



Volume 31 No 1, Januari 2016

DOI: 10.20473/ydk.v31i1.1961

Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Jalan Dharmawangsa Dalam Selatan

Surabaya, 60286 Indonesia, +6231-5023151/5023252

Fax +6231-5020454, E-mail: yuridika@fh.unair.ac.id

Yuridika (ISSN: 0215-840X | e-ISSN: 2528-3103)

by <http://e-journal.unair.ac.id/index.php/YDK/index> under a Creative

Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0

International License.



FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

Article history: Submitted 17 November 2016; Accepted 17 January 2016; Available Online 31 January 2016

DIALEKTIKA PERLINDUNGAN KEPENTINGAN NASIONAL BERDASARKAN KONSTITUSI EKONOMI DENGAN *BASIC PRINCIPLE* DALAM *BILATERAL INVESTMENT TREATIES*

Widhayani Dian Pawestri
widhayanidian@fh.unair.ac.id
Universitas Airlangga

Abstract

National interests is a fundamental thing that is often discussed, but does not have the exact concept and parameters. Especially in investment, national interests increasingly reduced by the emergence of some problems in Bilateral Investment Treaties (BIT), and certainly, the most disadvantaged entity is the State. This paper examines the dialectic between national interests with the basic principle, as one of the principles in the WTO-TRIMs that should be applied by all the States that have ratified that convention, including Indonesia. If there is a conflict between the national interest and the basic principle, especially in BIT, then the state must remain in favor of its national interests. The underlying basis of the argument is that the State has sovereignty whose power must be maintained. This is in line with the 'calvo doctrine' and the basic essence that the state (in this case the host state) has sovereignty over all natural resources-permanent sovereignty over natural resources-such as environmental protection, health and protection of human rights.

Keywords: *National Interest; Foreign Direct Investment; Bilateral Investment Treaties (BIT).*

Abstrak

Kepentingan nasional merupakan hal fundamental yang seringkali diperbincangkan, namun belum mempunyai konsep dan parameter secara pasti. Khususnya dalam penanaman modal, kepentingan nasional semakin ter-*reduce* dengan munculnya beberapa permasalahan dalam *Bilateral Investment Treaties (BIT)*, yang sudah tentu, entitas yang paling dirugikan adalah Negara. Tulisan ini mengkaji dialektika antara kepentingan nasional dengan *basic principle* sebagai salah satu prinsip dalam WTO-TRIMs yang harus diterapkan oleh negara-negara yang telah meratifikasi konvensi tersebut, termasuk Indonesia. Jika terjadi benturan antara kepentingan nasional dengan *basic principle* khususnya dalam BIT, maka negara harus tetap berpihak pada kepentingan nasionalnya. Landasan yang mendasari argumentasi tersebut adalah karena Negara mempunyai kedaulatan yang kekuatannya harus dipertahankan. Hal tersebut sejalan dengan '*calvo doctrine*' dan esensi dasar bahwa negara (dalam hal ini *host state*) mempunyai kedaulatan atas segala bentuk kekayaan alam (*natural resources*)—*permanent sovereignty over natural resources* seperti perlindungan lingkungan hidup, kesehatan maupun perlindungan terhadap hak asasi manusia.

Kata Kunci: Kepentingan Nasional; Penanaman Modal Asing; *Bilateral Investment Treaties (BIT)*.

Pendahuluan

Pembangunan nasional telah menjadi tekad bangsa Indonesia untuk mewujudkan

masyarakat yang adil dan makmur.¹ Indonesia sudah menjadi bagian dari masyarakat global dan tergabung dalam berbagai organisasi internasional dan terikat pada beberapa perjanjian internasional. Indonesia mengembangkan peraturan perundang-undangan yang mendukung kegiatan perekonomian dalam menghadapi era perdagangan bebas. Berkembangnya liberalisasi ekonomi perdagangan dan investasi mendorong Indonesia untuk mengintegrasikan perekonomian nasional dengan perekonomian internasional dan mendorong Indonesia untuk meratifikasi ketentuan sebagaimana diatur dalam *Agreement Establishing the World Trade Organization* (selanjutnya disebut dengan WTO)² khususnya tentang *Trade Related Investment Measures* (selanjutnya disebut dengan TRIMs).³

Pengesahan dari WTO yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia juga merupakan wujud kesadaran akan adanya peluang dan tantangan yang timbul karena kemajuan ilmu pengetahuan, teknologi dan informasi yang telah mampu menerobos batas-batas negara, berikut perangkat sosial, budaya, ekonomi dan hukumnya.⁴ Dengan diratifikasinya WTO, Indonesia harus melakukan pembaharuan dan harmonisasi hukum di bidang penanaman modal, terutama yang terkait dengan masalah perdagangan sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam TRIMs. Penerapan prinsip-prinsip hukum internasional penanaman modal asing dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 Tentang Penanaman Modal Asing (selanjutnya disebut UU PMA)⁵ telah dijelaskan oleh Muchammad Zaidun dalam disertasinya.⁶ Dalam disertasi tersebut mengelaborasi dasar ontologis UU PMA dan *ratio legis* norma-normanya, dimana prinsip hukum internasional harus

¹ Muhammad Zaidun, 'Beberapa Catatan Awal Atas Pengaturan Investasi Dalam Bidang Pertambangan Umum Di Indonesia' (2000) 15 Yuridika.[437].

² Malcolm N. Shaw QC, 'Hukum Internasional' in Derta Sri Widowatie (ed), *International Law* (Nusa Media 2013).[1305-1306].

³ Muchammad Zaidun, 'Paradigma Baru Kebijakan Hukum Investasi Indonesia Suatu Tantangan Dan Harapan' (2008).[14].

⁴ Rahmi Jened, 'Hak Kekayaan Intelektual Penyalahgunaan Hak Eksklusif' (2007).[6].

⁵ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2818 1967.

⁶ Muchammad Zaidun, 'Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing Di Indonesia' (Universitas Airlangga 2005).[240-245].

seimbang Muchammad Zaidun, 'Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia' dengan prinsip kepentingan nasional kita.

Apabila terjadi benturan dalam penerapan *basic principles* tersebut dalam kebijakan investasi, yakni benturan antara kepentingan *host country* dan kepentingan investor dari *capital exporting country* atau *home country*,⁷ Muchammad Zaidun menawarkan jalan keluar yang menjadi temuan dalam penulisannya, yaitu penerapan Prinsip Perlindungan Keseimbangan Kepentingan (PPKK).

Perlu ditekankan bahwa, *basic principles* merupakan prinsip utama dalam WTO, sedangkan WTO merupakan organisasi yang mengusung liberalisme ekonomi dengan sistem pasar bebasnya,⁸ sedangkan Indonesia sebagai negara Pancasila menjadikan sistem ekonomi kerakyatan⁹ atau demokrasi ekonomi atau lebih riilnya sistem ekonomi Pancasila sebagai landasan filosofis dan teoritik untuk merumuskan kebijakan investasi dalam kaitannya dengan perlindungan kepentingan nasional.

Dampak liberalisasi pada sektor penanaman modal mengakibatkan sebuah dilematik, di satu sisi Indonesia harus membuat peraturan-peraturan yang sesuai dengan aturan-aturan yang diberlakukan bagi para seluruh anggota WTO, akan tetapi di sisi lain Indonesia juga harus membuat peraturan-peraturan yang tidak boleh bertentangan dengan konstitusi, yakni Undang-Undang Dasar Negara

⁷ R. Bernhardt, 'Host Country', *Encyclopedia of Public International Law* (1st edn, Elsevier 1981).[246], yang mendefinisikan *foreign investment* sebagai "a transfer of funds or materials from one country (called capital exporting country) to another country (called host country) in return for a direct or indirect participation in the earnings of that enterprise." Periksa: M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (2nd edn, Cambridge University Press 2004).[7]. Sedangkan istilah *home country* digunakan oleh Kusnowibowo yang artinya sama dengan *capital exporting country*, Periksa: Kusnowibowo, *Country Digunakan Oleh Kusnowibowo Yang Artinya Sama Dengan Capital Exporting Country*, Periksa: Kusnowibowo, *Hukum Investasi Internasional* (Pustaka Reka Cipta 2013).

⁸ Sri Edi Swasono, *Ekspose Ekonomika: Mewaspadai Globalisme Dan Pasar Bebas* (Pusat Studi Ekonomi Pancasila-UGM 2003).[76, 77 dan 83].

⁹ Thoby Mutis, *Cakrawala Demokrasi Ekonomi* (LP KUKMUS-USAKTI dan Kreasi Wacana 2002).[143]. Periksa: Elli Ruslina, *Dasar Perekonomian Indonesia Dalam Penyimpangan Mandat Konstitusi UUD Negara Tahun 1945* (Total Media 2013).[297]. Namun, Emil Salim lah yang pertama kali menyebutkan istilah Ekonomi Pancasila. Periksa: Sri Edi Swasono. *Op.Cit.*[98].

Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI 1945)¹⁰ sebagai *staatsverfassung* bangsa Indonesia.

Konstitusi secara tegas menyatakan, sistem ekonomi Indonesia adalah sistem ekonomi Pancasila atau demokrasi ekonomi yang anti liberal merupakan konsep dasar sistem ekonomi nasional yang secara jelas disebutkan dalam Pasal 33 ayat 4 UUD NRI yaitu “Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional”.

Demokrasi ekonomi Indonesia bercita-cita mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia (*social justice, fairness, equity, equality*), sehingga menyanggah pemihakan (parsialisme, *special favour*) terhadap yang lemah, yang miskin dan terkebelakang untuk mendapatkan perhatian dan perlakuan khusus ke arah pemberdayaan. Parsialisme tersebut bukan lah sikap yang diskriminatori, melainkan memberi makna positif terhadap doktrin kebersamaan dalam asas kekeluargaan Indonesia. Dari sinilah titik tolak bahwa efisiensi ekonomi Indonesia berdimensi kepentingan sosial. Itulah makna demokrasi ekonomi yang mengandung asas efisiensi berkeadilan.¹¹

Prinsip demokrasi ekonomi yang terkandung dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 ada relevansinya dengan makna demokrasi di Indonesia. Demokrasi dalam hal ini adalah demokrasi sosial yang berdasar atas kebersamaan (*kolektiviteit* atau *mutualism*) dan kekeluargaan (*brotherhood*), bukan demokrasi liberal (barat) yang berdasar individualisme. Demokrasi Indonesia berdasar atas konsensus (kesepakatan) yang disebut *vertrag*, sedangkan demokrasi barat berdasar atas

¹⁰ Brian Thompson, *Textbook on Constitutional and Administrative Law* (3rd edn, Blackstone Ltd 1997).[3]. dan O. Hood Philips, *Constitutional and Administrative Law* (7th edn, Sweet and Maxwell 1997)..[5]. Periksa: Neil Parpworth, *Constitution and Administrative Law* (Oxford University Press 2006).[3]. Tujuan bernegara tersebut harus tertuang dalam konstitusi karena sebagai konsekuensi Indonesia sebagai negara hukum sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat 3 UUD NRI 1945. Istilah negara hukum sendiri berasal dari istilah bahasa Inggris: *Rule of Law*, bahasa Jerman: *Rechtsstaat* dan bahasa Prancis: *Etat de droit*. Periksa: I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara* (Sinar Grafika 2013).[23].

¹¹ Elli Ruslina.*Op.Cit.*[59].

kontrak sosial (*social contract*).¹² Penerapan *basic principle* selain dapat kita lihat dalam UU PM, juga dapat kita lihat dalam BIT.

Prinsip non-diskriminasi (*non-discriminatory principle*)¹³ menekankan pada dasar pikiran prinsip perlindungan keseimbangan kepentingan antar masing-masing pihak, dengan saling menghormati kedaulatan negara masing-masing dalam menetapkan kebijakan hukum investasinya, saling melindungi dan memberikan perlakuan tanpa diskriminasi antara investor asing dengan investor dalam negeri, juga dengan sesama investor asing.¹⁴ Dalam konteks tersebut, apabila ditelaah secara benar, akan terdapat benturan bahwa di satu sisi diinginkan adanya perlindungan kepentingan nasional, namun di sisi lain terdapat *basic principle* yang harus diterapkan sebagai salah satu prinsip yang telah disepakati dalam WTO, sebagai tuntutan kepentingan penanaman modal di tingkat global.

Dengan demikian, maka diperlukan suatu analisis yang mendalam dalam penulisan ini yang menyangkut konsep kepentingan nasional dan perlindungannya, termasuk juga dalam mengharmonisasikan prinsip perlindungan kepentingan nasional berdasarkan konstitusi ekonomi dengan *basic principle* khususnya dalam BIT, sehingga dapat tercipta suatu kebijakan khususnya dalam hukum investasi yang konsisten dengan cita hukum Indonesia. Beranjak dari latar belakang sebagaimana diuraikan di atas, maka dapat dirumuskan masalah yaitu dialektika perlindungan kepentingan nasional berdasarkan konstitusi ekonomi dengan *basic principle* dalam *Bilateral Investment Treaties*.

¹² *ibid.*[54].

¹³ Peter Van den Bossche mengemukakan bahwa “...*Non-discrimination is a key concept in WTO law and policy...there are two main principles of non-discrimination in WTO law: The Most Favoured Nation (MFN) treatment obligation and The National Treatment obligation*”. Periksa: Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of The World Trade Organization: Text, Cases and Materials* (Cambridge University Press 2005).[308].

¹⁴ Muchammad Zaidun, ‘Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing Di Indonesia’ (2005).[17-20].

Ideologi, Liberalisme, Sosialisme dan Pancasila

Teori¹⁵ mengenai ideologi,¹⁶ liberalisme, sosialisme dan Pancasila dianggap penting untuk menjadi pisau analisis penelitian ini karena dalam rumusan masalah mengenai konstitusi yang terdeterminasi atau setidaknya bersandingan dengan paham liberalisme dan sosialisme. Pilihan terhadap demokrasi ekonomi tidak bisa dilepaskan dari persoalan ideologi *mainstream* yaitu liberalisme dan sosialisme yang sedikit banyak mendeterminasi atau paling tidak menjadi pembanding lahirnya ideologi bangsa Indonesia yaitu Pancasila.

Terdapat beberapa pendapat mengenai pengertian ideologi itu sendiri, antara lain Francis Bacon mengatakan “ideologi adalah sintesa pemikiran mendasar dari suatu konsep hidup”, Ali Syariati mengatakan “ideologi adalah sebagai sebuah keyakinan-keyakinan dan gagasan-gagasan yang ditaati oleh suatu kelompok, suatu kelas sosial, suatu bangsa atau suatu ras tertentu”, CC. Roode mengatakan “ideologi adalah sekumpulan yang secara logis berkaitan dan mengidentifikasi nilai-nilai yang memberikan keabsahan bagi institusi politik dan pelakunya. Ideologi dapat digunakan untuk membenarkan *status quo* atau membenarkan usaha untuk mengubahnya (dengan atau tanpa kekerasan)”.¹⁷

Berdasarkan uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa ideologi adalah pemikiran yang mencakup konsepsi mendasar tentang kehidupan dan memiliki metode untuk merasionalisasikan pemikiran tersebut berupa fakta, metode menjaga pemikiran tersebut agar tidak menjadi *absurd* dari pemikiran-pemikiran yang lain. Jimly Asshidiqie mengatakan bahwa pada prinsipnya terdapat tiga arti utama dari

¹⁵ W. Friedman, *Teori Dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum* (Rajawali Press 1990).[33]. Sebagaimana dirujuk oleh Muchammad Zaidun, “Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia”, Ringkasan Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005.[52-53]. Istilah teori hukum atau *theory of law* juga dijelaskan dalam *Black’s Law Dictionary*, yaitu “*the legal premise or set of principles on which a case rest*”. Periksa: Periksa: Bryan A. Garner, *Editor in Chief, Black’s Law Dictionary* (9th edn, West Group 2009).[1616].

¹⁶ Ideologi berasal dari kata “*idea*” yang berarti ‘gagasan, konsep, pengertian dasar, cita-cita’ dan “*logos*” yang berarti ‘ilmu’. Periksa: Kaelan, *Filsafat Pancasila* (Paradigma 2002). [50-52]. Istilah ideologi sendiri pertama kali dikemukakan oleh Antonio Descutt de Tracy (1754-1836), seorang filsuf Prancis yang bersimpati pada revolusi Prancis.. Periksa: Ria Casmi Arsa, *Deideologi Pancasila* (Universitas Brawijaya Press 2011).[21-22].

¹⁷ *ibid.*

ideologi, yaitu (1) ideologi sebagai kesadaran palsu; (2) ideologi dalam arti netral; dan (3) ideologi dalam arti keyakinan yang tidak ilmiah.¹⁸

Konsep perekonomian Indonesia dibangun diatas fondasi sosialisme,¹⁹ akan tetapi diselenggarakan dalam semangat liberalism.²⁰ Ide-ide liberal tidak berlangsung lama dan sangat terbatas, namun ide-ide tersebut cukup untuk mengubah wajah bumi. Kemakmuran yang diciptakan liberalisme berdampak pada perbaikan kondisi hidup dari berbagai aspek. Namun pada abad ke-19 penentang liberalisme bermunculan dan berhasil menghapus sebagian besar pencapaian yang diraih oleh kaum liberal.

Liberalisme adalah sebuah doktrin yang ditujukan sepenuhnya bagi perilaku manusia di bumi ini. Sesungguhnya, liberalisme tidak mempunyai tujuan lain selain daripada memajukan kesejahteraan lahiriah dan material manusia dan tidak secara langsung memberi perhatian pada upaya pemenuhan kebutuhan spiritual dan metafisik mereka. Liberalisme tidak menjanjikan kesenangan selain kepuasan tertinggi karena semua keinginan duniawi terpenuhi.²¹

Ciri utama dari Liberalisme adalah Negara dilarang untuk mencampuri kebebasan berusaha dibidang ekonomi, karena kehidupan ekonomi dibiarkan berkembang sepenuhnya menurut prinsip persaingan bebas. Prinsip yang berlaku pada masa ini adalah *the least government is the best government*. Sedangkan Ludwig von Mises mengemukakan inti pemikiran liberalisme adalah “sikapnya yang murni eksternal dan materialistik terhadap segala sesuatu yang bersifat keduniawian dan fana. Kesalahan paling serius liberalisme adalah bahwa ia tidak bisa menawarkan sesuatu untuk aspirasi manusia yang lebih dan mulia”.²²

¹⁸ Frans Magnis Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis* (Kanisius 1992).[230].

¹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi: Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM* (selanjutnya disebut dengan Jimly Ashiddiqie I) (Konstitusi Press 2005). [124].

²⁰ Muchammad Zaidun, Rahmi Jened dan Yuniarti, *Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia*, Laporan Penelitian Fundamental (Fakultas Hukum Universitas Airlangga 2011).[22].

²¹ Ludwig von Mises, *Menemukan Kembali Liberalisme* (Lela E Madjiah ed, Freedom institute 2011).[4].

²² Ludwig von Mises, *Op.Cit.*[4].

Selanjutnya, menurut Ludwig von Mises, liberalisme biasanya juga dikecam karena rasional. Ia ingin mengatur segala sesuatu dengan cara yang masuk akal dan dengan demikian tidak mampu mengenali keutuhan untuk memberikan keleluasaan bagi perasaan dan bagi hal-hal yang tidak masuk akal dalam berbagai urusan manusia.²³ Roy C. Macridis,²⁴ mengutarakan ada tiga prinsip yang dicakup oleh paham liberalisme, yaitu moral, ekonomi dan politis. Ketiga prinsip ini hadir secara bersamaan. Prinsip moral hadir dengan adanya hak-hak dasar individu, yaitu kebebasan, kemuliaan dan ekspresi kehidupan yang kemudian dikenal sebagai dasar-dasar dari adanya Hak Asasi Manusia (HAM). Prinsip liberalisme dalam kehidupan perekonomian atau ekonomi liberal berhubungan dengan siapa yang berhak mengatur kehidupan perekonomian, yaitu membicarakan makna dan wujud kebebasan individu dalam kehidupan ekonomi.

Terdapat dasar-dasar kebijakan liberal yang tentunya akan berpengaruh dalam pengembangan tatanan hukum di suatu negara yang menganut ideologi liberalisme. Ludwig von Mises menyebutkan beberapa dasar-dasar kebijakan, yaitu: (1) Hak Milik; (2) Kebebasan; (3) Perdamaian; (4) Persamaan; (5) Demokrasi; (6) Kesenjangan Kekayaan dan pendapatan; (7) Hak milik pribadi dan etika; (8) Negara dan pemerintahan; (9) Toleransi; (10) negara dan perilaku anti sosial.²⁵ Inti dari ekonomi pasar adalah desentralisasi keputusan, berkaitan dengan “apa”, “berapa banyak” dan “bagaimana” produksi. Ini berarti bahwa individu harus diberi ruang gerak tertentu untuk pengambilan keputusan. Mekanisme pasar hanya dapat dikembangkan di dalam suatu struktur pengambilan keputusan yang terdesentralisasi. Artinya terdapat individu-individu independen dalam jumlah secukupnya yang menyediakan pemasokan dan permintaan dalam suatu pasar, karena mekanisme pasar memerlukan reaksi pelaku pasar yang tidak dapat diprediksi.²⁶

Mekanisme pasar yang berjalan melalui kapitalisme pasar bebas pada

²³ *ibid.*[6].

²⁴ Roy C. Macridis, *Contemporary Political Ideologies: Movements and Regimes* (2nd edn, Little Brown Company 1983).[23-39].

²⁵ Ludwig von Mises. *Op.Cit.*[21-70].

²⁶ Knud Hansen, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat* (Cetakan Ke, GTZ bekerja sama dengan Katalis Mitra Plaosan 2002).[6].

akhirnya akan menciptakan kemakmuran. Menurut Adam Smith, terdapat tiga karakteristik dari sistem tersebut yang perlu digarisbawahi. Pertama, *freedom*, hak untuk memproduksi dan menukar (memperdagangkan) produk, tenaga kerja dan kapital. Kedua, *self-interest*, hak seseorang untuk melakukan usaha sendiri dan membantu kepentingan diri orang lain. Ketiga, *competition*, hak untuk bersaing dalam produksi dan perdagangan barang dan jasa.²⁷

Ketiga unsur tersebut akan menghasilkan harmoni alamiah. Kepentingan jutaan orang akan menghasilkan masyarakat yang stabil dan makmur tanpa perlu diarahkan oleh negara secara terpusat. Doktrin kepentingan diri (*self interest*) ini sering disebut "*invisible hand*".²⁸ Sistem ekonomi pasar jelas mengedepankan kebebasan individu dalam mewujudkan kesejahteraan. Persaingan menjadi pemicu agar masyarakat lebih kreatif dan inovatif. Karl Marx, di mana pemikirannya dikembangkan oleh Engels dan Lenin, kemudian disebut sebagai ideologi sosialisme-komunisme. Sosialisme lebih mengutamakan kolektivisme dengan titik ekstrem menghapuskan milik pribadi. Ideologi tersebut tentunya akan berhadapan dengan liberalisme-kapitalis yang menekankan pada individualisme.

Sosialisme merupakan paham yang bertujuan membentuk negara kemakmuran dengan usaha kolektif yang produktif dan membatasi milik perorangan. Titik berat paham ini ada pada masyarakat, bukan pada individu sebagaimana paham individualisme. Sosialisme dilandaskan pada prinsip komunitas atau kebersamaan.²⁹ Sistem ekonomi sosialis yang merupakan reaksi terhadap perkembangan ekonomi liberal. Tokoh utama sistem ekonomi sosialis adalah Karl Marx. Menurut para konseptor ekonomi sosialis, kekurangan yang ditimbulkan oleh sistem ekonomi liberal tidak dapat diperbaiki tanpa ikut sertanya pemerintah sehingga disebut juga dengan sistem ekonomi komando atau terencana karena semuanya dikendalikan oleh pemerintah pusat.

Ciri-ciri pokok sistem ekonomi sosialis adalah:³⁰

²⁷ Mark Skousen, *Sang Maestro Teori-Teori Ekonomi Modern: Sejarah Pemikiran Ekonomi* (Tri Wibowo Budi Santoso ed, 1st edn, Prenada Media Group 2001).[25-26].

²⁸ *ibid.*

²⁹ Deliarnov, *Ekonomi Politik* (Erlangga 2006).[41].

³⁰ Rochmat Soemitro, *Kuliah Pengantar Ekonomi Dan Ekonomi Pancasila* (Eresco 1983).[173].

- a. Faktor-faktor produksi tidak mungkin menjadi milik perorangan melainkan dimiliki oleh pemerintah (publik);
- b. Ekonomi sosialis berdasarkan suatu perencanaan;
- c. Pembagian pendapatan nasional merata.

Sistem ekonomi sosialis dibedakan atas sistem sosialisme pasar (*market socialism*) dan sistem sosialisme terencana (*planned socialism*). *Market socialism* dicirikan oleh kepemilikan faktor produksi oleh negara dan kepemilikan secara kolektif oleh publik. Keputusan apa yang harus diproduksi sudah terdesentralisasi dan dibuat berdasarkan kebutuhan yang bekerja berdasarkan mekanisme pasar. Dimana motivasi para pelaku ekonomi adalah insentif material dan moral. Sedangkan *planned socialism* dicirikan oleh kepemilikan negara atas setiap faktor produksi. Apa yang harus diproduksi disesuaikan dengan perencanaan pusat dan para pelaku ekonomi terikat untuk melaksanakan apa yang telah direncanakan tersebut.

Kemudian, dititik moderat antara sistem ekonomi sosialis/terpusat/terencana dan sistem ekonomi liberal/pasar, terdapat sistem ekonomi yang memadukan keduanya yang dipelopori oleh John Maynard Keynes³¹ yang mendukung kebebasan individual, namun disaat yang sama juga mendukung intervensi makro-ekonomi dan nasionalisasi investasi.³² Konstitusi ekonomi negara-negara penganut paham sosialis selalu mengatur aspek-aspek perekonomian dalam konstitusinya. Hal ini dapat terlihat dalam pasal 9 konstitusi RRC 1982 yang berbunyi:³³

“Mineral resources, waters, forests, mountains, grassland, wild land, beaches, that are owned by collectives in accordance with the law. The state ensures the rational use of natural resources and protects rare animal and plants. The appropriation or damage of natural resources by any organization or individual by whatever means is prohibited”.

Adanya kata-kata “*owned*” yang ditulis dalam naskah tersebut menjelaskan bahwa pemerintah adalah pemilik mutlak dari kekayaan alam di negaranya, sehingga memiliki kewenangan penuh untuk melakukan pembaharuan dalam bidang perekonomiannya.

Pancasila disebut sebagai pandangan hidup (*Weltanschauung*), selanjutnya

³¹ Simon Blackburn, *Kamus Filsafat* (Yudi Santoso ed, Kedua Revi, Pustaka Pelajar 2013). [478.

³² Mark Skousen.[19-20].

³³ Muchammad Zaidun, ‘Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia’ (2011).[19].

dalam konteks kemasyarakatan dan kenegaraan juga mengalami dinamisasi makna sebagai kekuatan ideologi. Donald E. Weatherbee³⁴ mengatakan bahwa Pancasila merupakan basis revolusi Indonesia, secara detail disebutkan, sebagai berikut:

“The basis for the implementation of the message of the people’s suffering, the foundation for the Indonesian revolution. Are the Pancasila (five principles) incorporated into the 1945 constitution, these principles are and are the immutable normative values, the referent for any action or policy. They have the qualities of natural law, taking their origin not from Sukarno but from the soil of ibu pertiwi (motherland)....”.

Pancasila merupakan prinsip dasar filsafat negara yang (oleh BPUPKI) ditemukan dan diangkat dari falsafah hidup bangsa Indonesia. Sehingga diistilahkan bahwa bangsa Indonesia merupakan sebuah *kausa materialis* dari Pancasila.³⁵ Ideologi Pancasila yang mengutamakan kebersamaan (*kolektiviteit* atau *mutualism*), kekeluargaan (*brotherhood*) dan kerja sama (*cooperative*).

Pancasila sebagai landasan konstitusional menjadi titik anjak penjabaran perekonomian nasional yang terlihat dalam sejumlah undang-undang. Permasalahan yang seringkali mengemuka dalam perundang-undangan di bidang perekonomian, sepanjang berkaitan dengan Pasal 33 ayat 2 dan 3 UUD NRI adalah: bagaimana penguasaan negara atas sumber daya alam; menjamin dan ditujukan bagi sebesar-besar kemakmuran rakyat; serta bagaimana peranan swasta/modal/investor dalam perekonomian berkaitan dengan sumber daya alam.

Kepentingan Nasional Berdasarkan Konstitusi Ekonomi

Sebagai diskursus dasar yang akan menjadi *guideline* dalam tulisan ini, penulis dengan logika dan sistematika berfikir yang runtut- memaknai kepentingan nasional dengan beranjak dari tujuan dibentuknya Negara Republik Indonesia (selanjutnya disebut NRI) -yang berkedaulatan rakyat- yang termaktub dalam Pembukaan UUD NRI 1945³⁶ sebagai *staatsverfassung* Bangsa Indonesia yang validitasnya terpresuposisikan dari Pancasila sebagai *staatsfundamentalnorm* yang

³⁴ Donald E Weatherbee, *Sukarno (Biografi Politik)*, Sinar Harapan (Sinar Grafika 2001). [387-388].

³⁵ Harold Titus, *Living Issues Philosophy* (Rasyidi ed, Bulan Bintang 1984).[1].

³⁶ I Dewa Gede Palguna.[23].

diistilahkan oleh Soekarno sebagai *Philosofische grondslag dan Weltanschauung* Bangsa Indonesia.³⁷ Sehingga terumuskan pengertian kepentingan nasional yaitu “semua hal yang berkaitan baik langsung maupun tidak langsung dengan pencapaian tujuan bernegara dalam UUD NRI 1945”.³⁸

Di dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 hanya terdapat kata “menguasai” yang menurut Mohammad Hatta pengertian “menguasai” bukan secara otomatis dikelola langsung oleh negara atau pemerintah,³⁹ akan tetapi dapat menyerahkan pada pihak swasta, asal dengan pengawasan pemerintah. Dengan kata lain, pengertian dikuasai oleh Negara menurut Aminuddin Ilmar adalah berupa hak menguasai (penguasaan) dan penugasan untuk menyelenggarakan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak yang meliputi aspek pengaturan, aspek pengendalian maupun aspek pengawasan.⁴⁰ Kata “menguasai” juga berarti negara bukanlah pemilik mutlak dari tanah dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, peran serta rakyat dibutuhkan karena rakyatlah pemegang kekuasaan tertinggi. Dari ayat tersebut tercermin bahwa negara tidak bisa mengabaikan keadilan dan prinsip kebersamaan dalam mengelola perekonomian Indonesia.⁴¹

Dalam putusan pengujian UU Penanaman Modal, Mahkamah Konstitusi menjabarkan prinsip-prinsip dasar demokrasi ekonomi yang diturunkan dari Pasal

³⁷ Jimly Asshiddiqie, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum* (Setjen dan Kepaniteraan MK-RI 2006).[174-178].

³⁸ Diskursus awal yang akan menjadi *guideline* dalam penulisan ini dan akan dielaborasi lebih mendalam.

³⁹ Aminuddin Ilmar, *Hak Menguasai Negara Dalam Privatisasi BUMN* (Kencana Prenada Media Group 2012).[53].

⁴⁰ *ibid.*[63].

⁴¹ Muchammad Zaidun, ‘Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia’. [19]. Dijelaskan lebih lanjut, bahwa hal tersebut dapat dilihat melalui amandemen ke-4 UUD NRI 1945, yaitu dalam Pasal 33 ayat 4 yang mengatur bahwa perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

33 ayat 4 UUD 1945 sebagai berikut:⁴²

1. Asas efisiensi berkeadilan adalah asas yang mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing;
2. Asas berkelanjutan adalah asas yang secara terencana mengupayakan berjalannya proses pembangunan melalui penanaman modal untuk menjamin kesejahteraan dan kemajuan dalam segala aspek kehidupan, baik masa kini maupun masa yang akan datang;
3. Asas berwawasan lingkungan adalah asas penanaman modal yang memperhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup;
4. Asas kemandirian adalah asas yang mengedepankan potensi bangsa dan Negara dengan tidak menutup diri pada masuknya modal asing demi terwujudnya pertumbuhan ekonomi;
5. Asas keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional adalah asas yang berupaya menjaga keseimbangan kemajuan ekonomi wilayah dalam kesatuan nasional.

Dengan demikian, baik koperasi maupun BUMN dalam beberapa usaha pemanfaatan sumber daya alam akan bersaing dengan pengusaha raksasa internasional seperti *Trans National Corporation* (TNC).

Sebagaimana kita ketahui, bahwa UUD NRI 1945 tidak secara implisit memuat kaidah bahwa “undang-undang tidak dapat diganggu gugat”, dalam kaitannya dengan hal tersebut, Hans Kelsen⁴³ berpendapat bahwa “*If the legal order does not contain any explicit rule to the contrary, there is a presumption that every law applying organ has this power of refusing to apply unconstitutional laws*”. Dari pendapat Kelsen tersebut, dapat disimpulkan bahwa lembaga yang bertugas menerapkan hukum, mempunyai kekuasaan untuk tidak menerapkan peraturan yang bertentangan dengan UUD NRI 1945, karena tujuan Negara Indonesia adalah mewujudkan keadilan sosial, dalam mewujudkan negara kesejahteraan (*welfare state*). Pengertian keadilan sosial yang dimaksud berkenaan dengan pemenuhan

⁴² Penjelasan Demokrasi Ekonomi ini merupakan pembelokan yang sangat berbeda dengan penjelasan Demokrasi Ekonomi sebelumnya dalam Penjelasan UUD 1945 sebelum amandemen. Dalam UUD 1945 sebelum amandemen, Demokrasi Ekonomi diartikan produksi dikerjakan oleh semua, untuk semua di bawah pimpinan atau pemilikan anggota-anggota masyarakat. Kemakmuran masyarakatlah yang diutamakan, bukan kemakmuran orang-seorang. Lihat juga penjelasannya dalam Revisi Baswir, *Mafia Berkeley Dan Krisis Ekonomi Indonesia* (Pustaka Pelajar 2006). [248-253].

⁴³ Bagir Manan, *Pertumbuhan Dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara* (Mandar Maju 1995).[124].

kebutuhan masyarakat dan distribusi yang merata oleh Negara. Keadilan dan kesejahteraan sosial merupakan tujuan utama Negara yang bukan saja merupakan tanggung jawab Negara, tetapi juga merupakan tanggung jawab masyarakat. Akan tetapi permasalahannya kemudian adalah bagaimana cara mewujudkan *welfare state* khususnya dalam sektor perekonomian di Indonesia.

Teori Kekuasaan Negara

Menurut Harold D. Laswell dan Abraham Kaplan⁴⁴, “Kekuasaan adalah suatu hubungan dimana seseorang atau sekelompok orang dapat menentukan tindakan seseorang atau kelompok lain kearah tujuan dari pihak pertama”. Negara dalam kekuasaannya selalu memiliki wewenang (*authority*). Dianggap bahwa yang memiliki wewenang (*authority*) berhak untuk mengeluarkan perintah dan membuat peraturan-peraturan serta berhak untuk mengharapkan kepatuhan terhadap peraturan-peraturannya.⁴⁵ Setiap kebijakan yang dibuat oleh Pemerintah sebagai manifestasi dari adanya kekuasaan Negara, harus dituang dalam suatu aturan hukum supaya mempunyai daya paksa. Legalitas⁴⁶ merupakan suatu keabsahan agar wewenang dapat berjalan sesuai dengan hukum yang berlaku. Teori kekuasaan dianggap penting menjadi bagian dari penelitian ini karena dapat digunakan untuk mengupas lebih jauh tentang liberalisme, sosialisme dan Pancasila sebagai ideologi dalam kaitannya dengan perlindungan kepentingan nasional.

Hobbes berpendapat bahwa seluruh perilaku manusia ditentukan oleh kebutuhan mempertahankan diri atau takut akan kehilangan nyawa. Berdasarkan hal tersebut, Hobbes merasa mampu menjawab pertanyaan bagaimana manusia harus bersikap baik, yaitu kuasailah rasa takut mati. Bila manusia diancam dan dibuat takut, ia akan dapat mengendalikan emosi dan nafsunya, sehingga kehidupan sosial dapat terjamin. Karena itu negara haruslah menekan rasa takut mati dari warga

⁴⁴ Miriam Budiarto, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Gramedia Pustaka Utama 2008).[60].

⁴⁵ *ibid.* Periksa juga Frans Magnis Suseno. *Op.Cit.*[53].

⁴⁶ Kata “legal” (yang berarti “legitim”), berasal dari kata latin *Lex* yang berarti hukum. Suatu tindakan adalah legal apabila dilakukan sesuai dengan hukum atau hukum yang berlaku. Periksa: Ni'matul Huda, *Ilmu Negara* (Rajawali Press 2014).[114].

negaranya, supaya semua orang berbuat baik.⁴⁷

Berdasarkan hal tersebut, maka teori kekuasaan Thomas Hobbes bertitik tolak dari paham individualisme dan liberalisme pula, yang kemudian dalam kehidupan ekonomi, teori kekuasaan Hobbes berkaitan dengan teori Adam Smith tentang pasar bebas dan persaingan bebas yang menjadi sukma kapitalisme. Susan George menegaskan bahwa kebebasan ekonomi (ekonomi pasar bebas atau kapitalisme) merupakan hal yang sangat diperlukan bagi kebebasan politik.⁴⁸

Teori kekuasaan yang berlaku di bidang ekonomi juga dikemukakan oleh Susan George, ia mengungkapkan tentang skenario kapitalisme untuk menguasai negara-negara dunia ketiga dengan menyebarkan paham pasar bebas dan sistem ekonomi neoliberalisme. Hegemoni neoliberalisme bukan sesuatu yang imajiner, tetapi adalah sesuatu yang nyata sebagaimana telah dikemukakan oleh Susan George mengenai adanya “Pabrik Ideologi” dan “Program Politik Neoliberalisme”. Kegiatan tersebut dengan pembiayaan besar-besaran untuk menyebarkan paham dan politik neoliberalisme melalui berbagai perguruan tinggi bergengsi dan lembaga-lembaga penelitian *par-excellence*, dengan “membeli” kaum intelektual agar membentuk ide-ide pelumpuhan (*disempowering ideas*) terhadap paham nasionalisme ekonomi.⁴⁹

Teori Kedaulatan Negara

Adanya kebebasan bagi negara dalam menetapkan kebijakan hukum investasinya sebagai upaya untuk melindungi kepentingan nasional merupakan manifestasi dari prinsip kedaulatan negara (*sovereignty principle*),⁵⁰ termasuk di dalamnya kebebasan bagi negara untuk melakukan perjanjian bilateral dengan negara-negara lain. Perlu adanya landasan teoritik untuk menemukan formula guna memberikan perlindungan hukum yang seimbang antara kepentingan investor

⁴⁷ *ibid.*

⁴⁸ Thomas Hobbes, *Teori Kekuasaan* (JM Dent & Sons Ltd by A.D. Lindsay ed, EP Dutton & Co Inc 1651).[17].

⁴⁹ Susan George, *Republik Pasar Bebas* (INFID 2002).[82-86].

⁵⁰ Muchammad Zaidun, “Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia”, Ringkasan Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005.[30].

dengan kepentingan negara penerima modal. Untuk melindungi dan menyelaraskan kepentingan kedua belah pihak pada dasarnya didasari dengan prinsip kedaulatan negara sebagai salah satu pranata untuk mengatur keseimbangan kepentingan kedua belah pihak dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip hukum internasional mengenai investasi asing.

Dikenal adanya 2 (dua) aspek yang satu sama lain tidak dapat dipisahkan dan saling melengkapi dalam prinsip kedaulatan negara. Pertama, negara mempunyai hak untuk mengatur penanaman modal asing di wilayah teritorialnya dan kedua, negara berkewajiban untuk mendorong, memfasilitasi masuknya modal asing yang produktif dan sekaligus melindunginya. Terkait dengan perlindungan kepentingan nasional khususnya dalam BIT, tentunya kedaulatan negara *host state* haruslah dikedepankan apabila terjadi sengketa di bidang investasi. Sejalan dengan '*calvo doctrine*' dan esensi dasar bahwa negara (dalam hal ini *host state*) mempunyai kedaulatan terhadap kekayaan suatu negara, maka secara prinsipil pengadilan nasional mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa investasi di wilayah teritorialnya.

Penyelesaian sengketa investasi di negara tempat dilaksanakannya investasi (*host state*) seharusnya merupakan yurisdiksi pengadilan nasional/*domestic* negara *host states*. Namun, dengan telah diratifikasinya ICSID, maka memberikan payung hukum bagi investor asing untuk menuntut pihak *host states* melalui badan arbitrase investasi internasional, khususnya ICSID. Kebangkitan prinsip '*calvo doctrine*' diantara negara-negara yang sedang berkembang telah memunculkan kesadaran atas upaya untuk lebih memperkuat kedaulatan atas pengelolaan sumber daya alam (*permanent sovereignty over national resources*) di negaranya untuk meningkatkan kemakmuran bagi warganya.

Sebagai perwujudan dari doktrin ini, maka Negara mempunyai kedaulatan atas segala bentuk kekayaan alam (*natural resources*) – *permanent sovereignty over natural resources* – serta kewenangan bahkan kewajiban untuk mengatur pelaksanaan investasi asing di suatu negara agar tidak merugikan kepentingan publik, seperti perlindungan lingkungan hidup, kesehatan maupun perlindungan

terhadap hak asasi manusia.

Perlindungan Kepentingan Nasional dalam *Bilateral Investment Treaties*

Sebagai negara berkembang yang juga menjadi *host country*, posisi tawar Indonesia seringkali tidak seimbang dengan negara-negara *house country*, Sornarajah⁵¹ berpendapat:

“Another feature of bilateral investment treaties is that they are made between unequal partners, they entrench an inequality that has always attended this area of international law, they are usually agreed between a capital exporting developed state and a developing country state keen to attract capital from that state”.

Posisi tawar yang tidak seimbang pada *host country* juga dirasakan oleh negara-negara berkembang lainnya. Prinsip perdagangan internasional yang dianut, seperti MFN yang tertuang dalam Pasal 1 ayat 1 GATT mengasumsikan bahwa setiap negara mempunyai kesetaraan,⁵² namun fakta menunjukkan bahwa di antara negara-negara tidak ada kesetaraan.⁵³ Sehingga apabila prinsip MFN tetap diberlakukan hal ini akan bertentangan dengan tujuan GATT itu sendiri, yaitu tercapainya *“mutually advantageous arrangements”*.⁵⁴

Hal tersebut terjadi karena negara berkembang membutuhkan modal dari

⁵¹ Sornarajah. *Op. Cit.* [177].

⁵² Hikmahanto Juwana, ‘Hukum Internasional Dalam Konflik Kepentingan Ekonomi Negara Berkembang Dan Negara Maju’ (2001). [16].

⁵³ Hal ini tercermin dalam laporan untuk persiapan sidang UNCTAD pertama dimana dikatakan bahwa, *“By the very nature of its philosophy, which is based on liberalism, GATT inevitably shows a marked lack of understanding of the interest of the underdeveloped and developing countries. This is primarily due to the inequality between the industrialized and developing countries in the matter of bargaining power. Article I of the General Agreement is based on the fiction that there is complete equality among Contracting Parties. There is however no equality treatment except among equals.”* Sebagaimana dikutip oleh Abdulqawi, *ibid.* [14].

⁵⁴ Ada dua paragraf yang terdapat dalam Preambul GATT. Paragraf pertama secara lengkap berbunyi, *“Recognizing, that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods.”* Paragraf kedua berbunyi, *“Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international commerce.”*

negara maju,⁵⁵ sehingga negara berkembang berlomba-lomba untuk menarik penanam modal asing. Obsesi negara-negara berkembang untuk mendapatkan modal yang besar dari investor asing menjadikan negara yang sedang berkembang tersebut seakan patuh kepada keinginan-keinginan dari negara maju sebagai penanam modal. Begitu pula dengan Indonesia, sebagai negara berkembang mau tidak mau harus tunduk pada arus liberalisasi sebagai akibat dari turut serta ke dalam perdagangan internasional.

Upaya-upaya dalam rangka melindungi kepentingan nasional dan memaksimalkan keuntungan yang sebesar-besarnya dalam memanfaatkan masuknya modal asing menyebabkan banyak negara penerima modal menerapkan rejim hukum yang bersifat “mengatur” sebagai upaya untuk memanfaatkan dan meningkatkan keuntungan dari penanam modal secara langsung serta untuk mengatur aktifitas perusahaan-perusahaan asing sejalan dengan kepentingan ekonomi nasionalnya.⁵⁶ Dengan adanya kebijakan ekonomi dalam hukum penanaman modal yang bersifat mengatur, Indonesia lebih cenderung menggunakan teori *state/government*

⁵⁵ Masyarakat internasional terbagi dalam kategori negara-negara berkembang dan negara-negara maju. Negara Berkembang yang tergabung dalam Kelompok-77 (*Group-77*) dapat dicirikan sebagai negara yang memperoleh kemerdekaan setelah tahun 1945, sedang dalam proses membangun, dan kebanyakan berada di Benua Asia, Afrika dan sebagian Benua Amerika (Amerika Latin). Sementara Negara Maju yang tergabung dalam *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)* dapat dicirikan sebagai negara yang telah berdiri sebelum tahun 1945, memiliki industri yang kuat dan kebanyakan berada di Benua Eropa atau memiliki tradisi Eropa seperti Amerika Serikat, Kanada dan Australia. Negara Maju, kecuali Jepang, juga diistilahkan sebagai negara Barat (*Western states*). Istilah yang juga sering digunakan, antara lain, adalah Utara (*North*) dan Selatan (*South*), Negara Ketiga (*Third World*) dan Negara Pertama (*First World*). Periksa: Clarence Clyde Ferguson, Jr., *Redressing Global Injustices: The Role of Law*, dalam Frederick E. Snyder dan Surakiart Sathiratai (eds.), *Third World Attitudes Toward International Law — An Introduction*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1987, p.365. Stephen Gill dan David Law mengatakan, “*The terms ‘North’ and ‘South’ are crude and contestable labels. By the North is usually meant the industrialised countries of the West, Japan and the Soviet bloc. By the South is usually meant the countries of Asia (except Japan) Africa and Latin America. Australia and New Zealand may be southern in location but are counted as part of*

the affluent West.” Periksa: Stephen Gill dan David Law, *The Global Political Economy: Perspectives, Problems, and Policies*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1988. [280]. Periksa juga: Hikmahanto Juwana, “Hukum Internasional Dalam Konflik Kepentingan Ekonomi Negara Berkembang Dan Negara Maju”, Pidato Upacara Pengukuhan Sebagai Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 10 November 2001.[15].

⁵⁶ Muchammad Zaidun, ‘Kebijakan Pengaturan Investasi Di Indonesia Dalam Konteks Globalisasi’ (2004) Vol.19 Yuridika.[4].

intervention theory, hal ini dapat dilihat melalui pengaturan-pengaturan pemerintah dibidang Investasi yang sangat rinci melalui Undang-undang tentang Investasi, Undang-undang tentang persaingan usaha, Undang-undang tentang Perbankan dan peraturan pelaksanaannya. Dengan adanya campur tangan pemerintah dalam bidang perekonomian diharapkan pasar dapat lebih terkendali dan dapat tercipta lingkungan usaha yang lebih efisien.⁵⁷

Kebijakan dan pengaturan hukum di bidang investasi menurut Sherif H. Seid adalah menyangkut:⁵⁸

1. Bagaimana cara menarik investor tanpa menimbulkan masalah yang merugikan devisa nasional dan sumber-sumber lainnya;
2. Bagaimana untuk melindungi kepentingan investor dan pada saat yang sama menjaga dominasinya dan efek negatif seminimum mungkin;
3. Bagaimana cara agar mengatur hukum dan sistem perpajakan untuk mendorong pertumbuhan ekonomi dan investor asing.

Jalan keluar dari ketiga permasalahan tersebut adalah adanya ketentuan hukum sebagai penyeimbang ketiganya, yaitu agar investasi dapat memberikan keuntungan bagi *host country* dan memberikan kesejahteraan terhadap masyarakat bersamaan dengan tetap terjaminnya kepentingan investor.

Mengenai perjanjian investasi, perjanjian investasi internasional pada prinsipnya merupakan salah satu bentuk perjanjian internasional sebagai salah satu sumber hukum utama dari investasi internasional berdasarkan Pasal 38 ayat 1 Statuta Mahkamah Internasional atau *the Statute of the International Court of Justice*. Berdasarkan Pasal 38 ayat 2 Statuta tersebut, terdapat beberapa sumber hukum berlakunya prinsip-prinsip hukum investasi internasional, diantaranya adalah *treaty*/perjanjian, kebiasaan internasional (*custom*), prinsip-prinsip hukum umum (*general principles of law*), putusan pengadilan (*judicial decisions*).⁵⁹ Hukum kebiasaan internasional (*customary international law*) maupun perjanjian investasi internasional merupakan sumber lahirnya prinsip hukum terhadap perlindungan

⁵⁷ Muchammad Zaidun, 'Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia'.(2011).[15].

⁵⁸ Sherif H.Seid, *Global Regulation of Foreign Direct Investment* (Ashgate Publishing Company 2002).[33-34].

⁵⁹ Fifi Junita.*Op.Cit.*[22]. dikutip dari Sornarajah. *Op.Cit.*[87-95].

investor dalam kerangka investasi internasional. Akibatnya, tanggung jawab negara (*state responsibility*) akan lahir jika terdapat tindakan negara (*host states*) yang melanggar hak-hak investor yang dilindungi berdasarkan hukum kebiasaan internasional ataupun *treaty*/perjanjian investasi internasional.⁶⁰

Kesimpulan

Jika terjadi benturan antara kepentingan nasional dengan basic principle khususnya dalam BIT, maka negara harus tetap berpihak pada kepentingan nasionalnya. Landasan yang mendasari argumentasi tersebut adalah karena Negara mempunyai kedaulatan yang kekuatannya harus dipertahankan. Hal tersebut sejalan dengan '*calvo doctrine*' dan esensi dasar bahwa negara (dalam hal ini *host state*) mempunyai kedaulatan atas segala bentuk kekayaan alam (*natural resources*), *permanent sovereignty over natural resources*, seperti perlindungan lingkungan hidup, kesehatan maupun perlindungan terhadap hak asasi manusia. Sejalan dengan semakin berkembangnya paham *sustainable development dan economic nationalism* yang sebenarnya berakar dari *calvo doctrine*, maka kritik terhadap ISDS semakin marak.

Hal ini dikarenakan penyelesaian sengketa melalui arbitrase (ICSID) lebih menekankan pada pendekatan *right based approach* yang merugikan *host state*, sehingga perlu adanya upaya reform/pembaharuan terhadap ISDS agar lebih menerapkan *interest based approach* daripada pendekatan *right based approach* agar dapat mengakomodir kepentingan pihak *host state* dalam melindungi *national interest* dan tidak semata-mata melindungi kepentingan ekonomi dari pihak investor.

Perlu adanya perwujudan konsistensi ideology khususnya pada kebijakan penanaman modal asing (UU PM), juga pada peraturan perundang-undangan lainnya. Dalam hal penerapan kebijakan penanaman modal asing, pemerintah harus tetap mengedepankan ekonomi konstitusi sebagaimana telah diamanatkan Pancasila dan UUD NRI 1945, sehingga melalui penanaman modal asing cita hukum dan tujuan negara bisa tercapai. Demikian pula dalam BIT, dalam upaya perlindungan

⁶⁰ Surya P Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing 2008).[56

kepentingan nasional, negara sebagai *host state* harus segera melakukan re-negosiasi dengan tetap mempertahankan kedaulatannya. Jika terdapat BIT yang dianggap merugikan kepentingan nasional, Pemerintah harus segera memutus BIT tersebut. Pemerintah Indonesia juga harus segera berupaya “memperbaiki diri” dengan meningkatkan daya kualitas sumber daya manusia supaya mempunyai daya saing yang baik yang dapat meningkatkan *bargaining power* Negara di mata investor.

Daftar Bacaan

Buku

Aminuddin Ilmar, *Hak Menguasai Negara Dalam Privatisasi BUMN* (Kencana Prenada Media Group 2012).

Bagir Manan, *Pertumbuhan Dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara* (Mandar Maju 1995).

Brian Thompson, *Textbook on Constitutional and Administrative Law* (3rd edn, Blackstone Ltd 1997).

Bryan A. Garner, *Editor in Chief, Black's Law Dictionary* (9th edn, West Group 2009).

Deliarnov, *Ekonomi Politik* (Erlangga 2006).

Donald E Weatherbee, *Sukarno (Biografi Politik), Sinar Harapan* (Sinar Grafika 2001).

Elli Ruslina, *Dasar Perekonomian Indonesia Dalam Penyimpangan Mandat Konstitusi UUD Negara Tahun 1945* (Total Media 2013).

Frans Magnis Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis* (Kanisius 1992).

Harold Titus, *Living Issues Philosophy* (Rasyidi ed, Bulan Bintang 1984).

I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara* (Sinar Grafika 2013).

Jimly Asshiddiqie, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum* (Setjen dan Kepaniteraan MK-RI 2006).

Kaelan, *Filsafat Pancasila* (Paradigma 2002).

Knud Hansen, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat* (Cetakan Ke-2, GTZ bekerja sama dengan Katalis Mitra Plaosan 2002).

Kusnowibowo, *Country Digunakan Oleh Kusnowibowo Yang Artinya Sama Dengan Capital Exporting Country, Periksa: Kusnowibowo, Hukum Investasi Internasional* (Pustaka Reka Cipta 2013).

Ludwig von Mises, *Menemukan Kembali Liberalisme* (Lela E Madjiah ed, Freedom institute 2011).

Malcolm N. Shaw QC, '*Hukum Internasional*' in Derta Sri Widowatie (ed), *International Law* (Nusa Media 2013).

Mark Skousen, *Sang Maestro Teori-Teori Ekonomi Modern: Sejarah Pemikiran Ekonomi* (Tri Wibowo Budi Santoso ed, 1st ed, Prenada Media Group 2001).

Miriam Budiarto, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Gramedia Pustaka Utama 2008).

Neil Parpworth, *Constitution and Administrative Law* (Oxford University Press 2006).

Ni'matul Huda, *Ilmu Negara* (Rajawali Press 2014).

O. Hood Philips, *Constitutional and Administrative Law* (7th edn, Sweet and Maxwell 1997).

Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of The World Trade Organization: Text, Cases and Materials* (Cambridge University Press 2005).

R. Bernhardt, 'Host Country', *Encyclopedia of Public International Law* (1st edn, Elsevier 1981).

Rahmi Jened, 'Hak Kekayaan Intelektual Penyalahgunaan Hak Eksklusif' (2007)

Revrison Baswir, *Mafia Berkeley Dan Krisis Ekonomi Indonesia* (Pustaka Pelajar 2006).

Ria Casmi Arsa, *Deideologi Pancasila* (Universitas Brawijaya Press 2011).

Rochmat Soemitro, *Kuliah Pengantar Ekonomi Dan Ekonomi Pancasila* (Eresco 1983).

Roy C. Macridis, *Contemporary Political Ideologies: Movements and Regimes*

(2nd edn, Little Brown Company 1983).

Sherif H. Seid, *Global Regulation of Foreign Direct Investment* (Ashgate Publishing Company 2002).

Simon Blackburn, *Kamus Filsafat* (Yudi Santoso ed, Kedua Revi, Pustaka Pelajar 2013).

Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (2nd ed, Cambridge University Press 2004).

Sri Edi Swasono, *Ekspose Ekonomika: Mewaspadaai Globalisme Dan Pasar Bebas* (Pusat Studi Ekonomi Pancasila-UGM 2003).

Surya P Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing 2008).

Susan George, *Republik Pasar Bebas* (INFID 2002).

Thoby Mutis, *Cakrawala Demokrasi Ekonomi* (LP KUKMUS-USAKTI dan Kreasi Wacana 2002).

Thomas Hobbes, *Teori Kekuasaan* (JM Dent & Sons Ltd by A.D. Lindsay ed, EP Dutton & Co Inc 1651).

W. Friedman, *Teori Dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum* (Rajawali Press 1990).

Jurnal

Muhammad Zaidun, 'Beberapa Catatan Awal Atas Pengaturan Investasi Dalam Bidang Pertambangan Umum Di Indonesia' (2000) 15 Yuridika.

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

Laporan Penelitian

Muchammad Zaidun, 'Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing Di Indonesia' (Universitas Airlangga 2005).

Muchammad Zaidun, 'Paradigma Baru Kebijakan Hukum Investasi Indonesia Suatu Tantangan Dan Harapan' (Universitas Airlangga 2008).

——, ‘Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia’ (Universitas Airlangga 2011).

HOW TO CITE: Widhayani Dian Pawestri, ‘Dialektika Perlindungan Kepentingan Nasional Berdasarkan Konstitusi Ekonomi Dengan Basic Principle Dalam Bilateral Investment Treaties’ (2016) 31 Yuridika.