

PENYELESAIAN SENGKETA INVESTOR ASING DALAM MEKANISME INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) DAN IMPLIKASINYA DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA¹

Oleh: Martines Eklesia²

Jeany Anita Kermite³

Rudolf S. Mamengko⁴

ABSTRAK

Tujuan dilakukannya penelitian ini yaitu untuk mengetahui bagaimana akseptasi atau pengakuan atas eksistensi mekanisme ISDS dalam sistem hukum Indonesia dan bagaimana penyelesaian sengketa antara investor asing dengan negara penerima investasi melalui mekanisme ISDS, yang dengan metode penelitian yuridis normatif disimpulkan: 1. Mekanisme ISDS dapat diterapkan apabila ada kesepakatan perjanjian antara negara asal investor dengan negara penerima investasi. Itulah sebabnya ISDS merupakan suatu instrumen hukum internasional publik. ISDS dapat tertuang dalam perangkat peraturan nasional, perjanjian investasi bilateral dan multilateral atau dalam bentuk perjanjian investasi internasional. 2. Akseptasi sistem hukum Indonesia terhadap penyelesaian sengketa ISDS yakni bahwa hukum nasional Indonesia meratifikasi konvensi ICSID dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1968 sebagai mekanisme penyelesaian perselisihan antara warga negara asing dengan negara mengenai penanaman modal.

Kata Kunci: Investasi/Penanaman Modal; Sengketa Hukum; Penyelesaian Sengketa Internasional; *Investor State Dispute Settlement*.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Seiring dengan arus globalisasi dalam bidang ekonomi yang pesat, kemajuan teknologi dan komunikasi memberikan implikasi pada kegiatan ekonomi yang tidak lagi terkungkung oleh batas-batas negara.⁵ Setiap negara membutuhkan investasi untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi termaksud negara Indonesia. Investasi merupakan suatu keharusan atau keniscayaan karena investasi merupakan salah satu penggerak ekonomi agar negara dapat mendorong pertumbuhan dan perkembangan ekonomi yang

selaras dengan tuntutan perkembangan masyarakatnya. Investasi disuatu negara yang berlangsung secara baik dan dapat bermanfaat bagi negara dan rakyatnya dimana negara mampu menerapkan dan menetapkan kebijakan investasi berdasarkan amanah konstitusi.⁶

Meningkatnya angka investasi disuatu negara salah satu faktornya ditentukan oleh adanya forum dan mekanisme penyelesaian sengketa investasi, karena investor memerlukan kepastian hukum dalam rangka menjalankan investasinya. Hal ini yang mengakibatkan semakin kompleksnya pengaturan kebijakan ekonomi internasional.

Dewasa ini, perkembangan investasi global telah berkembang sangat pesat, dan perlindungan hukum atas investasi menjadi aspek yang fundamental untuk menarik dan menjamin hak-hak dari pihak investor agar secara pasti dapat terlindungi sehingga kelangsungan investasi dapat terlaksana. Faktor kepastian hukum inilah yang selalu menjadi pertimbangan penting bagi investor asing dalam menanamkan modalnya di suatu negara. Peraturan dan kebijakan hukum nasional negara penerima investasi (host country) seringkali tidak berpihak dan merugikan pihak investor asing sehingga memunculkan isu, masalah dan sengketa antara negara penerima investasi dan pihak investor. Hal ini yang kemudian melatar belakangi munculnya mekanisme penyelesaian sengketa Negara-investor atau dikenal dengan *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS).

Mekanisme ISDS dibentuk dengan tujuan untuk melindungi kepentingan investor asing yang melakukan investasi di Negara penerima sehingga akan menarik minat dan adanya jaminan kepastian hukum bagi para investor asing untuk menanamkan modalnya di negara lain. Salah satu bentuk jaminan kepastian hukum terhadap investor asing adalah adanya perjanjian internasional, perjanjian bilateral antara negara penerima investasi dengan negara asal investor melalui perjanjian kerjasama perdagangan dan investasi tentang ISDS. Perjanjian yang telah disepakati inilah yang menjadi dasar hukum perlindungan hukum kepada investor asing dalam hal memberi hak kepada individu investor dan atau perusahaannya untuk dapat menggugat pemerintah negara penerima investasi.

Dalam konteks Indonesia sebagai negara yang sedang berkembang dan membutuhkan adanya modal atau investasi yang besar, upaya perlindungan terhadap investor telah lama

¹ Artikel Skripsi

² Mahasiswa pada Fakultas Hukum Unsrat, NIM 18071101173

³ Fakultas Hukum Unsrat, Magister Ilmu Hukum

⁴ Fakultas Hukum Unsrat, Magister Ilmu Hukum

⁵ Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional*, (Cetakan keempat, Rajawali Pers, Bandung, 2005), hlm 1.

⁶ <https://repository.unair.ac.id/16/4/4.%20BAB%201%20PENDAHULUAN.pdf>

dilakukan. Hal ini dapat dilihat sejak dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang Nomor 6 tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri.⁷

Indonesia merupakan negara yang berpotensi dalam kegiatan penanaman modal. Hadirnya penanaman modal khususnya penanaman modal asing di Indonesia tentunya akan memberikan dan membawa dampak signifikan bagi pertumbuhan ekonomi Indonesia, sehingga dibutuhkan adanya suatu pengaturan yang seimbang agar penanaman modal asing di satu pihak dan pemerintah di lain pihak dapat memperoleh manfaatnya dan terlindungi kepentingannya.

Setiap penanam modal asing tidak begitu saja menanamkan modalnya di suatu negara, akan tetapi akan melalui penelitian yang cukup rumit apakah dengan modal yang ditanamkan itu dapat memberikan keuntungan (*investment return*), rasa aman, dan juga aspek politik dan kepastian hukumnya. Hal tersebut menjadi pertimbangan bagi setiap penanam modal dalam menanamkan modalnya disuatu negara di sebabkan adanya rasa kekuatiran.⁸

Berbagai masalah atau kendala yang di hadapi oleh para pihak khususnya pemodal dalam negeri dalam rangka kerja sama patungan (*joint ventures*) dengan penanaman modal asing menimbulkan banyak ketidakpuasan antara kedua belah pihak. Sengketa penanaman modal timbul karena ketidakpatuhan terhadap kontrak yang sudah ada. Hal tersebut terjadi karena ada beberapa sebab, yaitu: pertama, adanya perbedaan interpretasi terhadap isi kontrak yang telah disepakati oleh kedua belah pihak. Kedua, adanya perubahan terhadap kebijakan pemerintah atau adanya perubahan peraturan perundang-undangan yang membawa dampak terhadap kontrak yang sudah disepakati oleh kedua belah pihak.⁹

Hal ini yang menimbulkan potensi perselisihan atau sengketa antara penanam modal asing dan pemerintah penerima investasi seperti di Indonesia maupun dengan partner lokal dikemudian hari, untuk itu peran pemerintah sangat diperlukan melalui suatu kebijaksanaan yang terarah dan dapat memberikan kepastian hukum serta rasa keadilan di

antara kedua belah pihak. Sebab tidak dapat disangkal bahwa dengan adanya suatu usaha kerja sama antara penanaman modal asing dan nasional tentu saja akan melahirkan berbagai implikasi, dan salah satunya adalah terjadinya sengketa yang tentunya memerlukan penyelesaian secara tuntas agar tidak menimbulkan *image* yang buruk dari penanaman modal asing.¹⁰ Semua pihak yang bersengketa, termaksud perselisihan yang timbul akibat kegiatan penanaman modal, mendambakan penyelesaian sengketa secara adil dengan metode yang transparan.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana akseptasi atau pengakuan atas eksistensi mekanisme ISDS dalam sistem hukum Indonesia ?
2. Bagaimana penyelesaian sengketa antara investor asing dengan negara penerima investasi melalui mekanisme ISDS?

C. Metode Penulisan

Metode yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah metode kepustakaan (*library research*) atau yang lebih dikenal dengan metode penelitian hukum normatif.

PEMBAHASAN

A. Akseptasi Mekanisme ISDS Dalam Sistem Hukum Indonesia

Secara historis keberadaan penanaman modal asing di Indonesia sebenarnya bukan merupakan fenomena yang baru, mengingat modal asing sudah hadir di Indonesia sejak zaman kolonial dahulu. Namun tentunya kehadiran penanaman modal asing pada masa kolonial berbeda dengan masa setelah kemerdekaan, karena tujuan dari penanaman modal asing di masa kolonial tentu didedikasikan untuk kepentingan pihak penjajah dan bukan untuk kesejahteraan bangsa Indonesia.

Penanaman modal asing di Indonesia menjadi sesuatu yang sifatnya tidak dapat dihindarkan (*inevitable*), bahkan mempunyai peranan yang sangat penting dan strategis dalam menunjang pelaksanaan pembangunan nasional. Hal ini disebabkan pembangunan nasional memerlukan pendanaan yang sangat besar untuk dapat menunjang tingkat pertumbuhan ekonomi yang diharapkan.¹¹

Peningkatan penanaman modal asing di Indonesia tidak datang dengan sendirinya. Hal itu

⁷ Salim, *Hukum Investasi di Indonesia*, Cetakan ketiga, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, hlm. 1

⁸ Aminuddin S. Ilmar, *Hukum Penanaman Modal Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2010, hlm. 217-218

⁹ <https://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexprivatum/article/view/17317>

¹⁰ *Ibid*, hlm. 109.

¹¹ David Kairupan, *Aspek Hukum Penanaman Modal Asing Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2013, hlm.1-2

memerlukan kerja keras untuk dapat menciptakan iklim investasi yang kondusif. Salah satu isu klasik yang sangat signifikan dalam menciptakan iklim investasi yang kondusif di Indonesia adalah masalah penegakan hukum (*law enforcement*), di samping masalah-masalah lainnya, seperti keterbatasan infrastruktur, keamanan, dan stabilitas sosial politik. Dalam melakukan penegakan hukum (*law enforcement*) terdapat tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu : kepastian hukum (*legal certainty*), kemanfaatan (*benefit*), dan keadilan (*justice*) yang harus berjalan secara harmonis.¹²

Penanaman modal asing mempunyai korelasi yang erat dengan masalah *law enforcement*, di mana hal tersebut direalisasikan dalam bentuk kepastian hukum dan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku, bukan saja atas peraturan yang mengatur masalah penanaman modal secara khusus, tetapi juga peraturan-peraturan lainnya baik yang sifatnya sektoral maupun lintas sektoral. Oleh karenanya asas-asas penanaman modal sebagaimana diatur dalam UU Penanaman Modal syarat dengan muatan *law enforcement*, yaitu :

1. Kepastian hukum: asas dalam negara hukum yang meletakkan hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan Tindakan dalam bidang penanaman modal (Penjelasan Pasal 3 ayat [1] huruf a UU 25/2007).
2. Keterbukaan: asas yang terbuka terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak diskriminatif tentang kegiatan penanaman modal (Penjelasan Pasal 3 ayat [1] huruf b UU 25/2007)
3. Akuntabilitas: asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari penyelenggaraan penanaman modal harus dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Penjelasan Pasal 3 ayat [1] huruf c UU 25/2007)
4. Perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara: asas perlakuan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing maupun antara penanaman modal dari satu negara asing dan penanaman modal dari negara asing lainnya.
5. Kebersamaan: asas yang mendorong peran seluruh penanaman modal secara bersama-sama dalam kegiatan usahanya untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat.
6. Efisiensi berkeadilan: asas yang mendasari pelaksanaan penanaman modal dengan mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing.
7. Berkelanjutan: asas yang secara terencana mengupayakan berjalannya proses pembangunan melalui penanaman modal untuk menjamin kesejahteraan dan kemajuan dalam segala aspek kehidupan baik untuk masa kini maupun yang akan datang.
8. Berwawasan lingkungan: asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap memperhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup.
9. Kemandirian: asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap mengedepankan potensi bangsa dan negara dengan tidak menutup diri pada masuknya modal asing demi terwujudnya pertumbuhan ekonomi.
10. Keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional: asas yang berupaya menjaga keseimbangan kemajuan ekonomi wilayah dalam kesatuan ekonomi nasional.¹³

Selain di atur dalam Pasal 3 UU 25/2007, terdapat beberapa aturan di UU 25/2007 yang merefleksikan prinsip-prinsip hukum investasi internasional. Prinsip *full protection and security* termuat di dalam Pasal 30 ayat (1) UU 25 2007 bahwa pemerintah dan/atau pemerintah daerah menjamin kepastian dan keamanan berusaha bagi pelaksanaan penanaman modal. Pasal 14 UU 25/2007 berisi prinsip ini khususnya prinsip perlindungan kepada penanam modal untuk mendapatkan hak berupa:

1. Kepastian hak, hukum dan perlindungan
2. Informasi yang terbuka mengenai bidang usaha yang dijalankannya
3. Hak pelayanan
4. Berbagai bentuk fasilitas kemudahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.¹⁴

Dalam pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal juga telah ditentukan pengertian penanaman modal asing. Penanaman modal asing adalah: “kegiatan

¹² Soedikmo Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Cet.5, Yogyakarta, Liberty, 2005, hlm. 160-162

¹³ Mas Rahmah, *Hukum Investasi*, Kencana, Jakarta, 2020, hlm. 63-64

¹⁴ *Ibid*, hlm. 64

menanam merupakan 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”.¹⁵

Dalam hal ini terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah mufakat (Pasal 32 ayat (1) UU 25/2007). Apabila penyelesaian sengketa secara musyawarah dan mufakat tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 32 ayat (2) UU 25/2007). Adapun apabila terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak (Pasal 32 ayat (4) UU 25/2007). Pilihan untuk menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan penanam modal asing melalui jalur arbitrase juga diatur di dalam Pasal 7 ayat (3) bahwa apabila diantara para pihak tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi akibat nasionalisasi yang dilakukan oleh pemerintah atas perusahaan modal asing, penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase.

Untuk penanam modal asing, penyelesaiannya tidak harus dilakukan melalui pengadilan setempat di *host state* dengan pertimbangan ketidaktahuan penanam modal asing pada hukum setempat, agar penyelesaian lebih objektif, netral/tidak memihak pemerintah setempat/memihak kepentingan nasional, lebih cepat dan menjamin *confidentialily* dari penanam modal. Oleh karena itu, umumnya penyelesaian sengketa bagi penanaman modal dilakukan di arbitrase internasional. Lembaga arbitrase internasional untuk menyelesaikan sengketa penanam modal antara pemerintah dan penanam modal asing adalah *Internasional Centre For Settlement of Internasional Dispute* (ICSID) yang didirikan atas dasar *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other State* tahun 1966 (ICSID *Convention*). Konvensi ini intinya mengatur mengenai penyelesaian perselisihan antara suatu negara dan perorangan atau perusahaan asing yang

menanam modalnya di negara tersebut melalui arbitrase.

Bilateral Investmen Treaty (BIT), *Free Trade Agreement* (FTA), dan *Comprehensive Economic Partnership Agreement* (CEPA) adalah jenis perjanjian yang biasanya mengatur perihal investasi asing. Saat ada bab yang mengatur tentang investasi asing, otomatis juga terdapat juga bab yang mengatur penyelesaian sengketa investasi. Salah satu mekanisme yang sangat umum untuk menyelesaikan sengketa investasi adalah mekanisme *Investor State Dispute Settlement* (ISDS).

ISDS adalah suatu mekanisme yang memberikan kewenangan kepada investor asing untuk menuntut Negara tujuan investasi melalui pengadilan arbitrase internasional. Gugatan bisa di layangkan apabila Negara tujuan investasi di anggap melanggar perjanjian yang telah di sepakati kedua Negara, atau Negara tujuan investasi membuat regulasi yang di anggap mempersulit proses investasi.

Indonesia merupakan salah satu Negara yang meratifikasih konvensi *International Centre for Settlement of Internasional* tahun 1968, melalui Undang-Undang Nomor 5 tahun 1968. Hal ini menandakan bahwa Indonesia telah mengikatkan diri dengan mekanisme ISDS sesuai dengan tujuan di bentuknya ICSID.¹⁶

Investor dapat menggugat Negara tujuan investasi dengan syarat kedua Negara sepakat memasukkan mekanisme ISDS dalam bab penyelesaian sengketa pada penjanjian investasi bilateralnya. Indoneisa memiliki beberapa perjanjian investasi bilateral yang di dalamnya memasukkan mekanisme ISDS dalam bab penyelesaian sengketa.

Indonesia telah meratifikasi konvensi ICSID 1958 melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 untuk menjamin penyelesaian sengketa secara khusus antara penanam modal asing dan pihak pemerintah Indonesia, baik oleh pemerintah sendiri maupun swasta. Arbitrase diatur di dalam Bab IV dari *ICSID Convention* dan *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings* (*Arbitration Rules*). Penyelesaian sengketa di ICSID merupakan penyelesaian sengketa di luar peradilan yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa dengan karakteristik yang tidak jauh berbeda dengan proses arbitrase pada umumnya. Artbitrase

¹⁵ Salim, Budi Sutrisno, *Hukum Investasi di Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, hlm. 148

¹⁶ <https://news.detik.com/kolom/d-5279487/penidaan-mekanisme-ids-dalam-rcep>

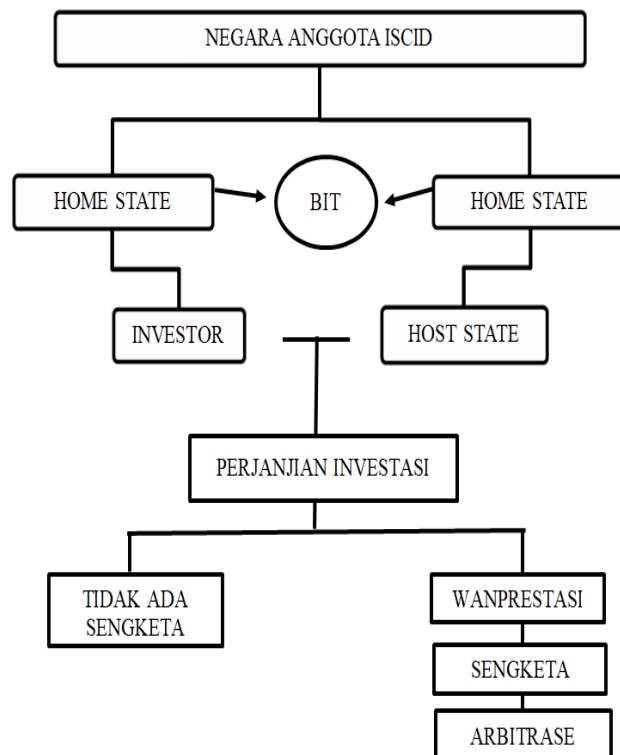
menjadi pilihan para pihak yang bersengketa karena memiliki keunggulan mengingat prosedurnya yang mudah, putusannya mengikat, tidak ada proses banding ke peradilan yang lebih tinggi, dan sengketa umumnya sangat teknis operasional sehingga dapat ditunjuk arbiter yang kompeten dibidangnya.¹⁷

Untuk penanam modal asing, penyelesaian sengketa dilakukan di arbitrase internasional, antara lain melalui ICSID yang didirikan atas dasar ICSID *Convention*. Konvensi ini telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang persetujuan atas konvensi tentang penyelesaian perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai penanaman modal yang ditunjukkan untuk menjamin penyelesaian sengketa secara khusus antara penanaman modal asing dan pihak Indonesia, baik oleh pemerintah sendiri maupun swasta. Penyelesaian sengketa di ICSID merupakan penyelesaian sengketa di luar peradilan yang didasarkan pada kesepakatan atau perjanjian yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa¹⁸

ICSID adalah Lembaga internasional berdasarkan Konvensi tentang penyelesaian perselisihan investasi antara negara dengan warga negara lain yang dibentuk di bawah naungan Bank Dunia untuk mendorong investasi asing swasta di negara-negara berkembang. Tujuannya adalah untuk mengatasi rasa takut investor dari resiko politik dengan menghapus sengketa dari yuridiksi nasional dan tekanan politik. Melalui karakter yang dimilikinya, maka ICSID diharapkan memiliki otoritas yang diperlukan untuk menangani bidang politik yang sensitive dalam hubungan ekonomi. Mengingat banyaknya sengketa investasi, nasionalisasi dan renegotiasi pada tahun 1960-an dan 1970-an, sehingga Bank Dunia diharapkan sebagai naungan yang baik bagi ICSID.

Proses lahirnya sengketa investasi yang diselesaikan melalui arbitrase ICSID adalah sebagai berikut :

Proses lahirnya sengketa investasi



Berkaitan dengan investasi, hingga saat ini Indonesia telah menandatangani 71 *Bilateral Investment Treaty* (BIT). Dari BIT yang telah ada, maka terjadi perjanjian penanaman modal dan beberapa di antaranya telah menimbulkan sengketa yang telah dimintakan penyelesaiannya melalui Lembaga ICSID. Salah satu contoh kasus Sengketa penanaman modal yang melibatkan investor asing dan pemerintah Indonesia yang diselesaikan melalui Lembaga arbitrase ICSID adalah PT Newmont Nusa Tenggara v. Republik Indonesia.¹⁹

Melalui siaran persnya, PT. Newmont menyampaikan telah mengajukan permohonan untuk arbitrase terhadap pemerintah Indonesia, permintaan arbitrase ini dikaitkan dengan keharusan perusahaan tambang untuk melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan yang ditetapkan pemerintah melalui Peraturan Pemerintah Nomor 1 tahun 2014 beserta aturan pelaksanaannya. Dalam masa transisinya pemerintah menetapkan pengenaan bea keluar hingga tahun 2017. Oleh karenanya bila ada bahan tambang yang hendak di ekspor tetapi belum diolah dan dimurnikan sepenuhnya di Indonesia akan dikenai bea keluar. Besaran bea keluar dikaitkan dengan tingkat pengolahan dan pemurnian yang dilakukan di Indonesia. Gugatan diajukan karena penanam modal merasa dirugikan oleh kebijakan yang di ambil pemerintah. Inti dari gugatan PT. Newmont tidak dapat beroperasi karena ada bea

¹⁷ Mas Rahmah, *Op.cit*, hlm. 135-136

¹⁸ Mas Rahmah, *Op.cit*, hlm. 177-178

¹⁹ Nurhaningsi Amriani, *Op.cit*, hlm. 203

keluar yang diterapkan pemerintah, padahal pemerintah terikat untuk tidak mengeluarkan apapun pajak ataupun bea selain yang diatur dalam kontrak karya.²⁰

Ada begitu banyak contoh kasus sengketa investasi antara investor asing dengan negara Indonesia yang disebabkan oleh kebijakan-kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah Indonesia yang mengakibatkan investor asing merasa dirugikan dan akhirnya menggugat pemerintah Indonesia ke arbitrase internasional sebagai alternatif penyelesaian sengketa para pihak.

Dalam Undang-Undang No 30 tahun 1999 Pasal 4 ayat (1) bahwa dalam hal para pihak telah menyetujui bahwa sengketa di antara mereka akan di selesaikan melalui arbitrase dan para pihak telah memberikan wewenang, maka arbiter berwenang menentukan dalam putusannya mengenai hak dan kewajiban para pihak jika hal tidak di atur dalam perjanjian mereka.²¹

Dalam penanaman modal sangat besar kemungkinan terjadi perselisihan atau sengketa antara pihak investor asing dan pemerintah Indonesia maka dari itu perselisihan atau sengketa tersebut harus mendapat penyelesaiannya. Menurut Richard L. Abel penyelesaian sengketa adalah “pernyataan publik mengenai tuntutan yang tidak selaras (*inconsistent claim*) terhadap sesuatu yang bernilai”²²

Penyelesaian sengketa investasi asing melalui konvensi *International Centre for Settlement of Investment Dispute* atau yang disebut juga *Centre* melalui beberapa tahap antara lain :

1. Tahap pengajuan permohonan

Dalam pengajuan permohonan penyelesaian sengketa kepada *International Centre for Settlement of Investment Dispute*, yang diatur dalam pasal 28 jo. Angka 34, 35 dan 37.

2. Tahap pembentukan Tribunal

Apabila Sekretaris Jenderal telah menerima dan mendaftarkan permohonan perselisihan yang diajukan salah satu pihak, *Centre* harus sesegera mungkin membentuk mahkamah arbitrase (*tribunal arbitral*)

3. Tahap kewenangan memanggil dan melakukan pemeriksaan setempat

Dalam hal dianggap dan dipertimbangkan sangat perlu memeriksa suatu dokumen atau alat bukti maupun pemeriksaan setempat,

arbitrase *Centre* dalam setiap tahap proses pemeriksaan (*any stage of the proceedings*), dapat:

- 1) Memanggil atau meminta pihak-pihak untuk menyerahkan dokumen atau alat bukti yang dianggap penting.
- 2) Juga dapat melakukan pemeriksaan setempat atau memeriksa langsung barang, orang serta mengajukan pertanyaan-pertanyaan yang dianggap patut dan bermanfaat menyelesaikan perselisihan.
- 3) Kewenangan yang dikemukakan, merupakan kewenangan yang diberikan pasal 43 konvensi pada *Centre*. Akan tetapi, kewenangan itu akan gugur dalam hal para pihak menentukan lain dalam perjanjian
4. Tahap pengambilan putusan
Tujuan utama arbitrase *Centre* ialah memutus perselisihan yang timbul apabila perselisihan itu telah diajukan kepadanya. Sehubungan dengan masalah tersebut pasal 48 konvensi ICSID menentukan tata cara pengambilan putusan.
5. Tata cara pembatalan putusan
Ketua dewan administratif (*chairman of the administrative council*), dalam hal ini Presiden Bank Dunia, menunjuk anggota arbiter untuk duduk dalam suatu komite *ad hoc* yang terdiri dari tiga (3) orang. Penunjukan anggota arbiter yang akan duduk dalam komite *ad hoc*, tidak boleh diambil dari anggota arbiter yang semula menjatuhkan putusan yang dimohon pembatalan.
6. Selama permohonan berjalan, pelaksanaan putusan dapat ditangguhkan, dan atau;
7. Jika putusan dibatalkan, atas permintaan salah satu pihak, perselisihan semula akan diputus oleh tribunal arbitrase baru yang dibentuk untuk itu.

Setiap putusan yang di jatuhkan arbitrase *Centre* bersifat “mengikat” atau Binding kepada para pihak. Bersamaan dengan sifat mengikat tersebut, putusan juga bersifat final dan “menentukan” kepada para pihak. Selain dari pada itu, sifat mengikat dan final atas putusan arbitrase *Centre* kepada para pihak, sekaligus menutup upaya apapun terhadap putusan.²³

Sebagaimana telah di uraikan sebelumnya bahwa UU 25/2007 tidak mengatur secara rinci tentang penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase . UU 30/1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa hanya mengatur

²⁰ <https://law.ui.ac.id/v3/hadapi-gugatan-newmont-2/>

²¹ Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999

²² Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, Raja Grafindo, Jakarta, 2005, hlm. 65

²³ <https://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexetsocietatis/article/view/19963>

mengenai arbitrase nasional yang dapat dipakai sebagai landasan hukum bagi investor dalam negeri yang menggunakan forum ini untuk penyelesaian sengketa investasinya. Hanya saja UU 5/1968 menegaskan bahwa pemerintah menyetujui ketentuan yang ada dalam konvensi ICSID yang salinan ketentuannya dilampirkan pada UU 5/1968. Sehingga penyelesaian sengketa investasi melalui arbitrase internasional harus merujuk pada ketentuan konvensi ICSID. Poin penting yang lain terdapat pada di dalam UU 5/1968 bahwa walaupun konvensi ICSID telah berlaku, tetapi tidak ada kewajiban bahwa setiap perselisihan harus di selesaikan menurut konvensi karena syarat mutlak untuk penyelesaian perselisihan menurut konvensi adalah persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih atau *choise of law* dari para pihak.²⁴

B. Penyelesaian Sengketa Melalui Mekanisme Investor State Dispute Settlement (ISDS)

Perjanjian perlindungan investasi internasional di mulai pasca perang dunia ke II di mana aktivitas ekonomi internasional mulai bergeliat. Tujuannya untuk memberikan perlindungan bagi keberadaan investasi asing yang beroperasi di luar batas Negara asalnya. Ada 2 (Dua) alasan yang mendasari kemunculan perjanjian investasi internasional pada saat itu, yaitu : *pertama*, kemerdekaan negara-negara terjajah; kedua, tindakan pengambil-alihan aset atau nasionalisasi perusahaan asing masa colonial, khususnya terkait penguasaan atas sumber-sumber daya alam yang selama periode kolonialisasi berada di bawah kekuasaannya.²⁵

Praktik perjanjian investasi pertama kali di kenal dengan perjanjian perlindungan investasi bilateral, dikenal dengan BIT, yang ditandatangani oleh Jerman dan Pakistan pada 1959²⁶. BIT adalah perjanjian investasi yang ditandatangani oleh dua Negara dan mengikat hak dan kewajiban dalam memfasilitasi masuknya investasi di masing-masing negara. Perjanjian ini mengatur mengenai standar-standar perlindungan investasi yang harus dilakukan oleh Negara tuan rumah, seperti :

- (1) Perlakuan yang setara dan adil atau tidak ada diskriminasi dari segala jenis investasi baik asing maupun domestik;

- (2) *Full protection and security* yang memuat kewajiban negara untuk memberikan ganti rugi atas kerugian yang di derita oleh korporasi akibat perang, konflik bersenjata, revolusi, keadaan darurat negara, kerusakan ataupun pemberontakan. Biasanya perlindungan ini dalam bentuk pemberian kompensasi atau pemulihan;
- (3) perlindungan dari pengambil-alihan atau nasionalisasi dan mengharuskan pemberian kompensasi ganti rugi;
- (4) mekanisme penyelesaian sengketa yang mensejajarkan antara level investor dan negara atau dikenal dengan "*Investor state dispute settlement* (ISDS).

ISDS merupakan suatu instrumen hukum internasional publik. Pada dasarnya, mekanisme penyelesaian sengketa antara investor asing dan negara penerima investasi dapat tertuang dalam perangkat peraturan nasional, perjanjian investasi bilateral dan perjanjian investasi internasional.

ISDS adalah suatu sistem dimana investor dari suatu negara dapat menggugat pemerintah negara lain penerima investasi yang kedua negara tersebut telah sepakat menyetujui mekanisme ISDS. Apabila negara penerima investasi asing tersebut melanggar hak-hak yang sudah diberikan kepada investor dari negara luar maka pihak investor asing tersebut dapat membawa dan mengajukan gugatannya terhadap pemerintah negara penerima investasi di forum peradilan arbitrase (arbitral tribunal). Dalam hal terjadinya sengketa investasi antara investor dengan negara penerima investasi, pada umumnya sengketa tersebut di bawa ke forum penyelesaian sengketa internasional.

Pada umumnya arbitrase internasional menjadi forum yang paling umum dipilih dalam menyelesaikan sengketa investor dan negara disebabkan beberapa keuntungan bagi kedua belah pihak yang bersengketa dalam penyelesaian sengketanya secara netral, independen dan adil, lebih murah dan fleksibel. Hal ini seperti yang dideskripsikan dalam salah satu artikel UNCTAD sebagai berikut:

In addition to serving as a de-politicized forum, international arbitration was expected to offer other advantages for settling investor-State disputes. Investors could have their claims heard by an independent and qualified tribunal and be assured of adjudicative neutrality and independence. Both parties could exercise control over the procedure by selecting arbitrators according to their expertise in the issues likely to arise in the case. Arbitration is often described as swifter, cheaper, and more

²⁴ Mas Rahmah, *Hukum Investasi*, (Kencana, Jakarta 2020), hlm. 182

²⁵ Howard Mann, "Reconceptualizing International Investment Law, its role in Sustainable Development" Lewis and Clark review, hlm.17-2, Hilman Ramadhani, hlm.64

²⁶ Nathalie Bernasconi and All, "Investment Treaties & Why They Matter To Sustainable Development", IISD, 2012, hlm.4

*flexible than other dispute settlement mechanisms. In addition, arbitral awards are readily enforceable in most jurisdictions under the ICSID Convention.*²⁷

Konsep arbitrase telah menjadi teknik penyelesaian sengketa yang paling sering digunakan dalam penyelesaian sengketa. Dengan menyediakan forum diluar pengadilan domestik suatu negara.²⁸

Mekanisme penyelesaian sengketa investasi antara investor dan negara pertama kali di kenal melalui instrumen perjanjian bilateral antara negara yang biasa dikenal dengan *Bilateral Investment Treaty* (BIT). Sebelum BIT dikenal, sengketa investasi melibatkan negara melawan negara lain, sehingga investor tidak dapat menuntut negara secara langsung. Dengan begitu, apabila negara melakukan pelanggaran terhadap hukum investasi internasional, investor memiliki opsi terbatas untuk mendapatkan ganti rugi yang mengharuskan investor meminta negaranya untuk mengajukan gugatan atas nama investor kepada Mahkamah Internasional (*International Court of Justice* disebut ICJ) sehingga ICJ yang memiliki yurisdiksi untuk menyelesaikan sengketa antar negara dan dapat menyelesaikan sengketa investor dan negara tersebut.²⁹

Investor state dispute settlement menurut *Indonesia for Global Justice* (ICJ) merupakan penyelesaian sengketa yang membolehkan gugatan para investor terhadap Negara atas penerapan perundang undangan yang 'dianggap tidak melindungi kepentingan investor' di lembaga arbitrase internasional bernama *International Center Settlement for Investment Dispute (ICSID)*.³⁰

ISDS atau *Investor State Dispute Settlement* merupakan bagian dari sistem Hukum Investasi Internasional yang tidak terpisahkan satu sama lain. Prinsip dalam ISDS digunakan untuk mencegah suatu negara untuk mengambil Langkah dan kebijakan yang tidak adil, baik secara langsung maupun tidak langsung bagi aset dari investor serta memberikan kompensasi ketika hal tersebut terjadi yang menyebabkan kerugian besar bagi investor.

²⁷ United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, 'Investor-State Dispute Settlement' UNCTAD Series on Issues on International Investment Agreements <https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf>

²⁸ Christian Tietje. *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Juni 2016, hlm. 1

²⁹ S. D. Franck. *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law*, 19 *Global Business & Development Law Journal*. 2007, hlm. 337, 343.

³⁰ Indonesia for Global Justice, *Lembar Fakta Ancaman Perjanjian TPP: Masyarakat Indonesia#TolakTPP*, 2016, hlm. 1

Singkatnya, ISDS bertujuan untuk memberikan jaminan terhadap bingkai aturan yang aman dan dapat diprediksi bagi investor internasional serta untuk memfasilitasi keputusan dan investasi.³¹

Mekanisme penyelesaian sengketa *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) melalui *International Centre for Settlement of Investment Settlement* (ICSID) ditetapkan melalui suatu konvensi yang disebut *Convention on the settlement of investment dispute between state and national of other states* yang disahkan pada tanggal 18 Maret 1965 di Washington, Amerika Serikat. Konvensi ini terdiri 75 pasal yang terbagi beberapa bagian mulai dari pendirian dan organisasi, konsiliasi, arbitrase, sampai klausula terakhir. Dalam konvensi ini ditetapkan dibentuk suatu institusi yang bertugas untuk menyelesaikan sengketa investasi yang bernama *the Centre*.³² Tujuan didirikannya institusi ini adalah untuk dilaksanakannya konsiliasi dan arbitrase terhadap sengketa investasi antara negara anggota dan warga negara-negara anggota lainnya sesuai klausula yang diatur dalam konvensi ini.³³ *The Center* terdiri atas dewan administratif dan sekretariat serta wajib membentuk panel konsiliator dan panel arbitrator.³⁴

Panel konsiliator dan panel arbitrator terdiri atas individu-individu yang memiliki kompetensi dan memiliki keinginan mengabdikan baik sebagai konsiliator maupun sebagai arbitrator.³⁵ Setiap negara dapat menunjuk 4 orang sebagai panel yang tidak harus berasal dari negara asalnya.³⁶ Ketua panel konsiliator maupun arbitrator dapat menunjuk 10 orang yang terdiri dari warga negara yang berbeda-beda.³⁷ Anggota panel terpilih akan mengabdikan terhadap panel selama 6 tahun dalam 1 periode yang dapat diperpanjang.³⁸

Dalam bagian kedua konvensi ini, diatur mengenai yurisdiksi *The Centre* dalam melakukan penyelesaian sengketa investasi

³¹ E. Fabry and G. Garbasso. (2015). '*ISDS in the TTIP: The Devil Is In The Detail*'. Jacques Delors Institute Policy Paper 122, Januari 2015.

³² *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*, Psl. 1 ayat (1).

³³ *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*, Psl. 1 ayat (2)

³⁴ *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*, Psl 3.

³⁵ *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*, Psl 12

³⁶ *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*, Psl 13 ayat (1)

³⁷ *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*, Psl 13 ayat (2).

³⁸ *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*, Psl 16 ayat (1).

yang terdiri atas 3 pasal, mulai pasal 25 hingga pasal 27.

The jurisdiction of the centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting state (or any constituent subdivision or agency of a Contracting state designated to the centre by that state) and a national of another Contracting state, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (Yuridiksi dari *centre* meliputi setiap sengketa hukum yang timbul secara langsung dari suatu investasi, antara suatu negara peserta (atau setiap subdivisi atau badan dari negara peserta yang ditunjuk pada *centre* oleh negara itu) dan warga dari negara peserta yang lain, para pihak pada sengketa yang menyetujui secara tertulis untuk mengajukannya pada *centre*. Dalam hal para pihak sudah memberikan persetujuan, tidak satu pihak pun dapat menarik persetujuannya secara sepihak.³⁹

Ada sejumlah multilateral institutions adjudicate investor-state disputes seperti the Permanent Court of Arbitration di Belanda atau the London Court of International Arbitration. Satu Lembaga yang paling penting yaitu *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) yang didirikan pada tahun 1965 sebagai bagian dari World Bank, dengan jumlah anggota 163 negara yang telah sepakat menyetujui untuk mengakui legitimasi atas *system arbitrase*.⁴⁰

1. Tata Cara Pengajuan Permohonan Arbitrase

Dalam artikel 36 ICSID telah ditentukan tata cara pengajuan permohonan penyelesaian sengketa kepada *Centre*, melalui forum Arbitrase (*Arbitral tribunals*). Dalam ketentuan itu, ditentukan tata cara sebagai berikut.

- a) Pengajuan permohonan disampaikan kepada Sekretaris Jenderal Dewan Administratif *Centre*.
- b) Permohonan diajukan secara tertulis
- c) Permohonan membuat penjelasan tentang:
 1. Pokok-pokok perselisihan
 2. Identitas para pihak

3. Mengenai adanya persetujuan mereka untuk mengajukan perselisihan yang timbul menurut ketentuan *Centre*.

Setelah menerima permohonan tersebut, Sekretaris Jenderal mendaftarkan permohonan Kecuali dia menemukan dalam penjelasan permohonan bahwa perselisihan yang timbul nyata-nyata berada diluar yuridiksi *Centre*. Dalam hal perselisihan yang diajukan berada diluar yuridiksi *Centre*, Sekretaris Jenderal menolak untuk mendaftarkan. Untuk itu, Sekretaris Jenderal membuat dan menyampaikan penolakan dalam bentuk "pemberitahuan" atau *notice* kepada para pihak. Dalam permohonan memenuhi syarat, dan permohonan telah didaftarkan, maka Sekretaris Jenderal menyampaikan "pemberitahuan" kepada para pihak dan Salinan permohonan kepada pihak lain.

2. Pembentukan Tribunal Arbitrase

Apabila Sekretaris Jenderal telah menerima dan mendaftarkan permohonan perselisihan yang diajukan salah satu pihak, *Centre* harus sesegera mungkin membentuk Mahkamah Arbitrase (*Tribunal Arbitral*)

Menurut artikel 37 ayat (2) ICSID telah ditentukan pembentukan Mahkamah Arbitrase yang dilakukan *Centre*. Mahkamah Arbitrase :

- a. Boleh hanya terdiri dari seorang arbiter (*arbitrator*) saja.
- b. Tetapi boleh juga arbiternya terdiri dari beberapa orang yang jumlahnya ganjil (*any uneven number of arbitrator*)

Jika para pihak menyetujui jumlah arbiter yang ditunjuk atau mereka tidak dapat menerima tata cara penunjukan yang dilakukan *Centre*, cara lain penunjukan arbiter merujuk kepada ketentuan artikel 37 ayat (2) huruf b ICSID, dengan acuan penerapan:

- a. Anggota harus terdiri dari tiga orang arbiter
- b. Masing-masing menunjuk seorang arbiter
- c. Anggota yang ketiga ini, langsung mutlak menjadi ketua (presiden) dari tribunal arbitrase yang bersangkutan.

Para pihak dapat menyetujui arbiter yang ditunjuk *Centre*. Sebaliknya dapat menolak apabila arbiter yang ditunjuk tidak mereka setujui, atau apabila metode dan tata cara penunjukan mereka dianggap kurang sesuai. Dalam hal yang demikian, pengangkatan anggota arbiter sepenuhnya menjadi hak dan kewenangan para pihak untuk mengangkat masing-masing seorang arbiter. sementara itu, pengangkatan atau penunjukan arbiter ketiga harus atas persetujuan Bersama dari semua pihak. Dan anggota yang ketiga ini langsung akan bertindak sebagai ketua (presiden).

³⁹ Nurhaningsih Amriani, *Prinsip Transparansi Putusan Arbitrase, Studi Penyelesaian Sengketa Investasi Melalui ICSID dan Pengalaman di Beberapa Negara*, Genta, Yogyakarta, 2019, hlm. 66

⁴⁰ James McBride and Andrew Chatzky, 'How Are Trade Disputes Resolved?' <<https://www.cfr.org/backgrounder/how-are-trade-disputes-resolved>>

Selanjutnya menurut artikel 38 ICSID, apabila dalam tempo 90 hari dari tanggal pemberitahuan pendaftaran permohonan tribunal arbitrase belum dibentuk, maka ketua Dewan Administratif Centre (*Chairman of the Administratif Council*) berwenang menunjuk seorang atau beberapa orang arbiter. Kewenangan yang demikian ada pada diri Ketua Dewan Administratif apabila telah ada permohonan dari salah satu pihak. Di samping itu, kewenangan penunjukan arbiter yang seperti itu tidak boleh diambil dari negara peserta konvensi yang sedang berselisih.

Satu hal lagi yang perlu diketahui dalam komposisi anggota arbiter, yaitu mayoritas anggota arbitrase harus ditunjuk dari luar peserta konvensi yang sedang berselisih. Hal ini ditegaskan dalam artikel 39 konvensi. Namun demikian, ketentuan ini dapat dikesampingkan apabila para pihak menyetujui bahwa arbiter tunggal ditunjuk dari salah satu negara para pihak atau mereka setuju mayoritas anggota arbiter dapat ditunjuk dari salah satu negara para pihak.

3. Kewenangan dan Fungsi Tribunal Arbitrase

Arbitrase *Centre* merupakan mahkamah yang bersifat internasional. Kewenangan dari Arbitrase *Centre* adalah untuk mengadili atau memutus perselisihan sesuai dengan kompetensinya (artikel 40 ICSID). Berarti, selama apa yang disengketakan para pihak masih termaksud bidang yuridiksi yang ditentukan pasal 32 dan artikel 25 ICSID. Para anggota arbiter sepenuhnya berwenang untuk memutus perselisihan.

Dalam hal ada bantahan (*objection*) dari salah satu pihak yang menyatakan apa yang diperselisihkan adalah di luar yuridiksi *Centre* atau berdasar alasan lain yang memperlihatkan apa yang diperselisihkan di luar kewenangan tribunal arbitrase yang dibentuk, tribunal yang bersangkutan lebih dahulu mempertimbangkan dan memutus tentang hal tersebut dalam bentuk putusan pendahuluan (*preliminary*). Akan tetapi, bisa juga hal itu dipertimbangkan dan diputus bersamaan dengan pokok persengketaan apabila tata cara yang demikian lebih bermanfaat.

Sehubungan dengan kewenangan dan fungsi memutus perselisihan, lebih lanjut di uraikan dalam hal-hal di bawah ini.

a. Memutus sengketa menurut hukum

Menurut artikel 42 Konvensi, arbitrase *centre* terikat pada ketentuan hukum (*rules of law*) dalam memutus perselisihan yang terjadi. Prinsip ini merupakan patokan utama yang

acuan penerapannya dapat dijabarkan secara ringkas, sebagai berikut.

1. *Centre* harus memutus berdasarkan hukum yang telah disepakati para pihak dalam perjanjian.
 2. Dalam perjanjian tidak menentukan tata hukum mana yang akan diterapkan, *centre* menetapkan tata hukum dari negara peserta yang sedang berselisih. Dalam menerapkan tata hukum yang demikian, harus senantiasa berpedoman pada ketentuan dan asas hukum internasional.
 3. *Centre* dilarang menerapkan hukum yang tidak dikenal oleh para pihak-pihak yang berselisih.
 4. Akan tetapi *centre* dapat memutus perselisihan berdasar "kepatuhan" atau "*ex aequo et bono*", jika hal itu disepakati para pihak dalam perjanjian.
- b. Memanggil dan melakukan pemeriksaan setempat.
- Dalam artikel 43 ICSID telah ditentukan kewenangan tribunal. Kewenangan itu, meliputi:
1. Memanggil dan meminta pihak-pihak untuk menyerahkan dokumen atau alat bukti yang dianggap penting.
 2. Melakukan pemeriksaan setempat atau memeriksa langsung barang, orang, serta mengajukan pertanyaan-pertanyaan yang dianggap patut dan bermanfaat dalam penyelesaian perselisihan.
- c. Putusan provisi

Dalam artikel 47 ICSID telah ditentukan kewenangan dari *Centre*. Kewenangan itu adalah menjatuhkan :

1. Putusan pendahuluan; atau
 2. Putusan provisi; maupun
 3. Tindakan sementara.
- Penjatuhan putusan itu didasarkan pada pertimbangan untuk melindungi dan menghormati hak dan kepentingan salah satu pihak. Dalam Tindakan atau putusan sementara, dapat dimasukkan penyitaan barang-barang yang disengketakan, agar gugatannya tidak mengalami *illuoir* dikemudian hari. Bisa juga pelarangan penjualan atau pemindahan barang, asalkan itu merupakan objek yang langsung terlibat dalam persetujuan.⁴¹

4. Putusan Arbitrase Centre

⁴¹ H. Salim, Budi Sutrisno, *Hukum Investasi di Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta, 2008, hlm. 367-371

Tujuan utama arbitrase *Centre* ialah memutus perselisihan yang timbul apabila perselisihan itu telah diajukan kepadanya. Dalam artikel 48 ICSID telah ditentukan tata cara pengambilan putusan.

Agar putusan dianggap sah, menurut Schmitthoff, maka putusan harus mengandung hal-hal berikut :

1. Harus mengikuti perjanjian dan tidak memutuskan hal-hal yang tidak diperjanjikan. Jika ada putusan atas sesuatu diluar perjanjian maka batal demi hukum, dan jika bagian itu tidak dapat dipisahkan dari putusan yang ada maka seluruh putusan batal demi hukum.
2. Merupakan suatu hal tertentu yang pasti. jika tidak, maka tidak dapat dilaksanakan.
3. Harus final suatu putusan, oleh karena itu pihak ketiga harus mencantumkan jumlah kerugian yang timbul atal pelanggaran kontrak karena ingin finalitas.
4. Harus beralasan hukum yang memungkinkan.
5. Harus menghilangkan semua perbedaan yang diajukan kepada arbitrase. Namun, jika semua hal dalam sengketa antara para pihak yang diajukan ke arbitrase, putusan akan baik jika berhubungan dengan segala hal yang disampaikan kepada arbiter, meskipun mungkin ada perbedaan lain di antara para pihak.⁴²

Putusan arbitrase ICSID diatur dalam Bab IV, Bagian 4, Pasal 48 dan 49, yang mana dalam pembahasannya tidak terlepas dari Bagian 3, Pasal 42 yang mengatur tentang kekuasaan dan fungsi Majelis Arbitrase. Pasal 48 Konvensi berbunyi:

1. *The tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members.*(majelis harus memutus permasalahan dengan suara mayoritas dari semua anggota)
2. *The award of the tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the tribunal who voted for it.* (putusan majelis harus tertulis dan harus ditandatangani oleh seluruh anggota majelis yang menyetujuinya)
3. *The award shall deal with every question submitted to the tribunal, and shall state the reasons upon which it is based.* (putusan harus berkenaan dengan setiap permasalahan yang diajukan pada majelis dan harus menyatakan alasan-alasan atas mana hal itu didasarkan)
4. *Any member of the tribunal may attach his individual opinion to the award whether he dissents from the majority or not, at a*

statement of his dissent. (setiap anggota majelis dapat melampirkan pandangan pribadinya pada putusan, apakah pendapatnya berbeda dari pendapat mayoritas atau tidak, atau suatu pernyataan mengenai ketidaksetujuan)

5. *The centre shall not publish the award without the consent of the parties.* (*Centre* tidak mempublikasikan putusan tanpa persetujuan dari para pihak)

Pasal 1 sampai 4 bersifat memaksa (wajib) sehingga apabila salah satu tidak terpenuhi maka dapat mengakibatkan pembatalan putusan. Sedangkan Pasal 5 bersifat pilihan (opsional, meski sifat putusan rahasia, namun sifat ini masih dapat ditembus oleh kesepakatan para pihak. Putusan majelis dibuat setelah persidangan selesai, yang biasanya memakan waktu 2-3 tahun sejak para pihak mendaftarkan permohonannya ke Sekertariat ICSID dan berdasarkan aturan 46 *ICSID Arbitration Rules* maka putusan harus ditandatangani dalam jangka waktu 120 hari sejak persidangan berakhir dimana jangka waktu ini dapat diperpanjang hingga 60 hari.⁴³

Putusan arbitrase ICSID terbagi menjadi dua bentuk putusan yaitu putusan atas sengketa yang dihentikan sementara pemeriksaannya (*pending cases*) dan putusan atas sengketa yang diselesaikan hingga memperoleh putusan akhir (*concluded cases*). Dalam pengambilan putusan, majelis memiliki dua acara yaitu dengan voting dari salah satu suara anggota sesuai Aturan 13 dan 14 *ICSID Arbitration Rules* atau melalui korespondensi sesuai pasal 16 *ICSID Arbitration Rules*. Majelis juga harus memutuskan berdasarkan suara terbanyak dari seluruh arbiter sesuai Pasal 48 ayat (1) Konvensi.

Putusan dalam hal ini merupakan keputusan arbiter, di mana putusan harus jelas dan tidak menimbulkan penafsiran, harus merupakan hal tertentu dan dapat dilaksanakan. Putusan harus dalam bentuk tertulis dan beralasan serta ditandatangani oleh arbiter yang menyetujuinya sesuai Pasal 48 ayat (2) Konvensi, artinya bahwa putusan berisi alasan pertimbangan arbiter yang diberikan kepada pembaca untuk mengerti apa yang ditemukan dan kesimpulan apa yang dicapai, apa yang harus diputuskan, berapa jumlah uang yang harus dibayar dan kepada siapa, berikut perhitungannya. Selanjutnya setelah Menyusun putusannya, arbiter akan menandatangani dan memberi tanggal.

⁴² Clive M. Schmitthoff, *Commercial Law in A Changing Economic Climate*, Sweet and Maxwell, London, 1981, hlm. 548

⁴³ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*, CV. Keni Media, Bandung, 2011, hlm. 92-93

Menurut Konvensi ICSID maka suatu putusan arbitrase harus memenuhi syarat-syarat yaitu : harus beralasan dan sejalan dengan masalah yang disepakati sebelum majelis arbitrase. Putusan harus disetujui oleh mayoritas arbiter dan berlaku hanya bagi Anggota Majelis yang menyetujui hal itu, jika yang mayoritas tidak menginginkannya.

Putusan arbitrase ICSID juga harus memenuhi syarat formal dan materil putusan. Syarat formalnya adalah putusan harus berbentuk tertulis dan harus ditandatangani oleh anggota arbiter yang menyetujuinya, sesuai Pasal 48 ayat (2) Konvensi. Sedangkan syarat materilnya adalah putusan harus membuat uraian dasar pertimbangannya sesuai Pasal 48 ayat (4) Konvensi.

Negara-negara anggota Konvensi ICSID sudah memberi komitmennya untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase sebagai putusan yang mengikat dan tidak dapat ditinjau ulang oleh pengadilan nasional disetiap negara peserta konvensi serta segala upaya hukum terhadap putusan hanya dapat dilakukan dalam kerangka konvensi.⁴⁴

Selanjutnya, Sekretaris Jenderal harus segera mengirimkan Salinan putusan kepada para pihak. Putusan dianggap punya daya mengikat atau *binding* terhitung dari tanggal pengiriman Salinan selama dalam jangka waktu 45 hari dari tanggal dimaksud, para pihak dapat mengajukan pertanyaan yang berkenaan dengan kesalahan pengetikan, perhitungan atau kekeliruan lain yang sejenis. Walaupun putusan itu telah diputuskan oleh *Centre*, namun para pihak atau salah satu pihak diperkenankan melakukan upaya perbaikan, penafsiran dan revisi serta pembatalan terhadap putusan.⁴⁵ Upaya perbaikan putusan diatur dalam pasal 49 Konvensi berbunyi :

1. *The secretary general shall promptly dispatch certified copies of the award to the parties. The award shall be deemed to have been rendered on the date on which the certified copies were dispatched.* (Sekretaris Jenderal harus segera mengirimkan Salinan putusan yang sah kepada para pihak. Putusan harus dianggap telah putus sejak tanggal Salinan yang sah dikirimkan)
2. *The tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the*

⁴⁴ Nurhaningsih Amriani, *Prinsip Transparansi Putusan Arbitrase, Studi Penyelesaian Sengketa Investasi Melalui ICSID dan Pengalaman di Beberapa Negara*, Genta, Yogyakarta, 2019, hlm. 75-77

⁴⁵ H Salim, Budi Sutrisno, *Op.cit*, hlm. 372

other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of article 51 and paragraph (2) of article 52 shall run from the date on which the decision was rendered. (majelis atas permohonan dari salah satu pihak yang dibuat dalam 45 hari setelah tanggal putusan diambil, setelah pemberitahuan pada pihak lain dapat memutuskan permasalahan yang diabaikan dalam putusan, dan harus memperbaiki setiap kesalahan penulisan, perhitungan atau kesalahan yang serupa dalam putusan. Keputusannya harus menjadi bagian dari putusan dan harus diberitahukan kepada para pihak dalam cara yang sama sebagaimana putusan tersebut. Jangka waktu yang ditentukan sesuai pasal 51 ayat (2) dan pasal 52 ayat (2) dihitung sejak tanggal dimana putusan dikirimkan)⁴⁶

Permohonan penafsiran putusan hanya dapat diajukan oleh salah satu pihak apabila terdapat perbedaan pengertian atau ruang lingkup putusan serta menyatakan dengan jelas hal apa saja yang dimohonkan untuk ditafsirkan. Perselisihan itu sifatnya harus memiliki akibat praktis terhadap putusan. Sekedar keberatan karena kurang jelasnya putusan atau penafsiran terhadap putusan sementara atau putusan majelis mengenai yuridiksi, upaya penafsiran putusan diatur dalam pasal 50 Konvensi.⁴⁷

Salah satu pihak juga dapat mengajukan permintaan revisi putusan sesuai dengan Pasal 51 Konvensi. Permohonan revisi putusan hanya dapat diajukan oleh salah satu pihak apabila terdapat fakta baru yang sebelumnya tidak disadari oleh pemohon. Sehingga fakta baru itu bersifat menentukan dan mempengaruhi putusan. Permohonan revisi harus menjelaskan revisi apa saja yang dimohonkan.⁴⁸

Upaya hukum terakhir atas putusan arbitrase ICSID adalah berupa dimungkinkannya diajukan pembatalan putusan berdasarkan alasan yang ada dalam pasal 52 Konvensi dan aturan 50 ICSID Arbitration Rules, yaitu : susunan majelis tidak terbentuk secara patut, majelis melebihi kewenangannya, arbiter telah melakukan korupsi, telah terjadi penyimpangan serius terhadap hukum

⁴⁶ Nurhaningsih Amriani, *Op.cit*, hlm.77

⁴⁷ *Ibid*. hlm. 78

⁴⁸ *Ibid*. hlm. 79

acara yang fundamental, dan atau putusan arbitrase tidak mencatumkan alasan yang menjadi dasar putusan atau pertimbangan hukum untuk putusan. Pembatalan putusan arbitrase seringkali mengundang perhatian public, publikasi ini tidak jarang mengakibatkan persepsi luas yang kurang tepat mengenai arbitrase, seolah-olah putusan arbitrase begitu mudahnya dapat dibatalkan, padahal sengketa yang dibatalkan hanya satu atau dua sengketa saja dan selebihnya dilaksanakan dengan itikad baik dan sukarela oleh para pihak karena putusan dibuat oleh para ahli benar-benar memuaskan para pihak.⁴⁹

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Mekanisme penyelesaian sengketa *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) melalui forum *International Centre for Settlement of Investment Settlement* (ICSID) yang mengakui legitimasi sistem arbitrase dalam penyelesaian sengketa investasi internasional. ICSID ditetapkan melalui suatu konvensi yang disebut *Convention on the settlement of investment dispute between state and national of other states* yang disahkan pada tanggal 18 Maret 1965 di Washington, Amerika Serikat. Mekanisme ISDS dapat diterapkan apabila ada kesepakatan perjanjian antara negara asal investor dengan negara penerima investasi. Itulah sebabnya ISDS merupakan suatu instrumen hukum internasional publik. ISDS dapat tertuang dalam perangkat peraturan nasional, perjanjian investasi bilateral dan multilateral atau dalam bentuk perjanjian investasi internasional.
2. Akseptasi sistem hukum Indonesia terhadap penyelesaian sengketa ISDS yakni bahwa hukum nasional Indonesia meratifikasi konvensi ICSID dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1968 sebagai mekanisme penyelesaian perselisihan antara warga negara asing dengan negara mengenai penanaman modal. Dengan demikian sudah ada jaminan kepastian hukum hak investor untuk dapat melakukan penyelesaian sengketa investasi melalui mekanisme ISDS.

B. Saran

1. Pemerintah perlu memperkuat atau membentuk skema penyelesaian yang jelas dan tepat untuk menangani sengketa antara investor asing dan pemerintah, pasalnya aspek

tersebut sangat mempengaruhi bagi investor untuk menilai apakah iklim berbisnis di Indonesia sehat dan menarik, untuk itu pemerintah perlu membuat payung hukum pengganti ISDS dikarenakan saat ini Indonesia melakukan penundaan penerapan skema ISDS dalam *Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement* (RCEP).

2. Perlu pembaharuan lebih lanjut terhadap penyelesaian sengketa investasi yang terkandung dalam pasal 4 Undang-undang No. 25 tahun 2007 tentang penanaman modal dan Undang-undang No.5 tahun 1968 tentang penyelesaian perselisihan antara negara dan warga negara asing mengenai penanaman modal. Mengingat, perkembangan investasi asing di Indonesia saat ini yang semakin menunjukkan pertumbuhan yang signifikan.

DAFTAR PUSTAKA

- Amriani Nurhaningsih, *Prinsip Transparansi Putusan Arbitrase, Studi Penyelesaian Sengketa Investasi Melalui ICSID dan Pengalaman di Beberapa Negara*, Genta, Yogyakarta, 2019.
- Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional*, Cetakan keempat, Rajawali Pers, Bandung, 2005.
-, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*, CV. Keni Media, Bandung, 2011.
-, *Hukum Perdagangan Internasional*, Raja Grafindo, Jakarta, 2005.
- Ilmar Aminuddin S., *Hukum Penanaman Modal Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Kairupan David, *Aspek Hukum Penanaman Modal Asing Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2013.
- Mann Howard, "Reconceptualizing International Investment Law, its role in Sustainable Development" Lewis and Clark review.
- Mertokusumo Soedikmo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Cet.5, Yogyakarta, Liberty, 2005.
- Rahmah Mas, *Hukum Investasi*, Kencana, Jakarta, 2020.
- Salim H., Budi Sutrisno, *Hukum Investasi di Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta, 2008.
-, *Hukum Investasi di Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012.
- Salim, *Hukum Investasi di Indonesia*, Cetakan ketiga, Raja Grafindo, Jakarta, 2012.
- Schmitthoff Clive M., *Commercial Law in A Changing Economic Climate*, Sweet and Maxwell, London, 1981.
- Tietje Christian. *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Juni 2016.

⁴⁹ *Ibid*, hlm. 79

Undang-Undang :

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Sumber-sumber Lain :

Bernasconi Nathalie and All, *“Investment Treaties & Why They Matter To Sustainable Development”*, IISD, 2012.

Convention on the settlement of Investment disputes between states and nationals of other states

Fabry E. and G. Garbasso, *‘ISDS in the TTIP: The Devil Is In The Detail’*. Jacques Delors Institute Policy Paper 122, Januari 2015.

Franck S. D.. *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law*, 19 *Global Business & Development Law Journal*. 2007.

<https://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexetsocietatis/article/view/19963>

<https://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexprivatum/article/view/17317>

<https://law.ui.ac.id/v3/hadapi-gugatan-newmont-2/>
<https://repository.unair.ac.id/l02776/4/4.%20BAB%20I%20PENDAHULUAN.pdf>

Indonesia for Global Justice, *Lembar Fakta Ancaman Perjanjian TPP: Masyarakat Indonesia#TolakTPP*, 2016.

McBride James and Andrew Chatzky, *‘How Are Trade Disputes Resolved?’*<
<https://www.cfr.org/backgrounder/how-are-trade-disputes-resolved>>

United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, *‘Investor-State Dispute Settlement’ UNCTAD Series on Issues on International Investment Agreements* <https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf>