

**INDONESIA DAN ICSID: PENGECEUALIAN YURISDIKSI ICSID OLEH KEPUTUSAN PRESIDEN
(INDONESIA AND ICSID: EXCLUSION OF ICSID JURISDICTION BY PRESIDENTIAL DECISION)**

**Oleh: Prita Amalia* dan
Garry Gumelar Pratama**

Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran
Jalan Dipati Ukur No. 35 Kota Bandung 40132
prita.amalia@unpad.ac.id
garry.gumelar@unpad.ac.id

ABSTRAK

Indonesia telah meratifikasi *Washington Convention 1965* melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Pasal 25 dari konvensi yang diratifikasi mengatur tentang yurisdiksi lembaga arbitrase *International Centre for The Settlement of Investment Dispute* (ICSID), di antaranya adalah untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal antara para negara peserta (dan warga negara dari negara peserta). Beberapa *Bilateral Investment Treaties* (BIT) yang disepakati menunjuk lembaga arbitrase ICSID sebagai lembaga penyelesaian sengketa apabila terjadi permasalahan. Namun demikian, pada tahun 2012, pemerintah mengeluarkan Keputusan Presiden No. 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang dikecualikan dari yurisdiksi ICSID. Keputusan tersebut mengecualikan beberapa sengketa dari kewenangan ICSID. Sebagai hasil penelitian menggunakan metode yuridis-normatif, artikel ini berusaha untuk menjawab pertanyaan mengenai apakah tindakan hukum yang dilakukan oleh Indonesia untuk mengecualikan yurisdiksi ICSID sah berdasarkan hukum internasional yang berlaku. Dalam menjawab pertanyaan tersebut, selain harus dilakukan penelusuran hukum yang utuh menyeluruh, juga diperlukan pembahasan berbagai kasus yang relevan.

Kata Kunci: Hukum Nasional Indonesia, ICSID, Keputusan Presiden, Pengecualian Yurisdiksi.

ABSTRACT

Indonesia has ratified the Washington Convention 1965 by Law No. 5/ 1968. Article 25 of the convention regulates the jurisdiction of International Centre for The Settlement of Investment Dispute (ICSID). The Jurisdiction of the centre is to settle a dispute arising directly out of investment, between contracting states and national of another contracting states, which the parties consent in writing and cannot withdraw unilaterally. A Number of Indonesia's BIT with other states use ICSID as dispute settlement on their treaties. However, the Government of Indonesia issued Presidential Decision No. 31/ 2012 regarding notification to exception of ICSID jurisdiction. This article as a result of Juridical-Normative research, would explains the legality of the Indonesian exception for ICSID Jurisdiction, under international law. As a result of juridical-normative research, this article seeks to answer the question of whether Indonesian exclusion of the ICSID Jurisdiction is valid under international law. A thorough legal search and relevant cases review are needed in addressing the issue.

Keywords: Exclusion of Jurisdiction, ICSID, Indonesian Municipal Law, Presidential Decision.

* Proses penelitian hasil yang dipaparkan dalam artikel ini melibatkan Resa Roshana Putri, alumni Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran.

A. Pendahuluan

Pada bulan Juni 2012, Indonesia digugat oleh sebuah perusahaan Inggris yaitu Churchill Mining Plc. di ICSID yang berpusat di London Inggris. Gugatan berawal dari adanya pencabutan izin usaha pertambangan oleh Bupati Kutai terhadap empat perusahaan milik Ridlatama Group. Ridlatama Group sahamnya telah diakuisisi oleh Churchill Mining Plc. sebanyak 75% sejak tahun 2008. Churchill Mining Plc. menggugat Indonesia dengan dasar BIT antara Indonesia dan Inggris.¹ Sejak kasus ini mencuat, Pemerintah sangat hati-hati dalam menghadapi kasus yang melibatkan Indonesia di badan arbitrase internasional ini. Pemerintah menilai bahwa seharusnya permasalahan yang ada di tingkat kabupaten tidak melibatkan Presiden dan Negara Republik Indonesia sampai badan arbitrase internasional. Bahkan Pemerintah pun sangat berhati-hati agar tidak ada lagi kasus yang muncul senada dengan kasus Churchill.²

Setelah Pemerintah Republik Indonesia menandatangani *Washington Convention 1965* dan meratifikasinya dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968, Indonesia relatif sering berperkara di ICSID. Setidaknya Indonesia pernah menjadi tergugat dalam enam kasus yang diselesaikan di ICSID. Berikut daftar kasus-kasus tersebut:

¹ Majalah Detik, Edisi 33, 16 Juli 2012, hlm. 64.

² J. Chaisse, *International Investment Law and Taxation: From Coexistence to Cooperation*, (Canada: ITSD, 2016), hlm. 8.

Tabel 1
Beberapa Kasus yang Melibatkan Republik Indonesia di ICSID

Nomor Kasus	Tahun Pendaftaran	Penggugat
ARB/16/26	2016	Oleovest Pte.Ltd
ARB/14/15	2014	Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara (diwakili Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr, London, U.K. and Washington, D.C., U.S.A)
ARB/12/40 and 12/14	2012	Churcill Mining Plc. dan Planet Mining Pty. Ltd., (sebelumnya masing-masing penggugat mengajukan kasus berbeda, namun proses arbitrase digabungkan)
ARB/12/14 and 12/40	2012	Churcill Mining Plc. dan Planet Mining Pty. Ltd.
ARB/11/13	2011	Rafat Ali Rizvi
ARB/04/3	2004	Cemex Asia Holdings Ltd
ARB/81/1	1981	Amco Asia Corporation and others

Sumber: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, pada tanggal 27 November 2018

Pemerintah Indonesia menyadari bahwa terdapat kecenderungan para investor untuk membawa seluruh sengketa yang melibatkan investasi antar negara selalu ke ICSID. Padahal, beberapa sengketa investasi yang dibawa ke hadapan ICSID tersebut sering kali berkenaan dengan sengketa perizinan, hukum, dan lainnya yang seharusnya masih bisa dilakukan penyelesaiannya di pengadilan nasional di dalam suatu negara, yang dalam hal ini adalah Indonesia. Berkenaan dengan hal tersebut, keluarlah Keputusan Presiden No. 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang dikecualikan dari Yurisdiksi ICSID. Keppres ini berisi tiga pasal yang mengatur beberapa hal, di antaranya: menetapkan perselisihan yang timbul dari keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan oleh pemerintah Kabupaten dalam wilayah Republik Indonesia sebagai perselisihan yang tidak

diserahkan pada yurisdiksi ICSID.³ Beberapa hal yang dapat disoroti adalah bahwa keputusan presiden ini merupakan suatu peraturan yang mengecualikan undang-undang yang meratifikasi *Washington convention 1965* yang menjadi dasar keterikatan Indonesia. Selain itu, ketentuan ini juga merupakan suatu ketentuan subjektif yang hanya berkaca pada kasus Churchill saja.

Memang telah menjadi pengetahuan khalayak umum bahwa, hubungan Internasional yang terjadi di antara para subjek hukum internasional, baik negara dengan negara atau negara dengan subjek hukum internasional lainnya tidak selamanya dapat berjalan dengan baik.⁴ Dalam permasalahan Keputusan Presiden yang mengecualikan Yurisdiksi ICSID tersebut terdapat perbedaan pandangan

³ Pasal 1 Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 31 Tahun 2012.

⁴ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2004), hlm. 1.

dari Indonesia sebagai salah satu subjek hukum yang wajib tunduk pada hukum internasional.

Keputusan presiden tersebut dapat menjadi sumber sengketa internasional atau dikenal juga dengan istilah “konflik”.⁵ Pada umumnya yang dimaksud dengan sengketa hukum internasional adalah sengketa yang dapat diselesaikan berdasarkan hukum internasional. Dengan demikian terhadap permasalahan ini akan ditelaah menggunakan sumber-sumber hukum internasional yang berlaku.

Apabila ditelaah berdasarkan hukum internasional, ICSID merupakan lembaga yang masuk ke dalam kategori Arbitrase Komersial Internasional.⁶ Arbitrase tersebut memiliki berbagai kelebihan dan kelemahan untuk dapat dijadikan penyelesaian sengketa khususnya dalam bidang komersial internasional. ICSID adalah salah satu lembaga arbitrase komersial internasional yang bersifat terlembaga (*institutionalized*) yang ada dan berdiri berdasarkan *Washington Convention* 1965. ICSID adalah badan arbitrase komersial internasional yang dibentuk oleh Bank Dunia dengan maksud untuk menyelesaikan sengketa khususnya mengenai sengketa penanaman modal di antara negara anggota. Hal ini berarti tidak semua negara dapat menyelesaikan sengketa penanaman modalnya di ICSID, kecuali negara tersebut telah meratifikasi *Washington Convention* 1965.

Indonesia sebagai salah satu negara berkembang yang cukup aktif dalam penanaman modal asing, dan telah meratifikasi konvensi *Washington*

Convention 1965 melalui Undang-undang No. 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal. Namun, dibalik keterikatan Indonesia, pertanyaan mengenai apakah tindakan hukum yang dilakukan oleh Indonesia untuk mengecualikan yurisdiksi ICSID sah berdasarkan hukum internasional yang berlaku, menarik untuk diteliti. Dalam menelaah permasalahan tersebut, selain harus dilakukan penelusuran hukum yang utuh menyeluruh, juga diperlukan pembahasan berbagai kasus yang relevan.

B. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis normatif yaitu penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai sebuah bangunan sistem norma.⁷ Pada penelitian hukum jenis ini sering kali hukum dikonsepsikan sebagai apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan (*law in books*) atau hukum dikonsepsikan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan berperilaku manusia yang dianggap pantas,⁸ sehingga penelitian hukum normatif menjadikan sistem norma sebagai pusat kajiannya. Penelitian dilakukan dengan mendasarkan kepada bahan kepustakaan atau data sekunder.⁹ Data

⁵ John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, (London: Oxford University Press, 1999), hlm. 1.

⁶ Lihat Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, (Jakarta: Penerbit Raja Grafindo Jakarta), 2002, hlm. 10.

⁷ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hlm. 34.

⁸ Amirudin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hlm. 118.

⁹ Pada penelitian hukum normatif yang diteliti hanya bahan pustaka atau data sekunder. Lihat Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Press, 2008), hlm. 52. Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1990), hlm. 11.

sekunder yang digunakan terdiri dari bahan hukum primer, yaitu konvensi-konvensi internasional, peraturan perundang-undangan nasional, putusan-putusan hakim, dan perangkat hukum lainnya yang berkaitan dengan topik penelitian ini. Bahan hukum sekunder yang digunakan adalah berbagai literatur dan pendapat pakar hukum yang berkaitan dan relevan dengan topik penelitian ini, baik berbentuk buku, jurnal, rancangan undang-undang, maupun hasil penelitian. Selanjutnya bahan hukum tersier yang digunakan adalah surat kabar, kamus hukum, kamus bahasa dan ensiklopedia yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

C. Pembahasan

1. Pengecualian Yurisdiksi ICSID berdasarkan Hukum Internasional

Pada awalnya kegiatan ekonomi negara atau penanaman modal diawali dengan dibentuknya perjanjian FCN (*Friendship, Commerce and Navigation*) antar negara. Namun sejak tahun 1960-an keberadaan FCN diganti dengan keberadaan BIT.¹⁰ Berikut adalah aturan-aturan dasar yang terdapat dalam BIT, di antaranya¹¹ Prinsip *Fair and Equitable Treatment*, *National Treatment*, *Most Favoured Nation Treatment* (MFN), dan kombinasi antara *National Treatment* dan MFN. Prinsip yang pertama adalah bahwa investor harus diperlakukan oleh negara secara transparan dan konsisten sehingga tidak dianggap bertentangan dengan penilaian adil dan seimbang.¹²

Sedangkan, prinsip MFN dapat dicarikan tindakan yang tidak membedakan perlakuan terhadap negara satu dengan negara lainnya yang merupakan mitra dagang negara tersebut. Kemudian, prinsip *national treatment* berarti memberi investor perlakuan yang sama seperti warga negara sendiri.

Biasanya BIT menjadi dasar gugatan oleh suatu negara kepada negara lainnya di badan arbitrase ICSID. Sebagai contoh dalam kasus Churchill yang menggugat Indonesia di badan arbitrase ICSID berdasarkan BIT antara Indonesia dengan Inggris. Oleh karena itu, melihat tujuan dan maksud dari dibentuknya badan arbitrase ICSID, merupakan suatu kemungkinan beberapa BIT yang melibatkan Indonesia didalamnya mengandung klausul penyelesaian sengketa yang merujuk pada Badan Arbitrase ICSID. Hal ini tentu saja didukung dengan adanya kelebihan yang dimiliki oleh ICSID sebagai salah satu badan arbitrase komersial internasional dan khusus untuk menyelesaikan sengketa investasi atau penanaman modal. Broche membagi yurisdiksi arbitrase yang diatur dalam BIT sebagai berikut. *Pertama*, Klausul BIT hanya menyebutkan bahwa berdasarkan kesepakatan para pihak maka sengketa yang timbul akan diselesaikan melalui lembaga arbitrase. *Kedua*, Klausul kedua, mensyaratkan adanya “...*sympathetic consideration to a request (for) conciliation or arbitration by the Centre...*” tetapi tidak mewajibkan adanya kesepakatan dari para pihak. *Ketiga*, tipe klausul ketiga, yaitu mensyaratkan negara penerima “...*to assent to any demand on the part of the national to submit for conciliation or arbitration any dispute arising from the investment.*” Tipe klausul keempat, yaitu, klausul yang

¹⁰ Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional*, (Bandung: Penerbit Keni Media, 2010), hlm. 131.

¹¹ *Ibid.* hlm. 137-138.

¹² OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD

Working Papers on International Investment, 2004/03 (OECD Publishing, 2004), hlm. 38.

memberikan kewenangan dari ICSID sebagai media penyelesaian sengketa apabila dikemudian hari timbul sengketa di antara para pihak.

Kasus *Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka* dapat menggambarkan bahwa kewenangan mengadili yang dimiliki oleh ICSID lahir dari klausul BIT yang dibuat oleh para pihak. Kedua pihak dari sengketa tersebut tidak berkeberatan atas kewenangan ICSID. Hal ini menjawab pertanyaan apakah kewajiban penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase sebagaimana diatur oleh *New York Convention 1958* dapat berlaku efektif, dikarenakan banyak perdebatan bahwa apakah hasil keputusan pengadilan arbitrase memiliki kekuatan mengikat.¹³

Indonesia merupakan negara pihak dari *Washington Convention 1965* berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Kasus Churcill Mining Plc. Di ICSID mendorong Pemerintah Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 31 Tahun 2012 yang mengecualikan yurisdiksi ICSID. *Washington Convention 1965 Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of other States* atau disebut juga Konvensi Bank Dunia, ditandatangani di Washington DC 18 Maret 1965. Badan arbitrase ini berkedudukan di Washington dan berafiliasi dengan Bank Dunia.¹⁴ Maksud dan tujuan dibentuknya konvensi ini adalah untuk melindungi investor asing dari tindakan sepihak negara penerima modal, yang berpotensi menimbulkan sengketa. Sengketa ini bahkan bisa berkembang menjadi konflik atau perang.¹⁵ Tindakan-tindakan sepihak negara penerima modal yang biasanya

dilakukan negara berkembang adalah tindakan ekspropriasi.¹⁶ Salah satu kasus yang menjadi pendorong dibentuknya konvensi ini adalah tindakan nasionalisasi perusahaan-perusahaan Prancis di Tunisia.¹⁷

Dua tujuan utama dibentuknya *Washington Convention 1965*, adalah pertama menjembatani jurang atau mengisi kekosongan upaya hukum di dalam menyelesaikan kasus-kasus penanaman modal yakni dengan memberikan mekanisme khusus berupa fasilitas arbitrase atau konsiliasi. Kedua, mendorong dan melindungi arus modal dari negara maju ke negara ketiga (*developing countries*).¹⁸ Indonesia telah meratifikasi konvensi ini melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1968, tentang Persetujuan atas Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antar Negara dengan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal. Konsekuensinya adalah ketika negara memiliki sengketa investasi dengan warga negara dari negara penandatanganan akan dapat mengajukan sengketa ke ICSID. Warga negara di sini dapat diartikan sebagai individu atau perusahaan.

Yurisdiksi badan arbitrase ICSID diatur dalam Pasal 25 *Washington Convention 1965*, khususnya ayat (1).¹⁹ Dalam pasal dimaksud terdapat beberapa unsur terkait yurisdiksi badan arbitrase ICSID, di antaranya:²⁰ (1) Objek sengketa terkait penanaman modal; (2) Melibatkan negara peserta dan warga negara dari negara peserta; (3) Telah memiliki

¹³ *Ibid.* hlm. 253.

¹⁴ Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, *Op. Cit.* hlm. 36.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Secara umum, ekspropriasi adalah pengambilan properti pribadi oleh pemerintah. Lihat Malcolm N. Shaw, *International Law – Fifth Edition*, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), hlm. 740.

¹⁷ Lihat Huala Adolf, *Op cit.*, hlm. 36-37.

¹⁸ *Ibid.* hlm. 38.

¹⁹ Pasal 25 *Washington Convention 1965*.

²⁰ Lihat John Collier and Vaughan Lowe, *Op.Cit.* hlm. 61.

kesepakatan dalam bentuk tertulis; dan (4) Tidak dapat menarik diri secara sepihak.

Salah satu unsur yang terdapat dalam Pasal 25 *Washington Convention 1965*, yaitu unsur kesepakatan dalam bentuk tertulis, tidak hanya mencakup kesepakatan dalam bentuk kontrak yang dibuat antar entitas yang terlibat transaksi investasi, namun juga mencakup juga kesepakatan tertulis yang dibuat dalam kerangka *Bilateral Investment Treaty (BIT)*. Dengan demikian, penyelesaian Kasus Churchill Mining yang didasarkan pada Izin Usaha Pertambangan pun dapat masuk ke dalam yurisdiksi ICSID, apabila sesuai dengan prinsip-prinsip yang diatur dalam BIT antara Indonesia dan Inggris.

Pengertian warga negara dari negara peserta dapat juga diartikan sebagai perusahaan atau badan hukum.²¹ Biasanya perusahaan atau badan hukum ini dalam bentuk *Transnational Corporations* (TNC) atau *Multinational Corporations* (MNC).²² Indonesia telah memiliki beberapa kasus yang diselesaikan di badan arbitrase ICSID di antaranya, kasus AMCO vs Kartika Plaza pada tahun 1980. Kasus ini berjalan cukup panjang kurang lebih 12 tahun.²³ Selain itu, saat ini Indonesia tengah beperkara di badan arbitrase ICSID, yang melibatkan perusahaan Inggris, Churchill Mining Plc. Terkait dengan yurisdiksi badan arbitrase ICSID, Pasal 25 juga mengatur bahwa sewaktu-waktu negara

dapat mengajukan pengecualian untuk tidak memasukkan sengketa tertentu ke badan arbitrase ICSID.

Namun demikian ketentuan pasal ini tentu saja dibatasi oleh pasal-pasal sebelumnya dalam rangka untuk mencapai maksud dan tujuan dibuatnya konvensi. Pengecualian ini dilakukan dengan melakukan notifikasi ke badan arbitrase ICSID. Dalam hal ini terdapat hubungan interaksi antara ICSID dan hukum nasional Indonesia. Hubungan ini dimungkinkan berdasarkan Pasal 25 *Washington Convention* itu sendiri yang mengatur bahwa pembatasan yurisdiksi dapat diterapkan dengan catatan tidak menimbulkan penarikan diri secara tidak langsung.

2. Penelusuran hukum dan pembahasan kasus yang relevan

Negara berkembang cenderung mengajukan sengketa penanaman modal melalui pengadilan nasional, dengan dasar sebagai tempat dilaksanakannya kontrak yang menjadi kontrak di bawah BIT di antara investor dan *host state*. Namun di lain pihak negara maju, merasa arbitrase internasional ICSID merupakan forum yang paling tepat, selain pengadilan nasional, dengan alasan netralitas dan yurisdiksi yang di anggap paling nyaman untuk investor asing.

Bentuk penyelesaian sengketa yang dikenal dengan *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) digunakan dalam BIT. Prosedur penyelesaian sengketa ini memungkinkan negara mengajukan gugatan secara langsung terhadap penanam modal asing.²⁴ Untuk kasus demikian, berlaku Pasal 32 Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang

²¹ Dijelaskan lebih lanjut dalam Pasal 25 ayat (2) *Washington Convention 1965*.

²² Pembahasan khusus mengenai MNC sebagai subjek dalam penanaman modal asing dapat dilihat di M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2010), hlm 61.

²³ Lihat Ida Bagus Wyasa Putra, *Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, Bandung: Penerbit Refika, 1997), hlm. 105.

²⁴ Stephen Bouwhuis, *Investor-State Dispute Settlement Some Concerns, The Future of ICSID and The Place of Investment Treaties in International Law*, (London: British Institute of International and Comparative Law, 2013), hlm. 325.

Penanaman Modal yang di antaranya mengatur bahwa: apabila penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan mufakat tidak tercapai maka para pihak dapat menempuh arbitrase. Ketentuan ini menjadi penghubung keterikatan Indonesia dengan *Washington Convention 1965* sebagai dasar keberlakuan atau berjalannya Arbitrase ICSID.

Berdasarkan Pasal 32 ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal, sejatinya ICSID bukan merupakan satu-satunya forum penyelesaian sengketa investasi. Hal ini diperkuat oleh Pasal 26 Konvensi ICSID sendiri.²⁵ Konvensi ICSID mengakui adanya *exhaustion of local administrative* yang memiliki makna yang sama dengan prinsip *exhaustion of local remedy* dalam hukum internasional pada umumnya.²⁶ Beberapa pasal dalam Konvensi ICSID juga mengakui adanya prinsip ini dan telah mengaplikasikannya dalam beberapa kasus, seperti *Anonim Sirketi v Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/10/1)*.

Sengketa terkait dengan perizinan, birokrasi investasi, dan lain sebagainya, yang sejatinya dapat diselesaikan melalui Pengadilan Nasional, bahkan dapat melalui musyawarah seperti yang diatur dalam Pasal 32 ayat (1) Undang-Undang Penanaman Modal. Hal yang terpenting dalam penyelesaian sengketa pada umumnya (yang dalam hal ini dalam bidang investasi asing) adalah konsensus para pihak.²⁷ Sehingga, tidak boleh serta

merta sengketa investasi langsung diasumsikan harus diselesaikan melalui yurisdiksi ICSID.

Dalam hal ini, kasus yang menarik untuk dibahas adalah kasus Churchill Mining Plc. Sengketa arbitrase antara Churchill dan Negara Republik Indonesia diadili di ICSID berdasarkan *Washington Convention 1965* dan *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investments (Bilateral Investment Treaty/BIT Kerajaan Inggris-Indonesia)* tanggal 27 April 1976.²⁸ Sengketa ini diadili secara paralel dengan kasus melawan Planet Mining Pty. Ltd (sebuah perusahaan pertambangan di Australia) karena memiliki kesamaan fakta-fakta hukum dengan kasus Churchill Mining Plc. vs Indonesia.

Kasus Planet Mining Pty. Ltd didasarkan pada *Agreement concerning the Promotion and Protection of Investments 17 November 1992* atau yang lebih dikenal sebagai *Bilateral Investment Treaty* antara Negara Republik Indonesia dengan Australia. Seperti halnya kasus Churchill mining, Kasus Planet Mining Pty. Ltd juga masuk terkait dengan penanaman modal yang sama-sama melibatkan tindakan Pemerintah Indonesia.

Pada 22 Mei 2012, Churchill Mining Plc mengajukan sengketa ke ICSID sesuai dengan Pasal 36 *Washington Convention 1965* dan *Bilateral Investment Treaty*

²⁵ Deborah Ruff, "Local remedy first-ICSID and the Kilic decision", Notrhon Rose Fulbright, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/108987/local-remedy-first-icsid-and-the-kilic-decision>, (diakses 14 Mei 2018).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ignatio D. Alession, *A comment on ICSID's jurisdictional issues: Problems, solutions and recommendations for a better understanding in international commercial relations*,

(Netherland: University of Amsterdam, 2008), hlm. 14.

²⁸ Paragraph 48 *Decision on Jurisdiction* 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC4194_En&caseId=C2261, (diakses 24 November 2014).

Kerajaan Inggris-Indonesia. Pada intinya Churcill Mining Plc. meminta ganti rugi kepada Indonesia karena Pemerintah Negara Republik Indonesia melanggar norma perjanjian internasional,²⁹ yaitu norma-norma hukum internasional yang tercantum dalam BIT Kerajaan Inggris-Indonesia. Satu bulan setelah permintaan penyelesaian sengketa diajukan, ICSID secara resmi melalui *Secretary-General* mencatatkan sengketa Churchill melawan Indonesia berdasarkan Pasal 36 ayat (3) *Washington Convention*, 1965.³⁰ Dengan demikian *Secretary-General* ICSID menganggap bahwa sengketa antara Churcill Mining Plc. melawan Negara Republik Indonesia masuk ke dalam Yurisdiksi ICSID.

Dalam proses arbitrase, Indonesia mengajukan keberatan terhadap yurisdiksi ICSID dengan tiga alasan.³¹ Pertama, Pasal 7 ayat (1) BIT Kerajaan Inggris-Indonesia tidak menunjukkan persetujuan Negara Republik Indonesia untuk menyelesaikan sengketa di ICSID. Kedua, Persetujuan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) pada PT. Indonesian Coal Development juga tidak menunjukkan persetujuan Negara Republik Indonesia untuk menyelesaikan sengketa dengan Churcill Mining Plc. di ICSID. Ketiga, bahwa investasi Churcill Mining Plc. tidak tercakup di dalam Pasal 2 ayat (1) BIT Kerajaan Inggris-

Indonesia.³² Dengan demikian Pemerintah Republik Indonesia beranggapan bahwa kasus Churchill Mining tidak dapat diselesaikan di ICSID.

Namun demikian, terhadap keberatan tersebut di atas, ICSID tetap menyatakan memiliki yurisdiksi untuk mengadili kasus Churcill Mining Plc. melawan Republik Indonesia.³³ ICSID menganggap dasar pengajuan penyelesaian sengketa berdasarkan *Washington Convention 1965* dan BIT Kerajaan Inggris-Indonesia tanggal 27 April 1976 sudah kuat.

Namun, Pasal 25 ayat (4) *Washington Convention 1965* sebetulnya memberi hak kepada negara penandatanganan untuk melakukan pemberitahuan (*notification*) ke ICSID tentang jenis perselisihan yang akan atau tidak akan diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi ICSID.³⁴ Untuk mencegah sengketa yang sama seperti kasus Churcill Mining Plc di atas diadili kembali oleh ICSID, Pemerintah Republik Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Keppres No. 31 Tahun 2012). Terdapat tiga hal utama dalam Keppres No. 31

²⁹ *Ibid.*, paragraph 50.

³⁰ Article 36 subsection (3) *Washington Convention*, 1965 menyatakan: "The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register."

³¹ Paragraph 77 *Decision on Jurisdiction* 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.

³² Article 2 Subsection (1) *Bilateral Investment Treaty* Kerajaan Inggris-Indonesia menyatakan: "This Agreement shall only apply to investments by nationals or companies of the United Kingdom is in territory of the Republic of Indonesia which have been granted admission in accordance with the Foreign Capital Investment Law No. 1 of 1967 or any law amending or replacing it."

³³ Paragraph 319 *Decision on Jurisdiction* 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.

³⁴ Bagian menimbang Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

Tahun 2012. *Pertama*, Presiden menetapkan perselisihan yang timbul dari keputusan tata usaha negara yang dikeluarkan oleh pemerintah kabupaten dalam wilayah Republik Indonesia sebagai perselisihan yang tidak diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).³⁵ *Kedua*, Presiden memerintahkan melakukan pemberitahuan ke ICSID tentang penetapan sebagaimana dimaksud dalam angka 1 di atas sebagai perselisihan yang tidak diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi ICSID. *Ketiga*, Presiden menugaskan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia untuk melakukan tindakan yang diperlukan agar penetapan sebagaimana dimaksud dalam angka 1 di atas dicatatkan dan diumumkan oleh ICSID sesuai dengan konvensi (*convention*), peraturan (*regulations*), dan aturan (*rules*) ICSID.

Setelah adanya Keppres No. 31 Tahun 2012 dan Republik Indonesia melakukan pemberitahuan ke ICSID, perselisihan yang timbul dari keputusan tata usaha negara yang dikeluarkan oleh pemerintah kabupaten dalam wilayah Republik Indonesia bukan lagi yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

Pemerintah mengambil hikmah dari materi Kasus Churcill Mining Plc. yang sempat diadili di Pengadilan Tata Usaha Negara, Samarinda pada 25 Agustus 2010,³⁶ sebelum akhirnya kasus tersebut melebar hingga diadili di ICSID. Proses

peradilan di Pengadilan Tata Usaha Negara, Samarinda merupakan bagian dari rentetan fakta hukum yang disampaikan ke ICSID pada kasus Churcill Mining Plc melawan Republik Indonesia.

Pada mulanya, Churcill Mining Plc. bersama dengan berbagai perusahaan di Indonesia melaksanakan *East Kutai Coal Project* (EKCP) di Kalimantan. Proyek tersebut menemukan bahwa di area eksplorasi EKCP terdapat 2,7 miliar metrik ton potensi batu bara dengan kualitas tinggi.³⁷

Pada tahun 2006, Ridlatama Group, sebuah grup perusahaan di Indonesia menawarkan EKCP ke Churcill Mining Plc. dan Planet Mining Pty. Ltd. Karena dianggap potensial maka Churcill Mining Plc. bersama sama dengan Planet Mining Pty. Ltd mengambil alih kepemilikan saham di PT. Indonesian Coal Development (PT. ICD), perusahaan penanaman modal asing yang bergerak di bidang jasa umum pertambangan. Churcill Mining Plc. kemudian memiliki 95% saham dan Planet Mining Pty. Ltd memiliki 5% saham PT ICD.³⁸

PT. ICD kemudian bekerja sama dengan beberapa perusahaan Ridlatama Group yang telah memiliki izin dari Bupati Kutai Timur untuk melaksanakan seluruh operasi penambangan di area EKCP. PT. ICD dalam hal tersebut mendapatkan imbalan 75% dari seluruh keuntungan penambangan. Setelah Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara disahkan, rezim Kuasa Penambangan diganti dengan Izin Usaha Penambangan (IUP). Perusahaan-perusahaan Ridlatama Grup kemudian meningkatkan izin mereka dan mendapatkan IUP Eksplorasi dari Bupati Kutai Timur untuk jangka waktu 20 tahun.³⁹

³⁵ Pasal 1 Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

³⁶ *Paragraph 40 Decision on Jurisdiction 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.*

³⁷ *Paragraph 7-8, Ibid.*

³⁸ *Paragraph 11-14, Ibid.*

³⁹ *Paragraph 31-33, Ibid.*

Namun demikian, Bupati Kutai Timur mencabut IUP Eksplorasi perusahaan-perusahaan Ridlatama Group pada 4 Mei 2010, dengan alasan terdapat surat dari Kementerian Kehutanan Republik Indonesia bahwa perusahaan-perusahaan Ridlatama Group beroperasi tanpa izin dari Kementerian Kehutanan Republik Indonesia, perizinan perusahaan-perusahaan Ridlatama diduga dipalsukan, dan IUP milik perusahaan-perusahaan Ridlatama Group overlap dengan izin lainnya. Ridlatama Grup kemudian menggugat pembatalan keputusan pembatalan IUP oleh Bupati Kutai Timur ke Pengadilan Tata Usaha Negara di Samarinda. Pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda kemudian menyatakan penarikan IUP sah. Tak puas dengan putusan tersebut, Perusahaan dalam Ridlatama Group kemudian mengajukan banding ke Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Jakarta. Akan tetapi, Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Jakarta memperkuat putusan pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda. Perusahaan-perusahaan Ridlatama Group kemudian melakukan upaya kasasi, namun kembali menemukan jalan buntu karena ditolak oleh Mahkamah Agung.⁴⁰

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, kasus tersebut di atas kemudian berkembang karena Churcill Mining Plc. menuntut Pemerintah Republik Indonesia di ICSID. Setelah adanya Keppres Nomor 31 Tahun 2012 dan Republik Indonesia melakukan pemberitahuan ke ICSID, kasus serupa dengan kasus Churcill Mining Plc. melawan Pemerintah Republik Indonesia tidak dapat lagi dibawa ke ICSID karena perselisihan yang timbul dari keputusan tata usaha negara pemerintah kabupaten, seperti halnya pencabutan IUP Bupati Kutai Timur bukan lagi

yurisdiksi ICSID, sesuai dengan *Pasal 25 Washington Convention 1965*.

Salah satu pasal dalam *Washington Convention 1965* tersebut menjadi parameter pelaksanaan aktivitas ICSID karena mengatur masalah yurisdiksi. Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* menyatakan bahwa yurisdiksi ICSID adalah sengketa hukum yang muncul secara langsung dari aktivitas investasi, antara negara pihak/*contracting state* (atau subdivisi, konstituen atau agensi dari negara tersebut yang ditunjuk negara untuk beperkara ke ICSID) dan warga negara dari negara pihak lainnya (*national of another contracting state*), di mana para pihak sepakat secara tertulis untuk menyelesaikan sengketa di ICSID. Pihak yang telah memberikan persetujuan untuk menyelesaikan sengketa di ICSID tidak dapat menarik kembali secara sepihak persetujuannya tersebut. Selengkapnya Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* menyatakan:

"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."

Kata "Jurisdiction" dalam pasal di atas merupakan sebuah konsep yang dapat diartikan sebagai: *"the power of a court or judge to entertain an action, petition or other proceeding"*⁴¹ Pasal 25

⁴⁰ Paragraph 39-42, *Ibid*.

⁴¹ Jowitt's Dictionary of English Law, Vol. 1 dalam H. Schreuer, Christoph, et. al., *The ICSID Convention, A Commentary Second Edition*, Cambridge University Press, UK, 2009, hlm. 85

Washington Convention 1965 tidak membedakan yurisdiksi untuk melakukan konsiliasi atau arbitrase. Kedua alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan tersebut dapat digunakan sesuai klausa untuk menyerahkan penyelesaian sengketa ke ICSID.

Kemudian, kata-kata “*shall extend to any legal Disputes..*” mensyaratkan bahwa terdapat sengketa yang memiliki konsekuensi hukum terhadap hubungan para pihak. Masalah yang diajukan ke ICSID haruslah sebuah masalah yang konkret, bukan masalah dalam tatanan akademis.⁴² Kemudian kata tersebut diikuti oleh kata “*..arising directly out of an investment...*” berarti bahwa hanya sengketa yang muncul secara langsung dari aktivitas investasi yang masuk ke dalam yurisdiksi ICSID. Investasi sendiri menurut draf awal *Washington Convention 1965* yang bertujuan untuk membentuk ICSID sendiri, berarti:

“acquisition of (i) property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; (ii) participations or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities”.⁴³

Hal tersebut di atas diadakan untuk membatasi yurisdiksi ICSID agar tidak memiliki kewenangan mengadili seluruh sengketa yang berhubungan dengan investasi.⁴⁴

Unsur lainnya dalam Pasal 25 ayat (1) adalah kata-kata:

“... 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, ...”

Berdasarkan kata-kata tersebut, sengketa yang diajukan ke ICSID haruslah sengketa antara salah satu negara pihak dalam perjanjian, yaitu negara yang telah mendepositkan instrumen ratifikasi, penerimaan atau persetujuan, sesuai dengan Pasal 68 *Washington Convention 1965*, dengan investor dari negara pihak lainnya. Di banyak negara, perjanjian investasi diadakan tidak hanya oleh pemerintah tetapi juga oleh perusahaan-perusahaan berbadan hukum, agensi atau perusahaan milik negara.⁴⁵ Selain itu beberapa negara seperti Indonesia, tidak hanya pemerintah pusat yang berhubungan dengan investor asing, tetapi juga pemerintah daerah. Kata-kata dalam kurung yang terdapat dalam Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* memberi peluang bagi pihak-pihak tersebut untuk menjadi pihak dalam penyelesaian sengketa di ICSID.⁴⁶

Selanjutnya, bagian kalimat “*...which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre...*” dalam Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* menunjukkan bahwa pihak yang terlibat sengketa harus memberikan persetujuan untuk membawa perkara tersebut ke ICSID. Persetujuan antar pihak tersebut merupakan syarat mutlak yang harus ada bagi ICSID untuk

⁴² Christoph H. Schreuer, *et. al., The ICSID Convention, A Commentary* Second Edition, (UK: Cambridge University Press, 2009), hlm. 94.

⁴³ *Ibid.*, hlm. 115.

⁴⁴ *Ibid.*, hlm 106.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 144-149 & 160.

⁴⁶ Selanjutnya pada tahun 1978 *Additional Facility Rules* untuk merubah ketentuan mengenai yurisdiksi di *Washington Convention 1965*. Sengketa yang masuk ke dalam Yurisdiksi ICSID termasuk sengketa antara negara pihak dan negara lain yang bukan pihak. Selain itu sengketa juga tidak harus muncul langsung dari aktivitas investasi.

mengadili suatu sengketa. Fakta bahwa negara tuan rumah dan negara asal investor telah meratifikasi *Washington Convention 1965* tidak cukup memberikan ICSID yurisdiksi untuk mengadili sengketa.

Persetujuan untuk menyelesaikan sengketa di ICSID dapat dinyatakan dengan beberapa cara. Negara tuan rumah dan investor dapat secara langsung menunjuk ICSID dalam perjanjian investasi antar mereka. Persetujuan juga dapat dinyatakan dengan penawaran unilateral oleh negara tuan rumah melalui legislasi atau perjanjian internasional, yang disetujui kemudian oleh investor.⁴⁷ Cara persetujuan tidak langsung demikian dipraktikkan oleh Indonesia yang secara eksplisit menunjuk ICSID sebagai lembaga penyelesaian sengketa dalam BIT dengan berbagai negara. Cara demikian disebut oleh Paulsson dengan istilah "*arbitration without privity*."⁴⁸ *Washington Convention 1965*, memberikan pengecualian terhadap yurisdiksi ICSID di atas. Aturan tersebut memberikan kemungkinan bagi negara-negara untuk mengecualikan kelas sengketa yang tidak dapat dimasukkan ke dalam Yurisdiksi ICSID. Para pihak dalam *Washington Convention 1965* sepenuhnya bebas untuk menyatakan persetujuan menyelesaikan sengketa di ICSID. Dengan demikian, para pihak pun berhak tidak memberikan persetujuan untuk mengadili hal-hal yang dianggap tidak layak diadili oleh ICSID. Walaupun mengecualikan yurisdiksi pengadilan, pasal ini bukan merupakan reservasi yang dikenal dalam hukum perjanjian internasional karena tidak memiliki dampak hukum yang berpengaruh

terhadap keberlakuan kaidah-kaidah dalam *Washington Convention 1965*.

Kesempatan untuk melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID tersebut di atas telah dipraktikkan oleh berbagai negara.⁴⁹ Jamaika melalui notifikasi tahun 1974 memberitahukan ICSID untuk tidak mengadili sengketa hukum yang berasal langsung dari investasi yang berhubungan dengan mineral dan sumber daya alam lainnya di Jamaika. Selain itu, Papua New Guinea pada 1978 mengirimkan notifikasi yang berisi pernyataan untuk memberikan yurisdiksi pada ICSID hanya untuk sengketa yang fundamental terhadap investasi. Selanjutnya, Saudi Arabia melalui notifikasi tahun 1980 menyatakan tidak memberikan persetujuan bagi ICSID untuk mengadili kasus yang berkaitan dengan perminyakan dan pelaksanaan kedaulatan. Sementara, Turki pada 1989 mengirimkan notifikasi yang menjadikan ICSID hanya berwenang mengadili sengketa yang muncul secara langsung dari kegiatan investasi yang telah mendapat izin yang diperlukan, sesuai dengan legislasi Turki mengenai permodalan. Dalam kesempatan yang sama Turki juga mengecualikan sengketa yang berhubungan dengan bidang properti dan hak atas real estat. Turki menyatakan bahwa sengketa demikian tetap berada di bawah yurisdiksi Pengadilan Nasional Turki. Terakhir, Cina pada 1993 menyatakan bahwa hanya memberikan persetujuan yurisdiksi ICSID untuk sengketa atas kompensasi dari ekpropriasi dan nasionalisasi.

Penulis menilai bahwa pelaksanaan Pasal 25 ayat (4) memang merupakan suatu upaya yang dapat dilakukan suatu negara dalam membatasi yurisdiksi ICSID. Namun demikian, hemat peneliti bahwa penerapan pasal ini seharusnya dibatasi

⁴⁷ *Ibid*, hlm. 191.

⁴⁸ Jan Paulsson, "Arbitration Without Privity", *Foreign Investment Law Journal* 232, No. 10, (1995) dalam *Ibid*.

⁴⁹ Christoph H. Schreuer, *et. al.*, *Op. Cit.*, hlm. 344.

pada penerapan Pasal 25 ayat (1), bahwa para pihak dilarang untuk menarik yurisdiksi ICSID atau kesepakatan mengajukan ke arbitrase secara sepihak (*unilaterally*). Penerapan Pasal 25 ayat (4) harus dibatasi untuk tidak menimbulkan suatu tindakan yang termasuk dalam klasifikasi larangan untuk menarik kesepakatan secara sepihak secara tidak langsung (*prohibition of indirect withdrawal of consent*). Pemberitahuan atau pengecualian yurisdiksi tersebut tidak dapat berlaku terhadap suatu perjanjian yang sudah ada sebelumnya.⁵⁰

Praktik ini terlihat jelas dalam kasus yang melibatkan Jamaika. Terdapat tiga kasus terkait hal ini. Terhadap tiga kasus ini, Jamaika terikat dalam suatu perjanjian dengan investor asing yang mengandung klausula “*no further tax*” dan klausula yang mengatur mengenai keterikatan terhadap yurisdiksi ICSID. Pada tanggal 8 Mei 1974, Jamaika mengirimkan notifikasi kepada ICSID untuk mengecualikan semua sengketa yang timbul di luar penanaman modal yang terkait mineral dan sumber daya alamnya, untuk tidak diselesaikan melalui yurisdiksi ICSID.⁵¹ Pemberitahuan ini sekaligus dianggap sebagai membatalkan kesepakatan dengan tiga investornya. Terhadap hal ini tiga badan peradilan memiliki argumentasi bahwa pemberitahuan tersebut tidak dapat berfungsi untuk membatasi yurisdiksi dari lembaga peradilan tersebut.⁵²

Keputusan Presiden yang dikeluarkan oleh Pemerintah Indonesia, dapat dinilai sebagai suatu upaya preventif untuk menghindari dari dibawahnya sengketa yang melibatkan perusahaan Indonesia

atau Pemerintah Indonesia dengan investor asing ke ICSID. Indonesia termasuk negara yang menjadi tujuan para investor, dan beberapa kasus yang terkait dengan penanaman modal, beberapa kasus diawali dengan adanya pencabutan izin oleh Pemerintah Indonesia. Dalam hal ini kasus AMCO v. Kartika Plaza yang melibatkan Pemerintah Indonesia, dan diselesaikan di forum ICSID.

Pembatasan yurisdiksi ICSID dalam kerangka Keputusan Presiden merupakan langkah yang kurang tepat. Adapun dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 dinyatakan bahwa aturan yang tidak termaktub dalam Undang-Undang yang merupakan hasil ratifikasi Konvensi ICSID tersebut akan diatur di dalam peraturan perundang-undangan lainnya. Menurut penulis, peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam UU Hasil Ratifikasi Konvensi ICSID tersebut menunjuk pada Undang-Undang. Hal ini berarti peraturan perundang-undangan yang sifatnya umum karena investasi merupakan kegiatan ekonomi yang termasuk ke dalam refleksi dari Pasal 33 UUD 1945. Berbeda dengan sifat dan karakter yang melekat pada suatu Keputusan Presiden yang berbentuk *beschikking*, sehingga sifatnya yang pribadi dan tidak berlaku umum.

BIT merupakan suatu perjanjian internasional yang juga sekaligus sebagai sumber hukum ekonomi internasional. Perjanjian internasional bilateral tersebut merupakan salah satu metode untuk meningkatkan hubungan-hubungan ekonomi antarnegara. BIT mulai muncul pada periode tahun 1960-an. Kala itu BIT banyak diadakan Negara-Negara Eropa untuk mengatur penanaman-penanaman modal suatu warga negara di dalam wilayah negara lainnya. Sejak BIT pertama kali muncul, semakin banyak

⁵⁰ Christoph H. Schreuer, *et.al.*, *The ICSID Convention, A Commentary Second Edition*, (UK: Cambridge University Press), 2009, hlm. 256.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid*

negara-negara yang mengadakan BIT karena adanya dorongan kuat dari warga-warga negara juga perusahaan-perusahaan tertentu untuk mengadakan pengadaan modal langsung di negara-negara lain. BIT dianggap diperlukan untuk mendorong dan melindungi penanam-penanam modal dari perubahan hukum nasional di wilayah negara tempat investasi mereka. BIT juga dapat memberikan rasa aman bagi para investor dari tindakan-tindakan tidak adil para pejabat pemerintahan di tempat investasi mereka.⁵³

Hukum internasional sebelum adanya BIT memberikan perlindungan hukum yang kurang memadai kepada investor asing. Hukum kebiasaan internasional tidak mengatur masalah perlindungan investor asing. Hukum internasional juga tidak memiliki mekanisme yang mengikat untuk menyelesaikan sengketa penanam-an modal.⁵⁴ Kemampuan untuk mengatur masalah hubungan-hubungan ekonomi secara keseluruhan, terutama pengaturan masalah penanaman modal asing belum dimiliki hukum internasional saat itu.

BIT berkembang menjadi sumber hukum ekonomi internasional yang dipraktikkan secara terus menerus. Tak heran apabila sampai saat ini setidaknya Indonesia memiliki 67 BIT dengan negara-negara seperti Cina, Perancis, Singapura dan Kerajaan Inggris. Namun demikian Indonesia berencana untuk mengakhiri lebih dari 60 BIT yang memperbolehkan investor asing melewati prosedur penyelesaian sengketa di Pengadilan Nasional.⁵⁵ Saat ini berkembang asumsi

bahwa beberapa perusahaan multinasional menggunakan BIT untuk menyimpangi hukum nasional dan menguasai negara berkembang. Tak heran apabila Indonesia bukan negara pertama yang berkeinginan untuk menghentikan BIT. Sebelumnya, Afrika Selatan pun menyatakan rencana yang sama.⁵⁶

Perjanjian internasional antar negara diatur dalam *Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969. Kaidah dan norma yang ada di dalam *Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969 mengikat Indonesia, walaupun Indonesia tidak meratifikasi *Vienna Convention* 1969.⁵⁷ Perjanjian internasional adalah sumber formal hukum internasional selain hukum kebiasaan internasional, prinsip umum hukum internasional, doktrin dan yurisprudensi, sebagaimana tercantum dalam Pasal 38 ayat (1) *Statute of The International Court of Justice* 1945.

Perjanjian internasional memiliki kekuatan mengikat bagi negara yang menjadi pihak dalam perjanjian tersebut. Hal ini sejalan dengan apa yang diatur dalam Pasal 26 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969⁵⁸ yang memuat asas *pacta sunt servanda*.⁵⁹ Negara-negara pihak dalam suatu perjanjian internasional juga diwajibkan untuk

⁵³ Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional Suatu Pengantar*, (Jakarta Penerbit Raja Grafindo Persada, 2005), hlm. 149, 157-164.

⁵⁴ Jeswald W. Salacuse, dalam *Ibid*.

⁵⁵ Financial Times, "Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties", [http://www.ft.com/cms/s/0/3755c1b2-b4e2-](http://www.ft.com/cms/s/0/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0.html#axzz3K0NQsgbL)

[11e3-af92-00144feabdc0.html#axzz3K0NQsgbL](http://www.ft.com/cms/s/0/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0.html#axzz3K0NQsgbL), diakses 24 November 2014).

⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁷ Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional, Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, (Bandung: Refika Aditama, 2010), hlm. 17.

⁵⁸ Article 26 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969 menyatakan: "Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."

⁵⁹ Asas *Pacta Sunt Servanda* dikenal dalam hukum kontrak atau hukum perjanjian, asas ini diatur dalam Article 26 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969.

melaksanakan perjanjian dengan itikad baik (*good faith*).

Sebagai perjanjian internasional, biasanya mekanisme pengikatan diri terhadap BIT dilakukan dengan mekanisme ratifikasi. Pengesahan (Ratifikasi) eksternal Perjanjian Internasional oleh Sebuah Negara didasarkan pada Pasal 16 *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*⁶⁰ mengatur hal tersebut di atas dengan menyatakan bahwa kecuali perjanjian internasional menyatakan lain, *instruments of ratification, acceptance, approval or accession* mengakibatkan negara terikat dengan suatu perjanjian internasional pada saat pertukaran instrumen tersebut di antara negara pihak, pada saat penyerahan kepada lembaga *depositary* atau pemberitahuan kepada negara pihak atau lembaga *depositary* jika disetujui.

Secara internal, prosedur ratifikasi perjanjian internasional di Indonesia diatur dalam Pasal 9 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional yang menyatakan "*pengesahan perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden*".⁶¹

Materi muatan BIT sebagai perjanjian internasional tidak termasuk ke dalam hal-hal di atas sehingga, BIT disahkan secara internal dengan menggunakan Keputusan Presiden (saat ini Peraturan Presiden). Dengan demikian BIT Kerajaan Indonesia dengan Qatar (*Agreement Between the Government of The Republic of Indonesia and The Government of The State of Qatar for The Promotion and*

Protection of Investments 2000) disahkan dengan Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 84 Tahun 2007 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Negara Qatar Mengenai Peningkatan dan Perlindungan atas Penanaman Modal. Selain dengan Qatar, BIT Indonesia-Singapura yang ditandatangani pada tahun 2005 di Singapura disahkan dengan peraturan presiden, yaitu Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura mengenai Peningkatan dan Perlindungan atas Penanaman Modal.

Indonesia terikat secara internal dengan *Washington Convention 1965* melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 dan terikat secara eksternal sejak 30 hari setelah instrumen ratifikasi didepositkan sesuai Pasal 68 *Washington Convention 1965*. Pemerintah Republik Indonesia mengesahkan berbagai BIT melalui Peraturan Presiden. Indonesia juga melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID melalui produk hukum yaitu Keppres Nomor 31 Tahun 2012. Hal tersebut sudah sesuai dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Tata Cara Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, khususnya Pasal 7 tentang hierarki peraturan perundang-undangan.

Keppres Nomor 31 Tahun 2012 yang dibuat dengan berdasarkan Pasal 25 ayat (4) *Washington Convention 1965*, yang merupakan suatu ketentuan yang berisi pemberitahuan pengecualian yurisdiksi Arbitrase ICSID. Pengecualian tersebut tidak sama dengan reservasi yang dikenal dalam lapangan hukum perjanjian internasional. Pengecualian melalui notifikasi tersebut tidak merubah dampak hukum apa pun dari norma-

⁶⁰ Article 16 *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*.

⁶¹ Damos Dumoli Agusman, *et. al., Pedoman Teknis dan Referensi Pembuatan Perjanjian Internasional (untuk kalangan sendiri)*, Jakarta: Departemen Luar Negeri 2010), hlm. 30.

norma yang terkandung dalam *Washington Convention 1965*, khususnya dalam hal yurisdiksi ICSID. Hal ini sebagaimana yang diatur dalam Pasal 25 ayat (4), bahwa penerapan ketentuan ini dibatasi oleh Pasal 25 ayat (1). Pengecualian yang dibuat dikemudian hari hanya memiliki akibat hukum terhadap perjanjian yang dibuat di kemudian hari antara Indonesia dan negara mitra.

Keberadaan Keputusan Presiden ini apabila dimaksudkan untuk menghindari sengketa yang melibatkan Indonesia ke forum ICSID, terhadap BIT yang sudah menunjuk ICSID sebagai badan penyelesaian sengketa dalam ISDS nya, maka keberadaan Keputusan Presiden ini menjadi tidak berfungsi. Kecuali, apabila Keputusan Presiden ini berlaku untuk di kemudian hari terhadap BIT yang akan datang yang akan dibuat oleh Indonesia dengan negara mitra. Hal ini mengingat ketentuan Pasal 25 ayat (4) dibuat bukan untuk penarikan diri dari kesepakatan secara sepihak dan penerapan pasal ini tidak dimaksudkan untuk melakukan penarikan diri terhadap kesepakatan secara tidak langsung.

Pada prinsipnya para pihak dalam *Washington Convention 1965* sepenuhnya bebas untuk menyatakan persetujuan menyelesaikan sengketa di ICSID. Dengan demikian, para pihak pun berhak tidak memberikan persetujuan untuk mengadili hal-hal yang dianggap tidak layak diadili oleh ICSID. Keppres Nomor 31 Tahun 2012 merupakan manifestasi dari hak tersebut. Namun penerapannya, tetap dibatasi oleh ketentuan yurisdiksi ICSID yang diatur dalam Pasal 25 ayat (1).

Substansi dari Keppres Nomor 31 Tahun 2012 sangat jelas menunjukkan bahwa latar belakang politis dibentuknya Peraturan Presiden tersebut sedikit banyak dipengaruhi oleh Kasus Indonesia

melawan Churchill Plc. di ICSID. Kasus Churchill berawal dari perizinan yang dikeluarkan Bupati sebagai aparatur negara.

Indonesia sangat kerap dituduh melakukan *Indirect Expropriation*, khususnya terkait dengan pencabutan izin dan kerap kali Indonesia diajukan ke Arbitrase Internasional dengan adanya tindakan negara ini. Bisa atau tidaknya suatu *indirect expropriation* menjadi salah satu alasan klaim ke arbitrase internasional, merupakan sesuatu yang seharusnya dibatasi dalam BIT dengan negara mitra. Salah satu cara yang bisa dilakukan adalah perubahan klausul dalam BIT yang memungkinkan investor mengajukan klaim secara langsung terhadap negara tuan rumah (penyelesaian sengketa semacam ini dikenal dengan istilah *Investor State Dispute Settlement/ISDS*).⁶² Klausul tersebut dalam beberapa BIT yang menggunakan metode *domestic jurisdiction* sebagai salah satu metode penyelesaian sengketa dan membatasi penggunaan arbitrase internasional hanya untuk *direct expropriation*. Bahkan suatu langkah berani adalah apabila dalam BIT Indonesia tidak menggunakan arbitrase sebagai metode penyelesaian sengketa.

Klausula ISDS atau klausula metode penyelesaian sengketa yang selama ini terdapat dalam BIT Indonesia dengan negara lain perlu untuk disempurnakan. Setidaknya harus terdapat tiga syarat sebelum sengketa dapat diajukan ke ICSID. Pertama adalah adanya "*notice and cooling off periods*", dalam hal ini BIT mewajibkan investor menunggu selama waktu tertentu setelah mengirimkan

⁶² Lihat Calamita, N. Jansen et. al., *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, (London: British Institute of International and Comparative Law, 2013), hlm. 325.

pemberitahuan adanya sengketa. Setelah jangka waktu tersebut terlewati maka investor baru dapat mengajukan sengketa ke arbitrase.⁶³ Kedua, klausula ISDS dapat memuat apa yang disebut dengan “*fork and the road provisions*”. Klausul semacam ini mewajibkan investor memilih hanya satu lembaga untuk menyelesaikan sengketa. Dengan demikian, investor tidak dapat berpindah forum penyelesaian sengketa setelah mengajukan sengketa ke arbitrase atau menggugat di pengadilan nasional.⁶⁴

Terakhir, BIT dapat memiliki “*exhaustion requirement*” yaitu ketentuan yang mensyaratkan investor untuk mencari ganti rugi di pengadilan nasional negara tuan rumah sebelum mengajukan sengketa ke arbitrase. Sebagai contoh, BIT Argentina-Kerajaan Inggris mensyaratkan investor untuk mengajukan klaim gugatan ke pengadilan nasional selama 18 bulan sebelum mengajukan sengketa ke arbitrase. Aturan ini bertentangan dengan “*fork and the road provisions*” yang melarang investor mengajukan klaim ke arbitrase apabila sebelumnya ia telah memperkarakan sengketa ke pengadilan nasional.⁶⁵ Bagi negara yang mendorong pertumbuhan investasi, “*exhaustion requirement*” lebih atraktif daripada “*fork and the road provisions*”. Hal ini karena investor cenderung khawatir bahwa pengadilan nasional negara tuan rumah akan tidak adil dalam memperlakukan mereka. Intervensi dari lembaga eksekutif atau rasa loyalitas kepada negara tuan rumah dapat mempengaruhi putusan hakim di pengadilan nasional negara tuan rumah. Tak jarang pengadilan nasional terikat

untuk menerapkan legislasi nasional walaupun legislasi tersebut cenderung bertentangan dengan aturan hukum internasional. Padahal, hukum nasional sering kali mengakibatkan para investor mengajukan komplain.⁶⁶ Pengadilan nasional dengan demikian tentu saja dihindari oleh para investor.

Kondisi yang telah dijelaskan di atas bertolak belakang apabila dilihat dari sudut pandang negara tuan rumah. Negara tuan rumah cenderung lebih memilih peradilan nasional untuk menyelesaikan sengketa dengan para investor. Kekalahan-kekalahan Indonesia di ICSID juga sedikit banyak mempengaruhi hal tersebut, misalnya kekalahan Indonesia dalam Kasus Kartika yang diselesaikan di ICSID. Indonesia dinyatakan bersalah karena melakukan pencabutan izin secara bertentangan dengan hukum. Indonesia dalam kasus tersebut harus membayar 4,2 juta dolar Amerika Serikat.⁶⁷

D. Penutup

Indonesia merupakan negara pihak dari *Washington Convention* 1965 berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Kasus Churcill Mining Plc. Di ICSID mendorong Pemerintah Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 31 Tahun 2012 yang mengecualikan yurisdiksi ICSID. Dalam hal ini terdapat hubungan interaksi antara ICSID dan hukum nasional Indonesia. Hubungan ini dimungkinkan berdasarkan Pasal 25 *Washington Convention* itu sendiri yang mengatur bahwa pembatasan yurisdiksi

⁶³ B. Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, (Netherlands: Wolters Kluwer, 2012), hlm. 426-427.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law* Second Edition, (United Kingdom Oxford: University Press, 2012), hlm. 235.

⁶⁷ Ida Bagus Wyasa Putra, *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, (Bandung: Refika Aditama, 2000), hlm. 109.

dapat diterapkan dengan catatan tidak menimbulkan penarikan diri secara tidak langsung. Pembatasan semacam ini telah diterapkan oleh Jamaika, Papua New Guinea, Saudi Arabia, Turki, dan Cina.

BIT pada hakikatnya adalah Perjanjian Internasional, sehingga prinsip-prinsip yang berlaku dalam hukum perjanjian internasional juga berlaku bagi BIT. Setelah melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID melalui Keppres Nomor 31 Tahun 2012., tinggi. Substansi pengecualian yang diatur dalam Keputusan Presiden tersebut, dengan adanya batasan penerapan Pasal 25 ayat (4) oleh Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965*, maka Keputusan Presiden tidak merubah dampak hukum apa pun dari norma-norma yang terkandung dalam *Washington Convention 1965*, khususnya dalam hal yurisdiksi ICSID.

Tindakan hukum yang melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID pada saat Kasus Churchill Mining dan Planet Mining adalah sah berdasarkan hukum

internasional, karena pengecualian yurisdiksi tersebut dimungkinkan dan diatur oleh Konvensi yang mendirikan ICSID, yaitu Pasal 25 ayat (4) *Washington Convention 1965*. Konvensi ini memberi hak kepada Indonesia sebagai negara penandatanganan untuk melakukan pemberitahuan (*notification*) ke ICSID tentang jenis perselisihan yang akan atau tidak akan diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi ICSID. Hal ini tidak hanya dilakukan oleh Indonesia, namun juga dilekaskan negara lain seperti Jamaika, Papua New Guinea, Saudi Arabia, Turki, yang juga membuat kebijakan pengecualian terhadap objek sengketa ICSID (membatasi yurisdiksi ICSID). Namun demikian, dalam melakukan tindakan hukum pengecualian yurisdiksi tersebut tetap harus memperhatikan tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Adolf, Huala , *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2004).

-----, *Arbitrase Komersial Internasional* (Jakarta: Penerbit Raja Grafindo, 2000).

-----, *Hukum Ekonomi Internasional*, (Penerbit Keni Media, 2010).

-----, *Hukum Ekonomi Internasional Suatu Pengantar* (Jakarta: Penerbit Raja Grafindo Persada, 2005).

Agusman , Damos Dumoli, *Hukum Perjanjian Internasional, Kajian Teori dan Praktik Indonesia* (Bandung: Refika Aditama, 2010).

Agusman, Damos Dumoli, et. al., *Pedoman Teknis dan Referensi Pembuatan Perjanjian Internasional (untuk kalangan sendiri)*, Departemen Luar Negeri.

B. Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice* (Nedherland: Wolters Kluwer, 2012).

Calamita, N. Jansen et. al., *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law* (London: British Institute of International and Comparative Law, 2013).

Collier, John and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law* (Inggris: Oxford University Press , 1999).

Dolzer, Rudolf dan Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law Second Edition* (United Kingdom: Oxford University Press ,2012).

H. Schreuer, Christoph, et. al., *The ICSID Convention, A Commentary Second Edition* (UK: Cambridge University Press ,2009).

Moses, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration Second Edition* (New York: Cambridge University Press, 2012).

Putra , Ida Bagus Wyasa, *Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional* (Bandung: Penerbit Refika, 1997).

Shaw, Malcolm N., *International Law – Fifth Edition* (UK: Cambridge University Press , 2004).

Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum Edisi Kedua* (Jakarta: UI Press, 1982).

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Penerbit Rajawali, 1985).

Soemitro, Ronny Hanitjo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri* (Jakarta: Penerbit Ghalia , 1990).

Sornarajah , M, *The International Law on Foreign Investment*, (Cambridge, 2010).

B. Sumber Lain

Decision on Jurisdiction 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.

<https://icsid.worldbank.org/ICSID>.

Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi International Centre for Settlement of Investment Disputes.

J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", 10 ICSID Review – FILJ 232 (1995).

Financial Times, "Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties".

Majalah Detik, Edisi 33, 16 Juli 2012.

C. Konvensi dan Peraturan Perundang-undangan

Washington Convention 1965.

Vienna Convention on The Law of Treaties 1969.

Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.

Keputusan Presiden No. 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan Yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya Pada Yuridiksi *International Centre For Settlement of Investment Disputes*