

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Penanaman Modal Asing (PMA) merupakan bagian penting dalam perkembangan suatu negara dan menjadi sektor utama yang digunakan oleh negara-negara di dunia dalam memutar pergerakan roda perekonomiannya. PMA menjadi cukup signifikan sebagai salah satu sektor utama yang digunakan oleh negara dikarenakan oleh perannya dalam pembangunan ekonomi, peningkatan produksi, pengolahan sumber-sumber potensi ekonomi dalam negeri, dan pembukaan lapangan pekerjaan, yang dengan ini di harapkan dapat mendorong peningkatan taraf hidup masyarakat dan ekonomi secara umum.¹

PMA tidak selalu berjalan mulus, di dalam proses penanaman modal dapat terjadi berbagai faktor maupun keadaan yang dapat mengakibatkan benturan kepentingan baik oleh pihak penanam modal (investor) maupun pihak penerima modal yang dalam konteks ini adalah negara (*host state*). Ketidak lancaran maupun permasalahan yang timbul ini dapat berakhir menjadi suatu konflik yang dapat mengakibatkan penanaman modal terhenti dan hubungan antara penanam modal dan penerima modal menjadi buruk bila tidak diselesaikan dengan baik. Oleh karena itu dibutuhkannya sebuah mekanisme dalam penyelesaian sengketa antara para pihak ini. Hukum Internasional hadir dalam memberikan kepastian

¹ Eduardus Hena, "Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penanaman Modal Asing di Indonesia," *Journal of Information System, Applied, Management, Accounting and Research* 5, no. 2 (Mei 2021): 446, <https://doi.org/10.52362/jisamar.v5i2.456>.

hukum dengan mekanisme yang diaturinya bila suatu konflik maupun sengketa terjadi di dalam PMA.

Mekanisme penyelesaian sengketa PMA juga kerap kali disebut sebagai *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) System*. Pada dasarnya ISDS merupakan suatu bentuk proteksi terhadap investor, dengan mekanisme investor dapat menuntut negara ke hadapan pengadilan arbitrase internasional.² Dasar daripada ISDS sendiri bertumpu pada argumen bahwa investor merupakan pihak yang lemah atau *vulnerable actor* dibandingkan dengan suatu negara yang memiliki kewenangan absolut dalam meregulasi urusan domestiknya.

Ini dapat dilihat dengan adanya beberapa prinsip yang tercantum dalam ketentuan *International Investment Agreement (IIA)* yaitu *national treatment* dan *most-favoured-nation*. Perlu disadari bahwa penanaman modal sangat sering bersinggungan dengan kepentingan publik, sehingga tidak selalu menempatkan investor pada posisi yang *vulnerable*, namun negara juga dapat berada pada posisi yang sama di dalam PMA, khususnya di saat pemerintah harus melindungi kepentingan publik.

Seiring berjalannya waktu mekanisme penyelesaian sengketa ISDS dinilai menimbulkan kekhawatiran dan kontroversi dikarenakan ketergantungannya pada sistem arbiter yang kurang transparansi, prediktabilitas, dan konsistensi keputusan yang dihasilkan, serta biayanya yang berlebihan.³ Ini terbukti dengan beberapa

² Vera Wegmann dan David Hall, "The Unsustainable Political Economy of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms," *International Review of Administrative Sciences* 87, no. 3 (2021): 480–96, <https://doi.org/10.1177/00208523211007898>.

³ Hallak Issam, "Overview of the Reform Proposals and Prospects Summary," *European Parliament*, Januari 2020.

putusan yang kontradiktif (Kasus Lauder)⁴ pada beberapa institusi penyelesaian sengketa, konflik kepentingan pihak antara penasehat hukum dan arbiter sehingga timbulnya ketidaknetralan institusi dalam proses penyelesaian sengketa tersebut.⁵

Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), sebuah organisasi regional yang didirikan pada tanggal 8 Agustus 1967 di Asia Tenggara memberikan regulasi terkait PMA dengan instrumen utamanya yaitu *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (ACIA), yang memiliki target untuk menciptakan lingkungan investasi yang liberal, fasilitatif, transparan, dan kompetitif di ASEAN.⁶ Dalam saat terjadinya konflik dengan *Host Governments*, investor ASEAN diberikan opsi untuk menyelesaikan sengketanya melalui penyelesaian sengketa alternatif atau merujuk sengketa ke pengadilan domestik atau ke arbitrase internasional yang mengikat.⁷

Penyelesaian sengketa PMA yang dimaksud dapat melalui arbitrase internasional yang mengikat, termasuk melalui peradilan *Centre for Settlement Of Investment Disputes* (ICSID) di bawah aturan UNCITRAL atau aturan lainnya yang diakui di dalam kontrak PMA tersebut.⁸ Kekuatan final dan mengikat putusan ICSID dapat dilihat dalam sengketa kasus *Churchill Mining* dengan

⁴ Pengadilan UNCITRAL yang berbeda menghadapi kasus yang memiliki kesamaan latar belakang fakta, klaim yang serupa, dan standar perlindungan yang sama, mencapai keputusan yang sangat berbeda. Pada kasus pertama dibawah BIT US-Czech ditolak dan kasus kedua dibawah BIT Dutch-Czech menetapkan bahwa terjadi ekspropriasi oleh pemerintahan Czech dan dikeluarkannya *award* sebesar \$355 juta.

⁵ Juan Pablo Charris Benedetti, "The Proposed Investment Court System: Does it Really Solve The Problems?," *Revista Derecho del Estado*, no. 42 (2019): 83–115, <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.04>.

⁶ ASEAN, "ASEAN Comprehensive Investment Agreement," 2021, <http://investasean.asean.org/index.php/page/view/asean-free-trade-area-agreements/view/757/newsid/871/asean-comprehensive-investment-agreement.html>.

⁷ ASEAN, *A Guidebook for Businesses & Investors ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT*, ASEAN Secretariat, 1 ed. (Jakarta: ASEAN Secretariat, 2013).

⁸ OECD, "Investor-State Dispute Settlement (ISDS) | RMID," 2021.

pemerintah Indonesia.⁹ Sebelum adanya ACIA terdapat dua kasus intra-ASEAN yang dibawa di bawah pendahulu ACIA, pada tahun 1987 yaitu pada kasus *the Agreement for the Promotion and Protection of Investment Protection: Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v Myanmar* dan kasus *Cemex Asia Holdings Ltd v Indonesia*). Meskipun tidak adanya *Award* yang diberikan namun ini menunjukkan bahwa mekanisme arbitrase dapat bekerja di ASEAN.¹⁰

Penyelesaian sengketa investasi Intra-ASEAN yang diatur oleh ACIA yang mulai berlaku pada tahun 2012, hingga saat ini masih belum teruji. Hal ini disebabkan karena tidak adanya klaim yang diajukan. Mekanisme yang tidak teruji dan belum diterapkan secara praktis ini mengakibatkan ketidakpastian hukum dalam investasi intra-ASEAN. Kondisi ini mengakibatkan tidak adanya preseden untuk membantu kasus di masa yang akan datang. Dapat dilihat penyelesaian sengketa investasi asing intra-ASEAN berdasarkan ACIA masih menggunakan mekanisme penyelesaian sengketa ISDS yang dinilai kontroversial dan *exhaustion of local remedies*.

Dalam memberikan respons terhadap kritik, kekurangan, dan permasalahan yang ada pada ISDS, pada tahun 2015 Cecilia Malmström, bagian dari *European Trade Commissioner* mengajukan suatu bentuk reformasi sistem penyelesaian sengketa dalam bentuk *Investment Court System* (ICS). ICS merupakan sebuah mekanisme yang menggabungkan elemen-elemen yang terkandung di dalam sistem ISDS dengan badan peradilan. Berdasarkan *European*

⁹ Ida Ayu Gde Wulan Purnamasari, "Kekuatan Mengikat Keputusan Arbitrase ICSID Dalam Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal," *Acta Comitas* 5, no. 2 (2020): 401, <https://doi.org/10.24843/ac.2020.v05.i02.p16>.

¹⁰ John Frangos, "Investor-State Arbitration in the ASEAN Economic Community," *Tilleke & Gibbins*, Januari 2015.

Commission, ICS akan melindungi kemampuan pemerintah dalam meregulasi hal-hal krusial seperti kesehatan publik dan perlindungan lingkungan yang terjadi akibat PMA.¹¹ *European Union* (EU) mengeluarkan opini terkait pemberlakuan ketentuan ICS dalam *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), dengan menyatakan bahwa pemberlakuan ICS telah konsisten dengan Traktat EU.¹² Saat ini Mekanisme ICS telah dimasukkan ke dalam beberapa perjanjian investasi internasional, salah-satunya dengan Vietnam dan Singapura negara yang merupakan bagian daripada ASEAN.

Berdasarkan latar belakang di atas penulis tertarik untuk mengkaji peluang ICS sebagai alternatif penyelesaian sengketa investasi atau PMA di ruang lingkup ASEAN. Penelitian ini akan mendeskripsikan secara mendalam mekanisme *Investment Court System* (ICS) dari EU. Proses penelitian dilakukan dengan menelaah ketentuan mengenai penyelesaian sengketa dalam ICS. Selanjutnya bagaimana kinerja ICS dalam konsep penyelesaian sengketa investasi. Dari analisis ini kemudian ditarik beberapa kesimpulan yang menggambarkan bagaimana peluang mekanisme ICS sebagai suatu alternatif penyelesaian sengketa PMA di ruang lingkup ASEAN.

Atas latar belakang di atas, penulis akan melaksanakan penelitian dengan judul sebagai berikut **“MODEL INVESTMENT COURT SYSTEM SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA PENANAMAN MODAL**

¹¹ Oliver Cecilia et al., “Investment Court System Put to the Test,” 2021.

¹² European Commission, “European Court of Justice Confirms Compatibility of Investment Court System with EU Treaties - Trade - European Commission,” April 2021, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2014>.

ASING DALAM ASEAN *COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT* (ACIA)’’

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian pada latar belakang di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini adalah:

- 1) Bagaimana konsep ICS dalam menyelesaikan sengketa penanaman modal?
- 2) Bagaimana prospek mekanisme ICS sebagai alternatif penyelesaian sengketa penanaman modal dalam ACIA?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian skripsi ini adalah untuk:

- 1) Mengkaji konsep *Investment Court System* sebagai alternatif penyelesaian sengketa penanaman modal.
- 2) Menganalisis prospek penerapan *Investment Court System* sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa penanaman modal dalam ACIA.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat penelitian dalam penulisan ini akan dibagi menjadi 2 bagian, yakni sebagai berikut:

1. Manfaat Akademis/Teoritis,

Diharapkan penelitian skripsi ini dapat memberikan sumbangsih pemikiran dan menjadi referensi dalam pemahaman terkait dengan bidang Hukum Internasional, khususnya terkait penyelesaian sengketa PMA.

2. Manfaat Praktis,

Dapat berguna secara positif bagi masyarakat dan memberikan masukan kepada penelitian selanjutnya, serta dapat memaparkan terkait mekanisme penyelesaian sengketa investasi asing di dalam ACIA dan mekanisme ICS.

E. Kerangka Pemikiran

1) Tinjauan Pustaka

a. Penanaman Modal Asing

Penanaman Modal Asing (PMA) memainkan peran penting dalam pembangunan ekonomi suatu negara, khususnya negara berkembang. Dewasa ini menjadi sulit untuk dapat berdiri menggunakan kekuatan ekonomi sendiri.¹³ Pembangunan nasional memerlukan pendanaan yang sangat besar untuk dapat mencapai pertumbuhan ekonomi yang di harapkan, sehingga kebutuhan pendanaan tersebut tidaklah cukup dengan sumber-sumber pendanaan dari dalam negeri, tetapi juga harus dari luar negeri. Kondisi ini mengakibatkan PMA menjadi suatu hal yang tidak dapat dihindarkan (*inevitable*).¹⁴

Oleh karena itu, pada umumnya negara-negara akan melakukan berbagai upaya dalam menarik PMA ke dalam negaranya, khususnya negara berkembang yang berupaya menjadi menarik di mata perusahaan

¹³ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*, 1 ed., vol. 1 (Bandung: CV Keni Media, 2011).

¹⁴ David Kairupan, *Aspek Hukum Penanaman Modal Asing di Indonesia*, 1 ed., vol. 2 (Jakarta: KENCANA PRENADA MEDIA GROUP, 2014).

PMA. Upaya tersebut umumnya tergolong ke dalam 4 (empat) faktor utama.¹⁵

- 1) Faktor Sosial seperti tersedianya jaminan sosial bagi perusahaan, terkait masalah HAM dan lingkungan tenaga kerja.¹⁶
- 2) Faktor Ekonomi seperti akses pasar, ketersediaan produksi dan biaya produksi, dan perpajakan.¹⁷
- 3) Faktor Politik seperti ketersediaan administrasi publik yang berfungsi baik, sehat, efektif, dan efisien serta kestabilan politik dan keamanan di dalam negeri.¹⁸
- 4) Faktor Hukum seperti ketersediaan jaminan hukum atau kepastian hukum terkait PMA (stabilitas hukum, kualitas administrasi publik, transparansi regulasi lokal, dan sistem penyelesaian sengketa yang efektif).¹⁹

Hukum menjadi salah satu faktor utama dalam menarik PMA untuk masuk ke dalam suatu negara. Oleh karena itu, negara memberikan berbagai fasilitas terkait perlindungan hukum bagi pelaksana PMA di wilayahnya. Perlindungan hukum ini biasanya dapat ditemukan di dalam regulasi domestiknya. Selain regulasi lokal, perlindungan PMA juga tersedia melalui lingkup hukum internasional dalam bentuk *International*

¹⁵ Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ UNCTAD, "UNCTAD/EDM/Misc.232 2.1 OVERVIEW," in *United Nations Conference on Trade and Development Course on Dispute Settlement International Centre for Settlement of Investment Disputes* (New York and Geneva: United Nations Publications, 2003).

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

Investment Agreement (IIA). Beberapa asas maupun prinsip hukum internasional terkait PMA yaitu:

1) Prinsip *Good Faith*

Merupakan pilar penopang di dalam hukum PMA yang juga kerap disebut prinsip itikad baik.²⁰ Berdasarkan *Restatement* atau penjelasan ulang dari *The International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) pasal 1.7 menyatakan bahwa ada tiga unsur prinsip itikad baik, yaitu:²¹

- a) Itikad baik dan transaksi jujur sebagai landasan kontrak.
- b) Itikad baik dan transaksi jujur dalam *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (UPICCS) ditekankan pada praktik perdagangan internasional.
- c) Itikad baik dan transaksi jujur bersifat memaksa.

Ketiga unsur ini bertujuan untuk mendorong penerapan itikad baik dalam transaksi internasional, termasuk penanaman modal asing. Itikad baik merupakan suatu asas yang menentukan adanya suatu pelanggaran terhadap kewajiban dari para pihak, yang merupakan bagian dari hukum kebiasaan internasional.²²

²⁰ Kusnowibowo, *Hukum Investasi Internasional* (Bandung: Pustaka Reka Cipta, 2019).

²¹ Cindawati, "Prinsip Good Faith (Itikad Baik) dalam Hukum Kontrak Bisnis Internasional," *Mimbar Hukum* 26, no. 2 (November 2014): 181–93, <https://doi.org/10.22146/JMH.16038>.

²² Bruno Zeller dan Richard Lightfoot, "Good Faith - An ICSID Convention Requirement?," *Victoria University Law and Justice Journal* 8, no. 1 (2019), <https://doi.org/10.15209/vulj.v8i1.1139>.

2) Prinsip *Pacta Sunt Servanda*

Prinsip ini secara mendasar berkaitan dengan janji suatu negara untuk menaati dan melaksanakan perjanjian yang telah disepakati dan ditandatangani. Implementasi prinsip ini mengakibatkan sebuah kondisi tiada satu pihak pun yang boleh melanggar perjanjian investasi. Suatu pelanggaran akan memiliki konsekuensi yaitu, pihak lawan menuntut pihak lainnya yang melanggar (*breach of contract*).²³ Dasar prinsip ini di dalam hukum internasional dapat kita lihat dalam *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT 1969) pasal 26. Prinsip ini masih konsisten digunakan para negara dan menjadi penopang pelaksanaan perjanjian PMA dan kontrak investasi.²⁴

3) Prinsip Resiprositas

Kedua belah pihak memiliki hak dan kewajiban masing-masing yang harus dipenuhi dan dijalankan. Berkat prinsip ini kedua belah pihak haruslah memiliki hak dan kewajiban, serta kedudukan yang setara, meskipun pada satu sisi adalah negara yang memiliki kedaulatan dan pada sisi lain adalah investor.²⁵

4) Prinsip *Non-Discriminatory*

Memiliki dua bentuk yang membentuk rezim perjanjian dan perdagangan internasional, yakni *National Treatment* (NT) dan *Most Favored Nation* (MFN). NT merupakan sebuah larangan untuk satu negara dalam memberikan perlakuan yang diskriminatif

²³ Kusnowibowo, *Hukum Investasi Internasional*.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

pada negara-negara lainnya. Prinsip MFN merupakan larangan bagi negara untuk melakukan diskriminasi antara negara. Kedua prinsip ini menjadi dasar utama pengembangan hukum penanaman modal asing untuk terciptanya harmonisasi antara hukum nasional dengan hukum internasional.²⁶

5) Prinsip Kedaulatan Negara

Dalam PMA kepentingan negara sebagai entitas publik tidaklah hilang sepenuhnya, negara tetap memiliki otoritas dan kekuasaan dalam mengatur dan mengawasi PMA di wilayah teritorialnya, atau yang berkaitan dengan kepentingan publik, meskipun dalam PMA kedudukan negara dengan investor seolah-olah dibuat setara. Selain itu negara juga harus mendorong serta memfasilitasi masuknya modal asing.²⁷

6) Asas Kepastian Hukum

Hukum sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam PMA.²⁸

7) Asas Keterbukaan

Merupakan asas yang terbuka terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang kegiatan penanaman modal.²⁹

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Supancana et al., *Ikhtisar Ketentuan Penanaman Modal*, ed. oleh Sebastian Pompe et al., 1 ed. (Jakarta: The Indonesia The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), 2010).

²⁹ Ibid.

8) Asas Akuntabilitas

Setiap kegiatan dan hasil akhir dari PMA harus dipertanggungjawabkan kepada masyarakat selaku pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

9) Asas Efisiensi Berkeadilan

Pelaksanaan PMA mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang kondusif, berdaya saing dan adil.³⁰

Penelitian ini akan membahas asas-asas hukum internasional terkait PMA yang berhubungan dengan kontroversi yang ditimbulkan oleh mekanisme ISDS. Khususnya pada asas-asas kepastian hukum, keterbukaan, akuntabilitas, dan efisiensi berkeadilan.

b. Organisasi Internasional

Globalisasi dan perkembangan zaman menghadirkan berbagai macam isu-isu baru dan kompleks di dunia internasional. Isu-isu baru ini mendorong interdependensi antar negara-negara dalam menghadapi isu-isu tersebut. Organisasi Internasional kemudian hadir sebagai wadah negara-negara untuk menghadapi isu yang timbul. Organisasi internasional memainkan peran dalam menjadi wadah untuk mencapai kepentingan bersama sekaligus mewujudkan perdamaian dunia.

³⁰ Ibid, h.22.

Sampai saat ini belum ada definisi yang pasti dari organisasi internasional itu sendiri, namun untuk pembagian tipe organisasi internasional pada umumnya dibagi menjadi dua tipe yaitu *Intergovernmental Organizations* (IGOs) dan *International Non-Governmental Organizations* (INGOs).³¹ Organisasi internasional dikelompokkan berdasarkan ukuran, ruang lingkup geografis, tugas, dan fungsi.

Ukuran organisasi internasional dapat mencakup jumlah anggotanya, seperti *North America Free Trade Agreement* (NAFTA) yang memiliki tiga anggota atau seperti Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) yang memiliki seratus sembilan puluh tiga negara anggota. Berdasarkan ruang lingkup geografis dapat dikelompokkan seperti organisasi internasional regional ASEAN atau *African Union*. Pengelompokan berdasarkan tujuan pun dibedakan menjadi dua yaitu menjadi *multi-purpose* dan *single-purpose*. *Multi-purpose* seperti PBB atau Uni Eropa yang memiliki banyak tujuan untuk dicapai anggotanya bersama; sedangkan *single-purpose* seperti *Organization for Petroleum Exporting* (OPEC) yang memiliki satu tujuan utama terkait minyak bumi.³²

Sumber Hukum Organisasi Internasional berasal dari kenyataan historis tertentu seperti fakta terbentuknya PBB melalui beberapa tahapan

³¹ Marco Amici dan Denita Cepiku, "Roles, Types, and Definitions of International Organizations," in *Performance Management in International Organizations* (Palgrave Pivot, Cham, 2020), 7–40, https://doi.org/10.1007/978-3-030-39472-1_2.

³² Ibid, h.15-16.

(Deklarasi London 1941, Deklarasi PBB 1942, Konferensi Dumbarton Oaks 1944, Konferensi Yalta 1945, Konferensi San Fransisco 1945). Kebiasaan-kebiasaan yang sudah lama dilakukan, persetujuan atau perjanjian resmi, hingga instrumen pokok yang dimiliki organisasi internasional juga dapat menjadi sumber hukum organisasi internasional. Instrumen-instrumen pokok yang dimiliki organisasi internasional akan memerlukan ratifikasi dari seluruh anggota untuk dapat berjalan.

Fungsi daripada organisasi internasional sendiri pada umumnya adalah sebagai wadah koordinasi dan komunikasi antar anggota, termasuk pengambilan keputusan terhadap suatu kebijakan atau tindakan terkait tujuan organisasi internasional tersebut, Penyelesaian sengketa maupun konflik yang terjadi, pencapaian tujuan bersama, dan lainnya. Keputusan maupun resolusi yang telah dihasilkan oleh organisasi internasional bersifat mengikat anggota negara secara langsung, termasuk individu negara anggota, ini disebabkan oleh syarat menjadi bagian organisasi internasional adalah adanya keharusan untuk ratifikasi terhadap perjanjian internasional organisasi internasional tersebut.³³

c. Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing

Cara penyelesaian sengketa PMA sepenuhnya berada pada kesepakatan para pihak atau yang dikenal sebagai prinsip konsensus.³⁴ Dalam sengketa PMA pemilihan forum penyelesaiannya menjadi suatu hal yang penting, ini dikarenakan pemilihan forum penyelesaian

³³ Syahkhila Bella M., "Hukum Organisasi Internasional - Definisi dan Klasifikasi Organisasi Internasional," Maret 2021.

³⁴ Huala Adolf, op.cit, h.3.

menentukan yurisdiksi mana yang akan digunakan dalam penyelesaian sengketa tersebut.

Pada umumnya penyelesaian sengketa PMA menggunakan metode yang juga digunakan untuk menyelesaikan sengketa lainnya seperti: Musyawarah mufakat, Pengadilan yang berkompeten, Negosiasi, mediasi, konsultasi, pengadilan lokal arbitrase ICSID, arbitrase *ad hoc* dengan UNCITRAL atau pengadilan *ad hoc* lain yang disetujui oleh para pihak.³⁵ Mekanisme penyelesaian sengketa ini di dalam PMA biasa disebut sebagai *investor-state dispute settlement* (ISDS).

Acuan penyelesaian sengketa penanaman modal berdasarkan hukum internasional dapat dilihat pada pasal 33 Piagam PBB, yang telah memberikan pedoman bagi para pihak bersengketa.

“...the parties to any dispute... shall... seek a solution by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement resorting to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.”

Di Asia sendiri regulasi terkait penyelesaian sengketa penanaman modal asing diatur dalam pasal 27 hingga pasal 41 ACIA. Sengketa PMA antar anggota ASEAN akan diselesaikan berdasarkan ketentuan dalam *The Asean Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism* yang ditandatangani di Vientiane, *Lao People's Democratic Republic* (PDR) pada tanggal 29 November 2004. Sementara untuk menyelesaikan

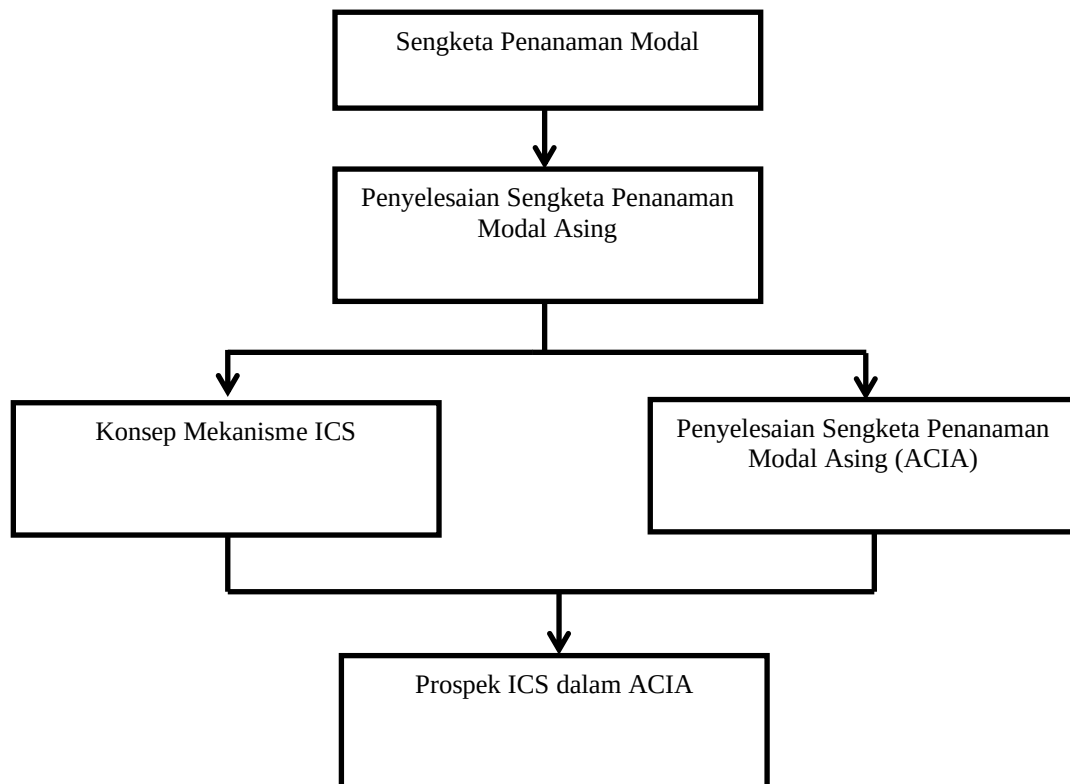
³⁵ Ni Komang Desi Miari, I Wayan Wiryawan, dan I Ketut Westra, “Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing,” *Hukum Bisnis FH Universitas Udayana* 12, no. 2 (2018).

sengketa antar penanam modal dengan Negara Anggota ASEAN dapat dilakukan melalui metode konsiliasi, konsultasi, peradilan yang diajukan oleh investor terhadap Negara Anggota ASEAN.

2) Kerangka Konsep

Dalam pembahasan ini penulis akan memaparkan terkait ruang lingkup dan bentuk-bentuk sengketa penanaman modal, konsep penyelesaian sengketa penanaman modal ISDS dan pilihan forum yang tersedia saat ini, selanjutnya kerangka regulasi PMA di dalam ASEAN melalui peraturan ACIA. Selanjutnya penulis akan memaparkan terkait konsep ICS sebagai alternatif penyelesaian sengketa penanaman modal dalam lingkup ASEAN.

Dalam menemukan prospek mekanisme ICS sebagai alternatif metode penyelesaian sengketa PMA penulis akan berfokus pada analisis definisi dan latar belakang pengembangan ICS, Karakteristik ICS, posisinya di dalam konsep mekanisme ISDS, serta perkembangannya di dalam dunia hukum internasional saat ini. Analisis ini kemudian akan menjadi dasar prospek mekanisme ICS sebagai alternatif penyelesaian sengketa PMA dalam ACIA dan bagaimana penerapan konsep ICS pada BIT Negara Anggota ASEAN serta dampak penerapannya bagi ACIA sendiri.



Gambar 1. 1 Kerangka Konsep

F. Metode Penelitian

1) Jenis Penelitian

Metode penelitian dalam penulisan skripsi ini menggunakan jenis penelitian yuridis normatif, yaitu meneliti bahan pustaka atau data sekunder sebagai bahan dasar penelitian.³⁶ Yuridis normatif adalah pendekatan yang mengacu kepada norma maupun aspek-aspek yang terdapat di dalam hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, khususnya difokuskan kepada perbedaan dan juga persamaan yang terdapat di dalam satu atau lebih sistem (tata) hukum yang berbeda.³⁷ Dalam hal ini penulis

³⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif* (Jakarta: Rajawali Pers, 2006).

³⁷ Kornelius Benuf dan Muhamad Azhar, "Metodologi Penelitian Hukum sebagai Instrumen Mengurai Permasalahan Hukum Kontemporer," *Jurnal Gema Keadilan* 3, no. 2 (2019): 145–60.

akan meneliti asas-asas maupun norma yang berlaku di dalam ICS dalam penyelesaian sengketa PMA. Penelitian ini juga diartikan sebagai penelitian hukum kepustakaan dengan menelaah teori-teori, konsep-konsep, asas-asas hukum serta peraturan perundang-undangan terkait PMA.

2) Jenis Pendekatan

Penulis menggunakan pendekatan konseptual (*conceptual approach*)³⁸ dalam menelaah mekanisme ICS sebagai alternatif penyelesaian sengketa investasi di ASEAN. Pendekatan ini digunakan untuk memahami konsep-konsep hukum yang melatarbelakangi ICS sebagai dasar argumentasi hukum terkait ICS sebagai metode alternatif penyelesaian sengketa PMA di ASEAN.

Informasi didapatkan dari pandangan-pandangan sarjana atau doktrin hukum yang berlaku. Namun penggunaan pendekatan konseptual tidak menutup kemungkinan bahwa pendekatan perundang-undangan (*statute approach*)³⁹ atau menggunakan referensi perundang-undangan tidak digunakan sama sekali. Ini dikarenakan terdapat kemungkinan untuk menemukan konsep hukum di dalam undang-undang. Dalam penelitian ini Konsep ICS dan penyelesaian sengketa penanaman modal ASEAN dapat ditemukan dalam regulasi yang bersifat *hard law* seperti pada perjanjian antara EU dan Mitranya terkait ICS, dan *Asean Comprehensive Investment*

³⁸ Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum*, 1 ed. (Mataram: Mataram University Press, 2020).

³⁹ Milda Istiqomah, "Kebijakan Formulasi Pengaturan 'Illicit Enrichment' Sebagai Upaya Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi," *Jurnal Media Hukum* 23, no. 1 (2016): 76–86, <https://doi.org/10.18196/jmh.2015.0069.76-86>.

Agreement, maupun *soft law* dalam kerangka kebijakan EU terkait dengan konsep ICS maupun perjanjian internasional yang dimiliki ASEAN.

3) Sumber Bahan Hukum

Data utama penelitian ini menggunakan data sekunder, adalah mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, dan sebagainya.⁴⁰ Dalam hal ini data sekunder yang dimaksud mencakup bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder:

- a. Bahan hukum primer dalam penelitian yang digunakan oleh penulis dalam penelitian ini berupa bahan hukum yang bersifat otoritatif, yakni bahan hukum yang mempunyai otoritas.⁴¹
- b. Bahan hukum sekunder berupa dokumen atau bahan hukum yang memberikan suatu penjelasan terhadap bahan hukum primer seperti buku, artikel, jurnal, hasil penelitian, makalah, pendapat para sarjana, komentar atas putusan hakim dan yurisprudensi yang memiliki hubungan dengan permasalahan yang dibahas.⁴² Termasuk pula wawancara dengan narasumber baik yang berasal dari kalangan profesional maupun kalangan instansi/ lembaga.

4) Teknik Pengumpulan Data

Penelitian ini menggunakan data sekunder, oleh karena itu pengumpulan data dilakukan dengan studi pustaka. Cara pengumpulan data

⁴⁰ Sri Mamudji et al., *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005).

⁴¹ I Ketut Suardita, *Pengenalan Bahan Hukum (PBH) Hukum Administrasi Negara bagi Mahasiswa Semester I Fakultas Hukum UNIVERSITAS UDAYANA* (Bali: Fakultas Hukum Universitas Udayana, 2017).

⁴² Agus Saiful Abib, B Rini Heryanti, dan Sukimin, "Model Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing Berbasis Keadilan," *Jurnal Humani (Hukum dan Masyarakat Madani)* 10, no. 2 (2018): 165–80.

melalui penelusuran, pengolahan, dan menelaah literatur, peraturan perundang-undangan, artikel-artikel atau tulisan yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti.

Mencari dan menemukan ide permasalahan hukum yang diteliti melalui bacaan dan informasi menggunakan internet, buku-buku dan referensi lainnya di media internet yang sesuai dengan penelitian. Selain daripada itu penulis juga melakukan *field study*, yaitu melakukan wawancara dan pertemuan konsultasi dengan para ahli khususnya yang bersangkutan dengan investasi asing.

5) Teknik Analisis Data

Peneliti menggunakan Teknik Komparatif, peneliti membandingkan konsep-konsep dan model hukum yang berbeda untuk menggambarkan secara lengkap, rinci, jelas, dan sistematis serta membandingkan data yang diperoleh. Peneliti menggunakan metode analisis normatif, peneliti menginterpretasikan dan mendiskusikan bahan hasil penelitian berdasarkan, konsep hukum, norma hukum, pengertian hukum, teori-teori hukum serta doktrin yang relevan terhadap pokok permasalahan.⁴³ Norma hukum sebagai premis utama yang kemudian dikorelasikan dengan fakta-fakta yang relevan sebagai premis minor dan melalui proses penyusunan secara sistematis, kemudian dikaji dengan metode berpikir secara deduktif dihubungkan dengan teori-teori dari studi kepustakaan. Kesimpulan dari

⁴³ Adi Wahyu Ilhami, “Pengelolaan Sarang Burung Walet di Kabupaten Barito Selatan dalam Perspektif Hukum Ekonomi Syariah” (UNIVERSITAS ISLAM NEGERI ANTASARI, 2018).

hasil analisis akan memberikan jawaban terkait prospek ICS sebagai alternatif penyelesaian sengketa PMA di Asia.⁴⁴

⁴⁴ Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum* (Bandung: PT. Citra AdityaBakti, 2004).