

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang¹

Perkembangan globalisasi di berbagai belahan dunia membawa pengaruh kepada masyarakat dunia termasuk Indonesia di dalamnya, pengaruh tersebut terjadi di berbagai bidang baik politik, hukum, ekonomi, sosial dan budaya serta pertahanan dan keamanan seiring dengan meningkatnya arus informasi melalui berbagai media, baik internet, televisi maupun surat kabar, hal ini mempengaruhi terhadap meningkatnya kerjasama suatu negara dengan negara lain, subjek hukum suatu negara dengan subjek hukum dengan negara lain, baik dalam hubungan bilateral maupun multilateral, baik regional maupun transnasional.

Indonesia sebagai sebuah negara dan merupakan bagian dari subjek hukum Internasional yang sejak awal kemerdekaan telah turut serta dalam kerjasama-kerjasama Internasional diberbagai bidang hal ini dibuktikan dengan turut sertanya Indonesia dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa, ASEAN dan Gerakan Non Blok (GNB). Kerjasama-kerjasama transnasional tersebut meningkatkan peran dari subjek-subjek hukum internasional yang ada di Indonesia selain dari negara sebagai subjek hukum, yaitu individu, badan hukum, dan organisasi internasional.

Globalisasi dibidang ekonomi mengakibatkan meningkatnya kerjasama antar subjek hukum internasional yang dituangkan dalam berbagai bentuk traktat² dalam bidang ekonomi antara subjek-subjek hukum suatu negara dengan negara lain diharapkan dapat memberikan keuntungan bagi subjek-

¹ Latar belakang masalah untuk merefleksikan motivasi yang mendorong diadakannya penelitian hukum...dalam *Metode Penelitian Hukum (edisi revisi)* yang dikumpulkan oleh Valerine J.L.K, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2009), hlm: 403

² Yang dimaksud dengan traktat sebagaimana yang dipakai dalam Konvensi Wina tentang Hukum Traktat (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), yang dibentuk pada tanggal 23 Mei 1969 dan mulai berlaku pada tanggal 27 Januari 1980, dalam pasal 2, sebuah traktat dapat didefinisikan sebagai sebuah perjanjian dimana dua negara atau lebih mengadakan atau bermaksud mengadakan hubungan diantara mereka yang diatur dalam hukum internasional. ...J.G Starke, *Pengantar Hukum Internasional 2 (Edisi Kesepuluh)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm: 583.

subjek hukum internasional yang melakukan kerjasama dan negara tempat mereka berasal sehingga diharapkan dapat menstimulasi pertumbuhan ekonomi dimasing-masing negara asal para subjek hukum internasional³. Upaya kerjasama internasional di bidang ekonomi baik dalam bentuk perdagangan internasional⁴ maupun untuk melakukan investasi antar negara untuk mendapatkan keuntungan dari para pihak yang melakukan kerjasama internasional⁵, dalam perkembangannya mulai mengarah menuju pada suatu tata hukum ekonomi internasional, yaitu:

Pertama, suatu prinsip tampak sedang membentuk diri, yang membebaskan pada setiap negara suatu tugas untuk tidak mengadakan pembatasan-pembatasan perdagangan yang diskriminatif, atau pajak-pajak dan bea-bea perdagangan yang diskriminatif, terhadap negara lain kecuali karena alasan kesulitan-kesulitan negara pembayaran.

Kedua, sejauh menyangkut penanaman modal asing, berkembang prinsip bahwa negara dimana penanaman modal tersebut berlangsung tidak boleh menghambat atau mencegah pembayaran keuntungan-keuntungan atau pendapatan-pendapatan kepada negara-negara asal investor asing itu dengan cara melalui peraturan perundang-undangan pengawasan kurs-nya atau menghambat pengembalian modal yang di tanamkan (meskipun tidak ada hak

³ Andrea K. Bjorklund, *Symposium: Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT*, (Regents of the University of California, 2005), hlm: 1

⁴ Teori-teori perdagangan internasional didominasi oleh teori ortodoks atau klasik dan neo klasik. Diantara kelompok sarjana yang paling berpengaruh yaitu, Ricardo, Mill Hekscher, Ohlin dan Samuelson. Ricardo berpendapat bahwa dua negara dapat menarik keuntungan dari perdagangan timbal-balik bahkan jika salah satu diantaranya lebih efisien diantara yang lain dalam memproduksi barang...David Ricardo, *The Principle of Political Economy and Taxation*, hal:51, sebagaimana dikutip oleh Grit Feber, *Trade and Economic Development*, Unversitaire Pers, Rotterdam, Netherlands, 1990, hal: 12 dalam Hata, *Perdagangan Internasional dalam Sistem GATT dan WTO (Aspek-Aspek Hukum dan Non Hukum)* (Bandung: Reflika Aditama, , 2006), hlm: 17

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

mutlak atau hak tanpa syarat untuk memulangkan modal), kecuali: a.pembatasan-pembatsan demikian dianggap penting untuk mempertahankan cadangan-cadangan moneter; atau b. Pembatasan-pembatasan tersebut sifatnya sementara yang perlu untuk alasan kesehatan dan kesejahteraan rakyat negara tempat penanaman modal. Setiap pembatasan demikian tidak boleh diskriminatif.

Ketiga, perjanjian perjanjian komoditas internasional, menunjukan suatu gerakan kearah kaidah-kaidah hukum internasional, yang mewajibkan negara-negara produsen dan pembeli untuk bekerja sama dalam menentukan stabilitas harga-harga komoditas, dan penyesuaian pemasokan dengan permintaan melalui, antara lain, pengawasan atau pengaturan biaya produksi pada tingkat yang wajar di setiap negara atau wilayah produsen.

Keempat, tampak adanya suatu prinsip yang muncul⁶, yaitu negara-negara harus menghindarkan praktek-praktek *dumping* dan pembuangan kelebihan cadangan secara tidak terbatas yang dapat mengganggu perkembangan industri negara-negara berkembang.

Kelima, hukum internasional sedang bergerak kearah penghapusan pembatasan-pembatasan kuantitatif atas impor dan ekspor, kecuali apabila pembatasan-pembatasan ini sifatnya sementara dan sangat diperlukan untuk memecahkan masalah yang berkaitan dengan pemeliharaan cadangan mata uang atau karena alasan-alasan khusus lainnya yang sah.

Keenam, negara-negara tampak sulit untuk mengakui suatu prinsip bahwa dalam hal-hal yang secara material tidak menyangkut pajak, atau masalah-masalah neraca pembayaran maka formalitas-formalitas bea cukai harus disederhanakan, dan pembatasan-pembatasan administratif, atau hambatan-hambatan perdagangan atas barang atau jasa harus diperkecil.

Ketujuh, ada indikasi bahwa suatu cabang penting hukum ekonomi internasional di masa mendatang akan terdiri dari kaidah-kaidah untuk

⁶ Lihat Resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa tanggal 19 Desember 1961, Mengenai *Perdagangan Internasional sebagai Instrumen Utama untuk pembangunan ekonomi*.

mengatur dan mengawasi pembagian sumber daya alam seperti energi, bahan-bahan mentah dan bahan pangan.

Kedelapan, prinsip bahwa negara-negara berkembang (atau terbelakang) berhak untuk memperoleh bantuan ekonomi khusus dan preferensi-preferensi perdagangan khusus telah benar-benar ditetapkan dan dicerminkan dalam ketentuan Bagian IV baru⁷. Bentuk-bentuk kerjasama ekonomi subjek-subjek hukum internasional yang dilakukan umumnya oleh perusahaan transnasional dengan suatu negara atau pengusaha dengan negara yaitu dengan cara menanamkan modal di suatu negara⁸.

Guna melaksanakan percepatan pembangunan ekonomi nasional yang berkelanjutan sehingga dapat terwujudnya salah satu cita-cita negara sebagaimana yang tersurat dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 yaitu memajukan kesejahteraan umum⁹, maka diperlukan adanya upaya peningkatan penanaman modal yang menuntut peran serta para penanam modal baik asing maupun penanam modal dalam negeri sehingga dapat membuka peluang sebesar-besarnya dalam upaya memberikan kesempatan kerja bagi seluruh masyarakat Indonesia, pembangunan sarana dan prasarana ekonomi, transfer teknologi, meningkatkan kualitas pendidikan serta membangun kerja sama yang baik dalam bidang ekonomi dengan negara-negara lain di dunia¹⁰, dan menguatkan peran serta Indonesia dalam pasar ekonomi global.

⁷ J.G.Starke, *Pengantar Hukum Internasional 2 (edisi kesepuluh)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm: 504-507

⁸Perkembangan perusahaan investasi diberbagai negara dimulai sejak akhir tahun 1700 di Eropa, diBelgia dimulai sejak tahun 1822 dan di London mulai populer sejak tahun 1820..Jerry W. Markham, *Mutual Fund Scandals--a Comparative Analysis of the Role of Corporate Governance in the Regulation of Collective Investments*, (Hastings Business Law Journal: UC Hastings College of the Law, 2006), hlm: 2-3

⁹ Indonesia, Undang-undang Dasar 1945 dalam Alenia ke-4 Pembukaan di jelaskan mengenai tujuan terbentuknya pemerintahan Negara Republik Indonesia, yaitu:... yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial...

¹⁰ John f. Pierce, *Philippine Foreign Investment Efforts: The Foreign Investments Act and The Local Governments Code*, (Pacific Rim Law and Policy Journal Winter: West Law, 1992), hlm: 2

Krisis moneter di Indonesia yang dimulai sejak tahun 1997 sangat berpengaruh terhadap peningkatan penanaman modal dikarenakan ketidakstabilan ekonomi yang mempengaruhi kondisi politik, ketidakstabilan sistem hukum¹¹ yang kesemuanya berimplikasi terhadap krisis perekonomian yang berkepanjangan. Kondisi ini mengakibatkan terjadinya penurunan kuantitas maupun jumlah nilai penanaman modal ketika itu¹², menurunnya minat penanaman modal dan penarikan modal secara besar-besaran sehingga mengakibatkan meningkatnya jumlah pengangguran, tingkat kriminalitas, melambatnya pertumbuhan ekonomi hal ini sudah tentu menggiring Indonesia semakin jauh pada cita-cita bangsa.

Investasi asing merupakan sarana yang vital bagi pembangunan global serta kemakmuran. Ini memungkinkan negara yang sedang berkembang untuk membangun industri lokal menerima dana dari investor asing untuk memperbaiki infrastruktur negaranya. Mewujudkan iklim penanaman modal

¹¹ Menurut Teori sistem hukum (Lawrence M. Friedman), sistem hukum dibagi dalam:

1. *Structure*
Sistem selalu berubah tetapi bagian-bagian dari sistem tersebut berubah dengan kecepatan yang berbeda-beda, dan tidak setiap bagian berubah secepat dan memiliki kepastian seperti bagian lainnya. Bagian-bagian ini bersifat persisten, memiliki pola jangka panjang-bagian-bagian ini adalah aspek-aspek dari sistem yang ada disini pada waktu sebelumnya (atau ada sejak abad yang lalu) dan akan tetap ada dalam jangka waktu yang lama dimasa depan. Ini struktur sistem hukum- yaitu kerangka atau cara kerja, bagian yang tetap/tahan lama yang memberikan bentuk dan definisi keseluruhan sistem.
2. *Substance*
Substance adalah peraturan atau regulasi dalam arti yang sebenarnya, yaitu norma atau perilaku dari orang-orang yang berada dalam sistem. Ini adalah pertama-tama dalam "hukum" dalam istilah populer, kenyataan bahwa batas kecepatan kendaraan adalah tujuh puluh mil perjam, peraturan yang dapat membuat perampok dipenjara, bahwa sesuai hukum bahwa seorang pembuat acara harus mencantumkan komposisi dalam kemasan.
3. *legal culture*
adalah sikap orang-orang hukum dalam sistem hukum, kepercayaan, nilai-nilai, ide-ide, dan ekspektasi mereka. Dengan kata lain *legal culture* merupakan bagian dari budaya secara umum yang terkait dengan sistem hukum. Ide-ide ini dapat dikatakan adalah menentukan sebuah proses hukum berjalan. *Legal Culture*, dalam pengertian lain, adalah iklim dari pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, dan disalahgunakan.. Lawrence M. Friedman. *A History of American Law*. (New York: W.W.E. Norton and Company, 1984), hal:5 sebagaimana dikutip oleh Kusumaningtuti SS. *Peranan Hukum dalam Penyelesaian Krisis Perbankan di Indonesia*. (Jakarta: Rajawali Pers, 2008). hal: 16

¹² Berdasarkan data Kadin-Indonesia jumlah Nilai Neto Arus PMA ke Indonesia, minus 356 juta dollar AS, pada tahun 1999, minus 2.745 juta dollar AS, pada tahun 2000 minus 4.550 juta AS, pada tahun 2001 minus 2.978 juta dollar AS pada tahun 2002 nilai positif mulai terlihat dalam hal terkait penanaman modal asing di Indonesia...

yang baik merupakan syarat yang sangat penting dalam upaya meningkatkan ketertarikan penanaman modal asing di Indonesia, untuk itu Indonesia telah melakukan banyak perubahan guna mendorong peningkatan investasi, diantaranya penyelenggaraan penanaman modal dalam rangka penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri melalui sistem pelayanan satu atap melalui Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM)¹³, memberikan kemudahan dengan memberikan ruang usaha yang lebih luas dengan cara mengurangi jenis usaha yang tertutup bagi penanam modal asing sehingga badan usaha yang terbuka bagi penanam modal asing lebih luas¹⁴, memberikan peluang investor asing lebih mudah dalam melakukan kepemilikan usaha di Indonesia¹⁵ serta memberikan intensif bagi penanam modal modal di daerah baik bagi penanam modal asing maupun dalam

¹³ Keputusan presiden No. 29 tahun 2004 tentang *Penyelenggaraan Penanaman Modal dalam rangka Penanaman Modal Asing dan Penanaman Modal dalam Negeri melalui Sistem Pelayanan Satu Atap* mengenai pengaturan Pedoman dan Tata Cara Penanaman Modal diatur dalam Keputusan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor : 57 / sk / 2004 *tentang Pedoman dan Tata Cara Permohonan Penanaman Modal yang didirikan dalam Rangka Penanaman Modal Dalam Negeri dan Penanaman Modal Asing*

¹⁴ Indonesia, Undang-Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang *Penanaman Modal Asing* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 1) dalam pasal 6, bidang-bidang usaha yang tertutup bagi modal asing yaitu: a.pelabuhan-pelabuhan; b.produksi,c. transmisi dan distribusi tenaga listrik untuk umum; d. telekomunikasi; e. pelayaran; f. penerbangan; g. air minum; h. kereta api umum; i. pembangkitan tenaga atom; j. mass media.k.Bidang-bidang yang menduduki peranan penting dalam pertahanan Negara, antara lain produksi senjata, mesiu, alat-alat peledak dan peralatan perang dilarang sama sekali bagi modal asing. Sedangkan dalam Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 *tentang Penanaman Modal* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67) pasal 12, badan-badan usaha yang tertutup bagi modal asing adalah a. Produksi senjata, mesiu, alat peledak, dan peralatan perang; dan b.Bidang usaha yang secara eksplisit dinyatakan tertutup berdasarkan undang-undang. c.Pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden menetapkan bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal, baik asing maupun dalam negeri, dengan berdasarkan kriteria kesehatan, moral, kebudayaan, lingkungan hidup, pertahanan dan keamanan nasional, serta kepentingan nasional lainnya,.

¹⁵ Dengan telah diperbaharunya Indonesia, Peraturan Pemerintah No. 20 tahun 1994 *tentang Pemilikan Saham dalam Perusahaan yang di Dirikan dalam Rangka Penanaman Modal Asing* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1994 Nomor 28) dengan Indonesia, Peraturan Pemerintah No. 83 tahun 2001 *tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 1994 Tentang Pemilikan Saham Dalam Perusahaan Yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 154) berarti telah menghilangkan mengenai salah satu syarat kepemilikan perusahaan oleh badan hukum asing dapat dilaksanakan dalam upaya penyelamatan dan penyehatan perusahaan sebagaimana yang diatur dalam pasal 9 ayat (4), Indonesia, Peraturan Pemerintah No. 20 tahun 1994 *tentang Pemilikan Saham dalam Perusahaan yang di Dirikan dalam Rangka Penanaman Modal Asing* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1994 Nomor 28) sehingga kepemilikan perusahaan oleh badan hukum asing lebih mudah.

negeri¹⁶ selain hal-hal tersebut itu diperlukan juga adanya kepastian hukum dalam hal investasi serta penyelesaian sengketa investasi sehingga dengan adanya kepastian hukum diharapkan dapat meningkatkan penanaman modal baik yang berasal dari dalam maupun luar negeri.

Investasi asing langsung telah mempengaruhi dunia ekonomi, dengan *Bilateral Investment Treaties (BITs)* digunakan sebagai salah satu sarana untuk mempromosikan transfer modal, teknologi dan kemampuan manajerial, memperbaiki ekonomi efisiensi ekonomi, kompetisi dan peningkatan terhadap akses pasar serta menghindari ancaman pengambilalihan aset tanpa adanya kompensasi¹⁷ yang merupakan salah satu resiko dari investasi yang dihasilkan dari perubahan rezim atau perubahan dari kebijakan politik dan ekonomi *Host State*¹⁸. Tujuan investasi di Indonesia yaitu, meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional, menciptakan lapangan kerja, meningkatkan pembangunan ekonomi berkelanjutan, meningkatkan kemampuan daya saing dunia usaha nasional, meningkatkan kapasitas dan kemampuan teknologi nasional, mendorong pengembangan ekonomi kerakyatan, mengolah ekonomi potensial menjadi kekuatan ekonomi riil dengan menggunakan dana yang berasal, baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri, meningkatkan kesejahteraan masyarakat¹⁹. Akan tetapi meningkatnya arus investasi asing secara langsung meningkatkan kompleksitas ekonomi internasional, hubungan antara investor dan negara tuan rumah dan perluasan terhadap *BITs* berguna untuk menyelesaikan persengketaan antara investor dengan negara

¹⁶ Pedoman mengenai pemberian intensif dan kemudahan penanaman modal di daerah diatur dalam Indonesia, Peraturan Pemerintah Nomor 45 tahun 2008 *tentang Pedoman Pemberian Intensif dan Pemberian Kemudahan Penanaman Modal di Daerah* (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2008 Nomor 88) dan untuk wilayah-wilayah tertentu diatur dalam Indonesia, Peraturan Pemerintah No. 1 tahun 2007 *tentang Fasilitas Pajak Penghasilan untuk Penanaman Modal di Bidang-Bidang Usaha Tertentu dan/atau di Daerah-Daerah Tertentu* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 1)

¹⁷ Kenneth J. Vandeveld, *A Brief History Of International Investment Agreements*, (U.C. Davis Journal of International Law and Policy: Regents of the University of California, 2005), hlm: 4

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

¹⁹ Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 *tentang Penanaman Modal*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67) pasal 3ayat (2)

tuan rumah²⁰. *BITs* atau Perjanjian Bilateral di bidang Investasi merupakan salah satu cara untuk menarik investor bagi kedua belah pihak yang melakukan perjanjian dengan maksud menciptakan dan memelihara kondisi yang menguntungkan bagi penanaman modal oleh warga negara para pihak kewilayah satu sama lain, dengan perjanjian tersebut dapat memberikan garansi yang dituangkan dalam perjanjian bilateral tersebut. Perjanjian tersebut memberikan garansi diantaranya untuk adanya jaminan tidak akan ada nasionalisasi, pengambil-alihan atau hal serupa kecuali dalam hal-hal tertentu serta pengaturan mengenai kompensasinya apabila terjadi hal tersebut²¹. *BITs* telah menjadi alat universal untuk mendokumentasikan hubungan investasi asing, untuk mempersilahkan dan melindungi investasi asing. Perjanjian ini mendefinisikan ruang lingkup dan definisi investasi asing, termasuk investor dan investasi yang tercakup oleh perjanjian (lingkup aplikasi)²². Tujuan utama dari *BITs* harus mengurangi risiko non-ekonomi dan dengan demikian membuka peluang investasi. *BITs* dapat mengurangi risiko non-ekonomi terutama dengan menetapkan standar perlakuan hukum

²⁰ J. Steven Jarreau, *Anatomy Of A Bit: The United States – Honduras Bilateral Investment Treaty*, (University of Miami Inter-American Law Review: University of Miami, 2004), hlm: 1

²¹ Lihat persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Pemerintah Republik Korea mengenai Peningkatan dan Perlindungan atas Penanaman Modal pada pasal 5 (ganti rugi atas kerusakan dan Kerugian) dan 6 (Pengambil alihan) ..Republik Indonesia, Keputusan Presiden tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Pemerintah Republik Korea *Mengenai Peningkatan dan Perlindungan atas Penanaman Modal* ditetapkan pada tanggal 17 Februari 1994 (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1994 Nomor 4) Lihat juga Perjanjian mengenai Promosi dan Perlindungan Timbal Balik Penanaman Modal antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran pada pasal 6 (Pengambil-alihan dan Kompensasi) dan pasal 7 (Kerugian-kerugian)..Republik Indonesia, Keputusan Presiden tentang Pengesahan Persetujuan *Mengenai Promosi dan Perlindungan Timbal-Balik Penanaman Modal* antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2008 Nomor 55)...(dibuat di Taheran pada tanggal 22 Juni 2005) Dalam rentang waktu 1 Januari 1990 sampai dengan 31 Desember 1999, Realisasi Penanaman Modal Asing dari Korea Selatan menduduki urutan nomor 5 (lima), yaitu sejumlah 5.320.407,660 US Dollar setelah Jepang, Mauritius, Inggris, Amerika Serikat, sedangkan Iran menduduki urutan ke 54 (lima puluh empat) dengan jumlah investasi 1.200.000 US Dollar, *Data Realisasi Investasi Penanaman Modal Asing Menurut Negara* (Priode Laporan : 01/01/1990 s.d 31/12/2009), (Badan Koordinasi Penanaman Modal RI)

²² Kelley Connolly, *Say What You Mean: Improved Drafting Resources As A Means For Increasing The Consistency Of Interpretation Of Bilateral Investment Treaties*, (Vanderbilt Journal of Transnational Law: Vanderbilt University Law School), hlm: 4

tetap untuk investasi asing²³. Perjanjian investasi memiliki dua inovasi fundamental yang merupakan tindak lanjut dari perjanjian internasional sebelumnya, pertama, mereka memberika garansi kepada investor akan hak-hak substantif tertentu, yang mana memberikan kontibusi untuk menstabilkan iklim investasi. Kedua, mereka investor langsung untuk mendapatkan hak-hak substantif²⁴.

Kebutuhan *BITs* sebagai sebuah bentuk upaya perlindungan terhadap investasi bilateral semakin lama semakin meningkat, di Eropa setelah perang dunia kedua *BITs* menjadi kendaraan utama untuk menjalin hubungan dengan negara-negara berkembang²⁵, dalam dunia Internasional maupun nasional sejak tahun 1990 sampai dengan 2005 tercatat sudah 2.500 perjanjian *BITs* diseluruh dunia²⁶ dan sejak berakhirnya Perang Dunia ke II sampai dengan tahun 2010 setidaknya-tidaknya ada 3000 perjanjian *BITs* diseluruh dunia, di Indonesia sendiri²⁷ sejak tahun 1973 sampai dengan tahun 2009 setidaknya-tidaknya sudah 64 (enam puluh empat) Perjanjian Bilateral di Bidang Investasi yang di tanda tangani dan 6 (enam) diantaranya belum di ratifikasi, Perjanjian investasi umumnya merupakan upaya dari negara-negara yang melakukan perikatan untuk memberikan perlindungan serta peningkatan investasi oleh karena itu yang sebagian besar perjanjian untuk meningkatkan serta melindungi penanaman modal²⁸.

²³ Michael R. Reading, *The Bilateral Investment Treaty In Asean: A Comparative Analysis*, (Duke Law Journal: the Duke Law Journal), hlm: 3

²⁴ Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis In Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, (Fordham Law Review: Fordham Law Review, 2005), hlm: 3

²⁵ Popularitas tersebut ditunjukkan dengan adanya fakta antara tahun 1979-1980 ada 24 *BITs* yang dinegosiasikan Negara-negara Eropa dengan negara-negara berkembang..Mark S. Bergman, *Bilateral Investment Protection Treaties:An Examination Of The Evolution and Significance Of the U.S. Prototype treaty*, (New York University Journal of International Law and Politics: by the New York University, 1983), hlm:6

²⁶ Kenneth J. Vandavelde, *A Brief History Of International Investment Agreements*, (U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Fall Symposium: Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT, 2005), hlm: 1

²⁷ Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime For Investment*, (Harvard International Law Journal: the President and Fellows of Harvard College, 2010), hlm: 1

²⁸ Data Departemen Luar Negeri, *Daftar Persetujuan di Bidang Investasi 2010*

B. Rumusan Masalah²⁹

1. Apa yang menjadi dasar dan fungsi *Bilateral Investment Treaties (BITs)*?
2. Apa saja yang menjadi substansi *Bilateral Investment Treaties (BITs)*?
3. Studi Kasus Perjanjian *BITs* antara Republik Indonesia dengan Federasi Rusia

C. Tujuan Penelitian³⁰

1. Untuk mengetahui mengenai hal-hal yang menjadi dasar *Bilateral Investment Treaties (BITs)*.
2. Untuk mengetahui apa fungsi dari *BITs* bagi pemerintah Indonesia.
3. Untuk mengetahui Perjanjian *BITs* antara Republik Indonesia dengan Federasi Rusia lebih dalam.

D. Manfaat Penelitian³¹

1. Memberikan pemikiran dan khasanah baru mengenai hal-hal yang menjadi dasar *BITs*.
2. Memberikan pemikiran dan khasanah baru mengenai fungsi *BITs* bagi pemerintah Indonesia.
3. Untuk memberikan sumbangsih pemikiran tentang faktor-faktor yang dapat menghambat *BITs*.

E. Kerangka Konseptual

a. Yang dimaksud dengan Penanaman Modal

Penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia (Pasal 1, butir 1 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007)

²⁹ Penelitian normatif sebagai ilmu praktis di refleksikan dari teknik perumusan masalah yang akan mempengaruhi jumlah bab dan sistematika dengan ususan dan rancangan bab...Valerine JLK. *Op.Cit*: 404

³⁰ Tujuan penelitian senantiasa mengikuti apa yang telah menjadi rumusan masalah...*Ibid*, hal: 407

³¹ Manfaat Penelitian berisi uraian tentang temuan baru yang akan diupayakan serta apa yang akan dihasilkan serta manfaatnya...*Ibid*: 391

b. Yang dimaksud dengan Penanaman Modal

Penanaman modal dalam negeri adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri. (Pasal 1, butir 2 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

c. Yang dimaksud dengan Penanaman Modal Asing

Penanaman modal asing adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri (Pasal 1, butir 3 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

d. Yang dimaksud dengan Penanam Modal Dalam Negeri

Penanam modal dalam negeri adalah perseorangan warga negara Indonesia, badan usaha Indonesia, negara Republik Indonesia, atau daerah yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia.. (Pasal 1, butir 5 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

e. Yang dimaksud dengan Penanam Modal Asing

Penanam modal asing adalah perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, dan/atau pemerintah asing yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia. (Pasal 1, butir 6 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

f. Yang dimaksud dengan Modal

Modal adalah aset dalam bentuk uang atau bentuk lain yang bukan uang yang dimiliki oleh penanam modal yang mempunyai nilai ekonomis. (Pasal 1, butir 7 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

g. Yang dimaksud Dengan Modal Asing

Modal asing adalah modal yang dimiliki oleh negara asing, perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, badan hukum asing, dan/atau badan hukum Indonesia yang sebagian atau seluruh modalnya dimiliki oleh pihak asing. (Pasal 1, butir 8 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

h. Yang dimaksud dengan Modal Dalam Negeri

Modal dalam negeri adalah modal yang dimiliki oleh negara Republik Indonesia, perseorangan warga negara Indonesia, atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau tidak berbadan hukum. (Pasal 1, butir 9 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

i. Yang di Maksud Pelayanan Terpadu Satu Atap

Pelayanan terpadu satu pintu adalah kegiatan penyelenggaraan suatu perizinan dan nonperizinan yang mendapat pendelegasian atau pelimpahan wewenang dari lembaga atau instansi yang memiliki kewenangan perizinan dan nonperizinan yang proses pengelolaannya dimulai dari tahap permohonan sampai dengan tahap terbitnya dokumen yang dilakukan dalam satu tempat. (Pasal 1, butir 10 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal)

j. Yang di Maksud dengan Perjanjian Internasional

Perjanjian Internasional adalah perjanjian, dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik. (Pasal 1 ayat (1) Undang- Undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional)

k. Yang di Maksud dengan Hubungan Luar Negeri

Hubungan Luar Negeri adalah setiap kegiatan yang menyangkut aspek regional dan internasional yang dilakukan oleh Pemerintah

di tingkat pusat dan daerah, atau lembaga lembaganya, lembaga negara, badan usaha, organisasi politik, organisasi masyarakat, lembaga swadaya masyarakat, atau warga negara Indonesia. (Pasal 1 Ayat (1) undang-undang nomor 37 tahun 1999 Tentang hubungan luar negeri)

F. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian normatif³²:

1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian yang digunakan adalah tipe penelitian yuridis normatif, yakni penelitian yang difokuskan mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif.

2. Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu dengan mengkaji peraturan perundang-undangan, putusan-putusan pengadilan serta bahan-bahan lain yang terkait dengan penelitian.

3. Bahan Hukum

- a. Bahan hukum primer, yakni bahan hukum yang terdiri dari peraturan perundang-undangan.
- b. Bahan hukum Sekunder, yakni bahan hukum yang terdiri dari buku-buku teks (*text book*), jurnal-jurnal hukum, kasus-kasus hukum, yurisprudensi dan hasil simposium yang terkait dengan penelitian ini.
- c. Bahan hukum tersier, yakni bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan

³² Penelitian hukum dengan prespektif normatif meneliti antara lain bahan pustaka atau data sekunder, yang diantaranya ialah peraturan perundang-undangan, penelitian hukum tersebut akan mencakup: penelitian terhadap asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematika hukum, penelitian terhadap terhadap sinkronisasi vertikal dan horizontal, perbandingan hukum, sejarah hukum A. Hamid S. Attamimi, *Peraturan Perundang-Undangan sebagai Data Sekunder Bagi Peneliti Hukum Dalam Perspektif Normatif*, hal: 201 Ibid, hlm: 377

hukum sekunder seperti kamus hukum, *encyclopedia*, dan lain-lain³³.

G. Sistematika Penulisan³⁴

Penulisan Tesis ini Berjudul “Analisis Yuridis Terhadap Perjanjian Bilateral Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal (Studi Kasus Perjanjian Antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal)” di bagi dalam lima bab yaitu:

Bab “Pertama”, Pendahuluan, yang secara singkat mengemukakan mengenai kerjasama transnasional baik itu bilateral, regional maupun internasional yang salah satunya di bidang investasi, rumusan masalah, tujuan dari penelitian, manfaat yang diharapkan, metode penelitian, kerangka konseptual serta sistematika dari penulisan.

Bab “Kedua” yang menjadi dasar dan fungsi dari *Bilateral Investment Treaties (BITs)*, mencakup mengenai hal-hal yang menjadi dasar hukum dari *BITs*, serta hal-hal yang menjadi Fungsi *BITs*

Bab “Ketiga” hal-hal yang menjadi Substansi dari *Bilateral Investment Treaties (BITs)*, pembahasan mencakup mengenai apa saja yang menjadi Substansi dari *BITs*, Hak Asasi Manusia, Perlindungan Hukum, Penyelesaian Sengketa Damai, Mendorong Penanaman Modal dalam hubungan perikatan kedua negara khususnya dalam bidang Penanaman Modal.

Bab “Keempat” Studi Kasus Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal *BITs*

Bab “Lima” Penutup, bab ini mengemukakan mengenai kesimpulan dari pembahasan.

³³*Ibid* hal:403-410

³⁴ Pertanggung jawaban sistematika adalah uraian logis sistematis susunan bab dan subbab untuk menjawab uraian terhadap pembahasan permasalahan yang dikemukakan (*isu hukum/legal issues*) selaras dengan tema sentral yang direfleksikan dalam suatu judul penelitian dalam rumusan permasalahannya...*Ibid*: 411

BAB II

DASAR HUKUM DAN FUNGSI *BITs*

A. Dasar Hukum *BITs*³⁵

Sebagai salah satu bentuk Perjanjian Internasional maka *BITs* masih dalam ruang lingkup hukum internasional, maka dasar terbentuknya *BITs* harus tunduk dengan sumber-sumber hukum internasional³⁶ dengan tidak mengenyampingkan hukum-hukum nasional.

Hukum Internasional mempunyai lingkup yang cukup luas, yang diharapkan dapat menjaga perdamaian antar negara. Lingkup Hukum Internasional dalam waktu damai meliputi:

1. Peraturan mengenai batas-batas daerah hukum suatu negara dengan negara lain.
2. Peraturan mengenai lembaga-lembaga yang bertindak sebagai wakil negara dalam hubungan yang bersifat Hukum Internasional
3. Peraturan tentang pembentukan hukum internasional mengenai cara pembentukan, cara berlakunya, dan cara penghapusan traktat.
4. Peraturan mengenai tanggungjawab untuk tindakan-tindakan yang bertentangan dengan hukum internasional atau peraturan yang mengenai delik yang bersifat internasional

³⁵ *BITs* adalah “*agreements between two countries for the reciprocal encouragement, promotion and protection of investments in each other's territories by companies based in either country. Treaties typically cover the following areas: scope and definition of investment, admission and establishment, national treatment, most-favoured-nation treatment, fair and equitable treatment, compensation in the event of expropriation or damage to the investment, guarantees of free transfers of funds, and dispute settlement mechanisms, both state-state and investor-state*”. (http://www.unctadxi.org/templates/Page_1006.aspx, di unduh pada tanggal 22 November 2010, pukul 23:50)

³⁶ Sumber-sumber hukum internasional, menurut piagam Mahkamah Internasional, yaitu:

1. Traktat atau Perjanjian Internasional, baik yang bersifat umum maupun yang bersifat , yang mengandung ketentuan secara tegas oleh negara-negara yang bersengketa.
2. Kebiasaan Internasional, sebagai bukti dari suatu kebiasaan umum yang telah diterima sebagai hukum
3. Asas atau prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beadab
4. Keputusan Pengadilan dan ajaran sarjana yang paling terkemuka dari berbagai negara sebagai tambahan bagi penetapan kaidah hukum
5. Keputusan-keputusan atau ketetapan-ketetapan organ-organ lembaga internasional atau konferensi internasional..Yulies Tiena Masriani, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hlm: 109 lihat juga J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional 1 (Edisi Kesepuluh)*, (Jakarta:Sinar Grafika, 2008) hlm: 63

5. Peraturan mengenai sejumlah kepentingan bersama dari negara-negara mengenai perdagangan, kerajinan, pertanian, lalu lintas, perburuhan, kesehatan, kebudayaan, dan lain-lain.
6. Peraturan mengenai penyelesaian perselisihan-perselisihan internasional secara damai³⁷.

1. Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional

Saling membutuhkan antar bangsa-bangsa di berbagai lapangan kehidupan mengakibatkan hubungan yang terus-menerus antar bangsa-bangsa, mengakibatkan timbulnya kepentingan untuk mengantar hubungan yang demikian. Karena kebutuhan antara bangsa-bangsa, timbal balik sifatnya, kepentingan untuk memelihara dan mengatur kepentingan bersama. Karena itu, untuk melibatkan, mengatur dan memelihara hubungan internasional yang demikian dibutuhkan hukum, untuk menjamin kepastian dibutuhkan untuk hubungan yang teratur³⁸.

Konvensi Wina tentang Hubungan Konsuler diadopsi oleh Konferensi PBB Konsuler Hubungan, diadakan di Wina, Austria, dari 4 Maret 1963 sampai dengan tanggal 22 April 1963. Konvensi ini upaya oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menyusun dan mengembangkan hukum internasional yang seragam³⁹.

Atas rekomendasi Komisi, maka Majelis Umum PBB dalam sidangnya yang kedua puluh satu telah memutuskan untuk menyelenggarakan suatu konferensi internasional berkuasa penuh (*Internasional confrence of pleningpotentiaris*) untuk membicarakan hukum perjanjian dan menggabungkan hasil yang dicapai oleh Komisi di dalam suatu konvensi internasional dan instrumen-instrumen lainnya

³⁷ Yulies Tiena Masriani, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Jakarta:Sinar Grafika, 2004), hlm: 13

³⁸ Muchtar Kusumaatmaja, *Pengantar Hubungan Internasional*, Alumni, Bandung, 2003, hlm: 117 sebagaimana dikutip oleh Yudha Bhakti Ardiwisastra, *Hukum Internasional (Bunga Rampai)*, (Bandung: Alumni, 2003), hlm: 105

³⁹ Stephen Kho, *Article 73 of the Vienna Convention on Consular Relations: The Relationship between the Vienna Consular*, Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 1994-1995, Article and Recent Development, 1995, hlm:2

serupa ini jika dipandang layak. Majelis juga minta kepada Sekretaris Jenderal PBB untuk mengadakan sidang pertama pada tahun 1968 dan sidang kedua pada awal 1969⁴⁰.

Tahun berikutnya Majelis juga memutuskan untuk mengadakan sidang pertamanya Konferensi PBB mengenai Hukum Perjanjian dalam bulan Maret 1968 di Wina, Austria (*United Nations Conference on the Law of Treaties*) atas dasar ini maka sidang pertama telah diselenggarakan pada tanggal 26 Maret sampai 24 Mei 1968 di Kota Wina dan dihadiri oleh 103 negara termasuk para peninjau dari 13 Badan Khusus PBB serta badan antar pemerintah lainnya. Sedangkan sidang keduanya diselenggarakan ditempat yang sama dari tanggal 6 April sampai dengan 22 Mei 1969 dan dihadiri oleh 103 Negara serta peninjau dari 15 Badan Khusus dan Badan Antar-Pemerintah⁴¹.

Akhirnya konferensi telah mengesahkan Konvensi Wina mengenai Hukum Perjanjian pada tanggal 23 Mei 1969 dengan perbandingan suara 76 negara menyetujui, suatu negara menyatakan menolak (Prancis) dan 19 negara lain lagi menyatakan “*abstain*” (termasuk semua anggota blok Soviet). Konvensi ini terdiri dari Mukadimah, 85 pasal dan satu lampiran. Konvensi ini telah dibuka untuk penandatanganan pada tanggal 23 Mei 1969 dan diteruskan sampai tanggal 10 November 1969 di Kementerian Luar Negeri Austria dan sesudah itu di Markas Besar PBB di New York pada tanggal 30 April 1970. Penandatanganan tersebut sambil menunggu ratifikasi. Konvensi terbuka untuk akses oleh setiap negara yang bukan penandatanganan diperbolehkan menjadi pihak. Sejak tanggal 27 Januari 1980, konvensi itu telah mulai berlaku dan sampai dengan tanggal 20 Oktober 2003 telah ada 96 negara yang telah menjadi pihak dalam konvensi.

⁴⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, Doc. A/6309/rev.1, paragraph. 9-38 sebagaimana dikutip oleh Sumaryono Suryokusumo. *Hukum Perjanjian Internasional*. (Jakarta:Tata Nusa. 2008). hlm: 10

⁴¹ Lihat *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, First Session (E.68.V.7), *Ibid.* Second Session E.70 V.6)

a. Ruang Lingkup Konvensi

Dalam pasal 3 dinyatakan bahwa Konvensi Wina 1969 tidak berlaku bagi persetujuan internasional yang dibuat oleh negara-negara dan subjek hukum internasional⁴² lainnya atau subjek hukum internasional yang lain tersebut atau bagi persetujuan internasional yang bukan dalam bentuk tertulis tidak akan berpengaruh terhadap kekuatan hukum persetujuan-persetujuan semacam itu. Sedangkan pasal 2 ayat (1) huruf (a) Konvensi Wina 1969 memberikan definisi bahwa suatu perjanjian seperti juga persetujuan internasional yang dibuat oleh negara dalam bentuk tertulis dan diatur oleh hukum internasional, apakah disusun dalam satu instrumen, dua atau lebih instrumen yang berkaitan dan apapun bentuknya dibuat secara khusus.

Pasal 1 Konvensi Wina 1969

“Konvensi ini hanya untuk perjanjian antar negara”

b. Mukadimah Konvensi Wina 1969

Mukadimah Konvensi Wina 1969 mengenai Perjanjian Internasional berisikan mengenai pengakuan perjanjian yang merupakan hal yang mendasar dalam hubungan internasional serta pentingnya hubungan dan pengaturannya yang berdasarkan pada hal-hal yang diakui secara universal dalam masyarakat internasional, seperti *Pacta Sun Servanda*, asas kebebasan berkontrak, serta itikad baik (*good faith*), untuk menjaga keadilan⁴³, persahabatan dan

⁴² Subjek Hukum Internasional, yaitu:

1. Negara
 2. Takhta Suci (Vatikan)
 3. Palang Merah Indonesia
 4. Organisasi Internasional
 5. Orang Perorangan (Individu)
 6. Pemberontak dan pihak dalam sengketa
- ..Yulies Tiena Masriani, *Op.Cit*, hlm: 109

⁴³ Menurut Aristoteles, keadilan dalam diri hanya dapat diklasifikasikan ke dalam dua model:

1. Keadilan Distributif [Keadilan Legislatif], pada prinsipnya diterapkan dalam pendistribusian kemartabatan, kesejahteraan serta sebagian aset yang dapat dibagi-

kerjasama internasional serta untuk memelihara keamanan dan perdamaian internasional.

Mukadimah Konvensi Wina 1969

“Negara-negara Pihak Konvensi ini,

Menganggap bahwa peranan perjanjian yang mendasar dalam sejarah hubungan internasional,

Menyadari tetap meningkatnya kepentingan perjanjian sebagai sumber hukum internasional dan sebagai sumber hukum internasional dan sebagai suatu sarana untuk mengembangkan secara damai diantara semua bangsa, apapun sistem sosial dan konstitusi mereka,

Mencatat bahwa prinsip-prinsip mengenai kesepakatan bersama dan itikad baik serta aturan mengenai *Pacta Sunt Servanda* yang telah diakui secara universal,

Menegaskan bahwa pertikaian mengenai perjanjian, sebagaimana pertikaian internasional lainnya, harus diselesaikan dengan cara damai dan sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan dan hukum internasional,

Mengingat kembali tekad rakyat Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menciptakan kondisi agar keadilan dan menghormati kewajiban yang timbul dari perjanjian bisa tetap dipelihara,

Mempertimbangkan prinsip-prinsip hukum internasional yang terkandung di dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, seperti prinsip-prinsip persamaan hak dan penentuan nasib sendiri bagi bangsa, persamaan kedaulatan serta kemerdekaan dari semua negara, prinsip tidak mencampuri urusan dalam negara lain, prinsip untuk tidak digunakannya ancaman atau kekerasan, menghormati dan melaksanakan secara universal terhadap hak asasi manusia dan kebebasan yang mendasar bagi semua,

Meyakini bahwa kodifikasi dan perkembangan kemajuan hukum perjanjian yang telah dicapai dalam Konvensi ini akan meningkatkan maksud Perserikatan Bangsa-Bangsa seperti yang termuat dalam piagamnya, yaitu pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional, perkembangan hubungan bersahabat dan tercapainya kerjasama diantara semua negara,

bagikan pada masyarakat dan ini semua dapat dibagikan kepada semua bagian masyarakat terkait, baik daam cara yang seimbang mupun tidak seimbang.

2. Keadilan Korektif [Keadilan Remedial], merupakan konsep dengan yang dipertentangkan dengan keadilan distributif, ini berkedekatan dengan restorasi suatu ekuilibrium [kesetimbangan] yang terganggu [distrubed] Herman Bakir, *Filsafat Hukum (disain dan arsitektur kesejarahaan) (cetakan kedua)*, (Bandung:Reflika aditama, 2009), hlm:182

Menegaskan bahwa aturan hukum internasional akan tetap mengatur masalah-masalah yang tidak diatur dengan ketentuan-ketentuan dari Konvensi ini. Telah menyetujui sebagai berikut⁴⁴”

Perjanjian bilateral atau juga disebut *bipartite treaty* adalah perjanjian yang dibuat oleh kedua belah pihak. Perjanjian bilateral hampir semua hal hanya membentuk apa yang disebut hukum tertentu atau hukum khusus yang berbeda dengan hukum umum yang membentuk hukum internasional bagi kedua penandatanganan dan tentu saja tidak membentuk hukum yang universal yang berlaku bagi semua negara. Namun jika banyak perjanjian bilateral yang dibuat itu sifatnya sama, maka perjanjian-perjanjian tersebut bisa memperoleh kekuatan hukum yang bersifat umum⁴⁵.

Perjanjian internasional atau dalam bahasa Inggris disebut “*treaties*” dan dalam bahasa Prancis “*traiter*” yang berarti “berunding” dimaksudkan sebagai instrumen internasional yang mempunyai sifat mengikat. Instrumen hukum semacam itu mencerminkan sifat kontraktual antara negara atau antara negara dengan organisasi internasional yang menciptakan hak dan kewajiban secara hukum diantara para pihak yang mengadakan persetujuan mengenai masalah-masalah yang dimaksudkan dalam perjanjian tersebut⁴⁶.

Satu hal yang tampaknya perlu diperhatikan adalah perlunya pembedaan pengertian antara istilah kontrak internasional dalam bidang komersial, perjanjian yang biasa disebut *treaty* tunduk pada aturan-aturan hukum publik⁴⁷. Di Indonesia misalnya,

⁴⁴ Sumaryo Suryokusumo, *Op.Cit*, hlm: 11-12

⁴⁵ Dering R, *Man and The World*, International Law at Work, New York (1974), hlm: 31-32, *Ibid*, hlm: 14

⁴⁶ Sumaryo Suryokusumo, *Op. Cit*, hal: 17

⁴⁷ Huala Adolf, *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, (Bandung: Reflika Aditama, 2006), hlm: 7

perjanjian internasional seperti diatur dan tunduk pada Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, yang mendefinisikan Perjanjian Internasional, sebagai berikut;

“ Perjanjian Internasional adalah perjanjian, dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik⁴⁸”

2. Hukum Nasional

Indonesia merupakan negara yang menganut sistem hukum *civil law* yang mengedepankan aturan-aturan tertulis⁴⁹ sebagai dasar hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan⁵⁰ menjadi pondasi dasar untuk melakukan tindakan hukum baik didalam negeri maupun dalam hubungannya antar negara. Untuk itulah dalam pembahasan mengenai dasar *BITs* dalam kaitan hukum nasional sangat berkaitan dengan peraturan perundang-undangan menjadi yang tonggak utama.

Karena perannya sebagai hukum primer maka keterkaitan peraturan perundang-undangan dengan *BITs* dapat secara langsung maupun tidak langsung. Pengaturan *BITs* didasarkan pada upaya membangun hubungan internasional yang baik, baik hubungan bilateral maupun multilateral sehingga dapat memberikan keuntungan bagi para pihak yang melakukan hubungan internasional tersebut, sampai dengan tahun 2009 Indonesia telah melakukan Perjanjian Bilateral dengan 64 (enam puluh empat) negara dan 7 (tujuh) diantaranya belum diratifikasi⁵¹.

⁴⁸ Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang *Perjanjian Internasional* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185), Pasal 1 ayat (1)

⁴⁹ Menurut Van Apeldoorn Sumber Hukum dalam arti formil yaitu peraturan perundang-undangan..L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2009), hlm: 80

⁵⁰ Menurut Yulies Tiena Masriani, sumber hukum formil, yaitu:

1. Perundang-undangan (statute)
2. Kebiasaan (custom)
3. Keputusan-keputusan hakim (Yurisprudensi)
4. Traktat
5. Pendapat sarjana hukum (doktrin)

Yulies Tiena Masriani, *Op. Cit*, hlm: 13 lihat juga R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm: 117-119

⁵¹ *Daftar Persetujuan dibidang investasi*, Data Departemen Luar Negeri, 2010

Dalam perjanjian internasional sudah seharusnya diakui dan di hormatinya setiap peraturan internal yang relevan bagi tiap-tiap negara dalam hal ini hukum nasional dari tiap-tiap negara ataupun subjek hukum internasional lainnya, sebagaimana diatur dalam Konvensi Wina 1969, Pasal 5. Perjanjian Yang Membentuk Organisasi Internasional Dan Perjanjian Yang Disahkan Oleh Sesuatu Organisasi Internasional.

“Konvensi ini diterapkan pada setiap perjanjian yang merupakan instrumen pokok dari organisasi internasional dan pada setiap perjanjian yang disahkan dalam lingkungan suatu organisasi internasional tanpa mengurangi arti dari setiap aturan yang relevan dari organisasi tersebut”.

Di Indonesia peraturan perundang-undangan yang mengatur guna menjamin *BITs* baik secara langsung maupun tidak langsung diatur mulai dari Undang-Undang Dasar 1945 secara terurat dan tersirat dapat dilihat dalam pembukaan UUD 1945, dalam pasal 5 ayat (1), pasal 11 dan pasal 20 mengenai pembuatan undang-undang, selain itu Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri memberikan penguatan tentang pentingnya hubungan luar negeri yang dibuat dalam bentuk perjanjian-perjanjian internasional yang diantaranya Perjanjian bilateral dalam bidang investasi (*BITs*), yang kemudian mekanisme mengenai perjanjian internasional diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional yang kemudian mekanisme ratifikasinya menjadi peraturan perundang-undangan diatur dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang Undangan.

a. Undang-Undang Dasar 1945 Pasca Amandemen

Sebagai hukum dasar dari peraturan perundang-undangan⁵² Undang-Undang Dasar 1945 Pasca Amandemen sudah mengatur mengenai hal-hal yang mendasar terkait hubungan luar negeri

⁵² Indonesia, Undang-Undang nomor 10 tahun 2004 *tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 53), pasal 3 ayat (1)

Pasal 11

- 1) Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain.
- 2) Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.
- 3) Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan undang-undang.

Dalam pasal ini jelas mengenai kewenangan Presiden untuk melakukan perjanjian dengan negara lain termasuk Perjanjian *BITs* yang kemudian dalam pelaksanaannya Presiden selaku yang mempunyai kewenangan dapat memberikan kewenangannya kepada pihak lain dengan Kuasa Penuh (*Full Powers*) untuk mewakili negara sebagaimana diatur dalam pasal 7 Konvensi Wina 1969 mengenai Perjanjian Internasional, yang kemudian mekanisme pelimpahan kewenangan tersebut diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1999 Tentang Hubungan Luar Negeri⁵³ dan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional⁵⁴

Pasal 20

- 1) Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk Undang-undang.
- 2) Setiap rancangan Undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama.
- 3) Jika rancangan Undang-undang itu tidak mendapat persetujuan bersama, rancangan Undang-undang itu tidak boleh diajukan lagi dalam persidangan Dewan Perwakilan Rakyat masa itu.

⁵³ Indonesia, Undang-Undang Nomor 37 tahun 1999 *tentang Hubungan Luar Negeri*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 156)

⁵⁴ Indonesia, Undang-Undang nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185)

- 4) Persidangan mengesahkan rancangan Undang-undang yang telah disetujui bersama untuk menjadi Undang-undang.
- 5) Dalam rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan undang-undang tersebut disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi Undang-undang dan wajib diundangkan.

Perjanjian internasional antara negara kemudian diratifikasi oleh para pihak, dalam hal ini Indonesia dapat meratifikasinya dalam dua bentuk, yaitu Peraturan Presiden dan Undang-Undang⁵⁵ sebagaimana diatur dalam pasal 9-10 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, dalam hal pengesahan dalam bentuk Undang-Undang maka harus dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk disahkan bersama.

b. Undang-Undang

Hukum Nasional menjadi dasar dalam pembuatan perjanjian internasional dalam bentuk apapun baik bilateral maupun multilateral (termasuk didalamnya *BITs*) secara tersurat terdapat dalam Undang-undang nomor 37 tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri, pasal 5⁵⁶, yang berbunyi:

Ayat (1)

“Hubungan Luar Negeri diselenggarakan sesuai dengan Politik Luar Negeri, peraturan perundang-undangan nasional dan hukum serta kebiasaan internasional”

⁵⁵ Pasal, 10 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, berbunyi:

Pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang- undang apabila berkenaan dengan :

- a. masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;
- b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia;
- c. kedaulatan atau hak berdaulat negara;
- d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- e. pembentukan kaidah hukum baru;
- f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri..Indonesia,

Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185)

⁵⁶ Indonesia, Undang-Undang Nomor 37 tahun 1999 *tentang Hubungan Luar Negeri*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 156), pasal 5

Ayat (2)

“Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berlaku bagi semua penyelenggara Hubungan Luar Negeri, baik pemerintah maupun non pemerintah”.

Untuk menjaga kepentingan nasional guna mewujudkan tujuan dan cita-cita bangsa, dalam Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, diatur dalam Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, yang berbunyi:

“Dalam pembuatan perjanjian internasional, Pemerintah Republik Indonesia berpedoman pada kepentingan nasional dan berdasarkan prinsip-prinsip persamaan kedudukan, saling menguntungkan, dan memperhatikan, baik hukum nasional maupun hukum internasional yang berlaku”⁵⁷.

BITs merupakan salah satu bentuk realisasi dari hubungan luar negeri yang dilakukan antar kedua negara guna meningkatkan kerjasama ekonomi dan menguntungkan bagi kedua belah pihak, yang dituangkan dalam bentuk perjanjian-perjanjian internasional secara bilateral. Dalam sistem hukum di Indonesia Perjanjian Internasional yang dibuat baik bilateral maupun multilateral selama tidak berlaku global seperti *UNCITRAL* dan *ICC* maka perjanjian tersebut harus di ratifikasi terlebih dahulu⁵⁸.

Sekema Pembuatan Perjanjian Internasional Menurut Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional

1) Lembaga Negara, Lembaga Pemerintah, Lembaga Pemerintah Non Departemen (LPND) dan Pemerintah Daerah dapat

⁵⁷ Indonesia, Undang-Undang nomor 24 tahun 2000 tentang *Perjanjian Internasional*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185), pasal 4 ayat (2)

⁵⁸ Salah satu syarat berlakunya hukum internasional bagi suatu negara adalah bahwa pengaturan internasional tersebut harus diratifikasi terlebih dahulu oleh negara yang bersangkutan. Apabila negara yang bersangkutan tidak meratifikasinya, maka negara tersebut tidak terkait dan tidak ada kewajiban untuk mematuhi hukum tersebut, kecuali apabila hukum tersebut berasal dari perjanjian internasional yang bersifat global dimana hukum tersebut mengikat tanpa perlu adanya ratifikasi oleh negara yang bersangkutan, contohnya: *UNCITRAL*, *ICC*. Faisal Salam, *Sengketa Bisnis Secara Nasional dan Internasional*, (Bandung: Mandar Maju, 2007), hlm: 11

- menjadi Lembaga Pemrakarsa dalam suatu pembuatan Perjanjian Internasional
- 2) Pasal 5 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional menyatakan bahwa Lembaga Pemrakarsa harus melakukan Konsultasi dan Koordinasi dengan Menteri Luar Negeri, yang dalam hal ini diwakili oleh Direktorat Jenderal Hukum dan Perjanjian Luar Internasional (HPI) dan/atau unit Regional atau Multilateral di Departemen Luar Negeri;
 - 3) Mekanisme konsultasi dan koordinasi tersebut dapat dilakukan melalui;
 - a) Surat menyurat antara Lembaga Pemrakarsa, Departemen Luar Negeri dan instansi terkait lainnya;
 - b) Rapat Interdepartemen antara Lembaga Pemrakarsa, Departemen Luar Negeri dan instansi terkait lainnya;
 - 4) Surat menyurat Interdepartemen antara Lembaga Pemrakarsa, Departemen Luar Negeri dan instansi terkait lainnya menghasilkan Draft dan/atau *Counter draft* Perjanjian Internasional dan Pedoman Delegasi Republik Indonesia. Pedoman Delegasi RI dapat berupa hasil-hasil keputusan rapat Interdepartemen;
 - 5) Pembuatan Perjanjian Internasional dilakukan melalui tahapan peninjauan, perundingan, perumusan naskah dan penerimaan/pemarafan. Kesemua tahapan tersebut dilakukan dengan memperhatikan mekanisme konsultasi dan koordinasi (butir 3a dan b). Pada tahapan-tahapan ini pihak Indonesia dan pihak *Counterpart* Perjanjian Internasional;
 - 6) Hasil akhir dari penyusunan draft dan *Counterpart* ini adalah suatu Draft Final Perjanjian Internasional yang, jika diperlukan, diparaf oleh para pihak sebelum ditanda tangani oleh para pihak;

- 7) a). Penandatanganan suatu perjanjian Internasional yang menyangkut kerjasama teknis sebagai pelaksanaan dari perjanjian yang sudah berlaku dan materinya berada dalam lingkup kewenangan suatu lembaga negara atau lembaga pemerintah, baik departemen atau non departemen dilakukan tanpa melalui surat kuasa (pasal 7 ayat 5)
- b). Seseorang yang mewakili Pemerintah Indonesia dengan tujuan menerima atau menandatangani naskah suatu perjanjian atau menandatangani naskah suatu perjanjian atau meningkatkan diri pada perjanjian Internasional melakukan *Full Powers* (pasal 7 ayat 1)

Pada perundingan multilateral, dalam "*Rules of Procedures*" mensyaratkan adanya Surat Kepercayaan/Credentials (pasal 7 ayat 1) bagi delegasi yang menghadiri perundingan tersebut, maka instansi pemrakrsa mengajukan permintaan kepada Departemen Luar Negeri untuk menerbitkan Surat Kepercayaan dengan melampirkan nama, jabatan dan kedudukan pejabat dalam susunan pejabat tersebut. Hal ini mutal diperlukan untuk menunjukkan bahwa pejabat tersebut merupakan wakil yang ditunjuk secara sah oleh Pemerintah Republik Indonesia;

- 8) Bila secara substansi (Draft Final Perjanjian Internasional) dan prosedural (*Full Powers*) telah selesai maka Perjanjian Internasional tersebut dapat ditandatangani oleh kedua belah pihak;
- 9) a). Perjanjian Internasional berlaku setelah dilakukan penandatanganan, atau Perjanjian Internasional tersebut berlaku setelah pertukaran Nota Diplomatik (pasal 15 ayat 1)

b). Ratifikasi Perjanjian Internasional oleh Pemerintah Republik Indonesia dilakukan sepanjang dipersyaratkan oleh perjanjian internasional tersebut (pasal 9 ayat 1)

Syarat-syarat Raifikasi Perjanjian Interansional (sesuai pasal 12) adalah;

- (1) Lembaga Pemrakarsa diharuskan untuk menyiapkan Salinan Naskah Perjanjian sebanyak 45 buah, salinan Terjemahan dalam Bahasa Indonesia (hanya bila Perjanjian Internasional tersebut tidak dinyatakan dalam bahasa Indonesia) sebanyak 45 buah, 1 buah rancangan Undang-Undang atau Rancangan Peraturan Presiden dan 1 (satu) buah Naskah Akademis (untuk Perjanjian Internasional yang diratifikasi oleh Undang-Undang) atau Naskah Penjelasan (untuk Perjanjian Internasional yang diratifikasi oleh Peraturan Presiden)
- (2) Lembaga Pemrakarsa mengkoordinasikan pembahasan Rancangan Undang-Undang/Peraturan Presiden dengan instansi terkait;
- (3) Pengesahan Perjanjian Internasional dilakukan melalui Menteri Luar Negeri kepada presiden;

10) a). Suatu Perjanjian Internasional harus diratifikasi dengan Undang-Undang bila (pasal 11 UUD 1945 jo. Pasal 10 UU no. 24 tahun 2000):

Menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang berkaitan dengan beban keuangan negara dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang. Pengesahan Perjanjian Internsional dilakukan melalui Undang-Undang apabila berkenaan dengan:

- ✓ Politik, Pertahanan dan Keamanan Negara;
- ✓ Perubahan Wilayah atau Penetapan Batas Wilayah;
- ✓ Kedaultan dan Hak Berdaulat;

- ✓ Pembentukan kaidah hukum baru;
- ✓ Pinjaman dan/atau Hibah Luar Negeri
Pemerintah dan DPR dapat membahas RUU pengesahan Perjanjian Internasional tersebut dengan melalui prolegnas maupun non-prolegnas (sesuai dengan peraturan Undang-Undang No. 10 tahun 2004, Peraturan Presiden No. 61 tahun 2005 dan Peraturan Presiden No. 68 tahun 2005)
- b). Pengesahan Perjanjian Internasional yang materinya tidak termasuk materi sebagaimana dimaksud dalam pasal 10 Undang-Undang tentang Perjanjian Internasional dilakukan dengan Peraturan Presiden, antara lain: Perjanjian di bidang Ilmu Pengetahuan dan Teknologi, ekonomi, Teknik, Perdagangan, Kebudayaan, Pelayaran Niaga, Pneghindaran Pajak Berganda, Perlindungan Penanaman Modal dan Perjanjian Bersifat Teknis (Penjelasan pasal 11 ayat 1)

Ratifikasi dilaksanakan baik melalui undang-undang maupun Peraturan Presiden; setelah diratifikasi, Departemen Luar Negeri cq. Direktorat Perjanjian Ekososbud akan melakukan notifikasi/pemberitahuan kepada pihak *Counterpart* (untuk perjanjian bilateral) atau menyampaikan *Instrument of Ratifikation/Accession* kepada lembaga *depository* (untuk perjanjian multilateral) bahwa Pemerintah Indonesia telah menyelesaikan prosedur internalnya bagi berlakunya perjanjian Internasional tersebut;

- 11) Perjanjian Internasional yang telah ditandatangani oleh Pemerintah Republik Indonesia berdasarkan Pasal 17 Undang-Undang tentang Perjanjian Internasional disimpan di *Treaty Room* pada Direktorat Perjanjian Ekonomi, Sosial, Budaya Departemen Luar Negeri. Salinan Naskah Resmi perjanjian

akan di daftarkan pada Sekretariat Jendral PBB sesuai dengan pasal 102 Piagam PBB⁵⁹.

3. Prinsip-Prinsip Umum Hukum Internasional

Sebenarnya belum ada pengertian yang diterima luas untuk menjelaskan apa yang dimaksud dengan prinsip-prinsip umum hukum internasional. Peran sumber hukum ini biasanya di yakini lahir, baik dari sistem hukum nasional maupun hukum internasional.

Sumber hukum ini akan ulai berfungsi ketika hukum perjanjian (internasional) dan hukum kebiasaan internasional tidak memberi jawaban atas sesuatu persoalan. Oleh karena itu, prinsip-prinsip hukum umum hukum internasional ini dipandang sebagai sumber hukum penting dalam upaya mengembangkan hukum⁶⁰.

a. *Pacta Sunt Servanda*

Asas Pacta Sunt Servanda, yaitu prinsip yang mendasar yang membuat negara menjadi pihak terkait dalam perjanjian serta harus melaksanakan kewajiban-kewajiban sesuai dengan kewajiban yang dipikulnya⁶¹. Dalam Black's Law Dictionary mengartikan prinsip dalam bahasa latin ini sebagai berikut: "*Agreements must be kept*". *The rule that agreements and stipulation, esp. Those contained must be observed.*"⁶²

Prinsip ini diakui secara universal setiap sistem hukum didunia menghormati prinsip hukum ini⁶³. Scmitthoff dan Goldstajn menganggap prinsip ini sebagai prinsip yang penting. Pengakuan dari

⁵⁹ Petunjuk Pelaksana Pembuatan Perjanjian Internasional Berdasarkan Undang-Undang No. 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional*, Direktorat Jenderal Hukum dan Perjanjian Internasional Departemen Luar Negeri

⁶⁰ Hercules Booyesen, *International Trade Law on Goods and Services* (Pretoria: interlegal, 1999), hal: 59 sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2004), hlm: 89

⁶¹ Sumaryo Suryokusumo, *Op.Cit*, hlm: 81

⁶² Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary (Eighth Edition)*, (USA: Thomson West, 2004), hlm: 1140

⁶³ Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2004), hlm:16

berbagai sistem hukum di dunia tidak sulit untuk menemukannya. Di Indonesia kita mengenal asas hukum ini dalam Pasal 1338 KUH Perdata, pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian internasional⁶⁴. Di Belanda prinsip ini tercantum dalam Pasal 6: 248 KUH Perdata-nya. Kewajiban menghormati dan melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam kontrak ini sifatnya adalah mutlak karena kesepakatan tersebut intinya mengikat mereka dan berlaku seperti halnya undang-undang⁶⁵.

Sebagai contoh, penerapan prinsip ini yang terkait juga dengan Penerapan Konvensi 1902 yang mengatur mengenai perwakilan anak dibawah umur (Belanda Vs Swiss), Hakim Mahkamah Internasional dari Mexico, Cordova dalam pendapatnya yang berbeda pada tahun 1958 telah menunjuk pada aturan sebagai “prinsip dasar yang dihormati sepanjang zaman”. Dalam pendapat sarannya yang diberikan dalam tahun 1920 mengenai Penunjukan Wakil-Wakil Buruh ke Konferensi Internasional, Mahkamah Permanen Internasional (*ICJ*) telah menegaskan bahwa kewajiban yang bersifat kontraktual bukan hanya sebagai “kewajiban moral” tetapi merupakan “suatu kewajiban yang menurut hukum, para pihak terikat satu dengan lainnya”⁶⁶.

b. Asas Prinsip beritikad baik (*Good Faith*)

Prinsip beritikad baik merupakan persyaratan moral bagi perjanjian tersebut dapat dilakukan dengan sungguh-sungguh. Prinsip beritikad baik juga disinggung secara implisit dalam Mukadimah Piagam PBB yang menyatakan bahwa PBB bertekad atau menciptakan dimana suasana keadilan dan menghormati kewajiban yang timbul baik dari

⁶⁴ Indonesia, Undang-Undang nomor 24 tahun 2000 tentang *Perjanjian Internasional*, Pasal 4 ayat (1) berbunyi:

“Pemerintah Republik Indonesia membuat perjanjian internasional dengan satu negara atau lebih, organisasi internasional, atau subjek hukum internasional lain berdasarkan kesepakatan, dan para pihak berkewajiban untuk melaksanakan perjanjian tersebut dengan itikad baik”.

⁶⁵ Huala Adolf. *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, *Op.Cit.*, hlm: 23-24

⁶⁶ Kapoor, S.K, *International Law* (1982), hal: 390 sebagaimana dikutip oleh Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, (Jakarta: Tata Nusa, 2008), hlm: 82-83

perjanjian maupun sumber hukum internasional lainnya dapat dilaksanakan, demikian juga dalam Pasal 2 ayat (2) Piagam PBB bahkan dinyatakan secara jelas mengenai prinsip itikad baik tersebut.

“semua anggota agar dapat terjamin hak dan kewajiban yang diakibatkan dari keanggotaan mereka itu, harus melaksanakan dengan itikad baik kewajiban-kewajiban yang diberikan kepada mereka sesuai dengan piagam⁶⁷”

Sebagai contoh dalam penerapan prinsip tersebut dapat di jumpai dalam kasus “*North Atlantic Fisheries*” yang menyangkut pertikaian tentang hak mencari ikan di luar Pantai Canada dimana Inggris telah memberikan kepada Amerika Serikat sesuai dengan perjanjian yang ada. Peradilan arbitrase telah mempertimbangkan prinsip hukum internasional, menganggap bahwa kewajiban dalam perjanjian itu harus benar-benar dilaksanakan dengan itikad baik⁶⁸.

Dalam Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional, dalam Pasal 26 *Pacta Sun Servanda*

“Setiap perjanjian yang berlaku adalah mengikat terhadap para pihak **perjanjian tersebut dan harus dilaksanakan dengan itikad baik**”

Dalam Peraturan perundang-undangan di Indonesia, itikad baik dimasukan dalam pembuatan perjanjian Internasional

Sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, pasal 4 ayat (1), yang berbunyi:

“Pemerintah Republik Indonesia membuat perjanjian internasional dengan satu negara atau lebih, organisasi internasional, atau subjek hukum internasional lain berdasarkan kesepakatan, dan **para pihak berkewajiban untuk melaksanakan perjanjian tersebut dengan itikad baik**”⁶⁹.

⁶⁷ Sumaryo Suryokusumo, *Op. Cit*, hlm: 83

⁶⁸ *Report of International Arbitral Awards* (1910), Vol. XI, hal: 188 sebagaimana dikutip oleh Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, (Jakarta: Tata Nusa, 2008), hlm: 84

⁶⁹ Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185), pasal 4 ayat (1)

c. *Non Retroactivity*

Menurut aturan umum adalah bahwa suatu perjanjian tidak mempunyai suatu pengaruh yang berlaku surut, kecuali perjanjian itu sendiri berisi suatu maksud, menyatakan atau secara implisit bahwa perjanjian itu harus mempunyai pengaruh semacam itu. Para pihak sudah tentu diperbolehkan jika mereka menghendaknya, untuk memberikan pengaruh yang berlaku surut bagi suatu perjanjian atau beberapa dalam ketentuannya⁷⁰.

Dengan demikian suatu perjanjian tidak dapat dilakukan terhadap tindakan-tindakan, kenyataan-kenyataan atau situasi yang telah terjadi sebelum perjanjian itu berlaku terkecuali “perjanjian itu menyatakan lain”. Pernyataan ini dimaksudkan untuk memberikan peluang kemungkinan bahwa sifat perjanjian itu sendiri, dan bukan ketentuan-ketentuan tertentu, dapat menghendaki bahwa perjanjian itu retroaktif.

Peraturan tersebut telah di muat dalam Pasal 28 Konvensi Wina 1969, dimana perjanjian itu menentukan suatu anggapan bahwa perjanjian-perjanjian itu tidak dapat berlaku surut. Tetapi didalam kata pembukaan berisi kasus-kasus yang eksepsional dimana perjanjian itu bisa mempunyai penerapan secara surut. Aturan ini dianut oleh semua negara dalam pembuatan suatu perjanjian internasional sebagaimana yang dimuat dalam pasal tersebut⁷¹.

Konvensi Wina 1969, pasal 28 Tidak Berlaku Surutnya Suatu Perjanjian (*Non Retroactivity*)

“Kecuali dicantumkan di dalam perjanjian ini mengenai maksud yang berbeda atau ditentukan lain, maka ketentuan-ketentuan dalam perjanjian itu tidak mengikat suatu pihak dalam hubungannya dengan sesuatu tindakan atau kenyataan yang terjadi atau sesuatu situasi yang berakhirnya sebelum tanggal berlakunya perjanjian tersebut terhadap pihak tersebut”.

⁷⁰ T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, (New York: Oceana Publication Inc., 1974), hlm: 46 sebagaimana dikutip oleh Sumaryo Suryokusumo, *Op.Cit*, hlm: 84

⁷¹ *Ibid*, hlm: 85

B. Fungsi *BITs*

BIT digunakan sebagai alat untuk membentuk lingkungan yang nyaman bagi perusahaan untuk berinvestasi atau berbisnis dengan negara asing. Sejak akhir 1980-an *BITs* sudah meuniversal diterima sebagai instrumen untuk mempromosikan dan untuk memberikan perlindungan secara hukum kepada investasi asing. Perjanjian tersebut bertujuan untuk mendorong investasi asing, memberikan hak kepada investor untuk melakukan perlawanan terhadap negara untuk merusak proyek investasi, sebagai contoh merusak perjanjian, menerapkan peraturan yang diskriminatif, membatalkan izin atau menyita properti⁷².

BIT menjadi pendorong dua negara untuk saling menyajikan kebijakan yang dapat mendukung dan mempromosikan penanaman modal di masing-masing negara. Komitmen tersebut mereka tuangkan dengan cara saling melindungi setiap bentuk kegiatan penanaman modal dari aksi nasionalisasi, atau pengambilalihan perusahaan oleh negara. Mereka juga menjamin kebebasan investor ketika melakukan transfer dana. Karena itu, *BIT* sering diterjemahkan sebagai Perjanjian Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M), atau *Investment Guarantee Agreement (IGA)*.

Sering kali dua negara yang terikat di dalam *BIT* telah sepakat untuk merumuskan mekanisme penyelesaian sengketa secara adil, serta menjalankan perlakuan non-diskriminatif. Di sana mereka berjanji untuk tidak saling membedakan investor di antara mereka. Maksud perlakuan sama tentunya dalam mematuhi kebijakan publik di bidang penanaman modal yang berlaku di kedua negara. *BIT* juga mengakui subrogasi dalam kasus pembayaran asuransi oleh lembaga penjamin yang ditunjuk oleh investor itu sendiri.

⁷² Calvin A. Hamilton dan Paula I. Rochwerger, *Trade And Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral And Multilateral Treaties*, (New York International Law Review: by New York State Bar Association, 2005), hlm: 1

1. Perlindungan terhadap penanaman modal oleh para investor dari kedua negara

Perjanjian investasi internasional, yang mungkin dalam bentuk *BITs*, perjanjian perdagangan bebas atau bentuk kerjasama lainnya memuat perlindungan terhadap investasi ditanda tangani secara eksplisit oleh negara untuk melaksanakan kewajibannya kepada investor asing, dan setiap investor asing memiliki hak dan pelayanan terhadap investasi mereka. Negara-negara memasuki kedalam perjanjian internasional investasi untuk menarik investasi asing kedalam teritorial mereka dan memastikan investor dari negaranya mendapatkan perlindungan apabila berinvestasi di negara lain⁷³.

Perjanjian bilateral antara kedua negara dibidang investasi diharapkan dapat memberikan jaminan akan adanya perlindungan terhadap investasi yang dilakukan oleh subjek-subjek hukum antar kedua negara yang melakukan hubungan-hubungan kerjasama dalam bidang investasi. *BITs* bersandar pada keinginan investasi dari negara-negara industri untuk melakukan investasi yang aman dan nyaman di negara-negara berkembang (termasuk Indonesia) sebagaimana kebutuhan membentuk kerangka hukum internasional untuk memfasilitasi dan melindungi investasi mereka. Tanpa *BITs*, investor internasional dipaksa hanya mengandalkan hukum dari negara tuan rumah untuk melindungi dan itu sangat beresiko bagi investasi mereka⁷⁴.

Jaminan terhadap pengakuan adanya investasi dari kedua negara sesuai dengan hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan serta yang disepakati oleh keduanya, adanya jaminan tidak adanya nasionalisasi dari kedua belah pihak terkecuali tindakan tersebut diambil untuk kepentingan umum, tidak adanya hal-hal yang bersifat diskriminasi dan

⁷³Lise Johnson, *International Investment Agreements And Climate Change: The Potential For Investor-State Conflicts And Possible Strategies For Minimizing It*, (Environmental Law Reporter News & Analysis: by Environmental Law Institute, 2009), hlm: 2

⁷⁴Jeswald W. Salacuse, *Do BITs Really Work?: An Evaluation Of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, (Harvard International Law Journal: by the President and Fellows of Harvard College, 2005), hlm: 4

kepastian proses hukum, adanya jaminan ganti kerugian, serta penyelesaian secara damai dan sesuai dengan cara-cara yang diakui secara internasional yang diantaranya adalah melalui arbitrase merupakan suatu bagian yang penting dalam perjanjian *BITs*⁷⁵. *BITs* adalah perjanjian penanaman modal yang disepakati oleh dua negara sehingga diharapkan kedua negara yang melakukan perjanjian dapat mematuhi serta menghormati perjanjian yang telah dibuat.

2. Mendorong penanaman modal diantara kedua negara;

Jaminan mengenai perlindungan hukum terhadap investasi yang dilakukan kedua negara diharapkan dapat memberikan stimulasi terhadap penanaman modal yang dilakukan oleh subjek-subjek hukum⁷⁶ dari kedua negara, termasuk mengenai jaminan tidak akan adanya nasionalisasi terksecuali:

- a) Tindakan-tindakan yang dilakukan untuk kepentingan hukum dan kepentingan umum dan sesuai dengan proses hukum.
- b) Tindakan-tindakan yang tidak berdasarkan diskriminasi
- c) Tindakan-tindakan yang disertai dengan ketentuan-ketentuan untuk pembayaran ganti-rugi yang cepat, memadai dan efektif. Besarnya ganti rugi tersebut harus berdasarkan harga pasar yang pantas sebelum pencabutan hak milik diumumkan. Harga pasar tersebut harus ditentukan sesuai dengan praktek-prektek dan metode-metode yang diakui secara internasional, dan jumlah ganti rugi tersebut dapat ditransfer secara bebas, tanpa

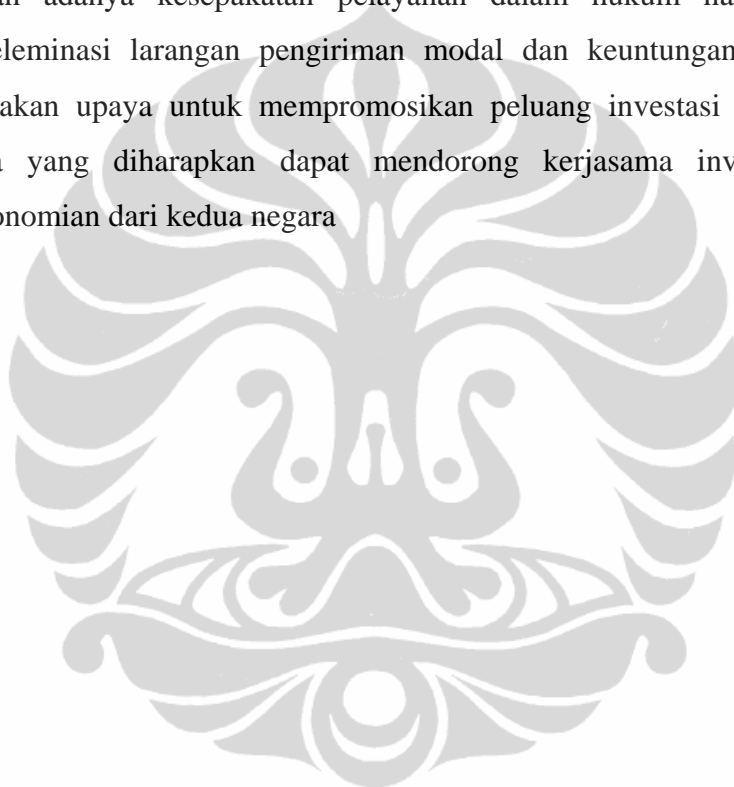
⁷⁵ Lihat Persetujuan Republik Indonesia Mengenai *Peningkatan Penanaman Dan Perlindungan Atas Penanaman Modal* dengan beberapa negara diantaranya Indonesia-Argentina, Indonesia-Rusia dan Indonesia-Singapura.

⁷⁶ Subjek hukum adalah, sesuatu yang menurut hukum berhak/berwenang untuk melakukan perbuatan hukum atau siapa yang mempunyai hak dan cakap untuk bertindak dalam hukum, subjek hukum dapat dibagi 2 (dua), yaitu orang (*rechtperson*) dan badan hukum, baik badan hukum privat maupun badan hukum publik...R. Soeroso, *Op. Cit*, hlm:227-228

penundaan, dalam mata uang yang dapat pertukarkan secara bebas dari satu pihak⁷⁷.

3. Mempromosikan investasi;

Salah satu cara untuk mempromosikan investasi asing yaitu dengan melakukan *BITs* dengan negara lain. Hal ini karena *BITs* memberikan jaminan adanya kesepakatan pelayanan dalam hukum nasional dan mengeleminasi larangan pengiriman modal dan keuntungan⁷⁸. Hal ini merupakan upaya untuk mempromosikan peluang investasi dari kedua negara yang diharapkan dapat mendorong kerjasama investasi dan perekonomian dari kedua negara



⁷⁷ Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Atas Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Republic Of Singapore On The Promotion And Protection Of Investment*), pasal 4 ayat (1) huruf (a), (b), (c), sebagaimana telah diratifikasi dengan Keputusan Presiden Nomor 6 tahun 2006 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Atas Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Republic Of Singapore On The Promotion And Protection Of Investment*)(Lembaran Negara Tahun 2006 Nomor 9), pada tanggal 1 Februari 2006 Jumlah nilai investasi Penanaman Modal Asing singapura di Indonesia, dalam rengtang waktu 1 januari 1990 sampai dengan 31 Desember 1999, mencapai 17.369.582.180 US Dollar, , *Data Realisasi Investasi Penanaman Modal Asing Menurut Negara* (Priode Laporan : 01/01/1990 s.d 31/12/2009), (Badan Koordinasi Penanaman Modal RI)

⁷⁸ Paula I. Rochweger, *Trade And Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral And Multilateral Treaties*, (Article, New York International Law Review: Winter, 2005), hlm: 3

BAB III

Substansi *BITs*

BITs merupakan bentuk dari pengakuan tentang eksistensi antar negara-negara yang melakukan perjanjian, *BITs* merupakan perjanjian antara dua negara mengenai upaya peningkatan serta perlindungan penanaman modal yang dilakukan oleh subjek-subjek hukum dari kedua negara, beberapa hal yang menjadi substansi dari *BITs* adalah:

A. Penghormatan Terhadap Hak Asasi Manusia

Hak Asasi Manusia merupakan hak dasar yang dimiliki oleh manusia, dan diakui oleh sebagian besar negara-negara khususnya yang tergabung dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa, adanya persamaan terhadap harkat dan martabat setiap bangsa dan negara termasuk subjek-subjek hukum yang berada di dalamnya. Selain itu hubungan antar negara-negara juga perlu digalakkan dengan menghormati hak-hak dan kedaulatan negara lain. Sebagaimana dijelaskan dalam Mukadimah Deklarasi Hak Asasi Manusia

***Universal Declaration of Human Rights* (Pernyataan Umum tentang Hak-Hak Asasi Manusia) Mukadimah**

Menimbang bahwa pengakuan atas martabat alamiah dan hak-hak yang sama dan mutlak dari semua anggota keluarga manusia adalah dasar kemerdekaan, keadilan dan perdamaian di dunia,

Menimbang bahwa mengabaikan dan memandang rendah hak-hak asasi manusia telah mengakibatkan perbuatan-perbuatan bengis yang menimbulkan rasa kemarahan hati nurani umat manusia, dan terbentuknya suatu dunia tempat manusia akan mengecap kenikmatan kebebasan berbicara dan beragama serta kebebasan dari ketakutan dan kekurangan telah dinyatakan sebagai cita-cita tertinggi dari rakyat biasa,

Menimbang bahwa hak-hak asasi manusia perlu dilindungi oleh peraturan hukum supaya orang tidak akan terpaksa memilih pemberontakan sebagai usaha terakhir guna menentang kelaliman dan penindasan,

Menimbang bahwa pembangunan hubungan persahabatan antara negara-negara perlu digalakkan,

Menimbang bahwa bangsa-bangsa dari Perserikatan Bangsa-Bangsa sekali lagi telah menyatakan di dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa kepercayaan mereka akan hak-hak dasar dari manusia, akan martabat dan

nilai seseorang manusia dan akan hak-hak yang sama dari pria maupun wanita, dan telah bertekad untuk menggalakkan kemajuan sosial dan taraf hidup yang lebih baik di dalam kemerdekaan yang lebih luas,
Menimbang bahwa Negara-Negara Anggota telah berjanji untuk mencapai kemajuan dalam penghargaan dan penghormatan umum terhadap hak-hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan asasi, dengan bekerjasama dengan Perserikatan Bangsa-Bangsa,
Menimbang bahwa pengertian umum tentang hak-hak dan kebebasan-kebebasan tersebut sangat penting untuk pelaksanaan yang sungguh-sungguh dari janji ini, maka,

Pengakuan terhadap penghormatan Hak Asasi Manusia yang tercermin
Dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

Tahun 1945⁷⁹

Alenia ke 4:

“Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia, yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada : Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.

⁷⁹ Konstitusi Negara Republik Indonesia telah mengalami beberapa kali pergantian dan perubahan, UUD 1945, Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950 sampai kembali lagi ke UUD 1945 yang kemudian mengalami empat kali perubahan, Hak Asasi Manusia selalu termuat di dalamnya, sebagai suatu bentuk pengakuan bangsa Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia...Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, (Jakarta:Universitas Indonesia, 2008), hlm: 9-11, jika dilihat dari sudut perkembangan naskah Undang-Undang Dasarnya, maka sejak proklamasi 17 Agustus 1945 sampai dengan sekarang tahap-tahap sejarah konstitusi Indonesia dapat diaktakan telah melewati enam tahap perkembangan, yaitu:

1. Priode tanggal 18 Agustus 1945 sampai dengan 27 Desember 1949
2. Priode tanggal 27 Desember 1949 sampai dengan 17 Agustus 1950
3. Priode tanggal 17 Agustus 1950 sampai dengan 5 Juli 1959
4. Priode tanggal 5 Juli 1959 sampai dengan 19 Oktober 1999
5. Priode tanggal 19 Oktober 1999 sampai dengan 10 Agustus 2002
6. Priode 10 Agustus 2002 sampai dengan sekarang

Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara (Cetakan Kedua)*, (Jakarta:Rajawali Pers, 2010), hlm: 73

Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 Alenia ke 4, sebagaimana diatas, jelas tujuan dari Pemerintahan Negara Republik Indonesia, yaitu memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, melaksanakan ketertiban dunia yang didasarkan pada kemerdekaan, perdamaian abadi dan kedilan sosial.

Dalam peraturan perundang-undangan selain diatur dalam Undang-Undang Dasar 1945, diatur juga secara khusus dengan Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

Pengertian mengenai Hak Asasi Manusia diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, pasal 1 ayat (1):

“Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum dan Pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia”

Salah satu Hak Asasi Manusia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yaitu hak untuk mendapat kesejahteraan⁸⁰, untuk itu pemerintah berperan untuk mewujudkan itu yang salah satu bentuknya mendorong investasi internasional melalui perjanjian-perjanjian investasi yang salah satu bentuknya adalah dengan *BITs*. Dalam persepektif tentang berakhirnya politik dan pasar global Anthony Giddens berpendapat, keberadaan pemerintah adalah untuk:

- Menyediakan sarana untuk kepentingan-kepentingan yang beragam;
- Menawarkan sebuah forum untuk rekonsiliasi kepentingan-kepentingan yang saling bersaing ini;
- Menciptakan dan melindungi ruang publik yang terbuka, dimana debat bebas mengenai isu-isu kebijakan bisa terus dilanjutkan; menyediakan beragam hal untuk memenuhi kebutuhan warga negara, termasuk bentuk-bentuk keamanan dan kesejahteraan kolektif;

⁸⁰ Sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165), pasal 36 s/d 42

- Mengatur pasar untuk kepentingan publik, dan menjaga persaingan pasar jika monopoli mengancam;
- Menjaga keamanan sosial melalui kontrol sarana kekerasan melalui penetapan kebijakan;
- Mendukung perkembangan sumber daya manusia melalui peran utamanya dalam sistem pendidikan;
- Menopang sistem hukum yang efektif;
- Memainkan peran ekonomis secara langsung, sebagai pemberi kerja dalam intervensi makro maupun mikro-ekonomi, plus penyediaan infrastruktur;
- Membudayakan masyarakat – pemerintah merefleksikan nilai dan norma yang berlaku secara luas, tetapi juga bisa membantu membentuk nilai dan norma tersebut, dalam sistem pendidikan dan sistem-sistem lainnya;
- Mendorong aliansi regional dan transnasional serta meraih sasaran-sasaran global⁸¹.

Salah satu substansi dari *BITs* adalah penghormatan terhadap Hak Asasi Manusia, yaitu:

B. Jaminan Adanya Perlindungan Hukum Sesuai Dengan Aturan Hukum Yang Berlaku Bagi Para Pihak Yang Melakukan Perjanjian Investasi.

Dalam melakukan investasi, pihak asing dihadapi beberapa risiko yang mungkin saja terjadi, diantaranya Beberapa kondisi yang menyebabkan ancaman dari penanaman modal asing, 1). *Ideological Hostility*, 2). *Nationalism*, sentimen nasionalisme mungkin merupakan sikap yang dapat menjadi ancaman bagi investasi asing. Khususnya ketika kondisi ekonomi *Host Country* semakin meurun, sedangkan investor asing sejahtera dan terlihat mengontrol ekonomi dan keinginan untuk mengembalikan

⁸¹ Anthony Giddens, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy, atau Jalan ketiga Pembaruan Demokrasi Sosial*, terj. Kett Arya Mahardika (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1999) hlm: 53 *Ibid*, hlm: 99

keuntungan pihak asing akan menjadi phobia masyarakat. 3). *Change in the Industry Patterns*, ketika perubahan dalam dunia industri maka akan membawa perubahan kebijakan global, khususnya pola kepemilikan dalam industri, kepentingan dari investor asing akan mengalami kesulitan diseluruh dunia. 4). *Contract Made by Previous Regime*. 6). *Onerous Contract*, risiko kontrak investasi asing yang menjadi berat untuk diterapkan⁸².

Adanya perlindungan hukum ini merupakan salah satu bentuk pengakuan adanya hak dan kewajiban bagi para pihak yang melakukan perikatan yang secara umum diakui oleh hukum internasional sebagai prinsip yang berlaku di berbagai negara.

Perlindungan hukum terhadap setiap manusia maupun subjek hukum lainnya dalam *BITs* merupakan implementasi dari pengakuan Hak Asasi Manusia bagi para pihak yang melakukan perjanjian khususnya dibidang investasi, adanya jaminan persamaan dalam perlakuan secara hukum terhadap investor tidak hanya diatur dalam oleh Undang-undang yang terkait investasi⁸³ saja akan tetapi diatur dalam banyak Peraturan perundang-undangan lainnya. Di Indonesia jaminan perlindungan hukum dan memperoleh keadilan dengan tanpa adanya diskriminasi, tersurat dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, pasal 17, yang berbunyi:

“Setiap orang, tanpa diskriminasi, berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan, dan gugatan, dalam perkara pidana, perdata, maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar”.

Pasal 19

“Tiada suatu pelanggaran atau kejahatan apapun diancam dengan hukuman berupa perampasan seluruh harta kekayaan milik yang bersalah.

⁸² M. Sonarajah, *The International Law On Foreign Investment*, dalam Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, *Loc. Cit*

⁸³ Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang *Penanaman Modal* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67), Pasal 3 ayat (1),

Tidak seorangpun atas putusan pengadilan boleh dipidana penjara atau kurungan berdasarkan atas alasan ketidakmampuan untuk memenuhi suatu kewajiban dalam perjanjian utang piutang”

Konvensi Wina Tahun 1969 Tentang Hukum Perjanjian

“*Mempertimbangkan* prinsip-prinsip hukum internasional yang terkandung di dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, seperti prinsip-prinsip persamaan hak dan penentuan nasib sendiri bagi bangs, persamaan kedaulatan serta kemerdekaan dari semua negara, prinsip tidak mencampuri urusan dalam negara lain, prinsip untuk tidak digunakannya ancaman atau kekerasan, menghormati dan melaksanakan secara universal terhadap hak asasi manusia dan kebebasan yang mendasar bagi semua”

C. Jaminan Tidak Adanya Diskriminasi Terhadap Para Pihak Dalam Menjalankan Investasi

Jaminan tidak adanya diskriminasi pihak-pihak yang melakukan investasi merupakan suatu keharusan dalam melakukan Perjanjian Internasional sebagaimana diatur dalam Mukadimah Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian⁸⁴ termasuk didalamnya *BITs* sebagai salah satu bentuk Perjanjian Internasional. Adanya persamaan hak dan keadilan yang didasarkan tanpa adanya diskriminasi harus termuat dalam setiap Perjanjian Internasional. Dalam *BITs* implemmtasi ini dapat dilihat dalam:

1. Perjanjian Mengenai Promosi dan Perlindungan Timbal Balik Penanaman Modal antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran (*Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investment Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Islamic Republic of Iran*), pasal 6

⁸⁴ *Menegaskan* bahwa pertikaian mengenai perjanjian, sebagaimana pertikaian internasional lainnya, harus diselesaikan dengan cara damai dan **sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan dan hukum internasional,**

Mempertimbangkan prinsip-prinsip hukum internasional yang terkandung di dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, **seperti prinsip-prinsip persamaan hak dan penentuan nasib sendiri bagi bangsa, persamaan kedaulatan serta kemerdekaan dari semua negara,** prinsip tidak mencampuri urusan dalam negara lain, prinsip untuk tidak digunakannya ancaman atau kekerasan, menghormati dan melaksanakan secara universal terhadap hak asasi manusia dan kebebasan yang mendasar bagi semua..Mukadimah Konvensi Wina, 1969 *tentang Perjanjian Internasional*

2. Persetujuan Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government of The Republic Indonesia and The Government of The Russian Federation on The Promotion and Protection of Investments*), pasal 4
3. Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government of The Republic Indonesia And The Government Of Republic Of Singapura On The Promotion And Protection Of Investment*), pasal 4

D. Penyelesaian Sengketa Melalui Cara-Cara Damai

Sengketa mungkin saja muncul dalam hubungan investasi, yang meliputi aplikasi maupun interpretasi dari perjanjian investasi antara investor maupun negara tuan rumah. Jika sengketa muncul antara investor dengan negara tuan rumah maka para pihak harus menyelesaikannya dengan cara negosiasi dan konsultasi terlebih dahulu⁸⁵. Dalam hubungan transnasional haruslah mengutamakan penyelesaian sengketa dengan cara damai melalui cara-cara yang diakui secara internasional, hal ini unruk mencegah dan menghindarkan penggunaan kekerasan atau terjadinya peperangan antar negara dalam suatu persengketaan perlu ditempuh suatu penyelesaian secara damai. Usaha ini mutak diperlukan sebelum persengketaan itu mengarah pada suatu pelanggaran terhadap perdamaian dan dan keamanan internasional.

Dalam Piagam PBB memuat ketentuan bahwa negara baik anggota PBB maupun bukan anggota PBB mempunyai kewajiban untuk menyelesaikan persengketaan internasional dengan cara damai, sedemikian rupa sehingga tidak membahayakan perdamaian dan keamanan internasional serta keadilan (pasal 2 ayat 3 jo. Pasal 2 ayat 6

⁸⁵ Mark s. Bergman, *Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination Of The Evolution And Significance Of The U.S. Prototype treaty*, (New York University Journal of International Law and Politics, the New York University, 1983), hlm: 10

Piagam PBB)⁸⁶. Sebagai sebuah salah satu bentuk Perjanjian Internasional BITs harus mengutamakan penyelesaian sengketa secara damai dan sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan dan hukum internasional, sebagaimana yang diatur dalam Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional. Cara-cara penyelesaian sengketa internasional secara damai, sebagai berikut:

- 1) Negosiasi, adalah cara penyelesaian sengketa yang paling dasar dan paling tua digunakan untuk manusia⁸⁷.
- 2) Pencarian Fakta, suatu sengketa kadang kala mempersoalkan konflik para pihak mengenai suatu fakta, meskipun suatu sengketa berkaitan dengan hak dan kewajiban, namun acapkali permasalahannya bermula pada perbedaan pandangan para pihak terhadap fakta yang menentukan hak dan kewajiban tersebut. penyelesaian sengketa demikian, karenanya bergantung pada penguraian fakta-fakta para pihak yang tidak disepakati. Oleh sebab itu pemastian kedudukan fakta yang sebenarnya dianggap sebagai bagian penting dari prosedur penyelesaian sengketa. Dengan demikian para pihak dapat memperkecil masalah sengketa⁸⁸.
- 3) Jasa-jasa baik adalah cara penyelesaian sengketa melalui atau dengan bantuan pihak ketiga. Pihak ketiga ini berupaya agar para pihak menyelesaikan sengketa melalui negosiasi. Jadi fungsi

⁸⁶ Sumaryo Suryokusumo, *Studi Kasus Hukum Internasional*, Tata Nusa, Jakarta, 2007, hal: 213 lihat juga Sri Setianingsih Suardi, *Pengantar Organisasi Internasional*, (Jakarta: UI-Press, 2004), hlm: 316

⁸⁷ W. Poeggel and E. Oeser, *Methods of Diplomatic settlement*, in Mohammed B. *International Law: achievements and Prospects*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, UNESCO, 1991, hlm: 514 sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 19

⁸⁸ Peter Behrens, *Alternatif Methods of Dispute settlement ini International Economic Relations* dalam Ernst –Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputese in International and Economic Law*, Fribourg U.P, 1992, hal: 14 bagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 20

utama jasa baik ini adalah mempertemukan para pihak sedemikian rupa sehingga mereka mau bertemu dan bernegosiasi⁸⁹.

- 4) Mediasi, adalah suatu cara penyelesaian sengketa melalui pihak ketiga. Pihak ketiga disebut mediator. Ia bisa negara, organisasi internasional, atau individu ikut secara aktif dalam proses negosiasi. Biasanya juga kapasitasnya sebagai pihak yang nertal berupa mendamaikan para pihak dengan memberikan saran penyelesaian sengketa⁹⁰.
- 5) Konsoliasi, adalah cara penyelesaian sengketa yang sifatnya lebih formal dibandingkan dengan mediasi. Konsiliasi adalah suatu penyelesaian sengketa oleh pihak ketiga atau oleh suatu komisi yang dibentuk oleh para pihak. Komisi ini disebut sebagai komisi konsiliasi. Komisi konsoliasi bisa yang sudah terlembaga atau yang *Ad Hoc* yang berfungsi untuk menetapkan persyaratan yang ditetapkan para pihak. Putusannya bersifat tidak mengikat⁹¹.
- 6) Arbitrase, adalah penyerahan sengketa secara suka rela kepada pihak ketiga yang netral mengeluarkan putusan yang bersifat final dan *binding*⁹².
- 7) Pengadilan Internasional (*International Court of Justice*), metode yang memungkinkan tercapainya penyelesaian selain melalui metode di atas adalah melalui penggunaan pengadilan. Penggunaan cara ini biasanya ditempuh apabila cara-cara penyelesaian yang ada tidak berhasil. Pengadilan dapat melalui pengadilan pengadilan permanen maupun pengadilan *Ad Hoc*⁹³.

⁸⁹ *Ibid*, hlm:21

⁹⁰ *Ibid*, hlm:22

⁹¹ Peter Behrens, *Alternatif Methods of Dispute settlement ini International Economic Relations* dalam Ernst –Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputese in International and Economic Law*, Fribourg U.P, 1992, hlm: 24 bagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 22

⁹² *Ibid*, hlm: 23

⁹³ Peter Behrens, *Alternatif Methods of Dispute settlement ini International Economic Relations* dalam Ernst –Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputese in International and Economic Law*, Fribourg U.P, 1992, hlm: 92 bagaimana

1. Konsultasi dan Negosiasi

Upaya dalam menjaga ketertiban dunia bukan hanya menjadi keinginan dari organisasi-organisasi internasional ataupun negara-negara tertentu saja, akan tetapi Indonesia sudah memasukannya dalam UUD 1945⁹⁴ sejak pertama kali dibuat, oleh karena itu penyelesaian sengketa internasional termasuk di dalamnya BITs memiliki arti penting tersendiri bagi Indonesia yaitu mewujudkan cita-cita Negara Indonesia.

Salah satunya yaitu menyelesaikan sengketa melalui konsultasi melalui sarana diplomatik apabila terjadi sengketa antara Para Pihak mengenai penafsiran atau pelaksanaan dari persetujuan.

Dalam *Black' Law Dictionary*, *Consultation* diartikan 1. *The act of asking the advice or opinion of someone (such as a lawyer)*. 2. *A meeting in which parties consult or confer*. 3. *int'l law. The interactive methods by which state seek to prevent or resolve disputes*⁹⁵.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, konsultasi diartikan sebagai “pertukaran pikiran untuk mendapatkan kesimpulan (nasihat, saran, dsb) yang sebaik-baiknya”⁹⁶.

Konsultasi merupakan salah satu kerangka kerja hukum awal dan akhir dari upaya hukum negosiasi. Konsultasi selalu dibarengi dengan peristiwa hukum komunikasi baik sebelum maupun sesudah negosiasi. Konsultasi dewasa ini banyak digunakan bukan hanya dalam *BITs* (persetujuan bilateral) akan tetapi digunakan dalam perjanjian-perjanjian lainnya yang lebih luas, seperti ketentuan-ketentuan konsultasi dalam *Australia-New Zealand Free Trade Agreement*, 31 Desember 1965, dan untuk komunikasi, dalam *United States-Soviet Momerandum of Understanding*, Jenewa tanggal 20 Juni 1961 untuk hubungan komunikasi

dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 14

⁹⁴ Indonesia, UUD 1945 Pembukaan Alenia ke 4

⁹⁵ Bryan A. Garner, *Op. Cit*, hlm: 335

⁹⁶ *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa (Edisi Keempat)*, Departemen Pendidikan Nasional, (Jakarta: Gamedia, 2008), hlm:728

langsung – yaitu apa yang dinamakan “hot line” – antara Washington dan Moskwa dalam hal terjadi krisis⁹⁷. Negosiasi, pada intinya merupakan pertukaran pandangan dan usul-usul diantara dua pihak yang mempersalahkan untuk menjajakan kemungkinan untuk menciptakan kemungkinan untuk mencapai suatu penyelesaian secara damai. Penyelesaian “perundingan” yang merupakan sifat yang dasar dari penyelesaian berbagai masalah telah diterima oleh masyarakat internasional yang kemudian dapat mengacu langsung kearah tercapainya penyelesaian bersahabat. Penyelesaian persengketaan melalui perundingan dapat dilakukan dengan cara diplomatik termasuk perundingan diplomatik (*diplomatic negotiation*), konsultasi dan pertukaran pandangan para pihak yang bersengketa (*exchange of views*)⁹⁸. Nilai dari negosiasi yang berkesinambungan diperlihatkan oleh pembentukan *United States – Soviet Intermediate-Range Nuclear Agreement (INF)* pada bulan Desember 1987 menyusul perundingan-perundingan yang gagal antara kedua negara itu di Reykjavik, Islandia, perundingan-perundingan selanjutnya meskipun kegagalan namun telah dapat menjernihkan beberapa masalah yang masih menggantung⁹⁹.

Penyelesaian sengketa melalui negosiasi merupakan cara yang paling penting. Banyak sengketa yang diselesaikan setiap hari melalui cara ini melalui publisitas atau perhatian publik¹⁰⁰. Alasan utamanya adalah dengan cara ini, para pihak dapat mengawasi prosedur penyelesaian

⁹⁷ Perjanjian yang belakangan ini telah di Tambah dengan suatu Perjanjian Modernisasi tahun 1971 untuk meningkatkan kehandalan hubungan “on line”. Hubungan ini telah mendapat keuntungan dari perkembangan teknologi canggih tambahan. Mengenai perundingan lihat J.G. Merrills, *International Disputes Settlement* ((1984) Bab 1, “Negosiasi” hlm 1-19 dan dalam kaitan konsultasi sebelumnya, Kirgis, *Prior Consultation in International Law; A. Study of State Practice* (1983) dan Sir Yoseph Gold (1984) 24 *Virginia Journal of International Law*, hal: 729-753, sebagaimana di kutip oleh J.G Strake, *Op.Cit*, hlm: 671

⁹⁸ Sumaryo Suryokusumo, *Studi Kasus Hukum Internasional*, (Jakarta: Tata Nusa, 2007), hlm: 213 lihat juga Sri Setianingsih Suardi, *Pengantar Organisasi Internasional*, (Jakarta: UI-Press, 2004), hlm: 215-216

⁹⁹ J.G Strake, *Op.Cit*, hlm: 671

¹⁰⁰ F.V Garcia-Amador, *The Changing Law of International Claims*, (USA: OCEANA, 1984), hlm: 512 dalam Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 19.

sengketa dan penyelesaiannya didasarkan pada kesepakatan atau konsensus para pihak, kelemahan utama penggunaan cara ini dalam penyelesaian sengketa adalah:

Pertama, manakala kedudukan para pihak tidak seimbang, salah satu pihak kuat dan salah satu pihak lainnya lemah. Dalam keadaan ini pihak yang kuat berda dalam posisi untuk menekan pihak lainnya, hal ini acap kali terjadi manakala kedua belah pihak bernegosiasi untuk menyelesaikan sengketa antara mereka¹⁰¹.

Kedua, bahwa proses berlangsungnya negosiasi acap kali lambat dan memakan waktu lama. Hal ini terutama dikarenakan permasalahan antar negara yang timbul, khususnya masalah yang berkaitan dengan ekonomi internasional, selain itu jarang sekali adanya persyaratan penetapan batas waktu bagi para pihak untuk menyelesaikan sengketa melalui negosiasi.

Ketiga, manakala suatu pihak terlalu keras dengan pendiriannya, maka negosiasi jadi tidak produktif¹⁰².

2. Konsoliasi

Istilah “konsoliasi” (*conciliation*) mempunyai arti luas dan sempit. Dalam pengertian yang luas, konsoliasi mencakup berbagai ragam metode dimana suatu sengketa diselesaikan secara damai dengan bantuan negara-negara lain atau badan-badan penyelidik dan komite-komite penasihat yang tidak berpihak. Dalam pengertian sempit, “konsoliasi” berarti penyerahan suatu sengketa kepada sebuah komisi atau komite untuk membuat laporan beserta usul-usul kepada para pihak bagi penyelesaian sengketa tersebut, usulan ini bersifat tidak mengikat¹⁰³.

¹⁰¹ G. Meliverni, *The Settlement of Dispute Within International Organizations*, in Mohammed Bedjaoui, hal: 550, dalam Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, *Op.Cit*, hlm: 19

¹⁰² Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, *Op.Cit*, hlm:20

¹⁰³ J.G Strake, *Op.Cit*, hlm: 673

Dalam *Black' Law Dictionary*, *conciliation* didefinisikan, 1. *A Settlement of a dispute in an agreeable manner*, 2. *A Process in which an neutral person meets with the parties to a dispute and explores how the dispute might be resolved; asp., a relatively unstructured method of dispute resolution in which a third party facilitates communication between parties in attempt to help them settle their differences*¹⁰⁴.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, konsiliasi diartikan sebagai “usaha mempertemukan pihak yang berselisih untuk mencapai persetujuan dan menyelesaikan perselisihan itu”¹⁰⁵.

Komisi-komisi konsiliasi diatur dalam Konvensi-Konvensi The Hague 1899 dan 1907 untuk Penyelesaian Damai Sengketa-Sengketa Internasional. Komisi tersebut dapat dibentuk melalui perjanjian khusus antara para pihak dan tugasnya harus menyelidiki serta melaporkan tentang situasi fakta dengan ketentuan isi laporan bagaimanapun tidak mengikat para pihak yang bersengketa. Ketentuan-ketentuan yang aktual dalam konvensi-konvensi menghindari kata-kata yang dapat dianggap sebagai mewajibkan para pihak untuk menerima laporan Komisi Konsiliasi.

Konsiliasi melalui persidangan komisi konsiliasi, yang biasanya terdiri dari dua tahap yaitu tahap tertulis dan tahap lisan. Pertama, sengketa yang diuraikan secara tertulis diserahkan kepada badan konsiliasi, kemudian badan akan mendengarkan keterangan lisan dari para pihak. Para pihak dapat hadir pada tahap pendengaran tersebut, tetapi juga bisa diwakili oleh kuasanya. Berdasarkan fakta-fakta yang diperolehnya, konsiliator atau badan konsiliasi akan menyerahkan laporannya kepada para pihak disertai dengan kesimpulan dan usulan-usulan penyelesaian sengketa.

Organisasi Internasional seperti PBB dapat membentuk Komisi Konsiliasi yang anggotanya terdiri dari tiga orang atau lima orang dan

¹⁰⁴ Bryan A. Garner, *Op. Cit*, hlm: 307

¹⁰⁵ *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa (Edisi Keempat)*, Departemen Pendidikan Nasional, (Jakarta: Gramedia, 2008), hlm:726

para pihak dapat mengusulkan masing-masing satu orang bagi komisi yang anggotanya tiga orang atau masing-masing dua orang apabila anggota komisi lima orang¹⁰⁶.

Nilai-nilai penting Komisi-Komisi Konsoliasi itu sendiri banyak diragukan oleh para penulis, akan tetapi prosedur konsoliasinya sendiri sangat bermanfaat dan penting pada saat di gunakan oleh Dewan Liga Bangsa-Bangsa sangat fleksibel; secara umum ditunjuk oleh panitia kecil atau seseorang yang disebut pelopor (*rappporteur*). Negara-negara sangat menghargai prosedur konsoliasi dalam Konvensi 18 Maret 1965, tentang Penyelesaian Sengketa-sengketa Penanaman Modal antara Negara-negara dan Warga Negara lain¹⁰⁷.

Konsoliasi merupakan metode penyelesaian sengketa secara politik yang menggabungkan cara-cara *inquiry* dengan mediasi¹⁰⁸.

Upaya penyelesaian sengketa melalui konsoliasi selain diakui oleh Hukum Internasional juga sering digunakan menjadi upaya awal dalam menyelesaikan sengketa pada tahap awal¹⁰⁹.

3. Pencari Fakta (*Fact Finding/inquiry*)

Tugasnya untuk memfasilitasi penyelesaian sengketa dengan mencari fakta dengan tidak memihak melalui investigasi secara terus-menerus sampai fakta yang disampaikan oleh salah satu pihak diterima oleh pihak lain. *Inquiry* dapat dilaksanakan oleh suatu komisi yang permanen. Individu maupun organisasi terpilih untuk memberikan *expert opinionnya*¹¹⁰.

¹⁰⁶ Sumaryo Suryokusumo, *Studi Kasus Hukum Internasional, Op.Cit*, hal: 213 lihat juga Sri Setianingsih Suardi, *Pengantar Organisasi Internasional*, (Jakarta: UI-Press, 2004), hlm: 220

¹⁰⁷ Peter Behrens, *Alternatif Methods of Dispute settlement in International Economic Relations* dalam Ernst –Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputese in International and Economic Law*, Fribourg U.P, 1992, hal: 24 dalam Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 205

¹⁰⁸ Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, (Jakarta:Rajawali Pers, 2010), hlm:333

¹⁰⁹ J.G Strake, *Pengantar Hukum Internasional 2 (Edisi Kesepuluh)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm: 674

¹¹⁰ Sefriani, *Op.Cit*, hlm: 331-332

Tugas komisi pencari fakta terbatas hanya memberikan pernyataan menyangkut kebenaran fakta, tidak berwenang mengambil keputusan (*award*)¹¹¹.

4. Mediasi

Mediasi adalah suatu cara penyelesaian melalui pihak ketiga. Pihak ketiga tersebut dapat berupa individu, atau lembaga atau organisasi internasional¹¹². Biasanya ia, dengan secara aktif dalam proses negosiasi, sesuai dengan kapasitasnya sebagai pihak yang netral, berupaya mendamaikan para pihak dengan memberikan saran penyelesaian sengketa¹¹³.

Dalam *Black's Law Dictionary, Mediation*, diartikan sebagai: “1. A method of non binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help teh disputing parties reach a mutually agreeable solution. 2. Iinternational Law, A Process whereby a neutral country helps other countries peacefully resolve dispute between them”¹¹⁴.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, Mediasi adalah “proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasehat”¹¹⁵.

Usulan-usulan penyelesaian melalui mediasi dibuat agak tidak resmi (informal). Usulan dibuat berdasarkan informasi-informasi yang diberikan oleh para pihak, bukan atas penyelidikannya. Jika usulan tersebut tidak dapat diterima, mediator masih dapat melanjutkan fungsinya dengan membuat usulan-usulan baru. Oleh karena itu, salah satu fungsi

¹¹¹ Article 35 *The Hague Convention for The Pasific Settlement of International Dispute* 1907 sebagaimana dikutip oleh Sefriani, *Op.Cit*, hlm:332

¹¹² Sebagai contoh pemberian mediasi oleh Dewan Keamanan PBB pada tahun 1947 dalam sengketa Netherland dan Republik Indonesia.. J.G Strake, *Pengantar Hukum Internasional 2 (Edisi Kesepuluh)*, *Op.Cit*, hlm: 671

¹¹³ W. Poeggel and E. Oeser, *Methods of Diplomatic settlement*, in Mohammed B. *International Law: achievements and Prospects*, (Paris : Martinus Nijhoff, UNESCO, 1991), hlm: 515 dalam Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 203

¹¹⁴ Bryan A. Garner, *Op. Cit*, hlm: 1003

¹¹⁵ *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa (Edisi Keempat)*, Departemen Pendidikan Nasional, (Jakarta: Gamedia, 2008), hlm:892

utama mediator adalah mencari berbagai solusi (penyelesaian), mengidentifikasi hal-hal yang dapat disepakati para pihak serta membuat usulan-usulan yang dapat mengakhiri sengketa¹¹⁶.

Fungsi dari mediasi antar *disputing parties*;

- a. Membangun komunikasi antar *disputing parties*
- b. Melepaskan atau mengurangi ketegangan antar *disputing parties* sehingga dapat diciptakan atmosfer yang kondusif untuk negosiasi.
- c. Dapat menjadi saluran informasi yang efektif bagi *disputing parties*
- d. Mengajukan upaya penyelesaian yang memuaskan *disputing parties*¹¹⁷.

Keberhasilan mediasi dipengaruhi oleh beberapa faktor, seperti *personal quality*, reputasi mediator, kondisi *disputing states* saat melakukan mediasi, kesiapan masing-masing pihak untuk saling menerima dan memberi, juga tidak kalah pentingnya masalah waktu dan tempat pelaksanaan mediasi¹¹⁸.

5. Arbitrase

Hampir semua Perjanjian Internasional dibidang Investasi memasukan arbitrase sebagai salah satu cara penyelesaian sengketa, apabila langkah-langkah diplomatik menemukan jalan buntu¹¹⁹.

Dalam *Black's Law Dictionary, Arbitration*, "A method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are usu. Agreed to by disputing parties adn whose decision is binding"¹²⁰.

¹¹⁶ Peter Behrens, *Alternatif Methods of Dispute settlement ini International Economic Relations* dalam Ernst –Ultrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputese in International and Economic Law*, (Fribourg U.P, 1992), hlm: 22-23 sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm: 203

¹¹⁷ Sefriani, *Op.Cit*, hlm: 330

¹¹⁸ John Collier & Vaughan Lowe, *The Settlement of Dispute in International Law*, Oxford University, Press, hal: 28 dalam Sefriani, *Op.Cit*, hlm: 331

¹¹⁹ Inggris, Belanda, dan Pncis lebih memilih melalui ICSID sebagai lembaga arbitrase untuk menyelesaikan sengketa-sengketa investasinya...Mark S. Bergman, *bilateral investment protection treaties: an examination of the evolution and significance of the u.s. Prototype treaty*, (the New York University: New York University Journal of International Law and Politics, , 1983), hlm: 7

¹²⁰ Bryan A. Garner, *Op.Cit*, hlm: 112

Menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, yang berbunyi:

“Dalam Undang-Undang ini yang dimaksud dengan :

Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”¹²¹.

Dalam Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional, penyelesaian sengketa secara damai dikenal melalui cara Yuridis, Arbitrasi dan Konsoliasi, sebagaimana dalam pasal 66, yang berbunyi:

Pasal 66. Prosedur Untuk Penyelesaian Secara Yuridis, Arbitrasi Dan Konsoliasi.

Jika, menurut ayat (3) Pasal 65, penyelesaian tidak dapat di capai dalam satu masa waktu 12 bulan setelah tanggal pada waktu penolakan dikemukakan, maka prosedur-prosedur dibawah ini harus diikuti:

- a) Salah satu pihak yang berselisih tentang penerapan atau penafsiran Pasal 53 atau Pasal 64 dapat mengajukan permintaan kepada Mahkamah Internasional secara tertulis untuk mendapatkan keputusan, kecuali jika para pihak dengan kesepakatan bersama menyetujui untuk menyampaikan perselisihannya melalui arbitasi;
- b) Salah satu pihak yang berselisih tentang penerapan atau penafsiran dari pasal-pasal yang lain sebagaimana tersebut di dalam Bagian V dari Konvensi ini dan menyampaikan permintaan menenai pertikaian tersebut kepada Sekretaris Jenderal PBB.

Oleh karena itu dalam *BITs* pencantuman penyelesaian sengketa melalui cara damai sering kali dicantumkan, diantaranya melalui arbitrase sebagai sebuah cara penyelesaian sengketa yang diakui oleh banyak negara diantaranya di Indonesia. Dalam sistem hukum Indonesia penyelesaian sengketa melalui arbitrase dilandaskan pada Pasal 377 HIR

¹²¹ Indonesia, Undang-Undang tentang *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138), Pasal 1 ayat (1)

atau Pasal 705 RBG¹²², Reglement Acara Perdata (Rv) dimulai dari pasal 615-651 serta Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase.

Sebagai contoh dapat kita lihat dalam Persetujuan Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Penigkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government of The Republic Indonesia and The Government of The Russian Federation on The Promotion and Protection of Investments*), pasal 9

ayat (2), yang berbunyi:

“Apabila suatu sengketa antara Para Pihak tidak dapat diselesaikan, maka sengketa tersebut akan, atas permintaan salah satu pihak, diajukan ke suatu pengadilan arbitrase”

Ayat (3), yang berbunyi:

“Pengadilan arbitrase tersebut akan dibentuk untuk masing-masing kasus. Dalam waktu tiga bulan setelah diterimanya tanda terima permintaan pengajuan arbitrase, masing-masing Pihak akan menunjuk satu anggota untuk menjadi anggota dari pengadilan arbitrase tersebut. Kedua anggota tersebut selanjutnya akan memilih seorang warga negara dari negara ketiga, yang berdasarkan persetujuan dari Para Pihak, akan ditunjuk menjadi Ketua dari pengadilan arbitrase tersebut. Ketua tersebut akan ditunjuk dalam waktu dua bulan setelah tanggal penunjukan dari anggota yang lain”.

¹²² Pasal 377 HIR dan Pasal 705 RBG, berbunyi:

“Jika orang Indonesia dan orang Timur Asing menghendaki perselisihan mereka diputuskan oleh juru pisah maka mereka wajib menuruti peraturan pengadilan perkara yang berlaku bagi bangsa eropa”

Pasal ini menegaskan kebolehan pihak-pihak yang bersengketa:

- Menyelesaikan sengketa melalui “juru pisah” atau arbitrase, dan
- Arbitrase diberi fungsi dan kewenangan untuk menyelesaikan dalam bentuk “keputusan”,
- Untuk itu, baik para pihak maupun arbitor atau arbiter, “wajib” tunduk menuruti peraturan hukum acara yang berlaku bagi bangsa atau golongan Eropa..Yahya Harahap, *Arbitrase Arbitrase Ditinjau dari: Reglemen Acara Perdat (Rv)Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recornition and Enforcement of Foreing Arbitration Award, PERMA No. 1 tahun 1990, (Edisi Kedua)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm: 1-2

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase dewasa ini makin banyak di gunakan baik secara nasional maupun penyelesaian sengketa internasional, karena:

- 1) Kelebihan penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang pertama dan terpenting adalah penyelesaiannya relatif lebih cepat daripada berperkara melalui pengadilan.

Dalam upaya arbitrase tidak dikenal upaya banding, kasasi, ataupun peninjauan kembali seperti yang dikenal dalam peradilan kita. Putusan arbitrase sifatnya final dan mengikat. Kecepatan dalam pengambilan keputusan sangat dibutuhkan oleh dunia usaha, walaupun dalam kenyataannya tidak semua penyelesaian sengketa melalui arbitrase dapat berjalan dengan cepat, sebagai contoh sengketa investor Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited dan PT Amco Indonesia terhadap Republik Indonesia dihadapan *ICSID* di Washington yang memakan waktu cukup lama yaitu, 12 (dua belas) tahun dan biaya yang luar biasa banyaknya bagi kedua belah pihak¹²³.

- 2) Keuntungan lainnya dari penyelesaian sengketa melalui arbitrase ini adalah sifatnya yang rahasia, baik kerahasiaan persidangannya maupun kerahasiaan putusannya.
- 3) Dalam penyelesaian arbitrase, para pihak memiliki kebebasan dalam melakukan pemilihan terhadap hakimnya (arbiter) yang menurut mereka netral dan ahli atau spesialis mengenai pokok sengketa yang mereka hadapi. Pemilihan arbiter sepenuhnya berada pada kesepakatan para pihak. Biasanya arbiter dipilih tidak saja karena mereka ahli, tetapi tidak juga harus selalu ahli hukum. Bisa saja menguasai bidang-

¹²³ Sudargo Gautama, *Arbitrase Bank Dunia tentang Penanaman Modal Asing di Indonesia dalam Perkara Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Alumni, 1994), hlm: 8
Contoh kasus lain ketika pihak Kolepapip pernah dituntut oleh Perusahaan Belanda melalui ICC di Paris. Karena usaha membuat pabrik industri pesawat terbang tidak dapat dilangsungkan,, berhubung dengan proyek “mercusuar” dari Orde Lama, maka pihak perusahaan Belanda yang menganggap dirugikan karena kontrak tidak dapat dilanjutkan, telah melakukan tuntutan arbitrase melalui ICC di Paris, jumlah ganti kerugian yang harus dibayar lumayan besar dan biaya arbitrase menurut tarif ICC yang tidak sedikit adanya..Sudargo Gautama, *Arbitrase Dagang Internasional*, (Bandung: Alumni, 1979), hlm: 6

bidang lainnya. Ia bisa saja insinyur, pimpinan perusahaan (manajer), ahli asuransi, ahli perbankan dan lain-lain.

- 4) Keuntungan lainnya dari badan arbitrase ini adalah dimungkinkannya para arbiter untuk menerapkan sengketa berdasarkan kelayakan dan kepatutan (apabila memang para pihak menghendaknya).
- 5) Dalam hal Arbitrase Internasional, putusan arbitrasenya relatif lebih dapat dilaksanakan di negara lain dibandingkan apabila sengketa tersebut diselesaikan melalui misalnya pengadilan. Hal ini dapat terwujud antara lain karena dalam lingkungan Arbitrase Internasional ada perjanjian khusus mengenai Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing¹²⁴.

Basanya, Arbitrase Internasional mempunyai prosedur yang hampir sama dengan hukum nasional, yaitu menyerahkan sengketa-sengketa tertentu kepada para arbiter, yang dipilih secara bebas oleh para pihak, mereka itulah yang memutuskan tanpa terlalu terikat pada pertimbangan-pertimbangan hukum. Namun, pengalaman yang diperlihatkan dalam praktek-praktek internasional bahwa beberapa sengketa yang menyangkut masalah hukum yang diserahkan kepada para arbiter. Sengketa-sengketa melalui arbitrase beraneka ragam sifatnya, termasuk diantaranya sengketa investasi¹²⁵.

Sering kali dalam perjanjian-perjanjian *BITs*, Arbitrase baik secara jelas tertulis maupun dituangkan secara tersirat mengenai arbitrase sebagai salah satu metode yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa apabila ada perselisihan dikemudian hari. Pengakuan secara Internasional mengenai putusan-putusan arbitrase dan salah satu metode penyelesaian sengketa internasional secara damai dapat dilihat dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang semakin banyak serta bermunculan lembaga-lembaga baik nasional maupun internasional terkait arbitrase.

¹²⁴ Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, *Op.Cit*, hlm:206-208

¹²⁵ J.G Strake, *Pengantar Hukum Internasional 2 (Edisi Kesepuluh)*, *Op.Cit*, hlm: 649-650

Penyelesaian sengketa *BITs* melalui arbitrase *Ad Hoc* atau lembaga arbitrase yang bersifat permanen (*permanent Body*), beberapa lembaga arbitrase internasional yang bersifat permanen yaitu:

a. *Court of Arbitration of The International Chamber of Commerce (ICC)*

Didirikan di Paris tahun 1919, pada dasarnya badan-badan arbitrase yang berwewasan internasional, merupakan ‘pusat’ perwasitan penyelesaian sengketa dibidang masalah tertentu antara para pihak yang berlainan kewarganegaraan dibidang perdagangan pada umumnya.

b. *The International Centre For Settlement of Investment Disputes (ICSID) dan lazim disingkat atau disebut sebagai “Center”*

Center merupakan badan arbitrase internasional yang lahir dari *Convention on Settlement of Investment Between States and The National of Other States*. Center menjadi pusat arbitrase internasional, khusus untuk menyelesaikan persengketaan (“*Joint Venture*”) atau penanaman modal antara suatu negara dengan warga negara asing. Didirikan pada tanggal 18 Maret 1965 dan mulai didirikan pada 14 Oktober 1966. Pendiriannya diprakarsai oleh World Bank (Bank Dunia) yang berpusat dan berkedudukan di Washington, Amerika Serikat. Tujuan pembentukannya adalah untuk melaksanakan ketentuan *Convention on Settlement of Investment Dispute Between State and National of Other State*. Dan dengan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara Dan Warganegara Asing Mengenai Penanaman Modal, Indonesia termasuk dalam anggota Konvensi. Pada bagian preamble, konvensi tersebut menjelaskan antara lain, didirikannya *Center (ICSID)* merupakan kebutuhan kerjasama internasional dalam perkembangan perekonomian dan sebagai aturan main dalam penanaman modal sektor swasta. Hal ini kemungkinan dengan adanya perbedaan pendapat berkenaan dengan penanaman modal antara anggota negara peserta konvensi. Dengan demikian diperlukan suatu cara-cara yang

berlandaskan tata cara internasional, jika para pihak mengendaki melalui persetujuan di bawah pengawasan Bank Pembangunan Dunia.

Contoh:

sengketa antara *investor asing dan host state* yang penyelesaiannya melalui *ICSID* yang dibentuk melalui Konvensi 1964, yaitu *APPL v Sri Lanka*, *Sothorn Pasific v Egypt* adalah dua contoh kasus yang banyak melahirkan prinsip-prinsip tanggung jawab negara dibidang penanaman modal asing¹²⁶.

Penyelesaian sengketa *BITs* antara Australia-Indonesia apabila tidak dapat diselesaikan melalui negosiasi maupun konsultasi maka para pihak mengajukan penyelesaian melalui pengadilan domestik *Host State* atau melalui mekanisme arbitase yang melalui lembaga *ICSID*¹²⁷.

c. *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*

Ketika perdagangan dunia semakin meluas secara dramatis pada tahun 1960-an, pemerintahan nasional menyadari aturan dan standar global untuk mengharmonisasi dan memodernisasi berbagai aturan nasional dan regional samapai sebagian besar diatur dalam perdagangan internasional. Mereka berpaling kepada PBB untuk memainkan peran penting untuk menghilangkan hambatan-hambatan hukum untuk aliran perdagangan internasional dan mendirikan *The United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL)*¹²⁸. *Rules* Arbitrase ini lahir berdasar resolusi Sidang Umum PBB pada tanggal 15 Desember

¹²⁶ Sefriani, *Op.Cit.*, hlm: 340

¹²⁷ Stuart G. Gross, *Inordinate Chill: Bits, Non-Nafta Mits, And Host-State Regulatory Freedom—An Indonesian Case Study*, Michigan Journal of International Law, University of Michigan Law School, 2003, hal: 15, penyelesaian sengketa *BITs* antara Australia-Indonesia melalui *UNCITRAL* diatur dalam pasal 11, Persetujuan Antara Pemerintah Australia dan Pemerintah Republik Indonesia *Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Indonesia concerning the Promotion and Protection of Investments)* yang diratifikasi dengan Indonesia, Keputusan Presiden Nomor 36 tahun 1993 tentang Pengesahan Persetujuan Antara Pemerintah Australia dan Pemerintah Republik Indonesia *Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1993 Nomor 37)*

¹²⁸ *UNCITRAL Leaflet, United Nations Commission On International Trade Law (Uncitral) Legal Body With Universal Membership Specializing In Law Reform Worldwide.*

1976. Resolusi tersebut berisi anjuran kepada dunia arbitrase agar dalam melaksanakan kegiatan arbitrase dipergunakan dan diterapkan *UNCITRAL Arbitration Rules* disusun oleh Panitia PBB yang berisi peraturan mengenai arbitrase yang dianggap dapat diterima oleh segala pihak masyarakat internasional yang sistem hukum sosialnya berbeda. Indonesia adalah salah satu negara yang menandatangani resolusi tersebut. Dengan demikian *rules* tersebut sudah termasuk sistem dalam tata hukum Indonesia.

Resolusi PBB yang melahirkan *UNCITRAL Arbitration Rules* adalah resolusi 31/98 tanggal 14 Desember 1976, isi resolusi tersebut antara lain, mengakui manfaat arbitrase sebagai salah satu cara penyelesaian persengketaan dalam sengketa perdagangan internasional¹²⁹. Penyelesaian sengketa melalui *UNCITRAL* yang dilatar belakangi untuk menghilangkan hambatan-hambatan hukum dalam perdagangan internasional dalam perkembangannya banyak juga dimasukkan kedalam perjanjian-perjanjian investasi khususnya perjanjian-perjanjian *BITs* sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa yang terjadi antar pihak yang melakukan perjanjian. Sebagai beberapa negara yang memasukan *UNCITRAL* sebagai lembaga alternatif penyelesaian sengketa, contoh Persetujuan Antara Pemerintah Federasi Rusia Dan Pemerintah Republik Arab Mesir Mengenai Mendorong dan Melindungi Investasi¹³⁰, Persetujuan Antara Republik Federal Demokrasi Ethiopia Dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal¹³¹. Perjanjian Antara Amerika Serikat dan Republik Armenia

¹²⁹ Yahya Harahap, *Op.Cit*, hlm: 107-108

¹³⁰ Lihat Pasal 10 Ayat (2) Huruf (b).. Persetujuan Antara Pemerintah Federasi Rusia dan Pemerintah Republik Arab Mesir mengenai Mendorong dan Perlindungan Modal Investasi (*Agreement Between The Government Of The Russian Federation And The Government Of The Arab Republic Of Egypt On The Encouragement And Mutual Protection Of Capital Investments*)

¹³¹ Lihat pasal 8 ayat (2) huruf (b).. Persetujuan Antara Pemerintah Republik Federal Demokrasi Ethiopia dan Pemerintah Federasi Rusia mengenai Peningkatan dan Perlindungan Timbal baik Penanaman Moda (*Agreement Between The Government Of The Federal Democratic Republic Of Ethiopia And The Government Of The Russian Federation On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments*)

Tentang Mendorong dan Perlindungan Timbal-balik Investasi¹³²,
Persetujuan Antara Pemerintah Inggris dan Pemerintah Republik Angola
Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal¹³³.

6. Penyelesaian Melalui *International Court of Justice*

Penyelesaian sengketa *BITs* dengan cara damai lainnya, yaitu penyelesaian sengketa *BITs* melalui *International Court of Justice*. Sebagai sebuah lembaga di bawah Organisasi Internasional¹³⁴ (PBB), Penyelesaian sengketa melalui *International Court of Justice* umumnya ditempuh apabila penyelesaian melalui cara-cara yang ada secara diplomatik ternyata tidak berhasil¹³⁵. Satu-satunya organ umum untuk menyelesaikan melalui mekanisme yudisial yang tersedia pada masyarakat internasional pada saat ini. *International Court of Justice* yang dikukuhkan pada tanggal 18 April 1946. *International Court of Justice* dibentuk berdasarkan Bab IV (Pasal 92-96) Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa yang dirumuskan di San Fransisco pada tahun 1945. Yurisdiksi dari *International Court of Justice*, adalah:

- a. Bagi negara-negara (Anggota-anggota atau bukan anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa) peserta Statuta; dan
- b. Bagi negara-negara lain dengan syarat-syarat yang ditentukan Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa, tunduk pada ketentuan-

¹³² Lihat Pasal 6 ayat (3) huruf (a) (iii).. Perjanjian Antara Amerika Serikat dan Republik Armenia tentang Mendorong dan Perlindungan Timbal Balik Penanaman Modal (*Treaty Between The United States Of America And The Republic Of Armenia Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment*)

¹³³ Lihat Pasal 9 ayat (2) huruf (c).. Persetujuan Antara Pemerintah Inggris Raya dan Pemerintah Republik Angola untuk Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Angola for the Promotion and Protection of Investments*)

¹³⁴ Organisasi Internasional merupakan suatu persekutuan negara-negara yang dibentuk dengan persetujuan antar negara para anggotanya dan mempunyai sistem yang tetap atau perangkat badan-badan yang tugasnya adalah untuk mencapai tujuan para anggotanya dengan cara mengadakan hubungan kerjasama para anggotanya. (M. Virally, *Definition and Clasification of International Organization*, in G. Abi-Saab (ed.) *The Concept International Organization*, 51, 1981 sebagaimana dikutip oleh Sumaryo Suryokusumo, *Op.Cit*, hlm: 1

¹³⁵ Gerald Cooke, *Dispute Resolution in International Trading*, in Jonathan Reuvid (ed), *The Strategic Guide to International Trade*, (London: Kogan Page, 1997), hlm: 196, sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, *Op.Cit*, hlm: 210

ketentuan khusus yang dimuat dalam traktat-traktat yang berlaku dan syarat-syarat itu tidak untuk menempatkan para pihak dalam kedudukan yang tidak sama di hadapan Mahkamah (Pasal 35 Statuta).

Yurisdiksi Mahkamah ada dua macam:

- a. Untuk memutuskan perkara-perkara pertikaian (*contentious case*)
- b. Untuk memberi opini nasehat (*advisory opinion*)

Pada prinsipnya, dalam kasus-kasus pelaksanaan yurisdiksi Mahkamah mensyaratkan adanya persetujuan dan pengakuan para pihak yang bersengketa. Pengakuan dapat melalui beberapa cara, sebagai berikut:

- a. Melalui suatu akta atau perjanjian (*acta compromise*), akta dapat dibuat setelah sengketa muncul seperti dalam special agreement antara Indonesia – Malaysia 1997 yang menyatakan kesepakatan kedua negara menyerahkan sengketa Sipandan dan Ligitan kepada *International Court of Justice*. Akta juga dapat dibuat untuk sengketa yang mungkin terjadi dikemudian hari.
- b. Melalui klausul pilihan (*optional clause*) negara pihak statuta *International Court of Justice* setiap saat dapat menandatangani klausul pilihan yang menegaskan pengakuannya terhadap yurisdiksi *International Court of Justice*
- c. Melalui pengakuan secara diam-diam. Pengakuan terhadap yurisdiksi *International Court of Justice* dapat dilakukan secara diam-diam, tidak tegas atau tersirat dari sikap suatu negara, negara tidak menolak, mengirimkan argumen-argumen hukum pembelaan diri ke *International Court of Justice* dapat diartikan menerima yurisdiksi *International Court of Justice*. Hal ini disebut sebagai Doktrin Prorogatum¹³⁶.

Sengketa hukum yang dapat diajukan melalui *International Court of Justice*, menyangkut:

- a. Penafsiran perjanjian

¹³⁶ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional (Cetakan Kedua)*, (Bandung: Sinar Grafika), hlm: 71 sebagaimana dikutip oleh Sefriani, *Op.Cit*, hlm: 346

- b. Setiap masalah hukum internasional
- c. Eksistensi suatu fakta yang jika terjadi akan merupakan pelanggaran kewajiban hukum internasional
- d. Sifat dan ruang lingkup ganti rugi yang dibuat atas pelanggaran kewajiban hukum internasional¹³⁷.

Menurut Statuta Pasal 36 ayat (1), Mahkamah memiliki yurisdiksi terhadap semua perkara yang diajukan oleh para pihak; pengajuan tersebut biasanya dilakukan dengan memberikan pemberitahuan Perjanjian Bilateral (dalam hal ini *BITs*) yang dinamakan *compromis*¹³⁸.

Hakim Mahkamah Internasional terdiri dari lima belas hakim yang dipilih Majelis Umum Dewan Keamanan dan nama-nama mereka diambil dari daftar yang ada pada Mahkamah Tetap Arbitrasi (pasal 4 Statuta *International Court of Justice*)¹³⁹.

Syarat-syarat hakim *International Court of Justice*:

- a. Hakim tidak boleh mewakili/mempunyai kewarga negaraan yang sama (pasal 10 [3] Statuta *International Court of Justice*)
- b. Hakim dipilih untuk masa jabatan sembilan tahun dan dapat dipilih kembali (pasal 13 [1] Statuta *International Court of Justice*)
- c. Mahkamah akan menunjuk ketua dan wakil ketua untuk masa jabatan tiga tahun dan mereka dapat dipilih kembali, Mahkamah akan menunjuk paniteranya dan dapat menunjuk perjabat-pejabat jika diperlukan (pasal 21 Statuta *International Court of Justice*)
- d. Untuk menjaga agar hakim-hakim bertindak adil dan dapat mencurahkan segala tenaga dan fikirannya, maka hakim tidak boleh menjalankan tugas politik/administrasi atau terikat pada pekerjaan lain (Pasal 16 Statuta *International Court of Justice*)

¹³⁷ *Ibid*, hlm:347

¹³⁸ J.G Strake, *Pengantar Hukum Internasional 2 (Edisi Kesepuluh)*, *Op.Cit*, hlm: 651-655, lihat juga Mark S. Bergman, *Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination Of The Evolution And Significance Of The U.S. Prototype treaty*, New York , the (New York University: University Journal of International Law and Politics, 1983), hlm: 10

¹³⁹ Sri Setianingsih Suardi, *Pengantar Organisasi Internasional*, (Jakarta: UI-Press, 2004), hlm:318

- e. Pasal 17 Statuta *International Court of Justice* menetspskn bshwa hakim tidak boleh menjadi wakil, penasehat dari suatu perkara,
- f. Untuk melindungi hakim dari tekanan politik maka hakim tidak dapat diberhentikan kecuali bila pendapat dari seluruh hakim menyatakan bahwa ia sudah tidak memenuhi syarat sebagai hakim (pasal 18 Statuta *International Court of Justice*)
- g. Sebelum menjalankan tugasnya, hakim harus mengambil sumpah jabatan bahwa ia akan menjalankan tugasnya dengan tidak memihak dan dengan seksama (*impartiialland conscientiously*) (pasal 20 Statuta *International Court of Justice*)¹⁴⁰.

International Court of Justiice dalam praktiknya hanya sekitar 4-5 perkara yang diajukan ke lembaga ini pertahun.

Menurut penelitian, masyarakat internasional menyelesaikan sengketanya melalui *International Court of Justiice* karena beberapa faktor, yaitu:

- a. Proses melalui *International Court of Justiice* hanya ditempuh sebagai jalan terakhir apabila semua jalan lain mengalami kemacetan;
- b. Proses melalui *International Court of Justiice* memakan waktu yang cukup lama dan biaya yang cukup tinggi, karena biasanya hanya kasus-kasus besar yang dibawa ke *International Court of Justiice*;
- c. *International Court of Justiice* tidak memiliki yurisdiksi yang wajib (*compulsory jurisdiction*)¹⁴¹.

Meskipun relatif sedikit kasus yang ditangani oleh *International Court of Justiice*, namun demikian kontibusi *International Court of Justiice* tidak diragukan lagi¹⁴².

¹⁴⁰ *Ibid*, hlm: 319

¹⁴¹ Alina Kaczornwska, *Texbook: Public International Law*, Old Balley Press, London, 2002, hlm: 353 sebagaimana dikutip oleh Sefriani, *Op.Cit*, hlm: 342

¹⁴² Mohd. Burhan Tsani, *Hukum dan Hubungan Internasional (cetakan pertama)*, (Jogjakarta: Liberty, 1990), hlm: 107 sebagaimana dikutip oleh Sefriani, *Op.Cit*, hlm: 343-3444

BAB IV

STUDI KASUS

Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Russian Federation On Promotion And Protection Of Investment*)¹⁴³

Penulis mengambil Studi kasus Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal dilatar belakangi karena penulis beranggapan hal ini menarik untuk diambil sebagai studi kasus karena dilatar belakangi keran adanya perbedaan ideologi kedua negara dan sistem pemerintahannya, Rusia yang lebih condong berideologi komunis yang cenderung tertutup dan otoriterian sedangkan indonesia yang berideologi pancasila dan cenderung demokratis. Berikut akan dibahas mengenai bagian-bagian dari perjanjian tersebut.

A. Preamble

Sebelum mencapai pemahaman mengenai persyaratan perjanjian para pihak yang melakukan kontrak membuat “preamble” yang berisi mengenai catatan terkait prinsip-prinsip internasional. Untuk mengintensifkan kerjasama dibidang ekonomi antara kedua negara, untuk memelihara kondisi investasi yang wajar dan adil oleh negara atau perusahaan pada teritori negara yang lain. Pada umumnya “preamble” mengakui promosi dan perlindungan

¹⁴³ Perjanjian ini disahkan 6 September 2007 dan mulai di ratifikasi pada tanggal 5 Maret 2009 melalui Indonesia, Peraturan Presiden Nomor 7 tahun 1999 tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Russian Federation On Promotion And Protection Of Investment*) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 51)

Jumlah nilai Investasi Rusia di Indonesia dalam rentang waktu 1 Januari 1990 sampai dengan 31 Desember 1999, hanya 360.000 US Dollar, , *Data Realisasi Investasi Penanaman Modal Asing Menurut Negara* (Priode Laporan : 01/01/1990 s.d 31/12/2009), (Badan Koordinasi Penanaman Modal RI)

investasi melalui perjanjian dapat menstimulasi inisiatif privat dan meningkatkan perekonomian kedua negara¹⁴⁴.

Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia (selanjutnya disebut sebagai “**para pihak**”),

Mengingat hubungan persahabatan dan kerjasama yang ada antara kedua Negara;

Bermaksud untuk menciptakan kondisi yang menguntungkan bagi penanaman modal oleh penanam modal dari salah satu pihak dalam wilayah pihak lainnya

Mengakui bahwa peningkatan dan perlindungan penanaman modal berdasarkan persetujuan ini akan mendorong masuknya modal dari kedua negara;

TELAH MENYETUJUI hal-hal sebagai berikut:

Preamble *BITs* antara Republik Indonesia dengan Pemerintah Federasi Rusia, menjelaskan mengenai maksud dari perjanjian bilateral kedua negara yaitu untuk menciptakan kondisi yang menguntungkan para pihak dengan adanya investasi di kedua negara.

B. Definisi

Seluruh perjanjian bilateral tanpa terkecuali sebagai pengantar dengan mendefinisikan istilah-istilah dasar, definisi istilah-istilah penting termasuk: “*investor*,” “*nationals*,” “*corporations*,” “*investment*,” “*profits*,” and “*territory*.”

Istilah “*investor*” menandakan orang pribadi atau badan hukum sebagai pihak yang melakukan kontrak yang mana sedang melakukan atau sudah melakukan investasi pada teritori yang lainnya.

“*Investment*” didefinisikan dalam beberapa cara. Namun pada umumnya diidentifikasi berdasarkan aset atau pemasukan dalam bentuk uang atau pelayanan, yang di investasikan atau diinvestasikan kembali dalam

¹⁴⁴ Jose Luis Siqueiros, *Bilateral Treaties On The Reciprocal Protection Of Foreign Investment*, (California Western School of Law: California Western International Law Journal, 1994), hlm: 3

sektor ekonomi. Lebih lanjut BITs mengharuskan bahwa aset atau input harus disesuaikan dengan hukum negara penerima¹⁴⁵.

Konsep dari “*Profits*” (disebut “*earnings*” dalam beberapa perjanjian) menggambarkan jumlah dari realisasi investasi, seperti pembagian pendapatan, dividen, bunga, biaya lisensi, royalti, hak cipta, paten dan kompensasi.

“*Territory*” menetapkan teritorial nasional dan perairan masing-masing pihak, serta Zona Ekonomi Eksklusif dan Batas Landas Kontinen¹⁴⁶. Dalam persetujuan antara Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia tentang Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal, mengenai Definisi diatur dalam:

Pasal 1

Definisi

Untuk maksud persetujuan ini :

- a) Istilah “**penanaman modal**” akan berarti untuk masing-masing pihak:
 - (i). Perorangan yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan salah satu pihak, dianggap sebagai warga Negara dari Pihak tersebut;
 - (ii). Badan hukum yang dibentuk atau didirikan berdasarkan hukum dan peraturan perundang-undangan salah satu pihak dan mempunyai kedudukan diwilayah dari para pihak tersebut;
- b) Istilah “**penanaman modal**” akan berarti sebagai segala bentuk aset yang ditanamkan oleh para penanam modal dari satu Pihak ke Pihak yang lain sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan Pihak yang lain tersebut, yang termasuk tetapi tidak terbatas pada:
 - (i). Benda bergerak dan tidak bergerak termasuk hak-hak kebendaan lainnya, termasuk hak hipotek, hak gadai atau jaminan;

¹⁴⁵ Di Indonesia diatur mengenai bidang usaha yang tertutup dan terbuka bagi penanam modal asing, yaitu: produksi senjata, mesiu, alat peledak, dan peralatan perang, dan bidang usaha yang secara eksplisit dinyatakan tertutup berdasarkan undang-undang.. Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 *tentang Penanaman Modal* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67), pasal 12 ayat (2)

¹⁴⁶ Jose Luis Siqueiros, *Bilateral Treaties On The Reciprocal Protection Of Foreign Investment*, (California Western School of Law: California Western International Law Journal, 1994), hlm:3-4

- (ii). Saham, efek dan membantu penyertaan modal lainnya dari badan hukum;
- (iii). Tagihan atas uang yang ditanam dengan tujuan menciptakan nilai ekonomi atau yang berdasarkan suatu kontrak mempunyai nilai ekonomi yang terkait dengan penanam modal;
- (iv). Hak kekayaan intelektual, termasuk tetapi tidak terbatas pada hak cipta, hak paten, hak disain industri, model, hak merek dagang dan merek jasa, informasi teknologi yang mempunyai nilai komersial dan *'know how'*
- (v). Hak-hak yang diberikan berdasarkan hukum atau berdasarkan kontrak yang diberikan kepada kegiatan usaha yang terkait khususnya dengan eksplorasi, pembangunan, ekstraksi dan eksploitasi sumber daya alam.

Setiap perubahan bentuk suatu aset yang ditanamkan atau ditanamkan kembali tidak akan mempengaruhi karakteristiknya sebagai penanam modal selama perubahan tersebut tidak bertentangan dengan hukum dan peraturan perundang-undangan dari Pihak di wilayah dimana penanaman modal tersebut dilakukan;

- c) Istilah "**pendapatan**" akan berarti sebagai nilai yang diperoleh dari satu penanam modal, termasuk tetapi tidak terbatas pada : laba, bunga, keuntungan, modal, deviden, royalti dan imbalan;
- d) Istilah "**wilayah dari salah satu Pihak**" akan berarti :
 - (i). Dalam hubungannya dengan Federasi Rusia :
Wilayah Federasi Rusia termasuk zona ekonomi eksklusif dan landasan kontinennya yang ditetapkan sesuai dengan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa mengenai Hukum Laut (1982);
 - (ii). Dalam hubungannya dengan Republik Indonesia :
Wilayah Republik Indonesia, sesuai dengan ketentuan hukum internasional dan hukum Nasional Republik Indonesia, yang terdiri dari wilayah daratan, lau teritorial sebagaimana dasar laut dan tanah di bawahnya, perairan kepulauan, perairan pedalaman dan ruang

udara di atasnya dan laut teritorial dimana Indonesia memiliki kedaulatan, dan zona ekonomi eksklusif dan landas Kontinen dimana Indonesia memiliki hak berdaulat sesuai dengan Konvensi Perserikatan Bangsa-bangsa mengenai Hukum Laut (1982) ;

- e) Istilah “**mata uang yang bebas dikonversikan**” akan berarti setiap mata uang yang ditentukan oleh Dana Moneter Internasional, dari waktu ke waktu sebagai mata uang yang bebas dikonversikan sesuai dengan *Articles Of Agreement Of International Monetary Fund* beserta perubahan-perubahannya;
- f) Istilah “**hukum dan peraturan perundang-undangan dari salah satu Pihak**’ akan berarti hukum dan peraturan peundang-undangn Republik Indonesia atau hukum dan peraturan perundang-undangan Federasi Rusia.

C. Peningkatan dan Perlindungan Terhadap Penanaman Modal

Fungsi dari *BITs* yaitu dengan cara memberikan jaminan pelayanan penanaman modal oleh pemerintah dan mengurangi pembatasan pengiriman modal dan uang. *BITs* tidak hanya penting sebagai alat untuk melindungi investor tetapi instrumen dari kebijakan yang sangat pernting. *BITs* dapat mempengaruhi pembangunan regional dan multilateral. Terkadang *BITs* dipersiapkan oleh suatu negara yang mencerminkan posisi mereka dan harapan mengenai aturan mengenai aturan internasional investasi asing yang secara langsung dan standarnya. *BITs* juga dapat mempengaruhi hukum nasional. Oleh karena itu kritik merupakan hal yang penting untuk memonitor evolusi substansi dari ketentuan *BITs*¹⁴⁷. Penting kiranya telaah mengenai Peningkatan Perlindungan atas Penanaman Modal Persetujuan Antara Pemerintah Indoensia dan Pemerintah Federasi Rusia mengenai Peningkatan Penanaman Modal, khususnya pasal 2,

¹⁴⁷ Calvin A. Hamilton dan Paula I. Rochwerger, *Trade And Investment: Foreig Direct Investment Through Bilateral And Multilateral Treaties*, (New York International Law Review: by New York State Bar Association; Calvin A. Hamilton, 2005), hlm: 3

Pasal 2

Peningkatan dan Perlindungan atas Penanaman Modal

1. Masing-masing Pihak akan meondorong untuk menciptakan kondisi yang menguntungkan bagi penanaman modal dari Pihak lain untuk menanamkan modalnya diwilayahnya dan mengizinkan penanaman modal tersebut sesuai dengan peraturan perundang-undangan Pihak yang disebut pertama.
2. Masing-masing Pihak, sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan Pihak tersebut, akan memberikan perlindungan terhadap penanaman modal dari penanam modal dari Pihak yang lain diwilayahnya.

Kodisi yang menguntungkan yang dapat diciptakan bagi penanam modal di Indonesia dapat berupa memberikan fasilitas terhadap penanam modal¹⁴⁸, yaitu Indonesia yang dapat berupa:

- a) pajak penghasilan melalui pengurangan penghasilan neto sampai tingkat tertentu terhadap jumlah penanaman modal yang dilakukan dalam waktu tertentu¹⁴⁹;
- b) pembebasan atau keringanan bea masuk atas impor barang modal, mesin, atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri;
- c) pembebasan atau keringanan bea masuk bahan baku atau bahan penolong untuk keperluan produksi untuk jangka waktu tertentu dan persyaratan tertentu;
- d) pembebasan atau penangguhan Pajak Pertambahan Nilai atas impor barang modal atau mesin atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri selama jangka waktu tertentu;
- e) penyusutan atau amortisasi yang dipercepat; dan

¹⁴⁸ Pemberian fasilitas terhadap penanaman modal dikecualikan terhadap Penanaman Modal yang tidak berbentuk Perseroan Terbatas..Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2007 Nomor 67), pasal 19

¹⁴⁹ Pembebasan atau pengurangan pajak penghasilan badan dalam jumlah dan waktu tertentu hanya dapat diberikan kepada penanaman modal baru yang merupakan industri pionir, yaitu industri yang memiliki keterkaitan yang luas, memberi nilai tambah dan eksternalitas yang tinggi, memperkenalkan teknologi baru, serta memiliki nilai strategis bagi perekonomian nasional..Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2007 Nomor 67), pasal 18 ayat (5)

- f) keringanan Pajak Bumi dan Bangunan, khususnya untuk bidang usaha tertentu, pada wilayah atau daerah atau kawasan tertentu¹⁵⁰.
- g) Bagi penanaman modal yang sedang berlangsung yang melakukan penggantian mesin atau barang modal lainnya, dapat diberikan fasilitas berupa keringanan atau pembebasan bea masuk¹⁵¹.

Selain dari fasilitas yang diberikan maka Indonesia juga memberikan perlindungan hukum dan perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing tanpa adanya diskriminasi¹⁵²

D. Perlakuan Penanaman Terhadap Modal, Pengambil Alihan dan Ganti Kerugian

Prinsip resiko penanaman asing datang dari sesuatu yang seragam dan dapat diidentifikasi. Hal ini datang dari perubahan rezim, perubahan kondisi politik dan kebijakan ekonomi *Host State*. Hak dari suatu negara untuk mengubah kebijakannya diakui oleh hukum internasional modern. Yang merupakan atribut dari kedaulatan suatu negara. Ketika suatu negara melakukan perubahan terhadap kebijakannya maka hal ini merupakan ancaman terhadap penanaman modal asing.

Beberapa kondisi yang menyebabkan ancaman dari penanaman modal asing, 1). *Ideological Hostility*, dalam sebuah negara yang membuka pintunya untuk modal asing dengan harapan ekonomi mereka dapat didorong oleh investasi asing, disana terdapat elemen politik yang bersifat antagonis terhadap investasi asing. Dimana kelompok tersebut percaya untuk menentang investasi asing dengan kekuasaan/kekuatan, hal ini dapat diartikan sebagai ancaman bagi investasi asing. 2). *Nationalism*, sentimen nasionalisme mungkin merupakan sikap yang dapat menjadi ancaman bagi investasi asing.

¹⁵⁰ Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67), pasal 18 ayat (4)

¹⁵¹ *Ibid*, pasal 18 ayat (6)

¹⁵² *Ibid*, pasal 3, ayat (1) huruf (b) dan pasal 4 ayat (2)

Khususnya ketika kondisi ekonomi *Host Country* semakin meurun, sedangkan investor asing sejahtera dan terlihat mengontrol ekonomi dan keinginan untuk mengembalikan keuntungan pihak asing akan menjadi phobia masyarakat. 3). *Change in the Industry Patterns*, ketika perubahan dalam dunia industri maka akan membawa perubahan kebijakan global, khususnya pola kepemilikan dalam industri, kepentingan dari investor asing akan mengalami kesulitan diseluruh dunia. 4). *Contract Made by Previous Regime*, pemerintahan yang baru mungkin akan mengubah kontrak investasi yang dilakukan oleh pemerintahan yang sebelumnya. ini mungkin saja terjadi khususnya ketika terdapat tuduhan terdapat kecurangan dalam kontrak atau dimana legitimasi dari pemerintahan sebelumnya diragukan oleh pemerintahan yang baru mengenai tujuan dasar. 6). *Onerous Contract*, risiko kontrak investasi asing yang menjadi berat untuk diterapkan¹⁵³.

Untuk itulah investor asing menginginkan perlindungan terhadap investasinya, baik mengenai pelayanan, perlindungan mengenai pengambil alihan, ganti kerugian dan lain sebagainya baik yang tertuang dalam perjanjian *BITs* maupun dalam hukum yang berlaku di *Host Country*. Dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal, pemerintah menjamin pemberlakuan yang sama terhadap penanam modal di Indonesia tanpa adanya diskriminasi terkecuali adanya hak istimewa berdasarkan perjanjian dengan Indonesia¹⁵⁴ perlakuan yang sama ini kemudian dituangkan dalam Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal, dalam pasal 3

Pasal 3

Perlakuan terhadap Penanaman Modal

1. Masing-masing Pihak akan menjamin dalam wilayahnya perlakuan yang adil dan wajar terhadap penanam modal yang dibuat oleh penanam modal dari pihak lainnya, terkait dengan manajemen, pemeliharaan, pemakaian, penggunaan atau pemberhentian suatu penanaman modal.

¹⁵³ M. Sonarajah, *The International Law On Foreign Investment*, dalam Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, *Loc. Cit*

¹⁵⁴ *Ibid*, pasal 7

2. Perlakuan sebagaimana dimaksud pada ayat 1 dalam pasal ini, akan sekurang-kurangnya sama menguntungkannya dengan perlakuan yang diberikan oleh Pihak diwilayah dimana penanaman modal dilakukan terhadap penanam modalnya sendiri sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan Pihak tersebut atau terhadap penanam modal dari penanam modal dari suatu Negara ketiga, yang mana si penanam modal menganggap lebih menguntungkan.
3. Masing-masing Pihak mempertahankan haknya untuk menerapkan dan untuk menetapkan sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan Pihak tersebut, pengecualian-pengecualian terhadap perlakuan nasional sebagaimana dimaksud pada ayat 2 dalam pasal ini.
4. Perlakuan *most favored nation* yang diberikan sesuai dengan ayat 2 dalam pasal ini tidak harus diartikan sehingga mewajibkan salah satu Pihak untuk memberikan terhadap penanaman modal dari penanam modal dari Pihak yang lain keuntungan dari perlakuan, preferensi atau hak istimewa yang mungkin diberikan oleh Pihak di mana penanaman modal dilakukan karena adanya :
 - a) Suatu kesatuan pabean, atau kawasan perdagangan bebas, atau kesatuan moneter, atau perjanjian internasional yang mengarah ke suatu kesatuan dimana suatu Pihak yang disebut terdahulu adalah atau akan menjadi Pihak;
 - b) Perjanjian-perjanjian untuk penghindaran pajak berganda atau pengaturan-pengaturan lainnya yang berhubungan dengan perpajakan;
 - c) Perjanjian-perjanjian yang telah dibuat oleh Federasi Rusia dan negara-negara lain yang sebelumnya pernah menjadi bagian dari Republik Sosialis Uni Sovyet.
5. Tanpa mengurangi makna dari ketentuan-ketentuan dalam Pasal 4,5 dan 8 dari Persetujuan ini, Para Pihak tidak memberikan perlakuan yang lebih baik dari perlakuan yang diberikan oleh masing-masing Pihak berdasarkan Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (Persetujuan WTO) yang ditandatangani tanggal 15 April 1994, termasuk kewajiban-kewajiban pada Persetujuan Umum Perdagangan dalam Jasa (*GATS*).

Dalam semua studi mengenai perjanjian bilateral, ada sesuatu yang seragam. Dalam setiap kontrak para pihak sepakat untuk tidak mengambil tindakan baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan pengambil alihan atau nasionalisasi hal ini untuk menghindari resiko-resiko yang mungkin terjadi dalam investasi, beberapa situasi yang beresiko yang mungkin terjadi, yaitu kebencian ideologi, sentimen nasionalisme, perubahan bentuk industri, kontrak dibuat oleh rezim

sebelumnya dan kontrak yang memberatkan¹⁵⁵. Hal-hal tersebut dapat dilakukan jika kondisi-kondisi dibawah ini ditemukan:

- a. Apabila konsideran perjanjian tersebut mengganggu kepentingan umum atau kepentingan nasional.
- b. Langkah-langkah tersebut harus disesuaikan dengan ketentuan-ketentuan hukum internasional.
- c. Ketentuan-ketentuan tersebut tidak bersifat diskriminasi dan tidak bertentangan dengan komitmen khusus yang disepakati para pihak.
- d. Mendapatkan pembayaran yang layak dan efektif.
- e. Besarnya kompensasi harus sesuai dengan nilai riil dengan dampak yang terjadi saat terjadinya nasionalisasi
- f. Kompensasi harus dibayarkan dengan mata uang yang mudah untuk ditukarkan.
- g. Instrumen harus membayarkan bunga reguler yang ada pada waktu pembayaran.
- h. Pembayaran tersebut harus bebas ditransferkan ke tempat yang mempunyai hak menerima transfer¹⁵⁶.

Penundaan pembayaran ganti kerugian mungkin saja terjadi, oleh karena itu penggantian kerugian akibat investasi antar negara umumnya mengakibatkan negara yang harus membayar dengan penundaan dikenakan bunga dengan standar *the London Interbank Offered Rate (LIBOR)*¹⁵⁷. Untuk menjamin adanya kepastian hukum mengenai perlindungan penanaman modal antara

¹⁵⁵ Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, *Op.Cit*, hlm: 905-908

¹⁵⁶ Jose Luis Siqueiros, *Bilateral Treaties On The Reciprocal Protection Of Foreign Investment*, (California Western School of Law: California Western International Law Journal, 1994), hlm: 5

¹⁵⁷ Tiga ratus enam puluh triliun dollar merupakan nilai dari produk keuangan yang di indeks di *the London Interbank Offered Rate (LIBOR)*, yang dikalkulasikan setiap hari oleh *The British Bankers' Association (BBA)*. LIBOR digunakan untuk membentuk tingkat bunga untuk produk keuangan dalam spektrum yang luas.. Justin T. Wong, *Libor Left In Limbo; A Call For More Reform*, (North Carolina Banking Institute, 2009), hlm: 1

Indonesia dengan Federasi Rusia, maka dalam pasal 4 dan 5 Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia diatur mengenai pengambil alihan dan ganti kerugian, hal ini merupakan tindakan pencegahan kemungkinan yang terjadi antara kedua negara.

Hal ini, dalam Persetujuan Antara Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia diatur dalam:

Pasal 4 Pengambil-alihan

1. Penanaman modal dari penanam modal dari salah satu Pihak yang dibuat di wilayah Pihak yang lain tidak akan dinasionalisasi, diambil-alih atau menerima tindakan yang mempunyai akibat yang sama dengan nasionalisasi atau pengambil-alihan (untuk selanjutnya disebut "pengambil-alihan), kecuali tindakan-tindakan tersebut dilakukan demi kepentingan umum melalui prosedur yang sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan dari Pihak yang disebut terakhir, berdasarkan prinsip non diskriminasi dan dilanjutkan dengan suatu pembayaran ganti rugi yang cepat, memadai dan efektif.
2. Besarnya ganti rugi tersebut harus sesuai dengan harga pasar dari penanaman modal yang diambil-alih pada saat segera sebelum pengambil-alihan atau sebelum tanggal dimana pengambil-alihan tersebut menjadi diketahui umum, yang mana terdahulu. Ganti rugi tersebut akan dibayar dalam suatu mata uang yang bebas dikonversikan.
3. Ganti rugi harus dibayar tanpa penundaan. Dalam hal terjadi penundaan, ganti rugi tersebut akan juga mencakup bunga yang dihitung dari tanggal pengambil-alihan sampai dengan tanggal pembayaran sesuai dengan tingkat suku bunga yang setara dengan tingkat suku bunga komersial berdasarkan basis komersial, tetapi tidak lebih rendah dari tingkat suku bunga LIBOR pada suatu pinjaman dalam mata uang Dollar Amerika Serikat.

Pasal 5 Ganti Kerugian

Penanaman modal dari salah satu Pihak, yang penanaman modalnya di wilayah Pihak yang lain mengalami kerugian dikarenakan perang atau konflik bersenjata lainnya, revolusi, negara dalam keadaan darurat, pemberontakan, kerusakan atau huru-hara di wilayah Pihak yang disebut terakhir tersebut, dengan restitusi, indemnifikasi, ganti rugi, atau penyelesaian lainnya yang tidak lebih kurang menguntungkan daripada yang diberikan oleh Pihak yang disebut terakhir dimaksud kepada penanam modal dari Negaranya sendiri atau dari negara ketiga, yang mana yang lebih menguntungkan.

Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal menjamin bahwa pemerintah tidak akan melakukan nasionalisasi atau pengambil-alihan kepemilikan penanaman modal kecuali dengan undang-undang, dan dalam hal pengambil-alihan maka pemerintah akan memberikan kompensasi berdasarkan harga pasar, apabila tidak terjadi kesepakatan mengenai jumlah ganti rugi maka penyelesaiannya dilakukan melalui mekanisme arbitrase¹⁵⁸.

E. Transfer Pembayaran

Dalam investasi asing arus modal menjadi salah satu perhatian, selain dari teknologi, *skills*, yang dikombinasikan dengan faktor lokal dalam memproduksi barang baik untuk pasar lokal maupun untuk ekspor¹⁵⁹. Dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia jaminan adanya transfer masuk atau keluar wilayah Indonesia dijamin dalam Pasal 8 ayat (3) Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dan dalam semua ketentuan perjanjian bilateral secara tegas menetapkan kewajiban bagi para pihak yang melakukan kontrak untuk memberikan jaminan untuk bebas mentransfer *liquid assets* dalam mata uang yang bebas ditukarkan tanpa adanya penundaan. Secara khusus, perjanjian mengharuskan hal-hal berikut:

- a. Pendapatan investasi, termasuk laba, bunga, keuntungan penjualan barang modal, dividen, hak inventor dan royalti.
- b. Jumlah yang diperlukan untuk pembayaran kembali dari pinjaman kontrak reguler.
- c. Proses dari pembayaran kembali pinjaman, total atau sebagian dari likuidasi investasi termasuk keuntungan dari modal.
- d. Kompensasi dari nasionalisasi atau pengambilalihan.

¹⁵⁸ Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67), pasal 7

¹⁵⁹ Franklin R. Root, *International Trade and investment (fourth Edition)*, (Ohio: South-Western Publishing.co, 1978), hlm: 517

- e. Royalti yang diperoleh dari pembayaran lisensi dan bisnis, administratif atau bantuan teknik.
- f. Upah, gaji atau imbalan lain yang diterima oleh salah satu pihak untuk tenaga kerja atau kontrak jasa yang terkait dengan investasi yang sah¹⁶⁰.

Pasal 6
Transfer Pembayaran

1. Masing-masing Pihak akan menjamin kepada penanam modal dari Pihak yang lain dengan syarat telah dipenuhinya semua kewajiban-kewajiban fiskal dan sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan dari Pihak yang disebut pertama yang terkait dengan penanaman modal oleh penanam modal dari Pihak yang disebut terakhir, kebebasan transfer pada wilayahnya atau keluar dari wilayahnya yang berhubungan dengan penanaman modal tersebut, khususnya :
 - a) Dana tambahan yang ditujukan untuk memelihara atau meningkatkan penanaman modal;
 - b) Pendapatan dari investasi;
 - c) Penerimaan yang diperoleh dari penjualan dan likuidasi menyeluruh atau sebagian dari penanaman modal;
 - d) Dana untuk pembayaran kembali pinjaman yang terkait dengan penanaman modal;
 - e) Ganti rugi yang sudah dibayar sesuai dengan Pasal 4 dan 5 dari Persetujuan ini;
 - f) Imbalan yang diterima oleh perseorangan yang merupakan warga Negara dari Pihak yang lain yang mempunyai hak untuk bekerja dalam kaitannya dengan penanaman modal dari wilayah Pihak yang disebut pertama;
 - g) Jumlah yang diterima atau sudah dapat dibayar sebagai akibat dari penyelesaian sengketa sesuai dengan Pasal 8 dari persetujuan ini.
2. Pembayaran sebagaimana dimaksud pada ayat 1 dalam Persetujuan ini, akan dikonversikan ke dalam mata uang yang bebas dikonversikan, sesuai dengan tingkat suku bunga yang berlaku pada tanggal konversi. Transfer atas pembayaran tersebut dalam mata uang yang bebas dikonversikan akan diperbolehkan untuk dilakukan tanpa penundaan.
3. Konversi dan transfer sebagaimana dimaksud pada ayat 2 dalam pasal ini akan dilakukan sesuai dengan persyaratan yang ditentukan oleh hukum dan peraturan perundang-undangan dari Pihak di wilayah di mana penanaman modal dilakukan.

¹⁶⁰ Jose Luis Siqueiros, *Bilateral Treaties On The Reciprocal Protection Of Foreign Investment*, (California Western School of Law: California Western International Law Journal, 1994), hlm:6

F. Subrogasi

Asal-muasal subrogasi secara jelas tidak dapat dipastikan, apakah berasal dari Roma, Talmud atau hukum Prancis, bentuk subrogasi modern mulai dikenal pada abad ke 16 di Inggris. Doktrin ini digunakan berulang kali pada abad ke 17 dan 18 akan tetapi istilah “subrogasi” mulai rutin digunakan sejak pertengahan abad ke 19¹⁶¹.

Dalam *Black's Law Dictionary*, Subrogasi diartikan “1. The substitution of one party for another whose debt the party pays, entitling the paying party to rights, remedies, or securities that would otherwise belong to debtor. 2. The equitable remedy which such a substitution place. 3. The Principle under which an insurer that has paid a loss under an insurance policy is entitled to all the rights and remedies belonging to the insured against a third party with respect to any loss covered by the policy”¹⁶².

Sedangkan menurut Scott M. Aronson terdapat tiga tipe dasar dari subrogasi, yaitu *statutory subrogation*, yaitu subrogasi yang dikarenakan undang-undang, *conventional subrogation*, yaitu subrogasi yang muncul karena perjanjian para pihak dan *equitable subrogation* yaitu subrogasi yang muncul karena konsekuensi hukum yang terjadi dari tindakan dan hubungan para pihak¹⁶³. Menurut Arie S. Hutagalung, subrogasi adalah penggantian kreditor oleh pihak ketiga yang melunasi utang debitor¹⁶⁴.

Subrogasi yang ditetapkan dalam pasal-pasal, baik terhadap orang-orang penanggung utang maupun terhadap para debitur, subrogasi tersebut tidak dapat mengurangi hak-hak kreditur jika ia hanya menerima pembayaran sebagian; dalam hal ini ia dapat melaksanakan hak-haknya

¹⁶¹ Brendan S. Maher dan Radha A. Pathak, *Understanding And Problematising Contractual Tort Subrogation*, (Loyola University Chicago School of Law, 2008), hlm: 6

¹⁶² Bryan A. Garner, *Op.Cit*, hlm: 1467

¹⁶³ Scott M. Aronson, *Erisa's Equitable Illusion: The Unjust Justice Of Section 502(A)(3)*, (Chicago-Kent College of Law and Workplace Fairness: Employee Rights and Employment Policy Journal, 2005), hlm: 4

¹⁶⁴ Arie S. Hutagalung, *Bahan Perkuliahan Secured Transaction (Transaksi Berjamin)*, (Program Pasca Sarjana Universitas Indonesia)

mengenai apa yang masih harus dibayar kepadanya, lebih dahulu daripada orang yang memberinya suatu pembayaran sebagian¹⁶⁵. Dalam Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Pemerintah Federasi Rusia mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal, subrogasi diatur dalam:

Pasal 7 Subrogasi

Jika salah satu Pihak atau badan yang ditunjuknya melakukan pembayaran kepada penanam modal yang berasal dari Negaranya berdasarkan suatu jaminan perlindungan atas resiko-resiko non-komersial yang terkait dengan penanaman modal dari penanam modal tersebut di wilayah Negara dari Pihak yang lain, Pihak yang lain tersebut akan mengakui pengalihan segala hak atau klaim dari penanam modal dimaksud kepada Pihak yang disebut pertama atau badan yang ditunjuknya. Hak atau klaim tersebut tidak dapat melebihi hak atau klaim asli dari penanam modal yang dialihkan melalui subrogasi. Hak atau klaim tersebut akan dilaksanakan sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan dari Pihak yang disebut terakhir.

Yang dimaksud dengan subrogasi dalam perjanjian diatas dimana salah satu dari para pihak yang melakukan perjanjian (dalam hal ini Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia) atau badan yang ditunjuk melakukan pembayaran kepada investor berdasarkan pada *Guarantee of protection* , yang permbayaran tersebut dikarenakan resiko non komersial terkait investasi yang mereka lakukan di negara lain yang melakukan perjanjian (di wilayah Indonesia atau federasi Rusia), maka pihak yang tempat dilakukannya investasi tersebut mengakui klaim yang dilakukan investor kepada pihak pertama (yang membayar) baik itu negara atau badan yang ditunjuknya.

Memasukkan pasal terkait dengan subrogasi banyak dilakukan dibanyak negara, tidak hanya *BITs* antara Indonesia dengan negara lain, tetapi dibanyak negara berkembang dan di negara-negara maju seperti Inggris¹⁶⁶

¹⁶⁵ Pasal 1403.. KUH Perdata..R. Subekti dan Tjitro Sudibyo,*Op.Cit*, hlm:295

¹⁶⁶ Sebagai contoh lihat Perjanjian *BITs* antara Inggris dengan Republik *Chile* (*Agreement Between The Governement of The United Kingdom Of Great Britain And Nothern Ireland And Government Of The Republic Og Chile For The Promotion And The Protection Of Investment And Protocol*), pasal 9

di Pengadilan Amerika subrogasi digunakan dan dikembangkan dalam kasus-kasus jaminan, maritim, dan sengketa properti¹⁶⁷.

G. Penyelesaian Sengketa

Sebagaimana dapat dilihat dalam Konvensi Wina 1969 jika terjadi kecacatan dalam perjanjian maka pihak-pihak yang bersengketa harus mencari penyelesaian menurut cara-cara yang yang disebut dalam Pasal 33 Piagam PBB yang apabila para pihak bersengketa yang dapat membahayakan perdamaian dan keamanan internasional harus pertama-tama melakukan penyelesaian melalui, *Negosiasi*, *enquiry*, mediasi, konsoliasi, arbitrase dan Mahkamah Internasional atau cara-cara damai yang mereka pilih sendiri¹⁶⁸.

Pasal 32 ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 Tentang Penanaman Modal yang apabila terjadi sengketa antara penanam modal dan negara tuan rumah maka mengutamakan penyelesaian secara musyawarah dan mufakat¹⁶⁹, serta diperjanjian-perjanjian *BITs* dibanyak negara, yang umumnya mengedepankan penyelesaian sengketa investasi antara perusahaan dengan *Host Country* melalui mekanisme diplomatik antara pihak-pihak yang bersengketa.

Salah satu kunci inovasi pada banyak *BITs* adalah dimasukkannya ketentuan penyelesaian sengketa investor dengan *Host Country*. Peningkatan terhadap sengketa investasi semakin lama semakin tajam akhir-akhir ini. Investor juga menggunakan *BITs* untuk melakukan keberatan terhadap perlakuan negara tempat berinvestasi di seluruh negara berkembang. Arbitrase investor-negara berbeda secara mendasar dengan *traditional*

¹⁶⁷ Brendan S. Maher dan Radha A. Pathak, *Understanding And Problematising Contractual Tort Subrogation*, (Loyola University Chicago School of Law, 2008), hlm:5

¹⁶⁸ Lihat Pasal 33 ayat (1) *UN Charter*, yang berbunyi:
“*The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice*”.

¹⁶⁹ Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67), Pasal 32 ayat (1) berbunyi :
“Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat”..

international commercial arbitration karena arbitrase investor-negara berbasis pada kebohongan dalam perjanjian antar negara dari pada dalam perjanjian privat¹⁷⁰. Penyelesaian sengketa melalui cara-cara damai yang merupakan suatu ketentuan yang menjadi inovasi dari *BITs* telah dimasukkan dalam Persetujuan Antara Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia mengani Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal, dalam pasal 8 dan 9, dalam pasal 8 penyelesaian sengketa terkait antara investor dengan pihak yang melakukan persetujuan (negara) sedangkan pada pasal 9 merupakan penyelesaian antara piha-pihak yang melakukan perjanjian (Pemerintah Indonesia dengan Pemerintah Federasi Rusia).

Pasal 8

Penyelesaian Sengketa antara salah satu Pihak dengan Penanam Modal dari Pihak yang Lain

1. Setiap perselisihan yang terkait dengan penanaman modal antara penanam modal dari suatu Pihak dengan Pihak yang lain akan diselesaikan, sedapat mungkin, secara damai melalui negosiasi dan konsultasi.
2. Apabila perselisihan tersebut tidak dapat diselesaikan secara damai melalui negosiasi dan konsultasi dalam jangka waktu enam bulan sejak tanggal permintaan negosiasi dan konsultasi oleh salah satu pihak dalam sengketa tersebut, sengketa tersebut dapat diajukan berdasarkan pilihan dari penanam modal untuk diselesaikan:
 - a) Di pengadilan yang berwenang di Negara dari Pihak di wilayah di mana penanaman modal telah dilakukan; atau
 - b) Disuatu pengadilan *ad hoc* yang dibentuk berdasarkan Peraturan Arbitrasi dari Komisi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum Perdagangan Internasional (*UNCITRAL*); atau
 - c) Di Pusat Internasional untuk Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal, yang didirikan berdasarkan Konvensi tentang Penanaman Modal antara Negara dan Warga Negara dari Negara yang Lain yang ditandatangani di Washington DC pada tanggal 18 Maret 1965 dengan syarat bahwa Konvensi ini telah berlaku bagi kedua Para Pihak; atau sesuai dengan Pengaturan Fasilitas Tambahan dari Pusat Internasional untuk Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal dengan syarat bahwa Konvensi ini belum berlaku bagi salah satu Pihak atau keduanya.

¹⁷⁰ Calvin A. Hamilton dan Paula I. Rochwerger, *Trade And Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral And Multilateral Treaties*, (New York International Law Review: by New York State Bar Association, 2005), hlm: 12

3. Putusan Arbitrase akan bersifat final dan mengikat bagi para pihak dalam sengketa. Masing-masing Pihak menjamin pelaksanaan dari putusan tersebut sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan Pihak yang bersangkutan.

Pasal 9

Penyelesaian Sengketa antara Para Pihak

1. Setiap sengketa antara Para Pihak mengenai penafsiran atau pelaksanaan dari Persetujuan ini akan, sedapat mungkin, diselesaikan dengan konsultasi melalui saluran diplomatik.
2. Apabila suatu sengketa antara Para Pihak tidak dapat diselesaikan, maka sengketa tersebut akan, atas permintaan salah satu Pihak, diajukan ke suatu pengadilan arbitrase.
3. Pengadilan arbitrase tersebut akan dibentuk untuk masing-masing kasus. Dalam waktu tiga bulan setelah diterimanya tanda terima permintaan pengajuan arbitrase, masing-masing Pihak akan menunjuk satu anggota untuk menjadi anggota pengadilan arbitrase tersebut. Kedua anggota tersebut selanjutnya akan memilih seorang dari warga negara ketiga, yang berdasarkan persetujuan Para Pihak, akan ditunjuk menjadi ketua dari Pengadilan Arbitrase tersebut. Ketua tersebut akan ditunjuk dalam waktu dua bulan setelah tanggal penunjukan dari kedua anggota yang lain.
4. Apabila dalam jangka waktu sebagaimana ditentukan pada ayat 3 dalam pasal ini penunjukan-penunjukan yang diperlukan tidak dipenuhi, maka salah satu Pihak dapat, dalam hal tidak terdapat perjanjian khusus diantara Para Pihak, meminta Ketua Mahkamah Internasional (selanjutnya disebut "ICJ") untuk melakukan penunjukan yang diperlukan. Apabila Ketua ICJ adalah seorang warga Negara berhalangan untuk melaksanakan penunjukan tersebut, maka Wakil Ketua ICJ akan diminta untuk melaksanakan penunjukan tersebut. Bila Wakil Ketua ICJ tersebut adalah seorang warga Negara dari salah satu Pihak atau jika ia, berhalangan untuk melaksanakan penunjukan tersebut, maka anggota ICJ yang paling senior setelahnya yang bukan seorang warga Negara dari salah satu Pihak akan diminta untuk melaksanakan penunjukan yang diperlukan.
5. Pengadilan Arbitrase akan mengambil putusannya berdasarkan suara terbanyak. Putusan tersebut akan bersifat final dan mengikat bagi Para Pihak. Masing-masing Pihak akan menggugung biaya dari anggota pengadilan arbitrase yang ditunjuknya dan penasehat-penasehat hukumnya pada proses arbitrasenya. Biaya dari Ketua pengadilan arbitrase dan biaya-biaya lainnya akan ditanggung secara seimbang oleh Para Pihak. Namun demikian, dalam putusannya, pengadilan arbitrase dapat memutuskan bahwa proporsi biaya yang lebih besar supaya ditanggung oleh salah satu dari Para Pihak, dan putusan tersebut akan mengikat Para Pihak. Pengadilan arbitrase akan menentukan prosedurnya sendiri.

Penyelesaian sengketa melalui Peradilan *ad hoc* yang dibentuk berdasarkan Peraturan Arbitrasi dari Komisi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum Perdagangan Internasional (*UNCITRAL*) yang disusun dalam *UNCITRAL Arbitration Rules*, sebagaimana diatur dalam pasal 1 ayat (1) *UNCITRAL Arbitration Rules (as Revised in 2010)* dapat dilakukan apabila para pihak telah bersepakat untuk menyelesaikan penyelesaiannya melalui Lembaga Arbitrase *UNCITRAL*, baik melalui kontrak yang telah disepakati terlebih dahulu atau tidak. *UNCITRAL* sendiri tidak mendirikan suatu Lembaga Arbitrase (*Arbitral Institution*). Akan tetapi para pihak dapat memilih Lembaga Arbitrase (*Arbitral Institution*) yang ada untuk membantu mereka dalam menyelenggarakan arbitrase yang bersangkutan. Lembaga dalam hal demikian akan memakai *UNCITRAL Arbitration Rules* dan tidak memakai kaedah-kaedahnya sendiri. Dengan demikian maka arbitrase yang dilakukan itu akan merupakan suatu *ad hoc arbitration* yang diatur oleh lembaga-lembaga arbitrase yang sudah ada¹⁷¹.

Salah satu pihak atau Para Pihak yang berinisiatif untuk melakukan penyelesaian sengketa melalui arbitrase dalam hal ini melalui prosedur (*UNCITRAL*) yang selanjutnya disebut sebagai “*Pemohon*” harus memberitahukan kepada pihak lain atau Para Pihak lain yang selanjutnya disebut “*Termohon*” mengenai Pemberitahuan Arbitrase¹⁷². Proses Arbitrase dianggap melalui Prosedur *UNCITRAL* telah dimulai pada waktu tanggal Pemberitahuan Arbitrase diterima oleh Termohon¹⁷³, apabila dalam tenggang waktu 30 hari Para Pihak tidak menemui kesepakatan mengenai jumlah arbiter setelah Termohon menerima pemberitahuan arbitrase dan Para Pihak tidak setuju dengan adanya satu arbiter maka akan ditunjuk 3 (tiga) arbiter¹⁷⁴.

¹⁷¹ Sudargo Gautama, *Arbitrase Dagang Internasional*, (Bandung: Alumni, 1979), hlm:20

¹⁷² *UNCITRAL Arbitration Rules (As Revised In 2010)*, Pasal 3 ayat (1)

¹⁷³ *Ibid*, Pasal 3 ayat (2)

¹⁷⁴ *Ibid*, Pasal 3 ayat (7)..Menurut Madjedi Hasan, dalam hal Para Pihak tidak mempunyai kesepakatan mengenai jumlah arbiter, peraturan yang diatur dalam Peraturan BANI relatif lebih murah bila dibandingkan dengan peraturan yang diatur dalam *UNCITRAL Arbitration Rules* karena Ketua BANI wajib menunjuk orang yang akan menjadi arbiter tunggal, penunjukan mana tidak dapat ditolak atau diajukan keberatan oleh masing-masing pihak kecuali atas dasar alasan

Penyelesaian sengketa dalam perjanjian ini, hanya memasukkan penyelesaian sengketa secara damai melalui konsultasi, negosiasi (melalui saluran diplomatik) dan arbitrase melalui *UNCITRAL* sebagaimana dibanyak perjanjian *BITs* Indonesia dengan negara-negara lain selain Argentina. Penyelesaian Sengketa baik dalam sistem hukum internasional maupun sistem hukum Indonesia terdapat penyelesaian sengketa yang lain seperti Konsultasi, Mediasi dan lainnya¹⁷⁵ penggunaan penyelesaian metode konsultasi, negosiasi dan arbitrase merupakan adaptasi dengan Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal, konsideran *mengingat* Peraturan Presiden Nomor 7 tahun 1999 tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Russian Federation On Promotion And Protection Of Investment*)¹⁷⁶ yang tidak memasukan Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa serta konsideran-konsideran yang umum digunakan

yang cukup bahwa orang tersebut tidak independen atau berpihak, oleh karena itu biaya satu orang arbiter relatif lebih murah dari biaya tiga orang arbiter. (Madjedi Hasan, *Arbitrase Institutional versus Ad Hoc*, Indonesia Arbitration Quarterly Newsletter (Number 9/2010), (Jakarta: Bani Arbitration Center, 2010), hlm:23

¹⁷⁵ Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 *tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138), lihat juga Peter Behrens, *Alternatif Methods of Dispute settlement in International Economic Relations* dalam Ernst –Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputes in International and Economic Law*, Fribourg U.P, 1992, hal: 92 bagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional, Op.Cit*, hlm: 14

¹⁷⁶ Dalam konsideran *Mengingat*:

1. Pasal 4 ayat (1) dan pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945;
2. Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4012)
3. Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 *tentang Penanaman Modal* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia 4724)
Peraturan Presiden Nomor 7 tahun 1999 *tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Russian Federation On Promotion And Protection Of Investment)* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 51)

oleh BITs yang digunakan oleh negara-negara lain¹⁷⁷ sebagai contoh Persetujuan antara Kroasi dan Inggris Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal¹⁷⁸, Persetujuan antara Pemerintah Republik Federal Demokrasi Ethiopia dengan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal¹⁷⁹, Persetujuan antara Republik Federal Jerman dengan Republik Banglades Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal¹⁸⁰, Perjanjian antara Amerika Serikat dan Republik Armenia tentang Dorongan dan Perlindungan Penanaman Modal¹⁸¹.

Penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase PBB yaitu *UNCITRAL*, merupakan salah satu bentuk penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional, secara umum pelaksanaan putusannya di Indonesia setelah mendapat putusan ekskuatur Ketua Pengadilan Jakarta Pusat, apabila dalam hal ini salah satu pihaknya ada Republik Indonesia maka hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat¹⁸².

¹⁷⁷ Lihat Indonesia, Undang-Undang nomor 25 tahun 2007 tentang *Penanaman Modal* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67), pasal 7 dan pasal 32

¹⁷⁸ Lihat Persetujuan Antara Pemerintah Inggris Raya dan Pemerintah Republik Kroasia untuk Peningkatan dan Perlindungan Investasi (*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of The Republic of Croatia For Promotion and Protection of Investments*), pasal 8-9

¹⁷⁹ Lihat, Persetujuan Antara Pemerintah Republik Federal Demokrasi Ethiopia dan Pemerintah Federasi Rusia mengenai Peningkatan dan Perlindungan Timbal-Balik Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Federal Democratic Republic Of Ethiopia And The Government Of The Russian Federation On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments*), pasal 9-10

¹⁸⁰ Lihat Persetujuan Antara Republik Federal Jerman dan Republik Rakyat Bangladesh tentang Peningkatan dan Perlindungan timbal-balik Penanaman Modal (*Agreement between the Federal Republic of Germany and the People's Republic of Bangladesh concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*), Pasal 10

¹⁸¹ Lihat Perjanjian Antara Amerika Serikat dan Republik Armenia tentang Peningkatan dan Perlindungan Timbal-Balik Penanaman Modal (*Treaty Between The United States Of America And The Republic Of Armenia Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment*), pasal 6

¹⁸² Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 *Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138) Pasal 65 dan pasal 66

Di Pusat Internasional untuk Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal, yang didirikan berdasarkan Konvensi tentang Penanaman Modal antara Negara dan Warga Negara dari Negara yang Lain yang ditandatangani di Washington DC pada tanggal 18 Maret 1965 dengan syarat bahwa Konvensi ini telah berlaku bagi kedua Para Pihak; atau sesuai dengan Pengaturan Fasilitas Tambahan dari Pusat Internasional untuk Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal dengan syarat bahwa Konvensi ini belum berlaku bagi salah satu Pihak atau keduanya.

Yang dimaksud dalam perjanjian ini Pusat Internasional untuk Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal, yang didirikan berdasarkan Konvensi tentang Penanaman Modal antara Negara dan Warga Negara dari Negara yang Lain yang ditandatangani di Washington DC pada tanggal 18 Maret 1965 adalah *The International Centre For Settlement of Investment Disputes (ICSID)* yang merupakan yang berkedudukan di Washington, yang kelahirannya di Prakarsai oleh Bank Dunia (*World Bank*)¹⁸³ Indonesia telah meratifikasi (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States*) berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1968 Tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara Dan Warganegara Asing Mengenai Penanaman Modal yang menjadi dasar investor asing membawa permasalahan investasi ke *ICSID*¹⁸⁴ sedangkan Rusia belum melakukan melakukan ratifikasi dan memberlakukan konvensi tersebut, banru hanya sekedar menandatangani pada 16 Juni 1992¹⁸⁵. Dengan kata lain bahwa Rusia belum memberlakukan Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warganegara Asing mengenai Penanaman Modal (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States*) karena belum meratifikasinya atau sesuai dengan Pengaturan Fasilitas Tambahan dari *ICSID*, yaitu dimana Pihak yang menginginkan penyelesaian perkara melalui *ICSID* (yang

¹⁸³ Yahya Harahap, *Op.Cit.*, hal: 3

¹⁸⁴ *Ibid*, hal: 5

¹⁸⁵ *List Of Contracting States And Other Signatories Of The Convention (As Of September 30, 2010)*, (Washington, D.C: International Centre For Settlement Of Investment Disputes., 2010)

selanjutnya disebut sebagai Pemohon) mengirimkan Pemberitahuan secara tertulis kepada Sekretariat *ICSID* serta disusun dengan menggunakan bahasa resmi *ICSID* serta harus diberi tanggal serta ditandatangani oleh Pihak yang mengirimkannya¹⁸⁶.

Mengenai Putusan Arbitrase akan bersifat final dan mengikat bagi Para Pihak dalam sengketa, merupakan sebuah ketentuan yang umum mengenai arbitrase baik yang dapat diterima dalam hukum nasional¹⁸⁷ maupun internasional¹⁸⁸. Masing-masing Pihak menjamin pelaksanaan dari putusan tersebut sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan Pihak yang bersangkutan

Apabila sengketa antara Para Pihak mengenai penafsiran atau pelaksanaan dari Persetujuan ini tidak dapat diselesaikan secara diplomatik, dan penyelesaian melalui arbitrase mendapatkan halangan karena masing-masing Pihak atau salah satu Pihak tidak menemukan kesepakatan mengenai penunjukan arbiter maka penyelesaiannya maka salah satu Pihak dapat, dalam hal tidak terdapat perjanjian khusus diantara Para Pihak, meminta Ketua Mahkamah Internasional (*International Court Of Justice*) untuk melakukan penunjukan yang diperlukan, Sebagaimana yang diatur dalam Statuta *International Court Of Justice* sengketa hukum yang dapat diajukan melalui *International Court of Justice*, menyangkut:

- a. Penafsiran perjanjian
- b. Setiap masalah hukum internasional
- c. Eksistensi suatu fakta yang jika terjadi akan merupakan pelanggaran kewajiban hukum internasional

¹⁸⁶ Pasal 2 Ayat (1) *Schedule C Arbitration (Additional Facility) Rules, UNCITRAL*

¹⁸⁷ Dalam pasal 60, Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 *Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138), menyebutkan bahwa “Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat Para Pihak.”

¹⁸⁸ *Black's Law Dictionary, Arbitration*, “A method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are usu. Agreed to by disputing parties adn whose decision is binding” Bryan A. Garner, *Op.Cit.*, hlm: 112

- d. Sifat dan ruang lingkup ganti rugi yang dibuat atas pelanggaran kewajiban hukum internasional¹⁸⁹.

Pada prinsipnya, dalam kasus-kasus pelaksanaan yurisdiksi Mahkamah mensyaratkan adanya persetujuan dan pengakuan para pihak yang bersengketa. Pengakuan dapat melalui beberapa cara, sebagai berikut:

- a. Melalui suatu akta atau perjanjian (*acta compromise*), akta dapat dibuat setelah sengketa muncul atau Akta juga dapat dibuat untuk sengketa yang mungkin terjadi dikemudian hari.
- b. Melalui klausul pilihan (*optional clause*) negara pihak statuta *International Court of Justice* setiap saat dapat menandatangani klausul pilihan yang menegaskan pengakuannya terhadap yurisdiksi *International Court of Justice*
- c. Melalui pengakuan secara diam-diam. Pengakuan terhadap yurisdiksi *International Court of Justice* dapat dilakukan secara diam-diam, tidak tegas atau tersirat dari sikap suatu negara, negara tidak menolak, mengirimkan argumen-argumen hukum pembelaan diri ke *International Court of Justice* dapat diartikan menerima yurisdiksi *International Court of Justice*. Hal ini disebut sebagai Doktrin Prorogatum¹⁹⁰.

Apabila Ketua *ICJ* adalah seorang warga Negara berhalangan untuk melaksanakan penunjukan tersebut, maka Wakil Ketua *ICJ* akan diminta untuk melaksanakan penunjukan tersebut. Bila Wakil Ketua *ICJ* tersebut adalah seorang warga Negara dari salah satu Pihak atau jika ia, berhalangan untuk melaksanakan penunjukan tersebut, maka anggota *ICJ* yang paling senior setelahnya yang bukan seorang warga Negara dari salah satu Pihak akan diminta untuk melaksanakan penunjukan yang diperlukan.

¹⁸⁹ Sefriani, *Op.Cit*, hlm:347, mengenai Sengketa hukum yang dapat diajukan melalui *International Court of Justice*, diatur dalam Pasal 36 ayat 2 *Statute Of The International Court Of Justice*

¹⁹⁰ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional (Cetakan Kedua)*, (Bandung: Sinar Grafika) hal: 71 sebagaimana dikutip oleh, Sefriani, *Op.Cit*, hlm: 346

Pengadilan Arbitrase akan mengambil putusannya berdasarkan suara terbanyak sebagaimana diatur dalam Pasal 33 ayat (1) *UNCITRAL Arbitration Rules* yang apabila terdapat lebih dari satu orang arbiter maka keputusan apapun ditentukan berdasarkan suara terbanyak¹⁹¹ dalam *ICSID Convention* Pasal 48 ayat (1) terkait keputusan suara terbanyak dalam pasal tersebut dinyatakan bahwa, Mahkamah harus memutus berdasar suara mayoritas. Dalam Pasal 25 ayat (1) *Rules of Arbitration ICC* disebutkan bahwa apabila Majelis Arbitrase lebih dari satu arbiter maka keputusan dibuat berdasarkan suara terbanyak, keputusan berdasarkan keputusan mayoritas. Apabila tidak ada keputusan mayoritas maka keputusan diambil oleh Pimpinan Majelis sendiri¹⁹²,

Dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dan Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tidak secara tersurat mengenai keputusan harus diambil berdasarkan suara terbanyak akan tetapi bila dicermati dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa pasal 12 terkait syarat mengenai arbiter, pasal 13 mengenai pengangkatan arbiter tunggal yang dapat ditunjuk oleh Ketua Pengadilan Negeri atau dalam pasal 15 para pihak masing-masing pihak menunjuk satu orang arbiter yang kemudian dua orang arbiter yang telah ditunjuk oleh para pihak menunjuk arbiter ketiga, penunjukan arbiter ganjil dalam penyelesaian sengketa arbitrase dalam sistem hukum Indonesia, memungkinkan keputusan diambil berdasarkan suara terbanyak walaupun itu bukan merupakan mekanisme satu-satunya. pengambilan keputusan Arbitrase, tidak tersurat dengan jelas mengenai mekanisme pengambilan keputusan dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dalam penerapannya dapat dilihat dalam Keputusan Badan Arbitrase Pasar Modal

¹⁹¹ Pasal 33 ayat (1), *UNCITRAL Arbitration Rules*

¹⁹² Pasal 25 Ayat (1), International Chamber Of Commerce, *Rules Of Arbitration (in force as an 1 January 1998)*

Indonesia Nomor : Kep-02/Bapmi/11.2009 Tentang Peraturan Dan Acara Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia, pasal 47, yang berbunyi:

- (1) Kecuali sebelumnya telah disepakati lain oleh para Pihak, Arbiter Tunggal/ Majelis Arbitrase dapat mengambil Putusan Arbitrase berdasarkan ketentuan hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan/ atau berdasarkan rasa keadilan dan kepatutan.
- (2) Meskipun diperbolehkan adanya perbedaan pendapat antara para Arbiter dalam Majelis Arbitrase, namun keputusan dalam Majelis Arbitrase adalah keputusan kolektif:
 - a) keputusan Majelis Arbitrase diambil atas dasar musyawarah untuk mufakat;
 - b) jika tidak tercapai musyawarah mufakat di antara para Arbiter, keputusan diambil atas dasar suara terbanyak.

Oleh karena itu pengambilan putusan berdasarkan suara terbanyak bukan satu-satunya jalan yang dimungkinkan dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, akan tetapi musyawarah untuk mufakat juga dimungkinkan, pengambilan keputusan berdasarkan suara terbanyak juga dapat diambil bila tidak adanya kesepakatan dalam musyawarah mengingat rentang waktu pemeriksaan sengketa yang terbatas hanya 180 (seratus delapan puluh hari) sejak majelis arbiter terbentuk¹⁹³, yang kemudian setelah pemeriksaan tersebut ditutup dan setelah itu paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah pemeriksaan ditutup Keputusan Arbitrase harus dibacakan¹⁹⁴.

Sedangkan sifat putusan yang bersifat final dan mengikat/*binding* merupakan sebuah prosedur umum dalam mekanisme pengambilan

¹⁹³ Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 *tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138), pasal 48 ayat (1)

Dalam hal rentang waktu 180 hari pemeriksaan sengketa melalui arbitrase, rentang waktu tersebut dapat diperpanjang sebagai mana diatur dalam pasal 48 ayat (2) dengan alasan-alasan sebagaimana diatur dalam pasal 33, yaitu:

- a. diajukan permohonan oleh salah satu pihak mengenai hal khusus terbentuk;
- b. sebagai akibat ditetapkan putusan provisionil atau putusan selainya; atau
- c. dianggap perlu oleh arbiter atau majelis arbitrase untuk kepentingan pemeriksaan.

¹⁹⁴ Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 *tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138), pasal 57

keputusan Arbitrase internasional,¹⁹⁵ dalam *UNCITRAL Arbitration Rules* Pasal 34 ayat (2) yang berbunyi bahwa segala keputusan juri dibuat secara tertulis dan harus bersifat final dan mengikat Para Pihak dan Para Pihak harus melaksanakan Keputusan Juri tanpa adanya penundaan¹⁹⁶, dalam pasal 54 ayat (1) *ICSID Convention* terkait Putusan final dan mengikat menyatakan setiap Pihak yang terikat pada perjanjian harus menghargai keputusan juri dalam konvensi ini sebagai keputusan yang mengikat dan dikenakan sebagai sebuah Putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap/final¹⁹⁷, pengakuan akan keputusan arbitrase yang bersifat final dan mengikat tidak hanya dalam peraturan-peraturan arbitrase internasional dalam pasal 17, ayat (2) dan Pasal 60, Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa secara tegas menyebutkan bahwa Putusan Arbitrase mempunyai kekuatan hukum tetap (*final*) dan mengikat para pihak (*binding*)¹⁹⁸

H. Penerapan Persetujuan

Penerapan persetujuan ini disepakati oleh Para Pihak dan hal ini Pemerintah Republik Indonesia dengan Federasi Rusia tanggal 1 Januari 1991 dari satu pihak di dalam Pihak yang lain. Namun demikian, persetujuan ini tidak akan berlaku bagi sengketa klaim terkait dengan penanaman modal yang timbul sebelum terjadinya persetujuan ini, hal ini menandakan bahwa perjanjian ini menganut asas Perjanjian tidak berlaku surut (*Non Retroactivity*), menurut aturan umum bahwa suatu perjanjian tidak mempunyai pengaruh yang berlaku surut, kecuali perjanjian tersebut

¹⁹⁵ Pasal 48 ayat (1) *ICSID* sebagaimana dikutip oleh Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari: Reglemen Acara Perdat (Rv)Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), uncitral Arbitration Rules, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Award, PERMA No. 1 tahun 1990 (Edisi Kedua)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006)

¹⁹⁶ Pasal 34 ayat (2) *UNCITRAL Arbitration Rules*

¹⁹⁷ Pasal 54 ayat (1) *ICSID Konvention*

¹⁹⁸ Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 *Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138)

secara implisit bahwa perjanjian tersebut harus mempunyai pengaruh seperti itu, dengan demikian ungkapan tersebut bermaksud memberikan peluang kemungkinan bahwa sifat perjanjian itu sendiri, dan bukan ketentuan-ketentuan tertentu, dapat menghendaki perjanjian tersebut bersifat retroaktif¹⁹⁹. Dalam Konvensi Wina tahun 1969 tentang Hukum Perjanjian mengenai tidak Berlaku Surut-nya Suatu Perjanjian/*Non Retroactivity*, diatur dalam

Pasal 4. Tidak Berlaku – Surutnya Konvensi ini.

“Tanpa mengurangi arti dari penerapan aturan yang dinyatakan dalam Konvensi ini dimana perjanjian itu menjadi subjek menurut hukum internasional terpisah dari Konvensi, maka Konvensi ini diterapkan hanya terhadap perjanjian-perjanjian yang dibuat oleh negara-negara setelah berlakunya Konvensi ini terhadap negara-negara tersebut”

Pasal 28, yang berbunyi;

“Kecuali dicantumkan di dalam perjanjian ini mengenai maksud yang berbeda atau ditentukan lain, maka ketentuan-ketentuan dalam perjanjian itu tidak mengikat sesuatu tindakan atau kenyataan yang terjadi atau sesuatu situasi yang berakhir sebelum tanggal berlakunya perjanjian tersebut terhadap pihak tersebut”²⁰⁰

Oleh karena itu asas *Non-Retroactivity* diakui oleh hukum internasional sebagai sebuah ketentuan yang diterima oleh masyarakat internasional secara luas. Pengaturan mengenai asas *Non-Retroactivity* dalam Persetujuan Antara Pemerintah Indonesia dengan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal, diatur dalam:

**Pasal 10
Penerapan Persetujuan**

Persetujuan ini akan berlaku untuk penanaman modal yang dibuat setelah tanggal 1 Januari 1991 oleh penanam modal dari salah satu Pihak di dalam wilayah Pihak yang lain. Namun demikian, Persetujuan ini tidak akan berlaku bagi sengketa klaim terkait dengan penanaman modal yang timbul sebelum mulainya berlakunya Persetujuan ini.

¹⁹⁹ Sumaryo Suryokusumo, *Op.Cit*, hal: 85

²⁰⁰ *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*, diterjemahkan oleh Sumaryo Suryokusumo, *Perjanjian Internasional*, (Jakarta: Tata Nusa, 2008), hal: 86

Sebuah asas yang berlaku pada perjanjian BITs Indonesia dengan banyak negara tidak hanya antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Pemerintah Federasi Rusia, diantaranya Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Mongolia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of Mongolia On Promotion And Protection Of Investments*) sebagaimana dapat dilihat dalam pasal 10 ayat (2)²⁰¹, Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Cheko Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of Czech On Promotion And Protection Of Investments*) sebagaimana dapat dilihat dalam pasal 10²⁰², Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia Dan Pemerintah Republik Demokrasi Rakyat Aljazair Tentang Peningkatan Dan Perlindungan Atas Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The People's Democratic Republic Of Algeria Concerning Promotion And Protection Of Investments*) dalam pasal 10 ayat (2)²⁰³

²⁰¹ Persetujuan ini ditandatangani pada tanggal 4 Maret tahun 1997 di Jakarta dan sudah diratifikasi dengan Keputusan Presiden Nomor 108 tahun 1998 tentang Pengesahan Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Mongolia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of Mongolia On Promotion And Protection Of Investments*) (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1998 Nomor 119)

²⁰² Persetujuan ini ditandatangani pada tanggal 17 September tahun 1998 di Praha dan sudah diratifikasi dengan Keputusan Presiden Nomor 50 tahun 1999 tentang Pengesahan Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Cheko Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of Czech On Promotion And Protection Of Investments*) (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1999 Nomor 97)

²⁰³ Persetujuan ini ditandatangani pada tanggal 21 Maret tahun 2000 dan sudah diratifikasi dengan Keputusan Presiden Nomor 44 tahun 2001 tentang Pengesahan Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia Dan Pemerintah Republik Demokrasi Rakyat Aljazair Tentang Peningkatan Dan Perlindungan Atas Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The People's Democratic Republic Of Algeria Concerning Promotion And Protection Of Investments*) (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2001 Nomor 29)

Pasal 11 Konsultasi

Masing-masing Pihak dapat meminta diadakannya konsultasi atas permintaan salah satu Pihak terkait dengan penafsiran atau pelaksanaan Persetujuan ini.

Banyak penyelesaian sengketa antara investasi asing dan *host countries* melalui negosiasi, para pihak melakukan negosiasi dan konsultasi dalam priode tertentu, umumnya selama enam bulan pada banyak kasus, sebelum investor mencari cara penyelesaian lainnya. Negosiasi merupakan tindakan awal sebelum arbitrase²⁰⁴.

I. Mulai Berlaku, Jangka Waktu, Amandemen dan Pengakhiran Perjanjian

Prinsipnya pengesahan suatu naskah perjanjian dilakukan atas kesepakatan semua negara yang ikut serta dalam perumusannya²⁰⁵ sebagaimana Prinsip *Pacta Sun Servanda* yang menjadi prinsip hukum internasional dan berlaku di berbagai negara di dunia. Mengenai otentifikasi dan definitifikasi suatu naskah perjanjian, dapat di tuangkan dalam perjanjian tersebut dengan persetujuan bersama²⁰⁶.

Dalam Hal Perjanjian antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Federasi Rusia Para pihak akan memberikan notifikasi kepada pihak lain terkait dengan terpenuhinya prosedur internal yang diperlukan untuk berlakunya Persetujuan, Notifikasi dalam *Black's Law Dictionary*, adalah *Notification is: 1. Int'l law. A Formal announcement of legally relevant fact, action or intent, such as notice of an intent to withdraw from treaty. 2. NOTICE. A Person receives notification if someone else (1) informs the person of the fact or of other facts from which the person has reason to know*

²⁰⁴ Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime For Investment*, (the President and Fellows of Harvard College: Harvard International Law Journal, 2010), hlm:16

²⁰⁵ Lihat Konvensi Wina 1969, pasal 9 ayat (1), terj. Sumaryo Suryokusumo, *Op.Cit*, hlm: 208

²⁰⁶ Lihat Konvensi Wina 1969, pasal 10 huruf (a), *Ibid*, hlm: 208

*or should the fact, or (2) does an act that, has the same effect on the legal relations of the parties as the acquisition of knowledge. Restatement agency*²⁰⁷.

Oleh karena itu dapat difahami bahwa yang dimaksud dengan notifikasi dalam Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman yaitu pemberitahuan formal kepada pihak lain dalam hal ini pihak-pihak yang melakukan kontrak. Dengan kata lain bahwa pihak-pihak akan memberitahukan bahwa prosedur internal sudah dipenuhi untuk pemberlakuan persetujuan, dalam hal Indonesia pemberlakuan persetujuan harus di ratifikasi terlebih dahulu dalam Keputusan Presiden atau Undang-Undang untuk disahkan tergantung dari materi perjanjian, Perjanjian Internasional akan diratifikasi dengan undang-Undang apabila perjanjian internasional terkait dengan:

- a) masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;
- b) perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia;
- c) kedaulatan atau hak berdaulat negara;
- d) hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- e) pembentukan kaidah hukum baru;
- f) pinjaman dan/atau hibah luar negeri..

selain dari hal-hal diatas maka di ratifikasi dengan Keputusan Presiden²⁰⁸.

Oleh karena itu dalam Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal diratifikasi dalam bentuk Keputusan Presiden. Dan mulai berlakunya perjanjian ini setelah pihak terakhir memberikan notifikasinya kepada pihak lain.

Dalam perjanjian ini tenggang waktu perjanjian ditetapkan selama 10 (sepuluh tahun) dan secara otomatis akan diperpanjang 5 (lima) tahun

²⁰⁷ Bryan A. Garner, *Op.Cit*, hlm: 1093

²⁰⁸ Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185), Pasal 9-11

terkecuali apabila salah satu pihak dari Para Pihak memberikan notifikasi kepada Pihak yang lain secara tertulis setidaknya dua belas bulan sebelum berakhirnya jangka waktu tersebut mengenai keinginannya untuk mengakhiri Persetujuan ini.

Prosedur mengenai prosedur pengakhiran perjanjian merupakan kewenangan dari para para pihak yang dituangkan dalam perjanjian yang disepakati oleh Para Pihak yang melakukan Perjanjian²⁰⁹ terkecuali apabila:

- 1) tujuan perjanjian tersebut telah tercapai;
- 2) terdapat perubahan mendasar yang mempengaruhi pelaksanaan perjanjian;
- 3) salah satu pihak tidak melaksanakan atau melanggar ketentuan perjanjian;
- 4) dibuat suatu perjanjian baru yang menggantikan perjanjian lama;
- 5) muncul norma-norma baru dalam hukum internasional;
- 6) objek perjanjian hilang;
- 7) terdapat hal-hal yang merugikan kepentingan nasional²¹⁰

Sebagaimana diatas terkait dengan prosedur pengakhiran perjanjian diatas pengamandemenan persetujuan berdasarkan kesepakatan kedua Para Pihak yang didasarkan dengan adanya prinsip kesepakatan bersama, *Pacta Sun Servanda* serta itikad baik (*good faith*) dengan cara dilakukan secara tertulis dan amandemen akan berlaku setelah masing-masing Pihak telah memberikan notifikasi kepada Pihak lain secara tertulis yang menyatakan bahwa Pihak yang pertama disebutkan telah menyelesaikan semua prosedur internal untuk berlakunya amandemen dimaksud. Pasal 12 Persetujuan Antara Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia

²⁰⁹ Dalam Mukadimah Konvensi Wina 1969 mengenai Perjanjian Internasional *mencatat* bahwa bahwa prinsip-prinsip mengenai kesepakatan bersama dan itikad baik serta aturan mengenai *Pacta Sunt Servanda* yang telah diakui secara universal..Lihat juga Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185) dalam Pasal 18 huruf (a)

²¹⁰ Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185) Pasal 18 huruf (b-h)

Mengenai Perlindungan Dan Peningkatan Penanaman Modal, mengatur terkait mulai berlakunya perjanjian, jangka waktu, amandemen dan pengakhiran, yang selengkapnya berbunyi:

Pasal 12

Mulai Berlaku, Jangka Waktu, Amandemen dan Pengakhiran

1. Masing-masing Pihak akan memberikan notifikasi kepada Pihak yang lain secara tertulis terkait dengan terpenuhinya prosedur internal yang dibutuhkan untuk berlakunya Persetujuan. Persetujuan ini akan memulai berlaku pada tanggal notifikasi terakhir.
2. Persetujuan ini akan berlaku untuk jangka waktu sepuluh tahun. Setelah lewatnya jangka waktu tersebut, Persetujuan ini akan secara otomatis diperpanjang untuk lima tahun berikutnya kecuali salah satu pihak dari Para Pihak memberikan notifikasi kepada Pihak yang lain secara tertulis setidaknya-tidaknya dua belas bulan sebelum berakhirnya jangka waktu tersebut mengenai keinginannya untuk mengakhiri Persetujuan ini.
3. Persetujuan ini diamandemen berdasarkan kesepakatan kedua Para Pihak secara tertulis. Setiap amandemen akan berlaku setelah masing-masing Pihak telah memberikan notifikasi kepada Pihak lain secara tertulis yang menyatakan bahwa Pihak yang pertama disebutkan telah menyelesaikan semua prosedur internal untuk berlakunya amandemen dimaksud.
4. Terhadap penanaman modal yang masuk dalam lingkup penerapan Persetujuan ini yang dibuat sebelum tanggal pengakhiran Persetujuan ini, ketentuan dari semua pasal-pasal dari Persetujuan ini akan terus berlaku selama jangka waktu sepuluh tahun dari tanggal pengakhiran Persetujuan ini.

Sebagaimana kebiasaan dalam perjanjian maka penandatanganan perjanjian merupakan bagian yang penting dalam perjanjian dengan maksud untuk mengesahkan dan mengotentifikasikan naskah perjanjian dari negara yang melakukan perikatan, dengan adanya surat kuasa penuh (*Full Powers*) yang diartikan sebagai suatu dokumen yang berasal dari penguasa atau negara yang berwenang untuk menunjuk seseorang atau orang-orang untuk mewakili negara untuk mengadakan perundingan, menyetujui atau mengotentifikasi naskah suatu perjanjian, menyatakan kesepakatan untuk mengikat diri pada perjanjian atau untuk menyelesaikan tindakan-tindakan apapun lainnya yang berhubungan dengan suatu perjanjian²¹¹, atau dapat dilakukan secara langsung oleh Kepala Negera, Kepala Pemerintahan dan Menteri Luar Negeri

²¹¹ Pasal 2 huruf (c) Konvensi Wina 1969, Terj. Sumaryo Suryokusumo, *Op. Cit*, hlm: 204

dan Kepala-Kepala Perwakilan Diplomatik sebagai mana diatur dalam pasal 7 Konvensi Wina 1969²¹². Oleh karena itu perjanjian antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia dilakukan oleh orang-orang yang mempunyai *Full Powers*, dan ditandatangani karena penandatanganan oleh pihak-pihak yang mempunyai *Full Powers* dari Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia mempunyai pengaruh terhadap bukti dari kedua negara²¹³, melakukan pertukaran instrumen yang menciptakan suatu perjanjian, yang kemudian Pihak-Pihak dalam hal ini Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia

²¹² Konvensi Wina 1969,

Pasal 7. Kuasa Penuh (*Full Powers*)

1. Seseorang dianggap mewakili sesuatu negara dengan maksud untuk mengesahkan atau mengotentikasi naskah dari perjanjian atau dengan maksud untuk menyatakan kesepakatan dari suatu negara untuk mengikatkan diri pada suatu perjanjian jika:
 - a) Ia memberikan surat kuasa penuh selayaknya; atau
 - b) Nampaknya dari praktek negara-negara yang bersangkutan atau dari lingkungan-lingkungan lainnya, maksud mereka itu adalah menganggap bahwa seseorang yang mewakili negara untuk maksud-maksud semacam itu dan melepaskan surat kuasa penuh.
2. Mengingat fungsi-fungsi mereka dan tanpa harus memberikan surat kuasa penuh, yang tersebut dibawah dianggap mewakili negara mereka:
 - a) Kepala-kepala Negara, Kepala-kepala Pemerintahan dan para Menteri Luar Negeri, dengan maksud untuk melaksanakan semua tindakan yang berhubungan dengan pembuatan suatu perjanjian;
 - b) Kepala-kepala Perwakilan Diplomatik, dengan maksud mengesahkan naskah rancangan suatu perjanjian antara negara yang memberikan akreditasi dan negara dimana mereka diakreditasikan;
 - c) Wakil-wakil yang diakreditasikan oleh negara-negara pada suatu konferensi internasional atau organisasi internasional, atau salah satu badannya, dengan maksud untuk mengesahkan naskah dari suatu perjanjian di konferensi, organisasi atau badan tersebut. *Ibid*, hlm: 207

²¹³ Konvensi Wina 1969, Pasal 12, menyebutkan:

1. Kesepakatan negara untuk mengikatkan diri pada perjanjian dinyatakan dengan penandatanganan oleh wakilnya jika:
 - a) Perjanjian itu menyatakan bahwa penandatanganan itu akan mempunyai pengaruh;
 - b) Jika tidak maka akan disebutkan bahwa negara-negara perunding akan menyetujui sebelumnya bahwa penandatanganan tersebut harus mempunyai pengaruh; atau
 - c) Adanya kehendak dari negara untuk memberikan bahwa pengaruh terhadap penandatanganan tersebut muncul dari surat kuasa penuh dari wakilnya atau dinyatakan selama perundingan.
2. Untuk tujuan tersebut:
 - a) Pamarafan dari sebuah naskah merupakan sebuah tandatangan dari perjanjian apabila disebutkan bahwa negara-negara perunding menyetujuinya;
 - b) Penandatanganan suatu perjanjian oleh seorang wakil (dengan catatan menunggu konfirmasi atau pertimbangan lebih lanjut) *ad referendum*, dan jika nantinya diberi konfirmasi oleh negaranya merupakan suatu penandatanganan yang penuh dari perjanjian... *Ibid*, hlm: 208

meratifikasi²¹⁴ kesepakatan negara untuk mengikatkan diri pada perjanjian dapat dinyatakan dalam perjanjian²¹⁵.

SEBAGAI BUKTI, yang telah bertanda tangan dibawah ini, yang diberi kuasa penuh oleh Pemerintah masing-masing, telah menandatangani Persetujuan ini.

DIBUAT di Jakarta pada tanggal enam September 2007 dalam rangkap dua, masing-masing dalam bahasa Indonesia, Rusia dan Inggris, semua naskah memiliki keabsahan yang sama. Apabila terdapat perbedaan penafsiran, maka naskah dalam bahasa Inggris yang berlaku.

²¹⁴ Perjanjian ini disahkan 6 September 2007 dan mulai di ratifikasi pada tanggal 5 Maret 2009 melalui Indonesia, Peraturan Presiden Nomor 7 tahun 1999 tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Russian Federation On Promotion And Protection Of Investment*) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 51)

²¹⁵ Lihat pasal 11 Konvensi Wina, *Loc. Cit*, hlm: 208

BAB V

KESIMPULAN

1. *BITs* sebagai salah satu bentuk dari Perjanjian Internasional dibentuk berdasarkan pada Konvensi Wina 1969, kebiasaan-kebiasaan internasional yang diakui secara universal serta tidak dapat dilepaskan dengan hukum nasional yang berlaku pada negara-negara yang melakukan perikatan. *BITs* berfungsi sebagai alat untuk mendorong penanaman modal dari para pihak yang melakukan perjanjian serta memberikan perlindungan dan kepastian hukum para pihak yang melakukan perjanjian di tiap-tiap negara.
2. *BITs* mempunyai substansi sebagai salah satu bentuk penghormatan dan pengakuan kemerdekaan suatu bangsa dan kedaulatannya yang merupakan pengejawantahan dari Deklarasi Hak Asasi Manusia, perlindungan hukum, jaminan tidak adanya diskriminasi serta penyelesaian sengketa kedua belah pihak melalui cara-cara damai.
3. Dalam persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia, dijelaskan bahwa persetujuan tersebut bertujuan untuk mendorong penanaman modal dengan memberikan fasilitas-fasilitas penanaman modal, masing-masing negara memberikan perlindungan terhadap penanaman modal baik dari negaranya sendiri maupun dari negara asing serta mengedepankan penyelesaian sengketa secara damai dalam hal ini melalui konsultasi dan arbitrase

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Ivan Ferdiansyah Agustinus
NPM : 0806477913

Tanda Tangan: ()

Tanggal : 19 Desember 2010

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Ivan Ferdiansyah Agustinus
NPM : 0806477913
Program Studi : Pasca Sarjana Ilmu Hukum Ekonomi
Judul Tesis : **Analisis Yuridis Terhadap Perjanjian Bilateral Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal (Studi Kasus Perjanjian Antara Pemerintah Republik Indonesia Dengan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal)**

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Prof. Hikmahanto Juwana, SH, LLM, Ph.D ()

Penguji : Yu Un Oppusunggu, SH, LLM ()

Penguji : Abdul Salam, SH, MH ()

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 10 Januari 2011

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

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

Nama : Ivan Ferdiansyah Agustinus
NPM : 0806477913
Program Studi : Pasca Sarjana Hukum Ekonomi
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

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

Analisis Yuridis Terhadap Perjanjian Bilateral Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal (Studi Kasus Perjanjian Antara Pemerintah Republik Indonesia Dengan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal)

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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta
Pada Tanggal : 19 Desember 2010
Yang menyatakan

(.....)

ABSTRAK

Nama : Ivan Ferdiansyah Agustinus
NPM : 0806477913
Program Studi : Pasca Sarjana Hukum Ekonomi
Fakultas : Hukum
Judul : **Analisis Yuridis Terhadap Perjanjian Bilateral Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal (Studi Kasus Perjanjian Antara Pemerintah Republik Indonesia Dengan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal)**

Tesis ini membahas mengenai permasalahan dasar hukum Perjanjian Bilateral Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal baik berdasarkan hukum internasional maupun hukum nasional, fungsi dari perjanjian serta substansi perjanjian yang dilakukan oleh berbagai negara di dunia, selanjutnya tesis ini juga melakukan studi kasus terhadap Persetujuan Antara Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal. Pembahasan ini penting untuk mengetahui tujuan dari perjanjian tersebut sehingga dapat memberikan pemahaman mengenai Perjanjian Bilateral Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal lebih mendalam. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian normatif. Penelitian ini merupakan telaah mengenai perjanjian bilateral mengenai peningkatan penanaman modal, yang dilatar belakangi adanya keinginan investasi transnasional yang aman oleh karena itu perlu adanya jaminan hukum dari kedua belah pihak yang melakukan perjanjian. Yang menjadi dasar hukumnya bukan hanya dasar hukum perjanjian internasional akan tetapi hukum nasional dari negara terkait juga harus disesuaikan. Substansi dari perjanjian bilateral mengenai peningkatan dan perlindungan penanaman modal selain adanya perlindungan hukum dari kedua negara terkait dengan investasi, perjanjian ini juga merupakan bentuk dari pengakuan kedaulatan dari kedua negara, adanya upaya untuk menjaga perdamaian dunia dengan upaya-upaya penyelesaian sengketa secara damai. Untuk mentelaah lebih jauh maka dilakukan stidu kasus terhadap Persetujuan Antara Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal.

Kata Kunci:

Perjanjian Bilateral, Penanaman Modal

ABSTRACT

Name : Ivan Ferdiansyah Agustinus
NPM : 0506477913
Study Program : Postgraduate Program, University of Indonesia
Faculty : Law
Department : Economic Law
Title : **Juridical Analysis of Bilateral Agreements on the Increase and Protection of Investment (A Case Study on the Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Russian Federation on the Increase and Protection of Investment)**

This thesis addresses issues on the legal basis for bilateral agreements on the increase and protection of investment under the international law and the national law, functions and substance of the agreements which are entered into by various countries in the world and a case study on the agreement between Indonesian government and the government of the Russian Federation on the increase and protection of investment. The discussion of the issues is of great importance in order to learn about the objective of the agreements, resulting in deep understanding of bilateral agreements on the increase and protection of investment. The research uses a normative method. The background of the research is the need to have safe transnational investment which requires legal guarantee from both parties to the agreement. The legal bases are not only limited to the legal basis of international law since the national law of the relevant countries should also be adjusted. The substance of bilateral agreements on the increase and protection of investment includes legal protection from both countries and such an agreement is also a form of acknowledgment of the sovereignty of both countries and represents an effort to maintain world peace through amicable dispute resolutions. To review it further, a case study is conducted on the agreement between the Indonesian government and the government of the Russian Federation on the increase and protection of investment.

Keywords: Bilateral Agreements, Investment

KATA PENGANTAR/UCAPAN TERIMA KASIH

Puji Syukur saya Panjatkan Kehadirat Allah SWT, yang senantiasa melimpahkan Rhamat dan Hidayah-Nya, dan berkat Ridha-Nyalah saya dapat menyelesaikan Tesis ini. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka untuk mencapai gelar Magister Hukum pada Program Pasca Sarjana, Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan para pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan Tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan Tesis ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih kepada:

1. Allah SWT, yang telah melimpahkan Rahmat dan Hidayah-Nya sehingga saya dapat menyelesaikan Tesis ini
2. Almarhum Mamaku Tercinta (Mulyati Usman, S.H), yang telah memberikan semangat serta pesan kepada saya agar saya menyelesaikan Program Strata 2, sehingga memotivasi saya untuk menyelesaikan Program Pasca Sarjana ini.
3. Papaku Tercinta (Buhairi Aidy), yang telah dengan sabar, memberikan dorongan baik secara moril maupun materiil kepada saya dari saya masih dalam kandungan sampai dengan saat ini untuk tetap konsen pada pendidikan dan memberikan pandangannya akan pentingnya pendidikan
4. Mbak (Ilsye Hariyanti, S.H, M.Hum), Abang (Iko Erza Haritius, S.T), Adik-adikku (Ike Lidya Hesty (Alm.), dan Ivin Aidyan Fernandes), yang telah memberikan motivasi, dorongan dan dukungan kepada saya agar sesegera mungkin menyelesaikan Tesis ini, karena kata mereka”sekolah terus, kerjaan yang laen udah nunggu”.
5. Prof. Hikmahanto Juana, SH. LLM, Ph.D, yang telah membimbing saya dalam menyelesaikan Tesis ini dan karena kebijaksanaan, semangat dan kesabarannya saya dapat menyelesaikan Tesis ini sesuai dengan yang seharusnya dan dalam waktu yang tidak terlalu lama serta Penguji yaitu Bapak Abdul Salam, S.H, M.H dan Bapak Yu Un Oppusunggu, S.H, LLM yang telah bersedia menjadi bagian dari Dewan Penguji dan telah dengan

sabar memberikan arahan kepada saya untuk memperbaiki tesis ini agar dapat menjadi lebih baik lagi.

6. Kakanda Kurnia Toha, S.H, LLM, Ph.D, yang telah memberikan dukungan kepada saya sehingga saya dapat menyelesaikan Program Pasca Sarjana ini.
7. Seluruh Dosen Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah dengan sungguh-sungguh memberikan ilmunya agar saya dan teman-teman dapat menjadi mahasiswa yang berkualitas dan mempunyai ilmu yang berguna dalam masyarakat.
8. Sahabat-sahabat satu angkatan pada Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah menemani dan bekerjasama dengan baik dengan saya dalam menyelesaikan Program Pasca Sarjana ini.
9. Teman-teman seperjuangan, teman-teman di Cilosari 17 dan lainnya yang telah membantu dalam menyelesaikan Tesis ini.
10. Kepada Pihak Departemen Luar Negeri dan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) yang telah memberikan contoh-contoh Persetujuan Peningkatan Perlindungan Penanaman Modal antara Indonesia dengan beberapa negara, data investasi asing dan data-data yang lainnya sehingga Tesis ini dapat berjalan dengan lancar, Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) yang telah memberikan banyak bantuan data, dan khususnya kepada Pihak Perpustakaan Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah bekerjasama dengan sangat baik sehingga sangat membantu saya dalam memperoleh banyak data yang diperlukan dalam pembuatan tesis ini.

Akhir kata, saya berharap Allah SWT berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga Tesis ini bermanfaat bagi perkembangan ilmu.

Jakarta, 18 Desember 2010

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL.....	i
HALAMAN JUDUL.....	ii
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	iii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iv
KATA PENGANTAR/UCAPAN TERIMA KASIH.....	v
HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS.....	vi
ABSTRAK/ABSTRACT.....	vii
DAFTAR ISI.....	viii
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar belakang.....	1
B. Rumusan masalah.....	10
C. Tujuan penelitian.....	10
D. Manfaat penelitian.....	10
E. Kerangka konseptual.....	10
F. Metode penelitian	13
G. Sistematika penulisan.....	14
BAB II DASAR HUKUM DAN FUNGSI <i>BITs</i>.....	15
A. Dasar Hukum <i>BITs</i>	15
1. Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional.....	16
a. Ruang Lingkup Konvensi.....	18
b. Mukadimah Konvensi Wina 1969.....	18
2. Hukum Nasional.....	21
a. Undang-Undang Dasar 1945 Pasca Amandemen.....	22
b. Undang-Undang.....	24
3. Prinsip-Prinsip Umum Hukum Internasional.....	30
a. <i>Pacta Sunt Servanda</i>	30
b. Asas Prinsip beritikad baik (<i>Good Faith</i>).....	31
c. <i>Non Retroactivity</i>	33

B. Fungsi <i>BITs</i>	34
1. Perlindungan Terhadap Penanaman Modal Oleh Para Investor Dari Kedua Negara.....	35
2. Mendorong Penanaman Modal Dintara Kedua Negara.....	36.
3. Mempromosikan Investasi.....	37
BAB III Substansi <i>BITs</i>.....	38
A. Penghormatan Terhadap Hak Asasi Manusia.....	38
B. Jaminan Adanya Perlindungan Hukum Sesuai Dengan Hukum Para Pihak Yang Melakukan Perjanjian.....	41
C. Jaminan Tidak Adanya Diskriminasi Terhadap Para Pihak Dalam Menjalankan Investasi.....	43
D. Penyelesaian Sengketa Melalui Cara-Cara Damai.....	44
1. Konsultasi dan Negosiasi.....	47
2. Konsolidasi.....	49
3. Pencari Fakta (<i>Fact Finding/inquiry</i>).....	51
4. Mediasi.....	52
5. Arbitrase.....	53
a. <i>Court of Arbitration of The International Chamber of Commerce (ICC)</i>	58
b. <i>The International Centre For Settlement of Investment Disputes (ICSID)</i>	58
c. <i>United Nations Commision on International Trade Law (UNCITRAL)</i>	59
6. Penyelesaian Melalui <i>International Court of Justice</i>	61

BAB IV STUDI KASUS Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman

Modal (Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Russian Federation On Promotion And Protection Of Investment)

A. Pramble	65
B. Definisi.....	67
C. Peningkatan dan Perlindungan Terhadap Penanaman Modal.....	69
D. Perlakuan Penanaman Terhadap Modal, Pengambil Alihan dan Ganti Kerugian.....	71
E. Transfer Pembayaran.....	76
F. Subrogasi.....	78
G. Penyelesaian Sengketa.....	80
H. Penerapan Persetujuan.....	91
I. Mulai Berlaku, Jangka Waktu, Amandemen dan Pengakhiran Perjanjian.....	94
BAB V KESIMPULAN.....	100
DAFTAR PUSTAKA	
LAMPIRAN	

**ANALISIS YURIDIS TERHADAP PERJANJIAN BILATERAL
MENGENAI PENINGKATAN DAN PERLINDUNGAN
PENANAMAN MODAL**

**(Studi Kasus Perjanjian Antara Pemerintah Republik Indonesia dengan
Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan
Penanaman Modal)**

TESIS

**Sebagai Salah Satu Syarat Menyelesaikan Program Pasca Sarjana Fakultas
Hukum, Jurusan Hukum Ekonomi Universitas Indonesia**

**Disusun oleh : Ivan Ferdiansyah A
N.P.M : 0806477913
Program Studi : Hukum Ekonomi
Fakultas : Hukum
Kelas : Ekonomi Sore**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCA SARJANA
JAKARTA
2010**

DAFTAR PUSTAKA

- Alina Kaczornwska, *Texbook: Public International Law*, (London: Old Balley Press, 2002)
- Andrea K. Bjorklund, *Symposium: Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT*, (Regents of the University of California, 2005)
- Anthony Giddens, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy, atau Jalan ketiga Pembaruan Demokrasi Sosial*, terj. Arya Mahardika (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1999)
- Arie S. Hutagalung, *Bahan Perkuliahan Secured Transaction (Transaksi Berjamin)*, (Program Pasca Sarjana Universitas Indonesia)
- Brendan S. Maher dan Radha A. Pathak, *Understanding And Problematizing Contractual Tort Subrogation*, (Loyola University Chicago School of Law, 2008)
- Calvin A. Hamilton dan Paula I. Rochwerger, *Trade And Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral And Multilateral Treaties*, (New York International Law Review: by New York State Bar Association, 2005)
- David Ricardo, *The Principle of Political Economy and Taxation*,
- Derning R, *Man and The World*, International Law at Work, New York (1974)
- Ernst –Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputese in International and Economic Law*, (Fribourg U.P, 1992)
- F.V Garcia-Amador, *The Changing Law of International Claims*, (USA: OCEANA, 1984)
- Faisal Salam, *Sengketa Bisnis Secara Nasional dan Internasional*, (Bandung: Mandar Maju, 2007)
- Franklin R. Root, *International Trade and investment (fourth Edition)*, (Ohio: South-Western Publishing.co, 1978)

- Gerald Cooke, *Dispute Resolution in International Trading*, in Jonathan Reuvid (ed), *The Strategic Guide to International Trade*, (London: Kogan Page, 1997)
- Grit Feber, *Trade and Economic Development*, , (Rotterdam, Netherlands: Unversitaire Pers 1990)
- Hata, *Perdagangan Internasional dalam Sistem GATT dan WTO (Aspek-Aspek Hukum dan Non Hukum)* (Bandung: Reflika Aditama, , 2006)
- Hercules Booyesen, *International Trade Law on Goods and Services* (Pretoria: interlegal, 1999),
- Herman Bakir, *Filsafat Hukum (disain dan arsitektur kesejarahaan) (cetakan kedua)*, (Bandung:Reflika aditama, 2009)
- Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2004)
- _____ *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004)
- _____ *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, (Bandung: Reflika Aditama, 2006)
- Jerry W. Markham, *Mutual Fund Scandals--a Comparative Analysis of the Role of Corporate*
- Jeswald W. Salacuse, *Do BITs Really Work?:An Evaluation Of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, (Harvard International Law Journal: by the President and Fellows of Harvard College, 2005)
- Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara (Cetakan Kedua)*, (Jakarta:Rajawali Pers, 2010)
- Jose Luis Siqueiros, *Bilateral Treaties On The Reciprocal Protection Of Foreign Investment*, (California Western School of Law: California Western International Law Journal, 1994)
- John f. Pierce, *Philippine Foreign Investment Efforts: The Foreign Investments Act and The Local Governments Code*, (Pacific Rim Law and Policy Journal Winter: West Law, 1992)

- Justin T. Wong, *Libor Left In Limbo; A Call For More Reform*, (North Carolina Banking Institute, 2009),
- J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional 1 (Edisi Kesepuluh)*, (Jakarta:Sinar Grafika, 2008)
- _____ *Pengantar Hukum Internasional 2 (Edisi Kesepuluh)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008),
- Kelley Connolly, *Say What You Mean: Improved Drafting Resources As A Means For Increasing The Consistency Of Interpretation Of Bilateral Investment Treaties*, (Vanderbilt Journal of Transnational Law: Vanderbilt University Law School)
- Kenneth J. Vandavelde, *A Brief History Of International Investment Agreements*, (U.C. Davis Journal of International Law and Policy: Regents of the University of California, 2005)
- Kirgis, *Prior Consultation in International Law; A. Study of State Practice* (1983) dan Sir Yoseph Gold (1984) 24 (Virginia Journal of International Law)
- Kusumaningtuti SS. *Peranan Hukum dalam Penyelesaian Krisis Perbankan di Indonesia*. (Jakarta: Rajawali Pers, 2008)
- L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2009)
- Lawrence M. Friedman. *A History of American Law*. (New York: W.WE. Norton and Company, 1984)
- Lise Johnson, *International Investment Agreements And Climate Change: The Potential For Investor-State Conflicts And Possible Strategies For Minimizing It*, (Environmental Law Reporter News & Analysis: by Environmental Law Institute, 2009)
- Mark S. Bergman, *Bilateral Investment Protection Treaties:An Examination Of The Evolution and Significance Of the U.S. Prototype treaty*, (New York University Journal of International Law and Politics: by the New York University, 1983)

- Madjedi Hasan, *Arbitrase Institusional versus Ad Hoc*, Indonesia Arbitration Quarterly Newsletter (Number 9/2010), (Jakarta: Bani Arbitration Center, 2010)
- Michael R. Reading, *The Bilateral Investment Treaty In Asean: A Comparative Analysis*, (Duke Law Journal: the Duke Law Journal)
- Mohd. Burhan Tsani, *Hukum dan Hubungan Internasional (cetakan pertama)*, (Jogjakarta: Liberty, 1990)
- Muchtar Kusumaatmaja, *Pengantar Hubungan Internasional*, (Bandung: Alumni, 2003)
- Official *Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, First Session (E.68.V.7)
- Paula I. Rochwerger, *Trade And Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral And Multilateral Treaties*, (Article, New York International Law Review: Winter, 2005)
- Peter Behrens, *Alternatif Methods of Dispute settlement ini International Economic Relations* dalam Ernst –Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Disputese in International and Economic Law*, (Fribourg U.P, 1992)
- Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, *International Business Transactions (A Problem-Oriented Coursebook) (Fourth Edition)*, (USA: West Group, 1999)
- R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm: 117-119
- Resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa tanggal 19 Desember 1961, *Mengenai Perdagangan Internasional sebagai Instrumen Utaman untuk pembangunan ekonomi.*
- R. Subekti dan Tjitro Sudibyo, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [Burgerlijk Wetboek]*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1978), hal: 294-295
- Scott M. Aronson, *Erisa's Equitable Illusion: The Unjust Justice Of Section 502(A)(3)*, (Chicago-Kent College of Law and Workplace Fairness: Employee Rights and Employment Policy Journal, 2005)
- Sudargo Gautama, *Arbitrase Dagang Internasional*, (Bandung: Alumni, 1979)

- Sri Setianingsih Suardi, *Pengantar Organisasi Internasional*, (Jakarta: UI-Press, 2004)
- Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2008)
- Stephen Kho, *Article 73 of the Vienna Convention on Consular Relations: The Relationship between the Vienna Consular*, Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 1994-1995, (Article and Recent Development, 1995)
- Steven Jarreau, *Anatomy Of A Bit: The United States – Honduras Bilateral Investment Treaty*, (University of Miami Inter-American Law Review: University of Miami, 2004)
- Sumaryono Suryokusumo. *Hukum Perjanjian Internasional*. (Jakarta: Tata Nusa, 2008)
- _____, *Studi Kasus Hukum Internasional*, (Jakarta: Tata Nusa, 2007)
- Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis In Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, (Fordham Law Review: Fordham Law Review, 2005)
- Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hlm:333
- Sudargo Gautama, *Arbitrase Bank Dunia tentang Penanaman Modal Asing di Indonesia dalam Perkara Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Alumni, 1994)
- _____, *Arbitrase Dagang Internasional*, (Bandung: Alumni, 1979)
- Stuart G. Gross, *Inordinate Chill: Bits, Non-Nafta Mits, And Host-State Regulatory Freedom—An Indonesian Case Study*, (Michigan Journal of International Law, University of Michigan Law School, 2003)
- T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, (New York: Oceana Publication Inc., 1974)
- Valerine J.L.K, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2009)
- Virally, *Definition and Clasification of International Organization*, in G. Abi-Saab (ed.) *The Concept International Organization* (1981)

- W. Poeggel and E. Oeser, *Methods of Diplomatic settlement*, in Mohammed B. *International Law: achievements and Prospects*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, UNESCO, 1991)
- Yulies Tiena Masriani, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004)
- Yudha Bhakti Ardiwisastra, *Hukum Internasional (Bunga Rampai)*, (Bandung: Alumni, 2003)
- Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, Doc. A/6309/rev.1
Report of International Arbitral Awards (1910), Vol. XI
- Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari: Reglemen Acara Perdat (Rv)Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recornition and Enforcement of Foreing Arbitration Award, PERMA No. 1 tahun 1990, (Edisi Kedua)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006)

Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia, Undang-undang Dasar 1945

- _____ Undang-Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang *Penanaman Modal Asing* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 1)
- _____ Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 *tentang Arbuitrase dan Alternatif Penylesaian Sengketa* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138)
- _____ Undang-Undang Nomor 37 tahun 1999 *tentang Hubungan Luar Negeri*, (Lembaran Negara Repubuk Indonesia Tahun 1999 Nomor 156)
- _____ Undang-Undang nomor 10 tahun 2004 *tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 53)
- _____ Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185)

- _____ Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 *tentang Penanaman Modal*,
(Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67)
- _____ Peraturan Pemerintah No. 20 tahun 1994 *tentang Pemilikan Saham
dalam Perusahaan yang di Dirikan dalam Rangka Penanaman Modal
Asing* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1994 Nomor 28)
- _____ Peraturan Pemerintah No. 83 tahun 2001 *tentang Perubahan Atas
Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 1994 Tentang Pemilikan
Saham Dalam Perusahaan Yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman
Modal Asing* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001
Nomor 154)
- _____ Peraturan Pemerintah No. 1 tahun 2007 *tentang Fasilitas Pajak
Penghasilan untuk Penanaman Modal di Bidang-Bidang Usaha
Tertentu dan/atau di Daerah-Daerah Tertentu* (Lembaran Negara
Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 1)
- _____ Peraturan Pemerintah Nomor 45 tahun 2008 *tentang Pedoman
Pemberian Intensif dan Pemberian Kemudahan Penanaman Modal di
Daerah* (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2008 Nomor 88)
- _____ Keputusan Presiden Nomor 36 tahun 1993 *tentang Pengesahan
Persetujuan Antara Pemerintah Australia dan Pemerintah Republik
Indonesia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman
Modal (Agreement between the Government of Australia and the
Government of the Republic of Indonesia concerning the Promotion
and Protection of Investments)* (Lembaran Negara Nomor 37)
- _____ Keputusan Presiden Nomor 8 tahun 1994 *tentang Pengesahan
Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Pemerintah
Republik Korea Mengenai Peningkatan dan Perlindungan atas
Penanaman Modal* (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1994
Nomor 4) ditetapkan pada tanggal 17 Februari 1994
- _____ Keputusan Presiden Nomor 108 tahun 1998 *tentang Pengesahan
Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah
Mongolia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal*

(Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of Mongolia On Promotion And Protection Of Investments) (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1998 Nomor 119)

Keputusan Presiden Nomor 7 tahun 1999 tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Federasi Rusia Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal *(Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Russian Federation On Promotion And Protection Of Investment)* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 51)

Keputusan Presiden Nomor 50 tahun 1999 tentang Pengesahan Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Cheko Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal *(Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of Czech On Promotion And Protection Of Investments)* (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1999 Nomor 97)

Keputusan Presiden No. 29 tahun 2004 *tentang Penyelenggaraan Penanaman Modal dalam rangka Penanaman Modal Asing dan Penanaman Modal dalam Negeri melalui Sistem Pelayanan Satu Atap*

Keputusan Presiden Nomor 6 tahun 2006 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Atas Penanaman Modal *(Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The Republic Of Singapore On The Promotion And Protection Of Investment)* (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2006 Nomor 9)

Keputusan Presiden Nomor 66 tahun 2008 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran *Mengenai Promosi dan Perlindungan Timbal-*

Balik Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2008 Nomor 55)

Keputusan Presiden Nomor 44 tahun 2001 *tentang Pengesahan Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia Dan Pemerintah Republik Demokrasi Rakyat Aljazair Tentang Peningkatan Dan Perlindungan Atas Penanaman Modal (Agreement Between The Government Of The Republic Of Indonesia And The Government Of The People's Democratic Republic Of Algeria Concerning Promotion And Protection Of Investments)* (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2001 Nomor 29)

Keputusan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor : 57 / sk / 2004 *tentang Pedoman dan TataCara Permohonan Penanaman Modal yang didirikan dalam Rangka Penanaman Modal Dalam Negeri dan Penanaman Modal Asing*

Petunjuk Pelaksana Pembuatan Perjanjian Internasional Berdasarkan Undang-Undang No. 24 tahun 2000 *tentang Perjanjian Internasional*, Direktorat Jenderal Hukum dan Perjanjian Internasional Departemen Luar Negeri

Kamus

Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary (Eighth Edition)*, (USA: Thomson West, 2004)

Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa (Edisi Keempat)*, (Jakarta: Gamedia, 2008)

Persetujuan-Persetujuan Internasional

Konvensi Wina, 1969 *tentang Perjanjian Internasional*

UNCITRAL Leaflet, United Nations Commission On International Trade Law (Uncitral) Legal Body With Universal Membership Specializing In Law Reform Worldwide.

Schedule C Arbitration (Additional Facility) Rules, UNCITRAL

UNCITRAL Arbitration Rules (As Revision 2010)

International Chamber Of Commerce, Rules Of Arbitration (in force as an 1 January 1998)

Persetujuan Antara Pemerintah Inggris Raya dan Pemerintah Republik Chili mengenai Peningkatan dan Pelindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Governement of The United Kingdom Of Great Britain And Nothern Ireland And Government Of The Republic Of Chile For The Promotion And The Protection Of Investment And Protocol*)

Persetujuan Antara Pemerintah Inggris Raya dan Pemerintah Republik Kroasia (*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Nothern Ireland and the Government of The Republic og Croatia*).

Persetujuan Antara Pemerintah Federal Republik Demokrasi Ethiopia dan Pemerintah Federasi Rusia tentang Peningkatan dan Perlindungan timbal balik Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Federal Democratic Republic Of Ethiopia And The Government Of The Russian Federation On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments*)

Persetujuan antara Republik Federal Jerman dan Republik Bangladesh tentang Peningkatan dan Pertindungan timbal balik Penanaman Modal (*Agreement between the Federal Republic of Germany and the People's Republic of Bangladesh concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*)

Perjanjian Antara Amerika Serikat dan Republik Armenia tentang Peningkatan dan Perlindungan Timbal Balik Penanaman Modal (*Treaty Between The United States Of America And The Republic Of Armenia Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment*)

Persetujuan Antara Pemerintah Federasi Rusia dan Pemerintah Republik Mesir mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Russian Federation And The Government Of The Arab Republic Of Egypt On The Encouragement And Mutual Protection Of Capital Investments*)

Persetujuan antara Pemerintah Federal Demokrasi Ethiopia dan Pemerintah Federasi Rusia mengenai Peningkatan perlindungan, Penanaman Modal (*Agreement Between The Government Of The Federal Democratic Republic Of Ethiopia And The Government Of The Russian Federation On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments*)

Perjanjian antara Amerika Serikat dan Republik Armenia tentang Peningkatan dan timbal balik Perlindungan Penanaman Modal (*Treaty Between The United States Of America And The Republic Of Armenia Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment*)

Persetujuan antara Pemerintah Inggris Raya dan Pemerintah Republik Angola mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Angola for the Promotion and Protection of Investments*)

List Of Contracting States And Other Signatories Of The Convention (As Of September 30, 2010), (Washington, D.C: International Centre For Settlement Of Investment Disputes,. 2010)

Data dan lainnya

Data Departemen Luar Negeri, *Daftar Persetujuan di Bidang Investasi 2010*

Data Realisasi Investasi Penanaman Modal Asing Menurut Negara (Priode Laporan : 01/01/1990 s.d 31/12/2009), (Badan Koordinasi Penanaman Modal RI)

(http://www.unctadxi.org/templates/Page_1006.aspx, di unduh pada tanggal 22 November 2010, pukul 23:50)