

Konsep Pengelolaan Kontrak Bilateral yang Proporsional yang Menyeimbangkan Kepentingan Nasional dan Perlindungan untuk Investor Asing di Bidang Pertambangan

Ricky Bima Sanjaya, Bonaventura Ivan Mollet, Nofandi Irianto
Universitas Airlangga

Email : sinyoricky23@gmail.com, bonaventuraivan93410@gmail.com,
fandivania83@gmail.com

Abstrak

Kebijakan Investasi merupakan hal utama yang harus mengutamakan kepentingan Nasional, Bukan hanya dalam penciptaan lapangan kerja baru tapi juga harus memperkuat pelaku ekonomi domestik. Dalam hal ini negara mempunyai kewajiban untuk melindungi kepentingan nasional. Khususnya dalam hal penanaman modal asing dengan cara pengelolaan kontrak atau perjanjian *Bilateral Investment Treaties (BIT)* dengan berlandaskan Asas Proporsionalitas. Asas ini bertujuan untuk memberi keadilan dan kepastian bagi para pihak. Perjanjian *Bilateral Investment Treaties (BIT)* dianggap sangatlah penting bagi para pihak, dikarenakan didalamnya berisi pengaturan dan pembatasan bagi kedua pihak untuk menentukan pertukaran hak dan kewajiban didalam perbedaan kebijakan antar negara. Dalam Perjanjian *Bilateral Investment Treaties (BIT)* terdapat klausula-klausula diantaranya *Most-Favored Nation*, *National Treatment* dan *Fair and equitable Treatment* dan *state/ government intervention theory* yang dianggap dapat menyeimbangkan kepentingan Nasional dan perlindungan untuk investor asing di bidang pertambangan.

Kata Kunci: Proporsionalitas Kontrak Bilateral; Kepentingan Nasional; Perlindungan Untuk Investor Asing; Pertambangan.

Abstract

Investment policy is the main thing that must prioritize the national interest, not only in the field of new jobs but also must support the domestic eco-sector. In this case the state has an obligation to defend national interests. Specifically in terms of investment by managing contracts or bilateral investment treaty agreements (BIT) based on the Proportionality Principle. This principle is intended to provide justice and certainty for the parties. Bilateral Investment Treaties (BIT) agreements are considered important for the parties, which are related to the agreement. In the Bilateral Investment Treaties Agreement (BIT) are the most preferred clauses of the Nation, the National Treatment and Fair and Equitable Treatment, and the theory of state / government intervention that is considered to be able to balance national interests and protect investors in the mining sector

Keywords: *Proportionality of Bilateral Contracts; National Interests; Protection for Foreign Investors; Mining.*

A. PENDAHULUAN

Indonesia memiliki sumber daya alam yang melimpah yang seharusnya dapat menjadi keuntungan bagi masyarakat Indonesia, akan tetapi masyarakat Indonesiannya yang tidak bisa memanfaatkan sumber daya alam itu secara baik, dan belum mampu mengelola alamnya dengan baik, dan belum memiliki rasa rugi karena kekayaan alam yang dimilikinya itu dinikmati dari negara- negara lain.¹

Meskipun Indonesia kaya akan sumber daya alam, dengan wilayah Indonesia yang sangat luas diperlukan modal untuk pembangunan serta fasilitas yang memadai disamping Indonesia memiliki lokasi yang strategis untuk dijadikan pasar Internasional. Untuk menunjang perkembangan ekonomi di Indonesia, pemerintah Indonesia saat ini sedang berupaya untuk menarik lebih banyak minat

investor asing untuk menanam modal di Indonesia. Berbagai cara dari mulai pembangunan infrastruktur dan memperbaiki serta memudahkan fasilitas perizinan yang bertujuan meningkatkan pelaku bisnis dari luar negeri yang menanamkan modal di Indonesia.

Penanaman modal asing di Indonesia pada umumnya terbagi menjadi beberapa sektor. Secara garis besar, investasi asing di Indonesia banyak berfokus pada sektor pertambangan, pembangunan, pariwisata, tambang, transportasi, dan produk. Deputi Bidang Pengendalian Pelaksanaan Penanaman Modal Azhar Lubis mengatakan, pertambangan masih jadi sektor yang menjadi penyumbang terbesar investasi PMA yang masuk. Tercatat pada triwulan II-2018 ini, PMA yang masuk dalam bidang pertambangan adalah sekitar USD1 miliar.²

¹ Alviatin Mubharika, "Indonesia Kaya Akan Sumberdaya Alam Tetapi Miskin Sumber Daya Manusia", <https://www.kompasiana.com/alviatin/5e74364065eaa102c9437b62/indonesia-kaya-akan-sumber-daya-alam-tetapi-miskin->

dalam-sumber-daya-manusia ., diakses pada tanggal 13 Mei 2020

² Giri Hartomo, "Investasi Asing Hanya Rp.95,7 Triliun, Paling Besar di Pertambangan", <https://economy.okezone.com/read/2018/08/>

Untuk menarik minat investor asing, pemerintah Indonesia sudah mulai mempersiapkan lokasi-lokasi dengan infrastruktur yang sesuai. Selain itu, pemerintah juga bersedia memberikan beberapa fasilitas fiskal dan kemudahan perizinan yang berkaitan dengan kegiatan perusahaan. Lokasi penempatan investor asing tersebut dibagi menjadi dua jenis, yaitu Kawasan Ekonomi Khusus, dan Kawasan Industri Terpadu. Dengan fungsi dan tujuan yang berbeda, kedua jenis lokasi ini tersebar di seluruh wilayah Indonesia.³

Untuk menjamin ketenangan bekerja modal asing yang telah menanamkan modalnya di Indonesia maka pemerintah dalam hal ini tidak melakukan nasionalisasi semata serta memberikan kompensasi terhadap perusahaan modal asing atau investor asing yang

menamkan modalnya di Indonesia yang diatur dalam pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal Asing bahwa Dalam hal Pemerintah melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah akan memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar.

Pemerintah harus dapat menarik minat investor untuk menanamkan modalnya di Indonesia dengan diperlukan sejumlah faktor - faktor yang dapat menarik minat investor, yakni :⁴

1. Faktor Politik Sebab dengan tidak adanya kestabilan politik sulit untuk memprediksi kebijakan apa yang akan diambil

14/320/1936322/investasi-asing-hanya-rp95-7-triliun-paling-besar-di-pertambangan, diakses pada tanggal 13 Mei 2020

³ BPLawyer, "Perkembangan Serta Manfaat Investasi Asing Di Indonesia" <https://bplawyers.co.id/2017/09/08/perkembangan-manfaat-investasi-asing-di-indonesia/>, diakses pada tanggal 16 Mei 2020

angan-manfaat-investasi-asing-di-indonesia/, diakses pada tanggal 16 Mei 2020

⁴ Sentosa Sembiring, Hukum Investasi Pembahasan Dilengkapi dengan Undang - Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, (Bandung : Nuansa Aulia, 2007), h.49

oleh pemerintah yang berkaitan dengan dunia usaha.

2. Faktor Ekonomi Sebab pengusaha itu butuh ketenangan berusaha, berharap mendapat intensif yang memadai dari pemerintah dimana ia berinvestasi dan memperoleh peluang untuk berkembang dengan lingkungannya, dengan karyawannya, dan dengan mitranya secara baik.
3. Faktor Hukum Sebab berbagai ketentuan hukum yang terkait dengan investasi dirasakan perlu untuk menyesuaikan dengan berbagai perjanjian multilateral, regional maupun bilateral yang diikuti oleh pemerintah Indonesia.

Dalam hal meningkatkan pelaku bisnis dari luar negeri yang menanamkan modal di Indonesia peran hukum dibutuhkan untuk membingkai aturan main, dalam hal ini Perjanjian internasional sama dengan perjanjian pada

umumnya yang memuat *general principle of law*. Pada saat negara-negara bersepakat untuk mengikat diri dalam suatu perjanjian internasional, maka lahir hak dan kewajiban yang berlaku secara internasional.⁵Perjanjian internasional diperlukan untuk wadah bagi para pihak untuk bertukar konsesi dan kepentingan sesuai dengan asas daya mengikat kontrak (*the binding force of contract*)⁶, dipahami sebagai mengikatnya kewajiban kontraktual (terkait isi perjanjian – prestasi) yang harus dilaksanakan para pihak. Jadi pertama-tama makna daya mengikat kontrak tertuju pada isi atau prestasi kontraktualnya. Pada dasarnya janji itu mengikat sehingga perlu diberikan kekuatan untuk berlakunya. Untuk memberikan kekuatan daya berlaku atau daya mengikatnya kontrak yang dibuat secara sah mengikat serta

⁵ I Gusti Adika Satriawan Ranuh, 'Penataan Negara terhadap Perjanjian Internasional dan Upaya-upaya Negara terhadap Perjanjian Internasional yang Bertentangan dengan Kepentingan

Nasionalnya' Skripsi Program Sarjana Hukum (Universitas Airlangga 2016).

⁶ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian (Asas Proposionalitas dalam Kontrak Komersial)*, Prendamedia group, 2010, h.123

dikualifikasikan mempunyai kekuatan mengikat setara dengan daya berlaku dan mengikatnya undang-Undang.

Menurut UNCTAD (1995), ada delapan perjanjian bilateral dan multilateral yang biasanya berlaku untuk investasi, yaitu *Provisions on Capital Movement (PCM)*, *Provisions on Foreign Borrowing (PFB)*, *Double Taxation treaties (DTT)*, *Insurances Guarantees dalam MIGA*, *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes (WCSID)*, *2 Preferential Trade Agreement (PTA)*, dan *Bilateral Investment Treaties (BIT)*.⁷ Menurut UNCTAD, *Bilateral investment*, paling banyak diminati oleh negara-negara khususnya Indonesia. Total ada 2897 perjanjian yang telah ditandatangani, dan di Indonesia ada 72 Perjanjian yang telah ditandatangani.⁸ Namun ada beberapa perjanjian investasi bilateral ini ditolak sepihak dan

dihentikan karena beberapa alasan yang merugikan sepihak. Perjanjian investasi bilateral terakhir terjadi pada tanggal 11 Oktober 2018 dimana saat itu Indonesia melakukan perjanjian investasi bilateral dengan Singapura.

Alasan yang mendasari proyek perombakan BIT besar-besaran ini ialah karena kasus Indonesia dengan perusahaan besar asal United Kingdom yaitu Churchill Mining ply. Churchill membawa kasus dengan pemerintah Indonesia ke hadapan Arbitrase ICSID atas tuntutan bahwa aset batubara yang dimilikinya di Kalimantan Timur telah dirampas oleh Pemerintah Daerah Kutai Timur tanpa ganti rugi yang pantas dengan mencabut izin kuasa pertambangannya. Kasus ini menuntut Indonesia untuk mengganti USD \$ 2.000.000.000,00 kepada Churchill atas 5 pelanggaran yang dilakukan Indonesia berdasarkan

⁷ Johnny W. Situmorang, *Menguak Iklim Indonesia Pascakrisis*, ESENSI, Jakarta, 2011, h. 142

⁸ Pusat Kebijakan Investasi, <https://investmentpolicy.unctad.org/internati>

onal-investment-agreements/countries/97/indonesia?type=tip
s, diakses pada tanggal 18 Mei 2020

kesepakatan BIT antara Indonesia dan UK.⁹Dalam ranah penanaman modal asing, salah satu perjanjian internasional mengenai investasi antar negara atau perjanjian bilateral investasi/ *bilateral investmen treaty*, kewenangan untuk membuat perjanjian merupakan suatu atribut dari negara yang berdaulat karena perjanjian itu dibuat dalam rangka kedaulatannya, dimana negara tersebut menciptakan kewajiban yang mengikat satu dengan yang lainnya dan masing-masing berusaha untuk membatasi tindakan-tindakannya sendiri sebagai negara yang berdaulat. Dalam pelaksanaan kegiatan penanaman modal asing tidak tertutup kemungkinan adanya perbedaan dan mengakibatkan sengketa antar kedua pihak, sehingga dalam hal ini Indonesia harus memiliki Standarisasi serta pengelolaan konsep perjanjian serta isi bilateral yang berlandaskan asas

proporsionalitas, sehingga memunculkan kepastian hukum serta hubungan yang menunjang iklim bisnis yang kondusif demi kepentingan nasional, serta tidak mengabaikan perlindungan bagi investor Asing.

1. Rumusan Masalah

Adapun rumusan masalah dalam penelitian ini sebagai berikut:

- a. Konsep Pengelolaan Kontrak atau Perjanjian Pertambangan melalui Perjanjian Bilateral yang Proporsional.
- b. Perlindungan Hukum Bagi Kepentingan Nasional dan Investor Asing dalam Kontrak atau Perjanjian Bilateral

2. Tujuan Penelitian

- a. Mengetahui Konsep Pengelolaan kontrak melalui perjanjian bilateral yang berprinsip pada proporsionalitas.
- b. Mengetahui Perlindungan Hukum bagi kepentingan nasional dan investor asing dalam kontrak bilateral

⁹ Fitri Novia Heriani dan Robert Sidauruk, Govt Requests ICSID to Discontinue Churchill Mining, Case, <http://en.hukumonline.com/pages/lt53c3903>

dc8295/govt-requests-icsid-to-discontinue-churchill-mining-case, diakses pada 19 Mei 2020.

4. Metode Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif. Penelitian yuridis normatif adalah suatu metode penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya.¹⁰ Secara khusus tipe penelitian yang digunakan adalah tipe penelitian doktrinal (*doctrinal research*), yaitu penelitian yang memberikan penjelasan yang sistematis atas peraturan yang mengatur kategori hukum tertentu, Karya tulis ilmiah yang dibuat ini mengacu pada peraturan perundang-undangan serta berbagai literatur yang terkait dengan Konsep pengelolaan kontrak pertambangan yang proporsional demi kepentingan nasional dan perlindungan bagi Investor Asing dalam Kontrak Pertambangan.

Pendekatan pertama dalam penelitian ini adalah *statute approach* atau pendekatan peraturan perundang-undangan. Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah semua Undang-Undang dan regulasi yang ada sangkut pautnya dengan isu hukum yang sedang ditangani. Bagi penelitian untuk kegiatan akademis, perlu mencari ratio legis dan dasar ontologism lahirnya undang-undang tersebut. Sehingga dapat ditemukan suatu aturan yang relevan untuk memecahkan suatu masalah.¹¹

Pendekatan kedua yang digunakan adalah Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dilakukan dengan mencari teori serta doktrin yang telah ada untuk dijadikan suatu acuan agar dapat memahami suatu pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin dalam membangun suatu argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang sedang dihadapi.¹²

¹⁰Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia, Malang, 2012, h.57.

¹¹Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Cet. VII, Kencana, Jakarta, 2005, h. 93-94.

¹²*Ibid*, h. 95

Pendekatan *conceptual approach* menghubungkan konsep yang telah ada dengan isu hukum terkait dengan pengelolaan kontrak pertambangan yang proposional yang menyeimbangkan kepentingan nasional dan perlindungan untuk investor.

B. PEMBAHASAN

Konsep Pengelolaan Kontrak atau Perjanjian Pertambangan melalui Perjanjian Bilateral yang Berprinsip Proporsional.

Sebelum berkembangnya Perjanjian Investasi Antar dua negara (*Bilateral Investment Treaties/BITs*), hukum kebiasaan internasional yang mengatur investasi asing memberikan perlindungan yang sangat lemah terhadap investasi asing. Dulunya, hukum internasional yang melindungi investor asing merupakan bagian dari hukum umum yang mengatur tanggungjawab negara terhadap pihak asing (*the general law on state responsibility for injuries to aliens*). Hanya negara asal dari

investor asing yang mengalami ekspropriasi yang dapat meminta ganti rugi, bukan investor itu sendiri dalam mengajukan tuntutan. Terlebih lagi, suatu pelanggaran kontrak sederhana antara host state dan investor asing tidak menimbulkan unutan apapun atas dasar *state responsibility*, melainkan host state bertanggung jawabnya kepada home state atas 13 prinsip *breach of the "minimum standard" for the treatment of the foreigner*.¹³

BIT saat ini menjadi sumber hukum internasional yang paling dominan dianggap untuk melindungi investasi asing di negara berkembang. Sebaliknya, sangat jarang sekali BIT yang ditandatangani antar sesama negara maju, dimungkinkan karena para investor tersebut yakin bahwa negara tuan rumah dari negara maju telah memiliki domestic law yang 14 memadai dan tidak akan melakukan diskriminasi.¹⁴

Ada beberapa Prinsip - Prinsip dalam Perjanjian Internasional yaitu :¹⁵

¹³ Ryan J. Bubb dan Susan Rose-Ackerman, *BITs and Bargains: Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation Of Foreign Investment*, 27 Int'l Rev. L. & Econ. 291 2007, h. 3

¹⁴*Ibid.*

¹⁵Diky Anandya, Prinsip dan Konsep Dasar Perjanjian Internasional, <https://www.quareta.com/post/prinsip-dan-konsep-dasar-hukum-perjanjian-internasional>, diakses pada tanggal 13 Mei 2020

1. *Pacta Sun Servanda*, yaitu para pihak yang terkait pada suatu perjanjian, harus mentaati perjanjian yang telah dibuatnya (perjanjian internasional mengikat dan berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak).
2. *Good Fith* (itikat baik), yaitu semua pihak yang terikat pada suatu perjanjian internasional harus beritikad baik untuk melaksanakan isi perjanjian.
3. *Rebus Sic Stantibus*, yaitu suatu perjanjian internasional boleh dilanggar dengan syarat adanya perubahan yang fundamental, artinya jika perjanjian internasional tersebut dilaksanakan maka akan bertentangan dengan kepentingan umum pada negara bersangkutan.

Dari pernyataan diatas memperkuat pendapat bahwasannya perjanjian Internasional pada dasarnya sama seperti perjanjian pada umumnya, lalu jika dikaitkan dengan hakikatnya perjanjian tidak dapat dilepaskan dalam hubugannya dengan masalah

keadilan. Oleh karena itu, sangat tepat dan mendasar apabila dalam melakukan perjanjian internasional, dalam hal ini adalah *bilateral investmen treaty* diperlukan asas proporsionalitas yang mendasari dimulainya aspek filosofis keadilan melakukan perjanjian ini.

Dalam Pembahasan lebih dalam tentang proporsionalitas sebelumnya perlu Pembahasan yang lebih rinci mengenai konsep keadilan dikemukakan oleh Aristoteles. Jika Plato menekankan teorinya pada keharmonisan atau keselarasan, Aristoteles menekankan teorinya pada perimbangan atau proporsi. Menurutnya di dalam negara segala sesuatunya harus diarahkan pada cita-cita yang mulia yaitu kebaikan dan kebaikan itu harus terlihat lewat keadilan dan kebenaran. Penekanan perimbangan atau proporsi pada teori keadilan Aristoteles, dapat dilihat dari apa yang dilakukannya bahwa kesamaan hak itu haruslah sama diantara orang-orang yang

sama.¹⁶ Dalam hal ini dapat dikatakan keadilan disisilain adanya kesamaan hak namun disisi lain juga keadilan juga dapat dikatakan ketidaksamaan hak .

Cicero mengatakan bahwa orang dinilai baik dilihat dari perilaku keadilanya. Menurutny ada tiga kebajikan moral yaitu :¹⁷ keadilan, pengendalian diri, dan sopan santun. Sedangkan Thomas Aquinas, dalam hubungannya dengan keadilan mengajukan tiga struktur fundamental (hubungan dasar), yaitu :¹⁸

1. Hubungan antar-individu (*ordo partium ad partes*).
2. Hubungan antar-masyarakat sebagai keseluruhan dengan individu (*ordo totius ad partes*).
3. Hubungan antara-individu terhadap masyarakat secara keseluruhan (*ordo partium ad totum*).

Menurut ThomasAquinas keadilan distributive pada dasarnya merupakan penghormatan terhadap person mausia (*acceptio personarum*) dan keluhurannya (*dignitas*). Dalam konteks keadilan distributive, keadilan dan kepatutan tidak tercapai semata-mata dengan penetapan nilai yang aktual, melainkan juga atas dasar kesamaan antara satu hal dengan hal yang lainnya (*aequalitas rei ad rem*). Ada dua bentuk kesamaan yaitu :

- a. Kesamaan Proporsional (*aequalitas proportionis*)
- b. Kesamaan Kuantitas atau jumlah (*aequalitas proportionis*)

Menurut Rawls ¹⁹Salah satu dasar kebenaran yang cocok dengan pertimbangan moral kita mengacu pada apa yang disebut adil dan tidak adil serta kondisi-kondisi yang sesuai dengan prinsip keadilan. Antara

¹⁶ Bahder Johan Nasution, Kajian Filosofis Tentang Konsep Keadilan Dari Pemikiran Klasik Sampai Pemikiran Modern, Yustisia Vol. 3 No.2 Mei - Agustus 2014, h.3

¹⁷ E. Surmayono, *Etika Profesi Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1996, h.124

¹⁸*Ibid*, h.125-126

¹⁹ Damanhuri Fattah, Teori Keadilan Menurut John Rawls, Jurnal TAPIS Vol.9 No.2 Juli-Desember 2013, h.9

pertimbangan-pertimbangan moral tentang adil dan tidak adil dengan kondisi bagi pemilihan prinsip terdapat penyesuaian timbal balik. Rawls menyebutnya sebagai keseimbangan refleksi (*reflective equilibrium*). Seperti ditunjuk Lois I. Katzner, keseimbangan refleksif tercapai jika ada kecocokan antara syarat-syarat pemilihan dan konsep intuitif kita tentang keadilan. Jika terjadi diskripsi antara prinsip-prinsip yang akan dipilih dengan pertimbangan-pertimbangan moral kita tentang masalah khusus, kita harus mengambil prinsip sebagai berikut : Refleksi atas prinsip-prinsip dan kondisi dimana prinsip-prinsip akan dipilih harus membawa kita untuk memperbarui pertimbangan moral kita. Kondisi-kondisi awal bagi pemilihan prinsip keadilan ini oleh Rawls disebut sebagai “posisi asli” (*original position*). Menurut pandangan Rawls²⁰ tentang kebebasan dalam rangka

teorinya. Diantara pertimbangan-pertimbangan moral kita yang paling mendasar adalah keyakinan bahwa struktur dasar masyarakat yang mendiskriminasikan manusia dalam hal kebebasan adalah struktur masyarakat yang tidak adil.

Tujuan utama Perjanjian Bilateral adalah untuk melindungi investasi di luar negeri, meningkatkan kebijakan yang berorientasi pasar dan menciptakan praktek investasi yang transparan dan non diskriminasi antara negara dan investor, dan untuk mendukung perkembangan standar hukum 18 internasional yang sejalan dengan tujuan-tujuan tersebut.²¹ Tujuan ini sesuai dengan keadilan yang dikemukakan oleh Rawls terkait dengan diskriminasi.

Pemikiran tentang asas proposionalitas perlu di kemukakan disamping asas keseimbangan dalam kontrak.

²⁰*Ibid.*, h.10

²¹Yacob Rihwanto, *Bilateral Investment Treaties dan Penyelesaian Arbitrase Internasional (Studi Kasus*

Pencabutan Izin Kuasa Pertambangan Churchill Mining), Lex Renaissance, No. 1 VOL. 1 JANUARI 2016: 107 – 125, h.6

Untuk membedakan keduanya pertama-tama dapat ditelusuri dari makna leksikal diantara kedua istilah tersebut, yaitu makna keseimbangan dan proporsionalitas.²² Dalam kamus KBBI, Kata keseimbangan berarti keadaan seimbang (seimbang sama berat, seimbang, sebanding, setimpal), dalam ilmu fisika diartikan sebagai keadaan yang terjadi bila semua gaya dan kecenderungan yang ada pada setiap benda atau system persis dinetralkan atau dilawan oleh gaya atau kecenderungannya yang sama besar tetapi mempunyai arah yang berlawanan. Sedangkan kata Proporsionalitas atau proporsional berarti sesuai dengan proporsi, sebanding, berimbang.²³

Pemahaman makna asas keseimbangan ditelusuri dari pendapat beberapa sarjana, antara lain Sutan Beranjak, Remy Sjahdeini, Mariam darus Badruzaman, Sri Gambir Melati Hatta, serta Ahmadi Miru, secara

umum memberi makna asas keseimbangan sebagai keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak. Oleh karena itu, dalam hal terjadi ketidakseimbangan posisi yang menimbulkan gangguan terhadap isi kontrak diperlukan intervensi otoritas tertentu (pemerintah). dari pemikiran tersebut di atas, maka pemahaman terhadap daya kerja asas keseimbangan yang menekankan keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak terasa dominan dalam kaitannya dengan kontrak konsumen.²⁴

Dalam hal ini merujuk kepada meskipun perjanjian bilateral diklaim sebagai perjanjian timbal balik (reciprocal) antara pihak yang terikat di dalamnya, pada faktanya perjanjian perjanjian bilateral tidak simetris. Perjanjian bilateral terlihat setara karena mengatur bahwa warga negara maupun perusahaan dari masing-masing negara dapat berinvestasi di wilayah satu sama

²² Agus Yudha Hernoko, *Op.cit.*, h.74

²³ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan,

Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi II, Jakarta: Balai Pustaka, 1995, h.373 dan 790.

²⁴ Agus Yudha Hernoko, *Op.cit.*, h.79

lain dengan perlindungan yang setara. Meskipun demikian, kebanyakan Perjanjian bilateral yang ditandatangani adalah antara negara maju dengan negara berkembang. Ketidakseimbangan tercipta di antara keduanya dengan posisi tawar relatif yang dimiliki masing-masing negara tersebut dan arah dari perpindahan modal. Biasanya, negara industri menjadi sumber investasi sedangkan negara berkembang menjadi penerima.²⁵

Mencari makna asas proporsionalitas dalam kontrak harus beranjak dari makna filosofis keadilan. Hal ini dapat ditelusuri dalam berbagai pendapat serta pemikiran para filsuf dan sarjana. Filsuf besar seperti Aristoteles, menyatakan bahwa “justice consists in to their inequality” (prinsip bahwa yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama secara proporsional).²⁶

Hegel dengan dialektikannya memberikan sentuhan proporsionalitas dalam pertukaran perstasi para pihak yang berkontrak melalui pengakuan akan adanya hak milik. Hak milik menurut Hegel merupakan landasan bagi hak-hak lainnya. Pemegang hak milik harus menghormati orang lain yang juga pemegang hak milik. Adanya saling menghormati hak milik sekaligus mempertahankan eksistensi masing-masing pihak merupakan landasan terjandinya hubungan kontrakual yang berubstansikan asas proporsionalitas.²⁷

Peter Mahmud Marzuki menyebut asas proporsionalitas dengan istilah *equitability of contract* dengan unsur *justice* serta *fairness* bermakna *equitability* menunjukan suatu hubung yang setara (kesetaraan tidak berat sebelah dan adil (*fair*), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional

²⁵*Ibid.*, h.8

²⁶*Loc.cit*

²⁷Peter Mahmud Marzuki, *Batas-batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika,

dan wajar dengan merujuk pada asas *aequitas praestasionis* yaitu asas yang menghendaki jaminan keseimbangan dan ajaran *justum pretium*, yaitu kepatutan menurut hukum. Tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika masuk kedalam kontrak berada dalam keadaan yang tidak sama. Akan tetapi ketidaksetaraan tersebut tidak boleh dimanfaatkan oleh pihak yang dominan untuk memaksa memdai kepada pihak lain. Dalam situasi semacam inilah asas proporsionalitas bermakna *equitability*.

5.2. Perlindungan Hukum Bagi Kepentingan Nasional dan Investor Asing dalam Kontrak atau Perjanjian Bilateral

Jika dikaitkan dengan Kepentingan Nasional, Arti dari kepentingan nasional adalah abstrak karena mempunyai definisi yang beragam. Menurut pandangan Roy Olton dan Jack C. Piano kepentingan nasional

diartikan sebagai konsep umum dan faktor penting dalam merumuskan kebijakan luar negeri serta kebutuhan negara.²⁸

Di Indonesia, bentuk dari kepentingan nasional yang diatur dalam Undang- 34 Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal sebagai berikut:²⁹

- a. Memberikan perlindungan terhadap sumber daya alam.
- b. Memberikan perlindungan dan mengembangkan usaha mikro, usaha kecil, usaha menengah dan koperasi.
- c. Memberikan pengawasan kepada produksi dan distribusi.
- d. Meningkatkan kapasitas teknologi.
- e. Terdapat partisipasi modal dalam negeri dan kerjasama dengan badan usaha yang dibentuk oleh pemerintah.
- f. Terlibat dalam kerjasama dengan badan usaha yang ditunjuk oleh pemerintah.

Terkait dengan perlindungan kepentingan nasional khususnya dalam perjanjian bilateral,

²⁸ Reni Windiani, 'Politik Luar Negeri Indonesia dan Globalisasi', (2010), 1 Politika: Jurnal Ilmu Politik, hal 3-4

²⁹ Rahmi Jened, Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment), Kencana 2016, h. 88

tentunya kedaulatan negara host state haruslah dikedepankan apabila terjadi sengketa di bidang investasi. Sejalan dengan ‘calvo doctrine’ dan esensi dasar bahwa negara (dalam hal ini host state) mempunyai kedaulatan terhadap kekayaan suatu negara, maka secara prinsipil pengadilan nasional mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa investasi di wilayah teritorialnya³⁰ Upaya-upaya dalam rangka melindungi kepentingan nasional dan memaksimalkan keuntungan yang sebesar-besarnya dalam memanfaatkan masuknya modal asing menyebabkan banyak negara penerima modal menerapkan rejim hukum yang bersifat “mengatur” sebagai upaya untuk memanfaatkan dan meningkatkan keuntungan dari penanam modal secara langsung serta untuk mengatur aktifitas

perusahaan-perusahaan asing sejalan dengan kepentingan ekonomi nasionalnya.³¹

Dalam *state / government intervention theory*, dijelaskan bahwa pentingnya peran negara yang otonom yang mengarahkan langkah kebijakan ekonomi termasuk investasi, peran negara dipercaya akan bisa mengintervensi pasar untuk mengoreksi ketimpangan pasar dan memberikan perlindungan kepada invant industries, kepentingan masyarakat, pengusaha domestik dan perlindungan lingkungan. Peran negara juga dapat memberi perlindungan bagi kepentingan para investor termasuk investor asing.³² Sehingga teori ini juga dapat menyeimbangkan kepentingan nasional serta investor.

Kewajiban pemerintah dan/atau pemerintah daerah adalah menjamin kepastian dan

³⁰ Widhayani Dian Pawestri, Dialektika Perlindungan Kepentingan Nasional Berdasarkan Konstitusi Ekonomi Dengan Basic Principle Dalam Bilateral Investmen Treaties, Yuridika: Volume 31 No 1, Januari 2016, h. 18

³¹ Muchammad Zaidun, ‘Kebijakan Pengaturan Investasi Di Indonesia Dalam

Konteks Globalisasi’ Vol.19 Yuridika, 2004, h. 4

³² Cand Ardiansyah, ”Teori-teori Hukum Investasi dan Penanaman Modal”, <https://customslawyer.wordpress.com/2014/06/26/teori-teori-hukum-investasi-dan-penanaman-modal/>, diakses pada tanggal 19 Mei 2020

keamanan berusaha bagi pelaksanaan penanaman modal. Untuk menjamin kepastian, dan keamanan itu perlu diatur kewenangan pemerintah, provinsi, dan kabupaten/kota dalam penyelenggaraan penanaman modal.³³ Berkaitan dengan kepastian dan keamanan dapat dihubungkan dengan masalah perlindungan yang diberikan pemerintah bagi pelaksanaan penanaman modal, yang bertujuan untuk memberi minat untuk investor asing sehingga mempunyai gairah untuk menanamkan modalnya. Dalam Pasal 6 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman modal diatur bahwasannya perlindungan bagi investor asing diperlakukan sama dengan investor dalam negeri, lalu dalam Pasal 7 juga diatur ketentuan mengenai pemerintah tidak akan melakukan nasionalisasi dan memberikan kompensasi terhadap pengambilan hak. Namun dalam

Pasal 6 ayat (2) disebutkan bahwa Perlakuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi penanam modal dari suatu negara yang memperoleh hak istimewa berdasarkan perjanjian dengan Indonesia, yang dimaksud hak istimewa yang dimaksud, antara lain hak istimewa yang berkaitan dengan kesatuan kepabeuan, wilayah perdagangan bebas, pasar bersama, kesatuan moneter, kelembagaan yang sejenis, dan perjanjian antara Pemerintah Indonesia dan pemerintah asing yang bersifat bilateral, regional, atau multilateral yang berkaitan dengan hak istimewa tertentu dalam penyelenggaraan penanaman modal.

Dalam Pasal 7 diatur pula kebijakan mengenai nasionalisasi dan kompensasi. Dalam hal ini pemerintah menunjukkan ketidak sewenang-wenangannya dalam pengembalian hak kepemilikan dari investor, kecuali dengan undang-undang. Pemerintah

³³ Grandnaldo Yohanes Tindangen, *Perlindungan Hukum Terhadap Investor Menurut Undang-Undang Nomor 25 Tahun*

2007 Tentang Penanaman Modal, Lex Administratum, Vol. IV/No. 2, 2016, h.19.

akan memberikan ganti rugi sesuai dengan menerapkan fungsi sosial yaitu menyetarakan dengan harga pasar. Jika diantara kedua belah pihak tidak sepakat dalam harga yang ditetapkan maka yang merasa kerugian dapat menyelesaikan melalui langkah arbitrase.

Dengan adanya ketentuan mengenai nasionalisasi, Pemerintah Indonesia telah secara sukarela mengurangi haknya untuk menasionalisasikan perusahaan asing, yaitu dengan memperketat syarat-syarat untuk melakukan nasionalisasi yang sudah dianggap sebagai hak setiap negara yang berdaulat oleh hukum internasional. Selain itu, menyerahkan penentuan jumlah, macam, dan cara pembayaran kompensasi kepada keputusan yang tercapai dalam perundingan antara Pemerintah Indonesia dengan penanam modal asing. Apabila tidak tercapai kesepakatan, maka dapat

diselesaikan melalui forum arbitrase³⁴

KESIMPULAN

BIT sebagai salah satu perjanjian investasi internasional yang banyak diminati dapat memberikan keuntungan namun juga merugikan bagi negara. Hal ini dikarenakan dapat ditemui hampir BIT memuat klausula perlindungan standar yang lebih mengedepankan kepentingan investor asing. Dalam pengelolaan perjanjian atau kontrak bilateral diperlukan asas proporsional didalamnya bertujuan memberi keadilan dan keseimbangan bagi kedua belah pihak. Asas ini selain berfungsi sebagai terwujudnya pelaksanaan pertukaran hak dan kewajiban yang di sepakati, serta merta juga mengurangi resiko untuk bersengketa.

Pemerintah telah melakukan upaya-upaya dalam rangka melindungi kepentingan nasional dan memaksimalkan keuntungan yang sebesar-besarnya melalui peran negara

³⁴ Adolf Warow dalam Hulman Panjaitan, *Hukum Penanaman Modal Asing*, (Jakarta: IndoHill Co.), 2003, h. 81

yang melakukan kebijakan ekonomi dalam hal investasi yang dipercaya akan bisa mengintervensi pasar untuk mengoreksi ketimpangan pasar dan memberikan perlindungan kepada masyarakat dalam negeri yang didasari oleh *State/government intervention theory*. Dalam hal ini kewajiban pemerintah dan/atau pemerintah daerah juga menjamin kepastian dan keamanan berusaha bagi pelaksanaan penanaman modal. Untuk menjamin kepastian, dan keamanan itu perlu diatur kewenangan pemerintah, provinsi, dan kabupaten/kota dalam penyelenggaraan penanaman modal yang diwujudkan didalam pasal-pasal dalam undang-undang 25 tahun 2007 tentang penanaman modal .

DAFTAR BACAAN

Buku

Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian (Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial)*, Prenadamedia group, Jakarta, 2010.

Ibrahim, Johny, *Teori dan Metodologi Penelitian*

Hukum Normatif, Bayumedia, Malang, 2012.

J, Ryan. Bubb dan Susan Rose-Ackerman, *BITs and Bargains: Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation Of Foreign Investment*, 27 Int'l Rev. L. & Econ. 291 2007.

Jened, Rahmi, *Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment)*, Kencana, Jakarta, 2016.

Long, Olivier, *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral Trade System*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987

Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Cet. VII, Kencana, Jakarta, 2005.

Sembiring, Sentosa, *Hukum Investasi Pembahasan Dilengkapi dengan Undang - Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, Nuansa Aulia, Bandung 2007.

Situmorang, Johny W., *Menguak Iklim Indonesia Pascakrisis*, ESENSI, Jakarta, 2011.

Surmayono, E., *Etika Profesi Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1996.

Warow, Adolf dalam Hulman Panjaitan, *Hukum Penanaman Modal Asing*,

(Jakarta: IndoHill Co.), 2003, h. 81

Skripsi dan Jurnal

Bahder Johan Nasution, Kajian Filosofis Tentang Konsep Keadilan Dari Pemikiran Klasik Sampai Pemikiran Modern, Yustisia Vol. 3 No.2 Mei - Agustus 2014.

Grandnaldo Yohanes Tindangen, *Perlindungan Hukum Terhadap Investor Menurut Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, Lex Administratum, Vol. IV/No. 2, 2016.

I Gusti Adika Satriawan Ranuh, 'Penataan Negara terhadap Perjanjian Internasional dan Upaya-upaya Negara terhadap Perjanjian Internasional yang Bertentangan dengan Kepentingan Nasionalnya' Skripsi Program Sarjana Hukum (Universitas Airlangga 2016).

Muchammad Zaidun, 'Kebijakan Pengaturan Investasi Di Indonesia Dalam Konteks Globalisasi' Vol.19 Yuridika, 2004.

Peter Mahmud Marzuki, Batas-batas Kebebasan Berkotnrak, Yuridika, Volume 18 No.3, Mei Tahun 2003.

Reni Windiani, 'Politik Luar Negeri Indonesia dan Globalisasi', 1 Politika: Jurnal Ilmu Politik, 2010.

Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi II, Jakarta: Balai Pustaka, 1995.

Widhayani Dian Pawestri, Dialektika Perlindungan Kepentingan Nasional Berdasarkan Konstitusi Ekonomi Dengan Basic Principle Dalam Bilateral Investmen Treaties, Yuridika: Volume 31 No 1, Januari 2016

Yacob Rihwanto, Bilateral Investment Treaties dan Penyelesaian Arbitrase Internasional (Studi Kasus Pencabutan Izin Kuasa Pertambangan Churchill Mining), Lex Renaissance, No. 1 VOL. 1 JANUARI 2016: 107 – 125.

Internet

Alviatin Mubharika, "Indonesia Kaya Akan Sumberdaya Alam Tetapi Miskin Sumber Daya Manusia", <https://www.kompasiana.com/alviatin/5e74364065eaa102c9437b62/indonesia-kaya-akan-sumber-daya-alam-tetapi-miskin-dalam-sumber-daya-manusia> ., diakses pada tanggal 13 Mei 2020

BPLawyer, "Perkembangan Serta Manfaat Investasi Asing Di Indonesia" <https://bplawyers.co.id/2017/09/08/perkembangan-manfaat-investasi-asing-di-indonesia/>, diakses pada tanggal 16 Mei 2020

Cand Ardiansyah, "Teori-teori Hukum Investasi dan Penanaman Modal", <https://customslawyer.wordpress.com/2014/06/26/teori-teori-hukum-investasi-dan-penanaman-modal/>, diakses pada tanggal 19 Mei 2020

Diky Anandya, Prinsip dan Konsep Dasar Perjanjian Internasional, <https://www.quareta.com/post/prinsip-dan-konsep-dasar-hukum-perjanjian-internasional>, diakses pada tanggal 13 Mei 2020

Fitri Novia Heriani dan Robert Sidauruk, Govt Requests ICSID to Discontinue Churchill Mining, Case, <http://en.hukumonline.com/pages/lt53c3903dc8295/govt-requests-icsid-to-discontinue-churchill-mining-case>, diakses pada 19 Mei 2020.

Giri Hartomo, "Investasi Asing Hanya Rp.95,7 Triliun, Paling Besar di Pertambangan", <https://economy.okezone.com/read/2018/08/14/320/1936322/investasi-asing-hanya-rp95-7-triliun-paling-besar-di-pertambangan>, diakses pada tanggal 13 Mei 2020

Pusat Kebijakan Investasi, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia?type=tips>, diakses pada tanggal 18 Mei 2020