

**EKSEKUSI PUTUSAN ARBITRASE ICSID DAN KAITANNYA
DENGAN IMUNITAS NEGARA DARI EKSEKUSI**

SKRIPSI

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum
pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia**

MELISSA WATI NOVALINA BUTAR BUTAR

0505001666



UNIVERSITAS INDONESIA

FAKULTAS HUKUM

PROGRAM STUDI HUKUM TENTANG HUBUNGAN TRANSNASIONAL

DEPOK

JUNI 2009

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Skripsi ini adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : Melissa Wati Novalina Butar Butar

NPM : 0505001666

Tanda Tangan :

Tanggal : 1 Juni 2009

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh

Nama : Melissa Wati Novalina Butar Butar
NPM : 0505001666
Program Studi : Hukum
Judul Skripsi : Eksekusi Putusan Arbitrase ICSID dan Kaitannya dengan Imunitas Negara dari Eksekusi

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Program Studi Hukum Transnasional, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

DEWAN PENGUJI

Pembimbing :

Pembimbing :

Penguji :

Penguji :

Ditetapkan di :

Tanggal :

KATA PENGANTAR

Puji syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yesus Kristus, juruselamat dan penolong saya dalam hidup, karena hanya atas berkat dan penyertaan-Nya semata saya bisa menyelesaikan skripsi ini. Penulisan skripsi ini dilakukan guna memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, mulai dari masa perkuliahan sampai pada masa penyusunan skripsi ini, akan sangat sulit bagi saya untuk menyelesaikan skripsi ini. Oleh karena itu saya mengucapkan terima kasih kepada:

1. Mom and Dad, thank you for always having me in your prayer; Karlos and Paul, my best brothers, thanks for all your support (especially for Paul, thanks for all of your jokes and mean words to keep me awake all night long for this thesis); I love you all with my life.
2. Prof .Hikmahanto Juwana dan Pak Adijaya Yusuf, kedua pembimbing skripsi saya yang sangat sabar dan telah bersedia menyediakan waktu, tenaga, dan pikiran guna mengarahkan dan membantu saya dalam penyusunan skripsi ini.
3. My best girls, (I keep my promise to have all of you in full name, tadinya mau gw tambahin NPM sekalian, hihhi..): Herlina Hardian, Made Yossy Pratiwi, Sharita Nidya Putri, Tania Cahya Utami Dewi (sesuai abjad yahh penulisannya, jadi ga boleh ada yang sirik..), thank you so much for everything, it has been marvelous years that I had with all of you (sharing laughs and tears) and I hope we can still have this friendship even after we leaving the school (pasti dimarahin soalnya cuma sedikit kata-katanya,, hehhe,, soalnya kalo harus ditulis semua curahan hatinya,, yang ada kata pengantar akan lebih banyak dari pada isi skripsinya,, hohoho.); tak terlupakan Anggi Yanuar Saleh (I'm not putting you in the previous list since you're not considerably compatible to the "girls" list,, hohohoh), thank you so much for all your support, your jokes, and for sure your "poison". Thanks for

your attempt to contaminate me with your “player” stuff. For me, all of you are blessings and one of the best things that ever happened to me in this law school.

4. ILMS, Asia Cup 2006 team, dan Vis Moot 2007 team, thank you for all valuable experiences and knowledge that we share together.
5. Teman-teman seperjuangan dalam penulisan skripsi ini: Alamanda (my partner in crime; international mootng and overseas internship while we had regular classes to attend, those were serious crimes,, and nothing gonna change this: my gossipmate for my entire law schooling, hehehe .. Also, Tuty and Gita, semangat selalu yaa.
6. Semua dosen dan perangkat Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang tidak dapat saya sebutkan satu persatu.

Akhir kata, saya berharap Tuhan akan membalas segala kebaikan semua pihak yang sudah membantu. Semoga skripsi ini dapat memberikan manfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan, dan dapat membantu dalam memberikan informasi kepada mereka yang membutuhkannya.

Depok, 1 Juni 2009

Penulis

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : Melissa Wati Novalina Butar Butar
NPM : 0505001666
Program Studi : Hukum tentang Hubungan Transnasional
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul :

**EKSEKUSI PUTUSAN ARBITRASE ICSID DAN KAITANNYA DENGAN
IMUNITAS NEGARA DARI EKSEKUSI**

Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di: Depok

Pada tanggal : 1 Juni 2009

Yang menyatakan,

(Melissa Wati Novalina Butar Butar)

ABSTRAK

Nama : Melissa Wati Novalina Butar Butar
Program Studi : Hukum Tentang Hubungan Transnasional
Judul : Eksekusi Putusan Arbitrase ICSID Dan Kaitannya Dengan Imunitas Negara Dari Eksekusi

Skripsi ini membahas mengenai bagaimana ketentuan mengenai imunitas negara dari eksekusi memberikan pengaruh pada upaya eksekusi putusan arbitrase ICSID yang ditujukan pada properti negara. Penelitian dilakukan dengan studi pustaka dan disertai dengan studi kasus. Hasil penelitian menunjukkan bahwa keberadaan ketentuan imunitas negara dari eksekusi memberikan pengaruh yang sangat signifikan pada usaha eksekusi putusan arbitrase ICSID terhadap negara yang gagal menjalankan kewajibannya sesuai dengan putusan tersebut secara sukarela. Signifikansi dari keberadaan ketentuan ini terlihat pada kenyataan bahwa dalam banyak kesempatan, ketentuan inilah yang dijadikan dasar oleh pengadilan untuk menolak permohonan eksekusi putusan arbitrase ICSID yang ditujukan pada properti negara.

Kata kunci :

Imunitas negara, imunitas negara dari eksekusi, eksekusi putusan arbitrase ICSID

ABSTRACT

Name : Melissa Wati Novalina Butar Butar
Study Program : Hukum Tentang Hubungan Transnasional
Title : Eksekusi Putusan Arbitrase ICSID Dan Kaitannya Dengan Imunitas Negara Dari Eksekusi

This mini thesis primarily discusses the issue of state immunity from execution and its impinge on the execution of ICSID award against state property. It shows that the existence of the rule concerning state immunity from execution provides a significant impact towards the execution of ICSID award against the state who fails to have a voluntary compliance upon the said award. Such significant impact can be clearly pictured by viewing the fact that in most cases, the particular rule of immunity had been the ground manufactured by the court as the reason in refusing to grant any request of execution towards state's property.

Key words:

State immunity, state immunity from execution, execution of ICSID award

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	ii
LEMBAR PENGESAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI ILMIAH.....	vii
ABSTRAK.....	vi
DAFTAR ISI	ix
DAFTAR KASUS.....	xi
DAFTAR SINGKATAN.....	xvii
1. PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang.....	1
1.2 Pokok Permasalahan.....	9
1.3 Tujuan Penelitian.....	9
1.4 Kerangka Konseptual.....	10
1.5 Metodologi Penelitian.....	13
2. PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ICSID.....	15
2.1 Putusan Arbitrase ICSID Bersifat Final dan Mengikat; Para Pihak Berkewajiban Menaati dan Mematuhi Isi Putusan.....	17
2.2 Mekanisme Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase ICSID.....	21
2.2.1 Pengakuan Putusan Arbitrase ICSID.....	22
2.2.2 Pelaksanaan Putusan Arbitrase ICSID.....	30
3. EKSEKUSI PUTUSAN ARBITRASE ICSID DAN KAITANNYA DENGAN IMUNITAS NEGARA DARI EKSEKUSI PUTUSAN.....	36
3.1 Eksekusi Putusan Arbitrase ICSID Tunduk Kepada Hukum yang Berlaku di Teritori Tempat Eksekusi Dimohonkan.....	38
3.2 Konsep Imunitas Negara Secara Umum.....	41
3.3 Imunitas Negara dari Eksekusi Putusan (Imunitas yang Dimiliki Oleh	
3.4 Properti Pihak yang Berdaulat).....	44
3.4.1 Teori Pendekatan Restriktif dan Imunitas Negara dari Eksekusi.....	46
A. Properti yang Digunakan Untuk Aktivitas atau Tujuan Komersial..	48
B. Pengesampingan (Waiver) Terhadap Hak Atas Imunitas Negara Dari Eksekusi.....	53
C. Konsep Nexus Requirement.....	60
D. Properti atau Aset yang Secara Khusus Memiliki Imunitas dari Eksekusi Putusan.....	64
1. Properti dan Aset Bank Sentral.....	65
2. Properti dan Aset Misi Perwakilan Diplomatik.....	73
3.4.2 Eksekusi Putusan Arbitrase Internasional dan Imunitas Negara Dari Eksekusi.....	79

4. STUDI DAN ANALISIS KASUS.....	89
4.1 AIG Capital v. Republic of Kazakhstan.....	89
4.1.1 Kasus Posisi.....	89
4.1.2 Pertimbangan dan Putusan Hakim.....	90
4.1.3 Analisis.....	92
A. Isu pertama: Pengkategorian Properti yang Akan Dijadikan Obyek Eksekusi dan Signifikansinya Terhadap Isu Imunitas.....	93
B. Isu Kedua: Terhadap Properti Bank Sentral, UKSIA Menggunakan Pendekatan Absolut.....	95
C. Isu Ketiga: Penentuan Terminologi “Komersial” dalam konteks Properti yang Digunakan untuk Tujuan Komersial.....	100
4.2 LETCO v. Republic of Liberia.....	104
4.2.1 Kasus Posisi.....	104
4.2.2 Putusan dan Pertimbangan Hakim.....	105
4.2.3 Analisis.....	105
A. Isu Pertama: Pembekuan Rekening Misi Diplomatik Akan Melanggar VCDR.....	106
B. Isu Kedua: Berdasarkan Ketentuan FSIA Rekening Misi Diplomatik Tersebut Memiliki Imunitas Dari Eksekusi.....	108
5. PENUTUP.....	113
5.1 Kesimpulan.....	113
5.2 Saran.....	117
6. DAFTAR REFERENSI.....	118
7. LAMPIRAN	
7.1 Konvensi ICSID	
7.2 Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (CJISP)	
7.3 FSIA 1976	
7.4 UKSIA 1978	
7.5 AIG Capital v. Republic of Kazakhstan (<i>High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court</i>)	
7.6 LETCO v. Republic of Liberia (<i>United States District Court for the District of Columbia</i>)	

DAFTAR KASUS

A. ICSID

1. AIG Capital Partners Inc. and CJSC Tema Real Estate Co. v. Republic of Kazakhstan (*ICSID Case No. ARB/01/6*).
2. Holiday Inns S.A. and others v. Morocco (*ICSID Case No. ARB/72/1*).
3. Interim order No.1 on Guinea's application for Stay of Enforcement of the Award, 12 August 1988) *4 ICSID Reports 115/6*.
4. Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Government of The Republic of Liberia (*ICSID Case No. ARB/83/2*).
5. S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo (*ICSID Case No. ARB/77/2*).
6. Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal (*ICSID Case No. ARB/82/1*).

B. ICC

1. Interim ICC Award no. 3879 (1984).

C. AMERIKA SERIKAT

1. Alberti v. Empresa Nicaraguense de la Carne , *705 F. 2nd 250* (2nd Circuit, 1983).
2. Banco Central de Reserva del Peru v. Riggs Nat'l Bank, District Court of Columbia, *919 F. Supp. 13, 17* (D.D.C. 1994).
3. Banco National de Cuba v. Sabbatino, United States Supreme Court, *376 U.S 398, 84 S.Ct.923, 11 L Ed.2d 804* (1964).
4. Banque Compafina v. Banco de Guatemala, Southern District of New York, *583 F. Supp. 320, 322* (S.D.N.Y. 1984). Berizzi Brothers Co. v. The Pesaro, *271 U.S 562* (1926).
5. Birch Shipping Corp. v. Embassy of the United Republic of Tanzania, District Court of Columbia, *507 F. Supp. 311* (D.D.C. 1980).

6. Brazosport Towing Co., Inc. v. 3.838 Tons of Sorghum Laden on board, Southern Division of Texas, *607 F.supp* (1984).
7. Cf.Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics, United States Court of Appeal, *761 F.2d 370* (7th Cir.1985).
8. Chicago Bridge and Iron Co. v. Islamic republic of Iran, District Court of Illinois, *6 ILR* (1982).
9. Commercial Bank of Kuwait v. Rafidian Bank, *15 F.3d 238* (2d Cir. 1994);
10. Ferrostaal Metals Corp. v. S.S. Lash Pacifico, Southern District of New York, *652 F. Supp. 420* (S.D.N.Y. 1987).
11. Foxworth v. Uganda, Southern District of New York, Southern District of New York, *769 F Supp* (S.D.N.Y 1992).
12. Gadsby & Hannah v. Socialist Republic of Romania, *698 F. Supp. 483* (1988).
13. Gibbons v. Republic of Ireland, District Court of Columbia, *532 F.Supp.668. 670-671* (D.D.C.1982).
14. International Ins. Co. v Caja Nacional De Ahorro Y Seguro, *293 F.3d 392* (7th Cir. 2000).
15. LNC Investments, Inc. v. Republic of Nicaragua, Southern District of New York, *115 F. Supp. 2d 358, 360* (S.D.N.Y. 2000).
16. LNC Investments, Inc. v. Banco Central De Nicaragua, United States Court of Appeal dari United States District Court of Columbia, *228 F.3d 423* (2d Cir. 2000).
17. MacArthur Area Citizens Association v. Republic of Peru, District Court of Columbia, *809 F. 2d 918, 920* (D.C. Cir. 1987).
18. M.B.L. International Contractors, Inc. and Alves Contracting Company, Limited v. Republic of Trinidad and Tobago, United States District Court, Northern Division of Texas, Fort Worth Division, 14 June 1994, *784 C No. 290* (1994).
19. Morgan Guaranty Trust Company of New York v. Republic of Palau, Southern District of New York, *675 F. Supp. 1475* (S.D.N.Y. 1987).
20. Republic of Argentina v. Weltover, United States Supreme Court *504 U.S. 607* (1992).

21. *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).
22. *Shapiro v. Republic of Bolivia*, 930 F.2d 1013 (2d Cir. 1991).
23. *Tele-Oren v. Libyan Arab Republic*, District Court of Columbia, 726 F.2d 774 (D.C.Cir.1984).
24. *Olympic Chartering S.A. v. Ministry of Indus. & Trade of Jordan*, 134 F. Supp. 2d 528, 534 (S.D.N.Y. 2001).
25. *Weston Compagnie de Finance et D'Investissement, S.A. v. La Republica del Ecuador*, Southern District of New York, 823 F. Supp. 1106 (S.D.N.Y. 1993).

D. PERANCIS

1. *Benvenuti & Bonfant Co. v. Government of the People's Republic of Congo*, Judgment of June 6 [should read 26], 1981, Court of Appeal, Paris, *translated in 20 ILM 877* (1981).
2. Cour d'Appel, Paris, "Decision of June 26, 1981," 108 *J. Droit Int'l (Clunet)* 843 (1981).
3. *Etat francais c/ Societe Europeenne d'etude et d'entreprises et autres*, Cass. Francaise, *RDA* (1987).
4. *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Court de Cassation (France), *reprinted in 23 I.L.M. 1062* (1984).
5. *Le Gouvernement de la Fédération de Russie v. Compagnie de Noga d'Importation et d'Exportation*, Paris Court of Appeal, August 10, 2000.
6. *Société Bec Frères v. Office des Céréales de Tunisie*, Cour d'Appel, Rouen, 20 June 1996, *Revue de l'arbitrage* 263, 113 *ILR* 485.
7. *Société Creighton v. Ministre des Finances de l'Etat du Qatar et autre*, Cour de Cassation (1st Civil Chamber), 6 July 2000, *Bulletin civil I, no 207* (2001), *Revue de l'arbitrage* 114.
8. *SOABI (Seutin) v. Senegal*, Judgment of Dec. 5, 1989, Court of Appeal, Paris, 117 *JDI* 141 (1990).
9. *SOABI (Seutin) v. Senegal*, French Court of Cassation, June 11, 1991, 130 *ILM* 1167 (1991).

E. INGGRIS

1. AIC Ltd v Federal Government of Nigeria, High Court of Justice Queen's Bench Division, case no. S/03/0056; S/03/005 (2003).
2. AIG Capital Partners, Inc, CJSC Tema Real Estate Company Limited (claimants) v. The Republic of Kazakhstan (Defendant), ABN AMRO Mellon Global Securities Services B.V., ABN AMRO Bank N.V, The National Bank of Kazakhstan (third parties intervener), High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, Case No: 2004 (2005), [2006] 1 WLR 1420, [2005] EWHC 2239 (Comm).
3. Alcom Ltd v. Republic of Colombia, House of Lords, 2 All ER 6, 74 ILR 170 (1984).
4. A Company v. Republic of X, 2 Lloyd's Rep. at 522.

F. JERMAN

2. Philippine Embassy Case, Bundesverfassungsgericht (German Federal Constitutional Court) 46 BVerfGE 342 (Nov. 1977).
3. NIOC Revenues Case, Bundesverfassungsgericht, 12 Apr. 1983, BVerfGE 64, 1, 65 ILR 215 (1983).

G. SWITZERLAND

1. Banque centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA, Tribunal Fédéral Suisse, 15 Nov. 1978, ATF 104 Ia 367, 65 ILR 417.
2. Greek Republic v. Walder and Others, Tribunal Fédéral Suisse, 28 Mar. 1930, ATF 56 I 237, 5 Ann.Dig. (1929-1930).
3. Libyan American Oil Company v. Socialist People of Arab republic of Lybia, Swiss Federal Supreme Court (19 Juni 1980), 20 ILM (1981).
4. Republique Arabe Unie c/ Dame X, 10 Februari 1960, 55 AJIL (1960).

5. Royaume de Grèce v. Banque Julius Bär & Cie, Tribunal Fédéral Suisse, 6 June 1956, *ATF 82 I 75*, *18 ILR 195*.

H. ITALIA

1. Condor and Filvem v. Ministry of Justice, Case No. 329, 15 July 1992.
2. Diana Gayle Abbott v. República de Sudáfrica, Tribunal Constitucional, 1 July 1992, Aranzadi, Decision No. 107, *113 ILR 413*.
3. Libya v. Rossbeton SRL, Case No. 2502, 25 May 1989, *87 ILR 63*.
4. Prefect of Milan v. Federici and Savoldi, Corte di Cassazione, 30 Sept. 1968, *65 ILR 27*.

I. BELANDA

1. Cabolent v. NIOC, The Hague Court of Appeal, 28 Nov. 1968, *1 NYIL (1970) 225* dan *47 ILR 138*.
2. D'Entreprises en liquidité volontaire (SEEE) v. Yugoslavia, Hoge Raad, 26 Oct. 1973, *65 ILR 356 A*.
3. Spanish Consular Bank Accounts Case, Landgericht, Stuttgart, 21 Sept. 1971, *65 ILR 114*.

J. BELGIA

1. Cf. Irak v. SA Dumez, Tribunal Civil, Brussels, 27 Feb. 1995, *Journal des Tribunaux (JT) 565*, *106 International Law Reports (ILR) 284 (1995)*.
2. Leica AG v. Central Bank of Iraq et Etat irakien, Cour d'appel Brussels, 15 Feb. 2000.

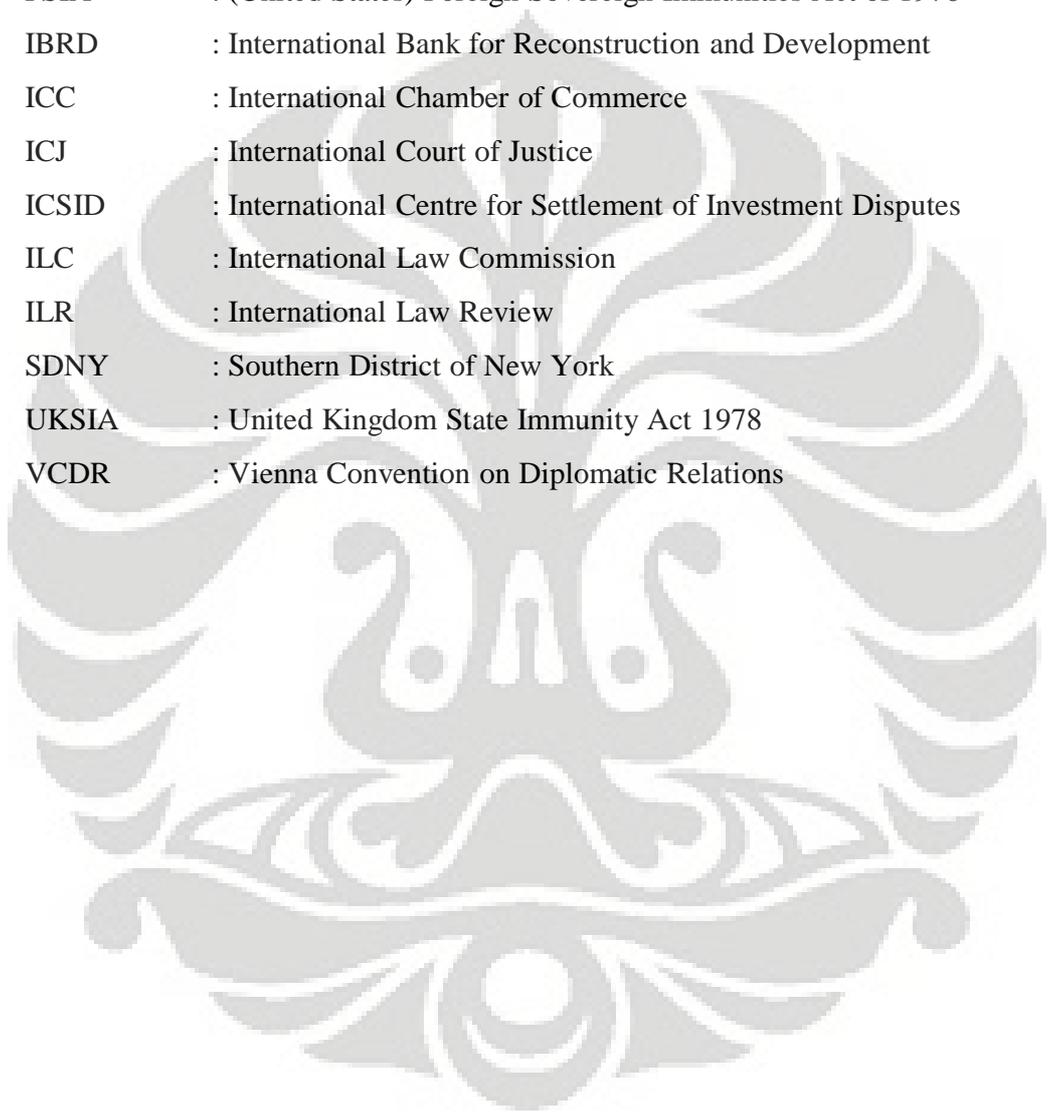
K. SWEDIA

1. Libyan American Oil Company v. Socialist People of Arab republic of Lybia, Svea Court of Appeal, (18 Juni 1980), *7 Yearbook Commercial Arbitration*.

L. KANADA

1. *United States v. The Public Service Alliance of Canada*, 2 *S.C.R* [1992], dicetak ulang dalam 50, 32 *I.L.M.* 1 (1993).

**DAFTAR SINGKATAN**



ASIA	: Australian State Immunity Act
CJISP	: Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property
CSIA	: Canada State Immunity Act
ECHR	: European Convention of Human Right
FSIA	: (United States) Foreign Sovereign Immunities Act of 1976
IBRD	: International Bank for Reconstruction and Development
ICC	: International Chamber of Commerce
ICJ	: International Court of Justice
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
ILC	: International Law Commission
ILR	: International Law Review
SDNY	: Southern District of New York
UKSIA	: United Kingdom State Immunity Act 1978
VCDR	: Vienna Convention on Diplomatic Relations

BAB I

PENDAHULUAN

I.1 Latar Belakang

Kesulitan yang dialami oleh AIG Capital Partners Inc.¹ dalam mengeksekusi putusan arbitrase *The International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID)² yang diperolehnya terhadap properti milik Kazakhtan merupakan kondisi yang tidak jauh berbeda dengan yang dialami oleh dua perusahaan lainnya, yaitu LETCO³ dan SOABI⁴ yang juga mengalami kesulitan dalam mengeksekusi putusan arbitrase ICSID yang diperolehnya. Ketiganya dihadapkan pada keberlakuan konsep imunitas yang melekat pada properti negara dari proses atau usaha eksekusi.

Ketiga kasus ini membuktikan bahwa menyelesaikan sengketa di bawah administrasi dan kerangka ICSID tidak memberikan jaminan sepenuhnya akan perlindungan kepentingan para investor. Kondisi ini sungguh ironis jika kita melihat ke belakang berkaitan dengan tujuan didirikannya ICSID. ICSID yang merupakan institusi otonom yang didirikan dengan *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Konvensi ICSID)⁵ dan atas dukungan dari World Bank yang tujuan utamanya adalah menyediakan fasilitas

¹ *AIG Capital Partners Inc. and CJSC Tema Real Estate Co. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/01/6); *AIG Capital Partners Inc. and Another v. Republic of Kazakhstan* (English High Court, QBD; Case No. 2004/536).

² Putusan tersebut tidak dikeluarkan oleh ICSID, namun oleh majelis arbitrase yang dibentuk berdasarkan kesepakatan para pihak dan menggunakan mekanisme ICSID; penggunaan frase “putusan arbitrase ICSID” tidak lebih hanya untuk memudahkan dalam penulisan.

³ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Government of The Republic of Liberia* (Case No. ARB/83/2); *Liberian Eastern Timber Corp. v. Government of Republic of Liberia*, 650 F. Supp. 73 (S.D.N.Y. 1986); *Liberian Eastern Timber Corp. v. Government of the Republic of Liberia*, 659 F. Supp. 606, 608 (D.D.C. 1987)

⁴ *SOABI (Seutin) v. Senegal*, Judgment of Dec. 5, 1989, Court of Appeal, Paris, 117 JDI 141 (1990); *SOABI (Seutin) v. Senegal*. 30 ILM 1167 (1991), French Court of Cassation, June 11, 1991

⁵ Konvensi ini diformulasikan oleh *Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank)*, yang secara resmi terbentuk pada tanggal 18 Maret 1965. Konvensi ini mulai berlaku pada tanggal 14 Oktober 1966.

penyelesaian sengketa⁶ investasi antara Negara peserta dengan investor asing.⁷ Penyediaan fasilitas ini diharapkan dapat meningkatkan tingkat laju investasi asing untuk masuk ke dalam wilayah negara-negara yang membutuhkannya,⁸ karena dengan negara menjadi anggota ICSID diharapkan dapat memberikan pesan kepada investor asing mengenai isu kepastian hukum.⁹

Dalam konteks penyelesaian sengketa dengan mekanisme *adversarial*, kemampuan eksekutorial dari putusan yang nantinya dikeluarkan merupakan unsur atau elemen yang paling esensial, karena tanpa kemampuan untuk dapat dilaksanakan dan dieksekusi (jika perlu) membuat putusan dari majelis arbitrase ini tidak lebih dari opini hukum.¹⁰ Dalam konteks inilah, putusan arbitrase menemui kelemahannya, yaitu tidak mempunyai suatu kekuatan eksekutorial.¹¹ Berkaitan dengan kondisi ini, pengadilan akan muncul sebagai institusi yang berwenang untuk dapat memberikan efek atau kekuatan eksekutorial kepada putusan arbitrase. Walaupun minim, keterlibatan pengadilan terhadap arbitrase akan tetap ada, terutama dalam proses pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut di wilayah yurisdiksi masing-

⁶ Fasilitas penyelesaian sengketa ini dapat berbentuk konsiliasi maupun arbitrase, pasal 1(2) konvensi ICSID

⁷ World Bank Group, *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 1965 (Konvensi ICSID), pasal 25(1) menyatakan bahwa yang dimaksudkan sebagai negara adalah: "...contracting state or any constituent subdivision or agency of a contracting state designated to ICSID by that state", sedangkan berdasarkan pasal 25(2) Konvensi ICSID warga negara asing diartikan sebagai: (1) pribadi kodrati (*natural person*) dan pribadi hukum (*juridical* atau *legal person*); Report of the Executive Directors on the Convention (IBRD, 8 Maret 1965) par.15.

⁸ Report *Ibid* par. 9; Christoph H. Scheruer, *The ICSID Convention: A Commentary*, (London: Cambridge University Press and International Centre for Investment Dispute, 2001).

⁹ L. Mistelis (dibantu oleh J.D.M. Lew), *Regulation and infrastructure of international commercial arbitration, Section D: Investment arbitration and specialist arbitration*, (London: University of London Press, 2005), hal. 4.

¹⁰ L. J. Bouchez, "The nature and scope of State immunity from jurisdiction and execution", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. X, hal. 27.

¹¹ Alan Redfern dan Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (London: Sweet and Maxwell Ltd.,2004), hal.313.

masing pengadilan.¹² Hal ini juga berlaku dalam kasus ICSID, eksekusi putusan (jika harus dilakukan) tetap harus menggunakan jasa dan peran serta dari pengadilan.¹³ Tahap pengakuan dan pelaksanaan dari putusan ini diakui sebagai tahap yang paling krusial untuk menilai keefektifan arbitrase, hambatan yang ada di dalam tahap ini, termasuk penolakan pengakuan dan pelaksanaannya oleh pengadilan, akan membuat seluruh proses arbitrase menjadi sia-sia.

Pada dasarnya, kerangka ICSID dibuat guna mewujudkan arbitrase yang lebih efektif dan efisien, terutama guna mengurangi kesulitan yang mungkin dihadapi peserta arbitrase dalam proses pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase nantinya. Putusan arbitrase ICSID, layaknya diatur dalam konvensi ICSID, akan mendapat perlakuan yang berbeda dengan putusan arbitrase internasional lainnya. Konvensi ICSID menyebutkan bahwa putusan arbitrase ICSID selain sifatnya final dan mengikat bagi para pihak, pengadilan di negara-negara anggota konvensi juga harus secara otomatis mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase tersebut selayaknya putusan pengadilan dalam tingkat akhir di dalam yurisdiksi negara tersebut.¹⁴ Pengadilan tidak memiliki legitimasi untuk menolak permohonan pengakuan dan pelaksanaan dari putusan arbitrase ICSID yang dimohonkan di dalam wilayah yurisdiksi mereka berdasarkan alasan apapun.¹⁵

Melihat konstruksi yang telah disediakan oleh konvensi ICSID ini, sepertinya tidak akan timbul masalah yang berarti dalam menguji efektifitas putusan arbitrase yang nantinya akan dikeluarkan. Premis ini tidak sepenuhnya benar, karena permasalahan yang cukup rumit akan muncul dalam tahap eksekusi putusan arbitrase ICSID, terutama dalam kasus eksekusi putusan tersebut dilakukan terhadap negara. Konvensi ICSID memang menyatakan bahwa pengakuan dan pelaksanaan dari

¹² Konvensi ICSID pasal 54.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Konvensi ICSID pasal 54.

¹⁵ R.Rayfuse (ed.), *ICSID Reports*, Volume 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), hal. 387; *Cf. Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 761 F.2d 370 (7th Cir.1985); *Tele-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C.Cir.1984).

putusan arbitrase ICSID akan dilaksanakan secara otomatis oleh pengadilan di negara-negara anggota, namun dalam hal eksekusi, ICSID menyerahkan pengaturannya kepada hukum nasional negara yang bersangkutan.¹⁶ Berkaitan dengan hal ini, kerumitan yang akan dihadapi dalam eksekusi terhadap negara berasal dari keberadaan konsep imunitas negara (properti dan asetnya) terhadap eksekusi putusan, termasuk putusan arbitrase. Kondisi ini dipertegas karena lebih lanjut Pasal 55 dari Konvensi ICSID secara tegas menegaskan bahwa terhadap putusan arbitrase ICSID, hukum yang berlaku terhadap imunitas negara (baik bagi negara tersebut sendiri maupun negara asing) dari proses eksekusi putusan dapat tetap berlaku. Melihat kenyataan ini, maka tidak dapat dihindari bahwa konsep imunitas negara akan menjadi batu sandungan untuk efektifitas putusan arbitrase ICSID.

Pada dasarnya persetujuan pihak bersengketa untuk menyelesaikan sengketanya di dalam forum arbitrase tertentu, secara logika berarti mereka sudah menundukkan diri pada yurisdiksi majelis arbitrase tersebut dan akan memenuhi segala keputusan yang nantinya akan dikeluarkan.¹⁷ Namun, kenyataan tidak selalu seperti yang ada pada teori, kegagalan dalam melaksanakan keputusan yang dikeluarkan oleh majelis arbitrase akan selalu menjadi hal yang mungkin terjadi. Dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase tidak dilaksanakan secara sukarela oleh pihak yang berkewajiban, maka eksekusi (pelaksanaan secara paksa)¹⁸ dapat dilakukan terhadap pihak tersebut. Eksekusi ini dapat dilakukan dengan menyita atau membekukan properti dan aset-aset yang dimiliki pihak tersebut. Pada dasarnya,

¹⁶ Konvensi ICSID pasal 54 (3).

¹⁷ Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Second Revised and Enlarged Edition, (The Hague: Kluwer law International, 1995), hal. 288; W. Laurence Craig, W.W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd Edition, (New York : Oceana Publications, Inc., 2000), hal.152; G.R. Delaume, "Pleas of Contracts and Transnational Arbitration", 75 *AJIL* (1981), p.784

¹⁸ R. Soepomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, cetakan ketujuhbelas, (Jakarta: Pradnya Paramitha, 2005), hal. 119 : *Hukum eksekusi dapat diartikan sebagai seperangkat aturan yang mengatur cara dan syarat-syarat yang akan dipakai oleh alat-alat negara guna membantu pihak yang berkepentingan untuk menjalankan putusan hakim, apabila pihak yang kalah tidak bersedia memenuhi bunyi putusan dalam waktu yang ditentukan.*

sebagai pencari keadilan, pihak yang memiliki hak atas pemenuhan kewajiban dari putusan arbitrase seharusnya dilindungi haknya.

Dalam konteks arbitrase ICSID, hal serupa seharusnya juga dapat diaplikasikan. Ketika pihak yang memiliki kewajiban dalam putusan arbitrasenya tidak mau atau tidak mampu memenuhi kewajibannya secara sukarela, maka pihak yang dimenangkan dalam proses arbitrase tersebut haruslah dilindungi haknya dalam pemenuhan putusan tersebut. Dalam hal pihak yang gagal melaksanakan putusan arbitrase ICSID adalah negara, perlindungan ini seharusnya diberikan kepada investor. Seharusnya, investor memiliki hak untuk mengeksekusi putusan tersebut pada properti ataupun aset yang dimiliki oleh negara peserta arbitrase tersebut. Dalam kerangka pemikiran inilah yang menjadikan konsep imunitas negara terhadap eksekusi putusan arbitrase ICSID kemudian dinilai sebagai salah satu penghambat bagi para investor untuk mempertahankan hak mereka. Sehingga menjadi sangat penting bagi kita guna mempelajari konsep imunitas negara terhadap eksekusi ini jika dikaitkan dengan eksekusi putusan arbitrase ICSID.

Imunitas negara merupakan suatu konsep ikutan dari atribut kedaulatan negara yang dipegang oleh negara peserta arbitrase tersebut.¹⁹ Berdasarkan doktrin ini, negara memiliki kekebalan dari usaha eksekusi putusan yang akan dilakukan terhadap properti ataupun asetnya yang berlokasi di wilayah negara lain. Jika dalam kasus imunitas negara dari yurisdiksi pengadilan asing (untuk mengadili) perkembangannya ke arah yang lebih liberal sudah sangat terlihat, tidak demikian halnya dengan doktrin imunitas negara dari eksekusi. Doktrin imunitas negara terhadap eksekusi berkembang sangat lambat jika dibandingkan dengan imunitas negara terhadap yurisdiksi pengadilan asing.²⁰ Perlu disadari bahwa imunitas negara dari yurisdiksi

¹⁹ Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, dan John A. Spanogle, JR., *International Business Transactions*, (St. Paul: West Publishing Co., 1996), hal. 362-363; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, (New York: Oxford University Press, 2003), hal.322.

²⁰ ILC, *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, ILC Report, A/54/10, 1999, U.N Doc./CN.4/L.57 menyatakan bahwa terdapat banyak alasan yang mendukung opini ini, salah satu diantaranya adalah kenyataan bahwa imunitas terhadap eksekusi ini baru akan muncul ketika litigasi atas negara berhasil dimenangkan, sehingga keberadaan imunitas ini merupakan pertahanan terakhir dari negara tersebut. Selain itu laporan ILC tersebut diatas

pengadilan asing (untuk diadili) dan imunitas negara dari eksekusi adalah dua konsep yang berbeda satu sama lain.²¹ Imunitas negara dari yurisdiksi pengadilan asing bersumber dari negara sebagai subyek yang kebal, sementara imunitas negara dari eksekusi lebih melihat pada kekebalan yang dimiliki oleh properti atau aset negara terhadap usaha penyitaan terhadapnya misalnya, baik dalam periode sebelum (*pre-judgment*) maupun sesudah adanya suatu putusan (*post-judgment*).²²

Berkenaan dengan kedua imunitas ini maka pertanyaan yang kemudian muncul adalah berkenaan dengan hubungan antara keduanya, yang dalam hukum internasional dianggap terpisah satu sama lain.²³ Sehingga, keputusan pengadilan asing untuk tidak mengabulkan pemberian imunitas negara terhadap yurisdiksinya untuk mengadili, tidak akan berpengaruh pada permohonan status imunitas negara terhadap eksekusi putusan yang nantinya akan dikeluarkan. Namun, kontroversi muncul seiring dengan kompleksnya isu seputar keterkaitan keduanya, salah satu isu yang paling menarik adalah mengenai pengesampingan (*waiver*). Seperti telah disebutkan sebelumnya, bahwa salah satu alasan ditolaknya permohonan pemberian status imunitas negara adalah karena negara yang bersangkutan (melalui tindakan tertentu) telah mengesampingkan (haknya) untuk memperoleh imunitas tersebut, pertanyaan yang muncul adalah apakah dengan adanya pengesampingan imunitas terhadap yurisdiksi pengadilan asing ini juga dapat diartikan secara luas dan menjangkau proses eksekusi dari putusan yang nantinya akan dikeluarkan oleh pengadilan tersebut. Kecenderungan yang terjadi adalah bahwa pengesampingan

juga mencoba menerangkan berkembangnya rezim pelaksanaan putusan secara sukarela, dimana di dalamnya termasuk pemberian *period of grace* untuk negara dalam mematuhi isi putusan yang dijatuhkan terhadapnya.

²¹ Ian Brownlie *op.cit*, hal 338.

²² *ibid*.

²³ *Ibid*; kemandirian keduanya dapat terlihat dari pengaturannya dalam berbagai produk hukum, baik konvensi internasional (dalam CIJSP), maupun produk hukum domestic layaknya dalam FSIA.

imunitas terhadap yurisdiksi pengadilan dan pengesampingan terhadap imunitas negara terhadap eksekusi harus dinyatakan secara jelas dan terpisah.²⁴

Permasalahan selanjutnya adalah apabila negara tidak melakukan suatu pengesampingan terhadap imunitas negara terhadap eksekusi ini, apakah imunitas ini memiliki pengecualian. Beberapa penulis cenderung berpendapat bahwa berkaitan dengan imunitas negara terhadap eksekusi, pendekatan yang dipakai kebanyakan negara masih lebih berat kepada teori absolut,²⁵ namun pandangan ini kemungkinan besar akan berubah seiring dengan perkembangan dari doktrin itu sendiri dan putusan-putusan pengadilan,²⁶ dan hal ini dapat terlihat dari produk hukum di berbagai negara di dunia menunjukkan bahwa pengecualian dapat diberikan terhadap imunitas dari eksekusi ini, selain dalam hal pengesampingan imunitas tersebut oleh negara yang bersangkutan, terutama pengecualian untuk properti dan aset yang digunakan dalam kegiatan komersial.²⁷ Selain itu, beberapa kasus-kasus ternama juga mendukung pendapat ini.²⁸ Namun, sama halnya dengan permasalahan yang dihadapi dalam membahas isu imunitas negara terhadap yurisdiksi untuk diadili, ketiadaan interpretasi yang seragam dan pasti dari terminologi komersial merupakan isu yang menjadi penghambat berkembangnya konsep ini.

Masalah berkaitan dengan kekebalan ini makin kompleks jika kita berbicara tentang pelaksanaan atau eksekusi putusan arbitrase internasional terhadap negara dengan menjadikan aset atau properti negara tersebut yang berlokasi di negara lain

²⁴ *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Court de Cassation (France), reprinted in 23 I.L.M. 1062 (1984) rev'g Court of Appeal (Paris), 1983 R.C.D.I.P. 101; *Soabi (Seutin) v. Senegal*, Court de Cassation (France), reprinted in 30 I.L.M. 1167 (1991).

²⁵ Ian Brownlie *op.cit.*, hal 338; Sinclair, *167 Hague Recueil II*, (The Hague, 1980), hal. 218.

²⁶ United Nations Legislation Series, *Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, (1982), hal. 557.

²⁷ FSIA § 1610; UKSIA § 13(4); CSIA § 12(1)(b); ASIA § 32(3)(a); walaupun terminologi “komersial” yang digunakan yang terdapat di setiap produk hukum nasional ini didefinisikan secara beragam.

²⁸ *Philippine Embassy Case*, ILR 65,146 (German Fed.Rep.,Fed.Const.Ct.,1977); *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran*, *ibid.* 512 (Court de Cassation of France).

sebagai obyek eksekusi. Masalah ini akan menjadi pokok bahasan inti dari skripsi ini. Guna membahas permasalahan ini banyak pertanyaan yang harus mampu dijawab, diantaranya adalah apakah persetujuan negara untuk menyelesaikan sengketa di hadapan majelis arbitrase internasional dapat dikategorikan sebagai bentuk pengesampingan kekebalan oleh negara yang bersangkutan, meskipun secara implisit.²⁹ Kemudian apakah pelaksanaan putusan arbitrase internasional dapat dikategorikan sebagai bentuk pengecualian terhadap pengaplikasian doktrin imunitas negara terhadap eksekusi ini.

Kekebalan tersebut melekat pada properti atau asetnya, maka permasalahan berkaitan erat dengan bagaimana hukum, baik internasional maupun nasional, mengatur mengenai properti apa saja yang secara mutlak memiliki kekebalan terhadap eksekusi, dan properti atau aset-aset jenis apa saja yang dapat dikecualikan dari pemberlakuan doktrin ini. Dalam hal yang lebih spesifik, harus juga dipertimbangkan dan dibahas mengenai bagaimana jika proses arbitrase yang dilakukan oleh negara yang bersangkutan berkaitan dengan salah satu konvensi internasional, dalam pembahasan ini misalnya ICSID. Dimana berdasarkan konvensi ini melaksanakan putusan arbitrase ICSID merupakan bentuk kewajiban internasional negara yang bersangkutan, yang bukan saja didasarkan pada putusan majelis arbitrase semata, namun juga didasarkan pada perjanjian internasional (*treaty obligation*).³⁰

Dari penjelasan di atas dapat kita terima bahwa inti permasalahannya adalah kerangka sistem pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID yang dinyatakan sebagai langsung dan otomatis tersebut tidak dapat secara serta merta menghindarkan para pencari keadilan dari rintangan lainnya, yang terkait dengan doktrin kekebalan negara terhadap eksekusi. Sehingga dalam pembahasan, penulis akan mencoba untuk menjelaskan mengenai perbedaan antara konsep pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase dan konsep eksekusinya. Lebih jauh, akan secara

²⁹ *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Court de Cassation (France), reprinted in 23 I.L.M. 1062 (1984) rev'g Court of Appeal (Paris), 1983 R.C.D.I.P. 101; *Soabi (Seutin) v. Senegal*, Court de Cassation (France), reprinted in 30 I.L.M. 1167 (1991), *Creighton v. Qatar* (French Court of Cassation), Mealey's International Arbitration Report 13 (2000).

³⁰ Pasal 53 (1) Konvensi ICSID.

mendalam dibahas mengenai bagaimana doktrin imunitas negara akan mempengaruhi pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase ICSID terhadap properti dan aset negara yang terlibat, dan bagaimana posisi investor dalam menghadapi kompleksitas dari kondisi ini.

I.2. Pokok Permasalahan

Pokok permasalahan yang akan dibahas dalam tulisan ini adalah:

1. Bagaimana proses pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID?
2. Bagaimana eksekusi putusan arbitrase ICSID dilakukan terhadap properti atau aset negara yang bersengketa yang berlokasi di teritori negara lain (*non-disputing states*)?
3. Bagaimana hasil analisis terhadap kasus eksekusi putusan arbitrase ICSID, yang berkaitan erat dengan konsep imunitas Negara?

I.3 Tujuan Penelitian

Penelitian ini dibuat untuk memenuhi tujuan umum dan khusus.

I.3.1 Tujuan Umum

Tujuan umum dari penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti ini adalah untuk mengetahui secara jelas dan menyeluruh mengenai keberadaan konsep imunitas negara, secara khusus imunitas negara terhadap eksekusi putusan arbitrase internasional.

I.3.2 Tujuan Khusus

Secara khusus peneliti, dalam melakukan penelitian ini, memiliki tujuan untuk menjawab beberapa pertanyaan penting berkaitan dengan pengaplikasian imunitas negara dalam proses eksekusi putusan arbitrase internasional, khususnya putusan arbitrase ICSID. Skripsi ini akan mencoba untuk menjelaskan secara komprehensif mengenai posisi konsep imunitas negara dari eksekusi di dalam kerangka pelaksanaan putusan arbitrase ICSID. Penulis akan mencoba untuk menjelaskan tentang bagaimana ICSID mengatur mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrasenya di lokasi negara-negara anggotanya. Dalam skripsi ini juga akan dijawab

mengenai masalah bagaimana putusan arbitrase ICSID tersebut dapat dieksekusi di teritori negara yang bukan merupakan teritori negara yang bersengketa, serta bagaimana aturan mengenai imunitas negara asing dari eksekusi yang berlaku secara bervariasi di setiap negara akan sangat signifikan pengaruhnya pada efektifitas putusan arbitrase ICSID itu sendiri. Hal ini akan lebih didukung dengan mempelajari kasus-kasus yang pernah terjadi sebelumnya, sehingga sedikit banyak pembaca dapat mengetahui mengenai kesulitan apa saja yang mungkin akan timbul dari keberadaan aturan mengenai imunitas ini dan bagaimana cara investor untuk dapat mengatasi kesulitan tersebut.

I.4 Kerangka Konseptual

Guna memperjelas penelitian yang akan dilakukan serta mempermudah pembaca laporan hasil penelitian nantinya, terdapat beberapa konsep yang perlu dijelaskan, yaitu :

1. Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa³¹;
2. Putusan arbitrase internasional adalah putusan yang dijatuhkan 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 internasional³²;
3. Eksekusi putusan arbitrase internasional adalah upaya pelaksanaan putusan arbitrase internasional yang dilakukan secara paksa dengan bantuan pengadilan, hal ini dapat terjadi jika pihak yang kalah dalam proses arbitrase tidak melaksanakan kewajibannya yang terdapat dalam putusan secara sukarela. Dalam isu eksekusi dilakukan terhadap negara (atau agen negara)

³¹ UU no 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa pasal 1(1).

³²*Ibid* pasal 1(9); lihat juga ketentuan dalam Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958 pasal 1(1).

maka usaha ini dapat dilakukan dengan bentuk penyitaan terhadap properti yang dimiliki oleh negara tersebut (termasuk di dalamnya rekening di bank)³³;

4. Imunitas negara adalah konsep dalam hukum internasional dimana negara memiliki kekebalan terhadap yurisdiksi pengadilan negara asing, baik yurisdiksi terhadap dirinya (yurisdiksi dalam rangka mengadili atau *adjudication immunity*) ataupun yurisdiksi terhadap propertinya (yurisdiksi dalam rangka eksekusi putusan atau *execution immunity*).³⁴
5. Investasi asing atau penanaman modal asing adalah segala bentuk kegiatan menanam modal³⁵ untuk melakukan usaha di wilayah suatu negara yang dilakukan oleh penanam modal asing. Dalam penelitian ini yang dimaksudkan sebagai investasi hanyalah terbatas pada bentuk investasi langsung (*foreign direct investment*), sehingga tidak termasuk di dalamnya bentuk investasi portofolio yang biasa dilakukan di pasar modal;
6. Investor atau penanam modal asing adalah perseorangan warga negara asing atau badan usaha asing yang melakukan penanaman modal di wilayah suatu negara.³⁶ Pengertian ini diberikan karena penelitian akan banyak berfokus pada putusan arbitrase dibawah administrasi ICSID, sehingga pengertian investor asing juga merujuk pada ketentuan ICSID;
7. Pengakuan Putusan Arbitrase adalah proses hukum yang dilakukan dengan tujuan agar pengadilan bersedia mengakui keabsahan dan daya mengikat putusan arbitrase terhadap para pihak (peserta arbitrase) berkenaan dengan masalah yang diaturnya.³⁷;

³³ Ian Brownlie *op cit* , hal.338.

³⁴ Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, dan John A.Spanogle, JR., *International Business Transactions*, (St. Paul: West Publishing Co.), hal. 361.

³⁵ Menurut UU no. 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UU Penanaman Modal), modal adalah aset dalam bentuk uang atau bentuk lain yang bukan uang yang dimiliki oleh penanam modal yang mempunyai nilai ekonomis

³⁶ Konvensi ICSID pasal 25(2)

8. Pelaksanaan Putusan Arbitrase adalah proses hukum guna melaksanakan isi putusan arbitrase.³⁸ Pada dasarnya, pelaksanaan putusan arbitrase dapat dilakukan secara sukarela oleh para pihaknya, namun dalam hal pelaksanaan secara sukarela tidak dilakukan maka pelaksanaannya dapat dilakukan dengan bantuan pengadilan. Dalam tahap ini pengadilan bukan hanya mengakui keabsahan dan akibat hukum dari putusan tersebut, tetapi juga berkewajiban memastikan putusan ini dilaksanakan, bahkan dengan menggunakan sanksi hukum yang tersedia.³⁹;
9. Perlawanan terhadap putusan arbitrase adalah bentuk perlawanan yang ditujukan pihak yang kalah dalam proses arbitrase terhadap keabsahan dari putusan arbitrase tersebut.⁴⁰ Perlawanan ini biasa dilakukan dengan mengajukan permohonan pembatalan atas putusan tersebut kepada pengadilan yang berwenang.⁴¹;
10. Perlindungan Diplomatik (*Diplomatik Protection*) adalah bentuk pelaksanaan hak negara untuk memberikan perlindungan terhadap warga negaranya, berkaitan dengan penelitian ini perlindungan diplomatik yang dimaksud diberikan oleh negara dalam bentuk mewakili warga negaranya mengajukan klaim atau gugatan di forum internasional (*international claim*)⁴². Forum internasional yang dimaksud adalah Majelis Internasional (*International Court of Justice*)⁴³.

³⁷ Alan Redfern dan Martin Hunter, *op cit*, hal.335.

³⁸ *Ibid* hal. 336.

³⁹ *Ibid*.

⁴⁰ *Ibid* hal. 321;

⁴¹ Istilah pembatalan dapat ditemukan di dalam ketentuan UU no 30 tahun 1999 pasal 70, dalam konteks ICSID, pembatalan (*annulment*) dalam dilihat ketentuannya dalam Konvensi ICSID pasal 52.

⁴² Ian Brownlie, *op cit*, hal. 391;

⁴³ Konvensi ICSID pasal 27, 64; Statuta Majelis Internasional (*ICJ Statute*) pasal 34.

I.5 Metodologi Penelitian

Dalam penelitian ini, jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian yuridis normatif, yang bersifat deskriptif analitis, yang dimaksudkan untuk memberikan data seteliti mungkin tentang imunitas negara dan kaitannya dengan pelaksanaan putusan arbitrase internasional, yang dalam penelitian ini difokuskan pada mempelajari eksekusi putusan arbitrase ICSID.

Pada tahapan ini, peneliti melakukan kegiatan pengumpulan data sekunder⁴⁴ yang didapat dari bahan-bahan pustaka yang lazim, berupa :

1. bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan yang merupakan produk hukum, baik produk hukum nasional maupun internasional, antara lain:
 - a. UU no. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa;
 - b. *Convention on Jurisdictional Immunities of State and its Property*;
 - c. UU no. 5 tahun 1968 tentang Ratifikasi Konvensi ICSID;
 - d. *Convention on the Settlement on Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention)*;
 - e. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958 (New York Convention)*;
 - f. *European Convention on State Immunity with Additional Protocol, 1978*;
 - g. *The Foreign State Immunity Act of 1976*;
 - h. *The United Kingdom State Immunity Act of 1978*;
 - i. *Statute of International Court of Justice*.
2. bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan seperti buku, artikel, jurnal, majalah yang berkaitan dan berisi informasi tentang imunitas negara serta pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Bahan-bahan ini digunakan peneliti guna menunjang dan membantu peneliti dalam mengulas

⁴⁴ Jenis data yang bersumber dari dari dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berupa laporan, buku harian, dan seterusnya, Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2004), hal 12.

permasalahan dalam bahan hukum primer. Adapun bahan sekunder yang digunakan oleh peneliti antara lain :

- a. *Principles Of Public International Law (Sixth Edition)*, ditulis oleh Ian Brownlie;
 - b. *International Commercial Arbitration*, ditulis oleh Alan Redfern dan Martin Hunter;
 - c. Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing, ditulis oleh Dr. Yudha Bhakti Ardhiwisastra, S.H., M.H;
 - d. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement (Second and Enlarged Edition)*, ditulis oleh Wolfgang Peter;
 - e. *International Business Transaction*, ditulis oleh Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, dan John A. Spanogle;
 - f. *The ICSID Convention: A Commentary*, ditulis oleh Christoph H. Schreuer;
 - g. *Waver of Sovereign Immunity*, ditulis oleh Waring M. Chase (The Harvard International Law Club Journal vol. 6);
 - h. *Act of State and Sovereign Immunity- A Further Inquiry*, ditulis oleh Cooper (Loyola Chicago Law Review, vol.11).
3. bahan hukum tertier, yakni bahan yang akan memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, yaitu kamus bahasa Inggris *Oxford Advanced Learner's Dictionary*.

BAB II

PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ICSID

Pelaksanaan putusan merupakan salah satu tahapan paling krusial dalam menilai efektifitas arbitrase sebagai salah satu media penyelesaian sengketa.⁴⁵ Menurut data dan statistik yang tersedia, selama berdiri sekitar lebih dari 40 tahun ICSID telah menyelesaikan 162 kasus dan dihadapannya masih menunggu lebih dari 125 kasus lagi untuk diproses dan diselesaikan.⁴⁶ Melihat angka di atas memperlihatkan dua kondisi, yang pertama adalah bahwa untuk ukuran sebuah institusi penyedia layanan penyelesaian sengketa, ICSID sebenarnya jika dihitung secara rata-rata, terlihat kurang diminati oleh para investor maupun Negara penyelenggara investasi.⁴⁷ Namun, hal ini berubah pada kurun waktu beberapa tahun belakangan, dimana statistik diatas juga sebenarnya menunjukkan kenaikan yang sangat signifikan pada penggunaan pelayanan ICSID pada beberapa tahun belakangan.⁴⁸ Hal ini membuktikan bahwa tingkat kepercayaan untuk menyelesaikan sengketa di bawah administrasi ICSID meningkat tajam. Hal ini diakui salah satu faktornya adalah semakin kencangnya laju investasi asing di berbagai Negara di dunia, namun selain itu, efektifitas dari penyelesaian sengketa itu sendiri (yang otomatis melibatkan proses pelaksanaannya) di bawah administrasi ICSID merupakan nilai lebih bagi proses penyelesaian sengketa.

⁴⁵ Van den Berg, "Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions", 2 *ICSID Review* 439 (1987), dicetak ulang dalam Barry E. Cartek & Phillip R. Trimble, *International Law*, (1995), 389-394.

⁴⁶Data statistik ini diperoleh dari *website* resmi ICSID yang dapat diakses melalui alamat: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>, (diakses terakhir kali pada tanggal 24 April 2009).

⁴⁷ Sejak didirikan pada tahun 1966 sampai pada tahun 1999 (yang berarti selama kurun waktu 33 tahun) ICSID 'hanya' menangani 61 kasus, yang berarti jika dirata-rata hanya 1-2 kasus dalam satu tahun.; selain itu pada sejarahnya, sejak didirikan pada tahun 1966, ICSID baru menerima permohonan untuk memfasilitasi penyelesaian sengketa lewat arbitrase pada tahun 1972 (*Holiday Inns S.A. and others v. Morocco* (ICSID Case No. ARB/72/1));

⁴⁸ Dalam kurun waktu 9 tahun kebelakang,(2000-2009) ICSID telah menyelesaikan lebih dari 100 kasus lewat fasilitas arbitrase.

Para pemerhati investasi dan penyelesaian sengketa melihat salah satu penyebab tingginya tingkat efektifitas dari arbitrase di bawah kerangka ICSID adalah kesadaran dan kemampuan dari para pihak bersengketa dalam melaksanakan putusan arbitrase dengan sukarela. Dalam perhitungannya sampai saat ini dari 161 kasus yang telah selesai dan menghasilkan putusan, hanya terdapat 4 (empat) kasus yang bermasalah dalam konteks pelaksanaan.⁴⁹ Dimana dalam keempatnya pihak yang gagal melaksanakan putusan dengan sukarela adalah pihak Negara, yang juga merupakan pihak yang dikalahkan dalam putusan tersebut dan berkewajiban membayar sejumlah dana kepada pihak investor.⁵⁰

Dalam mekanisme di bawah Konvensi ICSID, pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase diakui sebagai salah satu yang paling istimewa dan unik. Keistimewaan dari metode pengakuan dan pelaksanaan ini berasal dari ketentuan yang menjadikan proses keduanya sebagai proses yang sederhana atau yang biasa disebut sebagai *simplified procedure*.⁵¹ Dalam pembahasan di bagian ini, akan ditelusuri lebih jauh mengenai proses pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID layaknya diamanatkan oleh Konvensi ICSID dan lebih jauh akan dianalisis mengenai kewenangan serta keterlibatan yang secara *legitimate* diberikan pada pengadilan atas permohonan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase yang dikeluarkan di bawah administrasi ICSID ini.

⁴⁹ *Ibid* Van den Berg di dalam Giuliana Canè, "The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective? ", *American Review of International Arbitration* 15 *Am. Rev. Int'l Arb.* 439 (2004), par.2.

⁵⁰ *AIG Capital Partners Inc. and CJSC Tema Real Estate Co. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/01/6); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Government of The Republic of Liberia* (Case No.ARB/83/2); *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/77/2); *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal* (ICSID Case No. ARB/82/1).

⁵¹ Cour d'Appel, Paris, "Decision of June 26, 1981," *108 J. Droit Int'l (Clunet)* 843 (1981), par. 881; Delaume, "ICSID Arbitration and the Courts", *77 American Journal of International Law* 784 (1983), par. 44; Christoph H. Scheruer, *The ICSID Convention: A Commentary*, (London: Cambridge University Press and International Centre for Investment Dispute, 2001), par. 97; A. Broaches, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States of 1965, Explanatory Notes and Its Survey of Applications, *18 Yearbook Commercial Arbitration* 627(1993), par.703.

II.1 Putusan Arbitrase ICSID Bersifat Final dan Mengikat; Para Pihak Berkewajiban Menaati dan Mematuhi Isi Putusan

Pasal 53(1) dari Konvensi ICSID secara tegas dan jelas mengatur sifat dari putusan yang dikeluarkan oleh majelis arbitrase yang dibentuk di bawah mekanisme konvensi tersebut sebagai putusan yang mengikat para pihak yang terlibat dalam proses arbitrase dan putusan tersebut tidak dapat menjadi subyek atas upaya hukum apapun kecuali terhadap mekanisme yang disediakan oleh konvensi.⁵²

Berdasarkan kerangka Konvensi ICSID, upaya hukum yang disediakan guna mengevaluasi putusan arbitrase ICSID adalah dengan mengajukan permohonan guna interpretasi, revisi, dan pembatalan putusan tersebut.⁵³ Permohonan ini akan diproses dan diputuskan oleh mekanisme yang dibentuk berdasarkan aturan yang sudah ada dalam aturan ICSID. Mekanisme internal ini sebenarnya digunakan guna menimalisasikan keterlibatan pengadilan dari yurisdiksi tertentu dalam proses penyelesaian sengketa investasi asing ini. Salah satu alasan utamanya adalah efektifitas tentunya. Namun selain itu alasan bahwa sengketa investasi asing ini begitu istimewa dan sensitive juga turut menjadi pertimbangan, dimana terdapat keterlibatan Negara sebagai salah satu pihak yang bersengketa.⁵⁴

Salah satu upaya hukum yang paling banyak disoroti adalah upaya pembatalan putusan, karena proses pembatalan hamper merupakan review yang dapat berakibat secara keseluruhan bagi putusan tersebut. Berbeda dengan putusan arbitrase yang dihasilkan melalui mekanisme diluar ICSID⁵⁵, putusan arbitrase ICSID tidak

⁵² Pasal 53(1) Konvensi ICSID menyatakan :” *The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.*”

⁵³ Interpretasi putusan diatur dalam pasal 50; revisi putusan diatur dalam pasal 51; pembatalan putusan diatur dalam pasal 52 Konvensi ICSID.

⁵⁴ Edward Baldwin, Mark Kantor and Michael Nolan, “Limits to Enforcement of ICSID Awards”, *Journal of International Arbitration* 23(1): 1–24, (Netherlands: Kluwer Law International, 2006), hal.3.

dapat dievaluasi keberadaan dan keabsahannya oleh otoritas selain yang diatur dalam konvensi ICSID, yaitu panel yang akan dibentuk oleh Sekretaris Jenderal ICSID guna memproses permohonan pembatalan yang mungkin diajukan oleh pihak yang bersengketa.⁵⁶ Untuk putusan yang menjadi subyek dari pengaturan oleh New York Convention, maka usaha untuk membatalkan putusan arbitrase dapat dimintakan kepada pengadilan yang memiliki *primary jurisdiction* dalam masalah ini.⁵⁷ Konsep dari *court abstention* ini memang merupakan salah satu keunggulan dan daya tarik mekanisme penyelesaian sengketa di bawah ICSID. Banyak pihak dengan tegas menyatakan bahwa mekanisme penyelesaian ala ICSID inilah yang merupakan penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang benar-benar bersifat internasional (*a real international arbitration*)

Seperti telah dinyatakan sebelumnya bahwa selain mengatur dengan tegas bahwa putusan arbitrase ICSID tidak dapat disubyekkan pada upaya hukum diluar mekanisme internal ICSID, pasal 53(1), konvensi ICSID juga mengatur kewajiban dari para pihak yang bersengketa untuk mematuhi dan menaati putusan yang dikeluarkan oleh majelis arbitrase terhadap penyelesaian sengketa diantara mereka.⁵⁸

⁵⁵ Misalnya penyelesaian sengketa dengan menggunakan fasilitas yang disediakan oleh institusi lain seperti *Court of International Commercial Arbitration of international Chamber of Commerce* (ICC), AAA, SIAC, dll; dimana putusan yang dikeluarkan, pengakuan dan pelaksanaannya akan menjadi subyek bagi pengaturan di bawah rezim Konvensi New York.

⁵⁶ Pasal 52 (1) Konvensi ICSID : "*Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:*

- (a) *that the Tribunal was not properly constituted;*
- (b) *that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;*
- (c) *...;*

(2) *The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered."*

⁵⁷ Pasal V(1) Konvensi New York menyatakan: "*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:*

- (a) *...;*
- (e) *The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made."*

⁵⁸ Pasal 53(1) Konvensi ICSID.

Pada dasarnya kewajiban para pihak untuk menaati dan mematuhi kewajiban yang mereka miliki berdasarkan putusan arbitrase tersebut bukan hanya bersumber dari aturan dalam Konvensi ICSID⁵⁹, tetapi juga bersumber dari perjanjian dan kesepakatan kedua belah pihak guna menggunakan fasilitas penyelesaian sengketa ICSID.⁶⁰

Dalam prakteknya tidak akan ada masalah jika putusan yang dikeluarkan oleh mahkamah arbitrase dilaksanakan secara sukarela oleh para pihak; masalah baru mungkin akan muncul dalam hal pelaksanaan ini harus dilakukan dengan intervensi pengadilan, dalam konteks ada pihak yang tidak dapat memenuhi kewajibannya dengan sukarela. Pada tahapan ini, kewajiban para pihak guna menaati putusan arbitrase ini tidak terpengaruh oleh keadaan yang mengharuskan adanya proses pengakuan ataupun pelaksanaan dari putusan arbitrase tersebut nantinya.⁶¹ Dalam kondisi ini, maka satu hal yang perlu ditekankan bahwa kewajiban para pihak untuk mematuhi dan menaati putusan tersebut akan tetap ada meskipun ada kemungkinan terjadinya kendala (secara administratif misalnya) dalam proses permohonan pelaksanaannya di hadapan pengadilan.⁶²

Kewajiban untuk mematuhi putusan arbitrase ini juga tidak akan berakhir hanya karena salah satu pihak, dalam kondisi tertentu, berhasil menggagalkan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut.⁶³ Lebih lanjut sebenarnya dalam kondisi ini, pihak yang telah berhasil menahan putusan tersebut untuk dilaksanakan telah melanggar komitmen dan kewajibannya untuk memenuhi isi putusan, yang

⁵⁹ Edward Baldwin, Mark Kantor and Michael Nolan, *op cit*, hal.4; Christoph Schreuer *Op Cit*, hal.1107.

⁶⁰ Wolfgang Peter *op cit*, hal. 288; Christoph Schreuer *Op Cit*, hal.1086; Report of the Executive Directors on the Convention (IBRD, 8 Maret 1965) par.42, yang menyatakan: "Subject to any stay of enforcement in connection with..., the parties are obliged to abide and comply with the award.." ; Christoph Schreuer *Op Cit*, hal.1107.

⁶¹ Christoph Schreuer *Op Cit*, hal. 1087;

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

dalam kasus ICSID berarti pada dasarnya telah melanggar ketentuan pasal 53(1) konvensi ICSID.⁶⁴

Secara khusus untuk Negara peserta arbitrase, kewajiban untuk menaati dan mematuhi isi putusan ini juga akan tetap berlaku meskipun konsep imunitas Negara terhadap eksekusi diakui keberadaannya oleh Konvensi ICSID. Negara tidak dapat bersembunyi dan lari dari kewajibannya untuk memenuhi putusan arbitrase tersebut di balik penggunaan konsep imunitas Negara tersebut. Imunitas Negara terhadap eksekusi merupakan sebuah doktrin dalam hukum internasional yang memberikan perlakuan khusus pada properti tertentu milik Negara yang akan kebal dari eksekusi dari putusan hukum.⁶⁵ Namun, sekali lagi perlu ditegaskan bahwa hal ini juga tidak melenyapkan kewajiban Negara untuk memenuhi isi putusan arbitrase tersebut.⁶⁶ Dalam kondisi ini, justru cenderung berbagai pihak melihat dalam hal Negara tidak memenuhi kewajibannya dan mengajukan perlindungan di balik konsep imunitas ketika eksekusi dimohonkan, negara dapat dianggap telah bertindak tidak didasarkan pada niat baik (*good faith*),⁶⁷ sehingga hal ini akan mempengaruhi reputasi dari Negara tersebut didalam lingkungan kegiatan finansial internasional.⁶⁸

⁶⁴ Christoph Schreuer *Op Cit*, hal.1078.

⁶⁵ Ian Brownlie *op cit*, hal.322; *Preamble* dari *Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property* (CJISP) par.1; Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing*, (Bandung: PT. Alumni, 1999), hal.21; *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812); *Berizzi Brothers Co. v. The Pesaro*, 271 U.S 562 (1926).

⁶⁶ Dalam kasus *Mine v. Guinea*, komite Ad Hoc yang bertugas menyelesaikan proses permohonan *stay of enforcement* dari putusan arbitrase dengan tegas mendukung prinsip ini, dimana di dalam *interim order* nya komite ini menyatakan: "...it should be clearly understood..., that state immunity can well afford legal defense for forcible execution, but it provides neither argument nor excuse for failing to comply with an award. (Interim order No.1 on Guinea's application for Stay of Enforcement of the Award, 12 August 1988) 4 *ICSID Reports* 115/6, par.25.

⁶⁷ K.H. Bockstiegel, "The Legal Rules Applicable in International Arbitration Involving States or State-controlled Entities", *60 Years of ICC Arbitration*, 117 (1984), par.145.

⁶⁸ Christoph Schreuer *Op Cit*, hal.1077 mengutip putusan dalam Interim order No.1 on Guinea's application for Stay of Enforcement of the Award, 12 August 1988) 4 *ICSID Reports* 115/6, par.25.

II.2 Mekanisme Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase ICSID

Pasal 54 dari konvensi ICSID mengatur mengenai mekanisme pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID di teritori Negara-negara peserta konvensi.⁶⁹ Berdasarkan konvensi ini dapat dipelajari bahwa putusan dari penyelesaian sengketa di bawah mekanisme ICSID berada dalam sebuah rezim hukum yang spesial,⁷⁰ dimana penolakan akan permohonan pengakuan dan pelaksanaan dari putusan tersebut tidak dimungkinkan.⁷¹ Pemberhentian pelaksanaan (*stay of enforcement*) hanya dapat dilakukan dengan melihat kondisi dan terpenuhinya syarat-syarat tertentu layaknya diatur di dalam Konvensi ICSID.⁷²

Berbeda dengan sifat mengikat dari putusan arbitrase dan kewajiban untuk memenuhinya yang hanya dibebankan pada para pihak yang bersengketa, maka kewajiban untuk dapat mengakui dan menegakkan isi putusan tersebut berlaku

⁶⁹ Pasal 54 Konvensi ICSID berbunyi: “ (1) *Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.*

(2) *A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.*

(3) *Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.*”

⁷⁰ Aron Broches, “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution,” 2 *ICSID Rev.- Foreign Investment L. J.* (1987), p. 287,288.

⁷¹ Keith Height and Delaume, “Recognition-France ICSID Award-Sovereign Immunity: SOABI (Seutin) v. Senegal,” 86 *Am. J. Int'l L.* 138 (American Journal of International Law: January 1992), par.3; Edward Baldwin, Mark Kantor and Michael Nolan *op cit*, hal 4.

⁷² Aron Broches *ibid*, par.317.

terhadap semua Negara anggota, termasuk Negara yang bersengketa.⁷³ Bentuk dari kewajiban ini merupakan *treaty obligation*, karena berasal dari ketentuan yang ada di dalam sebuah konvensi internasional, yaitu Konvensi ICSID.⁷⁴ Jika melihat konteks ini dan mengaitkannya dengan kewajiban lainnya, yaitu untuk menaati dan mematuhi putusan arbitrasenya, berarti kita membahas dua jenis kewajiban internasional, penjelasan lebih jauh mengenai akibat dari pelanggaran keduanya akan dibahas pada bagian ketiga dalam bab ini.

II.2.1 Pengakuan Putusan Arbitrase ICSID

Pengakuan terhadap suatu putusan arbitrase diartikan sebagai suatu mekanisme hukum guna menyatakan bahwa putusan tersebut adalah otentik dan memiliki akibat hukum yang sesuai dengan apa yang disediakan oleh hukum yang berlaku di tempat pengakuan tersebut dimohonkan.⁷⁵ Maka sebagai konsekusensinya, bagi Negara anggota yang terikat dengan ketentuan Konvensi ICSID, permohonan pengakuan putusan arbitrase yang dikeluarkan oleh majelis arbitrase harus dikabulkan dan putusan tersebut harus diperlakukan layaknya putusan akhir dari pengadilan di Negara yang bersangkutan.⁷⁶

Pengadilan di setiap Negara anggota ICSID yang dimohonkan guna mengakui putusan arbitrase ICSID tersebut tidak memiliki legitimasi untuk memeriksa atau *mereview* putusan tersebut, karena dengan mekanisme yang dianut oleh Konvensi ICSID, pengadilan tidak diijinkan menggunakan hukum domestiknya (hukum acara perdatanya) serta segala ketentuan yang ada di dalamnya.⁷⁷ Mekanisme pengakuan ini

⁷³ A. Broaches, *Award Rendered*, p.288; A. Broaches, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States of 1965*; Christoph Schreuer *Op Cit*, hal. 1108.

⁷⁴ P. Peters "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties", 22 *Netherland Yearbook of International Law* 91, 149 (1991).

⁷⁵ Pasal 54(1) Konvensi ICSID; Christoph Schreuer *Op Cit*, hal 1112.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Christoph Schreuer *Op Cit*, hal .1118 dengan mempharafrese putusan yang dikeluarkan dalam kasus SOABI v Senegal (Cour de cassation, June 11, 1991), 2 *ICSID Rep.* 341 (1991).

merupakan mekanisme yang menghasilkan putusan yang sifatnya *res judicata* dari pengadilan tersebut. Pengakuan sebuah putusan arbitrase ICSID biasanya menghasilkan 2 (dua) akibat hukum, yaitu pertama pengakuan ini memberikan konfirmasi bahwa putusan tersebut mengikat⁷⁸ dan kedua, putusan tersebut dapat dilaksanakan di yurisdiksi Negara tersebut, dalam konteks ini pengakuan yang diberikan oleh pengadilan tersebut dianggap sebagai tindakan permulaan dari tahap pelaksanaan.⁷⁹

Pengabulan pemberian pengakuan ini membuat segala upaya hukum yang dilakukan sesuai dengan substansi masalah yang sama (yang telah diputuskan tersebut) tidak lagi dapat dilakukan, baik di hadapan pengadilan maupun fasilitas penyelesaian sengketa yang lain.⁸⁰

Seperti yang telah coba dijelaskan diatas, bahwa guna memastikan bahwa pengakuan dari putusan arbitrase ini cepat dan efektif, pasal 54(2) mengatur bahwa yang harus dilakukan oleh pihak yang ingin mengajukan permohonan untuk pengakuan putusan tersebut dapat melakukannya dengan menyediakan kopi dari putusan tersebut yang telah dilegalisasi oleh sekeretaris jenderal ICSID dan diserahkan kepada pengadilan ataupun pihak berwenang lain yang telah ditunjuk oleh Negara peserta tersebut untuk memproses masalah pengakuan ini.⁸¹ Kewenangan pengadilan ataupun pihak yang berwenang tersebut hanya terbatas dalam proses

⁷⁸ Aron Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States," *136 Recueil des Cours*, (1972), par.331, 400.

⁷⁹ Christoph Schreuer *Op Cit*, hal. 1116, menyatakan bahwa tindakan pengajuan permohonan pengakuan untuk putusan arbitrase ICSID ini dapat tetap dilakukan meskipun belum ditemukannya aset atau properti yang bias dimintakan sita (*attachment*), namun pengakuan ini dapat dianggap sebagai tahap awal guna mencapai proses eksekusi, sehingga pihak yang tidak mau memenuhi kewajibannya dalam putusan tersebut akan menyadari bahwa putusan arbitrase tersebut akan dapat dieksekusi segera setelah tersedianya aset untuk diletakan eksekusinya.

⁸⁰ Christoph Schreuer *ibid*, hal.1114.

⁸¹ Pasal 54(2) Konvensi ICSID : "A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation."

formalitas dalam memberikan pengakuan melalui prosedur yang berlaku. Konvensi ICSID tidak memberikan legitimasi kepadanya untuk melakukan pemeriksaan terhadap substansi putusan ataupun melakukan usaha penolakan terhadap putusan tersebut.⁸² Poin inilah yang menjadi salah satu keistimewaan paling mencolok dari mekanisme pengakuan otomatis dari kerangka ICSID yaitu tidak tersedianya dasar yang dapat digunakan guna menolak pengakuan putusan tersebut,⁸³ tidak juga ketertiban umum (*Public order* atau *public policy*)⁸⁴.

Namun, pada prakteknya pemenuhan dari teori dan aturan yang cakupannya bersifat internasional oleh pengadilan domestik sulit sekali untuk menghindarkannya dari pengaruh dan cengkraman konsep hukum nasional.⁸⁵ Terdapat beberapa kasus⁸⁶

⁸² *Ibid*;

⁸³ Jika dibandingkan dengan ketentuan yang terdapat di dalam Konvensi New York maka untuk putusan non-ICSID pengadilan domestik atau pihak otoritas diberi kewenangan untuk dapat memproses permohonan pengakuan putusan tersebut dengan diskresi untuk dapat menolak pemberian pengakuan dengan dasar yang disediakan oleh pasal V di dalam Konvensi New York. Tidak jarang kondisi ini membuat pengadilan atau pihak yang berwenang tertarik untuk kembali memeriksa sengketa yang telah diputuskan lewat arbitrase tersebut. Berbeda halnya dengan putusan arbitrase ICSID, yang tidak dapat disubyekkan pada syarat-syarat pengakuan (dibawah hukum nasional) selain yang diatur secara jelas di dalam Konvensi ICSID.

⁸⁴ Keith Height and Delaume *op cit*, par.3; Delaume, "International Arbitration under French Law," 37 *ARB. J.* (1982), p.38,39; Putusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan tingkat banding Paris dalam kasus *Benvenuti & Bonfant* menyatakan bahwa memang benar dalam sistem hukum Perancis terdapat pengecualian terhadap pengakuan putusan arbitrase asing, dan diantaranya adalah konsep ketertiban umum, namun hak dari pengadilan untuk mengaplikasikannya telah dikecualikan berdasarkan ketentuan dalam Konvensi ICSID. (*Benvenuti & Bonfant Co. v. Government of the People's Republic of Congo*, Judgment of June 6 [should read 26], 1981, Court of Appeal, Paris, translated in 20 *ILM* 877 (1981)).

⁸⁵ Keith Height and Delaume *ibid*, par. 6.

⁸⁶ Kasus *Benvenuti & Bonfant* dimana pengakuan yang diberikan oleh pengadilan tingkat rendahnya disertai dengan syarat (*Judgment of Jan. 13, 1981, Tribunal de grande instance, Paris, 108 Journal Du Droit International [JDI] 365 (1981)*), putusan ini kemudian dikoreksi oleh pengadilan tingkat banding di Paris (*Benvenuti & Bonfant Co. v. Government of the People's Republic of Congo, Judgment of June 6 [should read 26], 1981, Court of Appeal, Paris, translated in 20 ILM 877 (1981)*); Kasus *SOABI* dimana pengadilan tingkat banding Paris mencabut pengakuan terhadap putusan arbitrase ICSID yang telah dikeluarkan oleh pengadilan tingkat pertama di Paris dengan menggunakan dasar ketertiban umum (*Etat du Senegal v. Seutin es qualite de liquidateur amiable de la SOABI, Judgment of Dec. 5, 1989, Court of Appeal, Paris, 117 JDI 141 (1990)*), putusan pengadilan banding ini akhirnya dibatalkan oleh pengadilan tingkat kasasi (*SOABI (Seutin) v. Senegal, French Court of Cassation, June 11, 1991. 30 ILM 1167 (1991)*).

yang memperlihatkan bagaimana pengadilan terkadang bertindak melampaui kewenangan yang diberikan kepada mereka. Salah satu pengalaman ini terjadi di Perancis⁸⁷, dalam kasus permohonan pengakuan putusan arbitrase ICSID antara *Benvenuti & Bonfant* dan Congo⁸⁸. Pada kasus ini pengakuan terhadap putusan arbitrase ICSID tersebut dikeluarkan oleh pengadilan tingkat pertama di Paris dengan memasukkan persyaratan dalam pemberian pengakuan tersebut. Persyaratan tersebut adalah bahwa pengakuan diberikan terhadap putusan arbitrase ICSID yang dimohonkan tersebut memuat pembatasan terhadap pihak pemohon (*Benvenuti and Bonfant*) untuk dapat melakukan usaha eksekusi putusan, dimana eksekusi tidak dapat dilakukan tanpa ijin terlebih dahulu dari pihak pengadilan tersebut.⁸⁹

Jika kita menganalisis putusan yang dikeluarkan oleh pengadilan Perancis tersebut, maka kita akan melihat inkonsistensi dari putusan tersebut dengan ketentuan di dalam Konvensi ICSID, terutama yang terdapat di dalam pasal 54(1). Seperti yang telah coba dijelaskan sebelumnya bahwa kewenangan pengadilan dalam memberikan pengakuan terhadap putusan arbitrase ICSID hanya sebatas pada pemberian formalitas konfirmasi dan autentifikasi.⁹⁰ Kesalahan yang dibuat oleh pengadilan tingkat pertama di Paris ini memang kemudian dipatahkan oleh putusan dari pengadilan tingkat banding pada sidang permohonan banding yang diajukan oleh pemohon.⁹¹ Pengadilan tingkat banding menyatakan bahwa pengadilan tingkat

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/77/2).

⁸⁹ Persyaratan tersebut dinyatakan sebagai berikut: "*No measure of execution or even a conservatory measure shall be taken pursuant to the said award, on any assets located in France, without the prior authorization of this Court.*" (Tribunal de Grand Instance, Paris, Decision of Dec. 23, 1980, reprinted in 1982 *REV. ARB.* 205.)

⁹⁰ Dalam putusannya, pengadilan tingkat banding Paris menyatakan bahwa ketentuan di dalam Konvensi ICISD "*restrict the function of the court designated for the purposes of the Convention by each Contracting State to ascertaining the authenticity of the award certified by the Secretary-General.*" (*Benvenuti & Bonfant Co. v. Government of the People's Republic of Congo, Judgment of June 6 [should read 26], 1981, Court of Appeal, Paris, translated in 20 ILM (1981), p.881*), diambil dari Keith Height and Delaume *op cit*, par. 6.

pertama telah melampaui kewenangan yang dimilikinya dalam memutuskan permohonan pengakuan terhadap putusan arbitrase ICSID tersebut. Pengadilan tingkat banding ini juga dengan tegas menyatakan bahwa proses pengakuan merupakan tahapan yang berbeda dengan tahapan pelaksanaan ataupun tahapan eksekusi.⁹² Sehingga tidak dapat disatukan dalam satu proses beracara. Sehingga dalam kondisi ini, secara tegas pengadilan tingkat banding mencoba menegaskan bahwa putusan arbitrase ICSID memang harus diakui tanpa harus memenuhi syarat-syarat atau dengan kondisi-kondisi tertentu di bawah hukum nasional, karena dalam hal ini hanya aturan ICSID yang harusnya diaplikasikan.⁹³

Jika dalam kasus sebelumnya, pengakuan diberikan dengan syarat; kasus SOABI memunculkan permasalahan yang berbeda. Permasalahan selanjutnya yang berkaitan dengan pengakuan putusan arbitrase ICSID ini adalah mengenai ada tidaknya kemungkinan bahwa putusan tersebut dapat ditolak untuk diakui di hadapan pengadilan di Negara anggota Konvensi ICSID. Dalam kasus antara SOABI dan Senegal⁹⁴ ini permohonannya guna memperoleh pengakuan untuk putusan arbitrase ICSID⁹⁵, pihak SOABI mengajukan permohonan pengakuan putusan dan

⁹¹ Benvenuti & Bonfant Co. v. Government of the People's Republic of Congo, Judgment of June 6 [should read 26], 1981, Court of Appeal, Paris, translated in 20 *ILM* 877 (1981).

⁹² Konsep ini juga didukung oleh Schreuer yang menyatakan bahwa pemberian pengakuan pada putusan arbitrase ICSID bukan merupakan tindakan eksekusi, dengan mengutip putusan pengadilan tingkat kasasi di Perancis (dalam kasus SOABI) yang menyatakan: "*a foreign State which has consented to arbitration has thereby agreed that the award may be granted recognition (exequatur), which, as such, does not constitute a measure of execution that might raise issues pertaining to the immunity from execution of the State concerned.*" Christoph Schreuer *Op Cit*, hal.1116; Delaume, *ICSID Arbitration and the Courts*, par. 44.

⁹³ SOABI (Seutin) v. Senegal, French Court of Cassation, June 11, 1991. 30 *ILM* 1167 (1991), dalam Keith Height and Delaume *op cit*, par. 6.

⁹⁴ *Etat du Senegal v. Seutin es qualite de liquidateur amiable de la SOABI*, Judgment of Dec. 5, 1989, Court of Appeal, Paris, komentar oleh Gaillard 117 *JDI* 141 (1990); sedangkan komentar oleh Aron Broches dapat dilihat di *Revue de l'arbitrage [rev. arb.]* 164 (1990); Gaillard, "The Enforcement of ICSID Awards in France: The Decision of the Paris Court of Appeal in the SOABI case", 5 *ICSID REV.* 69 (1990).

⁹⁵ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal* (ICSID Case No. ARB/82/1).

memperolehnya lewat penetapan yang dikeluarkan oleh pengadilan tingkat pertama di Paris (*Paris Tribunal de grande instance* atau *the court of first instance of Paris*).⁹⁶

Pihak Senegal mengajukan banding terhadap penetapan yang dikeluarkan oleh pengadilan tingkat pertama di Paris ini, dan dalam proses banding ini kemudian pengadilan tingkat banding Paris memutuskan untuk mencabut pengakuan terhadap putusan arbitrase tersebut.⁹⁷ Terhadap putusan ini, banyak sekali kritikan yang kemudian datang karena dianggap inkonsisten dengan ketentuan ICSID. Pada putusan tingkat banding tersebut terdapat 2 (dua) alasan utama mengapa putusan untuk mengakui putusan arbitrase ICSID yang diberikan oleh pengadilan tingkat pertama tersebut harus dicabut. Pertama, pengadilan tingkat banding mengajukan dasar putusan yang berkaitan dengan proses eksekusi yang mungkin akan dijalankan oleh SOABI terhadap properti Senegal yang ada di Perancis. Sebenarnya, layaknya telah dibahas sebelumnya, bahwa dalam tahapan pemberian pengakuan, pengadilan seharusnya tidak memiliki kewenangan untuk mencampuradukannya dengan tahapan eksekusi. Hal ini secara tegas telah dinyatakan dalam kasus permohonan pengakuan putusan arbitrase ICSID di Perancis sebelumnya.⁹⁸ Namun, pengadilan tingkat banding Paris dalam kasus SOABI ini tidak mengindahkan putusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan tingkat banding dalam kasus *Benvenuti and Bonfant* sebelumnya. Pengadilan tingkat banding ini menyatakan bahwa karena pihak SOABI tidak dapat memberikan kepada pengadilan bukti bahwa properti yang akan menjadi obyek eksekusi putusan arbitrase ICSID tersebut memiliki sifat dan elemen komersial (yang sekiranya akan dilakukan setelah pengakuan diberikan), maka pengakuan terhadap

⁹⁶ Penetapan yang dikeluarkan oleh pengadilan tersebut tidak dipublikasikan.

⁹⁷ *SOABI (Seutin) v. Senegal*, Judgment of Dec. 5, 1989, Court of Appeal, Paris, 117 *JDI* 141 (1990).

⁹⁸ Putusan Pengadilan di tingkat banding pada kasus *Benvenuti and Bonfant* (*Benvenuti & Bonfant Co. v. Government of the People's Republic of Congo*, Judgment of June 6 [should read 26], 1981, Court of Appeal, Paris, translated in 20 *ILM* 877 (1981)), yang dikeluarkan sebelum kasus SOABI, telah jelas menegaskan bahwa dalam hal permohonan pengakuan, pengadilan tidak dapat melampaui kewenangannya dengan juga mencampurkan masalah eksekusi putusan dalam pengabulan permohonan pengakuan.

putusan tersebut akan melanggar konsep imunitas Negara Senegal (properti dan asetnya) dari eksekusi yang berlaku di dalam sistem hukum Perancis.⁹⁹

Untuk alasan kedua yang diberikan oleh pengadilan tingkat banding ini adalah bahwa pemberian pengakuan tersebut akan melanggar ketertiban umum (*public policy*) dari Perancis.¹⁰⁰ Pemjatuhan putusan dan dasar yang diberikan oleh pengadilan tingkat banding ini tentu saja kembali bertentangan dengan spirit dari Konvensi ICSID, yang berusaha meminimalkan keterlibatan konsep hukum domestik dalam mekanisme pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrasenya di teritori Negara-negara pesertanya. Mekanisme ICSID tidak mendelegasikan kewenangan untuk dapat menolak pengakuan terhadap putusan arbitrasenya, tidak juga dalam hal ketertiban umum.¹⁰¹ Layaknya disebutkan dalam kasus *Benvenuti*, bahwa benar Perancis (dan juga Negara-negara lainnya) mengatur bahwa dalam proses permohonan pemberian eksekutur, pengadilan memiliki kewenangan guna menolak pengakuan terhadap putusan arbitrase (internasional), yang diantaranya termasuk dengan dasar ketertiban umum.¹⁰² Namun, untuk putusan arbitrase yang terikat pada mekanisme yang diatur dalam Konvensi ICSID, hak dan kewenangan pengadilan tersebut dikecualikan.¹⁰³ Selain itu, lebih jauh putusan yang dikeluarkan oleh pihak pengadilan tingkat banding ini sebenarnya juga telah melanggar konsep yang telah ada di dalam sistem peradilan di Perancis, dimana seharusnya terdapat perbedaan antara tahap pengakuan dan tahap eksekusi, sehingga konsep imunitas yang pada dasarnya hanya dapat muncul dalam tahap eksekusi tidak dapat dimasukkan dalam

⁹⁹ *SOABI (Seutin) v. Senegal*, Judgment of Dec. 5, 1989, Court of Appeal, Paris, 117 JDI 141 (1990).

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Keith Height and Delaume *op cit*, par.3; Delaume, "International Arbitration under French Law," 37 *ARB. J.* (1982), p.38,39; Hal ini memang berbeda dengan misalnya ketentuan di dalam Konvensi New York yang mengizinkan pengadilan untuk menolak permohonan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase dengan dasar pengabulan permohonan tersebut akan bertentangan dengan ketertiban umum.

¹⁰² *Benvenuti & Bonfant Co. v. Government of the People's Republic of Congo*, Judgment of June 6 [should read 26], 1981, Court of Appeal, Paris, translated in 20 *ILM* (1981), p.881

¹⁰³ *Ibid.*

konsiderasi dalam menerima ataupun menolak permohonan pengakuan suatu putusan arbitrase internasional.¹⁰⁴

Berdasarkan penjelasan diatas dapat disimpulkan bahwa di bawah rezim Konvensi ICSID, putusan tidak dapat diperiksa ulang oleh pengadilan atau otoritas setempat. Dalam hal pengakuan terhadap putusan arbitrasenya di wilayah Negara-negara anggota, tidak ada persyaratan (selain yang sifatnya prosedural administrative yang secara tegas diatur dalam konvensi) dan dasar penolakan dapat diajukan oleh pengadilan atau institusi yang berwenang guna mempersulit ataupun menolak memberikan pengakuan terhadap putusan arbitrase tersebut. Secara singkat dapat dinyatakan bahwa kewajiban (Negara anggota melalui insitusi atau pengadilan yang telah ditunjuknya) untuk mengabulkan permohonan pengakuan atas putusan arbitrase ICSID bukan diatur dan menjadi subyek hukum nasional¹⁰⁵, sehingga pengadilan tidak memiliki wewenang dan legitimasi untuk turut mencampurkan substansi hukum domestik dalam tahap ini. Keberadaan pasal 53 dan 54 dari Konvensi ICSID telah sangat jelas mengatur bahwa hukum nasional hanya akan berlaku dalam tahap eksekusi,¹⁰⁶ sehingga pengadilan hanya dapat melakukan intervensi pada tahap ini.

¹⁰⁴ Terhadap ketentuan ini dapat dilihat dalam putusan kasus *Benvenuti and Bonfant*, sedangkan untuk kasus diluar ICSID yang juga mendukung pendapat ini dapat dilihat pada "Societe europeenne d'etudes et d'entreprises (SEEE) v. Republique Socialiste Federale de Yougoslavie, Judgment of Nov. 18, 1986," *Cass. civ. Ire, 1986 REV. ARB. 328*, ditranslasikan ke dalam bahasa Inggris di dalam *26 ILM 377 (1987)*, "Republique Malgache v. Societe Bruynzeel, Judgment of May 3, 1971, Tribunal de grande instance, Paris, 1961, *Juris-Classeur periodique, la semaine juridique II, at 16,811*.

¹⁰⁵ Ide ini diajukan sejak awal pembentukan *Preliminary Draft* dan *First Draft* dari Konvensi ICSID. Proposal ini pada akhirnya dapat tetap dipertahankan dari beberapa oposisi yang berniat untuk memasukkan ijin penolakan dengan dasar yang mungkin disamakan dengan yang terdapat di dalam Konvensi New York maupun pelanggaran ketentuan ketertiban umum di Negara tempat pengakuan putusan tersebut dimohonkan. Namun, Aron Broaches sebagai salah satu pendukung utama proposal ini berhasil mempertahankannya dari keberatan yang disampaikan oleh, salah satunya, kontingen dari Jerman. Broaches sendiri berpendapat bahwa proposal yang berani dan ekstrem ini bukan dengan tidak memakai pertimbangan yang benar, perlu dicatat dan dicermati bahwa pemberian kemudahan dan pengakuan tanpa syarat substansial dalam pengakuan dan pelaksanaan dari putusan arbitrase ini hanya terbatas pada penegakkan kewajiban yang sifatnya financial (*pecuniary obligation*).

Namun perlu juga disadari dan dipahami benar bahwa dalam prakteknya pelampauan kewenangan oleh pengadilan dalam hal ini akan sangat mungkin untuk terjadi, terutama dengan mencampuradukan tahap pengakuan dan eksekusi, yang pada dasarnya merupakan dua tahapan yang terpisah. Namun, pada dasarnya Konvensi ICSID telah menyediakan pengaturan yang cukup jelas untuk hal ini, sehingga semua tergantung pada pengadilan di masing-masing Negara anggota untuk dapat konsisten mengaplikasikan ketentuan yang telah secara langsung mengikat mereka dalam konteks keterlibatannya dalam mekanisme pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID.

II.2.2 Pelaksanaan Putusan Arbitrase ICSID

Pelaksanaan putusan merupakan tahap yang penting dan krusial bagi para pihak yang bersengketa. Dalam hal putusan arbitrase, pelaksanaan tidak harus langsung diasosiasikan dengan pengadilan atau institusi penegak hukum lainnya. Terminologi pelaksanaan, dapat diartikan sebagai pelaksanaan secara sukarela (pemenuhan isi dan kewajiban yang ada di dalam putusan tersebut oleh para pihak tanpa harus ada intervensi pengadilan) dan pelaksanaan yang sifatnya tidak sukarela (menggunakan jasa pengadilan atau institusi penegak hukum yang berwenang lainnya). Dalam kondisi putusan arbitrase ICSID dilaksanakan secara sukarela, maka tidak akan muncul permasalahan hukum yang perlu dihadapi para pihak, namun jika salah satu pihak gagal melaksanakan putusan tersebut secara sukarela, maka pada kondisi ini akan muncul konsep penegakan putusan (*award enforcement*).

Pada dasarnya dengan sepakat untuk menggunakan jasa penyelesaian sengketa di bawah administrasi ICSID, para pihak telah menundukkan diri kepada aturan ICSID, termasuk Konvensi ICSID. Maka, berdasarkan pada kesepakatan untuk berarbitrase dan ketentuan mengikat dari Konvensi ICSID¹⁰⁷ para pihak memiliki

¹⁰⁶ Pasal 54(3) Konvensi ICSID menyatakan “*Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.*”

kewajiban untuk menaati dan mematuhi isi putusan arbitrase ICSID tersebut secara sukarela. Dalam hal salah satu pihak gagal memenuhi isi putusan tersebut, maka secara langsung hal ini merugikan pihak yang lain, karena itu terdapat *remedies* disediakan guna menghadapi kondisi ini. Secara garis besar terdapat dua mekanisme *remedies* yang dapat dikemukakan, yaitu dengan mengusahakan penegakan putusan arbitrase tersebut, yang dapat diartikan sebagai bentuk usaha pelaksanaan putusan tidak dengan sukarela, pelaksanaan semacam ini kerap diasosiasikan langsung dengan proses eksekusi. Mekanisme kedua yaitu dengan mengusahakan litigasi atau mengajukan gugatan internasional. Dalam konteks ini yang dimaksudkan sebagai gugatan internasional adalah gugatan yang diajukan ke hadapan pengadilan internasional misalnya majelis internasional (ICJ).¹⁰⁸

Remedy yang merupakan inti bahasan dari skripsi ini adalah mengenai penegakkan putusan arbitrase tersebut. Dalam hal ini pelaksanaan putusan arbitrase dilakukan dengan mengesampingkan kesukarelaan dari pihak yang berkewajiban, atau secara singkat dapat disebut sebagai pelaksanaan secara paksa dengan menggunakan bantuan institusi yang berwenang. Pasal 54 (1) Konvensi ICSID menyatakan dengan jelas bahwa Negara anggota konvensi memiliki kewajiban, selain untuk menerima permohonan pengakuan, juga untuk dapat melaksanakan putusan arbitrase ICSID jika dimohonkan di teritorinya.¹⁰⁹ Permasalahan yang muncul dari tahap pelaksanaan ini adalah mengenai posisinya jika dihubungkan dengan tahap eksekusi.

Pasal 54 Konvensi ICSID menggunakan terminologi penegakkan (*enforcement*) dan eksekusi (*execution*) secara bersamaan. Pasal 54(1) dan (2)

¹⁰⁷ Dengan bersepakat untuk mengakui yurisdiksi dari ICSID, maka secara otomatis para pihak telah menyetujui untuk taat pad ketentuan Konvensi ICSID, dimana ketentuan-ketentuan tersebut mengikat majelis arbitrase yang nantinya akan dibentuk dan juga mengatur proses arbitrase yang akan dijalankan.

¹⁰⁸ Pasal 64 Konvensi ICSID menyatakan bahwa segala sengketa yang terjadi diantara Negara-negara anggota ICSID berkenaan dengan interpretasi atau pelaksanaan dari konvensi yang tidak dapat diselesaikan melalui mekanisme negosiasi, harus diajukan ke hadapan majelis internasional (ICJ), kecuali para pihak menyetujui mekanisme penyelesaian yang lain.

¹⁰⁹ Pasal 53 (1) Konvensi ICSID.

menggunakan terminologi *enforcement*, sementara pasal 54(3) menggunakan terminologi eksekusi. Pertanyaan yang kemudian muncul adalah apakah keduanya merupakan dua tahapan yang berbeda, jika benar, apa yang membedakan keduanya. Namun jika ternyata keduanya ditujukan untuk tahapan yang sama mengapa digunakan dua terminologi yang berbeda. Kebingungan ini dapat terlihat bukan hanya dari tulisan-tulisan dan pendapat para praktisi, namun juga terlihat dari beberapa putusan pengadilan berkaitan dengan isu ini.¹¹⁰

Putusan pengadilan di salah satu pengadilan di Paris dalam permohonan pengakuan dari putusan arbitrase ICSID dalam kasus antara SOABI dan Senegal memperlihatkan bahwa kebingungan ini memang dihadapi dalam praktek nyata. Dalam putusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan tingkat banding di Paris membatalkan perintah pengakuan dan penegakkan isi putusan arbitrase tersebut, dengan dasar adanya konsep kekebalan Negara terhadap imunitas. Dalam kasus tersebut, pengadilan menyatakan bahwa karena SOABI tidak dapat memuaskan pengadilan dalam membuktikan bahwa penegakkan putusan arbitrase tersebut tidak akan melanggar ketertiban umum yang diakui di Perancis. Pelanggaran ketertiban umum ini diakibatkan oleh adanya konsep mengenai kekebalan Negara (asing) dari eksekusi putusan hukum, dimana jika SOABI gagal membuktikan di hadapan pengadilan tersebut bahwa eksekusi akan dilakukan terhadap properti yang bersifat komersial, maka pemberian pengakuan dan perintah penegakkan putusan tersebut akan melanggar ketertiban umum Perancis.¹¹¹

Dalam konteks ini, pengadilan secara membingungkan menempatkan terminologi *recognition* dan *enforcement* sebagai *recognition* dan *execution*. Dalam masalah ini

¹¹⁰ Dalam kasus *SOABI* yang secara singkat telah disinggung sebelumnya, bagaimana pengadilan tingkat banding langsung memasukkan ketentuan mengenai imunitas Negara (yang berdasarkan ketentuan yang ada hanya dapat muncul pada tahap permohonan eksekusi) dalam proses pemberian pengakuan dan pelaksanaan dari putusan tersebut. Hal serupa juga terjadi pada kasus *Benvenuti and Bonfant*, dimana pengadilan tingkat pertama dengan tidak bijak mencampurkan konteks eksekusi dalam tahap permohonan *exequatur*.

¹¹¹ *SOABI (Seutin) v. Senegal*, Judgment of Dec. 5, 1989, Court of Appeal, Paris, 117 *JDI* 141 (1990).

terdapat dua kubu yang berbeda, yang pertama menyatakan bahwa kedua terminologi ini, *enforcement and execution*, memiliki pengertian yang berbeda.¹¹² Hal ini salah satunya didukung dengan adanya pengalaman dalam kasus LETCO¹¹³, dimana pengadilan di Amerika Serikat awalnya menerapkan konsep imunitas pada konteks *enforcement*, yang kemudian segera dikoreksi dengan menempatkan konsep imunitas tersebut pada konteks *execution*.¹¹⁴

Pendapat yang kedua adalah bahwa kedua terminologi ini tidak seharusnya diartikan secara berbeda. Pendapat ini didasarkan dengan melihat pada dua naskah konvensi yang otentik lainnya, yaitu yang menggunakan bahasa Spanyol dan Bahasa Perancis. Pada kedua naskah Konvensi ICSID tersebut, ketentuan dalam pasal 53 menggunakan terminologi yang sama, yaitu *l'execution* untuk yang berbahasa Perancis dan terminologi *ejecuter* dalam bahasa Spanyol.¹¹⁵ Sehingga, jika Konvensi ICSID dibaca dalam bahasa Perancis maupun Spanyol, perbedaan terminologi ini tidak akan terlihat dan menjadi masalah.

Namun, permasalahannya adalah ketiga naskah ini kesemuanya otentik, sehingga tidak dapat dikatakan bahwa naskah dengan bahasa yang satu akan dapat dianggap memberikan interpretasi yang benar atas naskah dengan bahasa yang lain. Melihat permasalahan ini maka hal yang bisa dilakukan adalah mencari interpretasi yang tepat dari ketentuan dan terminologi yang terdapat di dalam Pasal 54 dari Konvensi ICSID tersebut. Merujuk pada ketentuan yang terdapat dalam *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT), jika perbandingan antara naskah-naskah otentik perjanjian internasional tersebut menghasilkan perbedaan yang tidak dapat

¹¹² D.B. Franzoni, "Enforcement of ICSID Awards in the United States", *Georgia Journal of International and Comparative Law* 101,(1988), hal. 115,116; D.A. Soley, "ICSID Implementation: An Effective Alternative Settlement for International Conflict", *19 International Lawyer*, (1985), hal. 251.

¹¹³ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO), v. The Government of The Republic of Liberia*, United States District Court, S.D. New York, No. M-68. (Dec. 12, 1986), 650 F.Supp. 73, 1987 A.M.C. 819.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Christoph Schreuer *op cit*, hal. 1221,1222.

disatukan,¹¹⁶ maka berdasarkan VCLT terhadap perbedaan tersebut, pengertian yang akan diambil harus diputuskan dengan melihat dan mempertimbangkan objek dan tujuan dari konvensi tersebut.¹¹⁷ Dengan melihat tujuan dari Konvensi ICSID, maka ada pendapat yang menyebutkan bahwa seharusnya terminologi *enforcement* dan *execution* tidak diartikan sebagai konsep yang berbeda, karena keduanya sebenarnya memiliki pengertian yang identikal.¹¹⁸

Pada dasarnya kedua pendapat ini tidak ada yang dapat disalahkan penggunaannya, namun sebenarnya yang paling penting adalah bahwa konsep pelaksanaan putusan arbitrase ICSID dengan merujuk pada tahap eksekusi merupakan tahapan yang sudah menghadapkan properti dan aset salah satu pihak yang akan dijadikan obyek dari eksekusi putusan tersebut. Sehingga, jika harus mengingat pendapat Broaches, sebagai salah satu orang yang sangat terlibat dalam pembentukan Konvensi ICSID, bahwa terminologi “*enforce*” dalam pasal 54(1) harusnya diungkapkan guna menegaskan bahwa kewajiban finansial yang terdapat di dalam putusan arbitrase ICSID tersebut “*shall be enforceable*”.¹¹⁹ Sehingga, dalam pelaksanaannya terminologi “*enforcement*” memiliki pengertian yang lebih luas dari eksekusi. Menurut penulis, dalam konteks arbitrase ICSID, permohonan untuk pengakuan dan pelaksanaan dari putusan arbitrase dihadapan sebuah pengadilan memberikan efek hukum sebagai berikut; pengakuan yang diberikan memberikan kepastian bahwa putusan tersebut diakui dan diperlakukan layaknya putusan pengadilan tingkat akhir dalam sistem hukum Negara tersebut. Dan pengabulan permohonan *enforcement* memiliki efek hukum bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan dan ditegakkan di wilayah Negara tersebut, dan ketika penegakkan

¹¹⁶. Pasal 33(4) VCLT menyatakan : “... *when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.*”

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Christoph Schreuer *op cit*, hal 1123.

¹¹⁹ *Ibid.*

putusan ini dilakukan dengan menunjuk properti dan aset untuk disita, maka kondisi ini menunjukkan telah masuknya tahap eksekusi



BAB III

EKSEKUSI PUTUSAN ARBITRASE ICSID DAN KAITANNYA DENGAN IMUNITAS NEGARA DARI EKSEKUSI PUTUSAN

Seperti telah diterangkan sebelumnya bahwa majelis arbitrase tidak memiliki kekuatan dan kewenangan untuk dapat mengeksekusi putusan yang mereka keluarkan. Pada mekanisme ICSID *simplified and self contained procedure* pada tahap pengajuan permohonan pengakuan dan pelaksanaan putusan, yang mengakibatkan ketiadaan intervensi pengadilan domestik, tidak menjangkau tahap eksekusi putusan arbitrase ICSID.¹²⁰ Secara tegas pasal 54(3) mengikutsertakan hukum domestik untuk turut campur dalam pengaturan proses eksekusi.¹²¹ Lebih lanjut pasal 55 Konvensi ICSID lebih menegaskan mengenai dapat diberlakukannya ketentuan mengenai imunitas Negara dari eksekusi yang berlaku di Negara tempat eksekusi dimohonkan.

Banyak pihak menyatakan bahwa keberadaan provisi tentang imunitas ini merupakan kelemahan dari mekanisme pelaksanaan putusan arbitrase ICSID yang telah sedemikian rupa didesain guna menjamin efektifitas penyelesaian sengketa di bawah mekanisme ICSID.¹²² Hal ini cukup beralasan karena dengan adanya ketentuan ini maka dalam hal imunitas diberikan oleh pengadilan kepada Negara maka sia-sialah investor memperoleh putusan yang memihak mereka, karena pada akhirnya putusan tersebut tidak dapat dilaksanakan dan ditegakkan. Lebih lagi dengan adanya ketentuan ini menegaskan bahwa dalam hal pengadilan mengabulkan permohonan imunitas Negara dari eksekusi, tidak terjadi pelanggaran terhadap

¹²⁰ S.J. Toope, *Mixed international Arbitration. Studies in Arbitration between States and Private Persons*, (Cambridge: Grotius Publications, 1990), hal 246.

¹²¹ Pasal 54(3) Konvensi ICSID :*"Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought."*

¹²² Pasal 55 Konvensi ICSID: *"Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution."*

Konvensi ICSID.¹²³ Hal ini berbeda kondisinya dalam konteks atau tahap pengakuan dimana Negara anggota ICSID yang pengadilannya menolak mengakui dan melaksanakan isi putusan berarti telah melanggar kewajibannya di bawah Konvensi ICSID.¹²⁴ Ketiadaan “kondisi memaksa” ini diperkirakan memberikan semacam faktor psikologis pada pengadilan, sehingga cenderung membuatnya kurang mempertimbangkan posisi dan hak investor dalam memutuskan permohonan atas imunitas ini.

Pada sejarahnya, terdapat dua alasan besar yang coba dikemukakan berkenaan mengenai dimasukkannya provisi ini di dalam Konvensi ICSID. Pertama, para *drafter* dari Konvensi ICSID ini tidak memperhitungkan bahwa Negara dapat gagal dalam memenuhi kewajibannya yang telah ditetapkan di dalam putusan arbitrase ICSID tersebut.¹²⁵ Pandangan ini bukannya tidak beralasan sebenarnya, para pembentuk konvensi ini mengemukakan bahwa dalam konteks Negara gagal melaksanakan isi putusan ICSID maka akibat yang akan diterimanya akan jauh lebih merugikan daripada kondisi dimana Negara tersebut harus membayarkan sejumlah dana sebagai kompensasi kepada investor misalnya. Kegagalan Negara dalam memenuhi isi putusan arbitrase ICSID bukan hanya memberikan citra buruk bagi Negara tersebut pada investor-investor asing, namun juga dapat merusak hubungan Negara tersebut dengan Negara asal investor dan juga hubungannya dengan Bank Dunia dan institusi keuangan internasional lainnya yang berada di bawah *World Bank Group*.¹²⁶ Kerugian immaterial yang pada akhirnya berujung pada kerugian potensial material yang jauh lebih besar inilah yang membuat para pembentuk Konvensi beranggapan bahwa kondisi dimana Negara gagal melaksanakan isi putusan akan sangat jarang.¹²⁷

¹²³ Christoph Schreuer *Op Cit*, hal.1118.

¹²⁴ Lihat bagian II.2 yang menjelaskan masalah kewajiban internasional negara peserta Konvensi ICSID untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase ICSID.

¹²⁵ Berdasarkan pasal 27 Konvensi ICSID, *non-compliance* dari putusan arbitrase ICSID akan mengembalikan hak *diplomatik protection*; Cristoph Schreuer *op cit*, hal. 1104.

¹²⁶ *Mine v. Guinea*, Interim order No.1 on Guinea’s application for Stay of Enforcement of the Award, 12 August 1988) 4 *ICSID Reports* 115/6, par.25.

Alasan yang kedua adalah bahwa ketentuan mengenai pemberian imunitas Negara sudah merupakan hukum kebiasaan internasional.¹²⁸ Kondisi ini dibuktikan dengan berbagai praktek yang dilakukan di berbagai Negara di dunia,¹²⁹ juga tulisan-tulisan yang dibuat oleh para *notable scholars*,¹³⁰ yang dilengkapi dengan putusan-putusan pengadilan dari berbagai yurisdiksi yang menguatkan proposisi tersebut.¹³¹ Berdasarkan dua alasan tersebut, maka ketentuan mengenai keberlakuan konsep imunitas Negara dari eksekusi dimasukkan di dalam konvensi, hal ini juga dilakukan guna menghindari kebingungan dan ketidakpastian hukum yang mungkin dapat terjadi seandainya masalah ini tidak diatur secara tegas.

Guna memperoleh kejelasan lebih jauh mengenai kondisi yang menarik dan rumit ini, pada bab ke 3 ini akan dibahas secara komprehensif mengenai efek dari keberadaan pasal 54(3) dan 55 dari Konvensi ICSID ini terhadap eksekusi putusan arbitrase ICSID.

III.1 Eksekusi Putusan Arbitrase ICSID Tunduk Kepada Hukum yang Berlaku di Teritori Tempat Eksekusi Dimohonkan

Pasal 54(3) Konvensi ICSID menyatakan bahwa untuk usaha eksekusi yang akan dilakukan terhadap putusan arbitrase ICSID, proses eksekusi tersebut diatur atau tunduk pada aturan hukum yang mengatur mengenai masalah eksekusi putusan yang

¹²⁷ Hal ini sebenarnya cukup terbukti, terlihat dari data statistic yang menunjukkan bahwa dari 162 kasus yang telah diputuskan oleh majelis arbitrase ICSID, hanya terdapat 4 kasus yang memperlihatkan adanya kegagalan yang dilakukan Negara dalam memenuhi isi putusan arbitrase tersebut.

¹²⁸ Lihat *infra note* 140 beserta teks yang menyertainya.

¹²⁹ Keberlakuannya dapat dilihat melalui berbagai legislasi nasional seperti: FSIA, UKSIA, CSIA, ASIA dan konvensi internasional seperti European Convention on State Immunity, CJISP.

¹³⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, (New York: Oxford University Press, 2003), hal.322; G.Bernini dan A.J .Van den Berg, "The Enforcement of Arbitral Awards against a State : The Problem of Immunity from Execution", dalam J.Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*", (The Hague: Kluwer Law International, 1987); G.R Delaume, "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration", 2 *ICSID Review* (1987).

¹³¹ Lihat kasus *Philippine Embassy Bank Account Case* (pengadilan Jerman); *Alcom Ltd v. Republic of Colombia case* (pengadilan Inggris); *Morgan Guaranty Trust Company of New York v. Republic of Palau (Palau case)* Pengadilan di Amerika Serikat.

berlaku di Negara tempat eksekusi dimohonkan. Keberadaan pasal ini secara implisit menegaskan hidupnya kembali peranan dan intervensi hukum domestik terhadap pelaksanaan putusan arbitrase ICSID, setelah sebelumnya tidak mendapat tempat pada tahap pengakuan putusan.

Dalam hal investor yang gagal memenuhi kewajibannya yang diatur didalam putusan arbitrase ICSID, maka eksekusi putusan tersebut pada properti atau aset investor dapat dilakukan tanpa hambatan yang berarti, namun kondisi yang berbeda jika investor yang dihadapkan pada Negara yang gagal memenuhi isi putusan arbitrase tersebut.¹³² Dalam melakukan usaha eksekusi putusan tersebut investor akan dihadapkan pada keberadaan doktrin imunitas Negara terhadap eksekusi, dimana Konvensi ICSID secara tegas mengatur tentang keberlakuannya terhadap proses eksekusi putusan arbitrase ICSID.

Keberadaan ketentuan mengenai imunitas Negara dari eksekusi diatur dalam pasal 55 Konvensi ICSID, seperti juga telah disebutkan sebelumnya. Dalam pasal tersebut hanya dinyatakan bahwa ketentuan yang tertulis di dalam pasal 54 tidak boleh dikonstruksikan sebagai pengesampingan ketentuan mengenai imunitas Negara dari eksekusi. Menilai dari konstruksi kalimat, maka pasal 55 ini sengaja dimasukkan guna melengkapi ketentuan pasal 54(3) tentang eksekusi putusan. Pasal 55 menjelaskan posisi ketentuan imunitas Negara dari eksekusi, agar tidak terjadi kebingungan dan multiinterpretasi terhadap ketentuan pasal 54(3) dalam pengaplikasiannya. Sehingga dalam membaca ketentuan pasal 55 harus merujuk pada pasal 54(3)¹³³, dimana berdasarkan hubungan keduanya, ketentuan imunitas negara yang dapat diberlakukan adalah ketentuan yang terdapat di dalam sistem hukum Negara tempat eksekusi dilakukan, bukan ketentuan mengenai imunitas Negara yang

¹³² Dalam hal investor yang gagal melaksanakan isi putusan, maka eksekusi terhadap properti dan aset dari investor tersebut dapat langsung dijadikan obyek eksekusi tanpa syarat tambahan layaknya yang akan diberlakukan pada properti negara, dalam hal negara yang gagal melaksanakan isi putusan tersebut.

¹³³ Cristoph Schruer *op cit*, hal. 1120.

berlaku di negara yang memohonkan pemberian imunitas tersebut, ataupun ketentuan yang berlaku di Negara ketiga.¹³⁴

Pada kenyataannya, eksekusi putusan arbitrase ICSID yang pernah terjadi pada banyak kesempatan dimohonkan terhadap properti ataupun aset Negara yang bersengketa yang berlokasi di Negara lain.¹³⁵ Secara logika hal ini dapat dimengerti, karena dalam hal investor memohonkan eksekusi terhadap properti yang ada di Negara yang bersengketa itu sendiri, maka kemungkinan untuk kemudahan dan ijin eksekusi akan sulit didapat.¹³⁶ Karena itu akan lebih efektif jika memohonkan di Negara lain, karena pengadilan akan lebih objektif dan tidak memihak. Namun, usaha eksekusi terhadap properti atau aset Negara yang bersengketa yang berlokasi di dalam teritori Negara tersebut juga bukan berarti tidak dapat dilakukan. Usaha tersebut tetap dapat dilakukan, dan sebagai pengetahuan, terdapat beberapa kasus yang cukup membuktikan bahwa eksekusi di teritori Negara yang merupakan pihak yang terlibat dalam sengketa tidak selamanya berakhir tanpa hasil.¹³⁷

Sebenarnya imunitas Negara bukan satu-satunya isu yang berkaitan dengan eksekusi putusan terhadap properti Negara, karena pada sisi lain usaha eksekusi putusan terhadap properti atau aset Negara asing yang berlokasi di suatu Negara tertentu melibatkan campur tangan pihak eksekutif.¹³⁸ Namun, pada bagian ini hanya

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Selain karena masalah isu *impartiality* dan *lack of fairness* di *host country*, pada kenyataannya eksekusi kebanyakan mencari lokasi di negara-negara pusat keuangan dunia, seperti Amerika Serikat dan Inggris.

¹³⁶ George K. Foster, "Collecting From Sovereigns: The Current Legal Framework For Enforcing Arbitral Awards And Court Judgments Against States And Their Instrumentalities, And Some Proposals For Its Reform", 25 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 665(2008), par. 6.

¹³⁷ Osvaldo J. Marzorati, "Enforcement of Treaty Awards and National Constitutions (the Argentinian Cases)", 7 *BUS. L. INT'L* 226, (2006) par. 234-235 .

¹³⁸ August Reinisch, "European Court Practice Concerning State Immunity From Enforcement Measures", *European Journal of International Law* 17 *Eur. J. Int'l L.* 803 (September, 2006) mengutip *Croatian Execution Act* pasal 18 yang menyatakan bahwa "*an act of execution or an act of securing cannot be issued against the properti of a foreign State without previous consent of the Ministry of Justice of the Republic of Croatia, except when a foreign State agrees on execution or insurance*" (Execution Act, 28 July 1996, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 57/96);

akan dibahas secara mendalam mengenai bagaimana imunitas Negara dari eksekusi putusan akan memberikan pengaruh signifikan pada keberhasilan eksekusi putusan arbitrase ICSID. Pembahasan akan dilakukan dengan pertama memaparkan mengenai konsep imunitas Negara itu sendiri, yang dapat dikategorikan menjadi dua (2) jenis, yaitu imunitas Negara dari yurisdiksi pengadilan asing (*adjudicative immunity*) dan imunitas Negara dari eksekusi putusan asing (*execution immunity*).¹³⁹ Kemudian akan dibahas lebih lanjut mengenai bagaimana perkembangan dan praktek-praktek yang ada mengenai ketentuan imunitas Negara terhadap eksekusi serta pengaruhnya pada eksekusi putusan arbitrase yang dikeluarkan oleh majelis arbitrase yang dibentuk berdasarkan Konvensi ICSID.

III.2. Konsep Imunitas Negara Secara Umum

Imunitas atau kekebalan Negara di hadapan pengadilan Negara lain (asing) merupakan salah satu doktrin yang telah diakui sebagai asas hukum kebiasaan internasional (*principle of international customary law*).¹⁴⁰ Dimana berdasarkan

contoh lain dapat dilihat di Italia, dimana salah satu dari aturan hukumnya, yaitu *Royal Executive Decree No. 1621 of 30 August 1925*, yang kemudian ditransformasikan menjadi *Law No. 1263 of 15 July 1926* yang pada pasal 1 mengatur bahwa "*there shall be no attachment, seizure or, in general, measures of execution against the movable or immovable property, vessels, funds, securities and any other assets belonging to a foreign State, without the authorization of the Minister of Justice*" (*Decreto Legge, 30 Aug. 1925, No. 1621* yang kemudian ditransformasikan menjadi *Statute of 15 July 1926, No. 1263*), beberapa kasus telah menegaskan ketentuan ini, seperti *Prefect of Milan v. Federici and Savoldi, Corte di Cassazione*, 30 Sept. 1968, 65 *ILR* 270, dimana pengadilan tingkat pertama mencabut sita atas aset Jepang di Italia karena eksekusi tersebut tidak cukup mendapat otorisasi yang seharusnya (*executive authorization*). Namun, kemudian pendekatan semacam ini mendapat tentangan dan pada kasus *Condor and Filvem*, Majelis Konsultasi Italia memutuskan bahwa ketentuan mengenai *executive authorization* ini tidak dapat diberlakukan karena bertentangan dengan hak konstitusional untuk memperoleh akses ke pengadilan dan menyatakan bahwa pasal mengenai ketentuan *executive authorization* tersebut tidak sah di mata konstitusi, putusan ini kemudian dikuatkan kembali dalam putusan berikutnya yaitu dalam *Diana Gayle Abbott v. República de Sudáfrica*, Tribunal Constitucional, 1 July 1992, Aranzadi, Decision No. 107, 113 *ILR* 413; Christoph Schreuer *op cit*, hal 13.

¹³⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, (New York: Oxford University Press, 2003), hal.322

¹⁴⁰ *Preamble* dari *Convention on jurisdictional Immunity of States and its Property* (CJISP) par.1; Yudha Bhakti Ardhiwisastro, *Imunitas Kedaulatan Negara di forum pengadilan Asing*, (Bandung: PT.Alumni, 1999), hal.21; *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S (7 Cranch) 116 (1812); *Berizzi Brothers Co. v. The Pesaro*, 271 U.S 562 (1926).

doktrin ini Negara (dan propertinya) memiliki kekebalan untuk tidak dapat dihadapkan pada sistem peradilan (pengadilan) di negara lain.¹⁴¹ Doktrin ini berangkat dari eksistensi salah satu konsep penting dalam tata pergaulan dan hukum yang berlaku dalam komunitas masyarakat internasional, yaitu kedaulatan negra (*sovereignty*).¹⁴² Rasio yang terdapat di dalam keberlakuan doktrin ini adalah adanya penghormatan terhadap kedudukan dan martabat diantara Negara-negara yang saling berdaulat.¹⁴³ Dan dalam prakteknya, penghormatan ini biasa terlihat dari ketidakbersediaan pengadilan di suatu Negara untuk melaksanakan yurisdiksinya terhadap kasus atau masalah hukum yang melibatkan (tindakan) Negara asing yang dilaksanakan di dalam teritori atau wilayah negaranya.¹⁴⁴ Berkenaan dengan pendekatan ini juga dikenal luas istilah *par in parem habet jurisdictionem*.¹⁴⁵

Selain pengetahuan bahwa doktrin imunitas kedaulatan Negara ini sudah menjadi suatu bentuk hukum kebiasaan internasional, perlu juga untuk dicatat bahwa pada dasarnya pemberian imunitas ini hanya bersumber dari keinginan dan kesadaran negara tuan rumah.¹⁴⁶ Walaupun statusnya yang dianggap sebagai suatu hukum

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, dan John A. Spanogle, JR., *International Business Transactions*, (St. Paul: West Publishing Co.), hal. 362-363.

¹⁴³ Ian Brownlie *op cit*, hal.322.

¹⁴⁴ Dalam putusannya pada kasus *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812), yang merupakan akar konsep kekebalan negara di Amerika Serikat, Chief Justice Marshall secara eksplisit menyatakan bahwa pengadilan Amerika Serikat tidak memiliki yurisdiksi terhadap negara asing (dalam kasus ini Perancis), secara eksplisit dinyatakan bahwa pengadilan "...being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nations, by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another." Lihat juga pertimbangan yang diberikan dalam putusan kasus *Banco National de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S 398, 84 S.Ct.923, 11 L Ed.2d 804 (1964).

¹⁴⁵ Sesama pihak yang memiliki kedudukan yang sama (didasarkan pada kedaulatan yang dimiliki masing-masing), maka tidak dapat pihak yang satu memiliki yurisdiksi (untuk mengadili) terhadap yang lainnya (Ian Brownlie *op cit*, hal 322).

¹⁴⁶ Hal ini disebabkan karena kekebalan atau imunitas negara asing merupakan salah satu konsep pengecualian atau pembatasan terhadap yurisdiksi teritorial yang dimiliki oleh sebuah negara berdaulat. Yurisdiksi negara dalam teritorialnya bersifat eksklusif dan absolut, Berkaitan dengan konteks kekebalan negara ini, Chief Justice Marshall dalam kasus *Schooner Exchange v.*

kebiasaan internasional, berbagai argument dapat diajukan sebagai keberatan dalam pengaplikasiannya. Berangkat dari konsep inilah maka ketentuan mengenai pemberian imunitas Negara ini terus berkembang seiring dengan praktek-praktek yang dijalankan Negara-negara di dunia. Perkembangan ini dapat dilihat dari berubahnya pendekatan yang cenderung dipakai oleh pengadilan-pengadilan dalam memutuskan perkara permohonan imunitas ini, mulai dari pendekatan yang absolute yang kemudian bergeser ke arah yang lebih restriktif.

Secara teoritis imunitas Negara (berkaitan dengan pengadilan asing) ini dapat dikategorikan menjadi dua bagian besar, yaitu imunitas Negara dari pengadilan asing (dalam artian dari yurisdiksi pengadilan asing guna mengadili) dan imunitas Negara dari eksekusi putusan asing (dalam artian imunitas yang diberikan terhadap properti atau aset Negara dari eksekusi suatu putusan yang akan dilakukan oleh pengadilan negara asing). Jika kita melihat pada terminologi yang digunakan oleh CJISP, maka dengan jelas dinyatakan bahwa imunitas Negara atas yurisdiksi pengadilan asing terbagi atas imunitas Negara itu sendiri dan imunitas aset atau propertinya (imunitas eksekusi).¹⁴⁷ Dalam skripsi ini penjelasan secara mendalam akan dilakukan terhadap konsep imunitas negara dari eksekusi.

McFaddon, menyatakan bahwa *“The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolut. It is susceptible of no limitation not imposed by itself... All exception, therefore, to the full and complete power of a nation within its own territories, must be traced up to the consent of the nation itself. They can flow from no other sources”*. Yudha Bhakti Ardhiwisastra *op cit*, hal 130; lihat juga Hackworth, *Digest of International Law*, Vol.II, Chapter VII (1946), hal. 393.

¹⁴⁷ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (CJISP), Adopted by the General Assembly of the United Nations on 2 December 2004. *General Assembly resolution 59/38*, Fifty-ninth Session, *Supplement No. 49 (A/59/49)*. Sampai saat ini konvensi ini belum *entry into force*, karena pasal 30 dari konvensi ini mewajibkan minimal 30 *ratification*, atau *acceptance*, atau *approval*, atau *accession* untuk dapat membuat konvensi ini mulai dapat diberlakukan. Sampai bulan Maret 2009, Konvensi ini baru memperoleh 6 ratifikasi dan 28 *signatories*, data ini dapat dilihat dengan mengakses ke alamat *website* sebagai berikut: [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/texts_&_documents/Docs%202009/CAHDI%20\(2009\)%20Inf%204%20E.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/texts_&_documents/Docs%202009/CAHDI%20(2009)%20Inf%204%20E.pdf) (kunjungan terakhir pada tanggal 4 Mei 2009).

III.3 Imunitas Negara dari Eksekusi Putusan (Imunitas yang Dimiliki Oleh Properti Pihak yang Berdaulat)

Imunitas Negara dari eksekusi diartikan sebagai kekebalan yang dimiliki oleh aset atau properti Negara, sebagai pihak yang memiliki kedaulatan, dari eksekusi putusan hukum baik yang dilakukan sebelum adanya putusan akhir (*pre-judgment*) biasanya dalam bentuk *interim award* atau putusan sela, ataupun eksekusi putusan terhadap putusan akhir (*post judgment*)¹⁴⁸. Pembahasan dalam skripsi ini akan lebih menekankan pada proses eksekusi putusan akhir (*post judgment*).

Isu hukum berkaitan dengan masalah imunitas Negara terhadap eksekusi yang akan dibahas pertama kali pada bagian ini adalah mengenai pendekatan yang digunakan dalam pengaplikasian imunitas Negara terhadap eksekusi yang terdiri atas pendekatan absolut maupun restriktif.

Layaknya pada imunitas dari yurisdiksi pengadilan asing, pada imunitas dari eksekusi ini juga terdapat dua pendekatan yang dipakai, yaitu pendekatan dengan menggunakan teori absolut dan pendekatan dengan menggunakan teori restriktif atau restriktif. Pendekatan absolute diartikan sebagai pendekatan yang dipakai pengadilan suatu Negara dalam memberikan imunitas atau kekebalan secara otomatis dengan hanya melihat dan mengetahui fakta bahwa properti atau aset yang akan dijadikan obyek eksekusi merupakan milik suatu Negara berdaulat.¹⁴⁹ Tidak ada pengecualian terhadap pemberian imunitas ini, yang ada hanya pengesampingan hak untuk mengajukan permohonan imunitas tersebut, yang disepakati oleh Negara yang bersengketa dengan tindakan hukum tertentu.¹⁵⁰ Sementara itu pendekatan dengan

¹⁴⁸ Lihat aturan dalam CJISP bagian IV (untuk *pre-judgment* di atur dalam pasal 18 dan untuk *post-judgment* diatur dalam pasal 19).

¹⁴⁹ Stewart, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", 99 *AJIL* (2005) hal. 194.

¹⁵⁰ Stewart *ibid*; contoh dari pengecualian dalam bentuk pengesampingan ini dapat dilihat dalam praktek di negara-negara dengan standar pendekatan absolut seperti Russia, *Russian Civil Procedure Code* (Kitab Hukum Acara Perdata Rusia) yang baru menyatakan : "*arrest of property of a foreign State located on the territory of the Russian Federation, taking against that property other measures of constraint, attachment against that property for execution of a decision of a court may be*

teori restriktif menyarankan agar dalam memutuskan permohonan suatu Negara yang bersengketa untuk memperoleh status kebal atau imun dari eksekusi putusan, pengadilan seharusnya tidak serta merta memberikan status imun tersebut; namun bersedia untuk memproses permohonan tersebut dengan mempertimbangkan dasar pengecualian dari pemberian imunitas tersebut.¹⁵¹ Dalam hal ini pengecualian yang hampir ada di dalam praktek di banyak negara¹⁵² adalah ketika terdapatnya suatu tindak pengesampingan yang dilakukan oleh negara yang bersangkutan atau jika properti atau aset yang dimohonkan untuk dijadikan obyek eksekusi merupakan properti atau aset negara asing yang digunakan untuk kegiatan atau tujuan komersial, bukan untuk kegiatan atau tujuan yang bersifat public, atau berasal dari sifat berdaulat Negara tersebut.¹⁵³

Jika dibandingkan dalam hal praktek dan perkembangannya ke arah yang lebih liberal, maka imunitas Negara dari eksekusi ini jauh tertinggal jika dibandingkan dengan imunitas Negara dari yurisdiksi pengadilan asing.¹⁵⁴ Pada prakteknya, masih terdapat Negara yang pengadilannya masih menggunakan

taken only with the consent of the competent authorities of the respective State, unless otherwise provided by an international treaty of the Russian Federation or by a federal law” (Pasal 401 *Civil Procedural Code of the Russian Federation*, yang mulai berlaku pada Februari 2003 yang menggantikan pasal 453); Pasal 23 ECHR menyatakan bahwa: “[n]o measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be taken in the territory of another Contracting State except where and to the extent that the State has expressly **consented thereto in writing in any particular case**”; untuk putusan pengadilan, dapat dilihat pada kasus di hadapan Majelis Agung Belanda *d'Entreprises en liquidité volontaire (SEEE) v. Yugoslavia*, Hoge Raad, 26 Oct. 1973, 65 *ILR* 356 A.

¹⁵¹ August Reinisch, “European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures”, *European Journal of International Law* 17 *Eur. J. Int'l L.* 803 (September, 2006), hal.1.

¹⁵² Terutama dalam bagian 1610 FSIA; bagian 14(4) UKSIA, CJISP, serta berbagai putusan pengadilan : lebih lanjut baca di penjelasan bagian III.3.1 dari bab ini.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, ILC Report, A/54/10, 1999, U.N Doc,A/CN.4/L.57* menyatakan bahwa terdapat banyak alasan yang mendukung opini ini, salah satu diantaranya adalah kenyataan bahwa imunitas terhadap eksekusi ini baru akan muncul ketika litigasi atas negara berhasil dimenangkan, sehingga keberadaan imunitas ini merupakan pertahanan terakhir dari negara tersebut. Selain itu laporan ILC tersebut diatas juga mencoba menerangkan berkembangnya rezim pelaksanaan putusan secara sukarela, dimana di dalamnya termasuk pemberian *period of grace* untuk negara dalam mematuhi isi putusan yang dijatuhkan terhadapnya.

pendekatan dengan teori absolute dalam memutuskan permohonan pemberian imunitas Negara dari eksekusi ini.¹⁵⁵ Perkembangan yang lambat dari imunitas Negara dari eksekusi menuju pendekatan relatif salah satunya disebabkan oleh keengganan pengadilan untuk melakukan tindakan yang nantinya akan memunculkan sentimen negatif di tingkat hubungan diplomatik antara kedua Negara.¹⁵⁶

III.3.1 Teori Pendekatan Restriktif dan Imunitas Negara dari Eksekusi

Walaupun perkembangannya tidak secepat layaknya yang terjadi pada imunitas Negara dari yurisdiksi pengadilan asing, namun terhadap pemberian imunitas Negara dari eksekusi putusan asing ini tidak lagi didominasi oleh keberlakuan pendekatan absolut.¹⁵⁷ Pendekatan secara restriktif telah diperkenalkan terhadap pemberian imunitas ini, dan secara progresif terus berkembang. Inti dari pendekatan restriktif ini adalah bahwa tidak semua properti dan aset milik Negara berdaulat atau instrumennya yang berlokasi di Negara lain dapat memperoleh status imun dari eksekusi. Pendekatan restriktif mencoba menyatakan bahwa terhadap

¹⁵⁵ Walaupun jumlahnya tidak banyak, namun beberapa kasus menunjukkan bahwa terhadap imunitas negaradari eksekusi tetap harus dilakukan dengan pendekatan absolute. Beberapa pengamat beropini bahwa kasus-kasus ini tidak lagi menunjukkan trend yang ada pada saat ini, dan walaupun pendekatan absolute ini dianggap masih dipakai, contohnya di Rusia, hal ini biasanya karena legislasi nasionalnya yang masih menerapkan demikian; dapat juga dibaca di dalam L. J. Bouchez, "The nature and scope of State immunity from jurisdiction and execution", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. X, hal. 25; Hazel Fox, "Sovereign Immunity and Arbitration", dalam *Contemporary Problems in International Arbitration* Julian D. M. Law (ed.), (The Hague: Kluwer Law International, 1987) hal. 339.

¹⁵⁶ Dapat disimpulkan setelah membaca tulisan Christoph Schreuer *op cit*, hal 126; Sinclair *op cit* hal. 218; Bouchez *op cit* hal.17.

¹⁵⁷ Kebanyakan negara di Eropa dan juga Amerika Serikat sudah tidak lagi tertarik menggunakan pendekatan absolute untuk pengaplikasian imunitas dari eksekusi ini. Legislasi nasional di masing-masing negara sebenarnya telah mencerminkan kondisi ini, contohnya ketentuan dalam bagian 1610 FSIA, Bagian 14(4) UKSIA atau putusan-putusan pengadilan seperti yang terdapat dalam kasus *Cf. Irak v. SA Dumez, Tribunal civil, Brussels*, 27 Feb. 1995, *Journal des Tribunaux (JT)* 565, 106 *International Law Reports (ILR)* 284 (1995); kasus yang sangat terkenal di Majelis konsitusi Jerman, yaitu *Philippine Embassy Bank Account Case*, Bundesverfassungsgericht (German Fed.Rep.,Fed.Const.Ct), 13 Dec. 1977, 46 *BverfGE* 342., *ILR* 65,146 (1977); *Libyan American Oil Company v. Socialist People of Arab republic of Lybia*, Svea Court of Appeal, 918 Juni 1980), 7 *Yearbook Commercial Arbitration*, dan banyak putusan pengadilan lainnya.

general rule mengenai pemberian imunitas ini terdapat beberapa kondisi yang dapat mengecualikannya. Sampai saat ini memang belum terdapat suatu bentuk keseragaman dalam pengaplikasian pendekatan restriktif ini,¹⁵⁸ namun terdapat beberapa pengecualian yang secara umum ditempatkan hampir disemua legislasi nasional negara-negara yang memilikinya atau telah diterapkan dalam berbagai putusan pengadilan dari berbagai yurisdiksi negara di dunia. Terhadap beberapa pengecualian tersebut, penulisan skripsi akan berfokus pada 2 elemen yang paling banyak dipakai dan diperbincangkan, yaitu elemen berupa pengesampingan (*waiver*), dan pengecualian terhadap properti yang dalam untuk properti atau aset Negara yang digunakan untuk kegiatan atau tujuan komersial.¹⁵⁹

Namun, penjelasan pada bagian ini tidak akan berhenti sampai disitu saja, terdapat beberapa isu penting lainnya yang harus juga diperhatikan. Dimana dalam berbagai rezim hukum yang mengatur mengenai imunitas dari eksekusi ini, terdapat beberapa jenis properti yang memang mendapatkan perlakuan dan perlindungan yang istimewa, diantaranya adalah properti dari misi diplomatik dan properti bank sentral.¹⁶⁰

¹⁵⁸ August Reinisch, "European Court Practice Concerning State Immunity From Enforcement Measures", *European Journal of International Law* 17 *Eur. J. Int'l L.* 803 (September, 2006).

¹⁵⁹ Selain kedua elemen ini tentunya masih terdapat beberapa hal lain yang diatur sebagai bentuk pengecualian, sebagai contoh dalam FSIA, bagian 1610 juga mengatur mengenai pengecualian terhadap pemberian imunitas ini pada putusan yang terkait dengan pelanggaran hukum internasional yang dilakukan oleh negara yang bersangkutan (Bagian 1610(a)(3)).

¹⁶⁰ Untuk properti jenis ini juga pada dasarnya tidak terbatas pada kedua jenis properti diatas, FSIA juga mengatur bahwa properti dan aset yang digunakan oleh negara untuk kepentingan **militernya** juga dimasukkan dalam kategori ini, sementara itu dalam rezim CIJSP, terdapat lebih banyak lagi properti yang dimasukkan dalam kategori ini, pasal 21 CIJSP mengatur bahwa properti yang memiliki karakteristik militer atau digunakan atau ditujukan untuk fungsi kemiliteran, properti yang menjadi bagian dari *cultural heritage* dari negara yang bersangkutan atau properti yang menjadi bagian dari **pameran ilmu pengetahuan** yang bukan atau tidak ditujukan untuk dijual juga termasuk dalam kategori properti yang mendapat perlakuan lebih.

A. Properti yang Digunakan Untuk Aktivitas atau Tujuan Komersial

pada beberapa *leading statues*¹⁶¹ terdapat beberapa perbedaan yang mendasar pada pengaturan terhadap pengecualian yang dianggap paling menarik dan paling banyak diperbincangkan ini. Dalam ketentuan di bawah administrasi FSIA, bagian 1610 menyatakan bahwa properti negara asing yang dapat menjadi subyek dari tindak eksekusi hanya terbatas pada properti yang digunakan untuk **aktivitas** komersial.¹⁶² Sementara itu berdasarkan ketentuan dalam UKSIA bagian 14(4),¹⁶³ properti yang dapat dijadikan obyek eksekusi adalah properti yang digunakan atau diintensikan untuk **tujuan** komersial. Konteks yang sama namun dengan pengemasan yang sedikit berbeda juga diperkenalkan oleh CIJSP, dimana dalam pasal 19(c),¹⁶⁴ ditegaskan bahwa pengecualian terhadap aturan imunitas dari eksekusi terhadap properti dari negara yang berdaulat salah satunya diberikan terhadap properti negara tersebut yang digunakan untuk kegiatan selain kegiatan negara yang bertujuan untuk sesuatu yang sifatnya non-komersial. Dari ketiga produk hukum ini, semuanya menggunakan terminologi yang sama yaitu term “komersial”. Namun, perbedaan yang cukup mendasar, yang juga sebenarnya terjadi pada konteks pengecualian terhadap imunitas dari yurisdiksi asing, yaitu apakah untuk menentukan pemenuhan terminologi

¹⁶¹ Pengaturan di dalam FSIA, UKSIA, atau CIJSP.

¹⁶² Bagian 1610(a) FSIA yang memuat *exceptions to the immunity from attachment or execution* menyatakan bahwa: “*The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immun from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if.....*” (cetak tebal oleh penulis).

¹⁶³ Bagian 14(4) UKSIA menyatakan bahwa: “*Subsection 2(b) above does not prevent the issue of any process in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes...*” (cetak tebal oleh penulis)

¹⁶⁴ Pasal 19 (c) CIJSP menyebutkan bahwa :”*No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:... (c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that postjudgment measures of constraint may only be taken against properti that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.*” (cetak tebal oleh penulis)

komersial harus digunakan “*nature test*” seperti yang dipakai oleh FSIA atau “*purpose test*” yang dipakai oleh UKSIA dan CJISP.¹⁶⁵

Penjelasan akan dimulai dengan menganalisis pengaturan di bawah FSIA, tepatnya pada bagian 1610. Perlu diketahui dan dicatat secara khusus bahwa *underlying principle* dari pemberian pengecualian ini adalah bahwa, walaupun tetap menjadi subyek kepada syarat yang lain, properti negara asing yang dapat dijadikan obyek untuk dieksekusi hanya terbatas pada properti yang digunakan untuk aktivitas komersial.¹⁶⁶ Syarat lain yang disebutkan di atas diantaranya yang paling sering muncul dalam berbagai kasus adalah, pertama syarat untuk adanya bentuk pengesampingan hak atas imunitas ini yang dilakukan oleh negara yang bersangkutan,¹⁶⁷ atau properti yang dimaksud merupakan properti yang digunakan untuk kegiatan komersial yang merupakan dasar pengajuan gugatan terhadap negara yang bersangkutan (dimana putusannya yang dimintakan eksekusi).¹⁶⁸

Pertama yang harus dibahas adalah apa yang dimaksud dengan kegiatan komersial. Merujuk pada ketentuan yang ada di dalam FSIA sendiri maka kita harus merujuk pada pasal 1603(d) yang menyebutkan:

¹⁶⁵ Dalam hal imunitas dari yurisdiksi, permasalahan interpretasi terminologi komersial ini terjadi ketika harus menilai suatu transaksi atau kontrak yang melibatkan negara tersebut. Dalam FSIA 1603 jelas ditentukan bahwa term komersial dinilai dari *nature* kegiatan atau transaksinya, bukan *purpose* atau tujuannya. Berbeda dengan misalnya UKSIA yang melihat tujuannya, sedangkan aturan dalam pasal 2(2) CJISP mengatur bahwa “*in determining whether a contract or transaction is a commercial transaction ... reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.*”

¹⁶⁶ Bahasa yang dipakai menarik, karena dalam kasus ini jika tidak dapat dibuktikan bahwa properti tersebut tidak digunakan dalam kegiatan komersial, maka dapat diasumsikan bahwa meskipun ada *waiver* ataupun terpenuhinya kondisi lain yang ditetapkan dalam bagian 1610(a) tetap saja eksekusi tidak dapat dilakukan terhadap properti (yang tidak dipakai untuk kegiatan komersial) tersebut.

¹⁶⁷ Pengaturan di dalam Bagian 1610(a)(1) FSIA, penjelasan lebih lanjut dapat dibaca pada bagian III.3.1 (B) berkenaan dengan pembahasan mengenai *waiver*.

¹⁶⁸ Pengaturan di dalam Bagian 1610(a)(2) FSIA, penjelasan lebih lanjut dapat dibaca pada bagian III.3.1 (C) berkenaan dengan pembahasan mengenai *nexus requirement*.

“Commercial activity means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.”

Berdasarkan ketentuan ini maka jelas bahwa FSIA menggunakan hanya *nature test* untuk menentukan pemenuhan unsur komersial. Pertanyaannya sekarang adalah mengenai standard dari tindakan yang komersial secara *nature*. Beberapa kasus dan sejarah dibelakang legislasi ini mencoba membantu menginterpretasikan terminologi ini, dimana suatu kegiatan dapat dikatakan komersial jika kegiatan tersebut biasanya dilakukan oleh individu untuk memperoleh keuntungan dan tindakan ini dapat dilakukan oleh entitas privat (entitas non-negara).¹⁶⁹ Secara *a contrario* maka yang bisa dinyatakan sebagai non-komersial adalah tindakan-tindakan yang hanya dapat dilakukan oleh negara sebagai entitas berdaulat.¹⁷⁰ Dengan hanya menggunakan pendekatan *nature test* saja, maka pada teorinya walaupun tujuan dari tindakan tersebut adalah untuk kepentingan publik, hal tersebut tidak akan mempengaruhi pemenuhan elemen komersial ini.¹⁷¹

Sementara itu pendekatan yang dilakukan di dalam UKSIA justru menitikberatkan pada properti yang digunakan untuk **tujuan** komersial, yang berarti menggunakan pendekatan *purpose test*, yang juga diikuti oleh CJISP dan beberapa pengadilan di kawasan Eropa lainnya.¹⁷² Salah satu kasus yang paling terkenal yang

¹⁶⁹ *Brazosport Towing Co., Inc. v. 3.838 Tons of Sorghum Laden on board*, 607 F.supp (S.D.Texas 1984); Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, dan John A.Spanogle, JR *op cit*, hal.382,383; United States Congress, *House of Representative Report No.1487*, 94th Cong., 2nd Sess.16 (1976).

¹⁷⁰ *Alberti v. Empresa Nicaraguense de la Carne* , 705 F. 2nd 250 (2nd Circuit, 1983), dalam kasus ini tindakan yang dijadikan isu adalah tindakan nasionalisasi yang dilakukan oleh pemerintah Nicaragua.

¹⁷¹ *Republic of Argentina v. Weltover*, United States Supreme Court 504 U.S. 607 (1992).

¹⁷² Pasal 14(4) UKSIA; Pasal 19 (c) CJISP. Beberapa kasus yang dimaksud adalah Philippine Embassy Case, Bundesverfassungsgericht (German Federal Constitutional Court) 46 *BVerfGE* 342 (Nov. 1977); *NIOC Revenues Case*, Bundesverfassungsgericht, 12 Apr. 1983, *BVerfGE* 64, 1, 65 *ILR* 215; *Spanish Consular Bank Accounts Case*, Landgericht, Stuttgart, 21 Sept. 1971, 65 *ILR* 114 (dalam

juga menegaskan pendekatan ini adalah kasus *Philippine Embassy Bank Account*¹⁷³, dimana Majelis Konstitusi Jerman Menyatakan :

*“[t]here is a general rule of international law that execution by the State having jurisdiction on the basis of a judicial writ of execution against a foreign State, ..., is inadmissible without assent by the foreign State, insofar as those things serve sovereign purposes of the foreign State at the time of commencement of the enforcement measure”*¹⁷⁴
(cetak tebal oleh penulis)

Walaupun FSIA memberikan pengaturan yang sedemikian rigid mengenai penggunaan *nature test* terhadap penentuan pemenuhan unsur komersial, namun pada prakteknya, pengadilan nampaknya sulit menegakkan pemisahan secara tegas antara kedua test tersebut.¹⁷⁵ Sehingga, dapat sedikit disimpulkan bahwa keberadaan *purpose test* juga sedikit banyak pada prakteknya dipertimbangkan oleh pengadilan.

Terpenuhinya elemen bahwa properti milik negara yang akan dijadikan oyek eksekusi merupakan properti yang digunakan untuk kegiatan atau tujuan komersial tidak akan bisa dengan serta merta memberikan jalan mulus untuk eksekusi tersebut.

kasus ini pengadilan menyatakan bahwa “*where the court had held that 'there is a rule of customary international law under which execution against the properti of a foreign State which is devoted to sovereign purposes is not admissible'”; Cabolent v. NIOC, The Hague Court of Appeal, 28 Nov. 1968, 1 NYIL (1970) 225 dan 47 ILR 138; Leica AG v. Central Bank of Iraq et Etat irakien, Cour d'appel, Brussels, 15 Feb. 2000, menegaskan untuk “confirms, in the context of immunity from execution, the distinction between goods destined for sovereign purposes (iure imperii) and goods destined for non-sovereign purposes (iure gestionis)”; Condor and Filvem v. Ministry of Justice, Case No. 329, 15 July 1992; 101 ILR 394; Libya v. Rossbeton SRL, Case No. 2502, 25 May 1989, 87 ILR 63. Pendekatan ini juga dipakai oleh European Convention on State Immunity 1972 (European Convention), 16 May 1972, berlaku sejak 11 Juni 1976, European Treaty Series No. 74, 11 ILM (1972).*

¹⁷³ *Philippine Embassy Case*, Bundesverfassungsgericht (German Federal Constitutional Court) 46 BVerfGE 342 (Nov. 1977), dapat diakses melalui alamat website http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/german-cases/cases_bverg.shtml?13dec197.

¹⁷⁴ Rasio yang diberikan oleh pengadilan ini sejalan dengan apa yang terdapat dalam *Spanish Consular Bank Accounts Case* (lihat *supra note* 172) dan juga ketentuan dalam Pasal 19 (c) CJISP (lihat *supra note* 164).

¹⁷⁵ Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, dan John A. Spanogle, JR *op cit*, hal.383 yang mencoba menyatakan bahwa kasus *Republic of Argentina v. Weltover* memperlihatkan bahwa pengadilan sendiri sebenarnya tidak mengekspresikan dengan tegas bahwa guna mengartikan konteks komersial, interpretasi berdasarkan tujuan (*purpose test*) akan dikecualikan.

Karena seperti telah disebutkan diatas tadi, kondisi ini juga menjadi subyek kepada pemenuhan syarat yang lainnya. Lain sistem hukum, lain pula syaratnya. Dalam FSIA disebutkan beberapa unsur tambahan,¹⁷⁶ dengan 2 jenis yang paling sering diributkan. Pertama, untuk properti komersial dimana negara yang bersangkutan telah mengesampingkan haknya atas imunitas dari eksekusi, baik secara eksplisit maupun implisit.¹⁷⁷ Dalam pengertiannya, ketentuan ini lebih bersifat *general*, karena berarti dengan adanya suatu *waiver*, properti komersial milik negara asing tadi dapat dijadikan obyek eksekusi, tanpa harus misalnya ada keterkaitan antara properti tersebut dengan sengketa para pihak yang menghasilkan putusan yang akan dieksekusi tadi.¹⁷⁸ Sementara, kondisi yang kedua, menurut penulis merupakan kondisi yang lebih *particular* dari kondisi sebelumnya. Bagian 1610(a)(2) FSIA memberikan pengecualian terhadap properti komersial negara asing yang digunakan atau telah digunakan untuk aktivitas komersial yang merupakan dasar dari pengajuan gugatan substansi dari pihak penggugat.¹⁷⁹ Dalam konteks ini lahir apa yang disebut sebagai *nexus requirement*, yang bukan hanya di Amerika Serikat, namun di negara seperti Swiss, konsep ini juga sangat mendominasi.¹⁸⁰

¹⁷⁶ FSIA Bagian 1610 (a) (1), (2), (3),(4),(5); lihat *supra note* 159 dan 160.

¹⁷⁷ 1610(a)(1); penjelasan lebih komprehensif pada bagian III.3.1 (B).

¹⁷⁸ 1610(a)(2); penjelasan lebih komprehensif pada bagian III.3.1 (C). Ketentuan ini tidak kalah penting dalam kaitannya dengan pembahasan mengenai eksekusi putusan arbitrase ICSID, hal ini karena pada kebanyakan kasus, eksekusi dimohonkan di teritori negara selain negara yang bersengketa dengan investor (*host state* investasinya). Dimana jika harus mengikuti aturan ini maka kecil kemungkinannya eksekusi bisa dilakukan, karena properti yang terkait langsung dengan investasi yang dilakukan oleh investor hampir pasti berada di lokasi negara yang bersengketa dengannya.

¹⁷⁹ Bagian 1610(a)(2) FSIA menyatakan bahwa : “*The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immun from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if --... (2) the properti is or was used for the commercial activity upon which the claim is based.*”

¹⁸⁰ Wolfgang Peter *op cit*, hal. 291,292; *Republique Arabe Unie c/ Dame X*, 10 Februari 1960, 55 *AJIL* (1960); Untuk penjelasan lebih komprehensif baca bagian III.3.1 (C).

B. Pengesampingan (Waiver) Terhadap Hak Atas Imunitas Negara Dari Eksekusi

Salah satu cara paling aman yang dapat dilakukan oleh investor dalam rangka menghindari adanya masalah mengenai imunitas terhadap eksekusi dikemudian hari adalah menempatkan klausa mengenai pengesampingan atau pelepasan hak Negara atas imunitas dari eksekusi dalam perjanjian arbitrase ataupun kontrak antara kedua belah pihak. Namun hal perlu dipahami bahwa pengesampingan ini juga tidak sembarangan dapat dibuat. Tindakan ini akan menjadi subyek kepada beberapa pembatasan dan pengaturan yang berlaku didalam sistem hukum yang berlaku di Negara tempat eksekusi hendak dilakukan.¹⁸¹

Pembatasan dan pengaturan yang dimaksud di atas dapat berupa syarat mengenai bagaimana pengesampingan tersebut harus dilakukan, apakah harus secara eksplisit atautkah dengan cara yang implisit, pengesampingan tersebut juga dapat diakui. Lalu ada juga mengenai pembatasan mengenai properti apa saja yang dapat menjadi obyek pengesampingan. Dalam menjelaskan masalah ini perlu dipahami bahwa belum ada keseragaman mengenai bagaimana tindakan pengesampingan ini harus dilakukan.¹⁸² Setiap Negara memiliki kebijakannya masing-masing berkaitan dengan pengaturan pengesampingan imunitas kedaulatan Negara terhadap eksekusi ini. Guna membahas tersebut maka kita harus melihat pada ketentuan hukum yang berlaku di masing-masing Negara. Sehingga, demi efisiensi penulis memutuskan untuk hanya memfokuskan diri pada praktek-praktek di beberapa Negara yang diakui sebagai pusat-pusat kegiatan finansial dunia, dimana banyak properti Negara asing berlokasi di Negara-negara tersebut.¹⁸³

¹⁸¹ Sebagai contoh dalam ketentuan FSIA pengesampingan (*waiver*) ini secara umum dapat dibuat secara eksplisit maupun implisit (Bagian 1610(a)), namun dengan beberapa pengecualian seperti untuk eksekusi pada properti misi diplomatik (bagian 1611(b)(1), lebih jelas baca penjelasan pada bagian III.3.1(D)(1)), sementara dalam UKSIA *waiver* harus tegas dan dalam bentuk tertulis.

¹⁸² *Ibid*, terlebih lagi belum ada konvensi internasional (multilateral) yang berlaku mengenai masalah ini, CJISP sendiri masing kekurangan peminat (lihat *supra note* 147).

¹⁸³ Amerika Serikat, Switzerland, Perancis, dan Inggris.

Pembahasan akan dimulai dari pengaturan di dalam sistem hukum Amerika Serikat. Berdasarkan FSIA, *general rule* untuk pengesampingan imunitas ini adalah bahwa ia dapat dilakukan secara eksplisit ataupun dalam bentuk implisit.¹⁸⁴ Pengesampingan tersebut dapat dilakukan melalui berbagai jenis instrumen, namun bentuk pengesampingan yang banyak dikenal dan digunakan adalah dengan menggunakan perjanjian bilateral antar negara atau dengan konvensi internasional.¹⁸⁵ Namun, hal ini juga tidak menutup kemungkinan bahwa pengesampingan tersebut dilakukan dengan menempatkan klausa pengesampingan imunitas di dalam perjanjian atau kontrak yang dibuat antara negara dan pihak swasta yang terlibat tersebut.¹⁸⁶

Hal yang perlu diingat dalam mempelajari ketentuan di bawah rezim FSIA ini adalah bahwa secara umum, pengesampingan (*waiver*) hanya dapat dilakukan terhadap jenis properti atau aset Negara yang terlibat dalam kegiatan komersial.¹⁸⁷ Sehingga untuk properti atau aset yang tidak terlibat dengan tindakan komersial, pengesampingan tetap tidak dapat berlaku.¹⁸⁸ Kondisi akan semakin rumit jika kita berbicara mengenai properti tertentu yang secara spesifik dinyatakan kebal atau imun

¹⁸⁴ Bagian 1610 (a)(1) FSIA yang menyatakan bahwa : “ *The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immun from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if --... (1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either **eksplisitly or by implication**, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver.* ” (cetak tebal oleh penulis)

¹⁸⁵ *Waiver* dibuktikan dengan menjadi anggota dan meratifikasi *New York Convention*, hal ini dinyatakan didalam putusan kasus *International Ins. Co. v Caja Nacional De Ahorro Y Seguro*, 293 F.3d 392 (7th Cir. 2000); Menggunakan perjanjian bilateral yang memasukkan klausa *waiver* di dalamnya, contoh dalam kasus *Gadsby & Hannah v. Socialist Republic of Romania*, 698 F. Supp. 483 (1988) dan *Ferrostaal Metals Corp. v. S.S. Lash Pacifico*, 652 F. Supp. 420 (S.D.N.Y. 1987), perjanjian yang dimaksud adalah *U.S.-Romanian Trade Treaty*.

¹⁸⁶ *Morgan Guaranty Trust Company of New York v. Republic of Palau*, 675 F. Supp. 1475 (S.D.N.Y. 1987), dalam kasus ini klausa pengesampingan terdapat pada perjanjian antara penjamin (*loan guarantor* dan Palau sebagai debitur).

¹⁸⁷ FSIA Bagian 1610(a).

¹⁸⁸ *Ibid.*

dari proses eksekusi,¹⁸⁹ contohnya dalam kasus properti milik bank sentral. Bagian 1611(b)(1) dari FSIA mengatur bahwa properti dari bank sentral berstatus imun dari proses eksekusi, tapi pengesampingan terhadapnya dapat dilakukan, sejauh pengesampingan tersebut dilakukan secara eksplisit oleh bank tersebut sendiri ataupun Negara asalnya.¹⁹⁰ Pengesampingan ini akan menyulitkan, karena harus dibuat secara spesifik terhadap properti bank sentral tersebut. Lain halnya dengan properti diplomatik ataupun militer, yang menurut ketentuan di dalam FSIA, *waiver* tidak dimungkinkan.¹⁹¹

Lebih lanjut diatur bahwa pengesampingan imunitas Negara dari eksekusi tidak dapat didasarkan dari tindakan Negara yang bersangkutan dalam mengesampingkan imunitasnya dari yurisdiksi pengadilan asing.¹⁹² FSIA memang mengizinkan adanya *implisit waiver*, namun tindakan Negara yang mengesampingkan haknya untuk memperoleh imunitas terhadap pengadilan asing tidak dapat dikonstruksikan sebagai tindakan pengesampingan imunitas dari eksekusi secara implisit. Hal ini dikarenakan, imunitas dari pengadilan asing dan imunitas dari

¹⁸⁹ Properti yang masuk kedalam kategori yang diatur dalam FSIA Bagian 1611.

¹⁹⁰ Ketika investor membuat kontrak dengan pemerintah negara tertentu misalnya akan sangat sulit untuk kemudian meminta bank sentral negara tersebut untuk membuat perjanjian guna mengesampingkan haknya atas imunitas dari eksekusi (jika terjadi masalah hukum dikemudian hari). Terlebih lagi hal ini berarti pengesampingannya harus ditujukan pada spesifik properti tertentu dari bank sentral tersebut, sehingga bukan bentuk pengesampingan secara umum. Dalam kondisi ini maka klausa tentang *waiver* yang dibuat oleh negara (pemerintah) harus dapat dibuat secepat dan setegas mungkin dalam menyatakan *waiver* tersebut juga meliputi bank sentral. Salah satu kasus di Amerika Serikat memberikan sedikit ilustrasi untuk masalah ini, dalam *LNC Invs., Inc. v. Banco Central De Nicaragua*, 228 F.3d 423 (2d Cir. 2000), pengadilan menyatakan bahwa kesepakatan yang diberikan oleh pemerintah Nicaragua untuk mengesampingkan haknya atas imunitas di negara asing, tidak memberikan dukungan pada argument bahwa bank sentral harus ikut bertanggung jawab pada pemenuhan kewajiban dari pemerintah atau negara tersebut.

¹⁹¹ Untuk properti militer diatur dalam Bagian 1611(a)(2); sementara untuk properti dan aset misi diplomatik dapat dilihat pada Bagian 1610(a)(4) FSIA, dimana pada bagian ini pada dasarnya hanya melindungi properti yang berupa *immovable properti*, sehingga muncul interpretasi bahwa untuk benda tidak bergerak hal ini tidak berlaku, contohnya pada rekening kedutaan di bank tertentu, untuk penjelasan lebih jauh dapat dibaca pada bagian III.3.1 (D)(2) skripsi ini.

¹⁹² *LNC Invs., Inc. v. Banco Central De Nicaragua*, 228 F.3d 423 (2d Cir. 2000); *Commercial Bank of Kuwait v. Rafidian Bank*, 15 F.3d 238 (2d Cir. 1994); *Shapiro v. Republic of Bolivia*, 930 F.2d 1013 (2d Cir. 1991).

eksekusi adalah dua konteks yang berbeda satu sama lain, sehingga pengesampingan terhadap keduanya harus dilakukan dengan cara terpisah.¹⁹³

Pengaturan yang berbeda terdapat di dalam sistem hukum di Inggris, yang merujuk pada *United Kingdom State Immunity Act* (UKSIA), dimana pengesampingan hak untuk memperoleh imunitas dari eksekusi harus dilakukan secara tegas dan tertulis, yang dapat dibuat melalui perjanjian antar negara ataupun perjanjian yang dibuat oleh Negara dan pihak swasta yang bersangkutan.¹⁹⁴ Seperti juga pada pengaturan di Amerika Serikat, berdasarkan UKSIA pengesampingan dapat dilakukan untuk pengesampingan secara umum atau pengesampingan untuk hal-hal yang sifatnya terbatas.¹⁹⁵

Berkaitan dengan pengesampingan secara implisit yang secara tegas diperbolehkan di bawa rezim UKSIA, bagian 13(3) lebih lanjut menekankan bahwa pengesampingan terhadap imunitas dari yurisdiksi mengadili pengadilan tidak dapat dikonstruksikan juga sebagai pengesampingan terhadap imunitas dari eksekusi.¹⁹⁶ Sehingga, layaknya diatur dalam FSIA di Amerika Serikat, sistem di Inggris juga melihat keduanya (*adjudicative* dan *execution immunity*) sebagai dua konsep yang berbeda, sehingga terhadap pengesampingannya harus dibuat secara tegas dan terpisah.¹⁹⁷ Namun salah satu kasus yang menarik di hadapan pengadilan Inggris, yaitu ketika pengadilan mengizinkan eksekusi dilakukan terhadap properti Negara

¹⁹³ Konteks ini juga dipertegas bukan hanya dalam praktek di Amerika, namun juga di Perancis. dalam kasus *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Court de Cassation (France), 23 I.L.M. 1062 (1984) pengadilan tingkat kasasi menyatakan bahwa pengesampingan harus bersifat *certain* dan *unequivocal*, serta untuk tahap mengadili dan eksekusi, pengesampingan terhadap keduanya harus dibuat terpisah satu sama lain.

¹⁹⁴ UKSIA Bagian 13(3).

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ UKSIA Bagian 13(3): "... but a provision merely submitting to the jurisdiction or the courts is not to be regarded as a consent for the purposes of this subsection (penulis: *execution of a judgment*)."

¹⁹⁷ Terpisah tidak harus diartikan bahwa pengesampingan tersebut harus dibuat pada instrument yang berbeda, tegas dan terpisah artinya bahwa pengesampingan terhadap eksekusi harus berdiri sendiri, tidak diakui pengesampingan yang diambil dari ketentuan yang secara tegas hanya mengesampingkan yurisdiksi mengadili pengadilan.

karena pengesampingan terhadap eksekusi dianggap telah terbukti, meskipun pengesampingan terhadap imunitas kedaulatan Negara tersebut “terlihat” seperti hanya merupakan bentuk pengesampingan imunitas dari yurisdiksi mengadili pengadilan asing.¹⁹⁸

Sementara itu di Kanada, ketentuan mengenai pemberian imunitas kedaulatan Negara ini diatur di dalam *Canada State Immunity Act* (CSIA), yang pada dasarnya dibentuk dengan menggunakan FSIA sebagai model atau contoh.¹⁹⁹ Layaknya diatur dalam FSIA, dalam hal pengesampingan terhadap imunitas dari eksekusi, CSIA mengizinkan untuk dapat dilakukan secara eksplisit maupun implisit.²⁰⁰

Di Australia, pengesampingan imunitas terhadap ketentuan akan imunitas dari eksekusi hanya dapat dilakukan jika ada “kesepakatan”, namun lebih lanjut *Australian State Immunity Act* (ASIA) mengatur bahwa kesepakatan tersebut tidak harus berupa perjanjian tertulis.²⁰¹ Selain itu juga diatur bahwa pengesampingan tersebut juga subyek kepada beberapa limitasi, contohnya bagaimana tindakan pengesampingan tersebut tidak dapat dilakukan terhadap properti misi diplomatik dan

¹⁹⁸ *A Company v. Republic of X*, 2 *Lloyd's Rep.* at 522 (Saville, J.) dalam kasus ini klausa mengenai pengesampingan imunitas dinyatakan sebagai kesepakatan yang diberikan oleh pihak Negara untuk mengesampingkan haknya atas imunitas kedaulatan atas dirinya dan “propertinya.” Pengadilan Inggris tersebut menyatakan dengan menggunakan kata “properti” dalam klausa pengesampingan tersebut sudah cukup untuk menyimpulkan bahwa Negara tersebut telah mengesampingkan haknya atas imunitas dari pengadilan dan imunitas dari eksekusi.

¹⁹⁹ Namun, sebagai catatan bahwa CSIA dalam menerapkan definisi terhadap terminologi “komersial” tidak sesempit yang dilakukan di FSIA (hanya *nature test*). CSIA tidak melarang adanya penggunaan *purpose test* dan praktek yang ada adalah bahwa pengadilan di Kanada terlihat mendukung teknik interpretasi terhadap terminologi “komersial” tersebut dengan juga melihat pada elemen tujuannya; sebagai contoh dalam kasus *United States v. The Public Service Alliance of Canada* 2 S.C.R [1992], dicetak ulang dalam 50, 32 *I.L.M.* 1 (1993).

²⁰⁰ CSIA Bagian 12(1)(a).

²⁰¹ ASIA Bagian 31(1).

militer tanpa adanya penunjukkan yang spesifik.²⁰² Di bawah rezim ASIA, pengesampingan secara implisit juga tidak diperkenankan.²⁰³

Berbeda dengan kondisi yang ada di Negara-negara di atas, mereka yang berasal dari sistem *civil law*, khususnya Perancis dan Jerman tidak memiliki spesifik legislasi nasional guna mengatur masalah imunitas Negara ini.²⁰⁴ Dalam prakteknya di dua Negara ini, konsep imunitas Negara pada dasarnya diperlakukan sebagai konsep dalam hukum internasional publik (bukan sebagai hukum domestic), dimana akibatnya adalah penggunaan ketentuan mengenai pemberian imunitas ini hanya akan digunakan dalam sistem hukum domestic seperlunya saja, layaknya prinsip hukum internasional lain.²⁰⁵ Sehingga perkembangan dari imunitas ini secara signifikan ditentukan oleh kasus-kasus hukumnya (*case law*).

Untuk masalah pengesampingan terhadap imunitas dari eksekusi ini, pengadilan Perancis dalam salah satu kasus yang diputuskannya menyatakan bahwa tindakan pengesampingan diperbolehkan sejauh pengesampingan tersebut pasti dan jelas (*certain and unequivocal*).²⁰⁶ Dalam kasus yang sama, pengadilan juga

²⁰² ASIA Bagian 31(4)

²⁰³ *Summary of Recommendations and Draft Legislation on Foreign State Immunity (ASIA Commentary)* Bagian 33, dicetak dalam 23 *I.L.M.* 1398 (1984).

²⁰⁴ Keduanya juga belum meratifikasi *European Convention on State Immunity*.

²⁰⁵ Brownlie *op cit*, hal. 332-340.

²⁰⁶ *Eurodif Corporation v. Islamic republic of Iran, Court de Cassation (France)*, *supra note* 193; *Philippine Embassy Case*, Bundesverfassungsgericht (German Federal Constitutional Court) 46 BVerfGE 342; *Le Gouvernement de la Fédération de Russie v. Compagnie de Noga d'Importation et d'Exportation*, Paris Court of Appeal, August 10, 2000, dalam kasus ini Pengadilan di tingkat banding di Paris memang menyatakan dengan tegas bahwa pihak Federasi Russia telah mengesampingkan semua imunitas yang ada padanya (*suit* dan *execution*), namun pengadilan tidak melihat pengesampingan yang terdapat di dalam perjanjian antara kedua pihak ini sebagai manifestasi dari keinginan yang *unequivocal* dari pihak Russia, demi kepentingan transaksi dengan NOGA tersebut, untuk menarik haknya dalam hal imunitas diplomatik dan menghambat fungsi kedutaan dan perwakilannya di Perancis. Untuk analisis lebih jauh mengenai kasus ini dapat dibaca dalam Nancy B. Turck, "French and U.S. Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards," 17 *Arbitration. International* 327 (2001).

menyatakan bahwa pengesampingan secara terpisah antara imunitas dari yurisdiksi pengadilan dan imunitas dari eksekusi juga diperlukan.²⁰⁷

Berkaitan dengan bentuk pengesampingan, pengadilan Perancis dalam beberapa kasus tidak menunjukkan sikap yang konsisten satu sama lain, terutama dalam hal apakah kesepakatan yang terdapat di dalam perjanjian arbitrase dapat diartikan sebagai *implied waiver* dari imunitas dari eksekusi.²⁰⁸ Dalam putusannya di kasus *Eurodif*, pengadilan tingkat kasasi di Paris menyatakan bahwa perjanjian arbitrase tidak dapat dijadikan dasar bahwa pengesampingan terhadap imunitas dari eksekusi telah dilakukan secara implisit.²⁰⁹ Sementara itu dalam kasus lain, *Creighton*, pengadilan kasasi justru memberikan ratio yang kontradiktif dengan putusan dalam kasus *eurodif*, dimana pengadilan kasasi tersebut mencabut putusan yang dikeluarkan oleh pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding yang menyatakan bahwa eksekusi terhadap properti Negara yang bersangkutan tidak dapat dilakukan.²¹⁰ Hal ini diputuskan dengan justifikasi bahwa perjanjian arbitrase para pihak yang merujuk pada fasilitas arbitrase ICC dapat dijadikan dasar untuk menyimpulkan bahwa pengesampingan terhadap imunitas dari eksekusi telah dilakukan.²¹¹

²⁰⁷ *Eurodif Ibid.*

²⁰⁸ *Eurodif Ibid; Société Creighton v. Ministre des Finances de l'Etat du Qatar et autre*, Cour de cassation (1st Civil Chamber), 6 July 2000, *Bulletin civil I, no 207 (2001)*, *Revue de l'arbitrage 114*; Sebenarnya, putusan yang sama juga pernah dikeluarkan pengadilan terkait dengan arbitrase di bawah sistem *ad hoc* yang menggunakan ICC Arbitration Rules, yaitu dalam kasus *Société Bec Frères v. Office des Céréales de Tunisie*, Cour d'Appel, Rouen, 20 June 1996, *Revue de l'arbitrage 263, 113 ILR 485*; penjelasan lebih lanjut dapat dibaca pada bagian III.3.2 skripsi ini, berkaitan dengan hubungan antara eksekusi putusan arbitrase internasional dan imunitas negara dari eksekusi.

²⁰⁹ *Eurodif ibid* par. 97, 98, dalam putusannya, Pengadilan Tingkat Banding Paris menyatakan bahwa (berkaitan dengan pasal 24 *ICC Rules of Conciliation and Arbitration*) “*this stipulation constitutes merely an undertaking to submit voluntarily the award and to recognise its binding force but does not contain any allusion to the immunity from execution from which a party might be entitled to benefit. It cannot therefore be interpreted as implying the waiver of a right with which it is not intended to deal.*”

²¹⁰ *Creighton supra note 208.*

²¹¹ Untuk lebih jelas dapat dibaca dalam III.3.2 skripsi ini, terutama pada *infra note 290-292* beserta teks yang menyertainya.

Segala perbedaan ini sebenarnya coba difasilitasi di dalam CJISP, dimana konvensi ini mencoba untuk merangkum semua praktek yang sekiranya dominan dan dianggap patut. Untuk hubungan antara imunitas dari yurisdiksi pengadilan asing dan imunitas dari eksekusi, konvensi ini sepakat dengan pendapat umum, yaitu mereka terpisah dan tidak terikat satu sama lain, sehingga pengesampingan antara yang satu dengan yang lain juga terpisah dan tidak saling mengikat.²¹²

Berdasarkan pemaparan di atas, maka untuk bagian *waiver* ini dapat disimpulkan bahwa keseragaman dalam pengaturan dan perlakuan terhadap tiap-tiap tindakan pengesampingan ini masih jauh dari memuaskan, namun setidaknya keberadaan legislasi nasional, putusan-putusan pengadilan, serta *teaching of scholars* dapat sedikit banyak membantu mengkompilasi dan menuntun kita untuk dapat melihat trend yang terus berkembang terhadapnya.

C. Konsep *Nexus Requirement*

Salah satu putusan yang berkaitan dengan eksekusi putusan terhadap properti milik negara asing dikeluarkan oleh pengadilan di Swiss menyatakan demikian:

*“...authors and Courts hesitate to affirm a states’s power of execution against another state to the same degree as they recognize its jurisdiction. Such hesitation, however, is not justified in Switzerland, where jurisdiction of local court is recognized within precise limitations, i.e., only with regard to private transaction having a connection with Swiss Territory.”*²¹³ (cetak tebal oleh penulis)

Dari keputusan di atas dapat dilihat bahwa memang Swiss merupakan salah satu negara yang cukup liberal dalam menyikapi isu imunitas negara asing terhadap eksekusi ini, namun perlu dicermati juga bahwa putusan ini memberikan informasi

²¹² Pasal 20 CJISP : *“Effect of consent to jurisdiction to measures of constraint Where consent to the measures of constraint is required under articles 18 and 19, consent to the exercise of jurisdiction under article 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint.”* (cetak tebal oleh penulis)

²¹³ *Republique Arabe Unie c/ Dame X*, 10 Februari 1960, 55 *AJIL* (1960), hal 167, 169.

mengenai syarat dan limitasi yang lain untuk eksekusi atas properti milik negara lain. Syarat yang dimaksud dalam putusan ini adalah keharusan akan adanya hubungan antara klaim yang menjadi dasar dikeluarkannya putusan (yang akan dieksekusi di Swiss) dengan teritori Swiss.²¹⁴ Syarat untuk adanya “hubungan” inilah yang biasa disebut sebagai *nexus requirement*.²¹⁵ Berikut akan dibahas lebih jauh mengenai konsep ini dan akibatnya pada eksekusi putusan pada properti negara asing.

Seperti juga aturan mengenai imunitas, pengaturan mengenai *nexus requirement* ini juga bervariasi antara yurisdiksi atau sistem hukum yang satu dengan yang lain, misalkan antara pengaturan di Amerika Serikat dan di Swiss. Contoh syarat “hubungan” yang dimaksud diantaranya adalah adanya hubungan antara properti yang akan dieksekusi dengan klaim yang dijadikan dasar sengketa,²¹⁶ atau adanya hubungan antara transaksi komersial yang mendasari sengketa dengan teritori tempat eksekusi akan dilakukan,²¹⁷ atau juga hubungan antara properti dengan entitas berdaulat yang menjadi pihak yang bersengketa.²¹⁸

Pembahasan pertama dengan melihat praktek di Swiss; seperti telah secara sekilas dinyatakan diatas bahwa Swiss merupakan salah satu negara yang cukup liberal dalam memberikan pendekatan terhadap pemberian imunitas dari eksekusi ini kepada negara asing.²¹⁹ Namun, kondisi ini juga ternyata diikuti dengan persyaratan lain, yaitu adanya suatu *nexus connection* dengan teritori Swiss. Salah satu putusan pengadilan pada tahun 1961 memberikan gambaran yang jelas mengenai hal ini:

²¹⁴ Konsiderasi yang sama juga diambil oleh pengadilan dalam kasus *Libyan American Oil Company v. Socialist People of Arab republic of Lybia*, Swiss Federal Supreme Court (19 Juni 1980), 20 *ILM* (1981), hal.151; M. Blessing dan T.Bruckhardt, “Soverign Immunity-A Pitfall in State Arbitration?”, dalam *Swiss Essays on International Arbitration* (Zurich, 1984), hal. 107, 111.

²¹⁵ Hubungan yang dimaksud tidak terbatas seperti yang dipakai pada prakteknya di Swiss.

²¹⁶ FSIA Bagian 1610(a)(2).

²¹⁷ Pendekatan ini yang diambil oleh pengadilan Swiss, *infra note* 286 dan 287.

²¹⁸ CIJSP Pasal 19 (c).

²¹⁹ L. J. Bouchez, "The nature and scope of State immunity from jurisdiction and execution", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. X, hal. 19; *Republique Arabe Unie c/ Dame X*, 10 Februari 1960, 55 *AJIL* (1960), hal 167, 169.;

“...authors and Courts hesitate to affirm a states’s power of execution against another state to the same degree as they recognize its jurisdiction. Such hesitation, however, is not justified in Switzerland, where jurisdiction of local court is recognized within precise limitations, i.e., **only with regard to private transaction having a connection with Swiss Territory.**”²²⁰ (cetak tebal oleh penulis)

Berkenaan dengan syarat ini, maka persyaratan guna dapat mengeksekusi putusan terhadap properti negara kembali bertambah. Yaitu, propertinya bukan hanya harus ada di teritori Swiss, tetapi transaksi yang mendasari adanya sengketa antara para pihak harus memiliki kaitan atau koneksi (*binnenbeziehung*) dengan teritori Swiss.²²¹ Guna dapat melakukan eksekusi di teritori Swiss, maka harus terdapat *sufficient legal link* antara sengketa dengan Swiss.²²²

Sementara itu, di Amerika Serikat, ketentuan mengenai *nexus* ini terdapat di dalam bagian 1610(a)(2) FSIA²²³, yang menyatakan bahwa pengecualian dalam

²²⁰ *Republique Arabe Unie c/ Dame X ibid.*

²²¹ Salah satu kasus penting dalam kaitannya dengan hal ini adalah kasus *Julius Bär*, dimana pengadilan, guna menentukan bagaimana suatu transaksi komersial (yang telah melibatkan negara asing tersebut) dapat dikatakan memiliki hubungan dengan teritori Swiss, menyatakan bahwa: “*In order that a legal relationship to which a foreign State is a party may be considered to be connected with Swiss territory, it must either have its origin in Switzerland or fall to be performed in Switzerland, or the debtor must have at least taken certain steps which make Switzerland a place of performance.*” (*Royaume de Grèce v. Banque Julius Bär & Cie*, Tribunal fédéral suisse, 6 June 1956, ATF 82 I 75, 18 ILR 195, par.198) (cetak tebal oleh penulis); kondisi serupa juga dapat dilihat pada beberapa kasus berikut *Greek Republic v. Walder and Others*, Tribunal Fédéral Suisse, 28 Mar. 1930, ATF 56 I 237, 5 Ann.Dig. (1929-1930) 121; *Banque centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d’Investissement SA*, Tribunal Fédéral Suisse, 15 Nov. 1978, ATF 104 Ia 367, 65 ILR 417.

²²² Contoh paling jelas terdapat dalam kasus *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Socialist People of Arab republic of Lybia*, dimana pihak LIAMCO berusaha untuk menyita aset Libya yang ada di bank-bank Swiss. Perlawanan pihak Libya terhadap usaha ini dilakukan dengan mengajukan argument imunitas, dan pengadilan Swiss membatalkan izin penyitaan tersebut dengan alasan bahwa tidak terdapatnya hubungan hukum yang cukup (*sufficient legal link*) antara sengketa para pihak dan Switzerland, lebih lanjut pengadilan menjelaskan bahwa fakta yang menunjukkan bahwa arbitrase dilaksanakan di Genewa, belum dapat dikategorikan *sufficient*.

²²³ FSIA bagian 1610(a)(2) menyatakan: (a) *The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be imun from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by*

pemberian imunitas dari eksekusi dapat dikenakan pada properti yang digunakan atau telah dalam kegiatan atau transaksi komersial yang telah menjadi dasar sengketa para pihak.²²⁴ Berdasarkan kerangka FSIA, maka untuk kondisi seperti ini, *waiver* tidak diperlukan.²²⁵

Bagi pelaksanaan eksekusi putusan, terutama arbitrase internasional (contohnya ICSID), keberadaan konsep ini sangat menyulitkan. Dalam konteks ICSID, maka untuk dapat mengeksekusi properti yang berkaitan langsung dengan investasi yang dilakukan, maka eksekusi secara logis pada umumnya harus dilakukan di teritori *host state* dari investasinya, dan untuk mencari properti dan aset yang digunakan dalam rangka investasi tersebut merupakan hal yang sama sekali tidak mudah. Sehingga, dalam hal *host state* yang dimaksud bukan Amerika Serikat, maka untuk dapat melakukan eksekusi di teritori ini maka satu-satunya jalan yang paling aman adalah dengan menunjukkan adanya *waiver*. Sementara itu, jika eksekusi misalkan dimintakan di Swiss, keadaan juga sangat sulit, karena pengadilan meminta bukti keterkaitan antara transaksi komersial antara pihak dengan Swiss. Dimana hal

a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if -- (2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based". (cetak tebal oleh penulis)

²²⁴ Pengadilan di Perancis juga termasuk yang mengikuti pendekatan ini, dalam kasus *Eurodif*, putusan yang dihasilkan secara tidak langsung mengemukakan diperlukannya hubungan antara properti yang akan dikenakan sita dengan materi sengketa, *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Court de Cassation (France), dicetak kembali dalam 23 I.L.M. 1062 (1984); prinsip ini juga kembali ditegaskan dalam putusan kasasi dalam kasus *Sonotarch v. Migeon*, dimana dinyatakan bahwa: "*the assets of a foreign state, which are in principle not subject to garnishment, with exceptions, especially when they are intended for economic or commercial activities of a private nature from which the claim of the creditor arises.*", *Sonotarch v. Migeon*, Court of Cassation (France), 1 October 1985, 26 I.L.M. 998 (1987). Namun, perlu juga diperhatikan bahwa pendekatan ini mulai ditinggalkan seiring perkembangan waktu, sebagai contoh dalam kasus *Creighton*, dimana pengadilan tingkat banding Paris menyatakan bahwa: "*Goods destined by a State for the satisfaction of the claim in question or reserved by it to this end may be seized, instead of all other goods of the foreign State situated in the forum State or intended to be used for commercial purposes, without it being necessary to establish that such goods were destined for the entity against which the proceedings had been brought.*", *Société Creighton Ltd v. Ministère des Finances et le Ministère des Affaires Municipales et de l'Agriculture du Gouvernement de l'Etat du Qatar*, Cour d'Appel, Paris, 12 Dec. 2001 [2003] *Revue de l'arbitrage* 417, 527. (cetak tebal oleh penulis)

²²⁵ Dalam kerangka FSIA, aturan mengenai adanya syarat *waiver* dan *nexus* antara properti yang akan dieksekusi dengan klaim yang mendasari sengketa bukan bersifat *exhaustive* namun *alternative*, karena bagian 1610 FSIA menggunakan term "*or*" dalam memisahkan kedua syarat ini.

ini akan sulit untuk dilakukan, karena standard keterkaitan yang diminta biasanya cukup tinggi.²²⁶

Kesulitan-kesulitan semacam inilah yang membuat kebanyakan pengadilan di wilayah Eropa, terutama Inggris, kurang memberikan dukungan pada keberadaan syarat untuk adanya *nexus* ini. Dalam UKSIA, yang dikenal paling liberal dalam masalah ini, syarat tentang *nexus* bisa dikatakan tidak ada. Syarat untuk dapat menjadikan properti dari negara asing *executable* hanyalah pemenuhan elemen bahwa properti tersebut digunakan untuk tujuan komersial,²²⁷ tanpa adanya syarat harus ada keterkaitan antara properti tersebut dengan materi sengektanya ataupun diharuskan adanya hubungan antara transaksi komersial antara para pihak dengan teritori Inggris.

D. Properti atau Aset yang Secara Khusus Memiliki Imunitas dari Eksekusi Putusan

Sebelumnya telah dibahas mengenai masalah pendekatan yang dilakukan terhadap penerapan imunitas dari eksekusi, pada bagian ini akan dipaparkan mengenai beberapa jenis properti yang pada umumnya mendapatkan perhatian tambahan dibawah rezim pemberian imunitas dari eksekusi. Perhatian dan perlakuan khusus ini dilihat dalam artian bahwa properti yang masuk kategori ini memang secara spesifik diberi status imun dari usaha eksekusi, serta terhadapnya pengecualian diatur juga secara khusus. Melihat legislasi²²⁸ yang ada, terdapat beberapa jenis properti dan aset yang secara umum selalu masuk dalam kategori ini, yaitu properti dan aset milik bank sentral negara asing, properti serta aset milik misi diplomatik negara asing.²²⁹

²²⁶ *Supra note 222.*

²²⁷ UKSIA Pasal 13(4).

²²⁸ Lihat pengaturan di dalam FSIA, UKSIA, CJISP.

²²⁹ Selain kedua properti ini, sebenarnya ada beberapa jenis properti lagi yang dalam beberapa legislasi dimasukkan dalam kategori ini, namun pembahasan akan lebih difokuskan pada kedua jenis properti di atas; lihat *supra note 160.*

1. Properti dan Aset Bank Sentral

Penjelasan untuk bagian ini akan banyak merujuk pada pengaturan dan praktek yang ada di Amerika Serikat, selain karena fakta yang menunjukkan bahwa banyak bank sentral negara-negara di dunia memiliki properti dan aset di sana, termasuk rekening di *Federal Reserved*, FSIA juga merupakan salah satu produk legislasi nasional yang menempatkan pengaturan yang jelas dan eksplisit mengenai masalah ini. Namun, berbagai produk hukum lain seperti CJSIP²³⁰ dan UKSIA²³¹, serta praktek yang terjadi di luar Amerika Serikat juga akan menjadi pendukung dalam penjelasannya.

Bagian 1611(b) (1) FSIA menyebutkan :

“Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immun from attachment and from execution, if:

(1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the bank, authority or government may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver; ...”

Guna menganalisis ketentuan mengenai imunitas dari bank sentral yang diatur berdasarkan ketentuan ini maka yang pertama harus dilakukan adalah mengobservasi dan mengklarifikasi beberapa hal, yang pertama adalah bahwa ketentuan yang ada dalam bagian 1611(b)(1) ini hanya mengkhususkan pada properti bank sentral yang *”held for its own account”*, sehingga properti dan aset dari bank sentral yang bukan termasuk dalam kategori ini tidak termasuk dalam kategori dengan perlakuan khusus di bawah pengaturan bagian ini. Dengan kata lain, dapat diasumsikan bahwa properti semacam itu akan masuk kedalam rezim pengaturan bagian 1610 FSIA.²³² Kemudian,

²³⁰ CIJSP Pasal 21(c).

²³¹ UKSIA bagian 14(4).

²³² FSIA bagian 1610(b) mengenai properti dari agen atau instrument negara asing.

FSIA juga mengatur secara tegas bahwa pengesampingan (*waiver*) hanya dapat dilakukan terhadap imunitas dari eksekusi putusan, tidak terhadap pada *pre-judgment attachment*.²³³ Serta, ketentuan bahwa pengesampingan hanya dapat dilakukan dalam bentuk eksplisit.²³⁴

Terminologi "*held for its own account*" dalam ketentuan ini memang sengaja dimasukkan guna memberikan batasan yang jelas mengenai properti atau aset bank sentral yang seperti apa yang dilindungi dibawah ketentuan ini.²³⁵ Dan telah disadari bahwa elemen ini adalah salah satu bagian paling penting dalam ketentuan mengenai imunitas bank sentral asing ini. Sehingga, hal yang pertama harus dilakukan adalah mengetahui apa yang dimaksudkan dengan frase "*held for its own account*" ini.

²³³ FSIA Bagian 1611(b)(1); Dalam kasus *Weston Compagnie de Finance et D'Investissement, S.A. v. La Republica del Ecuador*, 823 F. Supp. 1106 (S.D.N.Y. 1993), pengadilan menyatakan pandangannya berkaitan dengan ketentuan di dalam bagian 1611(b)(1) FSIA ini. Dalam putusannya, pengadilan menyatakan bahwa ketentuan tersebut menyediakan pengesampingan (*waiver*) hanya untuk imunitas dari tindakan penyitaan dalam rangka eksekusi (*attachment in aid of execution*) atau tindakan eksekusinya sendiri, namun tidak pada tindak *pre-judgment attachment* (penyitaan sebelum dikeluarkannya putusan akhir atau penyitaan yang dilakukan ditengah persidangan terhadap sengketa); pengadilan tersebut juga menyatakan bahwa, meskipun di dalam bagian 1611 yang dimaksud tersebut tidak secara eksplisit memberikan larangan ini, namun secara jelas hal ini merupakan maksud dari para legislator ketika membentuk ketentuan ini. (*Weston*, par. 1111).

²³⁴ Hal ini tentu saja berbeda dari ketentuan dibawah rezim bagian 1610 (d) FSIA.

²³⁵ Dalam konteks FSIA, pendekatan yang dipakai adalah pengecualian diberikan pada **properti negara asing** yang digunakan untuk kegiatan komersial, tanpa mempertimbangkan tujuan. Pasal 1610(b) juga mengemukakan bahwa **untuk properti dari agen atau instrument negara asing** yang terlibat dalam kegiatan komersial tidak akan imun dari eksekusi (baca bagian III.3.1(A) *supra*). Jika melihat aturan ini maka penempatan sejumlah dana oleh bank sentral negara asing di Amerika Serikat melalui deposito, investasi, atau *custodial arrangement* akan menjadi subyek pada kedua pengaturan seperti disebutkan di atas. Layaknya interpersasi terhadap terminologi kegiatan komersial yang telah ditegaskan dalam putusan *Weltover* (...), maka ketika bank sentral tersebut melakukan semacam tindakan investasi atau membuka deposito di salah satu bank di Amerika Serikat, maka bank sentral tersebut tidak bertindak sebagai regulator, tetapi bertindak layaknya entitas privat. Walaupun tujuan dari tindakan tersebut adalah dalam rangka menjalankan kebijakan moneter negaranya, elemen tujuan ini akan irelevan untuk dipertimbangkan dalam menentukan apakah bank sentral telah terlibat dalam kegiatan komersial atau tidak. Jika hanya mengandalkan kedua ketentuan ini beserta interpretasi terhadap apa yang dimaksud dengan kegiatan komersial yang telah ada, maka secara kasat mata hampir semua aset dari bank sentral akan rentan untuk dijadikan obyek eksekusi. Sehingga, pihak legislator, dalam menghadapi potensi kesulitan ini, menyediakan aturan di bawah bagian 1611(b)(1). Namun, guna mencegah penyalahgunaan hak istimewa ini, terminologi "*held for its own account*" disisipkan, sehingga yang mendapat perlindungan lebih tadi hanya terbatas pada aset dan properti yang memang menjadi tanggung jawab bank sentral (mengenai interpreatsi dari terminologi ini baca penjelasan *infra*).

Permasalahannya adalah FSIA tidak menyediakan penjelasan yang tegas mengenai apa yang dimaksud dengan "held for its own account", sehingga cara terbaik adalah melihat dari praktek yang ada, yaitu melihat bagaimana pengadilan menginterpretasikannya. Namun, sampai saat ini belum juga terdapat suatu bentuk definitive dari terminologi tersebut.²³⁶

Penulis akan berusaha memberikan penjelasan yang didasarkan pada pengamatannya terhadap beberapa putusan penting berkaitan dengan masalah imunitas bank sentral ini dan juga merujuk pada penjelasan yang disediakan oleh *House Report*.²³⁷ Berkaitan dengan 1611(b)(1) *House Report* menyatakan bahwa ketentuan ini berlaku terhadap *funds* dari bank sentral asing yang didepositkan di Amerika dan "held" untuk "own account" bank itu sendiri, i.e dana yang **digunakan atau disediakan berkaitan dengan kegiatan yang bersifat ke-bank sentralan** (*central banking activities*), dimana dana ini berbeda dengan dana yang digunakan khusus untuk **membiayai kegiatan komersial** dari entitas lainnya atau negara asing itu sendiri.²³⁸

²³⁶ Sebagai contoh, dalam kasus *Banque Compañina v. Banco de Guatemala*, dimana pengadilan dihadapkan pada permohonan untuk menyita dana yang dimiliki oleh *Banco de Guatemala* yang didepositkan di the Federal Reserve Bank of New York dan beberapa bank komersial lainnya di New York. Dalam pembelaannya terhadap permohonan ini, *Banco de Guatemala* memajukan *affidavit* dari pejabat bank tersebut yang menyatakan bahwa kegiatan mereka berkaitan dengan deposito di beberapa bank di New York, merupakan tindakan yang dilakukan berdasarkan status mereka sebagai bank sentral (*central banking activities*), dalam kasus ini Federal Reserve Bank of New York juga mengajukan *affidavit* yang mendukung pernyataan ini, *affidavit* ini diberikan oleh Presiden dari Federal Reserve Bank New York, yang menyatakan bahwa benar Federal Reserve Bank telah menerima bentuk sertifikasi yang mengkonfirmasi bahwa *Banco de Guatemala* merupakan **pemilik dari dana** yang didepositkan tersebut, ia menyatakan bahwa dana tersebut "**solely for the account of Banco de Guatemala**" and were not held "directly or indirectly for any other party." dan mereka tidak menggunakan dana tersebut "in connection with the conduct of a commercial banking function or other commercial activity." Pada putusannya, pengadilan menyatakan bahwa dengan *affidavits* ini, *Banco de Guatemala* secara lebih baik telah membuktikan, pada tahap awal, bahwa dana yang dimaksud diatas merupakan dana yang "held for its own account". (*Banque Compañina v. Banco de Guatemala*, 583 F. Supp. 320, 322 (S.D.N.Y. 1984)). Dalam kasus ini sebenarnya, *affidavits* yang diberikan oleh para pihak tersebut tidak samasekali membantu untuk memberikan indikasi tentang apa yang dimaksud dengan "central banking activities" atau "commercial banking function."

²³⁷ House of Representative Report No. 94-1487 (1976), 1976 U.S.C.C.A.N. 6604, 6630

²³⁸ *Ibid*; Paul L. Lee, "Central Banks and Sovereign Immunity", 41 *Colum. J. Transnat'l L.* 327 (Columbia Journal of Transnational Law, 2003).

Berangkat dari penjelasan ini, maka terdapat 2 hal yang perlu dibuktikan untuk suatu dana dalam rekening milik bank sentral guna dapat dimohonkan untuk dieksekusi. Pertama, harus terlebih dahulu dibuktikan bahwa dana tersebut **tidak** digunakan untuk kegiatan yang bersifat **ke-bank sentral-an** (*central banking activities*), yang dapat dibuktikan dengan menunjukkan bahwa dana tersebut digunakan untuk membiayai kegiatan komersial dari entitas lain ataupun *parent state*-nya. Jika menggunakan konstruksi seperti ini maka yang ada adalah dukungan terhadap interpretasi yang menghasilkan bahwa inti dari perlindungan diberikan pada semua dana dimana bank sentral asing merupakan *beneficiary owner*-nya.²³⁹ Interpretasi ini merupakan yang dirasa paling protektif terhadap properti milik bank sentral asing, layaknya dinyatakan dalam *House Report*, bahwa tujuan dari adanya aturan ini adalah guna mendorong bank sentral asing untuk menyimpan dananya di Amerika Serikat.²⁴⁰

Permasalahannya sekarang adalah bahkan penjelasan ini memunculkan multiinterpretasi, misalnya mengenai apa yang dimaksud dengan *central banking activities*. Apakah terhadap pengertian terminologi ini harus merujuk pada pemisahan antara tindakan komersial dan non-komersial.²⁴¹ Salah satu putusan menyatakan bahwa selama dana tersebut merupakan dana yang disediakan guna mendukung

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Ernest T. Patrikis, "Foreign Central Bank Properti: Immunity from Attachment in the United States", *U. Ill. L. Rev.* 265 (1982), hal. 266-67; Joseph W. Dellapenna, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, § 6.34, hal.377-378 (1988).

²⁴¹ Dari bahasa yang digunakan, *House Report* tersebut memunculkan konsep *central banking activities* dan *non-central banking activities*, dimana hal ini jika diperhatikan maka dapat diartikan berbeda dari pembedaan yang terjadi antara tindakan berdaulat (*sovereign activities*) dan tindakan komersial (*commercial activities*). Delaume, dalam salah satu komentarnya menyatakan demikian: jika suatu bank sentral asing menggunakan dana dalam rekeningnya di bank Amerika untuk membayar bunga dari hutang yang dimilikinya, maka sesuai dengan ketentuan di bawah rezim FSIA, dana tersebut digunakan untuk transaksi komersial, namun tindakan tersebut tetap dapat dimasukkan dalam kategori tindakan yang dilakukan bank sentral dalam statusnya sebagai bank sentral. (George R. Delaume, "Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *71 Am. J. Int'l L.* 399 (1977), hal. 341). Sehingga, dalam konteks ini berarti menggunakan dikotomi antara komersial dan non-komersial guna menentukan elemen *central banking activities* menjadi tidak relevan. Pendapat ini didukung oleh putusan dalam kasus *Weston Compagnie de Finance et D'Investissement, S.A. v. La Republica del Ecuador*, 823 F. Supp. 1106 (S.D.N.Y. 1993) dan *Banco Central de Reserva del Peru v. Riggs Nat'l Bank*, 919 F. Supp. 13, 17 (D.D.C. 1994).

fungsi dari bank sentral, maka dana tersebut akan memperoleh imunitas, meskipun dana tersebut digunakan untuk kegiatan yang mungkin dalam FSIA dapat dikategorikan sebagai tindakan komersial.²⁴² Sehingga intinya adalah menentukan apakah dana tersebut disediakan untuk fungsi bank tersebut sebagai bank sentral.

Isu yang lain adalah apakah untuk dapat masuk ke rezim 1611 (b)(1), properti yang dimaksud harus sudah terbukti sebagai properti yang digunakan dalam kegiatan komersial, layaknya menjadi *general rule* berdasarkan 1610. Putusan pengadilan dalam kasus *Weston* juga mengemukakan pendapatnya mengenai isu ini, dimana hakim beranggapan bahwa dalam membaca ketentuan bagian 1611(b)(1) harus merujuk pada ketentuan dalam 1610, pengadilan lebih lanjut mengemukakan bahwa ketentuan bagian 1611(b)(1) merupakan pengecualian untuk ketentuan dalam 1610. Sehingga untuk properti yang masuk dalam kategori untuk menjadi subyek pengecualian dibawah bagian 1611(b)(1) otomatis harus properti yang digunakan untuk kegiatan komersial, layaknya ditentukan dalam 1610, jika tidak, maka properti tersebut dari awal memang secara absolute memiliki imunitas dari eksekusi.²⁴³ Dalam konteks ini, jika dihadapkan pada rekening bank sentral yang terpisah (antara yang digunakan untuk kegiatan komersial dan non-komersial) maka masalah yang ada tidak akan banyak, namun hal berbeda akan muncul jika pengadilan dihadapkan pada *mixed accounts*, dimana di dalamnya terdapat dana yang digunakan untuk baik kegiatan yang termasuk kategori komersial berdasarkan FSIA, juga dana yang digunakan untuk kegiatan non-komersial dari bank sentral tersebut.

Dalam konteks ini terdapat 2 putusan yang menggunakan pendekatan yang kontradiktif satu sama lain, yaitu *Birch Shipping Corporation v. Embassy of United Republic of Tanzania*²⁴⁴ dan *Liberian Eastern Timber Corporation (LETSCO) v.*

²⁴² *Weston case ibid; Olympic Chartering S.A. v. Ministry of Indus. & Trade of Jordan*, 134 F. Supp. 2d 528, 534 (S.D.N.Y. 2001).

²⁴³ *Wetson ibid.*

²⁴⁴ *Birch Shipping Corp. v. Embassy of the United Republic of Tanzania*, District Court of Columbia, 507 F. Supp. 311 (D.D.C. 1980).

*Republic of Liberia*²⁴⁵. Putusan dalam kasus yang pertama menyatakan bahwa untuk rekening yang terdiri atas dana yang digunakan untuk kegiatan komersial ataupun non-komersial, maka terhadap rekening tersebut imunitas tidak dapat diberikan. Pengadilan berpendapat bahwa, jika imunitas ini diberikan pada rekening dengan kondisi seperti ini, maka ini akan menciptakan sebuah lubang dan kelemahan besar dalam sistem hukum yang ada. Pihak negara (asing) akan dengan mudah menggunakan argument bahwa rekeningnya sebagian digunakan untuk kegiatan non-komersial untuk menghindari eksekusi putusan. Sedangkan kasus yang kedua, yaitu kasus LETCO, pengadilan justru mengambil pendekatan yang berbeda. Pengadilan ini justru berpendapat bahwa meskipun ada sebagian dari dana di dalam rekening bank sentral tersebut digunakan untuk kegiatan komersial, hal ini tidak dapat membuat seluruh dana tersebut kehilangan hak imunitasnya. Berangkat dari rasio ini, pengadilan memutuskan bahwa untuk *mixed account* dari bank sentral asing selayaknya tetap mendapat imunitas. Terhadap pertentangan ini, putusan pengadilan pada kasus *Wetson* mencoba mengambil jalan tengah, dimana dalam putusannya, pengadilan berpendapat bahwa jika dihadapkan dengan kondisi semacam ini, maka akan lebih baik mengesampingkan isu apakah rekening tersebut dapat imun seluruhnya atau tidak. Tetapi, akan lebih baik jika pengadilan melihat pada pemisahan pada konteks apakah dana tersebut digunakan untuk *central banking activities* atau bukan.²⁴⁶

Dari keterangan di atas, maka diungkapkan bahwa syarat pertama yang harus dipenuhi guna membuat properti bank sentral dapat dieksekusi adalah, bahwa properti tersebut merupakan properti yang digunakan untuk kegiatan komersial, namun pembuktian ini saja belum cukup, karena harus kemudian dibuktikan bahwa dana tersebut tidak memenuhi elemen "*held for its own account*", dimana dana tersebut tidak digunakan dalam "*central banking activitie*" atau dana tersebut tersedia atas

²⁴⁵ *Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia*, District Court of Columbia, 659 F. Supp. 606, 610 (D.D. C. 1987).

²⁴⁶ *Wetson case*; baca juga *supra note* 241.

dan/atau untuk kepentingan pihak atau entitas lain, atau digunakan untuk membiayai transaksi komersial yang dilakukan oleh negara asalnya ataupun entitas lain.²⁴⁷

Berkenaan dengan elemen kedua yang dibicarakan diatas, yaitu mengenai dana atas nama bank sentral yang ternyata "*belong to the private parties*", salah satu kasus penting dan menarik untuk dibahas adalah kasus *LNC Investments*²⁴⁸, dimana dalam kasus ini pihak Bank Sentral Nicaragua, sebagai pihak ketiga, mengajukan permohonan pencabutan perintah pembekuan rekeningnya yang ada di Federal Reserve Bank of New York, yang dikeluarkan dalam rangka upaya eksekusi putusan yang dilakukan oleh LNC.

Hal yang amat menarik dari kasus ini adalah bahwa pihak bank sentral menyatakan sejak awal bahwa rekening yang dibekukan tersebut merupakan rekening yang dananya berasal dari setoran yang dimasukkan oleh bank-bank privat dalam rangka memfasilitasi kegiatan moneter internasional mereka. Berangkat dari pernyataan ini, bank sentral kemudian berargumen bahwa dana tersebut bukanlah aset dari bank sentral, tetapi murni aset dari bank-bank privat tadi. Argument ini memang terdengar sangat lemah, karena sangat jelas, dengan argument ini, rekening tersebut secara *prima facie* langsung masuk ke dalam kategori 1611(b)(1).

Namun, sebenarnya pengakuan yang dilakukan oleh bank sentral ini guna mendukung posisi mereka yang memang sudah tidak menguntungkan, karena ternyata pihak Republik Nicaragua telah melakukan *waiver* layaknya diatur dalam 1611(b)(1), sehingga pihak bank sentral harus mencari justifikasi lain. Sehingga muncullah argumen guna memanfaatkan *loopholes* yang terdapat dalam bagian tersebut. Pada 1611 (b)(1), *subject matter* nya adalah rekening bank sentral yang dananya "*held for central bank own account*", sehingga dalam kasus ini, rekening yang ingin dijadikan obyek eksekusi, yang diklaim sebagai bukan milik bank sentral dan bukan milik negara yang bersangkutan, bukan merupakan subyek kepada

²⁴⁷ Lihat penjelasan kasus *LNC Investments* *infra*.

²⁴⁸ *LNC Investments, Inc. v. Republic of Nicaragua*, 115 F. Supp. 2d 358, 360 (S.D.N.Y. 2000); *LNC Investments, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Banco Central De Nicaragua, Interested-Third-Party Appellee, The Republic of Nicaragua, Defendant*, 228 F.3d 423 (2nd Cir. 2000).

ketentuan ini, bahkan bukan merupakan subyek kepada FSIA. Pengadilan pada kasus ini mengabulkan tuntutan dari pihak bank sentral dan mencabut perintah pembekuan rekening tersebut.

Sebagai perbandingan, pengaturan di bawah rezim UKSIA berbeda dari FSIA. Perbedaan pertama berkaitan dengan konteks *pre-judgment attachment*. Berdasarkan UKSIA, properti dari bank sentral dapat dijadikan obyek eksekusi, baik *pre-judgment* ataupun *post-judgment*.²⁴⁹ Sedangkan, dalam pengaturan versi FSIA, layaknya telah disebutkan diatas, untuk kategori properti bank sentral sesuai dengan syarat di dalam FSIA secara absolut imun dari jenis *pre-judgment attachment*.²⁵⁰ Selanjutnya pada bagian 14(4) dari UKSIA juga memperlihatkan perbedaan mengenai pemberian status komersial terhadap properti dari bank sentral tersebut.²⁵¹

Dari kedua polarisasi pengaturan ini, ASIA²⁵² mengikuti pola perlindungan yang diberikan di bawah rezim UKSIA, sementara CSIA²⁵³ menjadikan bagian 1611 dari FSIA sebagai model. Sementara itu CJISP, pengaturan terhadap pemberian imunitas dari eksekusi pada properti bank sentral dibuat lebih luas. Pasal 21 dari CJISP secara tegas mengatur bahwa properti dari bank sentral tidak dapat dianggap sebagai properti yang digunakan, baik secara umum ataupun khusus, untuk kegiatan yang bersifat komersial.²⁵⁴ Sehingga terhadapnya otomatis tidak dapat dilakukan suatu bentuk eksekusi dari suatu putusan. Pengaturan dalam CJISP ini sebenarnya

²⁴⁹ Hazel Fox *op cit*, hal 393.

²⁵⁰ Lihat *Supra note* 233.

²⁵¹ UKSIA Bagian 14(4) menyatakan bahwa : “ *Properti of central bank... shall not regarded for the purpose of subsection (4) of section 13 above as in use for commercial purposes...* ”

²⁵² ASIA Bagian 35(1).

²⁵³ CSIA Bagian 12(4).

²⁵⁴ CIJSP Pasal 21 (1)(c) : “1. *The following categories, in particular, of properti of a State shall not be considered as properti specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c):... (c) properti of the central bank or other monetary authority of the State*”.

menggunakan pendekatan yang lebih condong ke arah UKSIA,²⁵⁵ yang melihat bahwa status bank sentral sebagai elemen fundamental dalam sistem ekonomi suatu negara, yang masuk dalam kerangka *jure imperii*.

Sebagai kesimpulan maka konteks yang dapat ditarik adalah bahwa pada prinsipnya kebanyakan opini masih melihat bahwa properti dari bank sentral negara asing harusnya lepas dari kemungkinan untuk dapat dijadikan obyek eksekusi. Hal ini dikarenakan di banyak negara, status bank sentral memang melaksanakan tugas yang berakar dari sifat berdaulat suatu negara, seperti yang berkaitan dengan stabilitas moneter dan *currency*. Namun, dalam perkembangannya, terutama di Amerika Serikat, keterlibatan bank sentral asing dalam berbagai transaksi di luar transaksi “*sovereign*” misalnya menempatkan dana atau investasi di pasar modal, menjadikannya tidak lagi murni melaksanakan tugas kedaulatan. Guna menjamin keadilan yang juga menjadi hak dari pihak non-negara yang mungkin telah dirugikan oleh negara tersebut, maka pengaturan mengenai pemberian imunitas terhadap bank sentral ini lebih diregangkan. Dimana perlindungan hanya diberikan pada properti-properti tertentu milik bank sentral tersebut yang pada hakikatnya terkait erat dengan tugasnya sebagai jenderal moneter suatu negara.

2. Properti dan Aset Misi Perwakilan Diplomatik

Berdasarkan Vienna Convention on Diplomatic Relations (VCDR) pasal 22(3), secara umum kediaman dan properti fisik lainnya (mobil, furniture, dll) dari misi perwakilan diplomatik dinyatakan imun dari berbagai tindakan hukum, termasuk upaya eksekusi.²⁵⁶ Terhadap properti jenis ini mungkin permasalahan tidak banyak terjadi, namun ketika dihadapkan pada kasus yang lebih kompleks, seperti pada konteks properti yang dimaksud adalah rekening milik misi diplomatik, dimana dana

²⁵⁵ Terdapat kesamaan dengan pengaturan ala Bagian 14(4) UKSIA.

²⁵⁶ VCDR pasal 2(3) menyatakan : “*The premises of the mission, their furnishings and other properti thereon and the means of transport of the mission shall be imun from search, requisition, attachment or execution.*”

dalam rekening tersebut juga ternyata digunakan untuk kegiatan komersial, contohnya menyewa properti, membeli barang-barang keperluan sehari-hari, dan sebagainya. Dalam konteks ini, kita akan terekspose pada apa yang biasa disebut sebagai *mixed account*.

Salah satu *landmark case* dalam isu ini adalah *Philippine Embassy Case*²⁵⁷, dalam kasus ini penggugat, yang merupakan *landlord*, berhasil memenangkan tuntutan atas kedutaan Philipina atas biaya sewa yang tidak kunjung dibayarkan. Setelah memperoleh putusan tersebut pihak penggugat lalu melakukan upaya hukum dan menjadikan rekening dari kedutaan yang ada di bank sebagai obyek eksekusi. Rekening tersebut dikemukakan telah biasa dipakai oleh kedutaan untuk membayar segala kegiatan operasional kedutaan sehari-hari, termasuk biaya sewa dan gaji pegawai. Dalam kasus ini muncul terminologi *mixed accounts*, dimana rekening kedutaan tersebut selain digunakan untuk membiayai kegiatan diplomatik, juga secara tidak langsung telah terlibat dengan kegiatan yang memenuhi unsur komersial.

Dalam kasus ini, majelis konsitusi Jerman memutuskan bahwa eksekusi tersebut tidak dapat dilakukan, dan pengadilan tersebut menyebutkan keberadaan pasal 3 VCDR.²⁵⁸ Dalam putusannya, pengadilan menyatakan bahwa upaya eksekusi terhadap rekening ini akan menimbulkan hambatan pada kegiatan diplomatik yang dijalankan oleh kedutaan tersebut.²⁵⁹ Dalam kasus ini juga, pengadilan mencoba untuk berpendapat bahwa masih sangat meragukan untuk dapat meyakini bahwa negara forum dapat secara efektif membedakan antara dana mana yang dipakai oleh suatu kedutaan asing untuk kegiatan komersial atau non-komersial. Namun, pada

²⁵⁷ *Philippine Embassy Case*, 46 BverfGE 342 German Fed.Rep., Fed.Const.Ct., Nov. 1977, *ILR* 65,146 (1977), putusan dapat diakses melalui alamat website http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/german-cases/cases_bverg.shtml?13dec1977.

²⁵⁸ Pasal 3 VCDR: “*The functions of a diplomatik mission consist inter alia in: (a) representing the sending State in the receiving State; (b) protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, within the limits permitted by international law; (c) negotiating with the Government of the receiving State; (d) ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State; (e) promoting friendly relations between the sending State and the receiving State, and developing their economic, cultural and scientific relations.*”

²⁵⁹ *Philippine Embassy Case Ibid.*

dasarnya pengadilan menganggap penentuan dan pembedaan semacam itu akan bertentangan dengan ketentuan hukum internasional.²⁶⁰

Sementara itu, di Amerika Serikat praktek yang ada terlihat menggunakan pendekatan yang berbeda. Dibawah rezim FSIA, properti dari misi diplomatik dilindungi dalam bagian 1610(1)(4)(b).²⁶¹ Dimana bagian ini secara eksplisit mengatur mengenai pemberian imunitas pada properti yang merupakan benda-benda tidak bergerak yang digunakan untuk mempertahankan misi diplomatik di Amerika Serikat. Perlindungan ini sebenarnya sejalan dengan perlindungan yang diberikan oleh VCDR, sehingga juga tidak memberikan penjelasan yang memuaskan mengenai pengaturan terhadap properti jenis lain, termasuk rekening di bank.

Pengadilan di Amerika sendiri pernah dihadapkan pada beberapa kasus *mixed accounts* ini.²⁶² Dalam kasus *Birch Shipping Corp. v. United Republic of Tanzania*, pengadilan mengambil posisi yang memberikan interpretasi yang luas terhadap konsep pengecualian dalam pemberian imunitas terhadap rekening kedutaan yang digunakan baik untuk kegiatan komersial maupun non-komersial. Dalam memberikan pendapatnya pengadilan berdiri di belakang rasio bahwa dalam hal imunitas diberikan pada semua *mixed accounts*, negara biasa seenaknya menghindari semua kewajibannya dengan menggunakan alasan ini.²⁶³ Cara yang paling tepat untuk

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ FSIA bagian 1610(a)(4)(B) menyatakan: *The properti in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immun from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if -- (4) the execution relates to a judgment establishing rights in properti... (B) which is immovable and situated in the United States: Provided, That such properti is not used for purposes of maintaining a diplomatik or consular mission or the residence of the Chief of such mission.*” (cetak tebal oleh penulis)

²⁶² *Birch Shipping Corp. v. Embassy of the United Republic of Tanzania*, 507 F. Supp. 311 (D.D.C. 1980); *Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia (LETCO)*, 659 F. Supp. 606, 610 (D.D. C. 1987).

²⁶³ *Birch Shipping case ibid*, par. 313.

menghindari kondisi ini adalah dengan membuat adanya pemisahan antara rekening yang digunakan untuk kegiatan komersial dan yang bukan.²⁶⁴

Hal yang menarik adalah bahwa dalam kasus lain²⁶⁵, pengadilan Amerika Serikat memberikan pandangan yang sama sekali berbeda dari yang terdapat di kasus *Birch Shipping Corp. v. United Republic of Tanzania*. Dalam kasus *Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia*, pengadilan menyatakan bahwa penggunaan sebagian dana di dalam rekening kedutaan untuk kegiatan yang sifatnya komersial tidak membuat seluruh dana dalam rekening tersebut kehilangan haknya untuk memperoleh imunitas.²⁶⁶ Pengadilan juga menyatakan bahwa pengaturan di bawah rezim FSIA terhadap properti misi diplomatik ini harus diinterpretasikan sejalan dengan apa yang diatur di dalam VCDR, dan hasil yang sama merupakan suatu keharusan.²⁶⁷

Di Inggris pada dasarnya mengakui adanya perlindungan secara umum terhadap properti dan kediaman diplomatik dari eksekusi, layaknya diatur dalam pasal 16(1)(b) UKSIA. Namun, sama seperti yang terjadi dalam kasus di Jerman dan Amerika Serikat, permasalahan yang berkaitan dengan rekening di bank menjadi isu yang memerlukan perhatian lebih. Salah satu kasus penting di Inggris adalah *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia*²⁶⁸, dimana pihak penggugat yang dimenangkan gugatannya berniat menjadikan rekening kedutaan sebagai obyek eksekusi. Permohonan ini ditolak di pengadilan tingkat pertama²⁶⁹, namun pada tingkat banding²⁷⁰, pengadilan menyatakan bahwa rekening kedutaan tersebut dapat disita

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *LETCO Case.*

²⁶⁶ *Ibid.*, par. 608; penjelasan lebih detail dalam studi kasus dalam Bab IV skripsi ini.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Alcom Ltd v. Republic of Colombia* [1984] 2 All ER 6, 74 ILR 170.

²⁶⁹ *Ibid.*

selama uang atau dana tersebut digunakan untuk transaksi komersial layaknya diatur dalam bagian 3(3) UKSIA.²⁷¹ Kasus ini kemudian sampai ke hadapan *House of Lords*, yang kemudian membatalkan putusan pengadilan tingkat banding tersebut.²⁷² Pada putusannya, *House of Lords* turut memasukkan pertimbangan yang berkenaan dengan pasal 3 VCDR²⁷³, serta keberadaan bagian 13(5)²⁷⁴ dari UKSIA yang berkenaan dengan pernyataan duta besar Kolombia mengenai rekening tersebut yang digunakan memang untuk membiayai kegiatan misi diplomatik di Inggris.²⁷⁵

Untuk penjelasan terakhir pada bagian misi diplomatik ini, akan dilihat pengaturan yang terdapat di dalam CJISP. Pasal 21(1)²⁷⁶ dari CJISP secara unik mengatur mengenai pemberian imunitas pada properti dari misi diplomatik. Keunikan ini terlihat dari 2 hal, yang pertama pengaturan dalam pasal ini bukan secara eksplisit menyebutkan bahwa properti dari misi diplomatik imun dari eksekusi, namun lebih

²⁷⁰ *Alcom Ltd. v. Colombia*, [1984] 1 All ER 1, [1983] 3 W.L.R. 906, dicetak ulang dalam 22 I.L.M. 1307, 1314 (1983).

²⁷¹ Dalam kasus ini, pengadilan tingkat banding tersebut melihat bahwa sebagian dari dana yang ada di dalam rekening tersebut dialokasikan untuk membeli barang-barang dan membiayai pelayanan yang terkait dengan kedutaan. Sehingga, pengadilan berpendapat dana yang digunakan untuk hal-hal tersebut dapat dikategorikan sebagai dana yang digunakan untuk tujuan komersial, sehingga dapat dijadikan obyek eksekusi putusan.

²⁷² *Alcom case* (House of Lords), 23 I.L.M. par. 724-25.

²⁷³ *The Lords* menyatakan bahwa bagian 16(1)(b) UKSIA dan Pasal 3 VCDR menempatkan suatu kewajiban umum untuk “*act in a manner so as to not obstruct the functions of a foreign mission*”, *Alcom case ibid*, par. 720-21; sebagai tambahan putusan tersebut juga menyatakan bahwa pemisahan antara kegiatan komersial dan non-komersial yang dibiayai oleh rekening kedutaan tersebut harusnya tidak dilakukan, lihat kasus *Phillipine Embassy Case supra*.

²⁷⁴ Berdasarkan ketentuan ini, maka kepala perwakilan misi diplomatik di Inggris dapat memberikan sertifikasi yang menyatakan bahwa properti yang disengketakan tersebut tidak digunakan atau diintensikan untuk digunakan untuk tujuan komersial, dan pernyataan ini dapat dianggap sebagai bukti yang *sufficient* untuk mendukung fakta tersebut, kecuali dapat dibuktikan sebaliknya.

²⁷⁵ *The House of Lords* menerima niat baik (*bona fides*) dari pernyataan Duta Besar tersebut, dimana ketika pada tingkat banding, pengadilan justru menolak mengaplikasikan ketentuan ini.

²⁷⁶ CJISP pasal 21) : “*The following categories, in particular, of properti of a State shall not be considered as properti specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c): ... (a) properti, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatik mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences.*”

kepada menyatakan properti jenis ini tidak dapat dikategorikan sebagai properti yang dapat digunakan untuk transaksi komersial. Kedua, pasal ini secara tegas memasukkan rekening bank, hal yang tidak ditemui dalam berbagai legislasi nasional negara²⁷⁷, sebagai obyek yang dilindungi. Masih sedikitnya peserta dari konvensi ini sehingga masih sulit untuk mengukur efektifitas keberlakuannya, namun dengan melihat pengaturan ini dapat disimpulkan bahwa International Law Commission (ILC) dalam mendraft konvensi ini melihat bahwa permasalahan dalam kasus *mixed accounts* memang cukup mendominasi di berbagai yurisdiksi pengadilan. Sehingga, jika kita menggunakan pasal ini sebagai otoritas, maka konsep *mixed accounts* tidak akan muncul.²⁷⁸

III.3.2 Eksekusi Putusan Arbitrase Internasional dan Imunitas Negara dari Eksekusi

Dalam ketentuan ICSID secara terang dinyatakan bahwa setelah putusan arbitrase diakui oleh pengadilan atau pihak otoritas bersangkutan di suatu negara anggota, maka putusan tersebut telah dapat dianggap sebagai putusan yang memiliki akibat hukum di dalam sistem peradilan yang ada di Negara tersebut.²⁷⁹ Sehingga terhadapnya akibat hukum yang mengikuti status tersebut juga dapat dipertahankan,²⁸⁰ termasuk dapat dieksekusinya putusan tersebut.

Berkaitan dengan keberadaan imunitas Negara dari eksekusi, pertanyaan yang menarik adalah dengan kata sepakat yang diberikan oleh para pihak, termasuk Negara yang bersengketa, untuk menyelesaikan sengketa lewat fasilitas arbitrase dapat

²⁷⁷ lihat penjelasan pada bagian praktek di bawah FSIA dan UKSIA *supra*.

²⁷⁸ Dengan artikulasi dalam pasal ini, berarti tidak akan muncul kontroversi mengenai *mixed account* seperti dijelaskan sebelumnya, karena selama rekening tersebut digunakan untuk mendukung fungsi dan kegiatan misi diplomatik, rekening tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai rekening yang digunakan untuk tujuan komersial. Namun, dalam *ILC Commentary* secara implisit dinyatakan bahwa rekening bank yang digunakan murni untuk kegiatan yang bertujuan komersial tidak akan mendapat imunitas. (*ILC Draft Report*, hal. 59, para. 1(3)).

²⁷⁹ Konvensi ICSID Pasal 54(1).

²⁸⁰ *Ibid.*

dinyatakan sebagai bentuk pengesampingan bukan hanya terhadap hak Negara tersebut untuk mendapat imunitas dari yurisdiksi asing namun juga imunitas propertinya dari eksekusi putusan yang nantinya akan dikeluarkan oleh majelis arbitrase yang bersangkutan.

Merupakan hal yang tidak lagi banyak diributkan bahwa perjanjian arbitrase antara Negara dan pihak lain merupakan wujud ada *implied waiver* dari hak Negara untuk mengajukan permohonan imunitas dari yurisdiksi pengadilan asing,²⁸¹ baik majelis arbitrasenya²⁸² ataupun pengadilan (untuk mendapatkan pengakuan dan pelaksanaan).²⁸³ Namun hal yang serupa tidak terjadi dalam konteks imunitas Negara

²⁸¹ G.R. Delaume, "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration", 2 *ICSID Review* (1987), p. 403; hal ini didukung dengan fakta yang menunjukkan bahwa berbagai produk hukum baik multilateral seperti *European Convention on State Immunity* (pasal 12), maupun produk hukum domestic, seperti FSIA (bagian 1605 (a)) dan UKSIA (bagian 9) memuat ketentuan demikian. Selain itu berbagai keputusan hukum dari berbagai yurisdiksi juga sejalan dengan pandangan ini, contohnya pada kasus *Etat francais c/ Societe Europeenne d'etude et d'entreprises et autres*, RDA (1987), p.149, Interim ICC Award no. 3879 (1984), p.1071,1089.

²⁸² J.G. Wetter, "Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereign before International Tribunal", 2 *Journal International Arbitration* (1985), p.14.

²⁸³ George Delaume, *Transnational Contracts* (1980), chap. XIV, para. 4.08; Hazel Fox, "Sovereign Immunity and Arbitration", dalam *Contemporary Problems in International Arbitration* Julian D. M. Law (ed.), (The Hague: Kluwer Law International, 1987) hal. 323. George Delaume, "Foreign Sovereign Immunity: Impact on Arbitration" 38 *Arb. Jr.* 34 (1983); Stockholm Chamber of Commerce, *Arbitration in Sweden*, (Stockholm: Stockholm Chamber of Commerce, 1984), hal. 18-20; *United Arab Republic v. Mrs. X*, Tribunal Federal (10 Februari 1960) *Clunet (Journal du Droit International)* (1961), hal. 458; Pendapat ini juga ditegaskan di dalam ketentuan ASIA pasal 17(2)(b), yang menyebutkan : "Where ... the foreign State is a party to an agreement to submit to arbitration about the transaction or event then subject to any inconsistent provision in the agreement, the foreign State is not immun in a proceeding concerning the recognition as binding for any purpose or for the enforcement of an award made pursuant to the arbitration, wherever it was made"; hal yang sama juga diatur dalam pasal 17 CJISP yang menyatakan bahwa ketika Negara telah mengadakan perjanjian tertulis dengan pihak lain (non-negara) untuk menyelesaikan sengketa yang berasal dari transaksi komersial diantara keduanya lewat arbitrase, maka Negara tersebut tidak diperkenankan untuk mengajukan permohonan untuk mendapatkan imunitas dari yurisdiksi pengadilan domestic suatu Negara dalam hal yang salah satunya adalah konfirmasi putusan arbitrase tersebut (istilah ini dipakai untuk memfasilitasi keberatan yang diajukan berbagai perwakilan Negara ketika dalam *draft* awal dipergunakan terminologi *recognition and enforcement*). Namun perlu diingat bahwa ketentuan semacam ini tidak sepenuhnya dapat diaplikasikan dalam hal kondisi dimana masalah yang sudah disepakati untuk diselesaikan melalui arbitrase ternyata dibawa ke hadapan yurisdiksi pengadilan. Masih terdapat banyak pendapat yang menentang bahwa Negara tidak lagi memiliki hak untuk memperoleh imunitasnya dalam kondisi ini, setidaknya putusan yang dikeluarkan oleh District Court of Illinois dalam kasus *Chicago Bridge and Iron Co. v. Islamic republic of Iran* (2 November 1984), 6 *ILR* (1982), p.511,519, memperlihatkan situasi ini.

dari eksekusi.²⁸⁴ Dimana sampai saat ini belum terdapat adanya keseragaman pendekatan mengenai apakah perjanjian arbitrase yang dapat dikonstruksikan sebagai pengesampingan secara implisit dari imunitas dari yurisdiksi mengadili, dapat di *extent* keberlakuannya secara *legitimate* sebagai bentuk pengesampingan imunitas dari eksekusi juga. Ketiadaan pendapat yang seragam ini membuat permasalahan semakin menarik untuk dibahas, untuk itu akan coba dipaparkan mengenai kedua pandangan yang berbeda ini.

Pandangan yang pertama merupakan pendukung dari proposal yang menyatakan bahwa perjanjian arbitrase juga termasuk pengesampingan terhadap hak atas imunitas dari eksekusi putusan arbitrase yang nantinya akan dikeluarkan. Pada dasarnya pendapat ini berakar dari pemikiran logis yang menyatakan bahwa keberadaan yurisdiksi untuk mengadili adalah omong kosong tanpa kemungkinan untuk menegakkan. Konteks ini mencoba menyatakan bahwa kesepakatan untuk masuk ke arbitrase seharusnya juga termasuk komitmen untuk dapat menerima putusan tersebut sebagai putusan yang sifatnya mengikat, dan kewajiban untuk bertindak dengan itikad baik guna tidak menggagalkan tujuan arbitrase itu sendiri terlihat dari kesediaan Negara tersebut atas penegakkan putusan arbitrase lewat pengadilan domestik.²⁸⁵

Kelompok proposisi banyak terlihat dalam atmosfir sistem hukum di Switzerland,²⁸⁶ salah satu putusan yang dikeluarkan oleh pengadilan di Swiss dengan tegas menyatakan :

²⁸⁴ G.R Delaume *Judicial Decisions*, p.411; perbedaan kondisi ini menurut beberapa pengamat disebabkan oleh alasan yang bersifat politis dan ekonomis dari pemberian masing-masing imunitas hal ini dinyatakan oleh G.Bernini dan A.J .Van den Berg, "The Enforcement of Arbitral Awards against a State : The Problem of Immunity from Execution", dalam J.Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*", (The Hague: Kluwer Law International, 1987), hal. 360-361.

²⁸⁵ Hazel Fox, "Sovereign Immunity and Arbitration", dalam J.Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*", *op cit*, hal. 323; pendapat ini juga didukung oleh salah satu putusan pengadilan di Perancis dalam kasus *Etat francais c/ Societe Europeenne d'etude et d'entreprises et autres*, Cass. Francaise, RDA (1987), hal.149.

“...authors and Courts hesitate to affirm a states’s power of execution against another state to the same degree as they recognize its jurisdiction. Such hesitation, however, is not justified in Switzerland, where jurisdiction of local court is recognized within precise limitations, i.e., only with regard to private transaction having a connection with Swiss Territory.”²⁸⁷

Tentu saja bukan hanya pengadilan Swiss yang pernah mengambil pendekatan semacam ini, pengadilan di Swedia²⁸⁸ dan Perancis²⁸⁹ juga ada yang mendukung posisi ini. Salah satunya adalah pada kasus *Creighton v. Qatar* yang melibatkan permohonan eksekusi dari putusan arbitrase ICC.²⁹⁰ Pada kasus ini, Negara Qatar bersengketa dengan perusahaan Amerika, *Creighton*, yang kemudian dibawa untuk diselesaikan dengan menggunakan fasilitas arbitrase yang disediakan oleh ICC. Setelah putusan dihasilkan, Qatar gagal menjalankan isi putusan dan *Creighton* kemudian mengambil jalan untuk mengeksekusi putusan tersebut. Perusahaan ini kemudian mengajukan permohonan penyitaan terhadap berbagai aset Qatar yang berlokasi di Perancis, yang kemudian ditentang oleh pihak Qatar. Keberatan yang diajukan oleh Qatar ini dikabulkan baik dalam pengadilan tingkat pertama maupun di tingkat banding.²⁹¹ Namun, di tingkat kasasi, pengadilan menyatakan dengan tegas

²⁸⁶ F. Lalive, "Swiss Law and Practice in Relation to Measures of Execution against the Property of a Foreign State", *10 Neth. Y.B.I.L.* 153 (1979). L. J. Bouchez, "The nature and scope of State immunity from jurisdiction and execution", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. X, hal. 19, mengutip dari putusan kasus *Greece v. Julius Bar & Co.*, Swiss Federal Supreme Court, ATF 82 I 75, *International Law Review* (1956), hal. 198.

²⁸⁷ *Republique Arabe Unie c/ Dame X*, 10 Februari 1960, 55 *AJIL* (1960), hal 167, 169.

²⁸⁸ Dalam kasus *Libyan American Oil Company v. Socialist People of Arab republic of Lybia*, Svea Court of Appeal, 918 Juni 1980), 7 *Yearbook Commercial Arbitration*, hal.359, pengadilan menyatakan bahwa dengan Libya masuk ke dalam arbitrase, ia telah mengesampingkan imunitasnya dari yurisdiksi maupun eksekusi putusannya.

²⁸⁹ *Etat francais c/ Societe Europeenne d’etude et d’entreprises et autres*, Cass. Francaise, *RDA* (1987), hal.150.

²⁹⁰ *Creighton v. Qatar*, French Court of Cassation (6 July 2000), 15-9 *Mealey's Intl. Arb.*, juga dapat diakses melalui [http://www.courdecassation.fr/as.n.98-10.068, Arrêt n° 1278 du 6 juillet 2000, Cour de cassation -- Première civile](http://www.courdecassation.fr/as.n.98-10.068,Arrêt.n°1278.du.6.juillet.2000,Cour.de.cassation.--Première.civile).

²⁹¹ Tribunal de Grand Instance de Paris, *Case No. 96/84282*, (31 Januari 1997), Court d'Appel de Paris, *Case No. 97/07089*, (11 June 1998), kedua putusan ini tidak dipublikasikan.

bahwa imunitas dari eksekusi telah dikesampingkan oleh Libya, dengan ia menyetujui untuk berarbitrase di bawah ketentuan ICC.²⁹² Pengadilan merujuk pada ketentuan ICC, dimana setiap peserta arbitrase terikat kepadanya, yang secara tegas mewajibkan para pihak peserta arbitrase untuk melaksanakan putusan arbitrase tanpa penundaan dan telah dianggap mengesampingkan semua hak mereka untuk melakukan upaya hukum terhadapnya. Pengadilan berpendapat bahwa secara implisit ketentuan ini dapat dikonstruksikan sebagai bentuk pengesampingan dari hak Negara untuk mengajukan usaha memohonkan imunitas dari eksekusi putusan tersebut.²⁹³ Namun, kasus ini tidak dapat dijadikan rujukan untuk mengeneralisir pendekatan yang diambil oleh pengadilan Perancis, karena pada kasus yang ada sebelumnya, pengadilan justru mengatur masalah ini dengan pendekatan yang berlawanan.²⁹⁴

Menurut penulis, pendapat yang menyatakan bahwa pengesampingan imunitas dari yurisdiksi tanpa pengesampingan imunitas dari eksekusi adalah kondisi yang tidak logis, merupakan pendapat yang cukup meyakinkan. Merujuk pada pendapat ini, Van Den Berg berargumen bahwa ketika Negara telah menyetujui untuk berarbitrase, maka ia harus dianggap berkewajiban untuk menerima semua putusan yang nantinya akan dihasilkan oleh majelis arbitrase, termasuk putusan yang tidak menguntungkan mereka. Dalam hal Negara tersebut gagal melaksanakan kewajibannya dari *unfavored award* tersebut, maka sudah sewajarnya aset dan properti Negara tersebut, layak nya entitas swasta, dapat dijadikan obyek eksekusi

²⁹² Nathalie Meyer-Fabre, "Enforcement of Arbitral Awards against Sovereign States, a New Milestone: Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity from Execution Held French Court of Cassation in *Creighton v. Qatar*, July 6, 2000, " *15-9 Mealey's Intl. Arb. Rep.* 13 (2000).

²⁹³ Pasal 28(6) dari ICC Arbitration rules menyatakan: "*Every award should be binding. By submitting the dispute to arbitration under these Rules the Parties undertake to carry out any award without delay and should be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such argument can validly be made.*"

²⁹⁴ *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Court de Cassation (France), reprinted in 23 I.L.M. 1062 (1984), lihat pembahasan *infra*.

putusan. Secara singkat ingin dinyatakan bahwa pendapat ini tidak lebih dari pemenuhan prinsip *pacta sunt servanda*.²⁹⁵

Untuk pihak yang tidak sepaham dengan proposal ini menganggap bahwa perjanjian arbitrase yang ditandatangani oleh Negara tidak serta merta dapat dianggap sebagai bentuk pengesampingan dari hak mereka memperoleh imunitas dari eksekusi. Pendapat ini merujuk pada pendekatan yang sebenarnya banyak dianut oleh berbagai sistem hukum, yaitu bahwa imunitas dari yurisdiksi dan imunitas dari eksekusi merupakan dua konsep yang independen satu sama lain, sehingga pengesampingan terhadap keduanya harus juga dilakukan secara sendiri-sendiri. Pengesampingan terhadap salah satunya tidak dapat dikonstruksikan sebagai pengesampingan secara implisit terhadap yang lain.²⁹⁶

Putusan pengadilan di Perancis dalam kasus *Eurodif* mencoba memberikan gambaran lain mengenai pendekatan yang diambil oleh pengadilan Perancis.²⁹⁷ pada putusan ini dengan tegas pengadilan berpendapat bahwa perjanjian arbitrase tidak dapat dengan sendirinya menjadi *implied waiver* terhadap imunitas dari eksekusi.²⁹⁸ Namun kembali lagi ditekankan bahwa putusan pada kasus ini tidak dapat dijadikan patokan untuk menggambarkan pendekatan secara umum yang dipakai oleh

²⁹⁵ A.J Van den Berg, "Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under New York and ICSID Conventions.", 2 *ICSID Review* (1987), hal 439, 449-450; G.Bernini dan A.J .Van den Berg, "The Enforcement of Arbitral Awards against a State : The Problem of Immunity from Execution", dalam J.Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* " *op cit*, hal 363.

²⁹⁶ Dalam sistem di Amerika Serikat, FSIA (bagian 1610(a)(1) and (b)(1)); di Inggris (UKSIA s.13(3)); dan pasal 23 dari *European Convention on State Immunity*; lebih jauh lihat *supra* bagian III.2 (C); hal ini juga secara tegas didukung dalam laporan yang dikeluarkan tentang *Jurisdictional Immunities of States and their Properti*, dapat dilihat dalam *Doc.A/CN.4/331*, reprinted in *Y.B.I.L.C. 1980, vol. II (Part One)*, hal. 199, 209-210; *Eurodif Corporation v. Islamic republic of Iran*, Court de Cassation (France), dicetak ulang dalam 23 *I.L.M. 1062* (1984); *Philippine Embassy Case, supra*; hal ini juga secara tegas diatur di dalam pasal 20 CJISP.

²⁹⁷ *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran supra*, yang membatalkan putusan yang dikeluarkan oleh Court of Appeal (Paris), 1983 *R.C.D.I.P. 101*.

²⁹⁸ Pendapat yang sama juga dikemukakan oleh pengadilan pada kasus *Soabi (Seutin) v. Senegal*, Court de Cassation, dicetak ulang dalam 30 *I.L.M. 1167* (1991).

pengadilan di Perancis, karena pada kasus yang lain, ternyata pengadilan mengambil sikap yang berbeda.²⁹⁹

Berkaitan dengan isu ini, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (CJISP); yang dianggap suatu bentuk kodifikasi dari praktek-praktek yang ada dan dibentuk dengan harapan keseragaman dapat tercipta, memasukkan ketentuan yang cukup menarik, dimana pada pasal 19 dari Konvensi ini menyatakan:

“No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) ...;or

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

....”

Berdasarkan ketentuan ini, maka dapat secara beralasan kita menyimpulkan bahwa Konvensi ini mencoba memfasilitasi kedua pendapat yang saling bertentangan layaknya telah dijelaskan sebelumnya. Berkaitan dengan isu perjanjian arbitrase ini, ketentuan dalam pasal ini memuat dua elemen penting yaitu *express consent* dan perjanjian arbitrase itu sendiri. Jika dalam penjelasan sebelumnya coba dijelaskan bahwa pertentangan ada pada titik yang mempertanyakan mengenai dapatkah perjanjian arbitrase dikonstruksikan sebagai bentuk pengesampingan terhadap imunitas dari eksekusi putusannya. Maka ketentuan dalam konvensi ini mencoba mengambil posisi dimana ia secara tidak langsung ingin menyatakan bahwa pengesampingan hak untuk memperoleh imunitas dari eksekusi bagi sesuatu Negara harus dilakukan secara tegas (*express*), hal ini guna memfasilitasi pandangan yang mencoba mempertahankan ide bahwa persetujuan tegas dari Negara adalah unsur paling menentukan. Sementara itu, konvensi juga menyatakan bahwa persetujuan yang tegas tersebut dapat diindikasikan dengan adanya perjanjian arbitrase. Frase ini

²⁹⁹ *Creighton v. Qatar*, French Court of Cassation (6 July 2000), *15-9 Mealey's Intl. Arb. Rep.* 13 (2000).

memang subyek untuk interpretasi, dan para *drafter* dari konvensi ini juga pada dasarnya kesulitan dalam memformulasikan kalimat yang tepat untuk masalah ini.

Perlu dicermati bahwa frase yang digunakan adalah “*as indicated by arbitration agreement*” bukan “*as indicated in arbitration agreement.*”³⁰⁰ Dari sini dapat dilihat kecenderungan untuk membuat ketentuan ini berada di *grey area*, interpretasi guna mempertahankan kepentingan pihak non-negara (investor asing misalnya) akan berakhir pada pendapat bahwa ketentuan tersebut mencoba memfasilitasi teori yang selama ini mendukung proposal bahwa keberadaan perjanjian arbitrase harusnya dapat diartikan sebagai bentuk persetujuan Negara untuk mengesampingkan imunitasnya dari eksekusi, karena tidak akan gunanya berarbitrase tanpa kepastian bahwa putusan tersebut nantinya dapat dieksekusi dalam kasus Negara gagal melaksanakannya secara sukarela. Sedangkan para pendukung konsep imunitas ini yang bersifat konservatif akan berusaha menginterpretasikan ketentuan ini sedemikian rupa sehingga pengertian yang harusnya diambil adalah bahwa *express consent* yang dimaksud dapat diindikasikan lewat perjanjian arbitrase yang secara tegas menjelaskan adanya klausul pengesampingan imunitas dari eksekusi yang dimiliki Negara.

Namun, perlu dicatat bahwa Konvensi ini juga pada dasarnya tidak dapat dijadikan rujukan yang pasti. Karena konvensi ini bahkan belum *enter into force* sampai saat ini, hal ini dikarenakan kurangnya minat Negara-negara untuk meratifikasinya.³⁰¹ Kondisi ini makin menegaskan bagaimana sikap negara yang masih didominasi keengganan untuk menggerakkan konsep imunitas dari eksekusi ini

³⁰⁰ Pada ketentuan pasal tersebut juga disebutkan “*as indicated...or in the written contract*”, dimana dapat secara beralasan dapat diinterpretasikan bahwa *express consent* yang dimaksud dapat juga diindikasikan oleh “ketentuan yang ada **di dalam (“In” bukan “by”)** kontrak tertulis”. Sehingga pengertiannya adalah bahwa keberadaan suatu kontrak komersial tertulis antara Negara dan pihak swasta tidak dapat dijadikan indikasi adanya persetujuan dari Negara untuk mengesampingkan imunitasnya dari eksekusi putusan, sehingga disimpulkan bahwa kontrak komersial semata-mata tidak dapat dijadikan dasar guna mencegah Negara mendapatkan imunitas dari eksekusi (menegaskan dukungan pada konsep pemisahan antara imunitas dari yurisdiksi, yang dapat dicekualikan dalam kasus Negara melakukan tindakan *jure gestionis*). Namun, ketentuan yang tegas dan jelas di dalamnya mengenai pengesampingan dapat dijadikan indikasi yang dimaksud.

³⁰¹ Lihat *supra note* 147.

ke arah yang lebih liberal dan terciptanya suatu keseragaman dalam pengaplikasiannya.³⁰²

Sebagai kesimpulan untuk bagian ini, penulis berpendapat bahwa walaupun berbagai alasan dan teori coba dikemukakan guna mendukung proposal bahwa perjanjian arbitrase dapat diartikan sebagai bentuk lain dari pengesampingan hak negara atas imunitas dari eksekusi, kenyataan yang jelas terjadi adalah bahwa Negara lebih berkepentingan untuk berhati-hati dalam kasus imunitas dari eksekusi jika dibandingkan dengan imunitas dari yurisdiksi.³⁰³ Sehingga, meskipun dapat dibuktikan bahwa dalam beberapa kasus, pengadilan mendukung proposal bahwa keikutsertaan Negara dalam arbitrase dapat diartikan sebagai pengesampingan terhadap imunitas dari eksekusi, keseragaman dalam menjawab pertanyaan apakah *implisit waiver* jenis ini dapat dijustifikasikan tetap belum dapat terbentuk.³⁰⁴

Bagian akhir untuk bab ini didedikasikan secara khusus dengan melihat pada ketentuan dalam Konvensi ICSID. Putusan arbitrase ICSID layaknya putusan arbitrase internasional lainnya juga pasti terkena efek dari rezim imunitas ini. Terutama akibat adanya penegasan dalam pasal 54(3) dan 55 dari konvensi ICSID.³⁰⁵ Namun, pertanyaan yang secara spesifik ditujukan pada putusan ini adalah bagaimana ketentuan dalam konvensi ICSID ini mempengaruhi posisi putusan arbitrase ICSID jika melihat praktek-praktek yang telah dipaparkan diatas.

Pasal 55 dari Konvensi ICSID menyatakan bahwa “*Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.*” Pasal ini menurut

³⁰² Hal ini berat untuk dilakukan, karena unsur politis dan hubungan antar negara merupakan pertimbangan terberat dalam isu ini.

³⁰³ G.R Delaume, *Judicial Decisions, op cit*, hal. 411,

³⁰⁴ Jangankan keseragaman antar Negara, dalam prakteknya seperti telah dijelaskan di atas, di satu Negara saja (Perancis contohnya) keseragaman belum dapat dicapai, terlihat dari perbedaan pendekatan yang diambil pengadilan dalam memutuskan dalam kasus *eurodif* dan *Creighton* di atas.

³⁰⁵ Eksekusi putusan menjadi subyek bagi hukum domestic masing-masing negara tempat permohonan diajukan, dan aturan mengenai imunitas negara dari eksekusi tidak dapat dikecualikan melalui aturan dalam Konvensi ICSID.

beberapa pihak secara implisit mencoba menyatakan bahwa pada dasarnya dengan menyepakati untuk berarbitrase di bawah mekanisme ICSID, negara telah mengesampingkan haknya untuk memperoleh imunitas dari yurisdiksi pengadilan, namun tidak untuk imunitas dari eksekusi putusan yang nantinya akan dihasilkan oleh majelis arbitrase.³⁰⁶

Namun, hal penting yang perlu dimengerti adalah pasal 55 bukan mengandung arti bahwa imunitas dari eksekusi wajib diberikan pada negara, karena pengertian semacam ini adalah tidak masuk akal. Pasal 55 hanya memberikan kejelasan bahwa aturan di negara tempat eksekusi dimohonkan yang berkaitan dengan imunitas negara dari eksekusi tidak dikecualikan dan dapat tetap diberlakukan terhadap eksekusi putusan arbitrase ICSID.³⁰⁷ Berkenaan dengan penjelasan pada bagian ini yang sebagian besar membicarakan mengenai apakah perjanjian arbitrase dapat dikonstruksikan sebagai wujud pengesampingan atas imunitas dari eksekusi, maka pertanyaannya adalah apakah dengan menyetujui untuk berarbitrase di ICSID negara telah kehilangan haknya untuk menuntut imunitas dari eksekusi putusan.

Jika kita merujuk pada beberapa putusan,³⁰⁸ terutama dalam kasus yang melibatkan eksekusi putusan arbitrase ICC³⁰⁹, maka wajar jika berpendapat bahwa seharusnya keberadaan ketentuan dalam konvensi ICSID yang menitikberatkan pada efektifitas pelaksanaan putusan arbitrasenya dapat dijadikan pertimbangan signifikan bagi pengadilan dalam memutuskan isu pengesampingan ini.³¹⁰ Pengadilan Perancis

³⁰⁶ Pada kebanyakan legislasi dan praktek di negara-negara, pemisahan antara pengesampingan terhadap imunitas dari yurisdiksi pengadilan dan imunitas dari eksekusi sudah banyak diakui, lihat penjelasan pada *infra* bagian III.3.1 (B) mengenai *waiver*.

³⁰⁷ *Cristoph Schreuer op cit*, hal.1124.

³⁰⁸ *Creighton v. Qatar supra*; Tribunal de Grand Instance de Paris, *Case No. 96/84282*, Jan. 31 1997; Court d'Appel de Paris, *Case No. 97/07089*, June 11, 1998.

³⁰⁹ *Creighton v. Qatar*, French Court of Cassation (6 July 2000), *15-9 Mealey's Intl. Arb.*, juga dapat diakses melalui http://www.courdecassation.fr/as_n.98-10.068, *Arrêt n° 1278 du 6 juillet 2000, Cour de cassation -- Première civile*.

³¹⁰ Keberadaan pasal 54(1) Konvensi ICSID.

menggunakan pasal 28 dari ICC Arbitration Rules sebagai dasar memberikan pandangan bahwa dengan menyepakati untuk berarbitrase di bawah ICC, Qatar telah mengesampingkan haknya untuk memperoleh imunitas dari eksekusi. Hal ini didasarkan pada ketentuan pada pasal tersebut yang memberikan kewajiban pada para pihak untuk melaksanakan putusan tanpa adanya suatu bentuk penundaan ataupun usaha hukum lain.³¹¹ Dalam ketentuan ini tidak disebutkan sama sekali mengenai masalah imunitas ataupun pengesampingan terhadapnya, namun interpretasi yang luas terhadap ketentuan ini telah diterapkan oleh pengadilan yang bersangkutan.

Mempertimbangkan rasio yang digunakan oleh pengadilan tersebut, maka tidak ada salahnya jika kita berharap bahwa untuk putusan arbitrase ICSID, cara interpretasi semacam ini juga dapat digunakan. Namun, perlu juga diperhatikan bahwa bahkan Christoph Schreuer sekalipun berpendapat bahwa kesepakatan negara untuk berarbitrase di bawah ICSID tidak dapat diartikan sebagai pengesampingan terhadap imunitas negara dari eksekusi.³¹²

³¹¹ *Supra note 288*; kasus lain yang juga mendukung konteks *waiver* semacam ini adalah kasus *M.B.L. International Contractors, Inc. v. Republic of Trinidad and Tobago*. Hal menarik dari kasus ini adalah pertimbangan yang diberikan oleh pengadilan distrik, yang menyatakan bahwa dengan sepakat untuk berarbitrase maka para pihak juga telah sepakat bahwa pelaksanaan putusan tersebut akan menjadi subyek rezim Konvensi New York, dan dengan merujuk pada pasal 1 dan 3 dari konvensi ini, pengadilan menyatakan: “*to accept Respondent's contention that it did not waive its sovereign immunity by agreeing to arbitrate this dispute under the terms of the [New York] Convention would defeat the very purpose of the Convention which is to provide for the enforcement of foreign arbitration awards.*” (*M.B.L. International Contractors, Inc. and Alves Contracting Company, Limited v. Republic of Trinidad and Tobago, 784 C No. 290. United States District Court, Northern Division of Texas, Fort Worth Division, 14 June 1994*).

³¹² *Christoph Schreuer op cit*, hal.1126.

BAB IV

STUDI DAN ANALISIS KASUS

Guna membuat penjelasan yang telah dikemukakan pada bab-bab sebelumnya dapat lebih dimengerti secara komprehensif, maka penulis akan mencoba mengadakan studi kasus yang dilakukan dengan menganalisis dua putusan pengadilan yang berlokasi di Inggris dan Amerika Serikat, berkenaan dengan permohonan eksekusi putusan arbitrase ICSID. Analisis akan dilakukan pada dua kasus, yaitu *AIG Capital v. Republic of Kazakhstan* dan *LETCO v. Republic of Liberia*.

Kedua putusan ini akan dianalisis dalam keterkaitannya dengan konsep imunitas negara dari eksekusi; bagaimana pengadilan mengaplikasikan konsep tersebut dalam kedua kasus ini serta membandingkan pendekatan yang dipakai pada keduanya.

IV.1 AIG Capital v. Republic of Kazakhstan³¹³

IV.1.1 Kasus Posisi

Sengketa antara pihak AIG dan Republik Kazakhstan bermula dari kebijakan pihak pemerintah Kazakhstan yang secara sepihak membatalkan proyek pembangunan kompleks perumahan di wilayah Almaty, Kazakhstan. Proyek ini dilakukan oleh perusahaan *joint venture* yang melibatkan pihak AIG dan LLP Tema, perusahaan yang dimiliki dan dikendalikan oleh pemerintah Kazakhstan. Permasalahannya adalah properti yang dibutuhkan untuk proyek tersebut telah dibeli, kontrak konstruksi telah ditandatangani, dan pengerjaan terhadap proyek tersebut juga telah dimulai. Pembatalan ini kemudian diikuti dengan perintah pemindahan (transfer) dari semua properti proyek tersebut kepada pihak pemerintah kota Almaty,

³¹³ AIG Capital Partners, Inc, CJSC Tema Real Estate Company Limited (claimants) v. The Republic of Kazakhstan (Defendant), ABN AMRO Mellon Global Securities Services B.V., ABN AMRO Bank N.V, The National Bank of Kazakhstan (third parties intervener), [2006] 1 WLR 1420, [2005] EWHC 2239 (Comm), Case No: 2004/536 High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, (2005) ("Putusan").

tanpa memberikan kompensasi kepada perusahaan *joint venture* yang sebelumnya telah didirikan.

Sengketa tersebut kemudian dibawa ke hadapan majelis arbitrase ICSID, dan dalam putusannya majelis arbitrase menyatakan bahwa tindakan yang dilakukan oleh pihak Kazakhstan ini merupakan suatu tindakan ekspropriasi. Terhadap sengketa ini majelis memutuskan bahwa pihak Kazakhstan berkewajiban membayar uang sejumlah US\$ 9,951,709 (plus bunga) sebagai kompensasi dari kerugian yang diderita oleh pihak AIG.³¹⁴ Namun, sampai putusan tersebut diusahakan untuk dieksekusi, pihak Kazakhstan belum sama sekali memenuhi kewajibannya untuk membayarkan jumlah tersebut kepada pihak AIG.

Dalam kasus ini, kemudian AIG Capital (“pemohon”) mengajukan permohonan eksekusi atas putusan arbitrase ICSID yang telah diperolehnya tersebut ke hadapan pengadilan di Inggris. Dalam upaya eksekusi ini, pihak pemohon selain berhadapan dengan Republik Kazakhstan (“termohon”), juga harus dihadapkan dengan pihak (ABN AMRO Mellon Global Securities Services B.V atau “AAMGS”) dan *National Bank of Kazakhstan* (“NBK”) sebagai pihak ketiga yang melakukan intervensi terhadap persidangan dengan mendukung posisi termohon.

Pemohon hendak mengeksekusi putusan ini terhadap aset yang dimiliki oleh pihak termohon yang berlokasi di Inggris. Usaha ini dilakukan dengan jalan mengajukan permohonan untuk memperoleh *Final Third Party Debt* dan *Charging Order* terhadap uang tunai dan produk sekuritas yang ditempatkan di London oleh pihak ketiga, yaitu AAMGS, sesuai dengan *Global Custody Agreement* (“GCA”) tertanggal 24 Desember 2001 dengan pihak NBK. Terhadap kedua perintah ini, pihak pemohon sudah memperoleh *interim orders*, dan permohonan ke hadapan pengadilan tinggi ini untuk mengubah *interim orders* tersebut menjadi *final orders*.³¹⁵

³¹⁴ AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan (*ICSID Case No. ARB/01/6*).

³¹⁵ Putusan par.1.

NBK melakukan intervensi pada persidangan dan mengajukan permohonan untuk membatalkan kedua perintah tersebut dengan alasan utama bahwa uang tunai dan produk sekuritas yang akan dieksekusi tersebut merupakan properti dari NBK dan properti tersebut berhak mendapatkan imunitas dari eksekusi layaknya diatur dalam bagian 13(2) dan 14(4) dari UKSIA 1978.

IV.1.2 Pertimbangan dan Putusan Hakim

Terhadap permohonan yang diajukan oleh pemohon, Justice Aikens memutuskan bahwa *Final Third Party Debt Order* dan *Charging Order* terhadap kedua properti yang disebutkan diatas tidak bisa diberikan, sehingga *interim orders* yang sebelumnya telah dimiliki oleh pemohon dibatalkan.

Putusan ini diambil dengan dasar :

1. Terhadap isu *Third Party Debt Order*, hakim melihat bahwa aset yang dipegang oleh AAMGS adalah atas nama NBK, bukan atas nama termohon. Sehingga, terhadap aset tersebut, hutang yang dimiliki oleh AAMGS merupakan hutang kepada NBK sebagai pemegang rekening tersebut. Termohon tidak memiliki hak secara kontraktual terhadap AAMGS berkenaan dengan hutang tersebut, oleh karena itu pengadilan tidak memiliki justifikasi untuk memberikan *Third Party Debt Order* berkaitan dengan aset tersebut.
2. Terhadap isu imunitas atas properti yang disengketakan para pihak, hakim berpendapat bahwa properti tersebut, dengan melihat semua *circumstances* yang ada, dapat dikategorikan sebagai properti dari NBK layaknya diatur di dalam Bagian 14(4) UKSIA. Sehingga terhadap properti tersebut tidak dapat dikenakan suatu bentuk *charging order*, karena ia memiliki imunitas.
3. Sekalipun properti tersebut dikategorikan sebagai properti milik termohon, tetap *charging order* tidak dapat diberikan. Hal ini dikarenakan, hakim melihat bahwa properti tersebut tidak digunakan ataupun ditujukan untuk tujuan komersial, sehingga terhadapnya imunitas dapat diberikan.

IV.1.3 Analisis

Penulisan skripsi ini menitikberatkan pada pembahasan mengenai pengaplikasian konsep imunitas negara dari eksekusi putusan arbitrase, sehingga pada analisis kasus ini, focus pembahasan akan ditujukan pada isu imunitas terhadap properti bank sentral dan properti negara asing. Berkenaan dengan isu *Final Third Party Debt Order* tidak akan dibahas secara detail, karena isu tersebut merupakan isu yang terpisah dan tidak berkaitan langsung dengan pembahasan mengenai masalah imunitas negara.

Dalam kasus ini, pihak pemohon berniat mengeksekusi putusan arbitrase ICSID yang diterimanya dalam sengketa dengan pihak termohon, yaitu Republik Kazakhstan. Eksekusi dimintakan terhadap properti yang dinyatakan oleh pihak pemohon sebagai properti termohon yang berlokasi di London, berupa aset yang terdiri atas uang tunai dan sekuritas yang dipegang oleh AAMGS, yang berperan sebagai *custodian* terhadap aset tersebut.³¹⁶ Permasalahan yang kemudian muncul adalah, NBK maju sebagai pihak ketiga melakukan intervensi pada persidangan ini dengan mengajukan argument bahwa eksekusi tidak dapat dilakukan karena, pertama, properti yang bersangkutan merupakan properti dari NBK dan selayaknya diatur dalam UKSIA, properti milik bank sentral sudah dapat dipastikan imun dari semua tindak eksekusi. Kedua, argument yang diajukan oleh pihak termohon, bahwa walaupun properti tersebut diputuskan sebagai properti dari termohon, maka berdasarkan UKSIA, properti tersebut juga tetap imun dari proses eksekusi.

Sehingga, berkaitan dengan isu imunitas dari eksekusi putusan, dalam kasus ini terdapat dua isu penting yang harus dibahas yaitu, pertama, dalam hal menentukan apakah aset atau properti yang dimaksud merupakan properti negara asing yang menjadi subyek terhadap bagian 13(4) UKSIA atau merupakan properti dari bank sentral yang kemudian menjadi subyek dari pengaturan di bawah bagian 14(4) UKSIA. Kedua, dalam hal properti tersebut dikategorikan sebagai aset negara asing, apakah aset tersebut dapat dikecualikan dari pemberian imunitas karena aset tersebut telah digunakan atau ditujukan untuk tujuan komersial.

³¹⁶ Putusan par. 18; Klausa 2(a) GCA.

A. Isu pertama: Pengkategorian Properti yang Akan Dijadikan Obyek Eksekusi dan Signifikansinya Terhadap Isu Imunitas

Isu ini muncul karena NBK masuk menjadi pihak ketiga dan berargumen bahwa aset yang dimintakan untuk menjadi obyek eksekusi tersebut merupakan propertinya, properti bank sentral. Mengapa kemudian pengkategorian ini menjadi sangat penting, hal ini karena dengan penentuan masuk ke dalam kategori properti siapa aset yang akan dieksekusi ini akan menentukan bagian mana dari UKSIA yang akan mengaturnya. Dalam konteks ini, menjadi sangat signifikan artinya bagi kedua belah pihak, karena jika properti tersebut dinyatakan sebagai properti bank sentral (NBK), maka dapat dipastikan imunitas akan diberikan, hal ini menjadi sangat penting bagi pembelaan NBK dan termohon, di sisi lain penentuan ini juga sangat krusial artinya bagi permohonan dari pemohon.

Berkenaan dengan hal ini, maka pertanyaan yang pertama harus didiskusikan adalah mengenai pengertian properti. UKSIA tidak memberikan definisi yang tegas mengenai apa yang dimaksud dengan properti layaknya digunakan di dalam bagian 13 dan bagian 14. Namun, akan masuk akal jika kita menganggap bahwa penggunaan dalam kedua bagian ini menggunakan pengertian yang sama mengenai properti. Beberapa kasus dalam presenden Inggris mencoba menerangkan bahwa terminologi properti ini seharusnya diartikan dalam konteks yang luas.³¹⁷

Dalam kasus ini, Justice Aikens mencoba mengikuti pendekatan yang diambil oleh baik Lord Diplock dalam kasus *Alcom*, maupun Burnton dalam kasus *AIC Ltd v. Nigeria*. Properti dalam konteks UKSIA harus diinterpretasikan dalam arti luas,

³¹⁷ Dalam kasus *Alcom Ltd v. Republic of Columbia and Anor*, House of Lords, A.C. 580 (1984), Lord Diplock menyatakan bahwa terminologi "*properti*" pada bagian 13(2)(b) and (3) "...is broad enough to include, as being the *properti* of a banker's customer, the debt owed to him by the banker which is represented by the total amount of any balance standing to the customer's credit on current account"; dalam kasus lain, yaitu *AIC Ltd v Federal Government of Nigeria*, High Court Of Justice Queens Bench Division, case no. S/03/0056; S/03/005 (2003), Justice Stanley Burnton J menyatakan bahwa kata "*properti*" pada bagian 14(4) "*included a chose in action constituted by the debts owed by the Bank of England to the Central Bank of Nigeria that had accounts with the Bank.*"

dimana properti ini meliputi semua *personal* dan *real properti* dari negara tersebut ataupun perangkatnya.³¹⁸

Pertanyaan selanjutnya adalah mengenai masuk ke dalam kategori mana properti yang dimaksud dalam kasus ini. Bagian 14(4) UKSIA berkenaan dengan bank sentral tidak mengatur secara spesifik mengenai properti bank sentral yang bagaimana yang akan dilindungi dan diperlakukan lebih istimewa di bawah rezim UKSIA ini.³¹⁹ Sehingga dapat diartikan bahwa semua properti bank sentral menjadi subyek aturan bagian 14(4). Permasalahannya sekarang adalah bahwa properti yang disengketakan dalam permohonan eksekusi ini oleh pihak pemohon diajukan sebagai properti termohon (Republik kazakhstan) yang seharusnya menjadi subyek aturan bagian 13(2) UKSIA.

Properti yang dimohonkan untuk dijadikan obyek eksekusi berupa dana tunai dan produk sekuritas yang ditempatkan di London oleh AAMGS atas nama NBK, berdasarkan GCA. Dimana properti ini merupakan bagian dari National Fund yang dimiliki oleh termohon dan didelegasikan pengelolaannya kepada NBK,³²⁰ yang kemudian menjadikan NBK sebagai pihak yang memiliki hak penuh atas pengelolaan dan keberadaan dana tersebut, meskipun ia tidak memiliki status kepemilikan atasnya.

Pendekatan yang diambil oleh hakim dalam kasus ini adalah bahwa meskipun NBK bukan pemilik dari properti tersebut, namun statusnya sebagai pemegang dan pengelola dana tersebut sudah dapat memenuhi kategori properti bank sentral

³¹⁸ Menurut Justice Aikens, "*properti*" will include all real and personal properti and will embrace any right or interest, legal, equitable, or contractual in assets that might be held by a State or any "emanation of the State", (putusan par. 45).

³¹⁹ Jika kita bandingkan dengan ketentuan yang dipakai di Amerika Serikat layaknya diartikulasikan dalam bagian 1611(b)(1) FSIA, maka ketentuan yang diberikan UKSIA ini dibuat sangat luas. Dalam FSIA, properti bank sentral yang imunitasnya diatur secara khusus hanya terbatas pada properti bank sentral yang "*held for its own purposes*". Untuk interpretasi terhadap terminologi ini dapat dibaca pada penjelasan pada Bab III bagian khusus bank sentral (*infra* hal 65-73).

³²⁰ Agreement No 299 on Trust Management of the National Fund of the Republic of Kazakhstan, as amended by Addendum Agreement On Changes and Amendments No 305 of 16 August 2004: The Trust Management Agreement ("Trust Management Agreement"), klausa 1.1.

layaknya diatur dalam bagian 14(4) UKSIA.³²¹ Hal ini memang merupakan konsekuensi logis dari artikulasi ketentuan pada bagian ini, berbeda halnya jika dihadapkan pada sistem dibawah FSIA misalkan. Berdasarkan FSIA, properti bank sentral yang mendapatkan perlakuan istimewa hanya properti yang oleh bank sentral tersebut “*held for its own account*”.³²²

B. Isu Kedua: Terhadap Properti Bank Sentral, UKSIA Menggunakan Pendekatan Absolut

Bagian 14(4) UKSIA secara tegas menyatakan bahwa:

“Properti of a State's central bank or other monetary authority shall not be regarded for the purposes of subsection (4) of section 13 above as in use or intended for use for commercial purposes; and where any such bank or authority is a separate entity subsections (1) to (3) of that section shall apply to it as if references to a State were references to the bank or authority.”

Terhadap ketentuan ini maka secara implisit dapat dinyatakan bahwa semua properti dari bank sentral secara otomatis akan memperoleh imunitas dari eksekusi, karena dengan merujuk pada ketentuan pada bagian 13(4) hanya properti yang digunakan atau dintensikan untuk tujuan komersial yang dapat dikecualikan dari pemberian imunitas dari eksekusi.³²³ Dalam kasus ini, pendekatan ini didukung oleh pertimbangan Justice Aikens yang menyatakan bahwa sekiranya properti yang dimaksud dalam persidangan ini adalah properti bank sentral, maka tidak perlu lagi mendiskusikan masalah apakah properti tersebut digunakan untuk tujuan komersial atau non-komersial, karena ketentuan bagian 14(4) telah dengan tegas menyatakan

³²¹ Klausula 2 Trust Management Agreement menyatakan bahwa NBK diberikan hak untuk “*possess, use and dispose of the Fund assets in accordance with the terms and conditions set forth herein.*”; Putusan par.57.

³²² FSIA bagian 1611(b)(1).

³²³ Art. 13(4) menyatakan bahwa : “... *does not prevent the issue of any process in respect of properti which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes* (penebalan oleh penulis); *but, in a case not falling within section 10 above, this subsection applies to properti of a State party to the European Convention on State Immunity only if--*

(a) ...; or

(b) the process is for enforcing an arbitration award.” (cetak tebal oleh penulis)

bahwa, (tanpa harus menentukan tujuan dari penggunaan properti tersebut), selama properti itu merupakan properti dari bank sentral maka terhadapnya imunitas akan diberikan.³²⁴

Melihat efek dari keberadaan ketentuan ini membuat orang bertanya apakah perlakuan terhadap bank sentral harus dibuat sedemikian rupa sehingga terlihat perlindungan atau hak untuk memperoleh imunitas justru lebih besar dan lebih luas dari pada yang dimiliki "negara" sendiri.³²⁵ Hal ini juga yang coba diargumentasikan oleh pihak pemohon, dengan mencoba menyatakan bahwa jika UKSIA mengikuti trend yang ada dan sedang berkembang dalam lingkungan hukum internasional, maka pendekatan semacam ini tidak seharusnya dianut.³²⁶ Pemberian keleluasaan bagi properti bank sentral untuk tidak tersentuh dari usaha eksekusi putusan akan memberikan celah dan peluang untuk terjadinya penyalahgunaan hak istimewa ini, dimana bank sentral akan selalu dapat berlindung di balik ketentuan ini untuk lari dari tanggung jawab dan kewajibannya memenuhi suatu putusan misalnya.³²⁷ Untuk itu

³²⁴ Bagian 14(4) UKSIA; putusan par.57 sub.4.

³²⁵ Pada dasarnya untuk properti negara sendiri terdapat pengecualian dalam hal pemberian imunitas dari eksekusi, yaitu ketika properti tersebut digunakan atau diintensikan untuk tujuan komersial, layaknya diatur dalam bagian 14(4) UKSIA.

³²⁶ Putusan par.41; coba dibandingkan dengan aturan dalam sistem hukum negara lain, contohnya US FSIA 1976: s.1611 (b): "...the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if - (1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account..."; The Canadian State Immunity Act 1982 bagian 11(4), yang menempatkan pengecualian terhadap properti bank sentral "that is held for its own account and is not used or intended for a commercial activity"; Australian Foreign State Immunities Act 1985 bagian 32 menyatakan bahwa "commercial properti of a State" tidak imun dari tindak penegakkan putusan, dimana "Commercial properti" diartikan sebagai "property, other than diplomatic property or military property, that is in use by the foreign State concerned substantially for commercial purposes...".

³²⁷ Putusan par.40 (argument dari pemohon); memberikan kesempatan pada pihak yang memiliki keistimewaan yang terlalu luas akan membuka peluang *abuse* terhadapnya, salah satu kasus di Amerika Serikat memperlihatkan pandangan yang serupa diambil oleh pengadilan. Pada kasus *Birch Shipping Corp. v. Embassy of the United Republic of Tanzania* (lihat *infra note* 262), pengadilan dihadapkan pada kasus *mixed accounts* pada rekening misi diplomatik, dengan tegas pengadilan menyatakan bahwa dengan memberikan imunitas pada rekening yang dana didalamnya juga digunakan untuk kegiatan komersial akan membuat negara bisa selalu berlindung dalam keistimewaan ini jika dihadapkan pada eksekusi suatu putusan yang dihadapkan padanya. Analogi yang sama dapat diterapkan pada kasus ini.

pihak pemohon mengajukan proposal bahwa terhadap ketentuan tersebut interpretasi yang diberikan seharusnya dengan juga mempertimbangkan kondisi ini, sehingga pemohon sampai pada kesimpulan bahwa seharusnya guna menentukan apakah properti itu merupakan properti bank sentral layaknya akan masuk ke dalam rezim bagian 14(4), harus dimasukkan unsur *purposive* dalam properti tersebut. Maksudnya adalah bahwa untuk suatu properti dapat dikategorikan sebagai properti bank sentral yang dapat dilindungi melalui bagian 14(4), maka properti tersebut harus merupakan properti yang digunakan hanya untuk kegiatan yang ke-bank sentral-an (*central banking activities*).³²⁸

Dalam menjawab argumen ini, Justice Aikens dengan jelas menegaskan bahwa artikulasi di dalam ketentuan bagian 14(4) adalah *clear and imperative*, tidak ada penggolongan ataupun pengkategorian properti (layaknya diajukan oleh pihak pemohon) dapat dilakukan terhadap interpretasi dari ketentuan ini. Berdasarkan ketentuan ini maka jelas bahwa semua properti bank sentral, baik ia sebagai entitas bagian dari negara maupun entitas yang terpisah dari negara, akan imun dari segala tindak eksekusi, tidak peduli tujuan dari keberadaan atau digunakannya properti tersebut.³²⁹ Satu-satunya jalan untuk membuat properti tersebut dapat dijadikan subyek eksekusi adalah adanya *waiver* dari bank sentral tersebut atau dari negaranya.³³⁰

Perlu diketahui lebih jauh bahwa memang ketentuan bagian 14(4) dari UKSIA ini merupakan bagian dari amandemen yang dilakukan oleh *House of Commons* terhadap *Immunity Bill* yang ada sebelumnya.³³¹ Hakim berpandangan sejalan dengan

³²⁸ Putusan par.37.

³²⁹ Putusan par.57.

³³⁰ Bagian 13(3) UKSIA.

³³¹ Amandemen ini dimajukan dengan alasan salah satunya adalah “...*that the amendment ensures that a central bank or other monetary authority shall have the same immunity with regard to execution or in respect of relief by way of injunction or order for specific performance...as a State shall have, irrespective of whether the central bank is a separate entity or is acting in the exercise of sovereign authority.*” (House of Commons Hansard 13 June 1978, Standing Committee D, vol 951 col 844)

para legislator yang melihat bahwa status dan tugas dari bank sentral sebagai penjaga dan regulator dari sistem moneter dan keuangan negara, membuat sangat beralasan untuk menganggap bahwa semua tindakan dan properti dari bank sentral ini digunakan untuk mendukung tugas dan statusnya tersebut, dan bukan untuk kegiatan dengan tujuan yang bersifat komersial. Lebih lanjut, hakim berpandangan bahwa memang akan sangat sulit nantinya untuk menentukan bagaimana properti dari bank sentral dapat dikatakan sebagai properti yang digunakan untuk kegiatan komersial atau tidak. Hal ini akan menjadi potensi masalah yang kontroversial, karena suka atau tidak aset dari bank sentral memang menjadi salah satu aset yang paling dituju dalam hal usaha eksekusi suatu putusan. Sehingga dengan menempatkan ketentuan yang menciptakan banyak kemungkinan untuk aset bank sentral ini dijadikan target eksekusi, akan berpotensi menimbulkan kesan yang buruk terhadap peradilan di Inggris.³³² Dengan mempertimbangkan hal-hal di atas, maka para *drafter* dari ketentuan bagian 14(4) memutuskan untuk menciptakan kepastian bagi nasib properti bank sentral asing yang berlokasi di Inggris, yaitu bahwa terhadapnya hak untuk mendapatkan imunitas dari eksekusi diberikan secara absolute dan penuh.

Berkenaan dengan masalah ini, penulis berpendapat bahwa apa yang dilakukan oleh legislasi Inggris adalah cara yang paling aman dalam mencegah kesulitan dalam memutuskan di kemudian hari, namun ketentuan ini juga dalam beberapa hal tidak memberikan kesempatan yang sama untuk para pencari keadilan untuk mempertahankan dan menegakkan haknya terhadap negara atau bank sentral. Ketentuan ini, seperti telah sedikit disinggung di atas, akan membuka peluang untuk potensi penyalahgunaan baik oleh negara maupun bank sentral. Hal ini dapat terjadi jika misalnya keduanya terlibat dalam transaksi komersial dengan pihak privat, dan dari transaksi tersebut muncul sengketa yang menghasilkan putusan yang berpihak pada pihak privat dan mewajibkan negara atau bank sentral tersebut untuk membayar sejumlah dana kepada pihak privat tersebut. Dalam keadaan negara atau bank sentral tersebut tidak menghargai dan gagal melaksanakan kewajiban tersebut, eksekusi terhadap properti bank sentral harusnya dapat menjadi pilihan yang paling

³³² Putusan par. 58.

memungkinkan untuk pihak privat tersebut guna menegakkan haknya. Namun, dengan adanya ketentuan bagian 14(4), pihak privat tersebut tidak memiliki peluang untuk dapat menjadikan properti bank sentral tersebut sebagai obyek untuk dieksekusi. Hal ini, suka tidak suka, menggambarkan ketimpangan dalam perlindungan hukum yang disediakan oleh sistem hukum di Inggris.

Sebagai perbandingan dapat dilihat pada ketentuan di dalam rezim FSIA di Amerika Serikat, yang juga menyediakan bagian khusus untuk mengatur masalah pemberian imunitas ini terhadap properti bank sentral. Berbeda dengan bagian 14(4) UKSIA, bagian 1611(b)(1) FSIA tidak berniat mengeneralisir bahwa semua properti bank sentral berhak memperoleh imunitas. FSIA hanya memberikan imunitas kepada properti bank sentral asing yang oleh bank tersebut "*held for its own account*", dimana inti dari semua interpretasi yang coba diberikan pada konteks ini adalah bahwa properti bank sentral yang akan diberikan imunitas secara khusus adalah properti yang digunakan untuk kegiatan ke-bank sentral-an, properti yang digunakan untuk kepentingan bank sentral tersebut dalam menjalankan tugasnya, bukan untuk kepentingan pihak lain ataupun properti yang digunakan untuk membiayai kegiatan komersial yang dilakukan oleh negara ataupun perangkatnya.³³³

Melihat kondisi ini terdapat perbedaan signifikan diantara keduanya; pertama, FSIA mengakui bahwa tidak semua properti bank sentral berhak atas imunitas dari eksekusi (dapat diartikan bahwa FSIA mengakui bahwa terdapat kemungkinan properti bank sentral digunakan untuk kegiatan *non-central banking activities*, atau kegiatan komersial), sedangkan UKSIA berpandangan lain, dimana menurutnya semua properti bank sentral harus dianggap sebagai properti yang digunakan untuk kegiatan non-komersial. Kedua, FSIA dalam menghadapi isu ini menggunakan pendekatan restriktif, sedangkan UKSIA menggunakan pendekatan absolute.

³³³ Lihat penjelasan mengenai imunitas bank sentral *infra* hal 63-72.

C. Isu Ketiga: Penentuan Terminologi “Komersial” dalam konteks Properti yang Digunakan untuk Tujuan Komersial

Dalam putusannya, Justice Aikens juga menyatakan bahwa dalam hal properti yang akan dijadikan obyek eksekusi dikategorikan kedalam properti termohon (properti negara/ Republik Kazakhstan), hal ini tidak akan mengubah hasil akhir dari putusan. Hakim berpendapat bahwa, terhadap properti tersebut tetap imunitas dari eksekusi dapat diberikan. Hal ini dikarenakan properti tersebut tidak digunakan dalam kegiatan dengan tujuan komersial, sehingga pengecualian terhadap pemberian imunitas layaknya diatur dalam bagian 13(4) tidak dapat dikabulkan.³³⁴

Dalam melakukan analisis, kita harus melihat bagaimana dana tersebut bisa sampai dan ditempatkan di London. Properti yang dibicarakan dalam kasus ini merupakan bagian dari apa yang disebut sebagai National Fund³³⁵ dalam sistem keuangan negara di Republik Kazakhtstan. Pengelolaan dari National Fund ini dilakukan oleh NBK,³³⁶ dimana dalam rangka pengelolaan ini NBK menitipkan dana tersebut kepada AAMGS berdasarkan Global Custody Agreement³³⁷ diantara keduanya. Dalam perjanjian ini, AAMGS akan memegang dana tersebut dalam bentuk dana tunai (*cash*) dan juga dalam bentuk produk sekuritas. Focus dari isu yang ketiga ini terletak pada properti yang berupa produk sekuritas ini. Produk sekuritas yang dimaksud termasuk surat utang yang dikeluarkan oleh pemerintah Inggris serta saham-saham dari beberapa perusahaan Inggris yang terdaftar di pasar modal.³³⁸

³³⁴ Putusan par. 92.

³³⁵ The National Fund dibentuk pada tanggal 23 Agustus 2000 dengan Dekrit Presiden No. 402. Berdasarkan dekrit ini tujuan dari dibentuknya National Fund adalah: “[To ensure] stable social and economic development of the country, accumulation of financial resources for future generations, [and] reduction of the vulnerability of the economy to the influence of unfavourable external factors.”

³³⁶ Sesuai dengan klausa 1.1 Agreement No 299 on Trust Management of the National Fund of the Republic of Kazakhstan, as amended by Addendum Agreement On Changes and Amendments No 305 of 16 August 2004: The Trust Management Agreement (“Trust Management Agreement”).

³³⁷ Global Custody Agreement (GCA) tertanggal 24 December 2001, antara AAMGS dan National Bank of Kazakhstan.

³³⁸ Putusan par. 19.

Produk sekuritas ini dapat diperdagangkan dan dapat turut serta dalam bagian transaksi di pasar modal, dan pada kenyataannya ia memang secara aktif diperdagangkan di bursa.³³⁹

Pada putusnya seperti telah diungkapkan diatas, Justice Aikens berpendapat bahwa terhadap produk-produk sekuritas ini, imunitas tetap dapat diberikan, karena menurutnya properti ini keberadaan dan penggunaannya untuk tujuan non-komersial. Kesimpulan ini didapat dari melihat data-data yang ada yang menunjukkan bahwa properti tersebut merupakan bagian dari National Fund yang dibentuk oleh termohon dan dikelola oleh NBK (yang kemudian dipegang oleh AAMGS) untuk tujuan yang sifatnya non-komersial, yaitu

“[To ensure] stable social and economic development of the country, accumulation of financial resources for future generations, [and] reduction of the vulnerability of the economy to the influence of unfavourable external factors.”

Berkaitan dengan tujuan ini, putusan dari hakim menganggap bahwa keberadaan National Fund ini merupakan wujud dari tindakan yang dilakukan Republik Kazakhstan dalam kapasitasnya sebagai negara yang berdaulat. Sehingga terhadap properti ini, imunitas tetap dapat diberikan.

Untuk memulai analisis pada bagian ini, maka hal pertama yang harus diterangkan adalah mengenai apa yang dimaksud dengan terminologi komersial. Perlu dicatat bahwa dalam rezim UKSIA, konsiderasi yang dipakai adalah “*commercial purposes*”, berbeda halnya dengan FSIA misalnya, yang menggunakan frase “*commercial activities*”. Hal tentu saja berlatarbelakang dari bagaimana kedua sistem ini menggunakan pendekatan yang berbeda dalam mendefinisikan terminologi komersial. Pada bab sebelumnya telah dijelaskan bahwa FSIA menggunakan *nature test*, sedangkan UKSIA menggunakan *purpose test*.³⁴⁰ Namun, keduanya sepakat

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Lihat penjelasan *infra* hal. 47-51.

pada satu titik bahwa yang disebut komersial berarti bukan berasal dari unsur status kedaulatan negara (*sovereignty*).³⁴¹

Permasalahan dalam UKSIA adalah ia tidak menjelaskan mengenai apa yang dimaksud dengan *non-commercial activities*, namun bagian 3(3)(c) dapat sedikit memberikan bantuan. Dalam ketentuan tersebut, yang disebut sebagai transaksi komersial adalah transaksi yang dilakukan oleh negara diluar kapasitasnya dalam melaksanakan kedaulatan. Jika kita meminjam bagaimana kasus-kasus di Amerika Serikat mengartikan konteks ini, maka kita akan mendapatkan pengertian bahwa yang dimaksud adalah tindakan-tindakan yang dapat juga dilakukan oleh pihak privat (sebagai *opposite* dari tindakan berdaulat yang hanya dapat dilakukan oleh negara, misalnya memungut pajak).³⁴²

Dalam kasus ini, penulis berpendapat bahwa seharusnya produk-produk sekuritas yang dimaksud dapat dikategorikan sebagai properti yang digunakan atau diintensikan untuk tujuan komersial, bukan tujuan yang sifatnya berasal dari sifat berdaulat negara Republik Kazakhtstan. Penulis berpendapat bahwa benar adanya keberadaan National Fund sebagai properti yang ada dan terbentuk karena sifat berdaulat Republik Kazakhstan, hal ini terlihat dari sumber National fund itu sendiri, yaitu diantaranya dari penarikan pajak pendapatan dari aktivitas ekstraksi minyak dan gas, serta aktivitas pertambangan lainnya.³⁴³ Penulis tidak berkeberatan dalam hal ini, namun dalam konteks dana ini kemudian telah ditransformasikan ke dalam bentuk produk sekuritas dan kemudian diperdagangkan di lantai bursa, maka properti ini kehilangan unsur “berdaulatnya”, ia berubah menjadi komoditi perdagangan yang

³⁴¹ Bagian 3(3)(c) UKSIA memberikan teori residu dari apa yang disebut sebagai transaksi komersial, yaitu transaksi yang melibatkan negara dimana tindakan tersebut merupakan tindakan yang berada diluar pelaksanaan kekuasaan berdaulat negara tersebut; sementara itu dalam penjelasan yang diberikan oleh pihak legislator terhadap FSIA, dinyatakan bahwa kegiatan sifatnya komersial merupakan kegiatan yang biasanya dilakukan untuk mencari keuntungan dan dapat dilakukan oleh pihak lain yang tidak memiliki kekuatan yang berasal dari unsur kedaulatan (lihat *infra note* 170).

³⁴² Lihat *infra note* 171.

³⁴³ Putusan par.14.

memenuhi unsur komersial yang paling dasar, yaitu ditransaksikan untuk memperoleh keuntungan dari padanya.

Dapat diargumentasikan bahwa tujuan National Fund adalah stabilitas perekonomian negara, yang penulis tidak bantah, namun ketika bagian dari National Fund tersebut masuk ke lantai bursa, ia bukan lagi dana cadangan yang disiapkan jika terjadi guncangan ekonomi, namun ia sudah menjadi komoditi perdagangan. Lebih jauh dapat juga diargumentasikan bahwa dengan memasukkan dana tersebut untuk diinvestasikan di pasar modal, sebenarnya pihak negara sudah mengetahui adanya resiko kerugian dalam hal investasi dilakukan pada produk sekuritas yang salah, dalam kondisi ini properti tersebut sudah bermain di ranah privat. Sehingga dalam konteks National Fund tersebut berupa uang tunai yang sengaja dititipkan pada AAMGS mungkin argument bahwa dana tersebut digunakan untuk tujuan non-komersial masih dapat diterima, namun dalam kasus dana tersebut sudah dalam bentuk investasi dalam produk sekuritas, dana tersebut sudah digunakan jelas-jelas untuk tujuan komersial.

Jika kasus ini disidangkan dihadapan pengadilan di Amerika Serikat, ada kemungkinan besar properti ini akan dapat dijadikan obyek eksekusi, selama *waiver* dapat dibuktikan terntunya. Hal ini karena dalam FSIA, pengecualian diberikan pada properti yang digunakan untuk transaksi komersial, tanpa harus mempertimbangkan tujuannya.³⁴⁴ Melalui ketentuan ini maka terlihat jelas bahwa transaksi di pasar modal merupakan transaksi komersial, karena transaksi ini dilakukan pada umumnya untuk mencari keuntungan dan transaksi semacam ini bukan hanya negara yang dapat melakukannya, pihak privat juga mampu melakukannya. Sehingga, jika dalam kasus ini *waiver* dapat dibuktikan, maka properti tersebut dapat dijadikan obyek eksekusi karena telah memenuhi ketentuan bagian 1610(a)(1).

³⁴⁴ Lihat penjelasan pada *infra note* 170,171,172.

IV.2 LETCO v. Republic of Liberia³⁴⁵

IV.2.1 Kasus Posisi

Dalam kasus ini, sengketa bermula dari pelanggaran perjanjian konsesi yang dibuat antara pihak Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) dan pemerintah Liberia. Perjanjian tersebut dibuat pada tahun 1970 yang memberikan hak konsesi atas 400.000 are (acres) wilayah perkebunan kayu di Liberia kepada pihak LETCO. Namun, pada tahun 1980, pihak Liberia kemudian mengakhiri secara sepihak konsesi tersebut. Atas tindakan ini, pihak LETCO mengajukan gugatan ke hadapan ICSID, dengan pihak Liberia yang menolak untuk mengikuti arbitrase tersebut. Namun, meskipun Liberia menolak untuk hadir, majelis arbitrase tetap mengeluarkan putusan terhadap sengketa ini. Dalam putusannya, majelis arbitrase menyatakan bahwa Liberia berkewajiban untuk membayar sejumlah \$8,793,280 (plus bunga) kepada pihak LETCO sebagai bentuk kompensasi.

Pada saat mengajukan eksekusi ke hadapan pengadilan di Amerika Serikat ini, LETCO berhak atas pembayaran sebesar \$9,076,857.25 dari pihak Liberia setelah putusan arbitrase ICSID yang dikeluarkan atas sengketa keduanya telah diakui dan telah memiliki status dan efek hukum layaknya putusan final dari pengadilan di Amerika Serikat lewat perintah pengakuan dan pelaksanaan *ex parte* yang dikeluarkan oleh Judge John F. Keenan di Southern District of New York.³⁴⁶ Kemudian pihak LETCO mengajukan permohonan untuk dikeluarkannya surat perintah penyitaan (*writs of attachment*) terhadap rekening bank dari kedutaan besar Republik Liberia. Surat perintah ini kemudian digunakan untuk membekukan lima rekening yang digunakan oleh pihak kedutaan Liberia di Amerika Serikat. Lima rekening terdiri atas dua rekening di Riggs National Bank dan tiga rekening di First American Bank.

³⁴⁵ Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of The Republic of Liberia, District Court of Columbia, 659 F. Supp. 606 (D.D.C. 1987).

³⁴⁶ Order 5 September 1986, United States District Court, Southern District of New York.

Pihak Liberia kemudian mengajukan *emergency motion* untuk dapat dilepaskan dari perintah pembekuan tersebut dan memperoleh *temporary restraining order*.³⁴⁷ Selain itu pihak Liberia juga memohonkan untuk dikeluarkannya *preliminary injunction*³⁴⁸ terhadap usaha penyitaan yang mungkin akan dilakukan oleh pihak LETCO pada rekening kedutaan lainnya.

IV.2.2 Putusan dan Pertimbangan Hakim

Secara singkat dapat dikatakan permohonan yang diajukan oleh Liberia adalah untuk membatalkan *writs of attachment* yang telah dikeluarkan bagi kepentingan eksekusi putusan arbitrase ICSID oleh pihak LETCO. Terhadap permohonan ini hakim memutuskan bahwa permohonan tersebut dikabulkan. *Attachment* yang dikenakan pada kelima rekening tersebut dicabut.

Putusan hakim ini diambil dengan alasan bahwa rekening bank dari Kedutaan Besar Liberia memiliki imunitas dari eksekusi berdasarkan ketentuan dalam Vienna Convention on Diplomatic Relations (VCDR), dan walaupun tanpa menggunakan konsep imunitas diplomatik, properti tersebut juga memiliki imunitas berdasarkan FSIA.

IV.2.3 Analisis

Dalam memulai analisis terhadap kasus ini maka harus dilihat terlebih dahulu mengenai pendekatan apa yang dipakai oleh pengadilan dalam memutuskan kasus ini. berdasarkan putusan dan pertimbangan yang telah dikemukakan di atas maka pengadilan selain melihat pada ketentuan yang ada pada FSIA, juga melihat bahwa masalah ini menyangkut masalah kekebalan diplomatik. Perlu dicatat bahwa keduanya merupakan konsep yang berbeda, yang juga bersumber pada hukum yang

³⁴⁷ Dalam kasus ini, *order* dimintakan terhadap pembekuan yang dilakukan terhadap rekening bank yang disebutkan diatas. *Temporary restraining order* ini dimohonkan untuk diberikan sebelum putusan akan permohonan pelepasan dari pembekuan dikeluarkan oleh pengadilan.

³⁴⁸ Diajukan oleh pihak Liberia guna mencegah pihak LETCO mengajukan permohonan pembekuan terhadap rekening pihak Liberia di bank yang lain.

berbeda. Namun, untuk membuat analisis pada kasus ini tidak terlihat hanya analisis sebagian maka untuk masalah imunitas diplomatik juga akan coba dibahas.

A. Isu Pertama: Pembekuan Rekening Misi Diplomatik Akan Melanggar VCDR

Hal menarik dalam pertimbangan yang diberikan oleh hakim adalah dimasukkannya ketentuan pasal 25 dari VCDR³⁴⁹ sebagai dasar memberikan imunitas kepada rekening kedutaan Liberia tersebut. Hakim berpendapat bahwa dengan membiarkan rekening-rekening tersebut dibekukan akan membuat Amerika Serikat tidak memenuhi kewajibannya di bawah VCDR, karena dengan tindakan tersebut akan menghambat kinerja dan fungsi dari kedutaan Liberia di negara tersebut. Hal ini menarik karena interpretasi yang diberikan ini, menurut penulis terlalu luas dan tidak pada tempatnya. Perlu ditekankan bahwa perlindungan dan dukungan penuh memang harus diberikan pada misi diplomatik dalam menjalankan tugasnya, namun ketentuan ini tidak seharusnya dikonstruksikan untuk meng *overlap* ketentuan yang lain, yaitu mengenai imunitas properti negara asing dari eksekusi putusan.

Salah satu kasus yang menarik dan cukup substansial untuk menunjukkan bagaimana pasal ini diinterpretasikan adalah pada kasus *Foxworth v. Uganda*³⁵⁰, dalam kasus ini pihak Foxworth akan mengeksekusi putusan pengadilan yang dikeluarkan oleh pengadilan distrik di selatan New York yang mewajibkan pihak Uganda membayar uang sejumlah uang ganti rugi kepada pemohon. Eksekusi akan dilakukan dengan permohonan pembekuan rekening Permanent Mission of Uganda yang ada di Chemical Bank yang berlokasi di Manhattan. Pihak Uganda lalu mengajukan permohonan keberatan terhadapnya. Terhadap kasus ini hakim memang memutuskan bahwa terhadap rekening tersebut eksekusi tidak dapat dilakukan, karena rekening tersebut memiliki imunitas dan berdasarkan VCDR pasal 25

³⁴⁹ Pasal 25 VCDR : “*The receiving State shall accord full facilities for the performance of the functions of the mission.*”

³⁵⁰ *Foxworth v. Uganda*, Southern District of New York, 769 F Supp (S.D.N.Y 1992).

Amerika Serikat memiliki kewajiban untuk “*accord full facilities for the performance of the functions of the mission.*”

Hal menarik dari pertimbangan yang dikeluarkan oleh hakim adalah bahwa terhadap pasal ini pelanggaran akan terjadi jika ia memutuskan bahwa rekening misi diplomatik tersebut dapat dibekukan, karena pihak Uganda telah menyatakan bahwa nilai dari rekening yang akan dibekukan tersebut sendiri tidak mencukupi dalam memenuhi putusan yang ada. Selain itu pihak Uganda juga menyatakan bahwa jika rekening itu dibekukan maka mereka dengan terpaksa tidak akan bisa beroperasi.³⁵¹

Hakim Mukasey dalam kasus ini menyatakan bahwa memang keberadaan pasal 25 VCDR menghalangi bentuk pembekuan rekening Uganda tersebut, namun interpretasi seperti ini harus dilakukan secara *narrow*. Hakim Mukasey berpendapat sebagai berikut :

*“[Uganda] ... is admonished that the holding of this opinion is quite narrow; that is, it holds only that attachment of [Uganda]’s bank account is in violation of the...Vienna Convention because it would force [Uganda] to cease operations...Because attachment...will force Uganda to cease operations, [the motion to vacate] is granted.”*³⁵² (penebalan dan penekanan ditambahkan oleh penulis).

Melihat pandangan ini maka hakim pada kasus tersebut ingin menyatakan bahwa pasal 25 VCDR tidak seharusnya diinterpretasikan terlalu luas demi kepentingan misi diplomatik, dan dalam kasus pemberian imunitas, pengecualian seharusnya hanya diberikan jika dapat dibuktikan bahwa pembekuan rekening tersebut akan memaksa pihak kedutaan tersebut menghentikan kegiatannya, atau pembekuan tersebut akan berakibat fatal dan signifikan pada fungsi dan kinerja mereka. Sehingga, di dalam kasus yang dapat diperlihatkan bahwa kondisi semacam ini tidak akan terjadi, dan unsur-unsur untuk dapat memberikan pengecualian terhadap imunitas atas eksekusi pada properti milik misi diplomatik tersebut terpenuhi, tidak ada alasan bagi

³⁵¹ Hal ini juga didukung oleh pernyataan yang diberikan oleh pihak Departemen Urusan Luar Negeri Amerika Serikat (United States Department of States) yang juga mendukung pernyataan pihak Uganda tersebut.

³⁵² *Foxworth v. Uganda*, par. 746.

pengadilan untuk menolak melakukan eksekusi putusan terhadap properti yang dimaksud.

B. Isu Kedua: Berdasarkan Ketentuan FSIA Rekening Misi Diplomatik Tersebut Memiliki Imunitas Dari Eksekusi

Analisis selanjutnya dilakukan berkaitan dengan penggunaan FSIA sebagai sumber pengaturan untuk masalah imunitas negara asing di Amerika Serikat, termasuk propertinya. Berkenaan dengan properti misi diplomatik dan kondisi yang terdapat dalam kasus ini, FSIA sendiri sebenarnya tidak menyediakan aturan khusus mengenai aset dari misi diplomatik yang berupa rekening di bank. Sehingga rujukan tentang pengaturannya akan kembali pada aturan umum yang disediakan dalam bagian 1610 FSIA. Secara umum, FSIA mengatur bahwa untuk membuat suatu properti negara asing (yang tidak terkait dengan sengketa awalnya) dapat dijadikan obyek eksekusi putusan maka terdapat dua kondisi yang harus dipenuhi, yaitu pertama properti tersebut merupakan properti yang digunakan untuk kegiatan komersial³⁵³, dan terhadap hak memperoleh imunitas ini, negara tersebut telah melakukan pengesampingan (*waiver*).³⁵⁴

Syarat pertama adalah properti tersebut merupakan properti yang terbukti digunakan untuk kegiatan komersial. Telah dibahas pada bab sebelumnya di dalam skripsi ini bahwa di bawah rezim FSIA terminologi komersial coba didefinisikan dengan pendekatan yang hanya menggunakan *nature test*,³⁵⁵ dimana suatu kegiatan dikatakan komersial jika kegiatan tersebut dilakukan pada umumnya untuk mencari keuntungan dan kegiatan tersebut merupakan kegiatan yang kemampuan untuk

³⁵³ Bagian 1610(a), kondisi ini merupakan *general rule* terhadap pengecualian pemberian imunitas pada properti negara asing. Walaupun ada pengesampingan (*waiver*) yang dibuat oleh pihak negara yang bersangkutan, properti yang dapat dieksekusi hanya properti yang digunakan untuk kegiatan komersial.

³⁵⁴ Bagian 1610(a)(1), pengesampingan ini dapat dilakukan secara eksplisit maupun implisit. Untuk lebih jelas, dapat dibaca penjelasan pada bab sebelumnya pada bagian *waiver, infra* hal.53-56.

³⁵⁵ Bagian 1603 FSIA, serta lihat penjelasan dalam *infra* hal 48, 49.

melakukannya tidak berasal dari sifat berdaulat suatu negara, hal ini dapat ditunjukkan dengan memperlihatkan bahwa tindakan tersebut dapat dilakukan oleh pihak privat.³⁵⁶

Dalam kasus ini, properti yang diajukan adalah rekening dari misi diplomatik yang diakui bahwa properti tersebut digunakan untuk mendukung jalannya fungsi perwakilan diplomatik Liberia di Amerika Serikat. Namun, juga diketahui bahwa terdapat sebagian dari dana tersebut yang digunakan untuk kegiatan komersial, seperti membiayai pengeluaran untuk pengadaan barang dan jasa untuk keperluan kedutaan. Terhadap keadaan ini, pihak LETCO menyandarkan argumennya pada putusan pengadilan pada kasus *Birch Shipping Corp. v. Embassy of the United Republic of Tanzania*³⁵⁷, dimana dalam kasus ini hakim memutuskan bahwa untuk properti misi diplomatik berupa *mixed accounts* tidak berhak atas imunitas dari eksekusi putusan. Selain menggunakan aturan umum dalam FSIA sebagai alasan, hakim pada kasus tersebut juga berusaha memberikan rasio lain dibalik putusannya tersebut. Hakim berpendangan bahwa dengan memberikan imunitas pada rekening yang didalamnya terdapat dana yang digunakan untuk kegiatan komersial (yang pada dasarnya dikecualikan dalam pemberian imunitas) akan memberikan potensi terhadap penyalahgunaan, yaitu adanya tendensi bahwa negara asing dikemudian hari guna menghindari eksekusi pada asetnya akan selalu berlindung pada ketentuan pemberian imunitas yang semacam ini.³⁵⁸

Namun, pengadilan dalam kasus ini memiliki pendapat yang berbeda dengan yang dibangun dalam kasus *Birch Shipping*, hakim pada kasus LETCO ini justru berpendapat bahwa keberadaan sebagian dana di dalam rekening misi diplomatik yang sekiranya digunakan untuk kegiatan yang termasuk kategori kegiatan komersial di bawah FSIA, tidak akan membuat rekening tersebut (secara keseluruhan) kehilangan imunitasnya.³⁵⁹ Dalam memberikan putusan ini, hakim bertolak dari pandangannya

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Birch Shipping Corp. v. Embassy of the United Republic of Tanzania*, District Court of Columbia, 507 F. Supp. 311 (D.D.C. 1980), lihat *infra note* 244 beserta teks penjelasannya.

³⁵⁸ *Ibid.*

bahwa konteks “kegiatan komersial” tetaplah pengecualian, dengan aturan umumnya yaitu pemberian imunitas, sehingga terhadapnya harus diinterpretasikan secara *narrow*,³⁶⁰ serta kondisi bahwa dalam memproses masalah ini, pengadilan harus berhati-hati, karena penyelesaian sengketa ini akan memberikan efek pada urusan hubungan luar negeri.

Interpretasi secara *narrow* ini diaplikasikan di dalam kasus dengan menilai bahwa fakta yang menunjukkan sebagian dana di dalam rekening tersebut digunakan untuk kegiatan yang sifatnya komersial tidak akan membuat keseluruhan rekening tidak imun. Justru hakim mengungkapkan bahwa penggunaan sebagian dana tersebut untuk kegiatan “komersial” sifatnya “*incidental*” atau “*auxiliary*”, dimana esensi dari karakter rekening tersebut tetap merupakan dana yang digunakan untuk kegiatan non-komersial. Sehingga, tidak ada alasan untuk mengecualikan rekening tersebut dari haknya memperoleh imunitas dari eksekusi.

Analisis yang dapat diajukan terhadap pertimbangan ini terletak pada alasan pemberian imunitas walaupun ada sebagian dari dana tersebut yang digunakan untuk kegiatan komersial, yaitu alasan bahwa dana tersebut secara esensi digunakan untuk kegiatan non-komersial. Pertanyaan pertama adalah, bagaimana penilaian terhadap kondisi ini dapat dilakukan secara tepat dan akurat, maksudnya apa yang dapat menjadi patokan dalam menentukan bahwa sebuah rekening kedutaan secara esensi digunakan untuk kepentingan non-komersial. Jika jawaban dari pertanyaan ini dilihat dari perbandingan jumlah dana yang digunakan untuk kegiatan komersial dan non-komersial, maka dapat diasumsikan dalam hal terhadap rekening tersebut dapat dibuktikan bahwa sebagian besar dari dananya digunakan untuk kegiatan komersial, maka secara logika, berdasarkan pendekatan yang dipakai oleh hakim dalam kasus ini, terhadap rekening dengan kondisi semacam itu imunitas tidak dapat diberikan, meskipun terdapat sebagian (dalam prosentase yang lebih kecil) dari dana tersebut

³⁵⁹ Pandangan semacam ini juga dipakai pada putusan dalam kasus *MacArthur Area Citizens Association v. Republic of Peru*, District Court of Columbia, 809 F. 2d 918, 920 (D.C. Cir. 1987).

³⁶⁰ Pendekatan serupa juga digunakan oleh hakim pada kasus *Gibbons v. Republic of Ireland*, District Court of Columbia, 532 F.Supp.668. 670-671 (D.D.C.1982).

digunakan untuk kegiatan non-komersial. Bertolak dari pendapat ini berarti secara singkat dapat dinyatakan bahwa kasus ini tidak memberikan suatu dasar hukum bagi pihak lain untuk menyatakan bahwa *mixed accounts* dari pihak kedutaan berhak memperoleh imunitas. Hal ini dikarenakan, pemberian imunitas ini juga menjadi tergantung pada pemenuhan kondisi yang telah dijelaskan diatas.

Namun, perlu juga diperhatikan bahwa secara praktek hal ini akan sulit dilakukan. Penulis dalam hal ini sependapat dengan hakim pada kasus LETCO ini yang menyatakan bahwa guna menentukan jumlah dana di dalam rekening tersebut yang digunakan untuk kegiatan komersial bukanlah hal yang mudah, selain itu hal ini akan memakan waktu.³⁶¹ Sehingga, dapat dinyatakan bahwa proses hukum ini akan mengganggu jalannya fungsi dari misi diplomatik tersebut, karena sumber keuangan mereka sedang dibekukan. Dengan melihat kondisi maka dalam menjatuhkan putusan yang berkaitan dengan masalah rekening dari diplomatik ini, pada nyatanya hakim memang harus dihadapkan pada situasi yang sulit. Dimana terlihat bahwa ia seperti harus memilih antara memutuskan dengan hanya melihat pada unsur legal dan aturan hukum yang ada, ataukah kepentingan hubungan diplomatik Amerika Serikat secara umum dengan negara asal misi diplomatik tersebut juga harus dimasukkan sebagai konsiderasi signifikan. Hal ini juga akan semakin sulit jika pihak eksekutif (biasanya departemen luar negeri) juga ikut campur tangan.³⁶²

Kontroversi dan kerumitan yang ditimbulkan dari kondisi ini yang dapat diasumsikan kemudian menjadi latar belakang mengapa dalam CJISP ketentuan mengenai properti misi diplomatik dibuat secara lebih jelas dan tegas, sehingga pengadilan dalam memutuskan tidak perlu menggunakan interpretasi yang terlalu luas

³⁶¹ Hal lain yang juga harus diperhatikan adalah keberadaan ketentuan Pasal 24 dari VCDR yang menyatakan bahwa “*the archives and documents of the mission shall be inviolable at any time and wherever they may be.*” Dalam konteks ini maka usaha untuk mencari tahu mengenai data penggunaan dana dari pihak kedutaan akan sulit untuk dilakukan, karena terhadapnya tidak diperbolehkan adanya gangguan, termasuk gangguan berupa upaya audit atau pemeriksaan terhadap dokumen-dokumen tersebut.

³⁶² Lihat *infra note* 37.

dan cenderung dipaksakan guna memberikan justifikasi terhadap imunitas properti misi diplomatik tersebut.³⁶³

Melihat analisis dan penjelasan atas kedua kasus atas, dapat diambil suatu kesimpulan bahwa baik pengadilan di Amerika Serikat maupun di Inggris masih cenderung mudah memberikan imunitas kepada properti dari negara asing, sedangkan pelaksanaan pendekatan restriktif masih dilakukan dengan konstruksi yang sangat terbatas dan dengan cara interpretasi yang *narrow*. Sehingga, walaupun keduanya dianggap sebagai negara dengan pengaturan mengenai imunitas negara yang cukup jelas (karena keduanya telah memiliki legislasi nasional), pada prakteknya, pengadilan di kedua negara ini juga masih enggan untuk memberikan pengecualian yang agak luas dalam imunitas dari eksekusi terhadap properti negara asing yang berlokasi di negaranya.

³⁶³ CIJSP pasal 21) : “*The following categories, in particular, of properti of a State shall not be considered as properti specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c): ... (a) properti, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatik mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences.*” Lihat penjelasan untuk *infra note* 276.

BAB V

PENUTUP

V.1 Kesimpulan

Setelah ditelaah dan dianalisis, maka secara singkat dapat disimpulkan bahwa dalam kasus eksekusi putusan arbitrase ICSID terhadap pihak negara, maka terdapat dua hal yang saling bersinggungan secara langsung, yaitu hak investor untuk menegakkan haknya dalam hal pemenuhan putusan, dan hak negara (propertinya) atas imunitas dari eksekusi putusan, termasuk dari putusan arbitrase asing (ICSID). Telah diterangkan sebelumnya bahwa imunitas negara merupakan konsep yang telah diterima sebagai hukum kebiasaan internasional, namun terhadapnya terdapat beberapa pengecualian yang dapat diberikan.

Dalam melakukan penulisan ini, penulis mencoba untuk menjelaskan mengenai keterkaitan dua hal diatas dengan menjawab tiga pokok permasalahan, yaitu:

4. Bagaimana proses pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID?
5. Bagaimana eksekusi putusan arbitrase ICSID dilakukan terhadap properti atau aset negara yang bersengketa yang berlokasi di teritori negara lain (*non-disputing states*)?
6. Bagaimana hasil analisis terhadap kasus eksekusi putusan arbitrase ICSID, yang berkaitan erat dengan konsep imunitas Negara?

Berdasarkan pemaparan yang telah disampaikan pada bab-bab sebelumnya, maka untuk memberikan kesimpulan, penulis akan mencoba menjawab ketiga pokok pertanyaan diatas.

V.1.1 Proses Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase ICSID

Metode dan pengaturan mengenai proses pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID dinyatakan sebagai metode yang inovatif, karena dibawah administrasi ICSID, putusan arbitrase yang dihasilkan *legitimate* untuk dapat diakui dan dilaksanakan tanpa harus dikondisikan untuk memenuhi syarat-syarat tertentu dibawah hukum nasional atau domestic negara tempat pengakuan dan pelaksanaan dimohonkan. Metode dari pengakuan dan pelaksanaan ini biasa disebut sebagai *direct and automatic method*.

Negara-negara anggota konvensi ICSID terikat dan berkewajiban untuk memenuhi ketentuan dalam konvensi ICSID tersebut. Sehingga, dalam hal permohonan pengakuan dan pelaksanaan diajukan kepada pengadilan di negara anggota konvensi, maka kewenangan yang dimiliki oleh pengadilan ini hanya sebatas menerima dan memberikan pengakuan serta konfirmasi mengenai dapat dilaksanakannya putusan tersebut di teritori negara yang bersangkutan. Pengadilan tidak memiliki kewenangan untuk merevisi atau memeriksa kembali isi putusan. Sehingga secara singkat dapat dikatakan bahwa pengadilan tidak memiliki legitimasi untuk menolak memberikan pengakuan terhadap putusan arbitrase ICSID yang dihadapkan padanya, pengakuan merupakan hal yang secara otomatis berhak didapatkan oleh putusan arbitrase ICSID ketika dimohonkan dihadapan pengadilan negara anggota ICSID. Pengadilan tersebut tidak memiliki legitimasi untuk menggunakan hukum nasional atau domestiknya untuk menolak memberikan pengakuan terhadap putusan arbitrase ICSID, termasuk menggunakan konsep ketertiban umum. Berdasarkan ketentuan inilah mengapa pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID disebut sebagai langsung dan otomatis (*direct and automatic*).

V.1.2 Eksekusi Putusan Arbitrase ICSID Dilakukan Terhadap Properti atau Aset Negara yang Bersengketa yang Berlokasi di Teritori Negara Lain (*Non-Disputing States*)

Eksekusi putusan arbitrase ICSID terhadap properti negara yang gagal memenuhi kewajibannya berdasarkan putusan tersebut tidak dapat dikatakan sebagai hal yang mudah. Konvensi ICSID secara eksplisit menyatakan bahwa untuk eksekusi putusan arbitrase ICSID, hukum domestic negara tempat putusan tersebut dimohonkan kembali berlaku. Lebih lanjut, konvensi ICSID juga menyatakan bahwa dalam konteks eksekusi yang akan dilakukan terhadap properti negara, konsep imunitas terhadap properti negara dari eksekusi putusan juga diakui keberadaan dan keberlakuannya.

Dalam hal putusan arbitrase ICSID tersebut dimohonkan terhadap properti negara yang berada di teritori negara lain (selain negara yang bersengketa tersebut), maka pihak otoritas negara tersebut dalam memproses permohonan eksekusi memiliki kewenangan untuk mengikutsertakan aturan mengenai imunitas properti negara asing dari proses eksekusi.

Dari penjelasan yang telah dituliskan pada bagian sebelumnya dapat disimpulkan bahwa ketentuan mengenai pemberian imunitas negara terhadap eksekusi bervariasi dari satu sistem hukum ke sistem hukum lainnya. Hal ini terutama dalam hal pengaturan mengenai pengecualian terhadap pemberian imunitas tersebut. Memang hampir semua sistem hukum mengatur bahwa pengecualian akan diberikan pada properti yang digunakan atau ditujukan untuk kegiatan atau tujuan komersial, namun pada tahap praktek sulit menemukan keseragaman dalam pendekatan yang diambil pengadilan dalam memproses masalah ini. Hal lain yang perlu juga dicatat adalah bahwa walaupun saat ini pengaplikasian imunitas properti negara asing ini lebih mengarah ke pendekatan restriktif, pada kenyataannya masih sulit pengadilan untuk bersikap tegas dan kecenderungan yang ada adalah mereka sangat berhati-hati dalam memberikan izin eksekusi terhadap properti negara asing, karena di dalam proses ini bukan hanya unsur hukum yang terlibat, namun terdapat elemen politis juga sangat kuat. Hal ini dikarenakan putusan terhadap permohonan ini secara

langsung maupun tidak langsung akan memberikan pengaruh secara khusus pada hubungan diplomatik negara tersebut dengan negara yang propertinya menjadi obyek eksekusi, dan dalam cakupan yang lebih luas, berpengaruh pada image negara tersebut di level diplomatik dalam hal memberi perlindungan pada properti negara asing yang berlokasi di teritorinya.

Sehingga dapat disimpulkan bahwa eksekusi putusan arbitrase ICSID terhadap properti milik negara yang berlokasi di teritori negara lain bukanlah hal yang mudah. Selain harus berhadapan dengan prosedur eksekusi yang berlaku di negara tempat eksekusi dimohonkan, investor juga harus dihadapkan pada ketentuan mengenai pemberian imunitas pada properti tersebut dari proses eksekusi putusan.

V.1.3 Hasil Analisis Terhadap Kasus Eksekusi Putusan Arbitrase ICSID yang Berkaitan Erat dengan Konsep Imunitas Negara

AIG Capital v. Republic of Kazakhstan dan *LETCO v. Republic of Liberia*, merupakan dua kasus yang coba dianalisis oleh penulis guna memberikan gambaran mengenai bagaimana, dalam level praktek, konsep imunitas negara dari eksekusi ini memberikan pengaruh yang signifikan pada upaya eksekusi pada putusan arbitrase ICSID. Pada kedua kasus ini coba ditunjukkan bagaimana konsep imunitas negara dari eksekusi menjadi elemen krusial dan penentu untuk hakim dalam menjatuhkan putusannya terhadap permohonan eksekusi putusan yang diajukan oleh pihak investor.

Dari analisis terhadap kedua kasus tersebut dapat dilihat bahwa walaupun pengaplikasian konsep imunitas negara terhadap eksekusi suatu putusan telah menggunakan pendekatan restriktitif, namun dalam prakteknya hal ini juga tidak memberikan kemudahan bagi para investor untuk mengeksekusi putusan arbitrase ICSID tersebut. Kedua kasus ini berakhir pada putusan yang sama, yaitu hakim pada keduanya melihat bahwa eksekusi putusan arbitrase ICSID yang dimohonkan oleh pihak investor tidak dapat dilakukan.

Pada kedua kasus ini dasar yang digunakan hakim untuk tidak mengabulkan permohonan eksekusi adalah bahwa properti yang akan dijadikan obyek eksekusi memiliki imunitas dari eksekusi putusan, termasuk dari eksekusi putusan arbitrase ICSID. Dari kedua kasus ini, dapat disimpulkan bahwa konsep imunitas negara dari eksekusi merupakan faktor yang paling krusial dan menentukan dalam usaha eksekusi putusan arbitrase ICSID terhadap properti negara, dan kecenderungan yang ada memperlihatkan bahwa pengecualian terhadap pemberian imunitas ini masih dikonstruksikan secara sangat terbatas dan penuh kehati-hatian oleh pihak pengadilan.

V.2 Saran

Analisis pada kedua kasus yang melibatkan eksekusi putusan arbitrase ICSID di atas memperlihatkan kondisi yang kurang menguntungkan, terutama bagi investor. Untuk meminimalisir kondisi yang kurang menguntungkan ini terdapat beberapa saran yang patut dipertimbangkan untuk dilaksanakan.

Pertama, seharusnya terdapat konvensi internasional yang berlaku guna mengatur masalah ini, sehingga keseragaman dapat diusahakan untuk dicapai. Seperti telah dijelaskan dalam bab-bab sebelumnya, bahwa komisi internasional di bidang hukum (*International Law Commission*) telah membentuk konvensi internasional yang mengatur mengenai masalah imunitas negara ini, yang kemudian diadopsi oleh majelis umum PBB dengan nama *Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property* (CJISP). Permasalahannya kemudian adalah belum berlakunya konvensi ini akibat masih belum terpenuhinya syarat yang telah disetujui untuk dapat membuat konvensi ini berlaku, yaitu ratifikasi dari paling tidak dari 30 (tigapuluh) negara. Masih sedikitnya negara yang mau meratifikasi konvensi ini memperlihatkan kondisi dimana banyak negara masih ragu dan kurang tertarik akan konsep penyeragaman pengaturan tentang imunitas negara ini. Sehingga, upaya untuk mengusahakan keberlakuan konvensi ini memang masih memerlukan upaya yang cukup keras dan mungkin masih memerlukan waktu. Namun, jika konvensi ini pada akhirnya dapat berlaku, maka kondisi ini merupakan salah satu jalan guna mencapai

kepastian akan perlindungan hukum bagi investor, juga memberikan kepastian bagi negara mengenai hak mereka atas imunitas di negara asing.

Kedua, saran yang dapat diberikan secara khusus untuk pihak investor yang melakukan transaksi atau membuat perjanjian komersial dengan negara. Para investor harus menyadari bahwa sengketa memang merupakan sesuatu yang tidak pernah diharapkan, dan selalu dihindari, namun pada kenyataannya transaksi komersial selalu memiliki potensi untuk menghasilkan suatu sengketa. Sehingga yang harusnya dilakukan oleh investor dalam hal ini adalah melakukan suatu tindak *preemptive*, contohnya meminta dimasukkannya klausa mengenai *waiver* dari imunitas negara di dalam perjanjian yang dibuat oleh kedua belah pihak.

Namun klausa tersebut harus secara tegas menyatakan bahwa *waiver* tersebut ditujukan untuk imunitas negara (propertinya) dari usaha eksekusi putusan yang nantinya dikeluarkan akibat proses penyelesaian sengketa yang dilakukan kedua belah pihak. Hal ini penting karena seperti telah dinyatakan diatas bahwa banyak kasus mengungkapkan bahwa pengadilan memakai pendekatan dengan melihat bahwa *waiver* terhadap imunitas dari yurisdiksi tidak dapat diartikan sebagai *waiver* terhadap imunitas dari eksekusi. Sehingga keduanya harus secara jelas dan tegas diungkapkan di dalam perjanjian antara para pihak.

Selanjutnya dalam hal investor telah menghadapi situasi dimana negara gagal melaksanakan putusan arbitrase ICSID dan mereka harus melakukan usaha eksekusi terhadapnya, maka hal yang dapat disarankan pada investor ini adalah pertama, mencari aset dan properti dari negara tersebut yang dapat dijadikan obyek eksekusi. Selanjutnya investor juga harus pandai dalam memilih tempat mereka akan memohonkan eksekusi, karena setiap negara memiliki sistem hukum dan aturan sendiri mengenai imunitas negara ini. Hal ini memang tampak seperti menyarankan para investor untuk melakukan sejenis *forum shopping*, tetapi hal ini memang kenyataan yang harus dihadapi. Kondisi yang menyulitkan di beberapa negara berkaitan dengan penggunaan konsep imunitas negara yang terlalu *rigid* dan cenderung menggunakan pendekatan dengan syarat yang terlalu berat untuk mengecualikan pemberian imunitas, membuat satu-satunya jalan bagi investor untuk

mengamankan posisinya adalah dengan melakukan *forum shopping*, dan mencari teritori negara dengan pengaturan mengenai imunitas yang paling tidak menyulitkan kepentingan mereka.



DAFTAR REFERENSI

BUKU

- Ardhiwisastra, Yudha Bhakti. *Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing*. Bandung: PT. Alumni, 1999.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Sixth Edition. New York: Oxford University Press, 2003.
- Craig, W. Laurence, W.W. Park, J. Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd Edition. New York : Oceana Publications, Inc., 2000
- .Folsom, Ralph H., Michael Wallace Gordon, and John A. Spanogle, JR. *International Business Transactions*. St. Paul: West Publishing Co., 1996.
- Fox, Hazel. "Sovereign Immunity and Arbitration", *Contemporary Problems in International Arbitration*. Ed. Julian D. M. Law. The Hague: Kluwer Law International, 1987.
- Mistelis, L. (dibantu oleh J.D.M. Lew). *Regulation and infrastructure of international commercial arbitration, Section D: Investment arbitration and specialist arbitration*. London: University of London Press, 2005.
- Redfern, Alan and Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet and Maxwell Ltd., 2004.
- Peter, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Second Revised and Enlarged Edition. The Hague: Kluwer law International, 1995.
- R. Rayfuse (ed.). *ICSID Reports*, Volume 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- Scheruer, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*. London: Cambridge University Press and International Centre for Investment Dispute, 2001.
- Soepomo, R. *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, cetakan ketujuhbelas. Jakarta: Pradnya Paramitha, 2005.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2004.

Toope, S.J. *Mixed international Arbitration. Studies in Arbitration between States and Private Persons*. Cambridge: Grotius Publications, 1990.

Stockholm Chamber of Commerce. *Arbitration in Sweden*. Stockholm: Stockholm Chamber of Commerce, 1984.

United Nations Legislation Series. *Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 1982.

JURNAL HUKUM

Edward Baldwin, Mark Kantor and Michael Nolan. "Limits to Enforcement of ICSID Awards". *Journal of International Arbitration* 23(1): 1–24. Netherlands: Kluwer Law International. 2006.

Blessing, M. dan T.Bruckhardt. "Soverign Immunity-A Pitfall in State Arbitration?" *Swiss Essays on International Arbitration*. Zurich. 1984.

Bouchez, L. J. "The nature and scope of State immunity from jurisdiction and execution". *Netherlands Yearbook of International Law*. vol. X. 1979

Bockstiegel, K.H. "The Legal Rules Applicable in International Arbitration Involving States or State-controlled Entities". *60 Years of ICC Arbitration*, 117. 1984.

Broches, Aron. "Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution." *2 ICSID Rev.-Foreign Investment L. J.* 1987.

Aron Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States," *136 Recuile des Cours*, (1972).

----- . "Judicial Decisions Related to Soverign Immunity and Transnational Arbitration". *2 ICSID Review* .1987.

Delaume, G.R. " ICSID Arbitration and the Courts". *77 American Journal of International Law* 784. 1983.

----- . "International Arbitration under French Law." *37 ARB. J.* 1982.

----- . "Pleas of Contracts and Transnational Arbitration." *75 AJIL* .1981.

----- . "Public Debt and Soverign Immunity: The Foreign Soverign Immunities Act of 1976." *71 Am. J. Int'l L.* 399. 1977.

- Franzoni, D.B. "Enforcement of ICSID Awards in the United States." *Georgia Journal of International and Comparative Law* 101. 1988.
- Dellapenna, Joseph W. *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, § 6.34. 1988.
- Foster, George K. "Collecting From Sovereigns: The Current Legal Framework For Enforcing Arbitral Awards And Court Judgments Against States And Their Instrumentalities, And Some Proposals For Its Reform." *25 Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 665. 2008.
- Gaillard. "The Enforcement of ICSID Awards in France: The Decision of the Paris Court of Appeal in the SOABI case." *5 ICSID REV.* 69 .1990.
- Height, Keith and Delaume. "Recognition-France ICSID Award-Sovereign Immunity: SOABI (Seutin) v. Senegal." *86 Am. J. Int'l L.* 138. January 1992.
- Lalive, F. "Swiss Law and Practice in Relation to Measures of Execution against the Properti of a Foreign State." *10 Neth. Y.B.I.L.* 153. 1979.
- Lee, Paul L. "Central Banks and Sovereign Immunity." *41 Colum. J. Transnat'l L.* 327. 2003.
- Marzorati, Osvaldo J. "Enforcement of Treaty Awards and National Constitutions (the Argentinian Cases)." *7 BUS. L. INT'L* 226. 2006.
- Meyer-Fabre, Nathalie. "Enforcement of Arbitral Awards against Sovereign States, a New Milestone: Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity from Execution Held French Court of Cassation in Creighton v. Qatar, July 6, 2000,." *15-9 Mealey's Intl. Arb. Rep.* 13. 2000.
- Patrikis, Ernest T. "Foreign Central Bank Property: Immunity from Attachment in the United States." *U. Ill. L. Rev.* 265. 1982.
- Peters. P. "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties". *22 Netherland Yearbook of International Law* 91, 149 .1991.
- Reinisch, August. "European Court Practice Concerning State Immunity From Enforcement Measures." *European Journal of International Law* 17 *Eur. J. Int'l L.* 803 .September, 2006.

- Soley, D.A. "ICSID Implementation: An Effective Alternative Settlement for International Conflict." *19 International Lawyer*. 1985.
- Turck, Nancy B. "French and U.S. Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards." *17 Arbitration International* 327. 2001.
- Van den Berg. "The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?" *American Review of International Arbitration* 15 *Am. Rev. Int'l Arb.* Ed. Giuliana Canè . 2004.
- . "Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions". 2 *ICSID Review* 439. 1987. dicetak ulang dalam *Barry E. Cartek & Phillip R. Trimble, International Law*. 1995.
- Wetter, J.G. "Pleas of Sovereign Immunity and Act of Soeverign before International Tribunal." 2 *Journal International Arbitration*. 1985.

DOKUMEN HUKUM Australian State Immunity Act. Canada State Immunity Act (CSIA).

Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property (CJISP).

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

European Convention of Human Right (ECHR).

(United States) Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA).

United Kingdom State Immunity Act 1978 (UKSIA).

Vienna Convention on Diplomatic Relations (VCDR).

ILC, Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, *ILC Report, A/54/10, 1999, U.N Doc,A/CN.4/L.57*.

United States Congress, *House of Representative Report No.1487, 94th Cong., 2nd Sess.16 .1976*.

Report of the Executive Directors on the Convention the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 8 Maret 1965.