

PROBLEMATIKA PEMBERIAN PERLINDUNGAN INVESTOR DALAM PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL INDONESIA

PROBLEMS OF PROVIDING INVESTOR PROTECTION IN INDONESIAN BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS

Rahmat Maulana Sidik¹ Pascasarjana Hukum, Universitas Nasional
Maulana.official55@gmail.com

Abstract

The BIT (Bilateral Investment Treaty) is a legal umbrella in guaranteeing investment in the host country. Generally, these agreements are made to attract more investors both from within and outside the country for the sake of economic improvement and development. The crucial issue is when the BIT provides full facilities for investors without considering whether the provision of investment protection threatens the sovereignty of the state and peoples in the future or not. In the fact, will the policy actually attract more investment into the destination country or will it become a legal loophole for unruly investors in taking advantage of the legal loopholes in BIT agreements. It is only natural that these kinds of questions arise as a form of public dissemination or facts that occur directly. Because this BIT not only guarantees protection for investment, but also provides flexibility for investors to sue the state if their investment is harmed by the policies of the recipient country of investment. Even this investment dispute settlement mechanism is guaranteed through ISDS (investor-state dispute settlement). Where the ISDS clause provides guarantees for investors to sue the state in international arbitration. This clause does not apply vice versa for the state in suing investors who harm the state and the peoples. If so, then the provision of excessive investment protection with the ISDS clause in this BIT has the potential to threaten the sovereignty of the state and people. This research will review the case of investor lawsuits against Indonesia and impacted in a crisis of legitimacy over policies made by the state. Including highlighting the protection of investors and the ISDS mechanism whether it is constitutionally contradictory or not.

Keywords: Protection for investors, legal certainty, Bilateral Investment Treaty (BIT), ISDS mechanism

¹ Rahmat Maulana Sidik, Mahasiswa Magister Hukum Universitas Nasional, kontak: maulana.official55@gmail.com.

I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Secara historis, BIT diinisiasi oleh negara-negara maju (*developed countries*) yang mau menanamkan investasi di mayoritas negara berkembang maupun kurang berkembang (*LDCs countries*). Kelahirannya didorong oleh para pemilik modal yang menghendaki adanya jaminan atas investasi yang mereka tanamkan di *host state* tersebut. Sehingga, BIT ini lahir karena kewajiban melindungi arus investasi yang berproduksi di negara penerima modal. Tidak heran isi BIT banyak dipenuhi dengan kewajiban bagi negara penerima modal daripada kewajiban investor.

Dilihat dari catatan UNCTAD, BIT mulai diinisiasi sejak tahun 1959. Bahkan, laporan UNCTAD juga menyebutkan angka negara-negara yang turut serta menggunakan BIT terus meningkat sejak 1959-1999 yakni secara total 1.857 BITs.² Tentunya dari total angka itu negara-negara maju paling banyak memanfaatkan BIT, dimana angkanya meningkat lima kali lipat di tahun 1990-an. Sementara, negara berkembang banyak menghadapi tren gugatan ISDS ketimbang memanfaatkan substansial perjanjian. Sebagaimana terjadi di Afrika, tren gugatan ISDS terus meningkat sejak tahun 1993 hingga 2018 dan hampir 50 persen Negara-Negara Afrika (*African Countries*) telah

digugat oleh investor di arbitrase internasional.³ Begitu juga dengan Indonesia sebagai negara berkembang yang memiliki pengalaman 10 kali digugat investor asing di arbitrase internasional.

Dilihat isi Perjanjian BIT yang melibatkan Indonesia dengan negara lain. Secara jumlah, Indonesia memiliki 74 BIT dengan berbagai negara di dunia.⁴ Namun tercatat ada 31 Perjanjian BIT yang sudah diakhiri (*terminated*) dan sebanyak 43 BIT masih berlaku serta adayang dalam status telah ditandatangani tapi tidak berlaku (*signed not into force*). Padahal, seharusnya peninjauan ulang atas BIT itu perlu dilakukan secara berkala apakah akan dilanjutkan atau diakhiri, karena pemberian keistimewaan terhadap investor itu sangat membahayakan bagi kedaulatan negara dan rakyat. Apalagi kalau sampai investasi itu tidak menguntungkan bagi bangsa, maka sudah sewajarnya dilakukan *review* atas apa yang dikomitmenkan dalam BIT tersebut. Setidaknya, jangan menduplikasi kebijakan

² United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties (BITs) 1959-1999*, United Nations, 2000, hal. 1.

³ Transnational Institute (TNI) Publications, *Impacts of Investment Arbitration Against African States*, (Netherlands, Transnational Institute, 2019), hal. 3. Publikasi dapat dilihat melalui link berikut:

https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_africa_web.pdf. Diakses pada 16 November 2022.

⁴ Perihal perjanjian BITs yang melibatkan Indonesia dengan berbagai negara lain di dunia, dapat dilihat di UNCTAD berikut: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia> diakses pada 15 November 2022.

perlindungan investor yang sudah usang dan terbukti mengancam kedaulatan negara dan rakyat.

Tren perlindungan investasi untuk kepentingan korporasi dilakukan dengan beberapa tujuan, diantaranya: 1). Menjamin kepastian hukum bagi investor; 2). Menciptakan instrumen hukum yang melindungi kepentingan investor selama beroperasi dalam melakukan penanaman modalnya di negara tujuan; 3). Menjamin prinsip non-diskriminasi agar arus investasi tidak khawatir terhadap gangguan dari aspek kebijakan hukum dan politik; 4). Memberikan jaminan kompensasi bila investasi dirugikan atas suatu kebijakan negara; 5). Dapat menuntut kerugian investasi dengan cara korporasi menggugat negara di arbitrase internasional.

Keseluruhan tujuan perlindungan investasi diatas sebenarnya dapat menjadi serangan balik bagi negara yang ikut serta dalam Perjanjian BIT. Mengapa demikian, karena secara substansial Perjanjian BIT ini memiliki *template* yang hampir sama antar satu dengan yang lain, yakni perlindungan dan fasilitas penuh untuk kepentingan investasi. Terlebih lagi dengan adanya kompensasi dan juga mekanisme ISDS yang bisa digunakan investor untuk menggugat negara di arbitrase internasional.

Indonesia memiliki pengalaman dalam proses gugatan investor di arbitrase internasional. Setidaknya ada 10 gugatan investor kepada Indonesia melalui mekanisme ISDS yang ada dalam

Perjanjian BIT. Diantaranya ada kasus Churchill Mining, kasus Amco Asia Corporation, Himpurna Cal Energy Ltd dan Patuha Power Ltd, kasus Newmont, dan kasus India Metal and Ferro Alloys (IMFA).⁵ Dari kasus-kasus tersebut seharusnya Indonesia bisa memetik pelajaran bahwa regulasi domestik sangat rentan dipersoalkan oleh korporasi maupun para

Dikalkulasikan sejak tahun 1966-2022 gugatan investor kepada negara, merupakan terbanyak dengan menggunakan Perjanjian BIT, ketimbang melalui Energy Charter Treaty (ECT) dan perjanjian investasi lainnya. Tercatat dalam data statistik ICSID sebanyak 60 persen menggunakan Perjanjian BIT dan disusul oleh perjanjian kontrak investasi antara investor dengan negara tujuan (*investment contract between investor and host-state*).⁶ Sementara negara yang paling dominan sebagai penggugat di ICSID dari Perjanjian BIT ini adalah Amerika Serikat, Belanda dan United Kingdom (UK). Ini berkorelasi dengan inisiasi awal dari Perjanjian BIT yakni negara-negara maju. Maka tidak heran mereka juga yang paling sering melakukan gugatan melalui BIT ke arbitrase internasional. Disamping itu, sebanyak 61 persen dari

⁵ Rachmi Hertanti, Rahmat Maulana Sidik, *Gugatan ISDS: Ketika Korporasi Mengabaikan Kedaulatan Negara*, (Jakarta, Indonesia for Global Justice: 2019), hal. 5.

⁶ International Center for Settlement Investment Disputes, World Bank, *The ICSID Caseload Statistics-Issue 2022*, (ICSID, World Bank: 2022), hal. 11

gugatan yang diajukan di UNCTAD memenangkan investor sedangkan 39 persennya berpihak pada posisi *host-state*.

Menunjukkan bahwa BIT menjadi sarana bagi negara-negara maju selain menanamkan investasi, tetapi juga melakukan intervensi pada kebijakan domestik di negara berkembang dan kurang berkembang (*LDCs countries*). Karena investor itu akan menggugat negara kalau ada kebijakan negara yang mengedepankan kepentingan nasional dan merugikan investor. Ini dapat diselaraskan dengan adagium yang mengatakan “*if goods can't entry the boundaries, soldier do*”, bila barang tidak bisa masuk ke perbatasan, maka tentara yang diturunkan/perang.

Kini, tidak perlu lagi tentara atau peperangan fisik yang dilakukan, mengingat peperangan secara fisik banyak menimbulkan korban jiwa dan ongkos yang tidak sedikit. Skema itu diubah dengan mengikatkan negara melalui skema perjanjian dagang dan investasi. Setelah terikat dalam suatu perjanjian dagang dan investasi, disitulah negara maju yang memiliki industri dan modal yang kuat akan menekan negara lemah. Kemudian melakukan intervensi terhadap arah kebijakan pembangunan, ekonomi, dan hukum.

B. Rumusan Masalah

Dari uraian latar belakang diatas, ada dua permasalahan yang akan diulas dalam penelitian ini, yakni:

1. Apakah pemberian

perlindungan investor dengan mekanisme ISDS dalam Perjanjian BIT mengakibatkan krisis ruang kebijakan negara dalam mengatur kepentingan domestik?

2. Apakah pemberian perlindungan bagi investor dan mekanisme ISDS dalam BIT bertentangan secara konstitusional?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini, yakni sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui pemberian perlindungan investor dengan mekanisme ISDS dalam Perjanjian BIT mengakibatkan krisis ruang kebijakan negara dalam mengatur kepentingan domestik.
2. Untuk mengetahui pemberian perlindungan bagi investor dan mekanisme ISDS dalam BIT bertentangan secara konstitusional.

D. Metodologi Penelitian

Metodologi penelitian yang dilakukan dalam penelitian ini, yakni: penelitian hukum normatif dengan pendekatan yuridis. Bentuknya dengan mengkaji peraturan perundang-undangan, perjanjian investasi internasional, jurnal internasional dan bahan sekunder yang diambil dalam bentuk studi kepustakaan. Kemudian dari literatur itu akan dihubungkan dengan konteks permasalahan yang dijadikan

kajian dalam penelitian ini.⁷

II. HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Perjanjian BIT Menimbulkan Krisis Legitimasi Terhadap Kebijakan Negara Dalam Mengatur Urusan Domestik

Pemberian perlindungan terhadap investor melalui Perjanjian BIT, memang menuai pro- kontra dalam praktik implementasinya. Mengapa demikian, mereka yang pro, tentunya pihak investor dan para analis pro pemilik modal yang berpendapat bahwa investasi memang harus dijamin dan dilindungi dari A-Z. Bahkan kerugiannya harus diatur melalui kompensasi dan diganti oleh negara. Sementara, mereka yang kontra berpendapat bahwa pemberian keistimewaan terhadap investor yang memberikan kompensasi hingga dapat menggugat negara bila investasi merugi, menunjukkan posisi negara lebih rendah ketimbang investor dan atakorporasi.

Terlepas dari itu semua, bila dianalisis lebih jauh dalam bab per bab isi BIT ini kontra terhadap legitimasi kehadiran negara dalam mengatur kebijakan domestik. Ini yang disebut sebagai “krisis legitimasi”.⁸ Dimana negara terhalang dalam menegakkan

kedaulatannya untuk mengatur urusan kesejahteraan rakyat karena terikat oleh Perjanjian BIT. Bila sudah terikat dengan perjanjian inipun akan sulit untuk menarik diri dan menghentikan BIT. Memang mekanisme penghentian BIT diatur klausulnya pada masing-masing perjanjian.

Menghentikan perjanjian BIT menjadi satu tantangan tersendiri. Diantaranya harus memberikan notifikasi enam bulan sebelum berakhirnya sepuluh tahun pertama sejak perjanjian berlaku (*entry into force*). Jika tidak ada notifikasi pemberhentian, maka perjanjian ini masih terus berlaku. Bahkan, jika perjanjian BIT sudah berakhir dan dihentikan (*terminated*), perjanjian ini masih terus berlaku selama 20 tahun.⁹ Ini yang disebut dengan *survival clause*.¹⁰ Adanya klausul ini disebut sebagai salah satu menjamin keberlanjutan arus investasi yang masih berlangsung di *host-state*.

Maka tidak heran dikatakan bahwa BIT ini sebenarnya sebagai bentuk kolonialisasi model baru dalam intervensi kebijakan arah pembangunan negara termasuk di Indonesia. Dari pengalaman Indonesia pada proses BIT,

⁷ Johny Ibrahim, *Teori Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Banyu Media, Malang: 2008), hal. 295.

⁸ Christian Leathley, et. all, *Investor-State Dispute Resolution Series, Part I: A close look at the concerns arising out of Investor-State Dispute Settlement*, (New York, Herbert Smith Freehills: 2022), hal. 1.

⁹ Perihal *survival clause* selama 20 tahun dapat dilihat BIT Indonesia – United Kingdom yang berlaku pada 24 Maret 1977 hingga sekarang. BIT tersebut dapat dilihat pada [link](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1646/download) berikut: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1646/download>. Diakses pada tanggal 15 November 2022.

¹⁰ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, et. all, *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, (International Institute for Sustainable Development, 2020), hal. 5.

sebanyak 6 dari 10 gugatan investor itu adalah pada sektor industri ekstraktif. Dimana Indonesia masih sangat bergantung pada industri ini. Sehingga ketergantungan pada investasi juga sangat tinggi di sektor ini, dan tidak heran rela memberikan perlindungan investasi berlebihan demi menarik investasi.

Pemberian perlindungan investasi di berbagai sektor termasuk ekstraktif, justru memberikan legitimasi bagi krisis kebijakan negara atas hak-hak publik. Misal pada kasus gugatan PT. Newmont Nusa Tenggara di arbitrase internasional melalui ICSID. Kasus ini terjadi karena adanya kebijakan Pemerintah Indonesia yang melarang PT. Newmont melakukan ekspor mineral mentah. Melalui PP Nomor 1 Tahun 2014 sebagai aturan turunan dari UU Nomor 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batubara, Pemerintah Indonesia mewajibkan setiap pelaksana kegiatan usaha pertambangan melakukan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri. Secara otomatis, PT. Newmont yang selama ini melakukan aktivitas ekspor bahan mentah menganggap aturan ini sebagai hambatan dalam kegiatan ekspor pertambangannya selama ini. Sehingga, PT. Newmont menggugat Pemerintah Indonesia di ICSID.

Newmont walaupun sepakat memilih jalur negosiasi ulang dengan Pemerintah Indonesia. Perlu diingat bahwa fakta ini menjadi preseden terhadap kebijakan negara yang dapat dipersoalkan kapan saja bila

merugikan investor. Kondisi demikian mempersempit ruang kebijakan negara dalam mengatur sendiri urusan dalam negeri tanpa intervensi dari investor maupun korporasi. Maka, selama perjanjian BIT masih memberikan keistimewaan berlebihan bagi investor, selama itu pula potensi ancaman terhadap kedaulatan negara dalam mengatur urusan domestik dengan mandiri dan berdaulat akan terus menjadi hambatan.

B. Belajar dari Kasus IMFA

Tahun 2015 perusahaan IMFA (*India Metals and Ferro Alloys*) asal India menggugat Indonesia karena Izin Usaha Produksi (IUP) pertambangannya tumpang tindih dengan enam perusahaan lain. Enam perusahaan itu, antara lain: PT. Bintang Awai Bersinar, PT. Marangkayu Bara Makarti, PT. Puspita Alam Kurnia, PT. Putra Bara Utama, PT. Tanjung Bartim Kurnia, dan PT. Sumber Rahayu Indah.¹¹ Akibat IUP yang tumpang tindih itu IMFA tidak bisa melakukan produksi pertambangan di lahan seluas 3.674 hektar di wilayah Kabupaten Barito Timur, Kalimantan Tengah yang menjadi objek lokasi IUP.

Pada awalnya, IUP untuk produksi No 569 of 2009 itu dimiliki PT. Sumber Rahayu Indah (PT. SRI), dimana PT. SRI

¹¹ Perihal detail kronologi gugatan IMFA vs Indonesia di Permanent Court Arbitration (PCA) dapat dilihat pada register perkara: PCA Case No. 2015-40. Dapat pula diakses melalui link: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11341.pdf>. Diakses pada 16 November 2022.

merupakan anak perusahaan dari IMFA.¹² Kemudian, IUP milik PT. SRI itu diakuisi oleh IMFA pada tahun 2010.¹³ Kelalaiannya adalah dalam mengakuisi IUP, IMFA tidak melakukan *due diligence* terlebih dahulu atas IUP itu apakah *clean and clear* (CnC) atau tidak. Faktanya, IUP itu tidak *clean and clear*. Sehingga, pada 2015 IMFA melakukan gugatan di arbitrase Internasional dengan menggunakan BIT India-Indonesia yang berlaku tahun 1999.¹⁴ IMFA mengkalkulasikan kerugian akibat tidak bisa memproduksi dengan menuntut kerugian senilai US\$ 581 juta atau sekitar Rp 7,5 triliun kepada Indonesia.

Tahun 2019 PCA mengeluarkan putusan yang memenangkan dalil Pemerintah

Indonesia. Karena, IMFA tidak punya legal standing yang kuat dalam menggugat Pemerintah Pusat. Seharusnya, IMFA menggugat Pemerintah Kabupaten Barito Timur sebagai pihak yang mengeluarkan ijin IUP tersebut. Dan gugatan IUP itu semestinya diajukan ke Pengadilan Tata Usaha Negara di tingkat nasional. Terlebih lagi yang semestinya menggugat adalah PT. SRI, karena pemilik IUP dari Bupati Kabupaten Barito Timur adalah PT. SRI bukan IMFA.

Kasus ini ada dua pelajaran penting, yakni: *pertama*, proses perijinan dan tata kelola usaha pertambangan harus ditertibkan. Ini penting sekali sebagai basis awal dalam mengelol sumber daya alam agar benar-benar demi kesejahteraan rakyat dan tidak ada celah korupsi dalam pemberian ijin pertambangan. Kemudian, *kedua*, Pemerintah Indonesia penting melakukan *screening* investasi yang masuk sehingga investasi benar-benar membawa manfaat bagi keberlanjutan negara dan kesejahteraan rakyat. Jangan sampai membuka lebar pintu investasi dengan seperangkat perlindungan bagi investor, justru menjadi celah hukum yang bisa digunakan oleh investor maupun korporasi dalam mempersoalkan negara di arbitrase internasional. Kalau demikian akan jatuh martabat dan kedaulatan kita sebagai bangsa dihadapan korporasi.

¹² Perihal IMFA adalah perusahaan induk dari PT. Sumber Rahayu Indah dapat dilihat dari financial statement on March 2018. Dokumen bisa diakses juga di link berikut: <https://www.imfa.in/pdfs/PT-SRI-financials-2017-18.pdf>. Diakses pada 16 November 2022.

¹³ Indramayu, *Legal standing gugatan IMFA kepada Indonesia melalui PCA atas kerugian investasi akibat tumpang tindih perizinan*, (Jurnal Pakuan Law Review, Universitas Pakuan: 2021), hal. 18.

¹⁴ Agreement Between The Government of Republic Indonesia and The Government of India for The Promotion and Protection of Investments, 1999. Perjanjian ini sudah diakhiri atau dihentikan (*terminated*) tetapi masih tetap berlaku hingga 20 tahun karena *survival clause*. Karenanya, pada 2015 IMFA masih bisa menggunakan BIT India- Indonesia ini sebagai landasan hukum menggugat di PCA. Dokumen BIT India-Indonesia dapat dilihat melalui link berikut: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1563/download>. Diakses pada 16 November 2022.

C. Pemberian Perlindungan Bagi Investor dan Mekanisme ISDS Dalam BIT Vis A Vis Konstitusi Indonesia

Konstitusi Indonesia telah mengatur persoalan perjanjian internasional termasuk mekanisme ratifikasinya kedalam hukum nasional. Mengingat perjanjian internasional sebagai salah satu instrumen penting dalam menentukan arah pembangunan ekonomi, hukum, investasi dan aspek penting lain. Pasal 11 Ayat 2 UUD 1945 menegaskan bahwa *“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”*.¹⁵

Aturan turunan dari Pasal 11 Ayat 2 UUD 1945, lahirlah UU No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional. Dimana undang-undang tersebut mengatur dari aspek proses negosiasi perjanjian internasional hingga ratifikasi. Namun, UU 24/2000 ini tampaknya mengategorikan dua hal yang berbeda. Perbedaan itu mencolok antara perjanjian internasional yang berdampak luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat dan sebaliknya.

¹⁵ Pasal 11 Ayat 2 UUD 1945. Konstitusi Indonesia beserta amandemennya dapat dilihat melalui link berikut: https://jdih.mkri.id/mg58ufsc89hrsg/UUD_1945_Perubahan.pdf. Diakses pada 16 November 2022.

Disebutkan dalam Pasal 10 dan Pasal 11 UU No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional. Yang mengategorikan dua hal diatas melalui payung hukum undang-undang dan Keputusan Presiden atau kini Peraturan Presiden. Dalam kaitannya dengan itu, perjanjian internasional yang berkaitan dengan investasi tidak dikategorikan sebagai perjanjian yang berdampak luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat. Sehingga, tidak heran payung hukum ratifikasi perjanjian investasi seringkali dibentuk melalui Kepres/Perpres.

Beberapa perjanjian investasi yang diratifikasi melalui Kepres/Perpres, yakni: ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) yang diratifikasi Indonesia pada tahun 2011 dengan Peraturan Presiden No. 49 Tahun 2011, Ratifikasi Perjanjian BIT Indonesia-Uni Emirate Arab dengan Peraturan Presiden No. 16 Tahun 2021¹⁶, dan Ratifikasi Perjanjian BIT Indonesia-Singapore dengan Peraturan Presiden No. 97 Tahun 2020.¹⁷

Perjanjian investasi diratifikasi

¹⁶ Perpres No. 16 Tahun 2021 tentang Pengesahan Ratifikasi BIT Indonesia-UAE. Dokumen dapat dilihat di link berikut: <https://peraturan.bpk.go.id/Home/Details/163380/perpres-no-16-tahun-2021>. Diakses pada 16 November 2022.

¹⁷ Perpres No. 97 Tahun 2020 tentang Pengesahan Ratifikasi BIT Indonesia-Singapore. Dokumen dapat dilihat di link berikut: <https://peraturan.bpk.go.id/Home/Details/148465/perpres-no-97-tahun-2020>. Diakses pada 16 November 2022.

dengan Kepres/Perpres dalam hirarki peraturan perundang-undangan bahwa bila ratifikasi perjanjian itu dengan Kepres/Perpres maka otoritas kekuasaan eksekutif (Presiden) yang memiliki peran lebih. Sementara partisipasi masyarakat tidak ada didalam prosesnya bahkan parlemen saja hanya sebagai stempel belaka. Padahal, dampak yang ditimbulkan dari perjanjian BIT ini sangat luas dan mendasar bagi kehidupan masyarakat. Sehingga, pada 2018 lalu payung hukum yang mengategorisasikan undang-undang dan Kepres/Perpres dalam Pasal 10 UU No. 24 Tahun 2000 Perjanjian Internasional dilakukan uji materil ke Mahkamah Konstitusi.

Hasilnya, Mahkamah Konstitusi melalui Putusan No. 13/PUU-XVI/2018¹⁸ menegaskan bahwa segala perjanjian internasional yang berdampak luas dan mendasar bagi rakyat, termasuk perjanjian dagang dan investasi harus melibatkan partisipasi masyarakat serta dibentuk dalam undang-undang. Secara otomatis, bila dibentuk dalam undang-undang dan mewajibkan adanya persetujuan dari parlemen, maka disitulah letak partisipasi masyarakat untuk melakukan *check and balances* terhadap perjanjian investasi yang berdampak bagi kehidupan rakyat luas.

Putusan MK itu tentu menegaskan kembali mandat konstitusi yang disebutkan dalam

Pasal 11 Ayat 2 UUD 1945. Ditambah lagi dengan pertimbangan hakim konstitusi yang menegaskan bahwa Pemerintah Indonesia wajib menentang atau setidaknya tidak ikut serta dalam segala perjanjian internasional yang bertentangan dengan perdamaian abadi, kemerdekaan, dan keadilan sosial.¹⁹ Ini memperkuat posisi bahwa secara konstitusional Pemerintah Indonesia tidak dibenarkan mengikat diri pada perjanjian internasional yang berdampak luas bagi rakyat tanpa melibatkan partisipasi masyarakat, serta mengancam keadilan sosial dan kedaulatan bangsa.

Korelasinya dengan 43 BITs²⁰ yang melibatkan Indonesia harus secara berkala dilakukan *review* terhadap substansial perjanjian tersebut. Terlebih lagi, adanya mekanisme ISDS yang memberikan kewenangan investor menggugat negara di arbitrase internasional apabila investasinya dirugikan akibat kebijakan negara. Ini bertentangan dengan semangat konstitusi Indonesia dan mengancam kedaulatan negara. Penolakan terhadap BIT dan

¹⁹ Lihat Pertimbangan Hakim Konstitusi dalam Putusan MK No. 13/PUU-XVI/2018 tentang Perjanjian Internasional, hal. 251.

²⁰ Indonesia secara total memiliki 74 BITs. Namun ada 31 BITs yang sudah diakhiri dan dihentikan (*terminated*) dan ada 43 BITs yang masih berlaku termasuk didalamnya ada juga yang dalam *status signed but not into force*. Selengkapnya dapat dilihat pada link berikut: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia>. Diakses pada 16 November 2022.

seperangkat ISDS sudah sejak lama disuarakan oleh kelompok masyarakat sipil, karena selain bertentangan dengan hak-hak rakyat,²¹ ISDS juga melumpuhkan kekuasaan negara dalam intervensi arah pembangunan ekonomi dan sosial yang berpihak pada kepentingan nasional.

Negara lain yang juga menolak adanya mekanisme ISDS dalam berbagai perjanjian dagang dan investasi. Seperti Australia yang terang-terangan mengumumkan penolakan terhadap ISDS dalam perjanjian AUSFTA (*Australia-United States of America Free Trade Agreement*).²² Termasuk Parlemen Uni Eropa juga menyuarakan penolakan adanya mekanisme ISDS dalam TTIP.²³ Berbagai penolakan adanya mekanisme ISDS dalam BIT maupun FTAs

harus dimaknai sebagai modal awal dari penghentian rezim kolonialisasi dengan dalih investasi. Karena bila diteruskan, kebijakan negara untuk kepentingan masyarakatnya dapat dengan mudah diintervensi oleh kepentingan investor dan atau korporasi.

III. KESIMPULAN

Investasi itu memang baik untuk pembangunan dan juga ekonomi-kesejahteraan rakyat. Tetapi, jangan dijadikan dalil bahwa atas nama pertumbuhan ekonomi dan kesejahteraan rakyat itu yang kemudian memberikan keistimewaan berlebihan kepada investor. Pemberian keistimewaan itu bisa melalui perjanjian perdagangan bebas (FTA) maupun perjanjian BIT. Seringkali melalui perjanjian FTA dan BIT ini memberikan jaminan perlindungan investor hingga dapat menggugat negara di arbitrase internasional melalui mekanisme ISDS. Ini tidak adil dan berbahaya bagi kedaulatan negara dan rakyat. Sebab, konteks ISDS meletakkan posisi negara lebih rendah ketimbang investor dan atau korporasi. Sementara perlakuan yang sama bagi negara dalam menggugat investor yang merusak lingkungan, sosial dan tidak memberikan *benefit* bagi kehidupan rakyat tidak bisa dilakukan.

Penelitian ini hendak merekomendasikan tiga hal yang penting dilakukan oleh negara pada setiap perjanjian BIT yang telah berlaku maupun dalam proses peninjauan (*initial text*), yaitu: *pertama*, tidak memasukkan

²¹ Alex Scrivener, *We the people reject ISDS. So why are our governments trying to expand it?*, (Bilaterals.org: 2019). Selengkapnya dapat dilihat di link berikut: <https://www.bilaterals.org/?we-the-people-reject-isds-so-why>. Diakses pada 16 November 2022.

²² Kyla Tienhaara and Patricia Ranald, *Australia's rejection of Investor-State Dispute Settlement: Four potential contributing factors*, (Investment Treaty News, IISD, 2011). Selengkapnya dapat dilihat di link berikut: <https://www.iisd.org/itn/en/2011/07/12/australias-rejection-of-investor-state-dispute-settlement-four-potential-contributing-factors/>. Diakses pada 16 November 2022.

²³ Aline Robert, *European Parliament backs TTIP, rejects ISDS*, Euractiv: 2015. Selengkapnya dapat dilihat di link berikut: <https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/european-parliament-backs-ttip-rejects-isds/>. Diakses pada 16 November 2022.

klausul ISDS dalam berbagai perjanjian perdagangan bebas (FTA) dan perjanjian investasi (BIT). Mengingat negara lain seperti Australia dan bahkan Parlemen Uni Eropa juga menolak klausul ISDS dimasukkan dalam perjanjian perdagangan bebas dan perjanjian investasi. Sebab, ISDS mengancam kedaulatan negara dan bisa mempersoalkan kebijakan domestik oleh investor.

Kedua, penting untuk mendahulukan mekanisme penyelesaian sengketa di tingkat nasional, melalui pengadilan nasional. Tetapi sebelum masuk ke dalam ranah pengadilan, harus melewati proses mediasi, negosiasi, dan konsiliasi terlebih dahulu. Sehingga, proses penyelesaian sengketa itu tidak harus diselesaikan melalui arbitrase internasional yang tentunya membutuhkan *high cost* untuk *lawyer fees*, *travel fees* dan sebagainya.

Ketiga, pemberian perlindungan kepada investor itu sebenarnya tidak perlu diutamakan dalam berbagai konteks perjanjian dagang dan investasi. Mengapa demikian, karena perlindungan berlebihan kepada investor tidak berkorelasi secara langsung terhadap masuknya investasi ke dalam suatu negara.

IV. DAFTAR PUSTAKA

Agreement Between The Government of Republic Indonesia and The Government of India for The Promotion and Protection of Investments, 1999. Access link:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1563/download>. Diakses pada 16 November 2022.

Agreement Between The Government Republic of Indonesia and The Government of United Kingdom, March 24, 1977. Access link: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1646/download>. Diakses pada 16 November 2022.

Financial statement on March 2018. <https://www.imfa.in/pdfs/PT-SRI-financials-2017-18.pdf>. Diakses pada 16 November 2022.

Ibrahim, Johny, 2008, *Teori Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Banyu Media, Malang). IMFA vs Indonesia di Permanent Court Arbitration (PCA), register perkara: PCA Case No.2015-40. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11341.pdf>. Diakses pada 16 November 2022.

Indramayu. 2021. *Legal standing gugatan IMFA kepada Indonesia melalui PCA atas*

- kerugian investasi akibat tumpang tindih perizinan*, (Jurnal Pakuan Law Review, Universitas Pakuan).
- International Center for Settlement Investment Disputes, 2022, World Bank, *The ICSID Casesload Statistics-Issue 2022*, (ICSID, World Bank).
- Leathley, Christian, et. all, 2022, *Investor-State Dispute Resolution Series, Part I: A close look at the concerns arising out of Investor-State Dispute Settlement*, (New York, Herbert Smith Freehills).
- Osterwalder, Nathalie Bernasconi. et. all. 2020. *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, (International Institute for Sustainable Development, IISD).
- Perpres No. 16 Tahun 2021 tentang Pengesahan Ratifikasi BIT Indonesia-UAE. <https://peraturan.bpk.go.id/Home/Details/163380/perpres-no-16-tahun-2021>. Diakses pada 16 November 2022.
- Perpres No. 97 Tahun 2020 tentang Pengesahan Ratifikasi BIT Indonesia-Singapore. <https://peraturan.bpk.go.id/Home/Details/148465/perpres-no-97-tahun-2020>. Diakses pada 16 November 2022.
- Putusan MK No. 13/PUU-XVI/2018. https://www.mkri.id/public/content/persidangan/putusan/13_PUU-XVI_2018.pdf. Diakses pada 16 November 2022.
- Robert, Aline. 2015. *European Parliament backs TTIP, rejects ISDS*. Euractiv. <https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/european-parliament-backs-ttip-rejects-isds/>. Diakses pada 16 November 2022.
- Scrivener, Alex, 2019, *We the people reject ISDS. So why are our governments trying to expand it?*, Bilaterals.org.
- Sidik, Rahmat Maulana & Hertanti, Rachmi, *Gugatan ISDS: Ketika Korporasi Mengabaikan Kedaulatan Negara*, (Jakarta: Indonesia for Global Justice, 2019).
- Tienhaara, Kyla, & Ranald, Patricia, 2011, *Australia's rejection of Investor-State Dispute Settlement: Four potential contributing factors*, (Investment Treaty News, IISD).
- Transnational Institute (TNI) Publications. 2019. *Impacts of Investment Arbitration Against African States*, (Netherlands, Transnational Institute).
- United Nations Conference on Trade and Development

(UNCTAD). 2000. *Bilateral
Investment Treaties (BITs)
1959-1999*, United Nations.