasa ini, investor dan beberapa negara menggunakan alasan bahwa sistem pengadilan lokal tidak mandiri dan tidak independen (adanya kemungkinan *denial of justice*). Kenyataannya saat ini, ISDS merupakan instrumen yang semata digunakan korporasi untuk mencapai tujuan kebijakan yang sesuai dengan kepentingan mereka dimanapun tempat penanaman modal dilakukan.

6. Alasan ISDS bermasalah

Eksistensi instrumen ISDS telah mengkondisikan sistem hukum paralel yang ramah bagi bisnis yang diberikan secara eksklusif untuk MNC/ *transnational corporation*. Peran arbitrator sangat besar dalam bekerja untuk keuntungan yang datang dari sektor swasta dalam memutuskan konflik kepentingan yang sulit untuk diverifikasi. Pada dasarnya, mereka tidak mempunyai legitimasi kedaulatan dan tidak pula bertanggung jawab kepada publik. Keputusan yang dibuat oleh arbitrator bisa saja sangat tidak konsisten dari satu kasus ke kasus lain, dan celaknya tidak adanya mekanisme banding dalam hal ini. Selain itu, mereka dalam hal ini menjabat sebagai hakim dan sebagai pihak yang berkasus sekaligus, karena arbitrator yang sama tersebut ditunjuk untuk mewakili pihak yang bertikai juga sekaligus bekerja sebagai pengambil keputusan. Bisa

dibayangkan dalam sebuah pertandingan sepak bola yang mana wasitnya juga menjadi pemain untuk salah satu team tersebut. Inilah yang terjadi dalam ISDS.

7. Perusahaan transnasional dapat menggugat sebuah negara jika sebuah Undang-Undang yang menyangkut kepentingan publik mengganggu investasi mereka

Alasan tersebutlah yang menjadi momok dan ancaman bagi negara yang ada dalam instrumen ISDS. Dalam beberapa BIT/ PII memuat ketentuan-ketentuan seperti '*fair and equitable treatment*' atau '*indirect expropriation*' yang penafsirannya sangat ambigu dan multitafsir, di mana hal tersebut memberikan keuntungan hukum bagi investor dengan mengklaim bahwa undang-undang/ regulasi telah mempengaruhi keuntungan atau potensi keuntungan atas investasi mereka. Ketentuan-ketentuan demikianlah yang sering dimanfaatkan oleh investor untuk membawa kasus yang dianggapnya berpotensi menang ke forum arbitrase internasional yang mana dapat merugikan *host state*.

8. Sumber Penganggaran oleh negara yang digunakan dalam sengketa ISDS

Dana yang digunakan oleh negara untuk proses sengketa berasal dari anggaran publik dan karenanya di kebanyakan negara berasal dari pembayar pajak. Selain itu, mengenai biaya maupun durasi proses perkara tidak ada batasannya. Bisa saja proses sengketa dapat berlangsung bertahun-tahun dan biayanya bisa mencapai angka 8 juta US\$. Parahnya lagi, dalam dua dekade terakhir kasus ISDS malah meningkat drastic yang selalu diinisiasi oleh investor itu sendiri. Saat ini saja ada tercatat 600 lebih sengketa diluar yang dirahasiakan.

9. Aktor dapat melakukan gugatan dengan instrumen ISDS

Negara atau warga negara tidak bisa menggunakan instrumen ISDS untuk menggugat investor jika mereka melakukan tindakan yang tidak bertanggung jawab atau melanggar hukum.

Hanya investor asinglah yang dapat menggunakan mekanisme ISDS tersebut untuk melakukan gugatan. Seandainya investor bertindak melanggar hukum atau tidak bertanggungjawab, maka hanya ke pengadilan lokal lah kasusnya dapat diajukan. Investor di dalam konteks ini juga dalam artian perusahaan kecil atau menengah asing. Namun karena biaya proses hukum untuk mekanisme ISDS ini besar, maka sangat sedikit yang bisa mereka lakukan. ISDS dibuat terutama untuk memfasilitasi perusahaan besar. Sebagai tambahan informasi, ISDS merupakan *privelege* yang diberikan hanya untuk investor asing dan tidak dapat dipergunakan oleh investor domestik.²⁰ Hal ini merupakan wujud dari ketidaksetaraan terhadap akses keadilan.

10. Rasio yang lebih banyak memenangkan kasus di saat terjadi sengketa

37% Keputusan ISDS memenangkan negara, 25% memenangkan investor, dan 28% diselesaikan diluar pengadilan. 10% sisanya kasusnya dihentikan atau diputuskan tidak ada pemenangnya.. Hasil terbaik bagi negara adalah menghindari kekalahan dan tidak diwajibkan membayar seluruh atau sebagian biaya perkara yang jumlahnya cukup besar. Dapat dikatakan bahwa, dalam mekanisme ISDS tersebut negara tidak pernah menang. Negara juga dapat membuat kesepakatan dengan investor diluar pengadilan dengan membayar sebagian dari jumlah yang dituntut dan/atau menarik keputusan yang digugat oleh korporat. Dan jika arbitrator menerima klaim investor secara penuh, jumlah yang harus dibayarkan oleh negara bisa sangat besar.

11. Konsekuensi hukum jika negara menolak membayar sesuai dengan putusan arbitrase

Negara akan menghadapi tekanan politis, hukum dan ekonomi Jika menolak sebuah membayarnya. Asset negara yang berada diluar negara tersebut dapat dijadikan sitaan. Sebagai

²⁰ Rachel Wellhausen, *Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement*, Journal of International Dispute Settlement, (University of Texas at Austin, December 2015), p. 2

contoh, dalam kasus sengketa antara Slovakia vs. Achmea, Achmea, sebuah perusahaan asuransi dari Belanda, mendapatkan 22 juta EUR akibat keputusan pemerintah Slovakia yang membatalkan kebijakan privatisasi sistem kesehatan yang diambil pemerintah sebelumnya. Saat itu, Slovakia keberatan untuk membayar, maka pengadilan Luxembourg memerintahkan penyitaan asset senilai 29.5 juta EUR yang dimiliki pemerintah Slovakia di bank lokal.

12. Upaya untuk membentuk sistem ISDS yang lebih adil

Pada dasarnya, ISDS sulit untuk dapat direformasi. Sejak awal, pendekatan yang dipakai dalam mekanisme ISDS menguntungkan korporat dan sebaliknya merugikan *host state*. Ketentuan yang dimuat seperti '*fair and equitable treatment*', '*indirect expropriation*', atau '*legitimate expectation*' jelas memberikan hak yang tidak seimbang antara *host state* dengan korporat. Ketentuan yang ambigu tersebut semestinya tidak boleh dijadikan dasar hukum untuk menggugat negara. Selain itu, reformasi mekanisme ISDS juga meliputi bagaimana ISDS menerabas hukum dan pengadilan lokal. Seharusnya sistem peradilan paralel untuk perusahaan transnasional ini tidak boleh ada.

B. Teorisasi Investasi (Sejarah, Urgensi, Dan Signifikansi)

Sebelum membahas lebih dalam mengenai sengketa perjanjian internasional dan eksistensi ISDS dalam salah satu instrument yang lazim dipakai saat ini, perlu kiranya untuk dijabarkan alasan pihak investor melakukan investasi ke luar negeri. Demikian pula alasan negara mau menerima dan bahkan mengundang investor asing masuk ke negaranya. Adapun beberapa teori teori tentang investasi dikemukakan oleh:

1. Muchammad Zaidun, mengemukakan: terdapat 3 (tiga) bentuk pandangan dalam ilmu hukum investasi yang oleh dipilih negara penerima modal (*host country*) yang menjadi dasar pertimbangan/ kebijakan hukum investasi dilihat dari kepentingan pihak *host*

country tersebut, yakni Pertama: *Neo Classical Economic Theory*. Teori ini menganggap investasi asing sebagai sesuatu yang sangat bermanfaat bagi *host country* sehingga ia sangat ramah dan menerima dengan tangan terbuka atas kehadiran investor asing; Kedua, *Dependency Theory*. Teori menganggap bahwa masuknya investasi asing dapat mematikan investasi dalam negeri serta dapat mengambil alih posisi dan peran investasi domestik dalam percaturan perekonomian nasional, sehingga teori ini menolak masuknya investor asing. Selain itu, teori ini menyebutkan juga bahwa banyaknya dampak negatif yang terjadi dengan masuknya investasi asing nantinya, baik itu kepada masyarakat berupa pelanggaran Hak-Hak Asasi Manusia (HAM) ataupun terhadap lingkungan yang dapat tercemar; Ketiga, *the middle path theory* yang merupakan pandangan yang mewakili bagi kelompok ‘jalan tengah’. Selain memiliki manfaat (positif), Penganut teori ini melihat bahwa di saat yang sama investasi memiliki mudharat (dampak negatif) pula, sehingga negara harus berperan aktif supaya dapat mereduksi dampak negatif tersebut melalui kebijakan hukum yang bisa diterapkan dengan cara antara lain melakukan *screening* dalam perizinan dan upaya penegakan hukum yang sungguh-sungguh.²¹

2. Oentoeng Soeropati, mengemukakan untuk mengetahui gejala atau kegiatan investasi asing ada sejumlah teori yang dapat digunakan, antara lain: (a) Teori Siklus Kehidupan Produk (*product life cycle theory*) yang dipelopori oleh Raymond Vernon dan L.T. Well. Menurut penganut teori ini perdagangan internasional dilakukan melalui beberapa tahapan; (b) Teori Pertumbuhan Modal, yang sering juga disebut sebagai teori klasik. Tokoh-tokohnya antara lain: Adam Smith yang mengatakan perkembangan ekonomi memerlukan spesialisasi atau pembagian kerja dan David Ricardo, mengatakan pemerintah tidak boleh mencampuri kegiatan perdagangan dan investasi dan harus selalu

²¹ Muchammad Zaidun, *Paradigm...op.cit*, diakses tanggal 8 Juni 2016.

mengupayakan pasar yang bebas. (c) Teori Lingkaran Setan (*viscious circle*) yang dipelopori oleh Ranger Nuske. Menurut penganut teori ini, paling tidak ada dua lingkaran penyebab terjadinya investasi yakni, pertama kurangnya modal, pendapatan dan tabungan. Hal ini juga terjadi karena kecilnya investasi pemerintah. Peluang investasi swasta cukup sempit. (d) Teori Dorongan Besar (*big push*) yang dipelopori oleh PN. Rodan. Menurut penganut paham ini, investasi hanya bisa berjalan jika pemerintah menyediakan dana yang besar. (e) Teori Tahapan Pertumbuhan yang dipelopori oleh W.W. Rostow. Menurut paham ini, perkembangan ekonomi suatu negara melalui beberapa tahapan. Untuk itu tidak terlalu dipersoalkan antara investasi pemerintah dengan investasi swasta. (f) Teori Neoklasik yang dipelopori oleh Kaplinsky. Menurut penganut paham ini, investasi asing diperlukan dalam upaya mengembangkan perdagangan dan pembangunan di suatu negara. (g) Teori Organisasi Industri. Menurut penganut teori ini investasi asing juga bisa dianggap sebagai suatu pengorganisasian industri (*industrial organization*) oleh suatu perusahaan ke luar negeri.²²

3. Pandji Anoraga mengemukakan, ada beberapa faktor yang mempengaruhi investasi internasional (investor) mau menanamkan modalnya di suatu negara (*host country*). Beberapa alasan tersebut adalah: (a) Faktor Lingkungan dan Internalisasi yang dipelopori oleh Alan M. Rugman. Menurut penganut paham ini, paling tidak ada 3 (tiga) jenis variable lingkungan yang menjadi perhatian penanam modal yakni, Pertama: ekonomi. Dalam hal ini, penanam modal mencoba melihat keterkaitan antara modal dengan tenaga kerja. Selain itu juga dikaitkan dengan teknologi, sumber daya alam yang tersedia dan sumber daya manusia; Kedua: Nonekonomi, dalam hal ini dianalisis dengan situasi lingkungan budaya, kondisi sosial politik negara tujuan berinvestasi; dan Ketiga adalah

²² Oentoeng Soeropati. *Hukum Investasi Asing*, (Salatiga: Fakultas Hukum UKSW, 1999), h. 24

pemerintahan, dalam hal ini mencoba menganalisis sampai sejauh mana campur tangan pemerintahan dalam bisnis internasional. Selain faktor lingkungan juga dilihat internalisasi atau keunggulan dari perusahaan penanam modal. Dengan mengetahui keunggulan sendiri, persaingan dalam berbisnis dapat dimenangkan. (b) teori Siklus Produk yang dipelopori oleh Vernon. Menurut penganut paham ini, siklus produk mengikuti tahapan-tahapan tertentu. Produk baru merupakan hasil dari kegiatan penelitian dan pengembangan oleh perusahaan yang bersangkutan.²³

C. Manfaat Kehadiran Investasi Internasional

Terlepas dari adanya yang mendukung sekaligus yang mengecam atas keberadaan investasi asing, akan tetapi secara teoritis dapat dikatakan bahwa terdapat dampak positif yang cukup luas (*multiplier effect*) dengan datangnya investor asing pada suatu *host state*. Secara konkrit, dampak positif tersebut dapat berupa meningkatnya devisa negara, terutama investor asing yang berorientasikan pada ekspor; menciptakan lapangan kerja di negara *host country*; terjadinya permintaan pasar untuk produk dalam negeri sebagai bahan baku; peningkatan penghasilan negara di sektor pajak; membuka peluang untuk terjadinya peralihan teknologi (*transfer of technology*) maupun untuk terjadinya alih pengetahuan (*transfer of how know*). Keberadaan investor asing sangat berperan dalam membangun ekonomi *host state*, apalagi pada daerah di mana FDI tersebut menjalankan aktifitasnya jika dilihat dari sudut pandang ini. Gunarto Suhardi mengemukakan arti penting kehadiran investor asing dalam suatu negara adalah sebagai berikut:

“Penanaman modal secara langsung (FDI) jauh lebih baik jika dibanding dengan penanaman modal yang bersifat portofolio, sebab investasi langsung bersifat lebih permanen. Selain itu investasi langsung:

²³ Pandji Anoraga, *Perusahaan Multi Nasional Penanaman Modal Asing*, (Jakarta: Pustaka Jaya, 1995), h. 50

- a. Membuka lapangan kerja bagi penduduk di negara tersebut;
- b. memiliki kekuatan penggandaan dalam ekonomi lokal/ domestik;
- c. Dapat memberikan residu baik yang berupa peralatan maupun alih teknologi kepada negara tujuan penanaman modal;
- d. Investor yang produksnyinya berorientasi untuk diekspor, maka akan memberikan jalan atau jalur pemasaran yang dapat diikuti oleh pengusaha lokal/ domestik di samping pada saat yang bersamaan memberikan tambahan devisa dan pajak bagi negara.
- e. Jauh lebih tahan dari adanya fluktuasi bunga dan voluta asing.
- f. Apabila investor berasal dari negara kuat maka bantuan keamanan juga akan didapatkan baik dari segi perlindungan politik dan juga keamanan wilayah negara karena *home state* ingin memastikan para investornya terjamin di *host state* tersebut..²⁴

Meskipun kehadiran investor dalam suatu negara akan membawa manfaat kepada *host country*, Akan tetapi pada sisi lain setiap investor dalam menanamkan modalnya tidak akan bisa lepas dari orientasi bisnisnya (*business oriented*) pada *host state* tersebut di mana mereka akan memastikan bahwa modal tersebut aman dan bisa menghasilkan keuntungan nantinya. Oleh sebab itu, ada beberapa faktor determinan bagi investor dalam melakukan investasi yaitu apakah investasi tersebut dapat memberikan tambahan nilai kepada perusahaan melalui penjualan produknya atau tidak. Demikian halnya suku bunga merupakan harga atau biaya yang harus dibayar dalam meminjamkan uang untuk suatu periode tertentu dengan ekspektasi keuntungan tertentu. Sehingga, para investor melakukan investasi untuk mendapatkan keuntungan atas investasi yang dilakukannya. Selain mempertimbangkan faktor ekonomi, investor juga mempertimbangkan faktor yang bersifat nonekonomi seperti jaminan keamanan, penegakan

²⁴ Gunato Suhardi. *Beberapa Elemen Penting Dalam Hukum Perdagangan Internasional*. (Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2004), h. 45

hukum, adanya stabilitas politik, dan sosial budaya juga merupakan faktor determinan yang tidak kalah pentingnya untuk menentukan keberhasilan suatu investasi. Terdapat berbagai pertimbangan yang dilakukan oleh investor sebelum mengambil keputusan berinvestasi atau tidak memang cukup beralasan, sebab investasi yang dilakukan dalam jangka panjang. Dalam kaitan ini menarik menyimak apa yang dikemukakan oleh Jane P. Mallor (*et.al*):

“Before an American firm decides to establish a manufacturing operation abroad, its officers must examine a wide variety of legal issues. Some of the issues are ones we have already discussed, such as protection of patent and trademarks. Foreign labor laws may be very different from American law and may impose long term obligations on the employer. For example, Japanese customs to hire an employee for life and in the Netherlands, an employer must obtain governmental approval to dismiss an employee.”²⁵

Dengan alasan tersebut, mudah dipahami bahwa investor asing akan mengadakan penelitian pendahuluan lewat studi kelayakan (*feasibility study*) sebelum mereka menanamkan modalnya, baik itu dari aspek financial, hukum, sampai dengan aspek politik untuk memastikan kondusifitas negara tersebut untuk menanamkan modal mereka. Sifat kehati-hatian dari investor tersebut sangat penting untuk meminimalkan risiko yang berpotensi terjadi dikemudian hari karena modal yang akan dimasukkan tidak saja berupa uang kontan (*fresh money*), akan tetapi berupa asset tidak berwujud (*intangible asset*) seperti Hak Kekayaan Intelektual, HKI (*Intellectual property rights, IPR*) juga. Sebagaimana diketahui bersama bahwa untuk mendapatkan HKI membutuhkan biaya yang besar. Jadi sangatlah beralasan jikalau investor asing tersebut berharap HKI yang dijadikannya bagian dari modal dalam berinvestasi tersebut mendapat perlindungan hukum di negara tujuan investasinya.

Ada juga pandangan lain yang mengemukakan, bahwa kehadiran FDI di samping membawa dampak positif, juga dapat membawa dampak negatif. Hal ini terungkap dari pemikiran yang dilontarkan oleh Usha Dar dan Pratap K Dar:

²⁵ Jane P. Mallor (Et.Al). *Business Law And The Regulatory Environment. Concept And Cases*, (Boston: Mc.Graw Hill, 1998). h. 1130.

*“It should , however, be clearly understood from the beginning that the foreign investor is not motivated by consideration of extending aid for development. The prime motivation is commercial, and expects returns from his investment.”*²⁶

Dengan demikian, dapat dipahami atas pandangan yang dikemukakan oleh berbagai pihak, bahwa kedatangan investor asing tidak dapat dilepaskan dari dunia bisnis yakni mencari keuntungan. Untuk itu, bila dilihat dari sudut pandang ini, kehadiran investor sulit untuk menghindari dampak negatif yang mungkin timbul.

Dari pemaparan di atas dapat dikatakan bahwa kehadiran FDI dalam *host state* sampai sekarang masih dijadikan perdebatan tidak saja di kalangan para akademisi, akan tetapi juga dari kalangan praktisi pembangunan maupun pemerhati lingkungan dengan sudut pandangnya masing-masing. Dalam suasana seperti ini, tampaknya yang perlu dicermati lebih seksama adalah apa tujuan yang hendak dicapai oleh masing-masing pihak. Jika tujuannya adalah demi kemakmuran dan ataupun untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat dalam arti yang seluas-luasnya, maka langkah yang terbaik dalam hal ini adalah mencoba meminimalisasi dampak negatif yang akan muncul. Oleh karena itu, setiap Perjanjian Investasi Internasional (PII) harus dipertimbangkan dengan seksama. Jangan sampai yang awalnya diharapkan adalah untuk kemakmuran dan pendorong ekonomi, malah berubah menjadi malapetaka nasional dengan banyaknya gugatan yang menguntungkan investor yang dibuat semenjak dari rancangan PII, sehingga negara harus mengalami kerugian.

D. Pertanggungjawaban Negara Terhadap Perlakuan Atas Orang Asing (Investor)

Dalam kaitannya dengan pembahasan pertanggungjawaban terkait pembahasan topik PII, setidaknya terdapat tiga persoalan yang terkait, yaitu (tuntutan atas dasar nasionalitas) *nationality of claims*, *exhaustion of local remedies*, dan *the clavo clause*.

²⁶ Usha Dar and Prata K. Dar, *Investment Opportunities in ASEAN Countries*. (New Dehi, India, 1979), h. 1

1. Nationality of Claims

Dalam hukum internasional semua negara memiliki hak atas perlindungan diplomatik bagi warganegaraanya. Hal itu terjadi, ketika warganegaraanya mengalami perlakuan yang tidak sesuai oleh negara lain. Negara yang memiliki kewarganegaraannya dapat mengajukan klaim. Sedangkan dalam hal penentuan nasionalitas dari korban diserahkan pada hukum nasional negara yang melakukan tuntutan. Dalam kasus *Nottebohm* dijelaskan bahwa terdapat keharusan akan hadirnya ‘hubungan nyata’ antara negara yang mewakili dan individu yang diwakilinya. Oleh karena itu, dalam kasus Liechtenstein tidak diakui untuk dapat memberikan klaim atas nama Nottebohm, kendatipun Nottebohm mendapatkan kewarganegaraan Liechenstein dengan cara naturalisasi. Sebab, pengadilan menganggap tidak adanya hubungan nyata antara korban dengan negara yang mewakilinya.

Dari ilustrasi kasus *Nottebohm*, Martin Dixon memiliki kesimpulan bahwa yang dimaksud dengan “hubungan nyata” adalah hubungan *de facto*, hubungan yang dapat dibuktikan secara faktual.²⁷ Dalam hal ini Nottebohm dalam hidupnya lebih banyak dihabiskan waktunya di Guatemala sehingga pemerintah Guatemala lebih cenderung memperlakukan sebagai perbuatannya terhadap warganegaraanya sendiri.²⁸

Sedangkan dalam persoalan perusahaan, dapat dilihat kasus *Barcelona traction*. Dalam kasus ini, pemerintah Belgia mengajukan klaim atas nama warganegaraanya yang memiliki mayoritas saham perusahaan *Barcelona traction light and power company* yang didaftarkan di Kanada. Sebagaimana subyek hukum, timbul persoalan apakah pemerintah Belgia berhak mewakili perusahaan tersebut mengajukan klaim terhadap Spanyol.

²⁷ Martin Dixon, *Textbook on International Law*, (London: Blackstone Press, 1996). h. 232

²⁸ Martin Dixon dan Robert McCorquodale, *Cases and Material on International Law*, (New York: Oxfrord University Press, 2003), h. 422-423.

Dalam menjawab persoalan ini, pengadilan mengatakan bahwa belgia tidak memiliki hak walaupun secara factual perusahaan dikontrol oleh warganegara Belgia. Sebab, nasionalitas sebuah perusahaan lebih ditentukan oleh tempat di mana perusahaan di daftarkan. Dalam kasus Barcelona traction dengan jelas bahwa ‘hubungan nyata’ tidak memainkan peranan.²⁹ Sedangkan dalam kasus *the I'm alone* ‘hubungan nyata’ kembali memainkan peran. Hal ini ketika pengadilan menolak untuk memberikan kompensasi bagi kapal yang ditenggelamkan oleh Angkatan Laut Amerika Serikat karena secara factual kepemilikannya dimiliki oleh warganegara AS.³⁰

2. Exhaustion of Local Remedies

Dalam Pasal 22 dari *ILC Draft Articles on State Responsibility* sebagai berikut: pertanggungjawaban hukum akan diterapkan, bilamana orang asing yang terlibat perkara telah mengupayakan penyelesaiannya melalui hukum lokal ‘*only if the aliens concerned exhausted the effective local remedies available to them*’. Dari pengertian pasal tersebut kita dapat menyimpulkan bahwa untuk meminta pertanggungjawaban dari suatu negara maka harus melalui seluruh mekanisme hukum nasional yang tersedia di negara yang akan dimintai. Dengan telah dilakukannya seluruh tahapan, maka baru bisa untuk menggunakan mekanisme akhir. Tuntutan ini secara jelas bisa ditemukan dalam *Ambatielos Arbitration*, di mana Turki mewakili warganya untuk meminta pertanggungjawaban Inggris. Inggris menolak karena warga negara Turki tersebut belum menggunakan seluruh upaya hukum yang disediakan oleh hukum domestik Inggris. Kemudian pengadilan memberikan pernyataan bahwa suatu negara yang dimintai

²⁹ *Ibid.*, h. 424-7

³⁰ Martin Dixon, *Textbook...*, h. 234-5.

pertanggungjawabannya merasa belum digunakan seluruh upaya hukum domestiknya oleh pengklaim berhak untuk menolak.³¹

Sebagai kesimpulan mengatakan bahwa pertanggungjawaban internasional muncul bukan setelah perbuatan salah terjadi, melainkan dimulai sejak habisnya upaya hukum lokal. Selain itu, ada juga klausula tentang kasus Claro.

Klausula ini merupakan ketentuan yang dimasukkan kedalam perjanjian antara orang asing dan sebuah negara, yang menyatakan bahwa dalam hal terjadinya segala pertentangan hukum, maka akan diserahkan kepada hukum lokal. Tujuan utama dimasukkannya klausul ini adalah untuk mencegah permintaan pertanggungjawaban negara di tingkat internasional, tanpa menghilangkan juga hak untuk mencari perlindungan di tingkat internasional tersebut.

3. Ekspopriasi

Ekspropriasi diartikan sebagai pengambilalihan kepemilikan swasta oleh negara. Pengertian lebih luas, mengenai ekspropriasi pun meliputi penempatan manajemen lokal tanpa mengakibatkan hilangnya kepemilikan. Selain itu, elemen yang paling penting dari ekspropriasi adalah membebaskan kerugian terhadap warganegara asing.³²

Ekspropriasi merupakan unsur yang *inheren* dari konsep kedaulatan, oleh karena itu, ekspropriasi secara *prima facie* merupakan hal yang legal. Menurut resolusi PBB mengenai kedaulatan permanen atas sumber-sumber alam yang diadopsi oleh majelis umum pada tahun 1962 dinyatakan bahwa ekspropriasi harus dilakukan dengan mendasarkan pada kepentingan-kepentingan yang luas dan harus melibatkan kompensasi yang adil.³³ Sebagai tambahan proses ini pun tidak boleh diskriminatif, dan tidak ditujukan hanya terhadap kebangsaan tertentu.³⁴

³¹ *Ibid.*, h. 235.

³² *Ibid.*, h. 237.

³³ Martin Dixon dan Robert MacCorquodale, *Case...*, *Op.Cit.*, h. 446.

³⁴ Martin Dixon, *Textbook ...*, *Op.Cit.*, h. 238

Mengenai jumlah kompensasi terdapat perbedaan pandangan antara yang diajukan oleh kelompok negara-negara berkembang di satu pihak dan negara-negara maju di pihak lainnya. Menurut kelompok negara-negara berkembang kompensasi haruslah disesuaikan dengan hukum nasional. Sedangkan menurut negara-negara maju menginginkan supaya berdasarkan pada standar internasional minimum (*international minimum standard*).³⁵ Dalam prakteknya pengukuran sangat fleksibel yakni berdasarkan pada kompromi yang dicapai antara pengadilan nasional dan internasional.³⁶

Suatu ekspropriasi dikatakan tidak berdasar pada hukum pada umumnya disebabkan oleh tiga hal. Pertama ekspropriasi tersebut bersifat diskrimintif, hanya ditujukan terhadap nasionalitas tertentu. Kedua disebabkan oleh ketidakmampuan dari suatu negara untuk menyediakan kompensasi yang adil. Dan terakhir ekspropriasi tidak ditujukan atau tidak berdasakan pada alasan kebijakan publik. Dalam hal terjadinya ekspropriasi yang tidak sejalan dengan hukum, maka ganti rugi tidak lagi disebut sebagai 'kompensasi' tapi sebagai 'kerusakan'. dalam hal ini terjadi ganti rugi didasarkan pada perhitungan standar normal atas kerugian yang terjadi sebagaimana diterapkan oleh pengadilan dalam kasus *Amoco Finance Case*.³⁷ Bahkan dapat meliputi kerugian yang dialami pada masa mendatang.³⁸

Bagaimana pengaturan bagi investor. Dalam hukum internasional, para investor asing tidak dapat diberikan perlindungan agar terhindar dari tindakan-tindakan ekspropriasi oleh suatu negara, mengharapkan kompensasi yang adil apabila ekspropriasi terjadi.³⁹

³⁵ Dalam pandangan negara-negara majupun berbeda-beda, lihat Malcom N. Shaw, *International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), h. 576-580

³⁶ Martin Dixon, *Textbook ...*, *Op.Cit.*, h. 240.

³⁷ Martin Dixon dan Robert MacCorquodale, *Case...*, *Op.Cit.*, h. 451-452

³⁸ Martin Dixon, *Textbook ...*, *Op.Cit.*, h. 242.

³⁹ *Ibid.*, h. 246.

E. Hukum Internasional dan Hukum Islam

Samuel Huntington pernah mengangkat mengenai akan terjadinya *clash of civilization* antara peradaban Islam dan peradaban barat. Tetapi, argumentasi Huntington tersebut saat ini dengan memakai beberapa alasan sudah tidak relevan lagi. Alasan yang paling kentara salah satunya adalah nilai-nilai modern semakin terintegrasinya di berbagai negara-negara islam atau negara yang mayoritas penduduknya beragama islam. Hal di atas tercermin dalam hukum internasional sudah melekat dalam negara islam. Jelas, Islam telah memberikan kontribusi yang cukup signifikan terhadap hukum internasional jika dilihat dari sudut historis. Kontribusi Islam saja tidak sekedar hanya bersifat teoritis semata, tetapi juga dalam aspek praktis, yaitu terjalinnya hubungan antara negara-negara Islam beserta perangkat organisasinya dengan negara-negara barat lainnya.

Fakta saat ini, Umat Islam memang terbagi-bagi pada beberapa negara-bangsa sehingga untuk menyatakan suatu pandangan Islam yang dapat mewakili semua kelompok yang berada di dalamnya sangatlah kecil kemungkinannya. Mengutip pendapat dari beberapa sarjana, mereka menyatakan bahwa hukum internasional modern tidak murni sebagai hukum yang eksklusif peninggalan dari bangsa Eropa. Mereka berpendapat bahwa terdapat berbagai pengaruh-pengaruh yang bersifat *indispensable* dari peradaban-peradaban lain, termasuk juga dari peradaban Islam, yang pada waktu itu sebagai pemegang kendali ekonomi yang keberadaannya melebihi Eropa.⁴⁰ Beberapa sarjana tersebut yakni sejarawan Eropa seperti Marcel Boissard⁴¹

⁴⁰ Marshall G.S. Hodgeson, *The Venture Of Islam: Iman dan Sejarah dalam Peradaban Dunia*, Vol. 1, Buku 2, (Pent.) Mulyadhi Kartanegara, (Jakarta Paramadina, 2002)

⁴¹ Marchel A. Boisard, 'On the Probable Influence of Islam on Western Public and International Law'. Dalam 11 Middle East Journal 17, 1980. h. 429 dst. Dikutip dalam Hasan Moinuddin, *The Charter od Islamic Conference: The Legal and Economic Framework*, (Oxford:Clarendon Press, 1987), h. 44.

dan Theodor Landscheit⁴² yang menyebutkan mengenai Pengaruh Islam atas sistem hukum internasional.

M. Abu Zahrah dalam membahas pengaruh Islam dalam hubungan internasional mengemukakan sepuluh prinsip dasar mengenai kelangsungan hubungan internasional dalam teori dan praktek umat islam di masa lampau. *Pertama*, Islam memposisikan manusia sebagai khalifah (wakil tuhan) di muka bumi yang berari bahwa Islam menempatkan manusia sebagai makhluk yang terhormat dan martabat. *Kedua*, selain satu keturunan dari Nabi Adam secara genealogis, manusia sebagai umat juga disatukan oleh sifat kemanusiaan yang universal. *Ketiga*, terdapat prinsip kerjasama diantara manusia (*ta'awun insani*) yang harus menjunjung tinggi nilai kebenaran dan nilai keadilan. *Keempat*, terdapatnya prinsip toleransi (*tashomah*) serta tidak meremehkan/ menganggap rendah pihak lain (*underestimate*). *Kelima*, terdapatnya kemerdekaan (*harriyah*). Kemerdekaan merupakan pokok dari pertumbuhan dan perwujudan kesempurnaan manusia sehingga hal ini menjadi sangat penting. *Keenam*, mengutamakan kemuliaan akhlak dan nilai keadilan. *Ketujuh*, egaliter dan anti diskriminasi. *Kedelapan*, menepati janji yang sudah dibuat. *Kesembilan*, menyerukan perdamaian, karena itu dalam islam, mematuhi kesepakatan (*asas pacta sunt servanda*) merupakan kewajiban hukum sekaligus kewajiban agama. *Kesepuluh*, menghindari pada kerusakan dan terdapatnya prinsip mencintai dan mengasihi.⁴³

Dalam *Las Siete Partidas*, yakni suatu kodifikasi hukum yang dibuat di masa pemerintahan Raja Kastilia Alphonse X ditemukan adanya prinsip anti diskriminasi terhadap muslim yang oleh mereka para pendukung paham akan terdapatnya aspek Islami dalam hukum internasional pada tataran praktis. Selain itu, dalam tulisannya 'bapak' hukum internasional,

⁴² *Loc.cit.*

⁴³ M. Abu Zahrah, *Hubungan-Hubungan Internasional dalam Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1973), h.13-45

Hugo de Groot atau Grotius juga sangat terpengaruh oleh hukum Islam karena dia sendiri memiliki pemahaman yang cukup baik terhadap hukum Islam. Saat ini yang sangat mengembirakan adalah telah diinisiasinya hukum internasional sebagai ‘hukum universal’, yang salah manifestasinya adalah dengan melakukan kodifikasi, sehingga akan semakin memperkuat bukti akan pernyataan ‘*law in large has a certain unity, and no body of law is an island complete unto itself*’.⁴⁴

Sebagai salah satu dari pakar hukum internasional modern Madjid Khadduri mengatakan bahwa kecenderungan Hukum internasional Islam dibanding Kristen, ia memiliki karakter lebih agresif dengan lebih mengarah pada penaklukan sebagaimana yang tercantum dalam wasiat lama maupun baru. Namun begitu, disisi lain hal tersebut menjadi kelebihan dari hukum Islam di mana pengaturan mengenai hukum perang diatur secara lebih komprehensif dan juga mengatur tentang pengecualian di dalamnya terhadap beberapa golongan seperti orang tua, wanita, anak-anak, dan lingkungan yang kategorikan sebagai *non-combatants* sebagaimana dinyatakan dalam pidato dari Abu Bakar.⁴⁵ Selain itu, praktek tentang pertukaran tawanan perang juga berasal dari pengaruh islam yang diduga bermula saat Khalifah al Harun al-Rasyid.⁴⁶

Padanan dari pengertian hukum internasional dalam konsep Islam adalah ‘*siyar*’ di mana ia merupakan cabang dari *syari’ah* itu sendiri. Cakupan pengertian *siyar* di sini memiliki keunikan. Keunikan tersebut yakni terdapatnya perlakuan yang membagi secara dikotomis antara hubungan negara Muslim dan non-Muslim. Selain itu, meliputi juga hubungan antar negara-negara sesama Muslim itu sendiri. Khusus yang disebut terakhir ini dikelompokan lagi pada hubungan antar negara-negara muslim yang berdasarkan pada ummah dan solidaritas sesama

⁴⁴ *Ibid.*, h. 44-45

⁴⁵ Ali Ali Mansur, *Syariat Islam dan Hukum Internasional Umum*, Cet. Ke-1, (Jakarta: Bulan Bintang, 1973), h. 67.

⁴⁶ Arthur Nussbaum, *Sedjarah Hukum Internasional*, (Terj.) Sam Suhaedi Admawiria, (Bandung: Binatjipta, 1969), h. 69.

Muslim. Dari penjelasan tersebut, dapat disimpulkan bahwa setidaknya kontribusi Islam dapat dibuktikan melalui teori dan rumusan konsep mengenai pengelompokan negara dalam keadaan perang maupun damai. *Siyar* membagi negara ke dalam beberapa kelompok yakni: *darul Islam* yakni negara dengan pemerintahan Islam, *darul harb* yakni negara Islam yang ada dalam kekuasaan negara yang bukan Islam, serta *darul ahd* yakni negara dalam keadaan perjanjian. Mengenai kedaulatan dalam konsep *siyar* yang dikaitkan dengan sumber klasik Islam, dapat dilihat dari yaitu dari *ad-Daulat* dan sikap netralitas dari negara Islam jika terdapat dua negara yang sedang besiteru.

Karena merupakan bagian dari pengembangan konsep syariah maka sumber-sumber utama *siyar* tetap berlandaskan kepada Al-Qur'an dan As-Sunnah. Selain itu *siyar* juga memilikisumber-sumber tambahan. Di antara sumber-sumber tambahan tersebut adalah tindakan atau praktek yang dijalankan di masa Empat Khilafah pertama yang oleh ahli-ahli hukum Islam diklaim dapat sebagai pelengkap Al-Qur'an. Sumber-sumber pokok tersebut tetap menjadi sumber rujukan utama (*primary sources*). Sedangkan untuk praktik yang dilakukan oleh pemimpin-pemimpin Islam selama hal tersebut tidak bertentangan dengan sumber-sumber yang utama maka praktik tersebut dapat diakui.

Seiring dengan berjalannya waktu, sumber-sumber tambahan (*subsidiary sources*) tersebut terdapat perkembangan yang jauh melampaui sumber-sumber yang dikenal dalam *syari'ah*. Berbagai bentuk perjanjian tertulis/ traktat-traktat yang dibuat antara pemimpin-pemimpin Islam dan non-Islam, instruksi-instruksi yang bersifat resmi yang dibuat oleh Khilafah kepada pejabat bawahannya, pendapat dari sarjana hukum Islam, berbagai putusan arbitrase, hukum domestik/ nasional suatu negara yang terkait dengan konsep *siyar* serta deklarasi universal dan juga kebiasaan merupakan contoh perkembangan yang pesat tersebut. Melihat hal

tersebut, beberapa sarjana muslim beranggapan bahwa tidak ada pertentangan dalam hukum internasional dengan konsep *siyar* dengan mengingat pada sumber-sumber di atas yang memiliki kesamaan dengan sumber-sumber hukum yang ada dalam Statuta ICJ.⁴⁷

F. Penggolongan Pihak Yang Bersengketa dalam Perjanjian investasi internasional (PII)

1. Sengketa Antar Negara

Sengketa antar negara di bidang penanaman modal khususnya di bidang pertambangan, lazimnya terjadi antara *home-country* dengan *host country*. Sengketa dapat muncul karena perbedaan interpretasi dan implementasi perjanjian bilateral di bidang investasi. Di samping itu, sengketa dapat terjadi karena sebab-sebab lain yang timbul, baik karena perjanjian lainnya maupun karena tindakan-tindakan tertentu yang menimbulkan kerugian kepada salah satu pihak.⁴⁸ Bentuk-bentuk tindakan dimaksud antara lain adalah:

- a. Pelanggaran kewajiban *Host country* (*capital importing state*), yaitu dalam bentuk pelanggaran negara tuan rumah ("*host country*") terhadap kewajiban-kewajibannya yang bersifat internasional, seperti: adanya perlakuan yang sama; memeberikan perlindungan terhadap hak-hak yang dipunyai oleh warga negara asing ("*acquired rights of the aliens*"), termasuk juga investor asing beserta hak miliknya; penghormatan atas hak-hak kontraktual investor asing sesuai dengan kegiatan yang dilakukan; pemberian kebebasan untuk melakukan repatriasi baik dalam bentuk modal maupun keuntungan; memberikan mekanisme untuk menyelesaikan sengketa yang efektif, adil dan menjamin kepastian hukum, dan lain sebagainya.

⁴⁷ Hasan Moinuddin, *The Charter....op.cit*, h. 16-17

⁴⁸ I.B.R. Supancana, *Laporan Penelitian Aspek-Aspek Transnasional Pada Sengketa Penanaman Modal Asing Di Indonesia*, (Jakarta: Kerjasama BPHN dengan Pusat Kajian Regulasi 2007).

- b. Pelanggaran kewajiban *home country* (*capital- exporting state*) negara asal investor, yaitu dalam bentuk pelanggaran negara asal investor yang tidak melaksanakan kewajiban-kewajiban internasionalnya, seperti: mengarahkan agar kegiatan yang dilakukan oleh investor negara tersebut memperhatikan kewajiban internasional dari negara asal modal (*home-country*), dan juga tidak melanggar terhadap kedaulatan negara tuan rumah dan segala hak-hak yang sah dari mitra lokal maupun masyarakat di tempat mereka melakukan penanaman modal. Selain itu, negara asal modal juga dapat menetapkan aturan-aturan yang mengikat badan hukum nasionalnya yang melakukan kegiatan PMA di negara lain supaya memperhatikan aspek: lingkungan, hak-hak asasi manusia, demokrasi dan lain sebagainya.

Setiap pelanggaran atas kewajiban-kewajiban negara asal modal (“*home country*”) juga dapat berpotensi untuk menimbulkan konflik atau sengketa. Dari uraian di atas, tersimpulkan bahwa dalam sengketa antara negara, pihak-pihak yang bersengketa adalah dua negara yaitu *host country* (negara tuan rumah) dan *home country* (negara asal investor). Sengketa dimaksud dapat timbul bukan hanya karena adanya perbedaan dalam penafsiran dan pelaksanaan perjanjian bilateral saja, namun juga dapat disebabkan oleh perlakuan negara terhadap investor.

2. Sengketa *Host Country* dengan Investor

Sengketa ini dapat timbul sebagai akibat dilanggarnya kewajiban-kewajiban kontraktual maupun kewajiban hukum lainnya. Bentuk pelanggaran dimaksud dapat disebabkan oleh:

- a. Pelanggaran kewajiban oleh *host country*
- Kebijakan nasionalisasi, penyitaan dan pengambilalihan atas kepemilikan dan asset investor asing secara illegal/ tidak sesuai dengan kaidah-kaidah hukum internasional yang berlaku.

- Pengambilalihan atas asset atau properti yang dimiliki oleh investor asing dalam berbagai keadaan dan situasi sebagai berikut: menjual kepemilikan investor asing dengan paksa⁴⁹; menjual saham dengan paksa dari suatu kegiatan investasi asing dengan melalui mekanisme korporasi,⁵⁰ tindakan pribumisasi/ nasionalisasi; pengambilalihan atas kendali manajemen kegiatan investasi asing; melakukan pembujukan terhadap pihak lain supaya mengambil alih kepemilikan investor asing secara fisik; terdapat kegagalan dalam memberikan perlindungan disaat terjadi gangguan atas kepemilikan investor asing; adanya keputusan administratif yang membatalkan pemberian perizinan dan lisensi yang diperlukan oleh investor tersebut untuk melakukan kegiatan usaha; memberlakukan pengenaan atas pajak yang berlebihan; *expulsion* (pengusiran) terhadap investor asing yang dilakukan secara berlebihan dengan memakai ketentuan-ketentuan dalam hukum internasional; perlakuan yang buruk untuk mempersulit investor, seperti membekukan rekening bank, mendorong pemogokan, *lock-out* serta tindakan lainnya yang menyebabkan terjadinya kelangkaan tenaga kerja.⁵¹

Pelanggaran yang dilakukan oleh *host country* yang berpotensi menimbulkan sengketa dengan investor asing juga dapat terjadi berkaitan dengan dilanggarnya kewajiban *host country* untuk memberikan standar perlakuan kepada pihak asing, baik berdasarkan standar perlakuan nasional (“national standart treatment”)⁵² maupun standar perlakuan internasional (“*international minimum standard*”). Demikian juga kewajiban host-country untuk memberikan “*fair and*

⁴⁹ Lihat putusan atas kasus ELSI yang dilakukan oleh *International Court Of Justice* (ICJ) pada tahun 1989.

⁵⁰ Cermati putusan ICJ dalam kasus *Barcelona traction* pada tahun 1970.

⁵¹ M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Dispute*, (Kluwer, The Hague, 2000), h.358.

⁵² Pemberian “*national standart treatment*” diberikan sejak “*pre-entry*” sampai “*post-entry*”.

*equitable standard*⁵³, memenuhi “most favoured nation treatment”⁵⁴ serta “full protection and security”⁵⁵.

b. Pelanggaran Kewajiban Oleh Investor

Kewajiban utama investor adalah melaksanakan kegiatan sesuai dengan aturan hukum yang berlaku pada host-country. Di samping itu, kewajiban lain yang harus dipikul adalah untuk tidak ikut campur dalam urusan dalam negeri di mana mereka melakukan kegiatan, melindungi lingkungan, menghormati HAM serta melaksanakan kegiatan-kegiatan pengembangan masyarakat setempat (“community development”) serta menghormati adat istiadat yang berlaku.

Dalam kaitan dengan kewajiban investor asing dalam melaksanakan kegiatannya, terdapat berbagai instrumen internasional terkait yang perlu diperhatikan, antara lain: the global compact⁵⁶, “UN Code of conduct for transnational corporation”⁵⁷, draft norm on responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human right⁵⁸, guide lines for multinational enterprises, declaration on international investment and multinational enterprises⁵⁹ dan lain-lain. Pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban sebagaimana diuraikan di atas, dapat menyebabkan terjadinya sengketa.

⁵³ Atas dasar ketentuan NAFTA “fair and equitable standard” tidak lebih dari standar minimum internasional atas dasar hukum kebiasaan internasional. pengertian yang sama juga tercermin pada free trade agreement (FTA) antara amerika serikat dengan singapura.

⁵⁴ “Most favoured nation treatment” memungkinkan warga negara dari negara pihak menikmati perlakuan yang favorable yang mungkin diberikan kepada warga negara dari negara ketiga dari negara pihak. dimungkinkan bagi investor asing yang dilindungi oleh suatu perjanjian investasi dengan ketentuan “most favoured nation” untuk menggunakan aturan penyelesaian sengketa yang lebih baik dalam suatu perjanjian yang dibuat oleh “respondent state” dengan negara ketiga. untuk uraian selengkapnya baca Sornarajah, *Ibid.* h. 236.

⁵⁵ Sesuai dengan berbagai keputusan arbitrase serta standar kebiasaan internasional mempersyaratkan agar kekuatan dan kekuasaan negara tidak digunakan untuk mengancam atau membahayakan kepemilikan investor asing.

⁵⁶ Merupakan program dari UN Secretary General

⁵⁷ Inisiatif yang dikoordinasikan oleh United Nations Commission on Transnational Corporation.

⁵⁸ Perumusannya disponsori Oleh United Nations Commission on Human rights.

⁵⁹ Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) memainkan peranan yang sangat besar dalam perumusan dokumen ini.

G. Arbitrase Dalam Perspektif Islam dan Arbitrase Internasional

Arbitrase dalam perspektif Islam dapat dipadankan dengan istilah Tahkim. Secara etimologis, kata “tahkim” ini berasal dari kata kerja *hakkama* yang berarti menjadikan seseorang sebagai pencegah suatu sengketa. Secara terminologis, pengertian demikian erat kaitannya.⁶⁰ selain itu, di dalam Islam di kenal juga lembaga sebagai penyelesaian sengketa para pihak yang disebut *ash-shulhu*, di samping kata arbitrase Islam seperti yang dikemukakan di atas. Ash-shulhu memiliki pengertian memutus perselisihan atau pertengkaran. Ash-shulhu dalam pengertian syariat adalah suatu jenis dari akad (perjanjian) untuk mengakhiri sengketa (perlawanan) antara 2 (dua) orang yang bersengketa (berlawanan)⁶¹.

Pengertian tahkim dalam istilah Ilmu Fiqih atau Fiqih Islam,⁶² oleh Abu al-Ainain Abdul Fatah Muhammad didefinisikan sebagai bersandarnya 2 (dua) orang yang bertikai atau berlawana kepada seseorang yang keputusannya mereka ridhai untuk mengakhiri atau menyelesaikan pertikaian mereka sebagai para pihak.⁶³

1. Sumber Hukum Arbitase Islam

Keberadaan lembaga arbitrase sangat dianjurkan oleh Allah SWT dan rasulullah SAW. Untuk mencapai kesepakatan dalam suatu perselisihan atau sengketa berbagai bidang kehidupan termasuk di dalamnya sengketa bisnis para pihak. Hal ini agar terhindarnya umat dari pertengkaran dan perselisihan yang dapat memperlemah persatuan dan kesatuan ukhwah. Dari penjelasan di atas dapat dikatakan bahwa konsep Islam dalam menata masyarakat agar selalu selaras dan tentram di antara mereka, lebih mengedepankan kewajiban daripada hak individu atau masyarakat, sehingga perdamaian akan selalu terjaga untuk menghindari sedapat mungkin

⁶⁰ Satria Effendi Zein, *Arbitrase Dalam Islam*, Mimbar Hukum, 1994, No.6 Tahun V, (Jakarta: Yayasan Al-Hikmah Ditbinbapera).

⁶¹ Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Jilid 13, PT al Ma'arif, (Bandung:1987), h. 189

⁶² Cik Hasan Bisri, *Hukum Islam Dalam Tatanan Masyarakat Indonesia*, (Jakarta: Logos, 1998), h. 42.

⁶³ Suhrawardi K. Lubis, *Hukum Ekonomi Islam*, Cet I, (Jakarta: Sinar Grafika, 2000), h. 186

terjadinya persengketaan di antara para pihak. Sumber hukum yang mendasari keharusan adanya lembaga arbitrase Islam, terdapat dalam al-Quran, as-sunnah dan ijma' ulama.

2. Pengertian Putusan Arbitrase Asing (Arbitrase Internasional)

Ketentuan Pasal 1 Huruf I dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yang mengatur tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menyebutkan bahwa definisi dari Putusan Arbitrase Internasional adalah putusan yang dikeluarkan oleh suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, atau putusan suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai suatu putusan arbitrase internasional.

Pengertian ini senada dengan pengertian yang diberikan oleh Perma Nomor 1 Tahun 1990 yang mendefinisikan Putusan Arbitrase Asing sebagai putusan yang dijatuhkan (diambil) di luar wilayah hukum Republik Indonesia.

Rules yang mengatur tatacara pemberian eksekutor arbitrase dalam negeri terdapat Pasal 59 sampai dengan Pasal 64 pada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yang mengatur tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Namun, untuk pengaturan mengenai arbitrase internasional (asing) diatur di dalam Pasal 66 sampai dengan Pasal 69 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999. Rules ini juga dapat kita lihat pada “*The 1958 New York Convention*” atau Konvensi New York 1958 yakni “*on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*”, yang telah di sahkan pemerintah melalui Kepres Nomor 4 Tahun 1981, ditambah dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990.

H. Hukum Islam, Syariat, dan Fiqih

1. Hukum Islam

“Hukum Islam” sebagai suatu rangkaian dari kata ‘Hukum’ dan kata ‘Islam’, telah menjadi Bahasa Indonesia yang hidup dan sering dipakai. Gabungan dari kedua kata tersebut secara terpisah merupakan kata yang dipakai dalam Bahasa Arab yang mana juga terdapat di dalam Al-Qur’an, Tetapi istilah “Hukum Islam” sebagai suatu rangkaian kata tidak terpakai dalam Bahasa Arab, dan sekaligus tidak ditemukan dalam literatur Berbahasa dan Al-Quran. Sehingga pengertian secara definitif tidak akan ditemukan.⁶⁴

Perlu diketahui lebih dahulu kata ‘Hukum’ kemudian pengertian hukum itu disandarkan kepada kata ‘Islam’ dalam Bahasa Indonesia untuk dapat memahami pengertian hukum Islam. Memang cukup sulit mendefinisikan kata ‘hukum’ karena setiap definisi yang dibuat memiliki titik lemah. Namun untuk menyamakan persepsi, secara sederhana definisi hukum dapat diketengahkan sebagai: *“Seperangkat aturan mengenai tingkah laku manusia yang diakui oleh sekelompok masyarakat, disusun oleh orang-orang yang diberikan wewenang untuk itu, dan berlaku mengikat untuk seluruh anggota masyarakat tersebut.”* Pengertian tersebut memang masih mengandung kelemahan, tetapi sudah dapat dengan mudah untuk dipahami.

Dengan definisi ‘hukum’ di atas, jika dihubungkan kepada ‘Islam’ atau ‘syara’’, maka ‘hukum Islam’ diartikan sebagai: *“Seperangkat aturan yang didasarkan atas wahyu dan sunnah Rasul Allah mengenai tingkah laku manusia mukallaf yang diyakini dan diakui yang bersifat mengikat untuk semua umat Islam”*.⁶⁵

Frasa ‘seperangkat aturan’ bermakna bahwa yang dimaksud dengan hukum Islam itu adalah peraturan yang dirumuskan dengan terperinci dan mempunyai kekuatan mengikat. Frasa

⁶⁴ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, Jilid 1, Cet. 5, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2014), h. 5

⁶⁵ *Ibid.*, h.6

“yang didasarkan atas wahyu dan sunnah Rasul Allah” bermakna bahwa perangkat aturan tersebut digali dan berdasarkan dari wahyu dan sunnah Rasul, yang sebutan populernya adalah ‘syariah’.

Frasa “*mengenai tingkah laku manusia mukallaf*” bermakna bahwa hukum Islam hanya mengatur mengenai tindakan yang bersifat lahiriyah dari manusia yang dapat dikenai hukum. Aturan itu diberlakukan dan memiliki kekuatan hukum terhadap mereka yang meyakini kebenaran atas wahyu dan sunnah Rasul tersebut yang dalam hal ini adalah umat Islam

Apabila pengertian tentang “hukum Islam” yang sederhana itu dihubungkan kepada pengertian ‘fiqh’, maka yang dimaksud dengan hukum Islam dalam literatur Islam yang Berbahasa Arab adalah ‘fiqh’ itu sendiri.

Kajian mengenai hukum Islam ini mempunyai dua bidang pokok yang setiap bidangnya memiliki cakupan yang luas, sebagai berikut:

Pertama: kajian mengenai seperangkat aturan yang terinci bersifat amaliyah dan wajib diikuti oleh umat Islam dalam kehidupan beragamanya. Secara sederhana, inilah yang disebut ‘fiqh’ tersebut dalam artian khusus dengan segala bahasan yang melingkupinya.

Kedua, kajian mengenai ‘ushul fiqh’ atau ‘sistem metodologi fiqh’, mengenai ketentuan dan cara serta usaha yang sistematis untuk menghasilkan perangkat peraturan yang terinci. Fiqh dan ushul fiqh merupakan dua bahasan terpisah, tetapi saling berkaitan. Pada waktu menguraikan suatu ketentuan tentang fiqh, untuk menguatkan bahasannya, sering disertai penjelasan mengenai kenapa ketentuan itu begitu adanya, sehingga memasuki lapangan pembahasan ushul fiqh. Demikian pula sebaliknya waktu membicarakan ushul fiqh, untuk lebih memperjelas bahasannya dikemukakan contoh-contoh yang berada dalam lingkup bahasan fiqh.

2. Syariat

Kata syariah yang merupakan akar dari kata *syara'a*, diambil dari bahasa Arab yang memiliki berbagai macam arti, di antaranya: jalan, cara, dan aturan. Secara etimologis, menurut Nabhan kata syariah mempunyai arti jalan ke tempat keluarnya air untuk minum.⁶⁶ Kemudian kata ini oleh bangsa Arab dikonotasikan sebagai jalan yang lurus yang harus diikuti,⁶⁷ atau sumber segala kehidupan.⁶⁸ Para fuqaha mengartikan istilah syariah sebagai “segala hukum dan aturan yang Allah SWT tetapkan bagi hamba-Nya untuk diikuti, yang meliputi hubungan antara manusia dengan Allah sebagai penciptanya, hubungan manusia dengan manusia lainnya, serta hubungan antara manusia dengan lingkungan dan kehidupannya.”⁶⁹

3. Hubungan Syariah Dengan Fikih

Syariah sebagai hukum Allah diturunkan di muka bumi dengan tujuan menegakkan kemaslahatan, kedamaian, dan kebahagiaan umat manusia. Syariah ada yang diterangkan secara eksplisit (secara jelas dan tersurat) dalam al-Quran dan ada pula yang bersifat implisist (tersirat). Hukum Allah yang dituangkan dalam al-Quran secara eksplisit itu pun masih terbagi dalam dua bagian, yaitu *muhkam* (terang) dan *mutasyabih* (samar). Hukum-hukum yang terkandung dalam ayat-ayat *mutasyabih* yang ditemui umat Islam pada masa nabi Muhammad telah dijelaskan melalui sunnah-sunnahnya dengan sempurna, baik dalam bentuk ucapan, perbuatan, ketetapan, dan sifat yang beliau tampilkan. Umat Islam harus tunduk kepada ketentuan-ketentuan al-Quran dan sunnah tersebut. Namun demikian, penjelasan-penjelasan rasul kala itu terikat oleh dimensi-dimensi kultural, situasi, kondisi, waktu, dan tempat, sehingga penjelasan rasul SAW tersebut

⁶⁶ Muhammad Faruq Nabhan, *Al-Madkhal Li Al-Tasryri' Al-Islami*, , Jilid VIII, (Beirut: Dar Al-Shadir. t.th), h. 10.

⁶⁷ Manna Al-Qathan, *Al-Tasri' wa Al-Fiqh fi Al-Islam*, (t,t: Muassasahal-Risalah, t.th), h. 14.

⁶⁸ Ziauddin Sardar, *Masa Depan Islam*, (Bandung:Pustaka, 1987), h. 107.

⁶⁹ Mahmud Syaltut, *Al-Isam Aqidah wa Syariah*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.th), h. 15.

mesti dilanjutkan melalui pengkajian-pengkajian dan penelitian-penelitian ijtihadi. Produk-produk ijtihadi itulah yang disebut dengan fikih.

Jadi, secara ringkas fikih adalah penjelasan terhadap syariah yang terang dan agak terang, serta pemahaman dan penggalian terhadap kandungan syariah yang tidak tamapk (samar). Fikih senantiasa berubah. karena sifatnya yang berubah-ubah itu, fikih bisa dinisbatkan kepada mujtahid yang memformulasikannya, seperti fikih hanafi, fikih syafi'i, fikih syi'ah dan sebagainya, sedangkan syara' senantiasa dinisbatkan kepada Allah SWT dan rasul-Nya

I. Karakteristik Hukum Islam

1. Sempurna

Meskipun terjadi perubahan masa dan berlainannya tempat hukum islam bersifat tetap dan tidak berubah-ubah. Ini karena syariat Islam diturunkan dalam bentuk yang umum dan garis besar dari permasalahan. Sedangkan untuk pengaturan hukum-hukum yang lebih rinci, syariat Islam hanya menetapkan kaidah dan memberikan patokan umum. Untuk penjelasan dan rinciannya lebih lanjut diserahkan pada ijtihad pemuka masyarakat (ulama) yang menguasai akan hal tersebut.⁷⁰

Syariat Islam dapat diterima setiap saat dan di semua tempat, sehingga dapat menjadi petunjuk yang benar-benar universal dengan ditetapkannya patokan-patokan umum tersebut. Umat manusia dapat menyesuaikan tingkah lakunya dengan garis-garis kebijaksanaan al-Quran kapanpun dan dimanapun, sehingga mereka tidak melenceng dari petunjuk syara'.

Al-Quran menetapkan hukum dalam bentuk yang global dan simpel bertujuan supaya manusia dalam melakukan ijtihad memiliki kebebasan yang sesuai dengan situasi dan kondisi zaman mereka hidup. Dengan demikian, diharapkan hukum Islam dapat berlaku sepanjang masa.

⁷⁰ Anwar Haryono, *Hukum Islam, Keleluasaan dan Keadilannya*, (Jakarta: Bulan Bintang, t.th), h. 13

2. Elastis

Hukum Islam memperhatikan berbagai segi kehidupan manusia, baik muamalah, ibadah, jinayah, dan lain sebagainya. Selain itu juga perihal kehidupan jasmani dan rohani, Permasalahan kemanusiaan, hubungan sesama makhluk, hubungan makhluk dengan khalik, serta tuntunan hidup dunia dan akhirat tercakup di dalamnya. Sehingga dengan cakupan segala bidang dan lapangan kehidupan tersebut Hukum Islam bersifat elastis (*luwes*). Ia hanya memberikan kaidah-kaidah umum yang mesti dijalankan oleh umat manusia dengan tidak memaksakan dogma yang kaku.

Dengan begitu, diharapkan dapat tumbuh dan berkembangnya proses *ijtihad* dari umat Islam itu sendiri, yang menurut Iqbal disebut “prinsip gerak dalam Islam”.⁷¹ *Ijtihad* ini sendiri merupakan sebuah teori yang aktif, konstruktif dan produktif.

3. Universal dan Dinamis

Islam memiliki ajaran yang tidak hanya berlaku bagi kulit putih saja, tetapi untuk semua ras manusia, tidak hanya untuk bangsa Arab, tetapi untuk semua bangsa. Ajaran bersifat universal yang meliputi seluruh alam tanpa batas serta tidak dibatasi pada daerah tertentu sebagaimana ruang lingkup pada ajaran-ajaran nabi sebelumnya. ia berlaku bagi semua orang. Universalitasnya sesuai dengan pemiliki hukum itu sendiri yang kekuasaannya tiada terbatas. Selain bersifat universal di atas, ia juga memiliki sifat yang dinamis yang cocok untuk setiap zaman. Buktinya terdapat di dalam firmanNya QS. Saba’ ayat 28 dan QS. al Al-Anbiya’ ayat 107 sebagai berikut:

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

Dan tiadalah Kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam.

⁷¹ Muhammad Iqbal, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam*, (Lahore, 1975), h. 140 dan 180.

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ. (28).

Dan Kami tidak mengutus kamu, melainkan kepada umat manusia seluruhnya sebagai pembawa berita gembira dan sebagai pemberi peringatan, tetapi kebanyakan manusia tiada mengetahu.

4. Sistematis

Hukum Islam itu bersifat sistematis maksudnya bahwa hukum Islam itu mencerminkan sejumlah doktrin yang bertalian secara logis. Beberapa lembaganya saling berhubungan satu dengan yang lainnya.⁷² Misalnya, perintah shalat dalam al-Quran senantiasa diiringi dengan perintah zakat. Perintah untuk makan dan minum, diiringi dengan larangan untuk bersikap berlebih-lebihan. Perintah untuk berinfak diiringi dengan larangan bersikap kikir.

Dari pandangan di atas, dapat dipahami bahwa Islam tidak mengajarkan spiritual yang mandul. Dalam hukum Islam seseorang dilarang hanya “bermuamalah” dengan Allah dan melupakan dunia. dalam hukum Islam manusia diperintahkan untuk mencari rezeki, tetapi hukum Islam melarang sifat imperial dan kolonial ketika mencari rezeki tersebut.

Demikian pula dengan lembaganya. Pengadilan dalam hukum Islam tidak akan memberikan hukuman potong tangan kepada pencuri apabila keadaan masyarakat sedang kacau dan terjadi kelaparan; tidak akan memberikan hukuman rajam kepada pezina kalau lokalisasi-lokalisasi pelacuran, buku dan film porno, kebiasaan berpakaian belum ditetapkan seperti yang dikehendaki oleh Islam. Dengan demikian hukum Islam dan lembaganya akan senantiasa berhubungan satu dengan yang lainnya. hukum Islam tidak bisa dilaksanakan apabila diterapkan hanya sebagian dan ditinggalkan sebagaian yang lain.

5. Bersifat *Ta'qquli* dan *Ta'abbudi*

Dalam hukum Islam terdapat dua prinsip yang berbeda, untuk ibadah dan muamalah. Dalam bidang ibadah terkandung nilai-nilai *ta'abbud/gairu ma'qulat al-ma'na/irrasional*.

⁷² Joseph Schacht, *Pengantar Hukum Islam*, Terjemahan M, Syarifuddin, (DEPAG RI, 1985), h. 256.

Artinya manusia tidak boleh beribadah kecuali dengan apa yang telah disyariatkan. Dalam bidang ini tidak ada pintu *ijtihad* bagi umat Islam. Sementara itu, bidang muamalah, di dalamnya terkandung nilai-nilai *ta'aqquli/ma'qulat al-ma'na/rasional*. Artinya, umat Islam dituntut untuk berjihad guna membumikan ketentuan-ketentuan syariah tersebut.

Adapun aspek irrasional dalam bidang ibadah ini sebagian di antara tujuannya adalah untuk menunjukkan keterbatasan akal manusia. Dari segi hukum Islam yang bersifat misteri dan irrasional, aturan-aturan hukum Islam itu sah karena semata-mata eksistensi kebajikan yang terkandung di dalamnya, bukan karena rasionalitasnya.

J. Al-Maslahah

1. Tjauan Umum Mashlahah

Mashlahah secara etimologis, merupakan kata tunggal dari kata *al-mashalih*, yang sama dengan *al-shalah*, yang bermakna mendatangkan kebaikan.⁷³ Kata *al-mashlahah* yang memiliki makna sesuatu yang banyak kebaikan dan manfaatnya ini sering dipertentangkan dengan kata *al-mafsadat*, sebagai lawannya, yaitu sesuatu yang banyak mendatangkan kemudaratan atau kerusakan.⁷⁴

Sedangkan *mashlahah* secara terminologis, para ahli ushul fiqh banyak mendefinisikan dengan beragam redaksi, namun secara substansinya sama, yang beberpa di antaranya: Abu Hamid al-Ghazali mendefinisikan, "*mashlahah* secara prinsip adalah ungkapan untuk menolak kemudaratan atau dengan kata lain untuk meraih kemanfaatan".⁷⁵ Al-Ghazali memberikan definisi sebagai memelihara maksud syara' yaitu agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.

⁷³ Ibn Manzhur al-Afriqi al-Mishri, *Lisan al-'Arab*, Jilid. Ke 2, (Bairut: Li al-Thiba'ah wa al-Nasyr, 1955), h. 517.

⁷⁴ Al-Fairuzabadi, *Al-Qamus al-Muhith*, (Bairut: Dar al-Fikr, t.th), h. 277.

⁷⁵ Abu Hamid al-Gazali, *Al-Mustashfa min 'ilm al-Ushul*, (Bairut: Syirkan al-Thia'ah al Fanniyyah al-Muttahidah, 1971), h. 251

Dengan kata lain, segala sesuatu yang bertujuan untuk memelihara lima hal tersebut disebut dengan mashlahat. Sedangkan mafsadat adalah kebalikannya.

Al-Buthi memberikan definisi yang serupa, yaitu *mashlahah* adalah kemanfaatan yang dimaksudkan oleh Allah SWT bagi hamba-Nya berupa pemeliharaan agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta mereka yang memiliki tingkatan berdasarkan urutan penyebutan di atas. Sedangkan manfaat ialah kelezatan dan perihal ke arahnya, dan menolak dari penderitaan, atau perih ke arah tersebut.⁷⁶ Najamuddin al-Thufi mendefinisikan mashlahah sebagai berikut;

ع بارة عن ال سد بب الم ندى الى مقصودال شارع ع بادة او عادة⁷⁷

Artinya: “Ungkapan mengenai sebab yang membawa kepada tujuan syara’ dalam ibadah atau adat”.⁷⁸

Sementara Abdul Wahab Khalaf mendefinisikan *mashlahah mursalah* (*mashlahah muthlaqah*) sebagai suatu kemashlahatan yang mana syar’i tidak mensyariatkan suatu hukum untuk merealisasikan kemashlahatan tersebut, dan juga tidak ada dalil yang menunjukkan diakui atau tidaknya kemashlahatan yang dimaksud. *Mashlahah* ini disebut dengan *muthlaqah* karena ia tidak terikat oleh dalil baik yang menyalahkan ataupun yang membenarkannya.⁷⁹

Mashlahah mursalah menurut pendapat Jumhur Ulama merupakan *hujjah syar’iyyah* yang dijadikan dasar untuk pembentukan hukum. Sedangkan kejadian yang tidak ada ketentuan hukumnya di dalam nash, ijma’, qiyas, ataupun dalam istihsan maka ditetapkan hukumnya dengan berdasarkan *mashlahah muthlaqah*.⁸⁰ Sementara itu, as-Sathibi menyebutkan bahwa pendapat mengenai *mashlahah mursalah* tidaklah disepakati, namun ulama ahli Ushul Fiqh berbeda pendapat terbagi menjadi empat kelompok, yakni:

⁷⁶ Muhammad sa’id Ramadhan al-Buthi, *Dhawabit al-Mashlahat fi al-Syari’ah al-Islamiyyah*, (Bairut: Mu’assasah al-Risalah, 1977), h. 23.

⁷⁷ Yusuf Hamid al-Alim, *al-Maqasyid al-Ammah li al-Syari’ati al-Islamiyyah*, (Kairo: Dar al-Hadis, t.th),h. 138

⁷⁸ At-Thufi, *at-Ta’yin Fi Syarhi al-arba’in*, (Beirut: Muassasah al-Rayyan, 1998), h. 239

⁷⁹ Abdul Wahab Khalaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Kuwait: ad-Dar al-Kuwaitiyyah, 1968), h. 84

⁸⁰ *Ibid.*, h. 87.

1. Al-Qadhi dan beberapa ahli ushul fiqh selama tidak disandarkan kepada dalil pokok yakni al-Qur'an dan hadits, maka mereka menolak *mashlahah mursalah*.
2. Imam al-Ghazali menyatakan bahwa *mashlahah mursalah* dalam tingkatan *tahsin* dan *tazyin* tidak dapat diperkenankan apabila tidak sesuai dengan dalil syara', namun jika dalam tingkatan dharuriyyah maka diperkenankan, asalkan dengan syarat tidak jauh dari ijtihadnya mujtahid yang membawa kepada mashlahah. Pada tingkatan hajiyyat, imam al-Ghazali dalam kitabnya *al-Mushtashfa* beliau menolaknya, namun dalam kitab *Syifa al-Ghalil* beliau menerimanya.⁸¹
3. Imam Syafi'i dan mayoritas dari mazhab Hanafi mengatakan boleh menggunakan *mashlahah mursalah* asalkan saja sesuai dengan dalil yang *kully* dan *juz'y*.
4. Imam Malik mengakui *mashlahah mursalah*, dan juga hukum-hukum yang dibuat dengan didasari oleh *mashlahah mursalah* secara mutlak.

Di sini dapat dipahami dari berbagai definisi yang telah dikemukakan di atas, bahwa *mashlahah mursalah* merupakan suatu metode ijtihad untuk menggali hukum syara dengan menggunakan acuan tujuan diturunkannya syariat Islam tersebut, dan bukan berdasarkan dalil nash tertentu.

2. Pembagian dari Masalah

Imam al-Ghazali membagi mashlahah menjadi tiga bagian, yakni: *mashlahah mu'tabarah*, *mashlahah mulghoh*, dan *mashlahah mursalah*.⁸²

Pertama, *al-Maslahat al-Mu'tabarah* yaitu maslahat yang berkesesuaian dengan petunjuk al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah SAW). Dengan kata lain, baik secara langsung ataupun tidak

⁸¹ At-Thufi, *at-Ta'yin ...op.cit.*, h. 16-17

⁸² Umar Abd Karim, *Dhowabith al-Ushuliyah lil Ijtihad fi Siyati Syar'iyah*, (Libanon: dar Al-K otoob Al-ilmiyah, 1971), h. 80.

langsung, terdapatnya petunjuk syara' yang memberikan petunjuk tentang adanya masalah yang menjadi alasan dalam menetapkan hukum tersebut. Masalah jenis ini kemudian dibagi menjadi dua, yakni:⁸³

1. Munasib Mu'atstsir, yakni dalam menetapkan hukum terdapat adanya petunjuk dari nash ataupun ijmak secara langsung yang menyebutkan masalah ini dapat dijadikan alasan. Contohnya adalah mendekati perempuan yang sedang haid tidak diperbolehkan karena darah haid merupakan penyakit. Hal ini disebut sebagai masalah karena menghindari diri dari penyakit ataupun kerusakan yang dapat ditimbulkan karenanya. Untuk hal ini secara tegas larangannya terdapat dalam nash yakni surah al-Baqarah, ayat 222:

وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدَىٰ فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ (222)

“mereka menanyakan kepadamu mengenai haidh. Katakanlah: "Haidh itu adalah suatu kotoran". maka hendaklah kamu menjauhkan diri dari wanita di waktu haidh; dan janganlah kamu mendekati mereka, sebelum mereka suci. Apabila mereka telah Suci, Maka campurilah mereka itu di tempat yang diperintahkan Allah kepadamu. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertaubat dan menyukai mereka yang mensucikan diri, (QS. Al-Baqarah: 222).”

2. Munasib Mu'alaaim, yaitu terhadap masalah tersebut baik yang dalam bentuk nash ataupun ijmak tidak terdapat petunjuk yang langsung dari syara', akan tetapi secara tidak langsung ada. Untuk hal ini contohnya ada dalam perwalian. Anak gadis yang belum dewasa perwalian ayahnya akan berlanjut terhadap anak tersebut. Dengan alasan belum dewasa tersebutlah yang menjadi landasan hukum yang berkaitan dengan perwalian dalam harta milik anak yang masih kecil.

Kedua, al-Maslahah al-Mulghah yakni masalah yang mana ia bertentangan dengan teks wahyu, hadis, maupun Ijmak. Secara sederhana dapat dikemukakan bahwa secara akal hal

⁸³ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, Jilid II, Cet. I, (Jakarta : Logo Wacana Ilmu, 1999), h. 351-353.

tersebut dianggap baik dan telah sejalan dengan tujuan syara' (*maqashid syariah*), tetapi syara' menetapkan hukum yang berlawanan dengan yang dikehendaki dalam maslahat itu. Bagi **Najamuddin al-Thufi** maslahat seperti ini secara mandiri dapat dijadikan sebagai sumber hukum (landasan hukum) dan merupakan hujjah terkuat.⁸⁴ Dari konsep tersebut menjadi sebuah kaidah yang populer yang diakui oleh sebagian para ulama, meskipun banyak pula ulama yang mengkritik yaitu "di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah."⁸⁵

Ketiga, al-Masalahah al-Mursalah adalah Maslahat yang secara tegas tidak bertentangan dengan wahyu atau hadis, tetapi juga tidak mendukungnya.

3. Syarat agar dapat berhujjah kepada mashlahah mursalah

Para ulama bersikap sangat hati-hati untuk berhujjah kepada *mashlahah mursalah* agar dalam pembentukan hukum nantinya hal ini tidak dijadikan sebagai celah untuk menurutkan kesenangan dan hawa nafsu semata. Untuk menghindari hal tersebut, para ulama mengajukan tiga syarat dalam pembentukan hukum terhadap penggunaan *mashlahah mursalah*, yaitu:

- a. Kemaslahatan tersebut bukan suatu kemaslahatan yang bersifat dugaan semata, melainkan suatu kemaslahatan yang bersifat hakiki. Mashlahah yang bersifat dugaan tersebut dalam bidang perkawinan seringkali dicontohkan dengan pencabutan hak talaq suami untuk istrinya dan memberikan hak talak kepada hakim saja dalam segala kondisi dan situasi.
- b. Kemaslahatan tersebut harus merupakan kemaslahatan yang bersifat umum, bukan kemaslahatan yang bersifat pribadi. Jadi, hukum tidaklah diperkenankan untuk disyariatkan demi mewujudkan kemaslahatan khusus bagi penguasa atau pembesar saja

⁸⁴ Yusuf Al-Qardhawi, *Fiqh Maqashid Syariah (Moderasi Islam antara Lairan Tekstual dan Aliran Liberal)*, Cet. 1, (Jakarta: Pustala Al-Kautsar, 2007), h. 110-120.

⁸⁵ Muhammad Sa'id Ramadan al-Buti, *Dhawabit al-Maslahat fi as-Syaah al-Islamiyah*, (Kairo : Dar an- Nahdah al-Arabiyah, 1971), h. 529

dan memalingkan pandangan dari kemaslahatan yang umum. Kemaslahatan di sini haruslah berdasarkan mayoritas umat manusia/ masyarakat.

- c. Dilarang adanya kemungkinan pertentangan dengan nash dan ijma' dalam pembentukan hukum yang didasari dengan kemaslahatan tersebut.

Abdul Wahab Khalaf dalam bukunya *Ilmu Ushul Fiqh* mengatakan, “barangsiapa yang mengkhawatirkan permainan, kezaliman, serta mengikuti keinginan hawa nafsu dengan mengatas namakan kemaslahatan umum, maka kekhawatirannya tersebut dapat ditolak, bahwa kemaslahatan umum tidaklah dijadikan dasar pembentukan hukum, kecuali apabila kemaslahatan itu terdiri dari tiga kriteria yang disebutkan di atas. Tidak boleh bertentangan dengan nash syar'i maupun prinsip syar'i.” Selain itu, Ibnu Qayyim mengatakan: di antara umat islam ada sekelompok orang yang terlalu berlebih-lebihan dalam memelihara *mashlahah mursalah*. Adanya dua pengelompokan di sini, yakni orang-orang (mereka) yang membuat syariat serba terbatas, yang tidak mampu mewujudkan kemaslahatan dalam menjalankan kehidupan. Mereka ini orang-orang yang telah menutup diri untuk menempuh berbagai alternatif jalan kebenaran dan keadilan. Selaian itu ada pula kelompok di antara mereka yang telah melampaui batas yang menafikan syariat Allah yang mengakibatkan kejahatan dan kerusakan yang banyak.⁸⁶

⁸⁶ Abdul Wahab Khalaf, *Ilmuop.cit.*,h. 87

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis-normatif dimana penulis dalam melakukan penelitian ini nantinya menarik kesimpulan yang berupa apresiasi ataukah kritik terhadap keberadaan dari ISDS dalam tatanan hukum ekonomi internasional dan *al maslah* (pandangan hukum Islam). Serta disini penulis sangat menekankan pada tataran konsep, adagium hukum, kaidah-kaidah fiqih (*alqawaid alfiqiyah*) untuk mendapatkan kesimpulan dari kedua perspektif hukum. Meskipun pada dasarnya akan memiliki jalan yang berbeda dalam penemuan hukumnya, tapi biasanya akan mengarah pada suatu solusi yang sama karena hukum positif dan hukum Islam bukanlah sesuatu yang berseberangan secara diametral.

B. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian merupakan salah satu aspek fundamental suatu penelitian keilmuan termasuk hukum. Dengan objek sama, dapat menghasilkan kesimpulan yang berbeda apabila pendekatannya juga berbeda. Pada pembahasan topik ini penulis menggunakan pendekatan:

1. Pendekatan Konseptual (*Conceptual Approach*)

Pendekatan konseptual di sini melihat bagaimana penyelesaian dalam bidang hukum publik secara asali (pada hakikatnya) dalam hukum publik internasional, kemudian menganalisis eksistensi dari instrumen ISDS ini dalam perjanjian penanaman modal internasional yang sudah bergeser sistem kerjanya dari penyelesaian sengketa investasi pada awalnya. Penelitian konseptual di sini mengintegrasikan dan mensinergikan konsep yang ada

dalam hukum ekonomi internasional dan *al-maslahah*.⁸⁷ Di sini penulis berusaha mengelaborasi sebab munculnya, dan memproyeksikan apa yang dapat ditimbulkan dari eksistensi instrument penyelesaian sengketa investasi internasional ini dari abstraksi kedua konsep.

2. Pendekatan Peraturan Tertulis (*Statute Approach*)

Ini merupakan konsekuensi logis dari penelitian normatif yang penulis angkat.⁸⁸ Pendekatan peraturan tertulis di sini, penulis fokuskan pada instrumen ISDS yang terdapat di dalam PII atau BITs. Selain itu, penulis juga merujuk pada perjanjian internasional dan pengaturan hukum manupial (nasional) Indonesia khususnya Undang-Undang 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal beserta Undang-Undang terkait lainnya untuk konteks Indonesia yang mana penulis bahas hanya sebagai tambahan saja.

Pada dasarnya pendekatan peraturan tertulis penulis angkat hanya sebagai pelengkap dari pendekatan konseptual yang merupakan pendekatan utama dalam penelitian ini. Pendekatan ini supaya menggambarkan basis data dari peraturan tertulis eksistensi ISDS itu sendiri sehingga dapat dianalisis nantinya dari abstraksi (konsep) kedua pisau analisis yang digunakan (hukum ekonomi internasional dan *al-maslahah*).

3. Pendekatan Historis (*Historical Approach*)

Setiap gagasan dan peraturan hukum memiliki latar belakang sejarah yang berbeda.⁸⁹ Begitu juga dengan instrument ISDS yang eksis di dalam berbagai PII yang dibuat antar negara dalam bentuk BITs. Dengan memakai pendekatan jenis ini, dapat memudahkan dalam penelitian ini untuk memahami hukum secara lebih mendalam tentang sistem di atas.

⁸⁷ Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), h. 306-307.

⁸⁸ Johnny Ibrahim. *Ibid.*, hlm 302

⁸⁹ *Ibid.*, h. 318

Hukum pada masa kini dan hukum pada masa lampau merupakan suatu kesatuan yang berhubungan erat, sambung menyambung dan tidak terputus sehingga dikatakan bahwa kita dapat memahami hukum pada masa kini dengan mempelajari sejarah lahirnya.⁹⁰ Dengan ini dapat memperkecil kekeliruan dalam pemahaman terhadap instrument ISDS yang dibahas di sini dengan 2 (dua) perspektif.

4. Pendekatan Perbandingan (*Comparative Approach*)

Pendekatan ini penulis pakai untuk membandingkan pengaturan terhadap suatu hal dalam suatu sistem hukum dengan sistem hukum lainnya (*legal system*).⁹¹ Di sini penulis membandingkan dua sistem hukum yakni hukum konvensional (hukum ekonomi internasional) dengan hukum Islam (*al-maslahah*) yang penulis gunakan sebagai pisau analisis dalam mengupas kedudukan ISDS sebagai sarana dalam penyelesaian sengketa internasional penanaman modal yang banyak menuai kontroversi. Dengan demikian, dapat dilihat bahwa ini memang harus diapresiasi atau malah sangat banyak kerugian (*mudharatnya*) yang ditimbulkan sehingga perlu dihilangkan atau diganti sama sekali dengan alasan pertimbangan kajian akademis tersebut.

C. Bahan Hukum

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

1. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer yang penulis gunakan merupakan bahan hukum dari *statute* (hukum tertulis) baik dalam hukum positif yang ada mulai dari konvensi internasional, sampai pada aturan manuskrip (domestik) perjanjian investasi internasional baik yang

⁹⁰ *Loc.cit.*

⁹¹ *Ibid.*, h. 313-414

bilateral (BITs), multilateral dan internasional. Serta menggunakan bahan hukum yang termaktub dalam ushul fiqh (al-Quran, al hadist, kitab-kitab fiqh).

2. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder digunakan sebagai penunjang aturan hukum tertulis di atas, baik itu berupa buku literatur, dokumen, artikel ilmiah, jurnal dan lainnya baik yang bersifat soft, maupun dalam edisi *hardcopy*. Serta penulis memakai data-data penunjang lainnya sehubungan dengan penelitian.

3. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum ini merupakan penunjang terma/istilah yang ada dalam bahan hukum primer maupun sekunder supaya dapat menemukan pemaknaan yang definitive terhadap suatu terma hukum tertentu, baik dalam hukum positif yang terdapat pada glosarium hukum, ensiklopedia hukum, kamus hukum dan lain sebagainya.

D. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Untuk mendapatkan bahan hukum yang lengkap dalam penelitian ini, maka penulis memakai teknik pengumpulan data yang dipergunakan adalah dengan studi kepustakaan (*library research*) yang penulis lakukan dengan meneliti dokumen-dokumen dan literatur yang terkait dengan hukum positif yang dalam hal ini adalah hukum ekonomi internasional dalam bidang investasi internasional, juga mengkaji dari hukum Islam di mana dalam hal ini lebih ditekankan pada al masalah dalam kajian fiqh, khususnya fikih muamalah. penulis mencoba untuk menggali dengan metode istinbath untuk menentukan hukum yang ada pada hukum ekonomi internasional tersebut.

Penulis menggunakan sumber kepustakaan mulai dari perpustakaan Universitas Brawijaya, pembelian literatur, perpustakaan UIN Maulana Malik Ibrahim untuk literature kitab-

kitab fikih, serta jurnal-jurnal hukum yang penulis dapat akses terkait dengan masalah yang penulis angkat pada rumusan masalah.

E. Teknik Analisis Bahan Hukum

Teknik analisis data yang penulis pakai dalam penelitian ini adalah *content analysis*, karena di dalam pembahasannya penulis mengkaji isi baik dari peraturan tertulis yang ada maupun kitab-kitab fiqih dalam bidang muamalah. Selain itu, karena di sini penulis harus menetapkan hukum yang belum ada pembahasannya, sehingga dimungkinkan untuk melakukan interpretasi hukum untuk menemukan hukum (*rechvinding* atau *istinbath hukum*). Untuk penguatan hasil analisa, penulis juga menggunakan *systematic analysis* karena melihat antar keterkaitan ataupun hirarkis dari peraturan hukum (*statute law*) baik itu traktat internasional maupun hukum manusipal (hukum domestik/nasional). Di samping itu, juga menggunakan *gramatical analysis* karena meninjau dari makna ataupun penulisan dari peraturan tertulis tersebut.

F. Definisi Konseptual

1. ISDS: *Investor State Dispute Settlement* yang merupakan salah satu instrument dalam penyelesaian sengketa investasi internasional yang mengubah pola penyelesaian *state-state dispute settlement* yang lazim dalam hukum internasional publik. Di sini juga mengecualikan upaya *exhaustion of local remedies* yang seharusnya upaya tersebut dilakukan terlebih dahulu oleh investor jika ada konflik atau adanya tindakan *host state* yang dianggap merugikan investor. Lazimnya dalam praktek internasional, ISDS ini ada di dalam PII/BITs.

2. PII: Perjanjian Investasi Internasional, merupakan perjanjian penanaman modal asing dua atau lebih negara untuk menjamin akan perlakuan terhadap investor oleh *host country* secara spesifik
3. *Al-Maslahah*: Konsep hukum pokok dalam setiap kajian hukum Islam yang merupakan *grand theory*, dan selalu diusahakan dalam setiap *istinbath* (penggalian) hukum terhadap suatu masalah yang ingin dicarikan hukumnya. Untuk menyederhanakan penulisan ini, maka penulis membatasi teori *al-maslahah* ini menurut Najmudin al Tufi.



BAB IV

EKSISTENSI INSTRUMENT INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DALAM PERJANJIAN INVESTASI INTERNASIONAL (PII) (Perspektif Hukum Ekonomi Internasional dan al *Maslahah*)

Dalam banyak perjanjian investasi internasional (PII) dewasa ini yang seringkali dipersoalkan adalah *Bilateral Investment Treaties* (BITs) yang memuat instrumen ISDS di dalamnya yang memungkinkan investor menggugat negara *host state* secara langsung ke hadapan forum arbitrase internasional tanpa harus melalui perwakilan diplomatik negaranya. Investor juga tanpa harus menggunakan *local exhaustion of local remedies* untuk meminta konfirmasi atas tindakan negara *host state* terlebih dahulu yang dianggapnya merugikan. Hal tersebut membuat para pakar hukum internasional dan pembuat kebijakan di negara berkembang merasa perlu mengkaji ulang terhadap eksistensi instrumen ini karena bukannya mendapatkan keuntungan, malah mereka harus merugi karena berperkara forum arbitrase internasional sangatlah mahal. Terlebih lagi instrumen tersebut murni hanya untuk kepentingan investor, bukan untuk kepentingan *host state*, dibuktikan dengan semua gugatan yang masuk ke forum arbitrase diinisiasi oleh investor itu sendiri.

Inilah yang perlu dilakukan telaah ulang dalam Hukum Ekonomi Internasional, karena instrumen ISDS pada dasarnya memang sudah menyimpangi prinsip hukum internasional pada umumnya, yakni *State-State Dispute Settlement* (SSDS). Selain itu, instrumen ISDS juga mengabaikan *exhaustion of local remedies* sebagai penghormatan terhadap kedaulatan yudisial negara tuan rumah (*host state*). Pengkajian secara syar'i pun juga diperlukan untuk mendudukan hukumnya mengingat banyaknya negara mayoritas muslim yang menjadi *host state* yang merasa dirugikan karna sifat berlebihan/ eksek (excessive) dari instrumen ISDS dalam melindungi

investor. Pengkajian ini sesuai dengan kaidah fiqih “ كُلُّ مَا تَجَاوَزَ عَنْ حُدِّهِ انْعَكَسَ إِلَى ضِدِّهِ ” yang artinya “setiap yang melampaui batas (berlebihan) maka hukumnya akan berbalik kepada yang sebaliknya”. Instrumen ISDS yang tadinya bertujuan baik melindungi investor dari tindakan nasionalisasi/ ekspropriasi, dan tindakan merugikan lainnya, tetapi karena dibuat begitu berlebihan dalam memberikan keuntungan kepada investor, sehingga hukumnyapun menjadi berbalik. Di dalam bab ini penulis melakukan pembahasan sebagai berikut:

A. Eksistensi Instrument *Instrument Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) Dalam Penanganan Sengketa Investasi Internasional

1. Faktor Historis yang Mendasari Kemunculan ISDS

Perjanjian perlindungan investasi internasional dimulai pasca Perang Dunia II dimana aktivitas ekonomi internasional mulai bergeliat. Tujuannya untuk memberikan jaminan perlindungan bagi keberadaan investasi asing yang beroperasi di luar batas Negara asalnya. Ada 2 (dua) alasan yang mendasari kemunculan perjanjian investasi internasional pada saat itu, yaitu: *Pertama*, kemerdekaan Negara-negara terjajah dan; *Kedua*, tindakan pengambil-alihan aset atau nasionalisasi perusahaan asing masa kolonial, khususnya terkait penguasaan atas sumber-sumber daya alam yang selama periode kolonialisasi berada di bawah kekuasaannya.⁹²

Sehingga, diperlukan sebuah aturan yang memberikan perlindungan bagi perusahaan asing eks 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 eks penjajah, yang di satu sisi tetap memiliki

⁹² Howard Mann, “*Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development*”, Lewis & Clark Law Review, Vol.17-2.

Praktik perlindungan perjanjian investasi pertama kali dikenal dengan perjanjian perlindungan investasi bilateral, dikenal dengan BIT, yang ditandatangani oleh Jerman dan Pakistan pada 1959.⁹³ BIT adalah perjanjian investasi yang ditandatangani oleh dua Negara dan mengikat hak dan kewajiban dalam memfasilitasi masuknya investasi di masing-masing Negara.⁹⁴ Perjanjian ini mengatur mengenai standar-standar perlindungan investasi yang harus dilakukan oleh Negara tuan rumah, seperti: (1) perlakuan yang setara dan adil atau tidak ada diskriminasi dari segala jenis investasi baik asing maupun domestik; (2) *full protection and security* yang memuat kewajiban Negara untuk memberikan ganti rugi atas kerugian yang diderita oleh korporasi akibat perang, konflik bersenjata, revolusi, keadaan darurat Negara, kerusuhan, ataupun pemberontakan. Biasanya perlindungan ini dalam bentuk pemberian kompensasi atau pemulihan; (3) perlindungan dari tindakan pengambil-alihan atau nasionalisasi dan mengharuskan pemberian kompensasi ganti rugi; (4) mekanisme penyelesaian sengketa, yang mensejajarkan antara level investor dengan negara atau dikenal dengan “*Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*”.

Tak lama setelah itu antara tahun 1960an hingga 1970, beberapa Negara Eropa lainnya mengikuti jejak Jerman untuk membuat perjanjian investasi bilateral dengan Negara-negara berkembang, seperti: Swiss, Belanda, Inggris, Perancis, dan Belgia. Terhitung hingga tahun 1977, BIT yang ditandatangani oleh Negara-negara Eropa tersebut telah mencapai hingga 130 perjanjian.⁹⁵ Lalu pada 1981, Amerika Serikat memulai program BIT telah menghasilkan

⁹³ Nathalie Bernasconi and all, “*Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development*” , (IISD, 2012), h. 4

⁹⁴ Andrew Stephson and Lee Carol, “*Protecting Foreign Investment By Using Bilateral Investment Treaty*”, (Clayton UTZ, 2012), h. 3.

⁹⁵ Salacuse & Sullivan, *Ibid.*

sebanyak 47 perjanjian, serta 20 Perjanjian Perdagangan Bebas yang didalamnya mengatur tentang Bab pelaksanaan BIT, termasuk *North America Free Trade Agreement* (NAFTA).⁹⁶

Seiring dengan perkembangan gerak modal yang terinfiltrasi dalam pasar bebas, BITs pun mengalami transformasi. Standar perlindungan BITs telah diadopsi oleh negara-negara maju ke dalam berbagai perjanjian Investasi dalam WTO, perjanjian perdagangan bebas (*FTA/free trade agreement*) seperti *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* atau *Comprehensive Economic Partnership Agreement*, dan bahkan kedalam regulasi nasional di negara tempat berinvestasi.

Dinamika ekonomi-politik global telah memberikan pengaruh pada konsep pembangunan ekonomi di Indonesia. Krisis over akumulasi kapital di negara-negara maju, dinamika pengorganisasian kapital dan industri terkini (*Global Supply Chains Management*), pembentukan rejim investasi dan pasar bebas semakin membentuk konsep liberalisasi ekonomi di Indonesia. Hal ini sebagai salah satu strategi bagi para pebisnis raksasa, lembaga-lembaga keuangan dan perdagangan internasional serta para pemimpin negara industri di Utara dalam mencari cara agar dominasi dan kekuasaannya terus berlanjut.

Penafsiran terhadap agenda liberalisasi terus dilakukan, seperti Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) dan diperluas menjadi *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP), *Trans Pacific Partnership*, hingga perjanjian perdagangan bebas diantara dua raksasa ekonomi dunia yakni AS dan EU dalam *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP). Pasar bebas merupakan agenda untuk memudahkan pergerakan barang, jasa, dan ekspansi modal korporasi dalam mencari keuntungan.

⁹⁶ C. Ignacio Suarez Anzorena and William K. Perry, "The Rise of Bilateral Investment Treaties: Protecting Foreign Investments and Arbitration", *International Law Journal*, 2010.

Dalam menjalankan bisnisnya, korporasi sering melakukan tindakan ataupun kejahatan yang merugikan bahkan mencederai hak masyarakat, seperti: perampasan lahan, pengrusakan lingkungan, mengkriminalisasi petani dan nelayan, mengeksploitasi buruh tanpa upah yang layak, menggelapkan pajak, dan melanggar hak-hak asasi manusia. Faktanya, dalam 10 tahun terakhir, sedikitnya ada 1379 konflik agraria di seluruh sektor. Luas konflik lahan sampai Agustus 2014 adalah 4,1 Juta Hektar yang melibatkan 9 ribu KK.⁹⁷

Sementara, WALHI menyebutkan aktivitas pertambangan dan perkebunan sawit yang merusak kawasan hutan telah menimbulkan bencana ekologi. Di tahun 2013 terjadi peningkatan jumlah bencana menjadi 1392 kali (293%). Bencana tersebut melanda 6727 desa atau kelurahan yang tersebar di 2787 kecamatan, 419 kabupaten atau kota dan 34 provinsi serta telah menimbulkan korban jiwa sebanyak 565 jiwa.⁹⁸

Perilaku korporasi yang melanggar hukum ini dilakukan karena negara melegalisasinya ke dalam Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) yang mengatur tentang perlindungan dan fasilitas serta kemudahan bagi investor. Misalnya saja kemudahan dalam segala bentuk perizinan usaha dan pajak, kepemilikan hak atas tanah, perlindungan dari tindakan nasionalisasi dan segala bentuk kerugian investor, pembentukan kawasan ekonomi khusus, dan pembukaan bidang usaha yang membolehkan kepemilikan asing hingga maksimum 95 persen khususnya di sektor pertambangan, perkebunan, dan pertanian. Aturan UUPM ini diambil dari standar universal yang diadopsi dari perjanjian investasi internasional, baik yang ditandatangani pemerintah di WTO, ASEAN, maupun secara bilateral (*Bilateral Investment Treaties*/BITs).

⁹⁷ Data Konsorsium Pembaruan Agraria, 2012, diolah dari Dokumen Resmi KNRA 2014.

⁹⁸ Data Walhi 2013, diolah dari Dokumen Resmi KNRA 2014.

2. Proses Kronologis Eksistensi (Keberadaan) Cikal Bakal ISDS dari Berbagai Perubahan Pengaturan Investasi Internasional

Hadir/ eksisnya mekanisme instrument ISDS memang dari pasang surut pengaturan berbagai Perjanjian Investasi Internasional mulai dari tingkat Multilateral sampai dengan regional yang dianggap kurang efektif atau bahkan gagal sama sekali, sehingga *Bilateral Investment Treaties* (BIT) dianggap sebagai solusi untuk menciptakan perlindungan investasi yang dapat melindungi langsung investor di negara yang menjadi tujuan penanaman modal. Berikut ini adalah proses kronologis eksistensi ISDS dalam BIT beserta contoh konkretnya dalam konteks Indonesia:

a. Havana Charter

Piagam Havana (*Havana Charter*) merupakan produk dari perundingan multilateral dalam rangka pembentukan organisasi perdagangan dunia, international trade organization (ITO).⁹⁹ Perundingan di langungkan dari November 1947 sampai dengan maret 1948 di Havana, Cuba. Pembuatan piagam tersebut mendapat dukungan dari negara Amerika Serikat dan negara-negara industri yang berorientasi investasi (*investment oriented industry*) yang memang perlu adanya rezim investasi liberal yang memuat aturan (*rules*) perlindungan bagi penanaman modal asing dari diskriminasi dan ekspropriasi. Tetapi usaha tersebut tidak membuahkan hasil. Rancangan piagam ini pada akhirnya tidak memuat ketentuan mengenai regulasi investasi asing.¹⁰⁰ Piagam hanya menjadi kesepakatan simbolik yang tidak dapat dilaksanakan oleh negara-negara. Piagam secara sumir memuat ketentuan-ketentuan tentang praktik bisnis terbatas

⁹⁹ Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, (Cambridge University Press, United Kingdom, 2009), h. 32.

¹⁰⁰ Surya P. Subedi, (*International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*), (Oxford: Hart Publishing and Portland, Oregon, 2008), h. 19

dalam perdagangan internasional seperti tindakan membatasi persaingan dan mendorong monopoli.¹⁰¹

Secara keseluruhan Piagam Havana lebih memprioritaskan tujuan kebijakan dalam negeri (*domestic policy*) dari pada standar internasional kebijakan investasi. Jadi Piagam Havana tidak bersinggungan dan menyentuh aspek-aspek substansial yang diperlukan dalam pengaturan investasi. Sudah pasti juga tidak akan ada pengaturan instrument ISDS di sini. Namun yang jelas, Piagam ini sebagai *trigger* (pemantik) untuk pengaturan investasi internasional di masa berikutnya sekaligus sebagai pelopor terhadap kehadiran instrument ISDS pada masa yang akan datang.

b. Multilateral Agreement on Investment (MAI)

Penanaman modal asing pada tahun 1990-an yang berkembang melalui kesepakatan Perjanjian Investasi Bilateral (PIB) dan keinginan akan adanya rezim investasi yang mencakup pengaturan yang komprehensif telah mendorong negara-negara maju untuk membuat instrument baru yang berlaku secara multilateral. Untuk merealisasikan keinginan tersebut, negara-negara yang tergabung dalam Organisasi untuk Kerjasama dan Pembangunan (*Organization for Economic Cooperation and Development/ OECD*) memprakarsai perundingan untuk membahas isu-isu dan berbagai aspek terkait dengan investasi. OECD meluncurkan perundingan multilateral agreement on investment (MAI) tahun 1996.¹⁰²

Maksud dari rancangan MAI adalah untuk menjamin kewajiban liberalisasi negara dilengkapi dengan ketentuan tentang perlindungan investasi dan diperkuat dengan prosedur penyelesaian sengketa yang efektif. MAI diperlukan untuk menanggapi pertumbuhan dramatis

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm 33

¹⁰² Stephan W. Schill, *Op.cit*, h. 53

dan transformasi *foreign direct investment* (FDI) yang dipicu oleh liberalisasi yang luas dan meningkatnya persaingan investasi internasional¹⁰³

Pada akhirnya, naskah MAI tidak berhasil (*failed*) diterima sebagai perjanjian investasi multilateral. Salah satu alasan MAI tidak diterima adalah adanya prinsip “*standstill*” dan “*rollback*” di dalam naskahnya. Prinsip *standstill* mencegah penggunaan langkah-langkah diskriminasi baru terhadap investor asing yang dianggap sebagai larangan absolut terhadap segala jenis regulasi baru, termasuk langkah-langkah melindungi lingkungan. Prinsip *rollback* mewajibkan negara-negara untuk secara berkesinambungan menghapus diskriminasi yang ada, Disalahpami Sebagai Kewajiban Untuk Menghapus Segala Bentuk Retriksi Terhadap Investasi.¹⁰⁴ Sehingga pada akhirnya, negara berkembang yang sebagian besar sebagai *host state* yang merupakan tujuan investasi internasional merasa terganggu kedaulatannya dalam mengatur kebijakan domestik untuk mensejahterakan rakyatnya terasa dikebiri sehingga banyak yang menolak MAI ini. Akan tetapi, kedua prinsip tersebut mengilhami negara maju untuk memakainya di kemudian hari dalam membuat BIT yang memasukkan instrument ISDS.

Kegagalan MAI juga merefleksikan kompleksitas umum dari isu-isu yang menyelimuti perlindungan investasi internasional, khususnya masalah bagaimana menyelesaikan konflik dengan hak legitimasi negara untuk mengatur. Konflik ini telah menyertai dan membentuk perdebatan kesejahteraan publik domestik tentang perlindungan hak milik dan persaingan kepentingan publik yang pada puncaknya mengkrystal ke tingkat internasional.¹⁰⁵

¹⁰³ Surya P. Suhedi, *Op.cit*, h. 39.

¹⁰⁴ Stephan W. Schill, *Op.cit*, h. 55.

¹⁰⁵ *Ibid* ., h. 58.

c. Trade Related Investment Measures (TRIMs)

TRIMs merupakan instrumen internasional paling akhir yang dihasilkan oleh masyarakat dunia melalui perundingan GATT/WTO pada tahun 1994. Isu yang berkaitan dengan investasi (*investment –related issues*)¹⁰⁶ muncul ketika panel GATT menemukan adanya keterkaitan persoalan antara kandungan lokal (*local content*) dan persyaratan pelaksanaan ekspor (*export performance requirement*) yang dibebankan oleh Kanada dalam Undang-undang investasi yang disebut *Foreign Investment Review Act*.¹⁰⁷ Panel menyatakan bahwa kebijakan tersebut merupakan langkah yang terkait dengan perdagangan (*trade related measures*) yang melanggar ketentuan perlakuan nasional (*national treatment provision*) GATT.

Peristiwa ini kemudian mendorong GATT untuk menandatangani *Agreement on Trade Related Investment Measures* pada Perundingan Uruguay.¹⁰⁸ Akan tetapi ruang lingkup pengaturan TRIMs sangat terbatas, hanya berlaku terhadap langkah-langkah investasi yang terkait dengan perdagangan barang (*investment measures related to trade in goods only*) dan tidak menyinggung isu perlindungan investasi asing (*protection of foreign investment*)¹⁰⁹. Karena itu di dalam TRIMs meskipun mengatur mengenai investasi, **namun tidak akan ditemukan adanya instrument ISDS**, karena sifatnya yang hanya sebagai pelengkap dari ketentuan perdagangan internasional saja dan bukan untuk melindungi investor.

d. Regional Investment Treaties (RITs)

Berdasarkan lingkup wilayah geografis, sejalan dengan perkembangan regionalism dan integrasi ekonomi di berbagai kawasan (*region*), perjanjian investasi juga dapat mencakup banyak negara dalam satu kawasan yang disebut sebagai perjanjian investasi regional (*regional*

¹⁰⁶ *Ibid.*, h. 50.

¹⁰⁷ *Ibid.*, hlm 50.

¹⁰⁸ *Ibid.*, hlm 50.

¹⁰⁹ *Ibid.*, hlm 51.

investment treaty). Dalam konteks kawasan Asia Tenggara misalnya, negara-negara anggota ASEAN telah mengembangkan dan memiliki perjanjian investasi regional yang khusus mengatur negara-negara yang ada di dalam kawasannya. Saat ini di kawasan ASEA berlaku *ASEAN Comprehensive Investment Agreement/ ACIA* yang ditandatangani pada 26 Februari 2009 dan mulai berlaku efektif 29 Maret 2012 yang terdiri atas 49 pasal, 2 *annexes* dan 1 *schedule* (*reservation list of member states*).

ACIA merupakan perjanjian yang unik, karena memberikan fleksibilitas yang tinggi bagi negara-negara anggota untuk melakukan reservasi (*reservation*). pasal 2 ayat (1) butir (d) *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT) tahun 1969 memberikan pengertian reservasi adalah pernyataan sepihak (*unilateral statement*) yang dibuat oleh satu negara pada saat menandatangani (*signing*), meratifikasi (*ratifying*), menerima (*accepting*), menyetujui (*approving*), atau mengaksesi (*acceding*) terhadap suatu perjanjian, yang tujuannya untuk mengesampingkan atau memodifikasi efek hukum (*legal effect*) suatu ketentuan perjanjian dalam penerapannya pada negara yang bersangkutan. Pengertian disusun dengan suatu kesepakatan bersama, tetapi negara pihak dalam perjanjian dapat mengajukan reservasi terhadap isi perjanjian yang dinilai tidak sejalan dengan kebijakan pemerintah dan kepentingan nasional.

Meskipun pada ACIA sudah mengatur mengenai *Investment Dispute Between an Investor and a Member State* pada *Section B*. Namun, karena saat negara ASEAN mereservasi ACIA yang menyelaraskan dengan kebijakan dalam negeri (domestik), seringkali hal ini dianggap tidak menguntungkan oleh investor karena sudah melakukan proteksi dalam negeri yang berdampak pada kurang yakinnya investor akan *national treatment, non-discrimination, most favored nation* (MFN) dan standar perlakuan internasional akan mereka peroleh sebagaimana mestinya. Sehingga, munculah BITs yang menurut investor akan menguntungkan mereka serta

memiliki instrument ISDS yang dapat mereka gunakan untuk menggugat negara jika mereka merasa dirugikan yang di bahas lebih lanjut di bawah ini.

e. Bilateral Investment Treaty (BIT)

BIT ini merupakan perjanjian yang dibuat oleh *home state* dengan *host state* yang terdiri dari berbagai klausul yang sudah dipersiapkan untuk melindungi kepentingan investor dari berbagai hal sehingga BIT merupakan perjanjian yang disebut paket komplit (*full package*) untuk melindungi investor. Dari sekian banyak klausul yang dimuat adalah sebagai berikut:

- 1) klausula payung (*umbrella clause*), merupakan klausul yang berperan dalam memayungi kesepakatan atau persetujuan, sehingga dapat menjamin keberlangsungan perjanjian di masa akan datang;
- 2) klausul stabilisasi (*stabilization clause*) merupakan klausul yang menjamin kelangsungan perjanjian nantinya;
- 3) klausula admisi (*admission clause*) merupakan klausul yang esensial karena secara yuridis klausul ini adalah klausul yang melegalkan (*legalized*) dan menyatakan (*declare*) secara yuridis diperkenankannya penanaman modal asing melakukan kegiatan bisnis dan investasi di wilayah (*territory*) negara lain;
- 4) klausula pilihan hukum (*choice of law*) merupakan klausul yang bertujuan untuk menjamin bahwa perjanjian yang dibuat tidak berdasarkan hukum dari negara tuan rumah yang sewaktu-waktu dapat berubah sesuai dengan keinginannya sebagai negara yang berdaulat;
- 5) klausula arbitrase (*arbitration clause*), klausul ini merupakan syarat mutlak (*condition sine qua non*) dalam perjanjian investasi internasional yang di dalamnya memungkinkan para pihak am yang netral dalam penyelesaian sengketa.

Pada klausula terakhir (arbitrase), di sinilah yang memuat bab mengenai *Settlement of Disputes Between an Investor and a Host State* yang diselesaikan melalui arbitrase internasional. Meskipun pada prinsipnya baik *host state* maupun investor memiliki kesempatan yang sama untuk mengajukan gugatan jika terdapat tindakan dari salah satu pihak dianggap melanggar atau merugikan pihak lain. Tetapi inisiatif gugatan sampai saat ini selalu diajukan oleh investor. Karena sifatnya yang paket komplit yang mana sangat menguntungkan investor tersebut memunculkan persoalan bagi *host state* nantinya yang di bahas pada pembahasan berikutnya.

Bukti konkret dari eksistensi instrument ISDS terdapat yang terdapat dalam BIT yang pernah disepakati oleh Indonesia adalah BIT antara Pemerintah Indonesia dengan Pemerintah Kerajaan Inggris yang dimuat dalam klausul ISDS pada *article 8* tentang *Settlement of Dispute Between an Investor and A Host Stage* pada *paragraph (1)* sebagai berikut:¹¹⁰

“Dispute between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning the latter under this agreement in relation to an investment, be submitted to international arbitration if national or company concerned so wishes.”

Klausul di atas secara jelas bahwa setiap setiap perkara dalam lingkup investasi yang timbul antra investor (dari *home country* Inggris) dan *host state* (Indonesia) dibawa ke arbitrase internasional. Meskipun dimungkinkan negara sebagai inisiator untuk membawa perkara ini ke arbitrase internasional, tapi dalam faktanya yang selalu sebagai inisiator dari setiap gugatan yang diajukan merupakan inisiatif dari investor yang penulis bahas pada contoh sengketa yang dibawa ke ICSID pada pembahasan berikutnya di bawah ini. Inilah yang membuat kementerian luar negeri mencoba untuk mengakhiri berbagai perjanjian BIT yang memakai mekanisme ISDS semenjak tahun 2015, karena untuk mengakhiri Perjanjian BIT yang tunduk pada perjanjian

¹¹⁰ PIB antara Indonesia dan Inggris ditanatangani tanggal 27 April 1976 di London, Inggris.

internasional yang diatur oleh konvensi wina 1969 harus memberikan *reasonable of time* (waktu yang cukup) untuk pihak lain dan tidak bisa diakhiri semena-mena secara sepihak.

Dari penjabaran di atas **dapat dilihat secara eksplisit proses dari eksistensi cikal bakal ISDS mulai dari Piagam Havana yang gagal untuk sebagai memberikan jaminan kepada investasi asing sampai hadirnya instrument ISDS di dalam BIT**, bahkan beserta contoh klausulnya yang ada di Indonesia sehingga untuk prktek saat ini ISDS paling banyak eksis (ada) di hampir seluruh BITs yang ada di dunia saat ini (1 Desember 2016) sudah mencapai 2959 BITs yang melibatkan mayoritas negara di dunia.¹¹¹ Indonesia sendiri memiliki 46 BITs.¹¹² Instrument ISDS yang terdapat dalam BITs inilah yang memunculkan pro dan kontra yang di bahas pada pembahasan di bawah ini.

B. Urgensi Kemunculan Instrument ISDS Dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII)

Nasionalisasi dan ekspropriasi merupakan poin sentral yang menjadi dasar pertimbangan dan motivasi negara-negara melakukan perundingan BIT. Selain itu, hukum internasional mengakui hak negara tuan rumah untuk melakukan nasionalisasi atau ekspropriasi terhadap property asing.¹¹³ Pengakuan terhadap nasionalisasi inilah dipandang sebagai ancaman bagi penanaman modal asing.¹¹⁴ Maka dari itu, dengan adanya pengaturan klausula nasionalisasi, masing-masing pihak (khususnya investor), akan mendapatkan jaminan terhadap rasa aman dan terjaganya seluruh aset, properti dan bisnis dari penanam modal yang dilakukan perusahaan investor di *host state*.

¹¹¹ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, diakses pada 1 Desember 2016.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Rudolf Dolzner and Cristoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford: University Press, New York, 2008), h. 98.

¹¹⁴ M. Sornarajah, *Principles of International Investment Law*, (Cambridge University Press, United Kindom, 2004), h. .239.

Dalam sejarah, nasionalisasi pada awalnya dilakukan oleh negara-negara yang baru merdeka sebagai bentuk perlawanan terhadap kekuatan kolonial yang menguasai sumber daya alam dan aset ekonomi strategis yang dibangun sejak lama sejak berlangsungnya masa kolonialisme tersebut. Nasionalisasi ini dipandang sebagai instrumen program pembangunan ekonomi negara. Beberapa kasus nasionalisasi terjadi pada Mesir terhadap Terusan Suez tahun 1956 di bawah pemerintahan Gamal Abdul Nasser dan nasionalisasi yang dilakukan Indonesia terhadap perkebunan milik Belanda tahun 1958 oleh Presiden Soekarno. Itu merupakan dua contoh besar nasionalisasi yang terjadi pada dasawarsa 1950-an.

Pada tahun 1960, kuba di bawah pemerintahan Fidel Castro melakukan nasionalisasi terhadap perusahaan-perusahaan gula (*sugar companies*) yang dimiliki oleh perusahaan Amerika Serikat.¹¹⁵ Pada tahun 1970-an terjadi kembali nasionalisasi yang dilakukan oleh Chile di bawah presiden Salvador Allende, yaitu nasionalisasi terhadap perusahaan tambang tembaga (*copper mine*).¹¹⁶ Dari pengalaman nasionalisasi yang dilakukan pada decade 1950-an-1970-an, mendorong negara maju untuk membuat BIT dengan negara *host state* untuk melindungi dan menjamin investor mereka yang menanamkan modalnya di *host state*. Hal tersebut menjadi awal urgensinya BIT serta mekanisme ISDS supaya setiap tindakan *host state* yang merugikan investor dapat dibawa ke forum arbitrase langsung tanpa harus melalui jalur diplomatik yang memakan waktu lama dan sangat sarat dengan muatan politik. Terlebih lagi, jika memakai jalur diplomatik, negara adikuasa jika keinginannya tidak terpenuhi dapat memicu mereka menggunakan kekuatan bersenjata untuk melindungi investor besar dari negaranya.

¹¹⁵ Victor Rabinowitz, *The Cuban Nasionalisation in The United States Courts: The Sabbatino Case and Its Progeny*, dalam *The Nationalisations of Multinationals in Peripheral Economies*, edited by Julio Faundez and Sol Picciotto, (London: The Macmillan Press Ltd , 1978), h. 103.

¹¹⁶ Julio Faundez, *A Decision without A Strategy: Excess Profits in The Nasionalisation of Copper in Chile*, (London: The Macmillan Press Ltd , 1978), h. 71.

Dalam perkembangannya, urgensi dari ISDS ada dalam BITS juga berfungsi untuk memberikan hal yang lebih dari sekedar perlindungan terhadap nasionalisasi dan ekspropriasi saja, tapi juga *Fair and Equitable Treatment (FET)*, *Full Protection and Security*, *Transfer of Fund*, *National Treatment*, *Most Favoured Nation Treatment (MFN)*, dan pengajuan dan pemilihan forum untuk *Dispute Settlement*.

1. Kedaulatan Negara dan Penjaminan Hak Investor Asing oleh *Host state*

Sesuai dengan prinsip dasar dalam hukum internasional, kedaulatan negara (*state sovereignty*) merupakan prinsip yang esensial dalam pengaturan penanaman modal. Prinsip kedaulatan negara menjadi dasar bagi negara memiliki otoritas (*authority*) dan kekuasaan (*power*) untuk mengatur penanaman modal di seluruh wilayah territorial negara. Prinsip kedaulatan negara memberikan justifikasi bahwa negara memiliki kedaulatan untuk mengawasi masuknya penanaman modal asing yang tak terbatas (*unlimited*), karena merupakan hak dari negara yang berdaulat (*sovereign right*).¹¹⁷ Ini sesuai dengan pandangan teori kedaulatan negara yang dikemukakan oleh Jean Bodin dan George Jellinek. Jean Bodin menyatakan:¹¹⁸

“Kedaulatan ada pada negara. Negaralah yang membuat hukum, sehingga segala sesuatu harus tunduk pada negara. Negara di sini dianggap sebagai suatu keutuhan yang membuat peraturan hukum. Jadi adanya hukum itu karena adanya negara, dan tidak ada satupun yang berlaku kalau tidak dikehendaki oleh negara”.

George Jellinek dalam pandangannya tentang teori kedaulatan berpendapat sebagai berikut :¹¹⁹

“Hukum merupakan perwujudan dari kehendak atau kemauan negara. Jadi, negaralah yang menciptakan hukum, negara dianggap sebagai satu-satunya sumber hukum, dan negaralah yang memiliki kekuasaan tertinggi atau kedaulatan. Di luar negara tidak ada satu pun organ yang berwenang untuk menetapkan hukum”.

¹¹⁷ An An Chandrawulan, *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberakisasi Hukum Perdagangan Internasional, dan Hukum Penanaman Modal*, (Bandung: Alumni, 2011), h. 70.

¹¹⁸ H. Salim HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), h. 131.

¹¹⁹ *Ibid.*, h. 131.

Sebagai pencipta hukum dan penguasa hukum, negara tuan rumah (*host state*) mempunyai hak yang mutlak (*absolute right*) untuk mengontrol masuk dan berdirinya suatu perusahaan asing serta seluruh proses dari penanaman modal asing langsung.¹²⁰ Negara mengatur penanaman modal asing sejak masuknya modal asing, bagaimana seharusnya perlakuan negara terhadap PMA, proses penyelesaian sengketa, sampai pada berakhirnya PMA, melalui pengambilalihan (ekspropriasi) atau nasionalisasi.¹²¹ Tindakan negara melakukan nasionalisasi adalah salah satu wujud dari kedaulatan yang dimiliki negara. Demikian pula dengan tindakan penegakan hukum yang dilakukan oleh institusi pemerintah melalui aparaturnya dalam rangka menciptakan kepastian hukum adalah bukti nyata dari negara berdaulat dan implementasi dari kedaulatan negara. Dengan atribut kedaulatan negara, maka negara memiliki kekuasaan penuh untuk melakukan langkah-langkah hukum di seluruh wilayah teritorial negara.

Prinsip kedaulatan negara terdapat dalam berbagai perjanjian bilateral dan multilateral yang mengatur tentang investasi internasional.¹²² Menurut Zaidun terdapat dua prinsip berkaitan dalam mengatur masuknya penanaman modal asing, yaitu: (i) suatu negara mempunyai hak untuk mengatur penanaman modal asing yang ada di dalam wilayah teritorialnya, dan (ii) negara juga harus mendorong dan memfasilitasi masuknya modal asing yang produktif.¹²³ Dua prinsip tersebut menjelaskan, bahwa prinsip pertama pada dasarnya merupakan penjabaran dari kedaulatan negara, bahwa negara memiliki kekuasaan tertinggi untuk menentukan, mengatur dan memaksa terhadap setiap perbuatan (*acts*), orang (*individu*), dan benda (*property*) yang berada di dalam wilayah teritorialnya. Dengan kata lain, sebaliknya, negara tidak menyerahkan kekuasaannya kepada pihak luar, korporasi atau kekuatan asing untuk mengatur atau

¹²⁰ *Ibid.*, h. 70

¹²¹ Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, (Surabaya: Disertasi Program Diktor Pascasarjana Universitas Airlangga, tidak diterbitkan, Surabaya, 2005). h. 188

¹²² *Ibid.*, h. 221.

¹²³ *Ibid.*, h. 222.

mengendalikan otoritas yang dimiliki negara. Prinsip kedua lebih merupakan upaya dan kebijakan negara untuk mengundang,¹²⁴ menarik minat investor asing dan mempermudah masuknya modal asing dan memberikan insentif¹²⁵ sebagai stimulan masuknya arus modal asing. Prinsip kedua dengan sendirinya merupakan konsekuensi dari pelaksanaan prinsip pertama, adanya kewenangan pengaturan tentang modal asing di wilayah teritorialnya.¹²⁶

Dengan adanya kedaulatan negara, setiap orang asing yang masuk ke suatu negara, apakah itu perusahaan maupun perorangan dan harta kekayaannya tunduk kepada hukum dari negara penerima modal.¹²⁷ Penanaman modal asing juga secara sukarela menundukkan dirinya terhadap segala hukum dan peraturan negara penerima modal.¹²⁸ Penegasan tentang hak negara penerima modal dalam mengatur masuknya modal asing dan tunduknya penanam modal terhadap hukum negara penerima modal juga terdapat dalam *Draft Code of Conduct of Transnational Corporation* yang menyatakan:¹²⁹

*State have the right to regulate the entry and establishment of transnational corporation including determining the role that such corporation may play in economic and social development and prohibiting or limiting the extent of their presence in specific sector.*¹³⁰
(garis bawah oleh penulis)

Dalam BIT antara Indonesia dan Iran (2005)¹³¹ pada Pasal 2 ayat (1) tentang Peningkatan Penanaman Modal (*promotion of investment*) menyatakan bahwa “setiap pihak harus mendorong warga negaranya untuk melakukan penanaman modal di wilayah pihak (negara) lain”. Ayat tersebut menegaskan, bahwa setiap pihak memiliki kewenangan di wilayah negara masing-masing untuk mengajak para pengusaha dan penanam modalnya untuk melakukan penanaman modal dan ekspansi bisnis di negara lain. Hanya negara asal masing-masing yang berhak

¹²⁴ *Ibid.*, h. 222.

¹²⁵ *Ibid.*, h. 222.

¹²⁶ *Ibid.*, h. 222.

¹²⁷ An An Chandrawulan, *Op.Cit.*, h. 70.

¹²⁸ *Ibid.*, h. 70.

¹²⁹ *Ibid.*, h. 70.

¹³⁰ *Ibid.*, h. 70.

¹³¹ PIB antara Indonesia dan Iran.

mengatur dan mengikutsertakan perusahaan penanam modal di negaranya untuk melakukan perluasan usaha di negara mitranya. Pada ayat (2) disebutkan bahwa, “setiap pihak harus, dalam kerangka ‘peraturan dan perundang-undangannya’ menciptakan kondisi yang menguntungkan untuk menarik penanaman modal pihak lain ‘di wilayahnya’”. Frase “dalam kerangka peraturan dan perundang-undangannya” memberikan makna eksistensi kedaulatan hukum setiap negara untuk memberlakukan regulasi yang diperlukan di wilayah yurisdiksi negaranya. Dalam BIT antara Indonesia dan Inggris (1976)¹³² pada Artikel 2 ayat (1) – *scope of agreement* menyebutkan:

This agreement shall only apply to investment by nationals or companies of the United Kingdom in the territory of the Republic of Indonesia which have been granted admission in accordance with Foreign Capital Investment Law No. 1. of 1967 or any law amending or replacing it.

Ayat (1) tersebut secara spesifik menegaskan bahwa, hanya (*only*) warga negara dan perusahaan Inggris yang diizinkan masuk dapat melakukan investasi ‘di dalam wilayah negara Indonesia’ (*in the territory of republic of Indonesia*) berdasarkan UU PMA No. 1 tahun 1967 yang pada waktu itu berlaku ataupun undang-undang lain yang merubah atau menggantikannya UU PMA. Article 3 – *Promotion and Protection of Investment* pada ayat (1) lebih lanjut menyatakan:

Each Contracting Party shall encourage and create favourable condition for nations or companies of other contracting party to invest capital in its territory and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital. (garis bawah oleh penulis)

Ayat (1) tersebut dengan jelas menegaskan, bahwa setiap negara akan meningkatkan dan menciptakan kondisi yang nyaman dalam melakukan penanaman modal di dalam wilayah negaranya (*in its territory*) sesuai dengan hak yang dimiliki untuk menjalankan kekuasaannya (*to exercise powers*) yang ditentukan oleh undang-undang negaranya (*conferred by its laws*).

¹³² PIB antara Indonesia dan Inggris ditandatangani tanggal 27 April 1976 di London, Inggris.

undang-undang sebagai sumber hukum nasional dengan demikian menjadi pondasi dan pengikat bagi pengaturan individu dan korporasi dalam melakukan penanaman modal asing.

Dalam kaitan dengan pembuatan regulasi dan kebijakan penanaman modal setidaknya terdapat tiga masalah pokok yang bertautan, yaitu:¹³³

1. Bagaimana menarik penanaman modal asing langsung tanpa mendatangkan atau membuat kerusakan terhadap tabungan mata uang asing domestik dan penggunaan kekayaan alam;
2. Bagaimana melindungi hak-hak hukum penanam modal asing dan memberikan perlindungan yang cukup, sementara pada waktu yang bersamaan harus mempertahankan dominasi sebagai negara yang mempunyai kedaulatan/kekuasaan dan meminimalisasi pengaruh negatif dari penanaman modal asing langsung; dan
3. Bagaimana membentuk hukum dan sistem pajak yang secara bersamaan dapat mendorong tumbuhnya ekonomi dan di sisi lain menarik penanaman modal asing serta meningkatkan pendapatan yang cukup sesuai persyaratan penggunaan keuangan negara.

Selain itu, efektifitas kebijakan dan regulasi untuk mendorong masuknya penanaman modal asing secara ekonomis dipengaruhi oleh tiga faktor, yaitu:¹³⁴

1. Ketidakseimbangan tabungan secara global, yang akan menentukan besarnya modal yang boleh masuk melalui penanaman modal asing baik yang resmi melalui pemerintah maupun swasta (*global saving imbalance, which determine the total official and non official flows of foreign investment*);
2. Keuntungan komparatif dari negara penerima modal dalam bidang industry tertentu yang akan menarik penanam modal asing untuk menanamkan modalnya (*the comparative*

¹³³ *Ibid.*, h. 71.

¹³⁴ *Ibid.*, h. 71-72.

advantages of countries in particular industries, which make them attractive to investors); dan

3. Keuntungan kompetitif dari perusahaan-perusahaan swasta yang dapat mendorong mereka untuk bersaing dalam globalisasi (*the competitive advantages of individual firm, which enable them to pursue globalization strategies*).

Dengan undang-undang dan regulasi yang dikeluarkan, maka kedaulatan negara secara yuridis tetap eksis dan terjaga. Kedudukan negara sebagai pemegang kekuasaan tertinggi terhadap warga negara, orang asing, properti dan seluruh aspek kegiatan bisnis serta ekonomi dapat diwujudkan secara efektif dan efisien.

2. Penyelesaian Sengketa PII Yang Memuat Mekanisme ISDS Dalam Perspektif Hukum Publik Internasional

Belakangan ini, perhatian pemerintah dan beberapa sarjana tertuju pada Perjanjian Investasi Internasional (PII) yang memakai mekanisme ISDS yang kebanyakan berakhir pada arbitrase penanaman modal ICSID. Latar belakang perhatian tersebut adalah karena gugatan tersebut diajukan oleh investor asing terhadap Pemerintah Indonesia.

Perhatian oleh pemerintah diberikan atas dasar kekalahan Pemerintah Indonesia dalam gugatan kasus arbitrase di badan Arbitrase ICSID. Konsekuensi kekalahan Pemerintah Indonesia tersebut menyebabkan pemerintah harus membayar sejumlah ganti rugi, di mana jumlah ganti rugi dalam sengketa penanaman modal selalu berjumlah besar.

Putusan yang mengalahkan dan memerintahkan pemerintah untuk membayar ganti rugi dinilai sangat merepotkan dan membebani keuangan negara. Ditambah pula dengan biaya-biaya sampingan yang harus dikeluarkan, hal ini mencakup biaya pengacara asing dari kantor hukum

besar di luar negeri, biaya tim pengacara dalam negeri, serta biaya transportasi memakan biaya yang sangat tinggi.

a. Konvensi Washington 1965 dan Arbitrase ICSID Sebagai Forum Penyelesaian Paling Dominan Dalam PII yang Mengandung Instrumen ISDS

1). Latar Belakang Konvensi

Konvensi ICSID (*convention on the settlement of investment disputes between states and national of other states*) atau ICSID (*international center for the settlement of investment disputes*) atau Konvensi Washington disahkan pada tahun 1965. Konvensi lahir karena adanya kebutuhan investor dan negara penerima modal mengenai perlunya lembaga penyelesaian sengketa yang menangani sengketa mereka.

Latar belakang terbentuknya konvensi dapat dilihat melalui preambul-nya yang terdiri dari 8 paragraf. Perancang konvensi menyadari perlunya kerjasama internasional di bidang pembangunan ekonomi dan peran penanaman modal internasional. Kerjasama dan aktifitas penanaman modal tidaklah selalu berjalan lancar. setiap saat dapat saja timbul sengketa di antara penanam modal (pihak swasta) dengan negara penerima modal.¹³⁵

Sengketa dapat diselesaikan oleh lembaga pengadilan nasional, tetapi perancang konvensi menyadari pula bahwa lembaga pengadilan nasional dapat saja kurang sesuai untuk menyelesaikan sengketa antara suatu negara (apalagi negara penerima modal yang pengadilan nasionalnya menangani sengketa itu) dengan penanam modal. Oleh karena itu, alternatif penyelesaian melalui metode atau mekanisme secara internasional, dalam hal ini arbitrase atau konsiliasi internasional, dipandang lebih tepat.¹³⁶

¹³⁵ Paragraf 1 dan 2 Preambul Konvensi.

¹³⁶ Paragraf 3 Preambul Konvensi.

Dengan latar belakang pemikiran tersebut, Bank Dunia berinisiatif untuk membentuk Badan Arbitrase dan Konsiliasi ICSID pada tahun 1961. Upaya merancang suatu konvensi akhirnya berhasil dan Konvensi disahkan pada tahun 1965. Konvensi tersebut berlaku apabila sudah diratifikasi oleh minimal 20 negara. Jumlah minimal negara peratifikasi tersebut terpenuhi pada tahun 1966.¹³⁷

Dari Preambul tampak pula prinsip penting yang esensial untuk dapat terselenggaranya atau berfungsinya arbitrase atau konsiliasi ini. Paragraph 6 dan 7 preambuli konvensi menegaskan prinsip konsensus. Prinsip ini lahir dari kesepakatan para pihak, yaitu antara investor dengan negara penerima modal.

Prinsip kesepakatan tetap diisyaratkan meskipun negara penerima modal dan negara dari investor adalah negara anggota (peratifikasi atau penandatanganan atau penerima secara akses) konvensi ICSID. Di sini dapat dikatakan bahwa tindakan ratifikasi suatu negara tidak secara otomatis mengikat negara atau investornya itu untuk terikat pada Konvensi ICSID.

Paragraph 6 dan 7 Preambul Konvensi menyebutkan:

“recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with; and declaring that no contracting states shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular disputes to conciliation or arbitration, ...”

¹³⁷ Pasal 1 – 24 Konvensi.

2). Muatan Konvensi

Konvensi terdiri dari 10 Bab yang terbagi ke dalam 75 Pasal. Konvensi dilengkapi dengan aturan-aturan formil dan administratif, yaitu the *ICSID Regulation and Rules* yang dikeluarkan pada tahun 1967.¹³⁸

Bab I (Pasal 1- Pasal 23) Konvensi mengatur pembentukan organisasi arbitrase yaitu pembentukan *the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) (Pasal 1). Bagian ini mengatur pula tempat kedudukan, badan kelengkapan, dan lain-lain. Dari ke-24 Pasalnya, Pasal yang terpenting adalah Pasal 18 mengenai status, imunitas dan hak-hak keistimewaan ICSID. Pasal 18 menegaskan bahwa ICSID memiliki personalitas hukum internasional penuh. ICSID memiliki pula kemampuan hukum yang meliputi:

- a. membuat kontrak;
- b. memiliki harta benda bergerak dan tidak bergerak; dan
- c. menyelenggarakan persidangan (hukum).

Bab II (Pasal 25 - 27) mengatur tentang Jurisdiksi Badan Arbitrase ICSID. Pasal 25, Pasal inti dari Bab ini, menyatakan bahwa jurisdiksi ICSID mencakup setiap sengketa hukum yang timbul secara langsung dari penanaman modal antara negara peserta dengan seorang warga negara dari negara anggota konvensi lainnya (investor). Konvensi tidak memberikan batasan tentang arti dari penanaman modal.

Bab III (Pasal 28- 35 Konvensi) mengatur tentang Konsiliasi. Konsiliasi adalah penyelesaian sengketa oleh pihak ketiga. Seperti halnya arbitrase, konsiliasi ICSID mencakup pula

¹³⁸ *ICSID Rules and Regulations* mengalami revisi. Hasil revisi pada tahun 2003, *ICSID Regulations and Rules* terdiri dari:

- (1) *The Administrative and Financial Regulations*;
- (2) *The Institution Rules*;
- (3) *The Arbitration Rules*; dan
- (4) *The Conciliation Rules*.

dalam kewenangan ICSID.¹³⁹ Pasal 25 konvensi tidak membedakan kedua cara atau teknik penyelesaian sengketa untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal.¹⁴⁰

Ketentuan Pasal 25 ini meskipun tidak membedakan kedua cara, namun berlaku prinsip kesepakatan dan pilihan cara penyelesaian sengketa yang disepakati para pihak. Dalam sengketa *SPP vs. Egypt* (1983), Majelis Arbitrase ICSID menegaskan arti pentingnya kesepakatan dan pilihan cara ini:

*“...consent to the Centre’s jurisdiction must specify whether the consent is for purposes of arbitration or conciliation. Once consent has been given to the jurisdiction of the Centre, the Convention and its implementing regulations afford the means for making the choice between the two methods of dispute settlement. The Convention leaves that choice to the party instituting the proceeding”.*¹⁴¹

Bab IV memuat aturan-aturan tentang Arbitrase, yaitu tentang permohonan, komposisi, wewenang dan fungsi arbitrase serta putusan, pengakuan putusan arbitrase (Pasal 36- Pasal 55).

Ada dua pasal penting dalam Bab IV ini mengenai arbitrase yaitu:

- 1) Ketentuan mengenai doktrin “*competence-competance*” dalam Pasal 41 ayat (1). Pasal ini menyatakan bahwa Badan Arbitrase ICSID adalah hakim untuk menentukan kewenangannya; dan
- 2) Aturan hukum yang berlaku (*applicable law*) yang termuat dalam Pasal 42. Pasal ini menyatakan bahwa Badan Arbitrase ICSID harus memutus sengketa sesuai dengan aturan-aturan hukum yang disepakati para pihak. Apabila tidak ada kesepakatan ini, Badan Arbitrase ICSID harus menerapkan hukum dari negara peserta konvensi dan aturan-aturan hukum internasional yang dapat diterapkan.

¹³⁹ Pasal 25 Konvensi ICSID.

¹⁴⁰ UNCTAD, *ICSID: 2.2. Selecting Appropriate Forum*, New York: ICSID, 2003, h. 13.

¹⁴¹ *SPP v Egypt*, Decision on Jurisdiction (1983); dalam: UNCTAD, *ICSID: 2.2. Selecting Appropriate Forum*, h. 13.

Bab V sampai dengan VII memuat aturan-aturan tambahan tentang arbitrase. Aturan tambahan mencakup penggantian dan pendiskualifikasian arbitrator (dan konsiliator), biaya persidangan, serta tempat persidangan. Ketentuan yang cukup menarik adalah tempat diselenggarakannya proses arbitrase. Konvensi memuat prinsip yang dikenal umum dalam arbitrase yaitu bahwa tempat diselenggarakannya persidangan arbitrase adalah tempat kedudukan ICSID yang berada di Washington (Pasal 62).

Namun Pasal 63 Konvensi menentukan bahwa persidangan arbitrase dan konsiliasi dapat dilangsungkan di tempat lain, hanya dengan kesepakatan para pihak. Pasal ini tampaknya di samping menghormati prinsip kesepakatan para pihak (sifat fleksibilitas persidangan arbitrase), juga untuk menekankan efektifitas persidangan dengan tidak harus terpaku kepada satu tempat persidangan.

Bab VIII (Pasal 64) mengatur sengketa-sengketa antar negara peserta konvensi. Seperti diatur dalam Pasal 1 ayat (2) konvensi, Badan Arbitrase ICSID hanya akan menangani sengketa penanaman modal apabila para pihak adalah antara negara penerima modal (anggota konvensi) dan investor asing yang negaranya juga adalah anggota konvensi.

Bab ini menegaskan kemungkinan sengketa timbul bukan antara negara dengan investor tetapi antara negara dengan negara (keduanya anggota konvensi). Dalam hal ini, sengketa harus diselesaikan dengan negosiasi terlebih dahulu. Apabila negosiasi gagal, para pihak dapat menyerahkannya kepada Mahkamah Internasional (*International Court of Justice*). Bab ini menegaskan para pihak dapat pula menempuh cara lainnya yang mereka sepakati.

Bab IX (Pasal 65- Pasal 66) memuat ketentuan amandemen terhadap konvensi. Bab X (Pasal 67- Pasal 75) memuat ketentuan akhir mengatur ratifikasi, kewajiban negara yang

meratifikasi supaya memasukkan ketentuan-ketentuan dalam konvensi ke hukum nasionalnya untuk diberlakukan secara efektif (Pasal 69).

3. Ratifikasi Indonesia Atas Konvensi Washington

a. Undang-Undang Ratifikasi

Indonesia meratifikasi Konvensi ICSID dengan UU No. 5 tahun 1968 (Lembaran Negara No. 32 Tahun 1968) yakni Undang-Undang (UU) tentang Persetujuan atas Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dengan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal.

Undang-Undang ini hanya berisi 5 Pasal. Disebutkan bahwa suatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan warga negara asing diputuskan menurut Konvensi ICSID dan mewakili Indonesia dalam perselisihan tersebut untuk hak substitusi (Pasal 2). Pasal penting lainnya adalah tentang pelaksanaan putusan Badan Arbitrase ICSID. Pasal 3 menyebutkan bahwa untuk melaksanakan putusan arbitrase ICSID di wilayah Indonesia, diperlukan pernyataan Mahkamah Agung bahwa putusan itu dapat dilaksanakan (ayat 1).

Apabila Mahkamah Agung menyatakan bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan, Mahkamah Agung kemudian mengirim surat pernyataan (*exequatur*) kepada Pengadilan Negeri yang berwenang dan memerintahkan untuk melaksanakan putusan Pasal 3 ayat (2). Ayat (3) Pasal ini menyatakan bahwa surat pernyataan dan perintah yang dimaksud ayat (2) Pasal ini disampaikan kepada Pengadilan Negeri yang bersangkutan melalui Pengadilan Tinggi yang daerah hukumnya meliputi daerah hukum Pengadilan Negeri tersebut.

b. Implementasi Ratifikasi Konvensi Washington

Ratifikasi atau tindakan mengikatkan diri terhadap perjanjian internasional bukan merupakan tindakan sepihak ke luar saja, melainkan pernyataan kepada dunia bahwa pemerintah tersebut mengikatkan diri. Tindakan ratifikasi pada umumnya diikuti dengan upaya implementasi

di dalam negeri yang bertujuan agar muatan konvensi tersebut dapat berlaku efektif. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional mensyaratkan beberapa hal terkait upaya ratifikasi, misalnya:

- a. Bahwa sebelum tindakan ratifikasi telah dilakukan analisis terlebih dahulu terhadap muatan perjanjian, yang di dalamnya mencakup latar belakang permasalahan; analisis permasalahan ditinjau dari aspek politis, yuridis dan aspek lain yang mempengaruhi kepentingan nasional Indonesia dan posisi Indonesia, saran dan penyesuaian yang dapat dilakukan untuk mencapai kesepakatan;¹⁴²
- b. Isi perjanjian internasional, terutama yang berbahasa asing perlu dibuatkan terjemahannya ke dalam Bahasa Indonesia yang baik dan untuk dapat dipahami berbagai pihak.¹⁴³

Saat pemerintah meratifikasi Konvensi ICSID pada tahun 1981, UU Penanaman Modal saat itu adalah UU Nomor 1 Tahun 1967 tentang penanaman modal asing (dan UU Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri). Setelah meratifikasi Konvensi pada tahun 1981, yang di dalamnya termuat berbagai ketentuan tentang arbitrase, UU tidak diamandemen atau paling tidak mencerminkan adanya perkembangan norma baru yang berlaku di tanah air.

Satu hal lain yang agak mengherankan adalah UU Nomor 1 Tahun 1967 khususnya, hanya ada satu Pasal mengatur penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Sedangkan, klausul mengenai penyelesaian sengketa di mana pun di dalam peraturan perundang-undangan (di dunia) merupakan salah satu hal yang penting. Pengaturan tunggal tersebut ada pada Pasal 22 yang menyebutkan:

¹⁴² Pasal 5 UU Nomor 24 Tahun 2000.

¹⁴³ Pasal 12 UU Nomor 24 Tahun 2000.

- a. Jikalau diadakan tindakan seperti tersebut pada Pasal 21 maka pemerintah wajib memberikan kompensasi/ ganti rugi yang jumlah, macam dan cara pembayarannya disetujui oleh kedua belah pihak sesuai dengan asas-asas hukum internasional yang berlaku.
- b. Jikalau antara kedua belah pihak tidak tercapai persetujuan mengenai jumlah, macam dan cara pembayaran kompensasi tersebut maka akan diadakan arbitrase yang putusannya mengikat kedua belah pihak.
- c. Badan Arbitrase terdiri dari tiga orang yang dipilih oleh pemerintah dan pemilik modal masing-masing satu orang dan orang ketiga sebagai ketuanya yang dipilih bersama-sama oleh pemerintah dan pemilik modal.

UU Nomor 1 tahun 1967 diganti dengan keluarnya UU penanaman modal baru, yaitu UU Nomor 25 tahun 2007. Pengaturan yang ada pada UU yang baru yang tidak jauh berbeda dengan UU yang lama, yakni hanya terdapat satu pasal saja mengenai penyelesaian sengketa. Pasal tersebut adalah Pasal 32 yang di dalamnya termuat kata arbitrase. Pasal 32 tersebut berbunyi:

- (1) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat.
- (2) Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan.
- (4) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Satu pasal yang sederhana ini jauh lebih lengkap. Pasal 32 ini membutuhkan aturan lebih lengkap untuk dapat memanfaatkan arbitrase, terutama untuk kepentingan pemerintah, karena pasal ini dinilai lebih menguntungkan investor asing. Dengan minimnya aturan hukum arbitrase di Indonesia untuk sengketa penanaman modal, investor asing akan melihat aturan arbitrase penanaman modal yang ada di lingkup internasional sebagai pedoman untuk menyelesaikan sengketa.

Aturan yang sederhana ini juga menyulitkan pemerintah atau kementerian khususnya Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) di dalam negosiasi berbagai perjanjian dagang dan penanaman modal internasional. Dalam berbagai perundingan seperti ini, biasanya dan selalu dengan mudah ditemui klausul penyelesaian sengketa.

Permasalahan yang sering dihadapi negosiator atau perunding pemerintah umumnya disebabkan karena tidak adanya arah penyelesaian sengketa penanaman modal. masalahnya adalah sekali lagi, tidak adanya pedoman atau arah,¹⁴⁴ yang ada adalah Pasal 32. Padahal dalam UU Penanaman Modal yang baru ini dinyatakan dalam Pasal 36 akan pentingnya UU ini oleh tim negosiator di dalam merundingkan kesepakatan internasional. Pasal 36 menyebutkan:

“Rancangan perjanjian internasional, baik bilateral, regional, maupun multilateral, dalam bidang penanaman modal yang belum disetujui oleh Pemerintah Indonesia pada saat undang-undang ini berlaku ‘wajib’ disesuaikan dengan ketentuan Undang-Undang ini.”

Permasalahannya adalah bagaimana klausul penyelesaian sengketa dapat kita “kuasai” dan dapat kita sodorkan kepada mitra negara dagang apabila peraturan nasional kita sendiri tidak member pedoman yang jelas mengenai penyelesaian sengketa penanaman modal.

¹⁴⁴ Ketentuan arbitrase dalam *ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)* dapat dijadikan pedoman untuk penyempurnaan UU Nomor 25 Tahun 2007. k

4. Sengketa Penanaman Modal Indonesia yang Memakai Instrument ISDS yang Dibawa Investor ke Forum Arbitrase Internasional

Sejak menjadi anggota hingga tulisan ini dibuat, pemerintah telah terlibat dalam beberapa sengketa penanaman modal di ICSID. Penulis mengangkat beberapa contoh kasus saja yang sudah terdokumentasikan kronologinya. Dalam semua sengketa tersebut pemerintah menjadi tergugat. Belum ada data atau sengketa yang di dalamnya pemerintah menggugat investor. Sengketa-sengketa tersebut adalah:¹⁴⁵

a. Sengketa Amco Asia¹⁴⁶

Kasus ini mengenai sengketa pencabutan lisensi penanaman modal Amco Asia Corp. Oleh Pemerintah Indonesia tahun 1980. Secara singkat, duduk perkara sengketa ini adalah sebagai berikut:

PT. Bluntas (Perseroan Terbatas Pembangunan dan Pengurus Flat Bluntas) mulai membangun konstruksi hotel tahun 1964. Setahun kemudian, proyek ini macet karena kurangnya modal. Atas perintah pemerintah, PT. Bluntas ini lalu dirombak dan diganti namanya menjadi PT. Wisma Kartika yang berada di bawah pengawasan PT. Indopad (Induk Koperasi Angkatan Darat), koperasi yang dibentuk untuk meningkatkan kesejahteraan personil Angkatan Darat.

Pada tahun 1968, PT. Wisma membuat perjanjian dengan investor Amerika AMCO untuk menyelesaikan pembangunan hotel dan mengusahakan manajemennya untuk jangka waktu tertentu berdasarkan *lease and management (profit-sharing) agreement*. Dalam klausa perjanjian tersebut ditetapkan sengketa dari pelaksanaan perjanjian tersebut kelak di kemudian hari akan diajukan kepada arbitrase ICSID.

¹⁴⁵ Sumber: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=searchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=indonesia>. diakses pada 9 September 2016.

¹⁴⁶ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*. Prof. Dr. Sudargo Gautama telah menguraikan sengketa ini dengan panjang lebar dalam bukunya: *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, (Bandung: Alumni, 1986), h. 1, et. seqq.

Amco mendapat lisensi penanaman modal dari Pemerintah Indonesia untuk melaksanakan perjanjian itu dan dalam hal ini pihak Amco diwajibkan untuk menanamkan modalnya sebanyak USS 3 juta. Pembangunan hotel berhasil diselesaikan sesuai rencana pada tahun 1972. Namun pada 1980 sengketa timbul menyangkut pelaksanaan manajemen hotel di samping masalah-masalah lain seperti adanya fakta bahwa PT. Wisma tidak mendapat bagian saham sebagaimana diperjanjikan.

Sengketa ini tidak dapat diselesaikan secara damai antara Amco dan PT. Wisma. akhirnya, PT. Wisma memutuskan keikutsertaan manajemen Amco. Selain itu Pemerintah Indonesia telah pula mendesak BKPM untuk membatalkan penanaman modal Amco atas hotel tersebut. Tanggal 15 Januari 1981, Amco mengajukan sengketa ini kepada sekjen ICSID.

Putusan arbitrase ICSID untuk kasus ini keluar 21 November 1984 yang memenangkan pihak penuntut, Amco. Namun pada 18 Maret 1985 Indonesia memohon pembatalan putusan. Alasannya, Dewan Arbitrase ICSID telah melampaui wewenangnya dan tidak dapat menyatakan dasar-dasar dan alasan-alasan putusannya serta Dewan dinilai telah menyimpang dari ketentuan-ketentuan dan tata cara dan prosedur dalam proses persidangannya.

Tanggal 16 Mei 1986, Dewan Arbitrase *Ad Hoc* ICSID dibentuk untuk menangani gugatan pembatalan. Putusan dewan arbitrase ini agak melegakan Indonesia. Sebagian putusan dari arbitrase terdahulu dibatalkan dan sebagian lagi diperiksa. Dengan dikeluarkannya putusan ini, pada 12 Mei 1987 Amco mengajukan kembali tuntutan-tuntutannya. Pada tanggal 12 Desember 1987 dewan arbitrase yang baru dibentuk untuk menetapkan bagian-bagian yang mana dari putusan arbitrase yang dibatalkan dan bagian-bagian mana yang tetap berlaku (*res judicata*).

Dalam kasus Amco dengan Indonesia ini, masalah yurisdiksi cukup banyak menyita perhatian persidangan. Dalam argumentasi pada proses pemeriksaan awal pada tahun 1981,

masalah yurisdiksi dewan ICSID menjadi salah satu pembelaan utama yang dipakai Pemerintah Indonesia. Pada proses pemeriksaan oleh dewan pada tahun 1988 yang lalu, masalah yurisdiksi ini merupakan argument utama dalam pembelaan. Masalah yang dibahas dalam kasus ini yaitu yurisdiksi dewan terhadap pokok sengketa (*merits of case*). Seperti telah disebutkan Pasal 25, yurisdiksi dewan ini hanya mencakup setiap sengketa hukum saja.

Pihak Indonesia berkeberatan atas yurisdiksi dewan arbitrase, dengan alasan bahwa pihak yang berhak untuk meminta Arbitrase ICSID adalah pihak-pihak yang disebutkan dalam klausula arbitrase saja (di dalam perjanjian penanaman modal). Di dalam klausula yang disebutkan adalah *The Company*, yaitu PT. Amco dan Republik Indonesia. Sedangkan Amco Asia dan Pan American, perusahaan induk dari PT. Amco, tidak disebut (ditunjuk) di dalam klausula.

Pihak Indonesia memutuskan untuk sepakat dengan badan arbitrase ICSID dengan memberlakukan suatu pembatasan kedaulatan yang luar biasa dengan menempatkan investor asing pada taraf yang sama derajatnya dengan negara.¹⁴⁷ Oleh karena itu, kesepakatan harus dinyatakan secara nyata (*express*) dan tidak kabur atau samar-samar.

Di lain pihak, penuntut berpendapat bahwa tidak ada prinsip dalam hukum internasional yang mengharuskan dilakukannya penafsiran secara sempit terhadap klausula arbitrase. Sebaliknya, dewan harus menerapkan prinsip penerapan efektif dan itikad baik dalam menentukan keinginan para pihak. Pihak penggugat (pemohon) berpendapat bahwa istilah “perusahaan” di dalam klausula arbitrase harus itafsirkan sebagai perusahaan penanam modal, tidak hanya PT. Amco sebagai pelaksana penanam modal utamanya, tetapi juga perusahaan yang menguasai saham-saham dan modalnya, yaitu Amco Asia. Terhadap masalah ini, dewan arbitrase pada awalnya mempertegas kewenangan yaitu terhadap kepemilikan yurisdiksi atas para

¹⁴⁷ W. Michael Tupman, “Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes,” dalam *International and Comparative Law Quarterly*, (Vol. 35, Oktober 1986), h., 825.

pihak yang bersengketa. Mengenai penafsiran, dewan arbitrase menyatakan menolak cara penafsiran yang sempit seperti yang dilakukan Indonesia. Namun dewan arbitrase berpendapat, penafsiran tidak juga harus dilakukan secara luas atau secara liberal. Menurut dewan arbitrase, penafsiran suatu perjanjian (arbitrase) harus dilakukan sedemikian rupa untuk menemukan keinginan para pihak. Untuk itu, diterapkanlah prinsip dasar *pacta sunt servanda*, yakni suatu prinsip universal yang dikenal baik dalam hukum nasional maupun hukum internasional, harus diterapkan. Pendapat dewan arbitrase dinyatakan sebagai berikut:

“Like any other convention, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. it is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties; such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle of pacta sunt servanda, a principle common, indeed, to all system of internal law and to international law.”¹⁴⁸

1). Peleburan Perusahaan

Dalam bagian lainnya, Indonesia berkeberatan bila dewan memiliki yurisdiksi atas Amco. Dasar keberatan ini terletak pada fakta baru bahwa Indonesia sebelumnya tidak mengetahui bahwa perusahaan Amco yang didaftarkan di negara bagian Delaware, AS telah dileburkan ke dalam sebuah perusahaan baru menurut UU negara bagian itu pada tanggal 27 Desember 1984, sekitar satu bulan sejak putusan pertama dewan arbitrase. Tentang peleburan ini, pihak Amco menyatakan bahwa perusahaan baru dilakukan juga untuk melanjutkan eksistensinya menurut negara bagian Delaware dalam hal arbitrase.

Indonesia berpendapat bahwa dalam peleburan harus dibedakan antara peleburan Amco dan akibat hukum yang timbul kepada pemegang hak dan kewajiban menurut perjanjian untuk melakukan praktik arbitrase. Lebih lanjut Indonesia berpendapat, berdasarkan fakta dan keadaan serta berdasarkan Pasal 42 (1) Konvensi tentang hukum yang akan berlaku, maka hukum Indonesia yang harus diterapkan. Oleh sebab itu, menurut hukum Indonesia, sekali suatu

¹⁴⁸ Michael W. Tupman, *Op.cit*, h. 825

perusahaan dileburkan, maka perusahaan tersebut berhenti untuk melakukan perbuatan hukum apa pun, termasuk praktik arbitrase.

Dewan arbitrase ICSID tidak setuju dengan dalil Indonesia. Menurut Dewan, bila suatu perusahaan menandatangani perjanjian penggabungan dengan perusahaan asing, maka status hukum dan kapasitas perusahaan tersebut ditentukan oleh hukum negara penggabungan itu terjadi. Begitu pula hukum negara penggabungan inilah yang akan mengatur dan menentukan status hukum perusahaan tersebut. Hukum negara penggabungan itulah yang menetapkan apakah perusahaan terlebur itu masih tetap berbentuk badan hukum atau tidak.

Mengenai peleburan Amco diatur oleh hukum negara bagian Delaware yaitu *Section 278 Delaware General Corporation Law*. Menurut hukum ini, suatu perusahaan yang terlebur masih tetap merupakan suatu badan hukum untuk melakukan tindakan hukum apa pun seperti pengajuan gugatan, menuntut ke pengadilan (termasuk arbitrase) dalam jangka waktu 3 tahun setelah peleburan tersebut.

Tentang jangka waktu ini Dewan berpendapat, apakah arbitrase ini dianggap telah dilakukan pada 15 Januari 1981 yaitu pada waktu pengajuan permohonan arbitrase atau pada 12 Mei 1987 pada waktu permohonan kembali arbitrase. Tanggal ini, menurut Dewan Arbitrase ICSID, masih dalam jangka waktu yang ditetapkan oleh hukum Delaware. Kedua tanggal itu masih berada dalam jangka waktu 3 tahun sejak tanggal peleburan, 27 Desember 1984.

Jadi hukum Delaware yang mengatur peleburan Amco Asia hanya berakibat pada *status quo ante*-nya saja, yaitu bahwa Amco masih tetap melanjutkan eksistensinya untuk maksud arbitrase. Atas dasar itu, dewan pada 13 Mei 1988, memutuskan bahwa ia masih memiliki yurisdiksi *ratione personae* atas pihak Amco meski perusahaan ini telah terlebur.

Majelis atau dewan arbitrase yang baru terbentuk diketuai oleh Professor Rosalyn Higgins. Putusan beliau antara lain menyatakan bahwa pihak Indonesia harus membayar Amco sejumlah USD 2.567.966, 20 berikuk bunga.

Terhadap putusan tersebut, Indonesia kembali memohon pembatalan untuk kedua kalinya. Pada tanggal 30 Januari 1990, Majelis Arbitrase *Ad Hoc* ICSID mengeluarkan putusannya pada 3 Desember 1992. Putusan Majelis Arbitrase *Ad Hoc* ICSID pada intinya mendukung dan memperkuat putusan Higgins.¹⁴⁹

b. Sengketa Churchil Mining Plc¹⁵⁰

Sengketa Churchil Mining Plc (“Churchil”) di hadapan Badan Arbitrase ICSID adalah salah satu sengketa yang menarik perhatian publik (nasional dan internasional).¹⁵¹ Sengketa melibatkan Churchil sebuah perusahaan Inggris dan Planet, sebuah perusahaan tambang Australia. Churchil memiliki saham sebesar 95% dan Planet memiliki 5% dalam sebuah perusahaan PMA PT *Indonesia Coal Development* (PT. ICD).

Dalam periode tahun 2005 hingga 2010, PT ICD bersama beberapa perusahaan Indonesia mengembangkan proyek batu bara di Kutai Timur. Pada tahun 2005, BKPM member ijin kepada PT ICD untuk melakukan usaha pertambangan. Dalam ijin tahun 2005 ini memuat klausul arbitrase ICSID. Section IX (4) persetujuan BKPM tahun 2005 ini memuat ketentuan yang berbunyi berikut:¹⁵²

“Dalam hal terjadi perselisihan antara perusahaan dengan Pemerintah Republik Indonesia yang tidak dapat diselesaikan secara musyawarah, Pemerintah Indonesia bersedia mengikuti penyelesaian menurut ketentuan konvensi tentang penyelesaian perselisihan

¹⁴⁹ Sudargo Gautama, *Arbitrase Bank Dunia tentang Penanaman Modal di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia dalam Perkara Hukum Perdata*, (Bandung: Alumni, 1994), h. 5.

¹⁵⁰ *Churchill Mining Plc. and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/40 v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14)*.

¹⁵¹ Lihat misalnya: <http://www.iisd.org/itn/2014/05/14/awards-and-decisions-15/>, diakses pada 20 September 2016.

¹⁵² *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 235.

antara Negara dengan Warga Negara Asing mengenai penanaman modal sesuai dengan UU Nomor 5 tahun 1968.”

Pada tahun 2006, Churchil dan Planet memiliki semua saham PT ICD dari beberapa pendirinya. Pada tahun yang sama, kepemilikan saham juga diketahui BKPM. Persetujuan BKPM ini memuat pula klausul arbitrase ICSID.

Selanjutnya, pada periode tahun 2007 hingga 2009, mitra Churchil dan Planet diberi ijin untuk melakukan survey, eksplorasi dan eksploitasi pertambangan batu bara di Kutai Timur. Pada saat yang sama, Pemerintah Daerah setempat ternyata member ijin usaha pertambangan di areal wilayah usaha pertambangan di atas wilayah pertambangan Churchil dan Planet kepada beberapa perusahaan nasional. Pada bulan Mei 2010, berdasarkan surat dari Menteri Kehutanan mengenai status hutan di area pertambangan, Pemerintah Daerah membatalkan dan mencabut izin eksplorasi Churchil dan Planet.

Terhadap tindakan pencabutan izin ini Churchil dan Planet membawa sengketa ini ke Badan Arbitrase ICSID. Sengketa yang diangkat oleh kedua pihak ini kemudian disepakati untuk digabung menjadi satu sengketa. Namun, untuk putusannya dan hal-hal lain apabila menurut Majelis Arbitrase perlu dipisah, misalnya mengenai putusan arbitrase, atau putusan lainnya yang menurut Majelis Arbitrase perlu dipisahkan, maka tetap dibuat dalam 2 putusan.¹⁵³

Saat itu, majelis arbitrase ICSID telah membentuk komposisi dengan Ketua Majelis Arbitrase: Professor Gabrielle Kaufman-Kohler dan anggota arbiter: Michael Hwang (Singapura) dan Albert Jan van Den Berg (Belanda). Pemerintah sebagai tergugat diwakili oleh Kementerian Hukum dan HAM. tuntutan (petitum) pemohon adalah sebagai berikut:¹⁵⁴

- 1) menyatakan bahwa termohon (Pemerintah RI) telah melanggar kewajiban internasionalnya berdasarkan perjanjian BIT;

¹⁵³ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 58.

¹⁵⁴ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 50.

- 2) memerintahkan termohon untuk membayar ganti rugi penuh sesuai dengan perjanjian BIT dan hukum kebiasaan internasional yang jumlahnya akan ditetapkan oleh arbitrase;
- 3) memerintahkan termohon untuk membayar semua biaya arbitrase, termasuk tetapi tidak terbatas pada biaya dan ongkos-ongkos Majelis Arbitrase dan biaya jas hukum;
- 4) menghukum termohon untuk membayar bunga selama putusan belum dilaksanakan yang jumlah menurut badan arbitrase tepat; dan
- 5) memerintahkan tindakan lainya yang menurut Majelis Arbitrase layak.

Majelis Arbitrase ICSID telah melakukan beberapa tindakan. Tindakan terakhir adalah mengeluarkan putusan mengenai keberatan Indonesia atas yurisdiksi atau kewenangan Badan Arbitrase ICSID untuk menangani sengketa ini.¹⁵⁵ Pemerintah Indonesia berpendapat, Majelis Arbitrase ICSID tidak memiliki dasar hukum untuk menangani sengketa ini, karena tidak adanya dasar hukum bagi Pemerintah Indonesia untuk menyerahkan sengketa Churchill dan Planet ke Badan Arbitrase ICSD.

Secara spesifik keberatan Indonesia terhadap yurisdiksi ICSID untuk menangani dan memutus sengketa ini adalah:

- 1) Pasal 7 (1) Perjanjian BIT Inggris-Indonesia di dalamnya tidak memberikan persetujuan Indonesia untuk menyelesaikan sengketa penanaman modalnya kepada arbitrase ICSID.

Pasal 7 ayat (1) yang penting ini berbunyi:¹⁵⁶

“The Contracting Party in the territory of which a national or company of the other Contracting Party makes or intends to make an investment shall assent to any request on the part of such national or company to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any dispute that may arise in connection with the investment.”

- 2) Persetujuan atau izin yang diberikan BKPM kepada PT. ICD tidak memuat persetujuan penyelesaian sengketa kepada badan ICSID karena BKPM tidak berwenang memberikan izin itu; dan

¹⁵⁵ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, 24 February 2014. Decision on Jurisdiction pada kasus Planet v Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction juga dikeluarkan pada tanggal yang sama.

¹⁵⁶ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 90.

- 3) Persetujuan penanaman modal sebagaimana yang termuat dalam Pasal 2 ayat (1) Perjanjian BIT tidak mencakup pengertian penanaman modal yang dilakukan Churchill sehingga penanaman modal yang bersangkutan tidak sesuai dengan pengertian UU Penanaman Modal (UU Nomor 1 tahun 1967 (pada waktu itu)), termasuk peraturan perundang-undangan yang menggantikannya kemudian.¹⁵⁷

Isu utama yang terangkat dalam masalah yurisdiksi ini adalah penafsiran terhadap perjanjian BIT. Majelis berpendapat bahwa berdasarkan konvensi ICSID, kesepakatan untuk menyerahkan sengketa kepada arbitrase ICSID harus dinyatakan secara tertulis. Selain syarat ini, tidak ada syarat lain misalnya ketentuan bahwa persetujuan itu harus jelas dan tidak kabur (“*clear and unambiguous*”) atau dibuktikan melalui pembuktian afirmatif (“*affirmative evidence*”).¹⁵⁸

Pendirian Majelis Arbitrase harus menentukan apakah terhadap persetujuan tertulis dalam Perjanjian BIT Inggris-Indonesia dan Perjanjian BIT Australia-Indonesia haruslah mengacu kepada penafsiran perjanjian sebagaimana termuat dalam Pasal 31 dan 32 mengenai upaya tambahan untuk penafsiran berbunyi:

Article 31

General rule of interpretation

1. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*
2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*
 - a. *Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;*
 - b. *Any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*
3. *There shall be taken into account, together with the context:*

¹⁵⁷ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 77.

¹⁵⁸ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 148.

- a. any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
 - b. Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - c. any relevant rules of international law applicable in the relation between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to the article 31:

- a. leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- b. leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

Dalam putusannya, Majelis Arbitrase ICSID menolak dalil Pemerintah Indonesia dan memutuskan bahwa Majelis Arbitrase memiliki yurisdiksi atas para pihak berdasarkan Perjanjian BIT antara Inggris-Indonesia (untuk sengketa Churchill) dan Perjanjian BIT antara Australia-Indonesia (untuk sengketa Planet).

Dalam Perjanjian BIT Inggris-Indonesia, Majelis berpendapat terdapat klausul kesepakatan (*a standing consent clause*) untuk menyerahkan sengketa ke Arbitrase ICSID. Dalam Perjanjian BIT digunakan istilah “*shall consent*”¹⁵⁹. Permasalahannya adalah, apakah kata

¹⁵⁹ Sekedar suatu catatan, yang menarik dan terungkap dalam perdebatan para pihak mengenai kata “*shall consent*” sebagaimana terdapat dalam Pasal 7 ayat (1) Perjanjian BIT adalah tidak adanya konsistensi peristilahan yang digunakan pemerintah RI dalam berbagai perjanjian BIT. Data yang penulis miliki, sampai dengan tulisan ini dibuat, pemerintah telah menandatangani sekitar 67 Perjanjian BIT dengan Negara-negara sahabat. Dalam persidangan terungkap, terdapat minimal 20 istilah lainnya yang digunakan pemerintah yang menyatakan kesepakatan ini. Istilah yang digunakan adalah:

- a. “*hereby consents to submit*” (digunakan antara lain dalam Indonesia-Turkmenistan BIT, Art. VIII(3))
- b. “*hereby consents to the submission*” (digunakan dalam Indonesia-Romania BIT, Art. IX(3)).
- c. “*hereby gives its unconditional consent*”; (digunakan dalam Indonesia-Finland BIT, Art. 9(5)).
- d. “*hereby irrevocably and anticipatory [sic] gives its consent*” (digunakan dalam Indonesia-Belgium BIT, Art. 10).
- e. “*hereby irrevocably consents in advance*” (digunakan dalam Indonesia-Singapore BIT, Art. VIII(2)).
- f. “*irrevocably consents in advance*” (digunakan dalam Indonesia-Croatia BIT, Art. 10(2). Perjanjian ini sudah tidak berlaku).
- g. “*agrees in advance and irrevocably*” (digunakan antara lain dalam Indonesia-Libya BIT, Art. 12(4))
- h. “*the investor may refer*”(digunakan dalam Indonesia-Malaysia BIT, Art. VII(2)).

ini sudah mewakili keinginan Pemerintah Indonesia untuk menyerahkan sengketa kepada Badan Arbitrase ICSID.¹⁶⁰

Dasar hukum yang digunakan majelis adalah catatan perundingan (negosiasi atau *travaux preparatoire*) mengenai pasal-pasal perjanjian. Dalam persidangan, pemohon menunjukkan bahwa kata yang dimaksudkan waktu perundingan ini adalah sejalan dengan pengertian “*hereby consent*”.¹⁶¹

Majelis arbitrase menolak dalil pemerintah bahwa BKPM tidak memiliki kewenangan untuk member izin penanaman modal. Majelis arbitrase melihat BKPM sebagai suatu lembaga penting yang bertanggung jawab langsung kepada presiden. Apabila memang BKPM telah melakukan tindakan yang melampaui kewenangannya, presiden dapat saja turut campur, intervensi dan mengingatkan BKPM untuk memperbaiki tindakan yang telah melampaui kewenangan itu.¹⁶²

Sedangkan untuk dalil ke-3 bahwa penanaman modal yang dilakukan Churchill tidak termasuk dalam pengertian penanaman modal Perjanjian BIT Inggris-Indonesia, Majelis Arbitrase berpendapat bahwa dengan diberikannya izin penanaman modal, maka izin itu

-
- i. “*the investor may submit*” (digunakan dalam Indonesia-Chile BIT, Art. IX(2). Perjanjian BIT ini sudah tidak berlaku).
 - j. “*the investor affected may submit*” (digunakan dalam Indonesia-South Korea BIT, Art. 9(2)).
 - k. “*the investor concerned may submit*” (digunakan antara lain dalam Indonesia-Bulgaria BIT, Art. VIII(2)).
 - l. “*the investor in question may submit*” (digunakan antara lain dalam Indonesia-Italy BIT, Art. 10(2)).
 - m. “*the investor will be entitled to submit*” (digunakan dalam Indonesia-Cuba BIT, Art. VIII(3)).
 - n. “*the investor shall be entitled to refer*” (digunakan antara lain dalam Indonesia-Syria BIT, Art. VIII(3)).
 - o. “*the dispute may be submitted*” (digunakan dalam Indonesia-Spain BIT, Art. X(2)).
 - p. “*the dispute can be submitted*” (digunakan dalam Indonesia-Morocco BIT, Art. VIII(2)).
 - q. “*the dispute shall, at the request of the investor be submitted*” (digunakan dalam Indonesia-Iran BIT, Art. 11(2)).
 - r. “*the dispute shall, at the request of the investor concerned, be submitted*” (digunakan antara lain dalam Indonesia-Czech Republic BIT, Art. 8(2)).
 - s. “*the dispute shall, at the request of the investor of the other Contracting Party, be submitted*” (digunakan dalam Indonesia-Germany BIT, Art. 10(2)).
 - t. “*the dispute shall be submitted*” (digunakan antara lain dalam Indonesia-Argentina BIT, Art. 10(3)).(Sumber: *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, para. 203).

¹⁶⁰ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, para. 235.

¹⁶¹ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, para. 306-330.

¹⁶² *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, para. 238.

dipandang majelis telah menggambarkan persetujuan pemerintah mengenai tidak adanya pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan. Karena itu, tidak beralasan kemudian bahwa penanaman modal yang dilakukan pemohon menjadi tidak dapat perlindungan hukum. Karena itu, adalah hak pemohon untuk membawa sengketa yang terjadi tersebut kepada Majelis Arbitrase ICSID.

Untuk sengketa mengenai kewenangan arbitrase, Majelis Arbitrase memutuskan sebagai berikut:

“...the Tribunal find that Article 7(1) contain a standing offer to arbitrate any dispute that may arise in connection with an investment before ICSID. Churchill was therefore entitled to submit its Request for Arbitration directly to the centre and no further act was required from Indonesia for this Tribunal to have jurisdiction.”

c. Sengketa Rafat Ali Rizvi¹⁶³

Sengketa ini menarik kerana putusan Majelis Arbitrase ICSID berbeda dengan putusan dalam sengketa Churchill di atas. Dalam sengketa ini, Majelis Arbitrase mengabulkan keberatan Pemerintah Indonesia sebagai tergugat, mengenai kewenangan atau yurisdiksi badan arbitrase.

Rafat Ali Rizvi (selanjutnya disebut “Rafat Ali”), warga negara Inggris, mengajukan sengketa terhadap Pemerintah Indonesia pada tanggal 19 Mei 2011. Rafat Ali menunjuk Joan Donaghue (warga AS) sebagai arbiter pilihannya. Pemerintah Indonesia menunjuk Prof. Mutchucumaraswamy Sornarajah (warga Australia). Kedua pihak sepakat menunjuk Prof. Gavan Griffith (warga Australia) sebagai ketua Majelis Arbitrase. Kuasa perwakilan pemerintah diwakili oleh Kejaksaan Agung.

Dasar hukum yang digunakan Pemohon dalam gugatannya adalah Perjanjian BIT antara Inggris-Indonesia tahun 1997 (*the 1997 Agreement between the Government of the United*

¹⁶³ *Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/11/13).*

Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investment”, selanjutnya disebut Perjanjian BIT).

Rafat Ali menanamkan modalnya di Indonesia melalui sebuah perusahaan yang didirikan di Bahama, yaitu Chinkara Capital Limited (Chinkara). Pemegang saham lainnya antara lain adalah Mr. Heshamal-Waraq, warga Arab Saudi. Penggugat mengajukan gugatannya karena ia merasa dirugikan oleh kebijakan pemerintah Indonesia yang mengucurkan bail out Bank Century sebesar Rp 6.700.000.000.000,00 (enam koma tujuh triliun rupiah). Kebijakan ini mengakibatkan kerugian bagi penggugat sebagai pemegang saham.

Isu yang terangkat dalam persidangan adalah: pertama, menurut tergugat, penanaman modal yang dilakukan oleh Rafat Ali bukan termasuk dalam pengertian penanaman modal sebagaimana yang dimaksud oleh UU Penanaman Modal Indonesia dan karena itu penanaman modal tersebut tidak dapat dilindungi hukum Indonesia dan tidak berhak untuk menuntut di hadapan badan arbitrase ICSID; kedua, penanaman modal yang dilakukan penggugat tidak mendapatkan persetujuan atau izin BKPM dan karena itu penanaman modal yang dilakukan Rafat Ali tidak mendapatkan perlindungan hukum berdasarkan Perjanjian BIT. Perlindungan hukum yang dimaksud yaitu hak untuk mengajukan gugatan ke badan arbitrase ICSID dan berhak mendapat perlindungan menurut hukum Indonesia.

Pada tanggal 30 Agustus 2012, pemerintah mengajukan keberatan atas kewenangan badan arbitrase ICSID untuk menangani dan memutus sengketa ini. Pada tanggal 16 Juni 2013, badan arbitrase ICSID mengeluarkan putusan yang berisi dikabulkannya permohonan tergugat (Indonesia).

Satu hal yang menarik dari putusan Majelis, anggota arbiter Prof. Sornarajah memberikan *'Separate Concurring Opinion'*, yaitu suatu pendapat berbeda dengan anggota majelis lainnya.

Perbedaan yang dimaksud Prof. Sornarajah setuju dengan putusan, tetapi beliau memiliki pertimbangan hukum yang berbeda. (Lihat selanjutnya: *Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/11/13), Award on Jurisdiction.*

Pendapat berbeda beliau terkait dengan tiga hal berikut:

- (1) Apakah Bank Indonesia telah mengabulkan penanaman modal penggugat sehingga penanaman modal tersebut memenuhi persyaratan *Article 2 (1)* Perjanjian BIT. Terhadap masalah ini, Prof. Sornarajah mengemukakan bahwa Bank Indonesia tidak memiliki prosedur khusus untuk memberi persetujuan atau mengabulkan penanaman modal. Dengan tidak adanya prosedur ini, persyaratan *Article 2 (1)* tidak terkait. Kesimpulan pendapat beliau adalah sebagai berikut:¹⁶⁴

“...the Bank Indonesia did not adopt any procedures in connection with the activities of the Claimant or Chinkara that could amount to admission in such a manner as to satisfy the requirement in Article 2(1) of the Treaty. In terms of the law, it has not been adequately established that there could be admission of shareholders of banks for purposes of investment protection by Bank Indonesia. Consequently, the Claimant's investment was not admitted in accordance with the FCIL as required by Article 2(1). As a result, the Treaty does not protect his investment. The result that is arrived at is the same as in the Award”.

- (2) Apakah penanaman modal yang dilakukan Penggugat melalui perusahaan Chinkara adalah penanaman modal tidak langsung dan apakah penanaman modal tidak langsung dapat diberikan perlindungan sesuai dengan *Article 2 (1)* Perjanjian BIT. Terhadap masalah ini, Prof. Sornarajah berpendapat bahwa investasi yang dilakukan penggugat melalui perusahaan Chinkara adalah penanaman tidak langsung. Karena itu, ia tidak berhak untuk mendapatkan perlindungan berdasarkan perjanjian BIT.¹⁶⁵

¹⁶⁴ *Rafat Ali Rizvi and The Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/11/13), Separate Concurring Opinion of Professor Mutucumaraswamy Sornarajah, para. 21.*

¹⁶⁵ *Rafat Ali Rizvi and The Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/11/13), Separate Concurring Opinion of Professor Mutucumaraswamy Sornarajah, para. 32.*

(3) Apakah ketentuan MFN dalam Perjanjian BIT memberikan hak kepada penggugat untuk memperoleh atau mendapatkan prosedur penanaman modal yang lebih longgar. Beliau berpendapat, untuk masalah ini tidaklah terlalu relevan untuk dijadikan pertimbangan hukum oleh majelis.¹⁶⁶

Terhadap putusan yang mengabulkan permohonan tergugat, Rafat Ali mengajukan permohonan pembatalan putusan. Sekretaris Jenderal ICSID telah membentuk suatu *ad hoc committee* sesuai dengan Pasal 52 ayat (3) Konvensi ICSID.¹⁶⁷ *Ad hoc Committee* terdiri atas Andr s Reigo Surede (warga Spanyol) sebagai ketua, Teresa Cheng (Cina) dan Christoph H. Schreuer (warga Austria) sebagai anggota. Belum ada data kapan *Ad hoc Committee* akan mengeluarkan putusan mengenai dikabulkannya permohonan atau tidak. Apabila permohonan dikabulkan, sengketa Rafat Ali melawan pemerintah akan berkepanjangan. Sebaliknya, apabila permohonan ditolak, gugatan Rafat Ali di badan arbitrase ICSID akan terhenti.

Award arbitrase ICSID bagi perkembangan praktik hukum arbitrase di Indonesia telah memberikan catatan penting. Pertama, ditegaskan dalam putusan (*award*) ini bahwa bentuk investasi yang mendapat perlindungan hukum di Indonesia adalah penanaman modal yang secara langsung dilakukan/ FDI (*Foreign Direct Investment*). Penanaman modal tidak termasuk penanaman modal yang dilakukan secara tidak langsung atau *portfolio investment*.

Kedua, sengketa ini juga seperti tersurat dalam sengketa Churchill di atas, menegaskan bahwa penanaman modal yang berhak mendapat perlindungan hukum di Indonesia, bukan saja

¹⁶⁶ *Rafat Ali Rizvi and The Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/11/13), Separate Concurring Opinion of Professor Mutuchumaraswamy Sornarajah, para. 33

¹⁶⁷ Pasal 52 (3) Konvensi berbunyi sebagai berikut: “*On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the state whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).*”

bukan porq olio, tetapi juga harus mendapatkan satu persyaratan penting lainnya. Persyaratan izin atau persetujuan dari BKPM merupakan syarat mutlak agar suatu penanaman modal mendapat perlindungan hukum.

d. Sengketa PT. Newmont Nusa Tenggara¹⁶⁸

Penggugat, PT. Newmont Nusa Tenggara (Nusa Tenggara Partnership B.V. dan PT. Newmont Nusa Tenggara, selanjutnya disebut PT. Newmont) mengajukan permohonan arbitrase terhadap pemerintah Indonesia ke Sekretaris Jenderal ICSID (Sekjen ICSID) pada tanggal 30 Juni 2014. Menghadapi gugatan ini, pemerintah menunjuk Menko Perekonomian sebagai wakilnya.

Sebelum Sekjen ICSID membentuk susunan majelis arbitrase, penggugat mengirim surat mengenai tidak dilanjutkannya persidangan arbitrase. Pemerintah Indonesia menyatakan tidak keberatan atas penghentian perkara oleh penggugat. Pada tanggal 29 Agustus 2014, Sekjen ICSID mengeluarkan penetapan (*order*) yang berisi pengakhiran atau tidak dilanjutkannya persidangan arbitrase.

e. Sengketa Cemex Asia Holding¹⁶⁹

Sengketa bermula ketika Cemex Asia Holding Ltd (Cemex) menanamkan modalnya di Indonesia melalui pembelian 25,5% saham PT. Semen Gresik. Dalam perkembangannya Cemex memperoleh hak untuk menjadi pemilik saham mayoritas pada tahun 2001. Namun dalam perkembangannya Pemerintah Indonesia menolak untuk melepaskan sahamnya kepada Cemex.

Cemex memohon arbitrase ICSID dan terdaftar di Sekretariat ICSID pada 27 Januari

¹⁶⁸ *Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/14/15).*

¹⁶⁹ *Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/04/3).*

2004. Majelis Arbitrase terbentuk pada 10 Mei 2004.¹⁷⁰ Dalam permohonannya, Cemex berpendapat:

(1) Pemerintah Indonesia gagal melindungi penanaman modalnya di Semen Gresik. Cemex meminta pemutusan perjanjian “*Conditional Sales Purchase Agreement*” yang ditandatangani kedua pihak pada Desember 1998; dan

(2) Pemerintah Indonesia telah mengambil alih secara *de facto* penanaman modal Cemex dengan adanya permintaan pemisahan (*spin-off*) Semen Padang. Majelis arbitrase telah menetapkan tanggal sidang pada 11 Januari 2005, tetapi pemerintah Indonesia meminta penundaan persidangan guna menyelesaikannya secara bilateral dan damai terlebih dahulu.

Pada akhirnya, kedua pihak sepakat untuk menyelesaikan putusan yang dituangkan dalam putusan arbitrase ICSID tanggal 23 Februari 2007. Putusan tersebut memuat kesepakatan para pihak sesuai dengan *Arbitration Rules* 43 (2).¹⁷¹

f. Sengketa Kaltim v Kaltim Prima Coal

Sengketa bermula ketika Gubernur Kalimantan Timur (Kaltim) menyatakan kesediaannya membeli 51% saham PT. Kaltim Prima Coal (KPC). Tetapi dalam perkembangannya, proses pembelian saham terkatung-katung, terutama tidak tercapainya kesepakatan soal harga. Terkatung-katungnya soal ini mendorong Pemerintah Provinsi Kaltim menggugat KPC ke Pengadilan pada 2001.

Gugatan gagal karena Pemerintah Pusat meminta Kaltim mencabut gugatannya. Kemudian KPC melalui PT. Bumi Resources Indonesia menjual sahamnya kepada PT. Sitrade Nusa Globus. Penjualan saham ini dipandang Pemerintah Provinsi Kaltim sebagai pengabaian

¹⁷⁰ Majelis Arbitrase terdiri dari: ketua: L. Yves Fortier (Kanada); Anggota: Robert von Mehren (AS); dan Brigitte Stern (Perancis).

¹⁷¹ *Arbitration Rules* 43 (2) berbunyi: “(2) *If the parties file with the Secretary-General the full and signed text of their settlement and in writing request the Tribunal to embody such settlement in an award, the Tribunal may record the settlement in the form of its award.*”

kepentingan daerah. Mereka tetap menuntut bagian saham KPC. Pemprov memohon penyelesaian sengketa arbitrase ICSID pada 5 April 2006 (*Government of the Province of East Kalimantan v. PT. Kaltim Prima Coal and others, ICSID Case No. Arb./07/3*). Majelis Arbitrase terbentuk pada 12 April 2007, terdiri dari ketua: Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss), anggota: Albert Jan Van Den Berg (Belanda) dan Michael Hwang (Singapura).

Tetapi kemudian Pemerintah Provinsi Kaltim memberitahu Majelis pada 28 Agustus 2008 untuk membatalkan gugatan semata-mata karena tidak adanya biaya untuk membiayai ongkos arbitrase.¹⁷²

Dari berbagai sengketa di atas, sengketa Amco menjadi terkenal di dunia. Putusan sengketa ini banyak dijadikan acuan mengenai arbitrase penanaman modal internasional yang fenomenal.

Kasus Amco disebut fenomenal karena, pertama, kasus ini dipandang sebagai salah kasus yang terlama dan terbentuknya tiga Majelis Arbitrase untuk satu kasus. Kedua, kasus ini menjadi sorotan karena pemerintah Indonesia berupaya membatalkan putusan arbitrase ICSID ini. Tapi yang menjadi poin terpenting adalah dari semua kasus tersebut di atas yang menjadi inisiator adalah investor itu sendiri, dan semua itu tanpa melalui *exhaustion of local remedies* yang seharusnya ditempuh dahulu dalam ketentuan hukum internasional oleh investor sebagai penghormatan atas kedaulatan wilayah dan yurisdiksi di negara tuan rumah. Tapi nyatanya tidak dilakukan.

Dari penjabaran secara konsep apun contoh kasus di atas bahwa pada dasarnya seperti dua sisi mata uang, bahwa ISDS memang memiliki sisi positif untuk melindungi investor yang sedang, tapi karena perlindungan yang diberikan sangat ataupun sudah tidak menggunakan

¹⁷² <<http://www.majalahkontan.com/>>. Keterangan lebih lanjut sengketa ini dan kronologisnya dapat diakses dari website ICSID: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>, diakses pada 13 September 2016.

exaution of local remedies dimana ini sudah dianggap sangat berlebihan. Selain itu inisiasi untuk membawa perkara keforum arbitrase juga mayoritas diinisiasi oleh investor sendiri.¹⁷³ Ini dapat mengganggu roda pemerintahan negara *host state* karena tindakan pejabat berdasarkan prinsip universal Hukum Administrasi Negara adalah harus dianggap benar (*rechmatige*) selama tidak ada putusan administrasi yang mengatakan sebaliknya. Sehingga dari berbagai alasan tersebut di atas, **penulis berpendapat meskipun ISDS dalam Perjanjian Investasi Internasional memiliki urgensi sebagai pelindung investor dari tindakan nasionalisasi ataupun ekspropriasi serta dapat meningkatkan masuknya investor kepada suatu negara, Akan tetapi untuk pemakaian sekarang ini sudah tidak signifikan lagi** karena setiap *host state* pada dasarnya melalui aturan dalam negerinya (*domestic*) sudah menjamin kelangsungan serta jaminan perlindungan kepada investor beserta seluruh aset yang dimilikinya. Sebagai contoh, Indonesia telah menciptakan Persetujuan Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) yang dimuat di dalam ketentuan Undang-Undang No. 25 tahun 2007 yang mengatur tentang Penanaman Modal, dan juga pada Undang-Undang No. 7 tahun 2014 yang mengatur tentang Perdagangan, yang sudah meng-*cover* kebutuhan investasi yang mengakomodasi kepentingan kedua belah pihak secara seimbang dan berkesinambungan. Selain itu, instrument ISDS juga wujud diskriminasi terhadap investor dalam negeri, karena yang dapat menggunakan instrument tersebut hanyalah investor asing. Ini berarti sudah menyalahi salah satu prinsip dari hukum investasi yakni *non-discrimination* Sangat beralasan banyak negara *host state* termasuk indonesia sendiri melalui Kementerian Luar Negeri sudah berusaha untuk menyeleksi dan bahkan memulai mengakhiri BIT yang mengandung instrument ISDS yang berpotensi merugikan kepentingan negara kedepannya dengan tetap memperhatikan ketentuan Konvesnsi Wina 1969.

¹⁷³ http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf, diakses pada 1 Desember 2016.

C. Tinjauan *Al-Maslahah* Melihat Eksistensi ISDS dalam Mengakomodasi Berbagai Kepentingan yang Diametral (antara *Investor-State*)

1. Metode Penemuan Hukum Dalam Hukum Islam

Sebagaimana dipahami dalam kajian hukum Islam bahwa dalam pokok-pokok berijtihad menggunakan al-Quran, al-Sunnah dan *al-Ra'yu*. *al-Ra'yu* adalah suatu pemikiran yang timbul dari hati nurani setelah melalui perenungan dan penelitian yang serius. Ia muncul dari hasil proses berpikir yang matang dan mendalam dalam rangka mencapai suatu kebenaran berdasarkan indikasi yang ada.¹⁷⁴ Hubungannya dengan upaya pengistinbatan hukum suatu pendapat dikatakan *al-Ra'yu* yang benar, jika pendapat itu diawali dengan penelitian yang matang terhadap suatu peristiwa yang ditetapkan hukumnya sehingga hasil ijtihad dari mujtahid tidak menyimpang dari kehendak syara'. *Ijtihad bi al-Ra'yu* begitu urgen, manakala didapati persoalan yang tidak terdapat dalam nas. Sementara persoalan selalu berkembang dan tidak ada kesudahannya, sedang nas sudah berakhir (*inna al-hawadis la tatanaha wa al-nusus tatanaha*).¹⁷⁵ Sejak periode awal sejarah perkembangan Islam, perilaku kehidupan muslim dalam keseluruhan aspeknya diatur oleh hukum Islam.¹⁷⁶

Dalam Islam, sejak turun wahyu terakhir, surat al-Maidah ayat 3, lengkap sudah risalah atau syari'at Islam yang diturunkan kepada Muhammad SAW. Risalah ini menjadi petunjuk untuk umat manusia mencapai kebahagiaan dunia akhirat. Ini berarti bahwa seluruh petunjuk yang diperlukan manusia dalam mencapai tujuan hidupnya telah termuat dalam risalah yang diturunkan itu. Namun, kenyataan menunjukkan sejak wafatnya nabi Muhammad SAW sampai sekarang banyak kejadian, peristiwa, dan persoalan hukum yang timbul, tumbuh dan

¹⁷⁴ Ibn Qayim al-Jauziyah, *I'lam al-Muwaqi'in al-Rab al-Alamin*, Juz, 1. (Kairo: Dar al-Fikr, tt), h.66.

¹⁷⁵ Abu Zahrah, *Tarikh al-Mazahib al-Islamiyyah*, Juz, 1. (Kairo: Dar al-Fikr, tt), h.5.

¹⁷⁶ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: University Press, 1966), h.1

berkembang sedemikian kompleks, sehingga seakan-akan syari'at Islam yang disampaikan oleh Allah SWT itu tidak sanggup meresponnya lagi.¹⁷⁷ Jika dilihat, teks-teks dalam al-Quran dan hadis itu sangat terbatas adanya, padahal persoalan-persoalan hukum terus berkembang tanpa batas.¹⁷⁸ Sebagai konsekuensinya, para hakim dan aktor penegak hukum lainnya harus melakukan penemuan hukum untuk memberikan solusi terhadap berbagai persoalan yang terjadi di masyarakat, baik yang tidak jelas hukumnya, maupun yang tidak diatur hukumnya.¹⁷⁹

Termasuk dalam bidang muamalah yang penulis angkat baik skala mikro sampai makro di tatanan ekonomi internasional, khususnya penanaman modal internasional yang perkembangannya sangat drastis dari waktu ke waktu yang perlu juga ditinjau dari aspek syari'ah. termasuk skema ISDS yang penulis angkat ini.

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses konkretisasi peraturan hukum yang bersifat umum terhadap peristiwa-peristiwa konkrit yang terjadi di masyarakat. Ahli hukum sebagian lebih suka menggunakan istilah “pembentukan hukum” (*rechtvorming*) daripada “penemuan hukum (*rechtvinding*)” karena istilah penemuan hukum memberikan asumsi seakan-akan hukumnya sudah ada.¹⁸⁰ Meskipun demikian, dalam konteks hukum Islam, istilah penemuan hukum lebih tepat, karena diyakini bahwa hukum itu tidak dibuat tetapi ditemukan. Mujtahid di sini posisinya bukanlah membuat tetapi menemukan hukum, di samping karena adanya keyakinan bahwa hukum itu dibuat oleh Allah sebagai *syari'*.¹⁸¹ Dalam rangka menemukan hukum terhadap berbagai persoalan yang tidak ada atau tidak jelas hukumnya, para

¹⁷⁷ Rachmat Djatmika, “Jalan Mencari Hukum Islami Upaya ke Arah Pemahaman Metodologi Ijtihad” dalam Amrullah dkk., peny. *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Cet. ke-1 (Jakarta: Gema Insane Press, 1996), h. 99.

¹⁷⁸ Iskandar Usman, *Ihtisan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Cet. ke-1 (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), h. 1

¹⁷⁹ Asjmuni Abdurrachman, “*Sorotan Terhadap Berbagai Masalah Sekitar Ijtihad*” Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Syari'ah yang disampaikan di Hadapan Rapat Senat Terbuka IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, Tanggal 25 Mei 1996, h. 3-4

¹⁸⁰ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*, Cet. ke-2 (Yogyakarta: Liberty, 2005), h. 162.

¹⁸¹ ‘Abd al-Wahhab Khalla, *‘Ilm Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Qalam, 1990), h. 167.

juris muslim sudah mengembangkan metode penemuan hukum Islam yang bertolak dari sumber-sumber hukum Islam itu sendiri.¹⁸²

Hukum Islam menghadapi tantangan lebih serius, terutama pada abad kemajuan dan teknologi. Untuk menjawab berbagai permasalahan baru yang berhubungan dengan hukum Islam, para ahli hukum Islam tidak terbatas mengandalkan hasil ijtihad di masa lampau. Alasannya keterbatasan kemampuan dalam menjangkau masalah-masalah baru yang belum ada sebelumnya.¹⁸³ Oleh karena itu, perlu dan penting untuk menemukan rumusan-rumusan baru dalam rangka memberikan jawaban terhadap masalah kekinian yang belum ada jawabannya di masa silam. Sementara teks-teks hukum baik dalam al-Qur'an maupun hadis sangat terbatas adanya. Padahal, persoalan-persoalan hukum terus berkembang seiring dengan dinamika dan perkembangan masyarakat. Sebagai konsekuensinya, para mujtahid harus menggali, merumuskan dan melakukan penemuan hukum guna memberikan solusi terhadap berbagai persoalan hukum yang terjadi di masyarakat.

2. Pentingnya Penemuan Hukum Untuk Menentukan Perkara yang Belum Ada Hukumnya

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim/juris dan petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkrit. Oleh karena itu peristiwa konkrit harus ditemukan. Model penemuannya bisa dengan cara menafsirkan, menjelaskan, melengkapi atau menciptakan peraturan hukumnya. Untuk mendapatkan itu semua diperlukan ilmu bantu yang dalam bahasa hukum disebut dengan istilah *rechvinding*. Dalam hukum Islam istilah penemuan hukum tepat, mengingat hukum Islam tidak dibuat oleh ulama ushul, melainkan diciptakan oleh Allah SWT.¹⁸⁴

¹⁸² Satria Effendi M. Zein, "Metodologi Hukum Islam" dalam Amrullah Ahmad dkk., peny., *Op.cit.*, h. 118.

¹⁸³ Satria Effendi, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Prenada Media, 2005), h. 1.

¹⁸⁴ Abd al-Wahhab Khallaf, *Op.cit.*, p. 167.

Perlu diingat kembali bahwa problem utama yang mendorong ulama untuk merumuskan berbagai teori dan metode ijtihad adalah kenyataan abadi yang dihadapi oleh umat Islam bahwa nash al-Qur'an dan Hadis terbatas secara kuantitatif, padahal peradaban (peristiwa hukum) selalu berkembang. Oleh karena itu berbagai teori dan metode ijtihadpun dirumuskan untuk mengembangkan nilai-nilai nash yang terbatas ke dalam realitas yang tidak terbatas.¹⁸⁵ Ada sebagian umat Islam terjebak dalam idola, bahkan sebagian masih menganggap bahwa penafsiran seorang imam mazhab bersifat "illahi". Bahkan dalam perjalanan sejarah muncul berbagai keunikan dalam berfikir dan memahami nash, seperti Rasyid rida sebagaimana dikutip oleh Wael B. Hallaq, Rida berkomentar bahwa pencarian status hukum dari materi-materi yang tidak khusus dalam teks-teks wahyu tidak diperkenankan.¹⁸⁶ (QS. al-Maidah: 101)

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا تَسْأَلُونَ عَنْ أَسْنِيَاءَ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُهُمْ وَإِنْ تُسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ رَأْنُ الْقُرْآنِ يُدَبَّ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ
حَلِيمٌ

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu menanyakan (kepada nabimu) hal-hal yang tidak diterangkan kepadamu akan menyusahkan kamu dan jika kamu menanyakan di waktu al-Qur'an itu diturunkan, niscaya akan diterangkan kepadamu, Allah memaafkan (kamu) tentang hal-hal itu. Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyantun.

Ayat di atas dipahami sebagai kejumudan berfikir, karena baginya (Rida) menganggap bahwa Islam tidak seharusnya mencari-cari persoalan tertentu yang tidak disinggung oleh Nabi, karena hal ini akan menambah umat merasa berat dan kesulitan terhadap hukum tersebut.¹⁸⁷ Sementara Ashmawi seorang ahli hukum dari Mesir menyatakan bahwa wahyu harus dipahami sebagai suatu teks dan konteks, serta harus ditafsirkan sesuai dengan semangat dan tujuan dari tujuan-tujuan hukum dibalik bahasa khusus teks-teks wahyu, akhirnya dia memahami teks

¹⁸⁵ Yudian Wahyudi, *Ushul Fiqh versus Hermeneutika: Membaca Islam dari Kanada dan Amerika*, (Yogyakarta: Newaesea Press, 2006), h. 48.

¹⁸⁶ Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories* (Cambridge: Cambridge University Press, 1977), h. 215

¹⁸⁷ Al- Maidah (5): 101.

hukum berbeda dengan ahli lain seperti bunga bank tidak haram, karena dalam sistem bunga bank tidak ada unsur eksploitasi ekonomi, sebagaimana riba pada zaman Nabi.¹⁸⁸

Demikian ketika memahami haramnya khamr, ia membedakan antara larangan hukum secara keras dan larangan sebatas moral. Yang harus dihindari adalah sikap yang menyatakan bahwa ayat sudah terlalu jelas. Sehingga khamr larangan yang mutlak tidaklah jelas. Sebab dalam surat 6 ayat 146 mengisyaratkan bahwa selain bangkai, darah dan daging babi tidak ada lagi makanan dan minuman yang diharamkan.¹⁸⁹ Berbeda dengan teori Syahrur yang menyatakan bahwa surat 6 ayat 146 itu harus diterapkan teori *halah al had al-adna* (batas minimal), artinya ketentuan hukum minimal dalam al-Qur'an, maka dibenarkan mujtahid menambah ketentuan hukum minimal yang ada dalam al-Qur'an.¹⁹⁰ Pendapat Ashmawi tentang ketidakjelasan ayat larangan khamr dibantah oleh Fazlurahman, sarjana dan pembaharu Pakistan (w.1988), alasannya bahwa pelarangan hukum secara gradual, disimpulkan bahwa ayat terakhir membatalkan ayat sebelumnya, dan dalam rangka merasionalisasikan pembatalan ini mereka mengupayakan apa yang disebut *law of graduation*, yakni hukum yang diterapkan secara bertahap.¹⁹¹ Contoh khamr pertama kali dijelaskan tentang manfaat dan kerugiannya, tahap berikutnya jangan ketika sedang shalat dan akhirnya diharamkan secara total.

Ketegangan dengan berbagai akibatnya pun terjadi, karena manusia ingin bicara kepada Allah (beragama) dengan bahasa Allah, padahal Allah bicara kepada manusia dengan bahasa manusia (kecuali masalah-masalah teologi). Hukum Islampun tidur panjang, disamping banyak korban berguguran demi pendapat seorang imam, mazhab atau organisasi. Sebagai sebuah teori

¹⁸⁸ Wael B. Hallaq, *Op.cit*, p. 231.

¹⁸⁹ Wael B. Hallaq, *Sejarah Teori Hukum Islam*, Alih Bahasa E. Kusnadinigrat Abd. Haris bin Wahid, cet. ke-2 (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001), h. 356.

¹⁹⁰ Muhammad Syahrur, *al-Kitab wa al-Quran: Qira'ah al-Muashirah*, (Kairo: Dar al-Insaniyah al-Arabiyah, 1990), h. 455.

¹⁹¹ Wael B. Hallaq, *Sejarah Teori...*, *Op.cit.*, h. 359.

dan metode yang mana akan ditemukan hukum-hukum sesuai dengan tujuan syari'at sangat mutlak diperlukan keberadaannya sebagai pisau analisis atau kaca mata untuk membaca kenyataan disekeliling kita.¹⁹²

3. Penyelesaian Arbitase Dalam Hukum Islam Terkait Investasi Internasional

Pembahasan ini penulis anggap penting, karena ISDS sejatinya adalah bentuk dari mekanisme penyelesaian sengketa dalam Perjanjian Investasi Internasional (PII). Penyelesaian mekanisme ISDS ini diselesaikan dengan forum pengadilan swasta internasional yang dalam hal ini adalah Badan Arbitrase Investasi Internasional yang salah satunya adalah ICSID.

Hukum Islam bidang muamalat pada hakekatnya adalah hikmah dan kemanfaatan bagi manusia. Semua adalah keadilan, rahmat dan kemaslahatan belaka. Segala sesuatu yang bertentangan dengan keadilan, atau bertentangan dengan rahmat atau bertentangan dengan hikmah dan kemaslahatan dan menuju kepada yang sebaliknya, semua itu bukanlah syariat (hukum Islam). Syariat adalah keadilan dari Allah kepada hambaNya, rahmat untuk makhlukNya dan pengayoman di muka bumi.¹⁹³ Jadi semua kemanfaatan itu terpulang kepada manusia, bukan kepada Allah. karena Allah SWT tidak akan mendapatkan manfaat apapun dari orang-orang yang taat. Sebaliknya juga tidak akan dirugikan sedikitpun oleh orang-orang yang durhaka kepadaNya.

Seperti diketahui hukum Islam pada dirinya mengandung nilai-nilai *fitriyah* yang bersifat abadi, yang bertumpu pada prinsip-prinsip yang solid, tidak akan berubah dan tidak akan dirubah serta tidak dapat dikurangi. Bidang ini meliputi segala tatanan yang *qat'iat* dan merupakan jati diri hukum (agama) Islam. Di samping itu terdapat nilai-nilai yang mengandung unsur dinamika, fundamental termasuk di dalamnya aturan-aturan untuk mewujudkan nilai-nilai tersebut di atas.

¹⁹² Yudian Wahudi, *Ushul Fiqh...*, *Op.cit*, h. 49.

¹⁹³ Salam Madzkur, *al-Qada Fi Al-Islam*, (Mesir: Dar al-Qalam, tt.), h.49.

Aturan-aturan ini memiliki fleksibilitas dalam rangka mewujudkan atau melaksanakan nilai-nilai fundamental tersebut. Jadi hukum Islam di satu pihak mengandung nilai-nilai abadi dan universal, dan di lain pihak bersikap akomodatif terhadap pemikiran dan perkembangan baru. Perpaduan antara nilai-nilai *fitriyah* dan perkembangan yang dinamis itu harus senantiasa diupayakan/dijaga dalam rangka mengkaji dan menerapkan hukum Islam.

Apabila diperhatikan dengan seksama, maka masalah muamalat ini hanya disinggung secara singkat dan sepintas serta dalam frekuensi yang amat rendah. bila jual beli (*al buyu'*, tukar menukar barang atau jasa) sebagai interaksi warga yang paling dominan dalam pergaulan, maka dapat dikemukakan di sini bahwa *lafadz* “*Al Bay*” yang berarti jual beli, hanya disebut 7 kali dalam 6 ayat yang tersebar dalam 4 surat (Al Baqarah. II: 258, 275 dan 282; Ibrahim. IX:31; An-Nur XXIV: 37 dan surat Al Jum’ah. LXII: 9), dan itu dalam rangka pembicaraan soal lain, dan tidak dimaksudkan menjelaskan apa itu “*Al Bay*” secara khusus.¹⁹⁴ Ini dapat diartikan bahwa untuk mengembangkan nilai-nilai dalam bidang muamalat menurut hukum Islam, peran manusia sangat strategis. Para pakar hukum Islam sepakat merumuskan kaidah pokok yang termasuk *Kaidah Fiqhiyah* bahwa pada prinsipnya semua perbuatan yang tergolong muamalat itu diperbolehkan, kecuali yang memang dilarang karena bertentangan dengan prinsip-prinsip ajaran agama Islam (*al ashlu fil mu’amalat al ibadah*). rasulullah SAW sendiri secara antisipatif mengatakan “*wa idza kana min amri dun-yakum fa antum a’lamu fi umuri dun-yakum*”.

Dalam kaitan dengan masalah yang sedang penulis kaji ini, maka segala yang bersifat formalitas tidak boleh menjadi kendala dan mengurangi tujuan yang hendak dicapai. Dalam kaidah hukum Islam (*Qawa'id Fiqhiyah*) ditemukan ketentuan sebagai berikut: dalam hal akad maka arti dan tujuannya harus lebih diperhatikan, bukan *lafadz* dan bentuk kalimatnya (*al'ibratu fil Mu'amalat bil Ma'ani La bil Alfadzi wal Mabani*).

¹⁹⁴ *Ibid.*, p.49.

Arbitrase atau lebih dikenal dengan istilah “*al-tahkim*” dalam hukum Islam adalah merupakan bagian dari *al qadla* (peradilan).¹⁹⁵ Arbitrase yang dalam literature hukum Islam disebut dengan tahkim mempunyai akar sejarah sebelum datangnya agama Islam. Lembaga tahkim sebagai adat diterima dan dijamin kelangsungannya dalam Islam karena mengandung nilai-nilai yang konstruktif. Seperti yang sudah dimaklumi hukum Islam tidak bersikap *a priori* terhadap hukum adat. Adat dapat diterima dan dimasukkan dalam hukum Islam bukanlah karena adatnya itu sendiri, melainkan dengan pertimbangan yang sehat dan jujur serta berdasarkan norma-norma hukum yang masuk akal. Bila ternyata adat itu mengandung nilai-nilai yang positif, ia dapat diterima dan dijamin eksistensinya. Sebaliknya jika adat itu mengandung nilai-nilai yang negatif, maka ia ditolak dan digantikan oleh ketentuan-ketentuan baru sesuai dengan konsep ajaran agama Islam. Sebagai patokan dapat dikemukakan di sini bahwa adat yang diterima itu harus mengandung hal-hal sebagai berikut:

- a. sudah berjalan dalam waktu lama, bukan hanya sekali dua;
- b. diterima masyarakat secara sukarela, jadi mengandung kesepakatan di kalangan masyarakat; dan
- c. sesuai dengan prinsip-prinsip dasar dalam agama Islam.

Para Ahli Hukum Islam menyepakati adanya 5 (lima) kaidah pokok (*qaidah fiqhiyah*) yang salah satunya menyangkut permasalahan yang dibahas ini. kaidah pokok tersebut adalah “*al’Adatu Muhakkamah*”, adat itu (dapat) ditetapkan sebagai ketentuan hukum.

Perlu ditegaskan di sini bahwa agama Islam datang pada masyarakat yang sudah memiliki tatanan hukum, demi menjamin kelangsungan pergaulan hidup. Hukum Islam datang sebagai *rahmatan lil’alamin*, yang antara lain mengoptimalkan adat yang positif dan mengikis

¹⁹⁵ Said Agil Husin Almunawar, *Pelaksanaan Arbitrase Di Dunia Islam*, dalam “*Arbitrase Islam Di Indonesia*”, (Jakarta: Badan Rbitrase Muamalat Indonesia Kerjasama Dengan Bank Muamalat, 1994), h. 47.

adat yang merugikan/mudharat, dan menggantikan dengan adat yang sesuai. Pelembagaan adat dalam hukum Islam, diketahui antara lain dari sikap dan persetujuan Rasulullah SAW terhadap adat yang sedang berjalan yang biasanya disebut dengan *sunnah taqririyah*. kasus terhadap *tahkim* (arbitrase) secara eksplisit dinyatakan oleh Rasulullah SAW dalam dialognya dengan Abu Syureih (nama aslinya Hani) yang secara singkat dapat dituturkan sebagai berikut: Abu Syureih “matur” (berkata) kepada Nabi bahwa rakyatnya apabila sedang terjadi persengketaan diantara mereka, mereka mendatangi Abu Syureih untuk bertahkim mencari penyelesaian secara sukarela. Dalam hal ini abu syureih dapat memberikan penyelesaian yang menyejukkan hati mereka yang bersengketa sehingga diterima oleh kedua belah pihak dengan perasaan yang lega. Kemudian rasulullah SAW memberikan reaksi/jawaban alangkah baiknya hal itu. dengan kata lain jawaban rasul itu dapat diartikan sebagai persetujuan.¹⁹⁶

Alasan Hukum Islam melembagakan *tahkim* (arbitrase) sebagai suatu tatanan yang bersifat positif atau dengan artian bahwasanya alasan Rasulullah SAW menerima tindakan Abu Syureih menjadi arbiter atas kaumnya yang berselisih tersebut adalah karena *tahkim* atau arbitrase itu mengandung *masalahah* dan bersifat konstruktif, dikarenakan sebagai berikut:

- kedua belah pihak menyadari sepenuhnya perlunya penyelesaian yang terhormat dan bertanggung jawab;
- secara sukarela mereka menyerahkan penyelesaian persengketaan itu kepada orang atau lembaga yang dipercayai atau disetujuinya;
- secara sukarela mereka akan melaksanakan putusan arbiter, sebagai konsekuensi dari kesepakatan mereka mengangkat arbiter. Kesepakatan di dalamnya mengandung janji, dan janji haruslah ditapati (QS. XVII: 24);

¹⁹⁶ A. Wasit Aulawi, *Arbitrase Dalam Perspektif Hukum Islam*, dalam “ *Arbitrase Islam Di Indonesia*”, (Jakarta: Badan Rbitrase Muamalat Indonesia Kerjasama Dengan Bank Muamalat, 1994), h. 41.

- mereka menghargai hak orang lain, walaupun orang lain tersebut adalah lawannya;
- mereka tidak mau merasa benar sendiri dan mengabaikan kebenaran yang mungkin ada pada orang lain;
- mereka memiliki kesadaran akan hukum dan sekaligus adanya kesadaran bernegara dan bermasyarakat, sehingga perbuatan main hakim sendiri (*eigenrechting*) dapat dihindari;
- secara prinsipil, terdapat adanya kandungan nilai musyawarah serta perdamaian dalam pelaksanaan *tahkim*/ arbitrase tersebut.

4. Macam-Macam *Al Maslahah* dan Analisisnya Terhadap PII dan Instrument ISDS

Perlu dipahami bahwa konsep *Maslahah* dalam pengertian *syara'* bukan hanya masalah menilai baik atau buruknya sesuatu berdasarkan pada pertimbangan akal manusia saja dan tidak pula masalah dapat mendatangkan kenikmatan dan menghindari kerusakan semata; melainkan jauh lebih dari hal tersebut, yakni dalam menetapkan suatu hukum segala sesuatu yang dianggap baik oleh akal manusia tersebut juga harus sejalan juga dengan tujuan *syara'* (*maqashid syariah*), yakni lima prinsip pokok kehidupan harus dapat terjaga dengan baik.

Al-maslahah yang digunakan dalam menetapkan hukum dapat dilihat dari segi tujuan *syara'*, baik yang berkaitan secara langsung atau tidak langsung dengan lima prinsip pokok kehidupan yang tersusun secara hirarkis, yaitu: untuk menjaga agama (*hifdz ad-din*), jiwa (*hifdz an-nafs*), akal (*hifdz al-aql*), keturunan (*hifdz an-nasb*) dan harta (*hifdz al-maal*). Selain itu, dapat pula dengan mempertimbangkan dari segi tingkat kebutuhan dan tuntunan kehidupan manusia terhadap lima hal di atas.¹⁹⁷

Pertama, Berdasarkan segi kekuatan untuk dijadikan sebagai hujjah dalam menentukan suatu hukum, maka terdapat tiga kategori *maslahah*, yakni:

¹⁹⁷ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, Cetakani, Jilid II, 1999), h. 327

a) *Maslahah Dharuriyah*, yakni kemaslahatan yang eksistensinya sangat dibutuhkan oleh kehidupan umat manusia; artinya, kehidupan manusia tidak ada apa-apa bila satu saja dari prinsip yang lima itu tidak ada. Segala usaha yang secara langsung menjamin atau menuju pada keberadaan lima prinsip tersebut adalah baik adalah baik atau *maslahah* dalam tingkat *dharuri*. Dapat disimpulkan dalam hukum ini merupakan syarat kumulatif yang mengharuskan semua unsur terpenuhi dari ke lima unsur di atas.

Memeluk agama adalah hak dan fitrah individu setiap manusia yang tidak dapat dipungkiri dan sangat dibutuhkan oleh umat manusia. Untuk kebutuhan tersebut Allah mensyariatkan agama yang wajib dipelihara oleh umat manusia, baik yang berkaitan dengan aqidah, ibadah, dan muamalah. Penafsiran ini biasanya contoh yang sempinyat, sehingga supaya dapat dipakai dalam penelitian muamalah (investasi internasional), maka sesuai dengan kaidah fiqih “الأمرُ إذا ضاقت له سعة” yang artinya segala sesuatu, jika sempit, maka bisa menjadi luas.¹⁹⁸ Kaidah ini penulis pakai untuk menafsirkan kedudukan investasi asing, instrumen ISDS, dan segala yang melingkupinya. Kaitannya dengan penanaman modal asing adalah penanaman modal juga merupakan salah satu dari syiar agama, karena sekarang parameter dalam beragama juga dari indikasi seberapa baik/ buruknya perlakuan terhadap orang asing (investor) dalam sebuah negara yang mayoritas berpenduduk muslim. Ini akan membangun paradigma orang non-muslim terhadap agama yang dianut di negeri muslim/ mayoritas muslim juga baik, jika mereka diperlakukan dengan baik.

Hak hidup juga merupakan hak yang paling asasi bagi setiap manusia. Dalam hal ini adalah kemaslahatan, keselamatan jiwa dan kehidupan manusia. Allah telah mensyariatkan berbagai hukum yang terkait dengan hidup dan penghidupan manusia, seperti melarang

¹⁹⁸ Abbas Irfan, 99 *Kaidah Fiqh Muamalah Kulliyah (Tipologi dan Penerapannya dalam Ekonomi Islam dan Perbankan Syariah)*, (Malang: UIN-MALIKI PRESS, 2013), h. 59.

membunuh untuk memelihara jiwa dengan adanya hukuman *qishash*. Dalam interpretasi lebih jauh, hak kelangsungan hidup juga akan sangat berdampak dengan penanaman modal asing di dalam suatu negara. Dengan adanya penyerapan tenaga kerja, bantuan CSR (*Corporate social responsibility*) dalam bidang kesehatan akan membuat kelangsungan hidup ummat semakin baik jika sesuai dengan regulasi yang semestinya.

Demikian pula halnya akal, wajib untuk dipelihara dan dijaga, karena merupakan sesuatu yang sangat dibutuhkan oleh manusia. Oleh sebab itu Allah melarang meminum minuman keras, karena minuman keras dapat merusak akal dan hidup manusia. Tidak sebatas itu saja, dengan konteks penanaman modal ini dapat dilakukan transfer teknologi sehingga negara *host state* juga bisa merasakan kemajuan dalam penguasaan teknologi dari negara maju. Serta pembangunan sarana pendidikan dari CSR dari MNC dapat membantu pembangun intelektual negara *host state* yang memang mayoritas adalah negara berkembang.

Berketurunan juga merupakan masalah pokok bagi manusia dalam rangka memelihara kelangsungan umat manusia di muka bumi, oleh karena itu Allah mensyariatkan nikah dengan segala hak dan kewajiban yang diakibatkannya dan melarang berzina untuk memelihara keturunan. Dalam hal ini, penanaman modal asing juga sangat mempengaruhi kualitas keturunan berikutnya, apabila orang tua mereka bekerja dengan layak otomatis kehidupan mereka tercukupi dan tidak akan ada meninggalkan keturunan dalam keadaan lemah sebagaimana perintah Allah (an-Nisaa':QS. 4/9):

وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ

Artinya: “Dan hendaklah orang-orang takut kepada Allah, bila seandainya mereka meninggalkan anak-anaknya, yang dalam keadaan lemah, yang mereka khawatirkan terhadap (kesejahteraan) mereka”.

Kemudian harta, hal ini pun merupakan sesuatu yang pokok dalam hidup dan penghidupan manusia. Untuk mendapatkannya Allah juga mengisyaratkan berbagai ketentuan. Serta untuk menjaganya Allah mensyariatkan hukuman bagi kejahatan yang dilakukan oleh manusia lainnya seperti mencuri, merampok, berlaku curang/ penipuan, korupsi, dll. Dengan penanaman modal asing ini, baik individu sampai pada negara menikmati keuntungannya sehingga tidak hanya menjaga harta mereka tetapi akan meningkatkan akumulasi harta baik perorangan (karna gaji, dll), juga dari segi bernegara akan mendapatkan pajak yang besar untuk kelangsungan kehidupan bernegara. apalagi Indonesia yang 70% APBN-nya bersumber dari pajak.¹⁹⁹ Memang dari aspek masalah *dharuriyah*, ISDS bukanlah pada posisi ini. Instrumen ISDS adalah tambahan dalam Perjanjian Investasi Internasional yang bertujuan untuk melindungi kepentingan investor. Jadi dia bukan *masalah dharuri*, tapi lebih pada *masalah haji*.

b) *Maslahah al-Hajiyah*, adalah kemaslahatan yang tingkat kehidupan manusia kepadanya tidak berada pada tingkat *dharuri*. Bentuk kemaslahatannya tidak secara langsung bagi pemenuhan kebutuhan pokok yang lima (*dharuri*), tetapi secara tidak langsung menuju ke arah ke sana, seperti dalam hal yang memberi kemudahan bagi pemenuhan kebutuhan hidup manusia.

Seperti dalam bidang ibadah, orang yang sedang sakit atau dalam perjalanan jauh (*musafir*) dalam bulan ramadhan, diberi keringanan/ *rukhsah* oleh syariat untuk tidak berpuasa dengan kewajiban mengganti puasa yang ditinggalkan itu pada hari-hari yang lain setelah ia sembuh atau setelah kembali dari perjalanannya.

Dalam bidang muamalah diperbolehkan berburu binatang dan memakan makanan yang baik-baik, diperbolehkan melakukan jual beli pesanan (*Bay' al-Salam*), kerjasama dalam pertanian (*muzara'ah*) dan perkebunan (*musaqah*). Semuanya ini disyaratkan oleh Allah untuk mendukung kebutuhan mendasar *al-Mashalih al-Khamsah* di atas. Eksistensi ISDS dalam BIT terletak pada

¹⁹⁹ <http://www.pajak.go.id/content/pembiayaan-negara-70-persen-dari-pajak>, diakses pada 27 Oktober 2016.

posisi ini, karena dengan adanya instrumen ISDS tersebut maka akan menjamin investor untuk berani dan mendapatkan kepastian hukum pada host *state*, walaupun sebenarnya tiap negara yang menjadi tujuan penanaman modal sudah memfasilitasi investor dengan jaminan serta perangkat kepastian hukum melalui undang-undang penanaman modal di negaranya masing-masing.

- c) *Maslahah Tahsiniyah*, adalah *maslahah* yang kebutuhan hidup manusia kepadanya tidak sampai pada tingkat *dharuri*, juga tidak sampai pada tingkat *hajiyah*. Namun kebutuhan tersebut perlu dipenuhi dalam rangka memberi kesempurnaan dan keindahan bagi hidup manusia. *Maslahah* dalam bentuk *tahsini* tersebut juga berkaitan dengan lima kebutuhan pokok manusia.

Dalam masalah ibadah misalnya, disyariatkan bersih atau memelihara kebersihan, menutup aurat, berhias dan berbagai hal yang baik lainnya. Dalam lapangan kemanusiaan, telah disyariatkan pula prinsip mendekatkan diri kepada Allah dengan melakukan kebaikan-kebaikan yang dianjurkan berupa sedekah dan amalan baik lainnya. Dalam dunia keluarga, telah ditetapkan masalah-masalah *kafa'ah* dalam memilih pasangan hidup dan juga etika pergaulan antara keduanya. Dalam bidang muamalah, islam menganjurkan agar orang tidak melakukan jual beli benda-benda yang najis, benda-benda yang kotor serta yang dapat merusak kesehatan. Dalam konteks penelitian ini sudah jelas bahwa, penanaman modal dapat dikategorikan *dharuri* pada suatu neara, sedangkan ISDS merupakan kebutuhan pelengkap yang berada pada tingkatan *hajiyah*. Untuk *tahsiniyah* ini penulis menyimpulkan dalam lingkup penanaman modal asing itu adalah penentuan forum arbitrase mana yang akan dipakai, apakah *permanent arbitration*

court, ICSID, *International Chamber of Commerce* (ICC), ataupun lain sebagainya, di mana hal ini merupakan tingkatan *tahsiniyah*.

Tiga bentuk masalah tersebut secara berurutan menggambarkan tingkatan peringkat kekuatannya, yang kuat adalah *masalah dharuriyah*, kemudian *masalah hajiyah*, dan berikutnya adalah *masalah tahsiniyah*. *Dharuriyah* yang lima itu juga berbeda tingkat kekuatannya, yang secara berurutan adalah; agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Perbedaan tingkat kekuatan ini terlihat bila terjadi perbenturan kepentingan antara sesamanya, dalam hal ini harus didahulukan *dharuri* atas *haji* dan didahulukan *haji* atas *tahsini*.

Kedua, dari segi kandungan *masalah*, ulama Ushul Fiqh membaginya kepada dua bagian, yaitu:²⁰⁰

- a. *Maslahah al-Ammah*, yaitu kemaslahatan umum yang menyangkut kepentingan orang banyak. Kemaslahatan umum itu tidak berarti untuk kepentingan semua orang, tetapi bisa berbentuk kepentingan mayoritas umat. Dalam penelitian ini, di sinilah letak dari investasi asing. Dia akan membawa kemaslahatan bagi negara pada umumnya (negara) jika dilakukan dengan aturan main yang sesuai.
- b. *Maslahah al-Khashshah*, yaitu kemaslahatan pribadi dan ini agak jarang ditemui, apalagi untuk dijadikan sebagai hujjah. Contoh kemaslahatan ini adalah dalam masalah perkawinan dengan pernyataan hilangnya seseorang (*mafqud*) sebagai alasan pemutusan perkawinan. Pemakaian konteks ini sangat relevan dengan eksistensi ISDS yang sebenarnya itu merupakan perlindungan murni untuk si investor sendiri, atau dengan kata lain untuk kemaslahatan pribadi si investor.

²⁰⁰ Wahidul Kahhar, *Efektifitas Masalah Mursalah Dalam Penetapan Hukum Syara'*, (Jakarta: Thesis, Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2003), h. 23.

Ketiga, dari segi eksistensinya/ keberadaannya, menurut *syara'* masalah dibagi kepada tiga macam, yaitu:²⁰¹

- a. *Maslahah al-Mu'tabarah*, yaitu kemaslahatan di mana *nash* menjelaskan dan mengakui keberadaannya secara tegas. Dapat dikatakan bahwa dalam menetapkan hukum, *syara'* baik langsung maupun tidak langsung memberikan petunjuk bahwa adanya masalah yang didukung dengan dalil secara tegas.

Mengenai aspek langsung atau tidak langsungnya petunjuk (*dalil*) tersebut terhadap masalah, maka hal ini dibagi atas dua bagian, yaitu:²⁰²

Munaasib Mu'atstsir, yakni dari pembuat hukum (*syari'*) yang menunjukkan adanya *masalah* tersebut terdapat petunjuk secara langsung. Untuk hal ini dapat diambil contoh dilarangnya untuk “mendekati” wanita yang sedang haid dengan alasan hal tersebut adalah penyakit, yang dalilnya secara tegas dalam Surat al-Baqarah (QS. al-Baqarah 2/222) yang artinya “mereka bertanya kepadamu tentang haid, katakanlah bahwa haid itu adalah penyakit; oleh karenanya jauhilah perempuan yang sedang haid”. Hal demikian disebut *masalah* karena dapat menjauhkan diri penyakit ataupun dari kerusakan lainnya. Dengan adanya alasan “penyakit” yang dikaitkan dengan larangan mendekati perempuan haid tersebut, disebut *munaasib*.

Munaasib Mula'im, yakni secara langsung tidak terdapat ada petunjuk dari *syara'* apakah dalam bentuk *nash* ataupun dalam bentuk *ijma'* mengenai *masalah* tersebut, tetapi kalau secara tidak langsung ada. Dengan kata lain, terdapatnya petunjuk *syara'* bahwa keadaan itulah yang ditetapkan *syara'* sebagai alasan untuk hukum yang sejenis walaupun *syara'* secara tidak langsung menetapkan suatu keadaan menjadi alasan untuk menetapkan hukum yang disebutkan tersebut. Contohnya: berlanjutnya perwalian ayah terhadap anak gadisnya dengan alasan anak

²⁰¹ Romli SA, *Muqaramah Mazahib fil Ushul*, Cet I, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1999), h. 162.

²⁰² Amir Syarifuddin, *Op.cit.*, h. 329

gadisnya itu “belum dewasa”. “Belum dewasa” ini menjadi alasan bagi hukum yang sejenis dengan perwalian dalam harta milik anak kecil.

- b. *Maslahah al-Mulghah*, yaitu masalah yang berlawanan dengan ketentuan nash. Dengan kata lain, *maslahah* yang tertolak karena ada dalil yang menunjukkan bahwa ia bertentangan dengan ketentuan dalil yang jelas.

Contoh yang sering diangkat ulama Ushul Fiqh yaitu menyamakan pembagian harta warisan antara perempuan dengan saudara laki-lakinya. Penyamaan antara seseorang perempuan dengan laki-laki tentang warisan memang terlihat ada kemaslahatannya, tetapi berlawanan dengan ketentuan Nash yang jelas dan rinci, sebagaimana firman Allah dalam quran surat an-Nisaa’(QS. 4:11)

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي لَدَيْكُمْ أَوْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ

Artinya: Allah mensyari'atkan kepadamu tentang (pembagian warisan untuk) anak-anakmu, yaitu bagian seorang anak laki-laki sama dengan bagian dua orang anak perempuan.

Ayat ini secara tegas menyebutkan pembagian harta warisan, dimana seorang anak laki-laki sama bagiannya dengan anak perempuan, dengan alasan ingin menciptakan kemaslahatan. Penyamaan anak laki-laki dengan anak perempuan dengan kemaslahatan seperti inilah yang disebut dengan *maslahah al-mulghah*, karena bertentangan dengan *nash* yang *sharih*.

- c. *Maslahah al-Mursalah*, yang juga biasa disebut *Istislah*, yaitu *maslahah* yang secara eksplisit tidak ada satu dalilpun, baik yang mengakuinya maupun yang menolaknya. Secara lebih tegas *maslahah mursalah* ini termasuk jenis masalah yang didiamkan oleh *nash*. *Maslahah mursalah* ini terus tumbuh dan berkembang seiring dengan perkembangan masyarakat islam yang dipengaruhi oleh perbedaan kondisi dan tempat. Selain itu dalam bidang muamalah juga dipengaruhi dengan begitu pesatnya dinamika masyarakat dan ekonomi baik mikro maupu makro, khususnya dalam aspek investasi

internasional beserta segala ketentuan melingkupinya yang berkaitan dengan pembahasan penelitian ini. Pembahasan mengenai investasi internasional dan instrument ISDS beserta analisisnya memang lebih tepat jika memakai pisau analisis *masalah mursalah* berdasarkan pengertian di atas, karena pengaturan hukum mengenai persoalan ini tidak terdapat adanya nash yang mengaturnya, baik itu menolak ataupun yang mengakuinya.

Menurut ulama ahli ushul fikih, menyikapi soal *masalah mursalah* masing-masingnya mereka memiliki kesamaan dan kedekatan dalam memberikan pengertian tersebut, walaupun ada terdapat beberapa rumusan dari definisi yang berbeda. Beberapa definisi tersebut diungkapkan sebagai berikut:²⁰³

- a. Abdul Wahab Khallaf rumusannya sebagai berikut:

“*Maslahah mursalah* adalah *masalah* yang tidak ada dalil *syara'* yang datang untuk mengakuinya ataupun yang menolaknya.”

- b. Muhammad Abu Zahra merumuskan sebagai berikut:

“*Maslahah* yang selaras dengan tujuan dari syariat islam serta petunjuk tertentu yang membuktikan tentang pengakuannya ataupun penolakannya.”

- c. Sedangkan Al-Ghazali, dalam kitab *al-Mustasyfa* merumuskan *masalah* sebagai berikut;

“Apa-apa (*masalah*) yang tidak ada bukti baginya dari *syara'* yang terdapat dalam bentuk *nash* tertentu yang membatalkannya dan tidak ada pula yang memperhatikannya.”

Dari beberapa rumusan definisi dari ulama/ ahli ushul di atas, dapat ditarik kesimpulan tentang hakikat *masalah mursalah* sebagai berikut:

- a. Pada dasarnya hal tersebut didasari oleh akal dan pertimbangan manusia untuk menilai baik atau buruknya sesuatu supaya dapat mewujudkan kebaikan dan menghindari keburukan.

²⁰³ *Ibid.*, h. 333

- b. Dalam menetapkan suatu hukum, hal yang baik menurut akal tersebut juga harus selaras serta sejalan dengan tujuan *syara'* itu sendiri.
- c. Tidak adanya petunjuk *syara'* yang secara khusus menolak ataupun yang mengetahui terhadap hal yang dianggap baik oleh akal dan selaras dengan tujuan *syara'* tersebut.

Maslahah mursalah tersebut dalam beberapa literatur disebut dengan “*maslahah muthlaqah*”, ada pula yang menyebutnya “*munasib mursal*”, juga ada yang menamainya dengan “*al-istishlah*”. Perbedaan penamaan ini tidak membawa perbedaan pada hakikat pengertiannya.

5. Pandangan al- Maslahah Melihat Eksistensi ISDS Dalam Investasi Internasional

Pada dasarnya segala yang mengandung kebaikan ada hukum Allah (*syar'ullah*) di dalamnya. Sebagaimana telah di analisis di atas bahwa eksistensi dari ISDS sebenarnya dibutuhkan untuk melindungi investor dari kesewenang-wenangan negara *host country* terhadap mereka. Cara pikir ini sangat wajar, karena sebagai investor (baik badan maupun orang) menginginkan profit dari investasi yang sudah ditanamnya.

Tapi di sisi lain, eksekusi yang selama ini ada untuk melindungi investor dan merongrong kedaulatan negara sebagai entitas hukum internasional yang penuh juga perlu dikoreksi. Tidak dapat dinafikan, eksistensi dari negara merupakan *common volonte de tous* (representasi keinginan rakyat banyak). Sehingga jika negara diabaikan berarti secara tidak langsung akan menyakiti rakyat itu sendiri, karena entitas negara sebagai *host country* adalah representasi rakyat tersebut.

6. Syarat-Syarat Penggunaan *al Maslahah* dalam Mengistinbatkan Hukum

Untuk melihat pandangan dari *al maslahah* mengenai pembahasan eksistensi ISDS ini, perlu ditandaskan di sini syarat-syarat penggunaan *al maslahah* secara umum dalam mengistinbatkan hukum. Ulama dalam memakai dan mempergunakan *maslahah* (dalam hal ini

masalah mursalah) sebagai *hujjah* sangat berhati-hati dan memberikan syarat yang begitu ketat, karena dikhawatirkan akan menjadi pintu bagi pembentukan hukum syariat menurut hawa nafsu dan keinginan perorangan, bila tidak ada batasan-batasan yang benar dalam mempergunakannya. Adapun syarat-syarat tersebut antara lain:²⁰⁴

- 1) Berupa *masalah* yang sebenarnya, bukan *masalah* yang bersifat dugaan. Yang dimaksud dengan ini yaitu, agar dapat direalisasi pembentukan hukum suatu kejadian itu dan dapat mendatangkan keuntungan, manfaat, atau menolak muharat. Adapun dugaan semata bahwa pembentukan hukum itu mendatangkan keuntungan-keuntungan tanpa pertimbangan di antara *masalah* yang dapat didatangkan oleh pembentukan hukum itu, maka ini berarti adalah didasarkan atas *masalah* yang bersifat dugaan. Contoh *masalah* ini adalah *masalah* yang didengar dalam hal merampas hak suami untuk menceraikan isterinya, dan menjadikan hak menjatuhkan talak itu bagi hakim (*qadhi*) saja dalam segala keadaan.
- 2) Berupa *masalah* yang bersifat umum, bukan *masalah* yang bersifat perorangan. Yang dimaksud dengan ini yaitu, agar dapat direalisasi bahwa dalam pembentukan ukuran suatu kejadian dapat mendatangkan manfaat kepada umat manusia, atau dapat menolak mudharat dari mereka dan bukan hanya memberikan manfaat kepada seseorang atau beberapa orang saja. Jika yang terjadi demikian, maka hal demikian tidak bisa untuk disyariatkan sebagai sebuah hukum.
- 3) Tidak terdapatnya pertentangan dengan hukum ataupun prinsip yang telah ditetapkan oleh nash atau *ijma'* dalam pembentukan hukum bagi *masalah* ini. Dapat diartikan

²⁰⁴ Abdul Wahab Kallaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Jakarta: PT. Rineka Citra, 1990), h. 101. Lihat Juga: Amir Syariffuddin, *Op.Cit.* h. 337.

bahwa *masalah* tersebut adalah *masalah* yang hakiki dan selalu berjalan dengan tujuan *syara'* serta tidak berbenturan dengan dalil-dalil *syara'* yang telah ada.

- 4) *Maslahah mursalah* itu diamalkan dalam kondisi yang memerlukan, yang seandainya masalahnya tidak diselesaikan dengan cara ini, maka umat berada dalam kesulitan hidup. Dapat disederhanakan bahwa, untuk menghindari umat dari kesulitan yang demikian, maka hal ini mesti ditempuh.

7. Pandangan *al Maslahah* (al Tufi) Dalam Melihat Eksistensi ISDS Dalam PII

Sebagaimana yang sudah dibahas sebelumnya, penggunaan *masalah* sebagai dalil syariat dalam mengistibathkan (menetapkan hukum) menurut al Tufi adalah, *masalah* merupakan *hujjah* kuat yang secara mandiri dapat dijadikan sebagai landasan hukum dan dia tidak mengklasifikasikan masalah itu sebagaimana jumhur ulama lainnya. Perbedaan prinsip yang dipakai al Tufi dalam mengupas masalah yang menyebabkan pandangannya berbeda dengan jumhur ulama, yakni karena tiga prinsip berikut:²⁰⁵

- 1) *Akal bebas* khususnya dalam bidang muamalah dan adat dapat menentukan mengenai kemaslahatan dan kemafsadatan. Cukup dengan memakai akal saja untuk menentukan, kemaslahatan dan kemafsadatan. Pandangan ini jelas berbeda dengan jumhur ulama yang menyatakan bahwa kemaslahatan tersebut harus ditopang dengan dukungan nash atau *ijma'*, baik dari bentuk, sifat maupun jenisnya sekalipun pada dasarnya kemaslahatan itu dapat dicapai dengan akal.
- 2) *Maslahah* menurut al-Tufi merupakan dalil mandiri dalam menetapkan hukum. Oleh sebab itu, untuk kehujjahan masalah tidak diperlukan dalil pendukung, karena masalah itu diasarkan kepada pendapat akal semata.

²⁰⁵ Nasrun Haroen, *Ushul Fiqh*, Cet III, (Jakarta:Logos Wacana Ilmu, 2001), h. 126-127.

- 3) *Maslahah* hanya berlaku dalam masalah muamalah dan adat kebiasaan, adapun dalam masalah ibadah atau ukuran-ukuran yang ditetapkan syara', seperti shalat dhuhur empat rakaat, puasa selama ramadhan satu bulan dan lain-lain. tidak termasuk objek masalah, karena masalah-masalah seperti itu merupakan hak Allah semata.

Di luar masalah ibadah *ta'abuddi* dan *tawqifi* , masalah dapat dipergunakan sebagai hujjah dengan bantuan akal untuk memertimbangkan sesuatu tentang manfaat maupun mafsadah yang ada di dalamnya.²⁰⁶ Termasuk pada pembahasan yang penulis angkat ini yang tidak ditentukan oleh nash tentang hukum dasarnya.

Dari pembahasan di atas jelas bahwa, adanya mekanisme ISDS memang dalam nash tidak terdapat secara eksplisit maupun implicit mengenai hukum penggunaan mekanisme ISDS ini dalam suatu PII. namun dengan melihat fakta dan praktek di lapangan dengan mempertimbangkan *raison d'etre* adanya ISDS ini sampai kemunculannya, maka dengan memakai konsep masalah dapat dilakukan istinbath hukum bahwa selama memang dalam PII, mekanisme ISDS ini dilakukan untuk melindungi investor dari ketidakstabilan politik, ekonomi, dan hukum suatu negara itu dapat dibenarkan.

Argumen yang dikemukakan oleh Yusuf Qardhawi bahwa ijtihad kontemporer perlu dilakukan, karena banyak perubahan yang terjadi dalam kehidupan dan adanya perkembangan sosial yang sangat pesat setelah terjadinya revolusi industri di dunia ini, sehingga memunculkan kejadian-kejadian baru yang oleh ulama terdahulu belum pernah disinggung. termasuk dalam penelitian penulis di bidang ekonomi makro penanaman modal internasional sampai dengan hadirnya mekanisme ISDS untuk melindungi investor ini yang hanya ada pada praktik belakangan ini belum ada samasekali pegaturan ataupun pengkajiannya secara syara'. Oleh karena

²⁰⁶ Chatib Muardi, *Maslahah Mursalah Sebagai Pertimbangan Ijtihad Mengembangkan Hukum Yang Relevan Dengan Kebutuhan Masa Kini*, (Jakarta: Disertasi, Pascasarjana IAIN Jakarta: 1994), h. 366.

itu, kebutuhan terhadap ijtihad merupakan kebutuhan abadi selama masih ada kejadian baru yang muncul dalam masyarakat yang terus berkembang, karena syariat islam cocok disetiap masa dan tempat perihal perkara manusia.²⁰⁷

Yang tidak diperkenankan jika secara serta merta investor langsung membawa keadaan, kebijakan, ataupun regulasi yang dianggapnya bermasalah ke pada forum pengadilan atau arbitrase asing sebelum meminta tanggapan ataupun memberikan waktu yang cukup bagi negara *host state* untuk mengkoreksi tindakan mereka, Karena ini akan bertentangan dengan prinsip umum *rechmatige* yang lazim disetiap negara dalam menjalankan roda pemerintahannya.

Selain manfaat di satu sisi yang di dapatkan investor, namun mekanisme ISDS berpotensi memiliki mafsadah pada *host state*, jika digunakan secara eksek (excessive) oleh investor. Dalam prinsip syariah ketimpangan dalam keuntungan adalah bathil sehingga ini harus dikoreksi. Maka dari itu, untuk sesuainya konsep ini dengan syara', maka meskipun memiliki hak untuk langsung membawa masalahnya dengan *host state* ke forum internasional, tapi tetap diwajibkan bagi investor untuk mengkonfirmasi tindakan, perlakuan, ataupun regulasi yang dianggap merugikan tersebut kepada negara itu lebih dahulu. ini merupakan penghormatan kepada negara yang memiliki kedaulatan (*sovereignty*) Meskipun si investor tidak memakai pengadilan administrasi *host stage* bersangkutan (*exhaustion of local remedies*) karena dianggap tidak akan adil, sebab si investor menggugat negara yang bersangkutan yang kecil kemungkinannya si investor dimenangkan (*denial of justice*), tetapi langkah untuk mengkonfirmasi tindakan tetap diwajibkan syara' di sini untuk menghilangkan eksek yang menjadi larangan di sini.

²⁰⁷ Euis Amalia, *Sejarah Pemikiran Hukum Islam Dari Masa Klasik Hingga Kontemporer*, Cet. I, (Jakarta:Pustaka Asatruss, 2005), h., 208.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian di atas ada tiga kesimpulan yang bisa dikemukakan di sini:

1. Eksistensi dari ISDS di mulai dari proses yang panjang. Investasi Internasional yang mulai tumbuh pesat semenjak akhir perang dunia ke II dan keinginan negara-negara untuk Cikal bakal pengaturan perjanjian investasi dan liberalisasi yang dimasukkan ke piagam Havana (*Havana Charte*), kemudian ke *Multilateral Investment Agreement* (MAI), *Trade Related Investment Measures* (TRIMs), *Regional Investment treaty* (contoh ACIA) yang mana semuanya bersifat kurang efektif dan bahkan gagal sama sekali, sehingga akhirnya di buatlah BIT yang berusaha untuk memperbaiki seluruh traktat yang kurang efektif dan bahkan dianggap gagal sebelumnya. Kemudian dibuatlah BIT atas inisiasi dari *home state* BIT yang selain terdapatnya klausula arbitrase, di sini pula eksistensi dari instrument ISDS itu ada. Untuk Indonesia sendiri eksistensi dari BIT dapat ditemukan di berbagai contoh Perjanjian Ivestasi Internasional. Salah satu yang penulis jadikan contoh di dalam pembahasan adalah Perjanjian Ivestasi Internasional antara Pemerintah Indonesia dengan Pemerintah Kerajaan Inggris.
2. Urgensi dari instrument ISDS didudukan lagi di sini. Ibarat dua sisi mata uang penulis memberikan apresiasi dengan beberapa pembatasan atas eksistensi ISDS ini. Memang pada awal kemunculannya ISDS ini untuk menjaga investor yang kedudukannya di *inferior* muka Hukum Internasional, sehingga asset dan properti

miliknya seringkali dilakukan nasionalisasi ataupun ekspropriasi oleh *host-state*. Tetapi hal demikian untuk saat ini sudah dianggap tidak 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 instrument tersebut hanya dapat dipakai oleh investor asing, sehingga ini sudah menyalahi dari prinsip hukum investasi itu sendiri yakni *non-discrimination*. Instrument ISDS merupakan mekanisme penyelesaian yang berlebihan, dimana juga mengabaikan *exhaustion of local remedies* yang merupakan prinsip umum yang harus dipakai dalam Hukum Internasional jika si investor merasa dirugikan atas kebijakan domestik *host state*. Inilah yang penulis katakan sebagai tindakan berlebihan (*excessive*), sehingga penulis berpendapat, walaupun harus tetap ada, maka instrument ISDS ini perlu dirombak secara radikal supaya dapat sesuai dengan norma hukum internasional dan tidak mengabaikan keadilan (*justice*), kemanfaatan (*expediency*), serta kepastian hukum (*legal certainty*) yang menjadi tujuan dari hukum, termasuk juga tujuan dari Hukum Ekonomi Internasional itu sendiri, seperti yang dikemukakan oleh G. Radbruch.

3. Dari pisau analisis syariah, di mana penulis menggunakan konsep *al-maslahah* untuk membedah kasus dalam karya tulis ini, diakui bahwa instrument ISDS yang dimuat di dalam BITs untuk mengatur investasi internasional ini bersifat baru, tidak ada nash yang *syarih* (jelas) mengatur hukumnya dan tidak ada pula permissalannya di baik di era Nabi, Tabi'in, Tabi' Tabiin ataupun ulama mazhab

sehingga mujtahid sekarang (termasuk penulis) harus berusaha melakukan ijtihad untuk menemukan hukumnya (*istinbath hukum*).

Dari Penjabaran yang sudah dilakukan pada bab sebelumnya dapat disimpulkan, secara klasifikasinya, investasi internasional jelas merupakan masalah yang *dharuriyah* karena syarat untuk pengelompokkan masalah *dharuriyah* *hifdz ad-din*, *hifdz an-nafs*, *hifdz al-'aql*, *hifdz al'ardh*, *hifdz al-mal* yang terdapat pada tujuan utama ketentuan syariah (*maqashid syariah*), terpenuhi semuanya secara berurutan dari skala prioritas tersebut. Penanaman Modal Internasional juga disebut sebagai *Maslahah al-Ammah*, karena diperlukan untuk kemaslahatan entitas negara sebagai representasi orang banyak sedangkan eksistensi dari instrument ISDS merupakan masalah yang *hajiyyah* saja dan secara kandungan instrument ISDS merupakan *Maslahah al-Khashshah*, karena hanya untuk mengakomodasi kepentingan pribadi si investor sajandan tidak berdampak pada masyarakat umum.

Thesa yang dikemukakan al Tufi mengenai al-maslahah ,“dimana ada masalah di sana ada hukum allah”. Dengan demikian setiap adanya unsur kebajikan yang tidak bertentangan dengan akal fikiran dan kebaikan umat pada umumnya (*common good*), maka secara sederhana hal tersebut dapat dikatakan sebagai baik dan dapat dikatakan tidak bertentangan dengan syara’, Dengan demikian, kandungan hukum dari instrument ISDS yang di bahas ini dalam bidang muamalah adalah **dapat dibenarkan, tetapi dengan syarat ketat**, yaitu menghilangkan akses diskresi yang selama ini sering dipergunakan secara serampangan oleh investor. Hal ini mensyaratkan harus meminta tanggapan dari *host state* terlebih dahulu jika

investor merasa ada kebijakan domestik yang dapat merugikan mereka dan melakukan *exhaustion of local remedies* sebelum membawa sengketa tersebut ke forum arbitrase internasional tanpa adanya apiori dengan *denial of justice*. Secara singkat dapat dikatakan di sini, selain nilai masalah dari instrument ISDS yang kecil, juga eksistensinyan sudah tidak signifikan lagi. Selain itu, kalau merujuk pada kaidah fiqih “*setiap yang melampaui batas (berlebihan) maka hukumnya akan berbalik kepada yang sebaliknya*”. Maka jelas, **Instrument ISDS yang bersifat excessive yang lazim dibuat pada PII saat ini sudah dapat tidak dibebankan lagi oleh syara’**. Syariah menginginkan kepentingan para pihak diakomodasi secara berimbang sehingga tidak terdapat kepentingan yang bertolak belakang secara diametral.

B. Saran

1. Untuk pemerintah, ada beberapa hal yang idealnya dilakukan dalam menyikapi instrument ISDS ini dalam PII:
 - a. *Host country* (termasuk Indonesia) diharapkan tidak menandatangani lagi atau setidaknya sangat selektif dengan BITs yang memuat instrument ISDS karena saat sudah menyetujui BITs maka pemerintah siap untuk digugat kapanpun ketika investor merasa dirugikan oleh kebijakan/ tindakan pemerintah terhadap aset dan propertinya.
 - b. Sebagai perjanjian internasional (PI), BIT yang sudah disepakati tidak dapat ditarik secara sepihak dengan sembarangan sekalipun dengan alasan kepentingan kebijakan dalam negeri (*vide* article 26 konvensi wina 1969). Meskipun, negara mempunyai kekuasaan mutlak (*absolute sovereignty*), akan tetapi ketika ia sudah

menyetujui untuk mengikatkan diri dengan sebuah PI (dalam hal ini perjanjian investasi internasional/PII), maka harus tunduk dengan ketentuan tersebut sesuai dengan konvensi Wina tersebut. Negara tidak dapat membatalkan dengan semauanya saja, karena ada proses yang cukup memakan waktu dalam pengakhiran BIT ini nantinya.

2. Untuk masyarakat, diharapkan adanya partisipasi aktif dalam mengawasi kebijakan pemerintah, termasuk dengan keinginan pemerintahan Jokowi untuk masuk ke *Trans-Pacific Partnership* (TPP) yang agreement-nya juga memuat instrument ISDS. Jika instrument ISDS masih tetap ingin diberlakukan, maka segala akses yang hanya menguntungkan investor saja harus ditinjau ulang, supaya ada keseimbangan dalam mengakomodasi kepentingan negara (representasi rakyat) dengan investor secara proporsional.
3. Untuk Fakultas Hukum Brawijaya dan Fakultas Syariah UIN-Maulana Malik Ibrahim, diharapkan skripsi ini sebagai motor dalam menghasilkan karya skripsi berikutnya yang tidak hanya yang bersifat lintas bagian (perdata, pidana, HTN, HI, dll), tapi juga diharapkan lintas rumpun ilmu hukum (Hukum Islam, Hukum Positif, dll)
4. Untuk akademisi, Meskipun dapat dijadikan sebagai *hujjah* dalam argumentasi hukum, namun pemakaian *al-maslahah* adalah upaya terakhir (*the last resort*) yang dilakukan jika tidak ada hujjah lainnya dalam penemuan hukum tersebut. Hal ini bertujuan untuk menghindari iktilaf (perbedaan pendapat) di antara ulama yang menentang eksistensi *maslahah mursalah* untuk dijadikan hujjah, juga untuk menghindari diri dari perbuatan memperturutkan hawa nafsu belaka, karena *maslahah mursalah* pada dasarnya akal yang memainkan peran utama dengan tanpa/ minimnya nash yang *syarih* mendukung.

5. *Last but not least*, untuk para akademisi, penulis mengharapkan penelitian mengenai ISDS ini dari segi konseptual sangat *multi-facet* (multi aspek) dalam bidang Hukum Internasional yang meliputi pembahasan tentang PI, perlindungan terhadap warga asing, kedaulatan negara, penyelesaian sengketa (arbitrase), dll supaya dapat dikembangkan lagi agar penelitian ini lebih komprehensif kedepannya.



DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad, Zainal Abidin, *Piagam Nabi Muhammad SAW, Konstitusi Negara Tertulis Pertama di Dunia*, Cet. I, Jakarta: Bulan Bintang, 1973.
- Al-Alim, Yusuf Hamid, *al-Maqasyid al-Ammah li al-Syari'ati al-Islamiyah*, Dar al-Hadis, Kairo: Tanpa tahun.
- Al-Buthi, Muhammad sa'id Ramadhan, *Dhawabit al-Mashlahat fi al-Syari'ah al-Islamiyyah*, Bairut: Mu'assasah al-Risalah, 1977.
- _____, *Dhawabit al-Maslahat fi as-Syaah al-Islamiyah*, Kairo: Dar an-Nahdah al-Arabiyah, 1971.
- Al-Fairuzabadi, *Al-Qamus al-Muhith*, Bairut: Dar al-Fikr, Tanpa tahun.
- Al-Gazali, Abu Hamid, *Al-Mustashfa min 'ilm al-Ushul*, Bairut: Syirkan al-Thia'ah al Fanniyyah al-Muttahidah, 1971.
- Al-Jauziyah, Ibn Qayim, *I'lam al-Muwaqi'in al-Rab al-Alamin*, Juz, 1, Kairo: Dar al-Fikr, Tanpa tahun.
- Al-Mishri, Ibn Manzhur al-Afriqi, *Lisan al-'Arab*, Jilid. ke 2, Bairut: Li al-Thiba'ah wa al-Nasyr, 1955.
- Almunawar, Said Agil Husin, *Pelaksanaan Arbitrase Di Dunia Islam*, bagian *Arbitrase Islam Di Indonesia*, Jakarta: Badan Arbitrase Muamalat Indonesia Kerjasama Dengan Bank Muamalat, 1994.
- Al-Qardhawi, Yusuf, *Fiqh Maqashid Syariah (Moderasi Islam antara Lairan Tekstual dan Aliran Liberal)*, Cet. 1, Jakarta: Pustala Al-Kautsar, 2007.
- Al-Qathan, Manna, *Al-Tasri' wa Al-Fiqh fi Al-Islam*, Tanpa kota terbit: Muassasah al-Risalah, Tanpa tahun.
- Al-Qur'an dan terjemahannya, Departemen Agama Republik Indonesia: Pustaka Agung Harapan 2006.
- Amalia, Euis, *Sejarah Pemikiran Hukum Islam Dari Masa Klasik Hingga Kontemporer*, Cet. I, Jakarta: Pustaka Asatruss, 2005.
- Amrullah dkk., penyunting, *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Cet. ke-1, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Anoraga, Pandji, *Perusahaan Multi-Nasional Penanaman Modal Asing*, Jakarta: Pustaka Jaya, 1995.
- At-Thufi, *At-Ta'yin Fi Syarhi al-arba'in*, Beirut: Muassasah al-Rayyan, 1998.

- Aulawi, A. Wasit, *Arbitrase Dalam Perspektif Hukum Islam*, dalam *Arbitrase Islam Di Indonesia*, Jakarta: Badan Arbitrase Muamalat Indonesia Kerjasama Dengan Bank Muamalat, 1994.
- Bernasconi, Nathalie and all, *Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development*, Tanpa kota terbit: IISD, 2012.
- Bisri, Cik Hasan, *Hukum Islam Dalam Tatanan Masyarakat Indonesia*, Jakarta: Logos, 1998.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford: Oxford University Press, United Kingdom, 2003.
- Chandrawulan, An An, *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberakisasi Hukum Perdagangan Internasional, dan Hukum Penanaman Modal*, Bandung: Alumni, 2011.
- Dar, Usha and Prata K. Dar, *Investment Opportunities in ASEAN Countries*, New Dehi: India, 1979.
- Dixon, Martin, *Textbook on International Law*, London: Blackstone Press, 1996.
- _____ and Robert McCorquodale, *Cases and Material on International Law*, Oxford: University Press, New York, 2003.
- Dolzier, Rudolf and Cristoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford: University Press, New York, 2008.
- Effendi, Satria, *Ushul Fiqh*, Jakarta: Prenada Media, 2005.
- Fabry, Elvire, and Giorgio Garbasso, *“ISDS” in the TTIP the devil is in the details*, Paris: Policy Paper, Notre Uurope Paris: Jacques Delors Institute, 2015.
- Faundez, Julio, *A Decision without A Strategy: Excess Profits in The Nasionalisation of Copper in Chile*, London: Macmillan Press, 1978.
- Gautama, Sudargo, *Arbitrase Bank Dunia tentang Penanaman Modal di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia dalam Perkara Hukum Perdata*, Bandung: Alumni, 1994.
- _____, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Bandung: Alumni, 1986.
- Hallaq, Wael B., *Sejarah Teori Hukum Islam*, Terjemahan oleh E. Kusnadingrat Abd. Haris bin Wahid, Cet. ke-2, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001.
- _____, *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge: Cambridge University Press, 1977.
- Haroen, Nasrun, *Ushul Fiqh*, Cet III, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 2001.
- Haryono, Anwar, *Hukum Islam, Keleluasaan dan Keadilannya*, Jakarta: Bulan Bintang, Tanpa tahun
- HS, H. Salim, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010

- Ibrahim, Johnny, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing, 2006.
- Irfan, Abbas, *99 Kaidah Fiqh Muamalah Kulliyah (Tipologi dan Penerapannya dalam Ekonomi Islam dan Perbankan Syariah)*, Malang: UIN-MALIKI PRESS, 2013.
- Iqbal, Muhammad, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam*, Lahore: Tanpa penerbit, 1975.
- Juwana, Hikmahanto, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*, Cet. 1, Jakarta, Lentera Hati, 2002.
- Karim, Umar Abd, *Dhowabith al-Ushuliyah lil Ijtihad fi Siyasati Syar'iyah*, Libanon: Dar al-Kotoob al-Ilmiyah, , 1971.
- Khalaf, Abdul Wahab, *Ilmu Ushul Fiqh*, Kuwait: ad-Dar al-Kuwaitiyah, 1968.
- _____, *Ilmu Ushul Fiqh*, Jakarta: PT. Rineka Citra, 1990.
- Lubis, Suhrawardi K., *Hukum Ekonomi Islam*, Cet I, Jakarta: Sinar Grafika, 2000.
- Madzkur, Salam, *al-Qada Fi Al-Islam*, Mesir: Dar al-Qalam, Tanpa tahun.
- Mallor, Jane P. (Et.Al). *Business Law And The Regulatory Environment. Concept And Cases*, Boston: Mc.Graw Hill, 1998.
- Mansur, Ali Ali, *Syariat Islam dan Hukum Internasional Umum*, Cet. Ke-1, Jakarta: Bulan Bintang, 1973.
- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*, Cet. ke-2, Yogyakarta: Liberty, 2005.
- Moinuddin, Hasan, *The Charter of Islamic Conference: The Legal and Economic Framework*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Muhammad, *Aspek Hukum Dalam Muamalat*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2007.
- Nabhan, Muhammad Faruq, *Al-Madkhal Li Al-Tasryri' Al-Islami*, Jilid VIII, Beirut: Dar Al-Shadir, Tanpa tahun.
- Nussbaum, Athur, *Sedjarah Hukum Internasional*, Terjemahan oleh Sam Suhaedi Admawiria, Bandung: Binatjipta, 1969.
- Rabinowitz, Victor, *The Cuban Nasionalisation in The United States Courts: The Sabbatino Case and Its Progeny*, dalam *The Nationalisations of Multinationals in Peripheral Economies*, edited by Julio Faundez and Sol Picciotto, London: The Macmillan Press Ltd, 1978.
- SA, Romli, *Muqaramah Mazahib fil Ushul*, Cet I, Jakarta: Gaya Media Pratama, 1999.
- Sabiq, Sayyid, *Fiqh Sunnah*, Jilid 13, Bandung: PT. al Ma'arif, 1987.

- Sardar, Ziauddin, *Masa Depan Islam*, Bandung: Pustaka, 1987.
- Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: University Press, 1966.
- _____, *Pengantar Hukum Islam*, Terjemahan oleh M, Syarifuddin, Jakarta: DEPAG RI, 1985.
- Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, United Kingdom, 2009.
- Shaw, Malcom N., *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Soeropati, Oentoeng, *Hukum Investasi Asing*, Salatiga: Fakultas Hukum UKSW, 1999.
- Sornarajah, M., *Principles of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, United Kindom, 2004.
- _____, *The Settlement of Foreign Investment Dispute*, The Hague: Kluwer, 2000.
- Stephson, Andrew and Lee Carol, “*Protecting Foreign Investment By Using Bilateral Investment Treaty*”, Tanpa kota terbit: Clayot UTZ, 2012.
- Subedi, Surya P., *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.
- Suhardi, Gunarto. *Beberapa Elemen Penting Dalam Hukum Perdagangan Internasional*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2004.
- Supancana, I.B.R., *Laporan Penelitian Aspek-Aspek Transnasional Pada Sengketa Penanaman Modal Asing Di Indonesia*, Jakarta: Kerjasama BPHN dengan Pusat Kajian Regulasi, 2007.
- Syahrur, Muhammad, *al-Kitab wa al-Quran: Qira'ah al-Muashirah*, Kairo: Dar al-Insaniyah al-Arabiyah, 1990
- Syarifuddin, Amir, *Ushul Fiqh*, Jilid 1, Cet. 5, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2014.
- _____, *Ushul Fiqh*, Jilid II, Cet. I, Jakarta: Logo Wacana Ilmu, 1999.
- Syaltut, Mahmud, *Al-Isam Aqidah wa Syariah*, Beirut: Dar al-Fikr, Tanpa tahun.
- Usman, Iskandar, *Ihtisan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Cet. ke-1, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994.
- Wahyudi, Yudian, *Ushul Fiqh versus Hermeneutika: Membaca Islam dari Kanada dan Amerika*, Yogyakarta: Newaesea Press, 2006.
- Wellhausen, Rachel, *Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement*, Texas at Austin: Journal of International Dispute Settlement, University of Texas at Austin, Desember 2015.

Zahrah, M. Abu, *Hubungan-Hubungan Internasional dalam Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1973.

JURNAL/PENELITIAN

Anzorena, C. Ignacio Suarez and William K. Perry, *The Rise of Bilateral Investment Treaties: Protecting Foreign Investments and Arbitration*, Tanpa kota terbit: International Law Journal, 2010.

Hodgeson, Marshall G.S., *The Venture Of Islam: Iman dan Sejarah dalam Peradaban Dunia*, Vol. 1, Buku 2, Terjemahan oleh Mulyadhi Kartanegara, Jakarta: Paramadina, 2002.

Mann, Howard, *Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development*, Lewis & Clark Law Review, Vol.17, Tanpa tahun.

Supancana, I.B.R., *Laporan Penelitian Aspek-Aspek Transnasional Pada Sengketa Penanaman Modal Asing Di Indonesia*, Jakarta: Kerjasama BPHN dengan Pusat Kajian Regulasi, 2007.

Tupman, W. Michael, *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Tanpa kota terbit: dalam *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, , Oktober 1986.

Zahrah, M. Abu, *Hubungan-Hubungan Internasional dalam Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1973.

_____, *Tarikh al-Mazahib al-Islamiyyah*, Juz, 1, Kairo: Dar al-Fikr, Tanpa tahun.

Zein, Satria Effendi, *Arbitrase Dalam Islam*, Mimbar Hukum, No.6 Tahun V, Jakarta: Yayasan Al- Hikmah Ditbinbapera, 1994.

THESIS/ DISERTASI/ PIDATO PENGUKUHAN GURU BESAR

Abdurrachman, Asjmuni, *Sorotan Terhadap Berbagai Masalah Sekitar Ijtihad*, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Syari'ah yang disampaikan di Hadapan Rapat Senat Terbuka, Yogyakarta: IAIN Sunan Kalijaga, Tanggal 25 Mei 1996.

Kahhar, Wahidul, *Efektifitas Masalah Mursalah Dalam Penetapan Hukum Syara'*, Jakarta: Thesis, Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2003.

Muardi, Chatib, *Masalah Mursalah Sebagai Pertimbangan Ijtihad Mengembangkan Hukum Yang Relevan Dengan Kebutuhan Masa Kini*, Jakarta: Disertasi, Pascasarjana IAIN 1994.

Zaidun, Muchammad, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Surabaya: Disertasi Program Diktor Pascasarjana Uniersitas Airlangga, Tidak diterbitkan, 2005.

TRAKTAT/ KONVENSI INTERNASIONAL

ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.

The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

Vienna Convention on the Law of Treaties.

1976 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investments.

UNDANG-UNDANG

Undang - Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaan Modal (Lembaran Negara Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4724).

Undang - Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (Lembaran Negara Tahun 2000 Nomor 185, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4012).

INTERNET

Anonim, *Governments Are Souring Treaties Protect Foreign Investors Arbitration*, <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756>, diakses pada 8 Maret 2016.

BKPM, 2015, *Siaran Pers: BKPM Susun Template Perjanjian Investasi*, http://www.bkpm.go.id/contents/news_detail/239301/Siaran+Pers%3A+BKPM+, diakses pada 3 Maret 2016.

Direktorat Jenderal Pajak, *Pembiayaan Negara 70 Persen Dari Pajak*, <http://www.pajak.go.id/content/pembiayaan-negara-70-persen-dari-pajak>, diakses pada 27 Oktober 2016

Gaukrodger, D. and K. Gordon, 2012, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf, diakses pada 8 Maret 2016.

IISD, (n.d.), *ICSID tribunal finds jurisdiction over mining license dispute involving British and Australian companies in Indonesia*, <http://www.iisd.org/itn/2014/05/14/awards-and-decisions-15/>, diakses pada 20 September 2016.

Lubis, Azhar, dalam Ranto Rajagukguk, 2014, *Gugatan Newmont Dinilai Bahayakan Kedaulatan RI*, <http://m.inilah.com/news/detail/2117227/>, diakses pada 27 Februari 2016.

Newman, Lawrence W. and David Zaslowsky, *The Difference Between Commercial and Investment Arbitration*, <http://www.jurispub.com/The-Difference-between-Commercial-and-Investment-Arbitration-Part-5-Chapter-43-The-Practice-of.html>, diakses pada 8 Juni, 2016.

Setyowati, Desy, 2015, *Sering Dirugikan Pemerintah Ingin Akhiri Kerja Sama Investasi*, <http://katadata.co.id/berita/2015/05/11/>, diakses pada 2 Maret 2016.

UNCTAD (n.d.). *Indonesia: Bilateral Investment Treaties (BITs)*. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97#iiaInnerMenu>, diakses pada 1 Maret 2016

UNCTAD, (n.d.), *Investor-State Dispute Settlement: Review Of Developments In 2015*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, diakses pada 1 Desember 2016

World Bank, (n.d.) *International Center for Settlement of Investment Disputes*, : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=searchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=indonesia>. diakses pada 9 September 2016.

