



Volume 32 No. 3, September 2017
DOI: 10.20473/ydk.v32i3.4633

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)

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

by <http://e-journal.unair.ac.id/index.php/YDK/index> under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License.



Article history: Submitted 1 June 2017; Accepted 14 August 2017; Available online 31 August 2017

PRINSIP PROPORSIONALITAS DAN *GOVERNANCE* TERHADAP ALOKASI DAN TRANSFER RISIKO SKEMA KERJASAMA *PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP* (PPP)

Yuniarti dan Fifi Junita

yuniarti@fh.unair.ac.id

Universitas Airlangga

Abstract

The high level of Foreign Direct Investment (FDI) is also supported by the availability of infrastructure to the remote area where the investment will be implemented. However, with limited funds from both APBN and APBD, infrastructure development can not be fully done by the government. Therefore, the government will cooperate with the investor (private) in the implementation of infrastructure development known as public private partnership. The main problem in implementing PPP is the allocation of risk to PPP projects. The different bargaining positions between the government and the private sector resulted in the fact that most of them impose risks on private parties (private). Implementation of PPP is closely related to the emergence of various risks including and not limited to regulatory risks, force majeure, etc. If there is no risk allocation arrangement proportionally based on governance principles, it weakens the pattern of PPP cooperation in Indonesia. PPP as one form of risk sharing in infrastructure investment should not release the role and government support to private parties / investors. Even in practice, PPP implementation in Indonesia only relies on BOT (Build Operate and Transfer) scheme which is expected to minimize government support in project implementation. This will ultimately lead to project failure.

Keywords: *Public Private Partnership; Risk Allocation; Principle of Proportionality; Mutual Economic Benefit.*

Abstrak

Tingginya tingkat *Foreign Direct Investment* (FDI) atau investasi asing juga ditunjang oleh tersedianya infrastruktur hingga sampai ke remote area dimana investasi tersebut akan dilaksanakan. Namun, dengan keterbatasan dana baik yang bersumber dari APBN maupun APBD maka pembangunan infrastruktur tidak dapat sepenuhnya dilakukan oleh pemerintah (*public*). Oleh karena itu, pihak pemerintah akan bekerjasama dengan pihak investor (*swasta/private*) dalam pelaksanaan pembangunan infrastruktur yang dikenal dengan *public private partnership* (selanjutnya disebut PPP). Permasalahan utama dalam pelaksanaan PPP adalah alokasi risiko atas proyek PPP. Perbedaan posisi tawar antara pihak pemerintah dan swasta berakibat bahwa sebagian besar membebankan risiko pada pihak swasta (*private*). Pelaksanaan PPP sangat erat kaitannya dengan munculnya berbagai risiko termasuk dan tidak terbatas pada risiko *regulatory*, *force majeure*, dan sebagainya. Jika tidak dilakukan pengaturan alokasi risiko secara proporsional dengan mendasarkan pada prinsip *governance*, maka melemahkan terbentuknya pola kerjasama PPP di Indonesia. PPP sebagai salah satu bentuk *risk sharing* dalam *investasi infrastruktur* seharusnya tidak melepaskan peran dan dukungan pemerintah terhadap pihak swasta/investor. Bahkan dalam prakteknya, pelaksanaan PPP di Indonesia hanya mengandalkan skema BOT (*Build Operate and Transfer*) yang diharapkan dapat memperkecil dukungan pemerintah dalam pelaksanaan proyek. Hal inilah yang pada akhirnya akan menyebabkan kegagalan proyek.

Kata Kunci: *Public Private Partnership; Alokasi Risiko; Prinsip Proporsionalitas; Mutual Economic Benefit.*

Pendahuluan

Penyediaan infrastruktur merupakan faktor penunjang yang sangat dominan dalam percepatan laju pertumbuhan ekonomi di Indonesia. Infrastruktur yang tidak memadai akan berdampak terhambatnya transaksi bisnis yang berakibat menurunnya tingkat pendapatan nasional suatu negara. Tingginya tingkat FDI (*Foreign Direct Investment*)/investasi asing juga ditunjang oleh tersedianya infrastruktur hingga sampai ke *remote area* dimana investasi tersebut akan dilaksanakan. Namun, dengan keterbatasan dana baik yang bersumber dari APBN maupun APBD maka pembangunan infrastruktur tidak dapat sepenuhnya dilakukan oleh pemerintah (*public*). Oleh karena itu, pihak pemerintah akan bekerjasama dengan pihak investor (*swasta/private*) dalam pelaksanaan pembangunan infrastruktur yang dikenal dengan *public private partnership* (selanjutnya disebut PPP). “*In order to tackle the problems within the conventional provision of infrastructure funded by governments, such as governmental inefficacies and shortage of governmental funds, a range of public-private partnership (PPP) arrangements are rapidly becoming the preferred way to provide public services in many countries, ...*”.¹

Permasalahan utama dalam pelaksanaan PPP adalah alokasi risiko atas proyek PPP. Perbedaan posisi tawar antara pihak pemerintah dan swasta berakibat bahwa sebagian besar membebankan risiko pada pihak swasta (*private*). Hal ini mengingat pelaksanaan PPP sangat erat kaitannya dengan munculnya berbagai risiko termasuk dan tidak terbatas pada risiko *regulatory, force majeure*, dan sebagainya. Jika tidak dilakukan pengaturan alokasi risiko secara proporsional dengan mendasarkan pada prinsip *governance*, maka melemahkan terbentuknya pola kerjasama PPP di Indonesia. PPP sebagai salah satu bentuk *risk sharing* dalam investasi infrastruktur seharusnya tidak melepaskan peran dan dukungan pemerintah terhadap pihak

¹ Xioa-Hua Jin, ‘Allocating Risks in Public-Private Partnerships Using a Transaction Cost Economics Approach: A Case Study’ (2009) 9 *The Australasian Journal of Construction Economics and Building*. [19].

swasta/investor.² Bahkan dalam praktiknya, pelaksanaan PPP di Indonesia hanya mengandalkan skema BOT (*Build Operate and Transfer*) yang diharapkan dapat memperkecil dukungan pemerintah dalam pelaksanaan proyek. Hal inilah yang pada akhirnya akan menyebabkan kegagalan proyek. Karakter *hybrid* dalam kontrak yang melibatkan pemerintah dan swasta inilah yang mengakibatkan tidak sepenuhnya ranah hukum privat berlaku sepenuhnya, dalam hal ini hukum publik pun juga berlaku. Berlakunya percampuran hukum privat dan publik inilah yang juga berakibat pada alokasi risiko yang dibebankan oleh para pihak. Dalam rezim hukum privat, para pihak mempunyai kebebasan untuk menentukan secara penuh pembagian beban risiko. Namun, perlu dilakukan analisis secara mendalam terkait pembatasan pembebanan risiko bagi pemerintah.³

Prinsip *risk sharing* (alokasi risiko) yang hanya dibebankan pada pihak swasta justru akan bertentangan dengan bentuk PPP sebagai suatu bentuk skema kerjasama (*partnership*). Tidak adanya skema penjaminan dan dukungan fiskal yang memadai bagi proyek PPP akan mengakibatkan kegagalan atas proyek tersebut mengingat perusahaan pemenang tender akan kesulitan untuk mendapat pembiayaan atas proyek. “*Risk should not be transferred to the private partner at any price for the sake of transferring risk alone or to achieve a desirable accounting treatment. Governments and public authorities cannot transfer to the private sector the risks associated with statutory responsibilities to maintain services*”.⁴

Terdapat berbagai risiko dalam pelaksanaan PPP, sehingga harus dilakukan identifikasi dan alokasi risiko secara tepat. Oleh karena itu, tidak seluruh risiko ditanggung dan dialihkan pada pihak swasta. Risiko politik (*political risk*), misalnya, tidak akan tepat sasaran jika harus dialihkan atau ditanggung oleh pihak

² Kementerian Keuangan, ‘Kajian Good Governance Proyek-Proyek Infrastruktur’ <[http://www.kemenkeu.go.id/sites/default/files/Kajian Good Governance Proyek-Proyek Infrastruktur.pdf](http://www.kemenkeu.go.id/sites/default/files/Kajian%20Good%20Governance%20Proyek-Proyek%20Infrastruktur.pdf)> accessed 2 March 2016.[35].

³ Faizal Kurniawan dan Shintarini Kristine Setyobudi, ‘Klausula Tipping Fee Dalam Kontrak Kerjasama Pemerintah dengan Swasta (Public Private Partnership) Pengelolaan Persampahan’ (2013) 4 1 Adil: Jurnal Hukum.[28-29]

⁴ OECD, ‘Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships’ (2012) <<http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>> accessed 2 March 2016.

swasta/investor. Oleh karena itu, pembagian beban risiko (*risk sharing*) harus didasarkan pada prinsip proporsionalitas untuk menciptakan “*mutual economic benefit*” bagi para pihak. Selain itu, kegagalan proyek PPP juga akan sangat dipengaruhi oleh tidak adanya penerapan prinsip *governance*. Adanya konflik norma dalam pengaturan PPP merupakan salah satu bentuk tidak adanya prinsip *governance* dalam pelaksanaan PPP. Prinsip transparansi dan akuntabilitas juga berperan penting sejalan dengan maraknya tingkat korupsi. Prinsip *governance* ini mencakup beberapa ruang lingkup, diantaranya *policy, capacity building, legal framework, risk sharing, procurement, putting people first dan environment*.⁵

Beberapa kegagalan terhadap proyek PPP pada prinsipnya disebabkan oleh tidak adanya prinsip proporsionalitas dan prinsip *governance*, khususnya dalam kerangka alokasi risiko. Sebagian besar risiko dialihkan kepada pihak swasta sehingga dalam pelaksanaannya mengalami beberapa hambatan yang berakibat kegagalan proyek. “*Unfortunately, risk transfer is often handled poorly in many PPP projects (Ng and Loosemore, 2007). A common perception that privatisation involves transfer of all risks to the private sector was prevalent in many countries until recently*”.⁶ Risiko dalam skema PPP tidak hanya terkait dengan risiko bisnis (*commercial risk*), tetapi juga risiko hukum dan politik (*legal and political risks*). Oleh karena itu, perlu adanya pengkajian terhadap pembagian alokasi risiko dalam skema kerjasama antara pihak pemerintah dan swasta dalam kerangka PPP.

Skema Pembiayaan Pembangunan Infrastruktur

Pendanaan pembangunan infrastruktur tidak hanya dilakukan antara *business to business*, tetapi juga dilakukan dalam skema PPP yaitu kerjasama antara pihak pemerintah dan pihak swasta (*investor*). Hal ini ditujukan untuk mengatur pembebanan risiko (*risk sharing*) yang mana pendanaan atas proyek dibebankan kepada pihak investor. Hal ini terutama disebabkan adanya keterbatasan

⁵ United Nations Economic Commission for Europe, ‘Guide Book on Promoting Good Governance in Public Private Partnership’ <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>> accessed 2 March 2016.[16].

⁶ Xioa-Hua Jin.*Op.Cit.*[20].

dana APBN maupun APBD untuk pembangunan infrastruktur. Di lain pihak, penyediaan infrastruktur berperan sangat dominan dalam rangka meningkatkan laju pertumbuhan ekonomi suatu negara. Masuknya investasi asing (FDI *inflow*) secara signifikan dipengaruhi oleh tersedianya infrastruktur yang memadai.

Oleh karena itu, untuk pembiayaan pembangunan infrastruktur dilakukan oleh pemerintah dengan bekerjasama dengan pihak swasta (investor) yang dikenal dengan PPP. Sebagai suatu bentuk kerjasama, maka terdapat *mutual benefit* yang akan diperoleh oleh masing-masing pihak. Bagi pihak pemerintah akan mengurangi beban pembiayaan mengingat risiko pembiayaan dialihkan kepada pihak investor dengan kontra prestasi dalam bentuk pemberian masa konsesi untuk memanfaatkan proyek yang telah dibangun dalam periode waktu tertentu.

Public private partnership (PPP) dapat didefinisikan sebagai: “*a range of possible relationships among public and private entities in the context of infrastructure and other services*”.⁷ Sebagai suatu bentuk kerjasama, maka PPP juga harus mencerminkan adanya suatu keuntungan yang bertimbal balik (*mutual benefit*).⁸ PPP juga diartikan sebagai “*a method of procurement, which is used most frequently for major infrastructure procurements. It involves the use of private sector capital to fund an asset, which is used to deliver outputs for a government agency*”.⁹ Beberapa bentuk kontrak dalam skema PPP dalam pembangunan infrastruktur diantaranya adalah BOT (*Build Operate-Transfer*), BOO (*Build-Own-Operate*), BOOT (*Build-OwnOperate-Transfer*), DBFO (*Design-Build-Finance-Operate*), kontrak konsesi (*Concession Act*).

Alokasi Risiko (*Risk Allocation*) dan Pengalihan Risiko (*Risk Transfer*)

Alokasi risiko dan transfer risiko dalam skema kerjasama antara pemerintah

⁷ ADB (Asian Development Bank), *Public-Private Partnership Handbook* (2008) <http://www.apec.org.au/docs/adb_public_private_partnership_handbook.pdf>.

⁸ John Quiggin, ‘Public Private Partnerships: Options For Improved Risk Allocation’ (2006) 29 UNSW Law Journal 289 <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/51_quiggin_2006.pdf>.

⁹ Xiao-Hua JIN and Hemanta DOLOI, ‘Risk Allocation in Public-Private Partnership Projects – An Innovative Model with an Intelligent Approach’ <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=E7D8592F0DD2E9CB592BB7B96F5D2E9D?doi=10.1.1.120.4064&rep=rep1&-type=pdf>> accessed 2 March 2016.

dan swasta dalam proyek pembangunan infrastruktur merupakan isu hukum yang sangat fundamental. Alokasi risiko yang diatur tentunya tidak lepas dari klausula-klausula yang diatur dalam perjanjian kerjasama pemerintah dan swasta tersebut. Secara umum, Pasal 1320 BW mengenai keabsahan perjanjian berlaku bagi perjanjian yang dibuat oleh pemerintah dan swasta. Keabsahan kontrak tidak cukup berlandaskan pada pasal umum yang ada di BW namun batasan-batasan yang ada dalam Peraturan Perundang-undangan lainnya harus diperhatikan. Sebagai contoh dalam melakukan skema pembiayaan terhadap proyek infrastruktur, pemerintah dapat membiayai sebagian dari penyediaan infrastruktur yang tentunya telah dilakukan analisis mengenai komitmen mitra kerjasama dan kelayaan infrastruktur yang akan dibangun.¹⁰ Pada prinsipnya, alokasi risiko maupun pengalihan risiko dalam PPP haruslah sesuai dengan kapasitas and integritas dari masing-masing pihak untuk mengatasi risiko tersebut agar dapat diatasi secara optimal. *“The principle governing risk transfer is that risk will be allocated to whoever is best able to manage it at least cost, taking into account public interest considerations”*.¹¹ Manajemen risiko menjadi hal yang sangat dominan dalam suatu hubungan kontraktual, termasuk PPP. Alokasi maupun pengalihan risiko hendaknya tidak hanya dibebankan secara serta merta kepada salah satu pihak tanpa melakukan identifikasi dan analisis atas masing-masing jenis risiko. Pengalihan risiko terkait dengan permasalahan hukum dan politik maupun jaminan pelaksanaan proyek kepada pihak swasta akan berdampak pada kegagalan proyek PPP.

Prinsip Proporsionalitas

Prinsip proporsionalitas memberikan dasar alokasi dan transfer risiko dalam skema PPP dengan lebih mendasarkan pada keadilan khususnya keadilan distributive. Sebagai bahan pertimbangan, prinsip ini secara tegas dituangkan di dalam Procurement Act di Belanda, khususnya Pasal 2, Bab 1, yang menegaskan: *“The principles of publicity, transparency, free and fair competition, non-discrimination,*

¹⁰ Faizal Kurniawan dan Erni Agustin, ‘Consumer Protection in electronic Contracts: The Case of Indonesia’ (2017) 2 1 Journal of Nusantara Studies.[160-161].

¹¹ *ibid.*[291].

equality and proportionality shall be respected upon implementation of PPP".¹²

Bahkan, lebih lanjut di dalam *Regulations for Application of the Public-Private Partnership Act* khususnya Pasal 31 diatur tentang "*economic balance*" yang harus dicapai dalam pelaksanaan PPP yang juga dikenal dengan prinsip "*value for money*" (VFM).¹³ Hal ini juga terkait erat dengan pengaturan alokasi dan transfer risiko yang berimbang antara pihak pemerintah dan pihak swasta/investor. Pasal 31 dari aturan tersebut menegaskan:¹⁴

"(1) An economic balance shall be maintained in a PPP, constituting the equilibrium between the benefits to the public partner and the private partner and the allocation of risks there between.

(2) The economic balance shall be determined on the basis of the rights and obligations of the parties and the conditions for implementation of the PPP project, as specified by the PPP contract, and shall be maintained for the entire duration of the term of the contract".

Prinsip proporsionalitas juga dianut di dalam European Directives.¹⁵ Ditinjau dari teori keadilan, prinsip proporsionalitas didasarkan pada teori keadilan *distributive* yang dipelopori oleh John Rawls. Teori keadilan *distributive* oleh Rawls dibedakan dari teori keadilan *commutative*. Dengan mendasarkan pada teori keadilan *distributive*, maka pembagian risiko diantara para pihak tidak harus pada posisi pembagian yang sama, tetapi lebih mengacu pada kemampuan masing-masing pihak untuk melakukan manajemen atas risiko tersebut.

Prinsip Governance

Prinsip *governance* sangat fundamental dalam pengaturan mengenai alokasi maupun transfer atas risiko dalam PPP. OECD memberikan pedoman dalam peralihan risiko dalam PPP yang mana alokasi maupun transfer risiko harus

¹² Lihat Public Private Partnership Act, Chapter 1, Pasal 2, diundangkan dalam State Gazette No. 45 of 15 June 2012 (effective 1 January 2013), amended in No. 87 of 9 November 2012 (effective 1 January 2013), supplemented in No. 102 of 21 December 2012 (effective 1 January 2013), amended in No. 15 of 15 February 2013 (effective 1 January 2014).

¹³ OECD, *Op.Cit.*[20].

¹⁴ Regulations for Application of the Public-Private Partnership Act, Adopted by Council of Ministers Decree No. 6 of 10 January 2013, promulgated in the State Gazette No. 5 of 18 January 2013 (effective 1 January 2013)

¹⁵ Geert Dewulf, Anneloes Blanken dan Mirjam Bult Spiering, *Strategic Issues in Public Private Partnership* (Willey Blackwell 2012).

didasarkan pada kemampuan/*capability* untuk melakukan manajemen atas risiko tersebut. “*Transfer the risks to those that manage them best. Risk should be defined, identified and measured and carried by the party for whom it costs the least to prevent the risk from realising or for whom realised risk costs the least*”.¹⁶

Prinsip ini mengandung esensi penerapan prinsip proporsionalitas dalam penentuan alokasi risiko maupun transfer risiko. Pengalihan risiko sepenuhnya pada pihak swasta/*private* justru akan menimbulkan kegagalan proyek PPP. Oleh karena itu, perlu adanya identifikasi maupun pengukuran terhadap berbagai risiko dalam PPP dan dibebankan secara proporsional pada masing-masing pihak baik pihak pemerintah maupun swasta sesuai dengan kemampuan untuk melakukan manajemen atas risiko sehingga tetap dalam koridor prinsip VFM (*Value for Money*) dan *mutual benefit*.

***Conflict Interests* dalam Investasi Internasional**

Investasi internasional pada prinsipnya melibatkan adanya pertentangan kepentingan (*conflict of interests*) antara pihak investor dengan negara (*host states*). Pada prinsipnya, pertentangan terkait dengan unsur tingkat pengawasan (kontrol) terhadap investor asing. Pihak negara yang berdaulat sebagai *host states* berpendapat bahwa pengawasan nasional (*national control*) haruslah lebih dominan dalam pelaksanaan investasi asing, sebaliknya pihak investor berpendapat bahwa sistem kontrol haruslah dilakukan seminimal mungkin untuk menjamin adanya perlindungan hukum terhadap investasi asing. Tingginya kontrol negara terhadap pelaksanaan investasi akan meningkatkan unsur risiko politik (*regulatory risk*) bagi pihak investor asing. Perubahan politik ekonomi nasional suatu negara (*host states*) juga akan sangat mempengaruhi risiko investasi asing. Pada masa *colonialism* hingga awal kemerdekaan, risiko pelaksanaan investasi sangatlah rendah. Hal ini diakibatkan adanya pendapat yang berkembang bahwa investasi asing (*Foreign Direct Investment/FDI*) dapat memacu pertumbuhan ekonomi nasional suatu negara secara cepat. Namun, dalam perkembangannya, dengan berakhirnya paham

¹⁶ OECD.*Op.Cit.*

kolonialisme dan berkembangnya “*economic nationalism*” telah mengakibatkan tingginya risiko bagi pihak investor asing. Investasi di bidang kekayaan alam (*natural resources*), misalnya, ditandai dengan berkembangnya “*resource nationalism policy*” telah mengakibatkan tingginya sistem kontrol terhadap FDI.

Di sektor pertambangan, secara historis dapat dipaparkan perkembangan politik investasi yang dimulai sejak tahap awal kolonialisme hingga awal kemerdekaan, maka telah berkembang sistem konsesi (*concession*) melalui perjanjian konsesi untuk melindungi pelaksanaan investasi pertambangan atas suatu area tertentu dan dalam jangka waktu tertentu. Di Indonesia, pada awal kemerdekaan, sangat membatasi pelaksanaan investasi asing khususnya di sektor pertambangan. Hal dapat dicermati di dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 Tentang Penanaman Modal Asing. Hal ini menunjukkan masih tingginya paham nasionalisme dalam pelaksanaan investasi di sektor pertambangan. Oleh karena itu, hanya jika pelaksanaan investasi tersebut tidak dapat dilaksanakan oleh pihak nasional maka pihak asing dapat memperoleh peluang untuk melakukan investasi melalui pembentukan perjanjian kontrak karya (*contract of work*). Melalui perjanjian konsesi ataupun kontrak karya, justru pihak investor diberikan hak untuk melakukan eksplorasi pertambangan dalam area yang cukup luas untuk jangka waktu tertentu dan dengan kewajiban pembayaran royalti.

Sistem kontraktual ini sebenarnya lebih memberikan posisi yang tidak menguntungkan bagi pihak *host state* mengingat kontrak konsesi tidak dapat dilakukan perubahan sebelum jangka waktu kontrak berakhir berdasarkan prinsip “*pacta sunt servanda*” sehingga klausula-klausula dalam kontrak tidak dapat dirubah secara sepihak tanpa adanya persetujuan dari pihak lain. Adanya ketidakseimbangan kedudukan ekonomi antara pihak pemerintah (*host states*) dengan pihak investor yang sebagian besar merupakan MNC (*Multinationals Corporations*) telah mengakibatkan perjanjian konsesi maupun kontrak karya tidak bersifat proporsional dan lebih menguntungkan pihak investor. Demikian juga di bidang pertambangan minyak dan gas bumi, maka kontrak *production sharing* karena didasarkan pada ketidakseimbangan posisi ekonomi atau posisi tawar (*unequal*

bargaining power) antara para pihak, maka seringkali berisi klausula-klausula yang lebih menguntungkan pihak investor, seperti misalnya dalam penentuan besarnya royalti. Oleh karena itu, proses renegotiasi atas kontrak karya harus didasarkan atas kesepakatan para pihak dan tidak dapat dilakukan secara sepihak.¹⁷ Lebih lanjut dalam kontrak karya, klausula yang termaktub di dalam kontrak tersebut haruslah memuat 3P's principle, yakni: *Predict, Provide* dan *Protect*.¹⁸

Sejalan dengan perkembangan "*resource nationalism policy*", maka di bidang pertambangan mineral telah terjadi pergeseran kebijakan. Di Indonesia, misalnya, dengan dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (selanjutnya disebut dengan UU No. 4/2009) telah merubah sistem kontrak karya menjadi sistem perijinan untuk lebih memperkuat sistem kontrol (pengawasan) pemerintah terhadap pihak investor dalam pelaksanaan investasi.¹⁹ Kebijakan "*resource nationalism*" juga tercermin dari adanya kewajiban untuk melakukan divestasi saham asing kepada pihak nasional sebesar lebih dari 50 % untuk menghindari penguasaan asing atas sektor tambang.²⁰ Dalam upaya untuk melindungi perlindungan hukum terhadap pihak investor asing yang telah menanamkan modalnya di suatu negara (*host state*), maka dibentuklah perjanjian investasi yang bersifat "*government to government*" baik secara bilateral, regional maupun multilateral untuk meminimalisir risiko politik yang akan berdampak buruk terhadap para investor asing. Sebagai contoh, Perjanjian Investasi Bilateral (BIT), ACIA (*Asean Comprehensive Investment Agreement*), NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), dsb. Sejalan dengan berkembangnya paham *nasionalism, calvo doctrine* dan *sustainable development*, maka hukum investasi tidak lagi

¹⁷ Hal ini dapat dicermati adanya perubahan besarnya royalti yang dimulai dari kontrak karya generasi ke-1 hingga generasi ke-8.

¹⁸ Faizal Kurniawan, 'Bentuk Perlindungan Hukum Terhadap Kekayaan Minyak dan Gas Bumi Sebagai Aset Negara Melalui Instrumen Kontrak' (2013) 18 2 Perspektif.[83-84].

¹⁹ Lihat Pasal 6 ayat 1 UU Minerba yang menegaskan bahwa kewenangan pemerintah dalam pengelolaan pertambangan mineral dan batu bara, antara lain adalah pemberian IUP (Ijin Usaha Pertambangan) maupun IUPK (Ijin Usaha Pertambangan Khusus).

²⁰ Lihat Pasal 112 UU Minerba yang menegaskan (1) setelah 5 tahun berproduksi, badan usaha pemegang IUP dan IUPK yang sahamnya dimiliki oleh asing wajib melakukan divestasi saham pada Pemerintah, pemerintah daerah, badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha swasta nasional.

dianggap sebagai murni untuk mencapai tujuan ekonomi, tetapi terintegrasi dengan berbagai sektor hukum publik yaitu untuk melindungi hak-hak konstitusional (*constitutional/fundamental rights*) masyarakat lokal (*local community*). Akibatnya, terdapat kritik secara global terhadap Perjanjian Investasi Internasional yang diikuti dengan upaya untuk melakukan *review* terhadap perjanjian tersebut dalam upaya untuk melindungi kepentingan publik (*public interests*). Hal ini memicu timbulnya pertentangan kepentingan (*conflict of interests*) antara pihak investor asing dan pemerintah (*host state*). Kepentingan publik menjadi komitmen pemerintah dalam membentuk atau menutup kontrak karya. Kepentingan publik ini menjadi legitimasi pemerintah agar tidak dikategorikan melakukan maladministrasi. Salah satu bentuk maladministrasi yakni tindakan menyalahgunakan wewenang untuk melakukan tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum.²¹

Dalam upaya untuk mengatasi pertentangan kepentingan antara pihak investor dan pemerintah (*host state*) pembentukan dan interpretasi atas Perjanjian Investasi internasional harus didasarkan pada prinsip *rule of law* untuk memberikan jaminan proporsionalitas perlindungan bagi pihak investor maupun pihak *host states*. Perlindungan secara maksimal terhadap kepentingan publik dari pihak *host states* justru akan mengarah pada politik proteksionisme yang akan merugikan pihak investor. Sebaliknya, perlindungan secara penuh terhadap pihak investor asing dengan mengesampingkan kepentingan publik juga akan bertentangan hak-hak konstitusional dari masyarakat lokal. Konsep, elemen dari prinsip *rule of law* dan prinsip proporsionalitas akan dijelaskan dalam sub bagian berikut ini.

Prinsip *Rule of Law* dan Prinsip Proporsionalitas

Prinsip *rule of law* merupakan prinsip hukum umum (*general principles of law*) yang bersifat universal. Prinsip *rule of law* pada dasarnya muncul dan bersumber dari konsep hukum publik sebagai perwujudan prinsip keadilan dan demokrasi. Konsep hukum publik sangatlah bertolak belakang dengan prinsip

²¹ Oheo K. Haris, 'Aspek Hukum Pidana Dalam Kaitannya dengan Perizinan di Bidang Pertambangan' (2014) 29 3 Yuridika.[356-357].

hukum privat yang lebih mengedepankan dimensi kontraktual sebagai perwujudan kebebasan individu sejalan dengan prinsip kebebasan berkontrak maupun prinsip *party autonomy*. Dalam perkembangannya, hukum investasi tidak lagi merupakan ranah hukum privat yang hanya ditujukan untuk kepentingan ekonomi semata, tetapi mengandung unsur hukum publik yaitu untuk melindungi penegakan kepentingan umum. Mengingat perjanjian investasi internasional melibatkan negara sebagai salah satu pihak, maka hal ini juga terkait dengan kewajiban negara untuk melindungi penegakan kepentingan publik. Adanya keterlibatan dengan unsur hukum publik inilah yang mengakibatkan bahwa pembentukan perjanjian investasi maupun penegakannya haruslah tetap mendasarkan pada prinsip *rule of law* untuk menjamin *justice* dan *fairness*.

Prinsip ini lebih mengedepankan kepastian hukum (*legal certainty*) dalam kerangka pengambilan kebijakan investasi di suatu negara dengan mendasarkan prinsip transparansi dan akuntabilitas. Terdapat beberapa perwujudan dari prinsip *rule of law*, diantaranya:²² *Decisions should be made according to rules—not in an arbitrary or ad-hoc manner; Rules should be publicized, or at least made available to the people expected to observe them; Rules (legislation) should not be retroactive; Rules should be understandable; Rules should not contradict each other; Rules should not require people to take steps beyond their capabilities; Rules should not change so frequently that people are unable to plan their behavior based on the rules; There should not be a significant disconnect between the way rules are drafted and the way they are enforced in practice.* Konsep *rule of law* mengandung dimensi *substantive* dan *prosedural*.²³ Dimensi prosedural terkait erat dengan penegakan prinsip *due process of law* yaitu terkait dengan prinsip transparansi (keterbukaan), akuntabilitas, adanya hak yang sama untuk memperoleh keadilan

²² Michael R Reading, 'The Bilateral Investment Treaty in Asean: A Comparative Analysis' (1992) 42 Duke Law Journal <<http://www.jstor.org/stable/1372842>>.[458].

²³ Kenneth J Vandeveld, 'A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment' (2010) 43 New York University Journal of International Law and Politics <<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/43.1-Vandeveld.pdf>>. international arbitral tribunals have struggled unsuccessfully to define the obligation of "fair and equitable treatment" required by the vast majority of the world's 2,600 bilateral investment treaties (BITs).[52-53].

(*access to justice*). Adanya hak yang sama untuk memperoleh keadilan bagi semua pihak, tidak hanya penegakan kepentingan investor tetapi juga kepentingan semua *stakeholders* yang terkena dampak akibat pelaksanaan investasi. Secara prosedural, prinsip *rule of law* ditujukan untuk menghindari adanya pengingkaran terhadap keadilan (*denial of justice*) dengan membatasi akses untuk memperoleh keadilan, termasuk penegakan hak masyarakat lokal untuk memperoleh perlindungan akibat adanya kerusakan lingkungan, kesehatan maupun pelanggaran terhadap hak asasi manusia.

Dalam dimensi substantif, prinsip *rule of law* lebih mengutamakan konsep bahwa pembentukan dan penegakan peraturan lebih didasarkan pada hukum dan tidak mendasarkan pada tindakan sewenang-wenang dari pihak penguasa (*arbitrariness* atau *abuse of power*). Hal ini terkait dengan prinsip kelayakan dan kepatutan (*reasonableness*) dalam pembentukan kebijakan/regulasi. Berdasarkan the *World Justice Project* (WJP), terdapat empat prinsip yang terdapat dalam konsep *rule of law* yaitu:²⁴ “*The government and its officials and agents as well as individuals and private entities are accountable under the law; The laws are clear, publicized, stable and just, are applied evenly, and protect fundamental rights, including the security of person and property; The process by which the law are enacted, administered and enforced is accessible, fair and efficient*”. Dalam konteks ini, maka prinsip *rule of law* mengarah pada non diskriminasi, transparansi, *predictability*, konsistensi dan demokrasi untuk menciptakan perlindungan secara berkeseimbangan.

Salah satu tujuan BIT adalah untuk menciptakan kerangka hukum yang stabil dan *predictable* bagi pelaksanaan investasi. Hal ini dapat dicermati dari preamble dari BIT, sehingga semua klausula di dalam BIT, termasuk dan tidak terbatas pada FET (*Fair and Equitable Treatment*), *Expropriation*, *Most Favoured Nations* (MFN), *Non Discrimination*, harus didasarkan pada prinsip *rule of law* dan prinsip proporsionalitas. Pengabaian prinsip *rule of law* dalam pembentukan BIT

²⁴ Andrew Newcombe, ‘General Exceptions in International Investment Agreements’ <http://www.biiel.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf> accessed 5 November 2015.[2].

akan mengakibatkan ketidakseimbangan perlindungan kepentingan para pihak. Hal ini ditunjukkan dengan adanya tendensi untuk lebih memberikan perlindungan kepentingan investor atau bahkan kepentingan nasional pihak *host state* melalui kebijakan yang bersifat proteksionis.

Pada prinsipnya, prinsip *rule of law* mencakup upaya untuk menjamin adanya *security, reasonableness, non-discrimination, transparency* dan *due process*.²⁵ Dengan kata lain, prinsip *rule of law* bertujuan untuk mencapai baik keadilan substantive (*substantive fairness*) maupun keadilan prosedural (*procedural fairness*). Dengan mendasarkan pada prinsip *rule of law*, maka perjanjian investasi internasional khususnya BIT harus memberikan pengaturan dan prosedur yang jelas dan penyelesaian sengketa investasi dilaksanakan oleh suatu badan yang bersifat netral untuk menjamin adanya independensi dan imparialitas. Oleh karena itu, perlu diciptakan adanya keseimbangan diantara perlindungan terhadap hak negara untuk mengatur dan perlindungan terhadap *legitimate expectation* dari pihak investor. *Consequently, the concept of Fair and Equitable Treatment (FET), National Treatment (NT), Most Favoured Nations (MFN) as the substantive rights of foreign investors should also be based on the principle of rule of law*.²⁶ Konsep *Fair and Equitable Treatment (FET)*, misalnya, seharusnya tidak melampaui batasan perlindungan terhadap kepentingan nasional (*public interest*) dari pihak *host state*. Dengan kata lain, konsep FET tidak diterapkan secara luas yang dapat melanggar perlindungan terhadap kepentingan publik. Oleh karena itu, FET di dalam beberapa model BIT disesuaikan minimal dengan mendasarkan pada perlindungan standar yang diatur di dalam *customary international law*. Salah satunya adalah perlindungan terhadap “*due process before local court and administrative justice,*

²⁵ Michael R. Reading, *The Bilateral Investment Treaty in Asean: A Comparative Analysis*, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3209&context=dlj>, accessed 2 November 2015. [704]. Michael R. Reading, *The Bilateral Investment Treaty in Asean: A Comparative Analysis*, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3209&context=dlj>, accessed on 2 November 2015. [458].

²⁶ Vandeveld. international arbitral tribunals have struggled unsuccessfully to define the obligation of “fair and equitable treatment” required by the vast majority of the world’s 2,600 bilateral investment treaties (BITs) *Op. Cit.* [49].

otherwise will be considered as the denial of justice".²⁷

Fungsi dan Ruang Lingkup Prinsip Proporsionalitas

Fungsi dan ruang lingkup prinsip proporsionalitas sebagai salah satu perwujudan dari prinsip *rule of law* bertujuan untuk mewujudkan keseimbangan perlindungan kepentingan publik dari pihak *host state* dan kepentingan ekonomi/privat dari pihak investor sejalan dengan perkembangan prinsip *sustainable development* dan doktrin Calvo. Dalam upaya untuk menyeimbangkan kepentingan yang saling bertentangan (*competing interests*), maka prinsip proporsionalitas sarat dengan unsur *trade off* dengan mendasarkan pada prinsip kelayakan dan kepatutan (*reasonableness*). Prinsip *trade off* mengarah pada adanya penguatan dan pengurangan kepentingan dari masing-masing pihak. Sebagai contoh, untuk melindungi kepentingan pihak *host state* terkait dengan perlindungan terhadap kepentingan publik, maka di dalam perjanjian investasi terdapat klausula *general exceptions* yang memberikan kewenangan bagi pihak *host state* untuk mengeluarkan berbagai kebijakan atau regulasi untuk melindungi kepentingan publik terkait dengan perlindungan lingkungan hidup, kesehatan, hak asasi manusia dll. Namun, sebagai bentuk *trade off*, maka kewenangan untuk mengeluarkan berbagai *regulatory measures* dibatasi dengan mendasarkan pada prinsip "*reasonableness*" dan prinsip proporsionalitas. *Proportionality is a "trade off" device which helps resolve conflicts between different norms, principles and values. It is also determining factor for the role of courts in reviewing administrative or legislative measures.*²⁸

Prinsip proporsionalitas mempunyai beberapa fungsi yang pada prinsipnya ditujukan untuk menyeimbangkan *conflicting interest* antara kepentingan *host state* dan investor asing, diantaranya adalah:²⁹ sebagai sarana kontrol dan pembatasan terhadap kewenangan diskresi dari pihak *host state*. Kewenangan diskresi pihak *host state* untuk mengeluarkan segala bentuk kebijakan investasi dalam wilayah

²⁷ *ibid.*[50].

²⁸ Mads Andenas dan Stefan Zleptnig, *The Rule of Law and Proportionality in WTO Law, in Redefining Sovereignty in International Economic Law* (Penelope Simons & Dalvinder Singh Wenhua Shan ed, Oxford 2008).[173].

²⁹ *ibid.*

teritorial suatu negara merupakan perwujudan dari kedaulatan suatu negara. Namun, dalam kerangka investasi internasional harus terdapat pembatasan dan kontrol guna memberikan perlindungan yang seimbang dengan tetap juga mempertimbangkan kepentingan perlindungan *legitimate expectation* bagi pihak investor; mewujudkan keseimbangan *conflicting right* dan *interests* yang mana konflik ini dapat diselesaikan dengan mewujudkan perlindungan yang seimbang bagi kepentingan para pihak; merupakan standar dalam pelaksanaan *judicial review* dan dapat dipergunakan sebagai upaya untuk menentukan scope dari norma hukum yang diperjanjikan di dalam perjanjian investasi, termasuk di dalam penentuan apakah klausula yang diperjanjikan di dalam perjanjian investasi bertentangan dengan prinsip diskriminasi dan *reasonableness* (kelayakan); dan membatasi kewenangan intepretasi dari para arbiter/hakim. Dengan mendasarkan pada prinsip proporsionalitas, maka hakim/arbiter dalam menyelesaikan sengketa investasi atau melakukan interpretasi terhadap masing-masing klausula dalam perjanjian investasi didasarkan pada prinsip proporsionalitas sehingga tidak hanya mengacu secara sepihak bagi kepentingan perlindungan kepentingan pihak investor (*pro investor bias*).

Elemen Prinsip Proporsionalitas

Hasil penelitian yang berkembang akhir-akhir ini mengenai metode atau pendekatan dalam pembentukan perjanjian investasi internasional dan penyelesaian sengketa investasi internasional adalah melalui proporsionalitas test. Adapun elemen dari penerapan prinsip ini meliputi unsur kesesuaian (*suitability*), *necessity* dan *reasonableness*.³⁰ Untuk menentukan apakah suatu bentuk *regulatory measure* yang dikeluarkan oleh pihak pemerintah *host states* bersifat proporsional, maka harus pihak tribunal akan melakukan tindakan *weighing and balancing* dengan mempertimbangkan berbagai faktor, termasuk legitimasi atas *measures* dalam pencapaian tujuan dikeluarkannya kebijakan tersebut.

Berbagai kebijakan/*measures/regulatory takings* yang dikeluarkan oleh

³⁰ *ibid.*[174].

pihak *host state* yang dapat memberikan pengaruh signifikan pada perlindungan terhadap *legitimate expectation* dari pihak investor berdasarkan perjanjian investasi termasuk BIT harus diinterpretasikan sesuai dengan prinsip *suitability*, *necessity* dan *reasonableness* untuk lebih memberikan perlindungan secara berimbang kepada pihak *host state* dan investor. Dengan mendasarkan pada elemen-elemen dalam prinsip proporsionalitas, maka berbagai bentuk kebijakan investasi yang ditujukan untuk melindungi kepentingan publik (*public interests*) dari pihak *host state* akan dikaji sesuai dengan tolok ukur prinsip proporsionalitas. Jika kebijakan/*measures/regulatory takings* yang dikeluarkan oleh pemerintah dari pihak *host state* sejalan dengan prinsip proporsionalitas, maka kebijakan tersebut dapat dikategorikan sebagai proporsional meskipun akan memberikan pengaruh yang secara ekonomis signifikan terhadap kepentingan pihak investor.

Dari sisi penormaan isi dari perjanjian investasi khususnya BIT, upaya untuk memberikan *policy space* bagi pihak *host state* dalam kaitannya dengan kewenangan untuk mengeluarkan kebijakan/*measures* terkait dengan perlindungan kepentingan umum (*public interests*) tercermin dari klausula *general exceptions* maupun *general security*. Namun, interpretasi pelaksanaan terhadap klausula ini diinterpretasikan secara restriktif yaitu hanya jika memenuhi unsur *suitability*, maupun *necessity*. Dalam beberapa kasus, frase *necessary* diinterpretasikan jika tidak dimungkinkan adanya alternatif kebijakan yang lain yang dapat diterapkan untuk melindungi kepentingan publik.

*“A measure is necessary if it is either indispensable or alternative measures are not reasonably available to achieve the same legitimate public policy objective. This determination will be made upon a weighing and balancing of different factors, including the trade restrictive effects of the measure, the importance of the aims pursued and the contribution made by possible alternative measures to achieve that aims pursued”.*³¹

Elemen *necessity/necessary* ini juga dapat dicermati di dalam *wording* perjanjian investasi khususnya terkait dengan klausula *general exceptions*. Hal ini menunjukkan bahwa meskipun pihak *host state* diberikan hak untuk mengeluarkan

³¹ *ibid.*[181].

berbagai kebijakan terkait dengan perlindungan terhadap kepentingan umum, namun harus dilaksanakan secara restriktif dengan tetap mempertimbangkan elemen dari prinsip proporsionalitas yang meliputi *necessity*, *reasonableness* dan *suitability*. Hal ini juga dimaksudkan untuk memberikan perlindungan terhadap *legitimate expectations* dari pihak investor yang telah disepakati di dalam perjanjian investasi.

Rule of Law dalam Perjanjian Investasi

Pada prinsipnya prinsip *rule of law* bersifat universal, namun dalam penerapannya banyak mengalami hambatan yang diantaranya disebabkan adanya divergensi/pluralisme standar penerapannya di berbagai negara secara nasional. Oleh karena itu, dalam bab ini konsep *rule of law* lebih mengacu pada konsep *transnational rule of law* dan bukan *national rule of law*. Hal ini didasarkan pada suatu pemikiran bahwa prinsip *rule of law* didasarkan pada prinsip keadilan dan prinsip moral yang berlaku secara universal. Oleh karena itu tidak tepat jika prinsip *rule of law* dalam konteks hukum investasi internasional didasarkan pada konsep *national rule of law*. Oleh karena itu, perlindungan kepentingan umum yang bersifat fundamental (*fundamental rights/constitutional rights*) di dalam Perjanjian Investasi Internasional dalam bentuk perlindungan hak asasi manusia, lingkungan hidup, maupun kesehatan merupakan norma hukum yang bersifat mendasar yang harus ditegakkan meskipun tidak diatur secara tegas di dalam Perjanjian Investasi Internasional. Badan arbitrase (dalam hal ini ISDS/ICSID) seharusnya menegakkan hak-hak tersebut secara proporsional di dalam sengketa investasi internasional. Sebagai suatu bentuk norma, maka prinsip *rule of law* yang dilandasi dengan nilai-nilai keadilan dan moral yang harus selalu ditegakkan dalam penyelesaian sengketa investasi untuk mewujudkan *due process of law*. Selain itu, prinsip *rule of law* juga harus ditegakkan pada tahap pembentukan Perjanjian Investasi Internasional (selanjutnya disebut PII) untuk mencapai *substantive justice/fairness*.

Pada bab ini pertama-tama akan dibahas tentang krisis legitimasi terhadap hukum investasi internasional dan penyelesaian sengketa investasi internasional yang lebih mengarah pada konsep hukum publik. Dikotomi antara rezim hukum

privat dan hukum publik di dalam hukum investasi internasional semakin marak sejalan dengan adanya krisis legitimasi terhadap Perjanjian Investasi Internasional (PII) dan *Investor State Arbitration* (ISA). Pada bagian awal dari bab ini akan dibahas tentang perkembangan hukum investasi internasional dalam rezim hukum publik. Sebagai implikasinya, maka muncul upaya untuk menegakkan prinsip *rule of law* dalam hukum investasi internasional yang mana prinsip tersebut berakar dari rezim hukum publik yang mensyaratkan untuk ditegakkannya prinsip transparansi, partisipasi publik (*public participation*), keseimbangan perlindungan kepentingan publik seperti perlindungan lingkungan hidup, kesehatan masyarakat (*public health*), hak asasi manusia (*human rights*), dsb.

Pada bagian kedua dari bab ini akan dibahas tentang konsep *transnational rule of law*, termasuk elemen-elemen yang terkandung di dalamnya. Selanjutnya akan dianalisis sejauh mana elemen-elemen ini tercermin di dalam hukum investasi internasional, khususnya dalam konteks pembentukan PII maupun penyelesaian sengketa investasi internasional melalui badan arbitrase. Pada bagian selanjutnya dalam bab ini juga akan dibahas tentang konsep dan elemen prinsip proporsionalitas dalam penyelesaian sengketa investasi internasional dengan mendasarkan pada unsur *suitability*, *necessity* dan *proportional stricto sensu*. untuk memberikan perlindungan hukum yang proporsional antara kepentingan ekonomi pihak investor dan perlindungan kepentingan publik (*public interests*) dari pihak *host state*.

Sebagaimana diuraikan diatas, prinsip *rule of law* mengandung adanya *substantive fairness* dan *procedural fairness*. Dimensi *procedural fairness* ditandai dengan mekanisme penyelesaian sengketa investasi yang independen dan imparisial untuk menjamin adanya akuntabilitas. Sebagian besar PIB mengandung klausula penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase, yaitu *investor state dispute settlement* (ISDS) melalui badan arbitrase ICSID. Di satu sisi, mekanisme penyelesaian sengketa investasi melalui badan arbitrase dapat menjamin adanya independensi, netral dan imparisialitas dibandingkan dengan penyelesaian sengketa investasi internasional melalui pengadilan nasional pihak *host state*. Selain itu, penyelesaian melalui ISDS (badan arbitrase) lebih cepat dan putusan mempunyai kekuatan

final dan mengikat sehingga lebih efisien waktu. Oleh karena itu, sebagian besar PIB mencantumkan klausula arbitrase. Adanya unsur “*conflict of interest*” dapat mempengaruhi independensi dan imparialitas jika sengketa investasi dilakukan di pengadilan nasional pihak *host state*. “*Given that investor complaints relate to the conduct of sovereign states, taking these dispute out of domestic sphere of the state concerned was seen as providing aggrieved investors with an important guarantee that their claims will be adjudicated in an independent and impartial manner*”.³²

Namun, di sisi lain, sengketa investasi yang melibatkan pihak negara (*host state*) mempunyai karakteristik publik (*public nature*) sehingga tidak mutlak bersifat komersial. Oleh karena itu, terdapat berbagai kritik dan krisis legitimasi penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase (ISDS) yang dianggap bertentangan dengan prinsip *rule of law*. Krisis legitimasi terhadap ISDS terkait dengan: (1) penyelesaian sengketa yang bernuansa publik haruslah didasarkan pada prinsip transparansi yang memberikan akses publik atas pelaksanaan penyelesaian sengketa, sedangkan penyelesaian sengketa melalui arbitrase bersifat rahasia (*confidentiality*); (2) inkonsistensi putusan arbitrase terbukti munculnya perbedaan interpretasi terhadap terminologi yang sama dalam PIB dan “*erroneous decisions*” mengingat putusan arbitrase bersifat final dan mengikat sehingga tidak dimungkinkan adanya review/banding; (3) adanya indikasi ‘pro investor bias’ mengingat penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase pada prinsipnya bersifat komersial sehingga lebih berorientasi pada hal-hal yang telah disepakati dalam PIB (*right based approach*) sehingga tidak tepat untuk penegakan kepentingan publik (*public interests*) yang seharusnya menggunakan pendekatan “*interest based*”.

“...*the current ISDS system conceptually suffers from a tension between its public governance function and sets up as a private dispute settlement mechanism that is modeled on how private-private disputes are settled in commercial arbitration. Against this background, ISDS comes as a challenge to core constitutional law values, such as the principle of democracy, the*

³²UNCTAD, ‘Reform Investor State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap’ (June 2013).[2].

*concept of rule of law, and the protection of fundamental or human rights”.*³³

Oleh karena itu, di dalam model PIB terdapat beberapa upaya untuk melakukan reform terhadap mekanisme penyelesaian sengketa investasi internasional. Terdapat beberapa model mekanisme penyelesaian sengketa sebagai bentuk reform terhadap ISDS yang meliputi:³⁴ (1) penyelesaian sengketa alternatif (*Alternative Dispute Resolution*); (2) Bilateral Arbitration Treaty yaitu dengan melakukan pengaturan mekanisme ISDS secara tersendiri diantaranya dengan mengakomodir prinsip transparansi, akses publik (*free access*) terhadap dokumen, dimungkinkannya pihak ketiga yang dirugikan akibat investasi turut serta dalam proses arbitrase (*amicus curiae*) dan mekanisme banding; (3) pembatasan akses terhadap ISDS; (4) Mekanisme banding; (5) pengadilan investasi internasional. Lazimnya bahwa penyelesaian sengketa secara internasional dilakukan melalui forum arbitrase yang pelaksanaannya (*enforcement*) pun juga bersifat mengikat yang dapat dilakukan baik di negara *host* maupun *home*.³⁵ Jika dicermati, reformasi terhadap mekanisme penyelesaian sengketa investasi internasional tidak mencantumkan pengadilan nasional di negara *host state*. Hal ini ditujukan untuk lebih menjamin independensi dan imparialitas yang merupakan atribut dari prinsip *rule of law*.

Kesimpulan

Penerapan prinsip *rule of law* dan prinsip proporsionalitas diperlukan dalam rangka standardisasi dan rekonseptualisasi Perjanjian Investasi Internasional di negara-negara Asia Tenggara sebagai akibat diakomodirnya prinsip *eco social justice*. Penegakan prinsip *rule of law* dalam hukum investasi internasional mempunyai beberapa kendala konseptual. Diantaranya adalah adanya perbedaan atau pluralisme konsep *rule of law*, yaitu adanya

³³ Stephan W Schill, ‘Reforming Investor State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward’, *Strengthening The Global Trade And Investment System For Sustainable Development* (International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) 2015).

³⁴ UNCTAD.*Op.Cit.*[4].

³⁵ Faizal Kurniawan, ‘An Annuled Award Cannot be Enforced Under the New York Convention’ (2017) 17 *Jurnal Dinamika Hukum*. [175-176].

pembedaan antara *rule of law* nasional (*national rule of law*) dan *rule of law* internasional (*international rule of law*). Munculnya pembedaan konsep *rule of law* dalam tataran nasional/domestik dan internasional telah menegaskan makna universalitas dari prinsip tersebut. Hal ini tentu saja akan menimbulkan hambatan pelaksanaan prinsip *rule of law* dalam praktek mengingat adanya pembedaan standard secara konseptual atas prinsip tersebut. Oleh karena itu penegakan prinsip *rule of law* dalam hukum investasi harus dilihat dari perspektif konsep *transnational rule of law* agar sejalan dengan makna universalitas dari prinsip tersebut. Dengan mengacu pada konsep *transnational rule of law* sehingga tidak terdapat perbedaan standard pelaksanaan prinsip tersebut, karena didasarkan pada prinsip yang berlaku secara universal dengan mendasarkan pada standard minimum sebagaimana diatur di dalam *Vienna Convention on Law of Treaty*.

Penerapan prinsip *rule of law* dan proporsionalitas dalam putusan arbitrase dalam penyelesaian sengketa investasi internasional dilakukan melalui Standar proteksi yang terkandung di dalam perjanjian investasi internasional. Klausula yang dituangkan dalam bentuk yang kabur (*vague*) dan bersifat terbuka (*open ended*) diinterpretasikan secara luas yang pada akhirnya akan membatasi hak dari pihak *host state* sebagai negara berdaulat (munculnya “*regulatory chill*” yang sangat membatasi hak pihak *host state* untuk mengatur khususnya terkait dengan perlindungan terhadap kepentingan publik/*public interests*). Berbagai model perjanjian investasi internasional baik *bilateral* maupun *regional* seringkali menggunakan berbagai peristilahan seperti *public morals* atau *public order*, *the protection of human, animal or plant life or health*, *the conservation of “exhaustible natural resources”* atau konsep “*necessity*”. Penggunaan istilah-istilah yang bersifat terbuka tersebut diatas mengakibatkan adanya ketidakpastian hukum (*legal unpredictability*) terkait dengan interpretasi yang dilakukan oleh arbiter dalam menyelesaikan sengketa. Konsep-konsep yang bersifat kabur tersebut dianggap sebagai “*essentially contested concepts*”. Perlindungan kepentingan publik (*public interest*) di dalam perjanjian investasi internasional haruslah diawali dan didasari dengan adanya pengakuan (*recognition*) terhadap hak-hak masyarakat

lokal di dalam kerangka hukum investasi internasional. Kerangka hukum pengakuan terhadap hak-hak masyarakat local (*public interests*) dan hak negara untuk mengatur (*the right state to regulate*) yang merupakan perwujudan kedaulatan suatu negara harus secara tegas mendapat pengakuan melalui kerangka hukum investasi.

Daftar Bacaan

Buku

ADB (Asian Development Bank), *Public-Private Partnership Handbook* (2008) <http://www.apec.org.au/docs/adb_public_private_partnership_handbook.pdf>.

Geert Dewulf AB& MBS, *Strategic Issues in Public Private Partnership* (Willey Blackwell 2012).

Mads Andenas & Stefan Zleptnig, *The Rule of Law and Proportionality in WTO Law, in Redefining Sovereignty in International Economic Law* (Penelope Simons & Dalvinder Singh Wenhua Shan ed, Oxford 2008).

Stephan W Schill, *Reforming Investor State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward: Strengthening The Global Trade And Investment System For Sustainable Development* (International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) 2015).

Jurnal

Andrew Newcombe, 'General Exceptions in International Investment Agreements' <http://www.biccl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf> accessed 5 November 2015.

Faizal Kurniawan dan Erni Agustin, 'Consumer Protection in electronic Contracts: The Case of Indonesia' (2017) 2 1 Journal of Nusantara Studies

Faizal Kurniawan dan Shintarini Kristine Setyobudi, 'Klausula Tipping Fee Dalam Kontrak Kerjasama Pemerintah dengan Swasta (Public Private Partnership) Pengelolaan Persampahan' (2013) 4 1 Adil: Jurnal Hukum.

Faizal Kurniawan, 'Bentuk Perlindungan Hukum Terhadap Kekayaan Minyak dan Gas Bumi Sebagai Aset Negara Melalui Instrumen Kontrak' (2013) 18 2 Perspektif.

—, 'An Annuled Award Cannot be Enforced Under the New York Convention' (2017) 17 2 Jurnal Dinamika Hukum.

Jin X-H, 'Allocating Risks in Public-Private Partnerships Using a Transaction Cost Economics Approach: A Case Study' (2009) 9 *The Australasian Journal of Construction Economics and Building* 19.

Oheo K. Haris, 'Aspek Hukum Pidana Dalam Kaitannya dengan Perizinan di Bidang Pertambangan' (2014) 29 3 *Yuridika*.

Quiggin J, 'Public Private Partnerships : Options For Improved Risk Allocation' (2006) 29 *UNSW Law Journal* 289 http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/51_quiggin_2006.pdf.

Reading MR, 'The Bilateral Investment Treaty in Asean: A Comparative Analysis' (1992) 42 *Duke Law Journal* <http://www.jstor.org/stable/1372842>.

Vandevelde KJ, 'A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment' (2010) 43 *New York University Journal of International Law and Politics* <http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/43.1-Vandevelde.pdf>.

UNCTAD, 'Reform Investor State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap' (*June 2013*).

Laman

Kementrian Keuangan, 'Kajian Good Governance Proyek-Proyek Infrastruktur' <http://www.kemenkeu.go.id/sites/default/files/Kajian_Good_Governance_Projek-Projek_Infrastruktur.pdf> accessed 2 March 2016.

OECD, 'Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships' (2012) <<http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>> accessed 2 March 2016.

United Nations Economic Commission for Europe, 'Guide Book on Promoting Good Governance in Public Private Partnership' 16 <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>> accessed 2 March 2016.

Xiao-Hua JIN and Hemanta DOLOI, 'Risk Allocation in Public-Private Partnership Projects – An Innovative Model with an Intelligent Approach' <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=E7D8592F0DD2E9CB592BB7B96F-5D2E9D?doi=10.1.1.120.4064&rep=rep1&type=pdf>> accessed 2 March 2016.