



# **MENGUJI KEDAULATAN NEGARA TERHADAP KESUCIAN KONTRAK KARYA FREEPORT**

INDONESIA  
FOR GLOBAL JUSTICE  
2017



# MENGUJI KEDAULATAN NEGARA TERHADAP KESUCIAN KONTRAK KARYA FREEPORT



## PENDAHULUAN

Globalisasi ekonomi meniscayakan cepatnya pergerakan uang, barang dan jasa dalam melintasi batas-batas antar negara. Di saat bersamaan, anggapan bahwa sebuah negara tidak mungkin maju (sejahtera) jika lepas dari arus ekonomi global, makin menguat. Investasi asing dianggap keharusan untuk mendongkrak pertumbuhan ekonomi dan kesejahteraan masyarakat. Meski nyatanya investasi asing tidak hanya berkorelasi dengan pertumbuhan ekonomi dan kesejahteraan, bersamaan dengannya muncul pula dampak sosial dan ekologis, yang dalam beberapa kasus sudah masuk pula dalam spektrum pelanggaran hak asasi manusia.<sup>1</sup> Lebih dari itu, investasi asing kerap mendapatkan sorotan di tengah menguatnya sentimen nasionalisme ekonomi yang menempatkan investasi asing dalam posisi diametral dengan kedaulatan negara atas perekonomian dan sumber daya alam.<sup>2</sup>

Polemik antara Pemerintah Republik Indonesia (PemRI) dan PT. Freeport-McMoran (Freeport) yang bermuara pada kemungkinan penyelesaian sengketa di arbitrase internasional (UNCITRAL), bermula dari keinginan PemRI melaksanakan mandat Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (UU Minerba). Undang-undang itu memandatkan Kontrak Karya (KK) dan PKP2B diubah menjadi Izin Usaha Pertambangan (IUP), tindakan yang menimbulkan konsekuensi hukum berupa penyesuaian skema fiskal, mekanisme kepatuhan terhadap perundang-undangan nasional lainnya, dan mempertegas superioritas negara terhadap pelaku usaha. UU Minerba juga memandatkan agar pemegang konsesi pertambangan membangun pabrik pengolahan (*smelter*) sebagai syarat mendapatkan izin ekspor dan diatur pula ketentuan tentang divestasi saham agar porsi kepemilikan negara dan/atau pelaku usaha nasional atas kegiatan pertambangan bisa semakin bertambah.

Pada perkembangannya, Freeport enggan menyesuaikan kegiatan usahanya dengan UU Minerba dengan dalih hal itu bertentangan dengan kesepakatan kedua pihak dalam KK yang juga harus dihormati sesuai dengan asas kesucian kontrak: *pacta sunt servanda*. Belakangan muncul keinginan Freeport membawa persoalan tersebut ke arbitrase

internasional yang makin mengkonfirmasi keengganan mereka untuk tunduk kepada *law of the land* (UU Minerba). Tindakan Freeport tersebut sejatinya bukanlah yang pertama, sebab saat Undang Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan diundangkan, Freeport juga berkeberatan dengan ketentuan larangan kegiatan pertambangan terbuka di kawasan dengan status hutan lindung yang jelas akan mengancam kelangsungan usahanya. Merespon hal itu, pemerintahan Megawati menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPPU) No. 1 Tahun 2004 yang membuka peluang kegiatan tambang secara terbuka di hutan lindung kepada 12 perusahaan, satu diantaranya Freeport.

Pergantian dan perubahan materi perundang-undangan kerap terjadi dalam kaitannya dengan polemik dengan perusahaan pertambangan (salah satunya dengan Freeport), hal itu tampak pula pada sengketa dalam periode 2017. Perubahan materi peraturan perundangan seakan menjadi kenormalan dalam konteks memenuhi permintaan (kepentingan) investasi (khususnya pertambangan). Karenanya, muncul pertanyaan besar mengenai bagaimana posisi kepentingan nasional (yang sudah diatur dalam peraturan perundang-undangan) saat berhadapan dengan kepentingan investor?

## HAK MENGUASAI NEGARA

Indonesia merupakan satu dari sedikit negara yang mengatur kegiatan ekonomi dalam konstitusinya, dan hal ini tidak lepas dari semangat zaman ketika UUD 1945 disusun. Kahin (1952) menyatakan bahwa perumusan konstitusi Indonesia dipengaruhi oleh: semangat anti kolonialisme, Islam, kolektivisme masyarakat adat, dan sosialisme.<sup>3</sup> Ciri sosialisme dalam UUD 1945 dapat dilihat dengan adanya pengaturan sistem perekonomian nasional (Pasal 33), provisi yang lazim ditemukan di negara bercorak sosialis.<sup>4</sup> Pasal 33 merupakan landasan konstitusional bagi penyelenggaraan sistem perekonomian yang berorientasi pada kesejahteraan (ayat 1) yang dilakukan dengan melakukan “penguasaan negara” atas cabang-cabang produksi (ayat 2) dan sumber daya agraria (ayat 3). Merujuk pada rumusan ini, semua bentuk kegiatan usaha berbasis lahan, termasuk di dalamnya kegiatan usaha pertambangan, harus dilakukan dalam kerangka “penguasaan negara” untuk menjamin sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, pun demikian dengan aktivitas pertambangan Freeport di Papua.

### Original Intent Pasal 33 ayat (3) UUD 1945

Pengaturan sistem perekonomian dalam konstitusi adalah bentuk penolakan pendiri bangsa terhadap corak demokrasi liberal yang hanya menitikberatkan pada aspek politik dan kebebasan semata. Hal ini tidak bisa dilepaskan dari perkembangan gagasan kedaulatan rakyat di negara-negara Eropa yang memisahkan kekuasaan politik (diatur dengan hukum publik/politik) dengan kekuasaan ekonomi (diatur dengan hukum privat/perdata). Prinsip dasar liberalisme yang menihilkan peran negara selaku pemegang kekuasaan politik tertuang dalam karya klasik Montesquieu, *Spirit of Law*.<sup>5</sup> Gagasan yang ditolak oleh pendiri bangsa yang menghendaki demokrasi Indonesia mencakup pula demokrasi ekonomi (yang menjamin kesejahteraan rakyat) selain demokrasi politik (yang menjamin kebebasan dan hak-hak sipil politik), sebagaimana dikemukakan oleh Ir. Soekarno dalam sidang BPUPKI, 1 Juni 1945: “Di Amerika ada suatu Badan Perwakilan Rakyat, dan tidakkah di Amerika kaum kapitalis merajalela?...Padahal ada Badan Perwakilan Rakyat! Tak lain tak bukan sebabnya...adalah yang dinamakan *democratie* di sana itu hanyalah *politieke democratie* saja; semata-mata tidak ada *sociale rechtvaardighied*, tak ada keadilan sosial, tidak ada *ekonomische democratie* sama sekali...saya usulkan: kalau kita mencari demokrasi, hendaknya bukan demokrasi Barat, tetapi permusyawaratan yang memberi hidup, yakni *politiek ekonmische democratie* yang mampu mendatangkan kesejahteraan sosial.”<sup>6</sup>

Konseptualisasi gagasan demokrasi ekonomi ini dapat dilihat secara lebih praktis dari pandangan Prof. Mr. Soepomo saat sidang BPUPKI, 31 Mei 1945 tentang negara integralistik yang menggambarkan bagaimana pola penguasaan negara atas “perusahaan” dan “tanah” dilakukan: “Sekarang tentang perhubungan antara negara dan perekonomian. Dalam negara berdasar integralistik...maka dalam lapangan ekonomi akan dipakai sistem “sosialisme negara” (*staatsocialisme*). Perusahaan-perusahaan yang penting akan diurus oleh negara sendiri, akan tetapi pada hakikatnya negara yang akan menentukan di mana dan di masa apa dan perusahaan apa yang akan diselenggarakan oleh pemerintah pusat atau oleh pemerintah daerah atau yang akan diserahkan kepada sesuatu badan hukum *prive* atau kepada seseorang, itu semua tergantung daripada kepentingan negara, kepentingan rakyat seluruhnya...Begitu pun tentang hal tanah. Pada hakikatnya negara yang menguasai tanah seluruhnya, tambang-tambang yang penting untuk negara akan diurus oleh negara sendiri.”<sup>7</sup>

Menilik ke belakang, gagasan mengenai perlunya penguasaan negara atas sumber daya agraria telah disampaikan oleh Moh. Hatta yang menanggapi bahwa hal tersebut merupakan kolektivisme yang berakar dari sistem nilai masyarakat desa.<sup>8</sup> Kolektivisme itu ditunjukkan dengan melakukan penguasaan atas tanah: “...segala tanah lainnya di liar lingkungan desa dan tanah milik

rakyat adalah di bawah kekuasaan negara. Perusahaan di atas tanah menguasai hidup orang banyak yaitu tempat orang banyak menggantungkan dasar hidupnya, mestilah berlaku di bawah kekuasaan atau pemilikan negara. Cara menjalankan eksploitasinya boleh diserahkan kepada badan yang bertanggung jawab, di bawah pemilikan anggota badan pengurus negara atau bagiannya menurut peraturan yang tertentu.”<sup>9</sup>

Gagasan para perumus UUD 1945 tentang demokrasi ekonomi pada dasarnya tidak menempatkan hak menguasai negara (HMN) sebagai sesuatu yang absolut, sebab secara implisit Pasal 33 tidak melarang penguasaan atau pemilikan sumber daya agraria oleh entitas privat. Berkenaan dengan itu, Asshiddiqie (1995) berpendapat bahwa Pasal 33 UUD 1945 sebetulnya memberikan kategorisasi atas jenis-jenis sumber kemakmuran (yakni cabang produksi dan sumber daya alam) yang dapat menjadi acuan bagaimana hak menguasai negara dilakukan: a) Sumber-sumber kemakmuran yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak; b) Sumber-sumber kemakmuran yang penting bagi negara, tetapi tidak menguasai hajat hidup orang banyak; c) Sumber-sumber kemakmuran yang tidak penting bagi negara, tetapi menguasai hajat hidup orang banyak; d) Sumber-sumber kemakmuran yang tidak penting bagi negara dan tidak menguasai hajat hidup orang banyak.<sup>10</sup> Berdasarkan kategorisasi ini negara dapat mengidentifikasi kegiatan-kegiatan apa saja yang harus secara mutlak harus diusahakan oleh negara, dapat diberikan kepada badan usaha milik negara, atau sepenuhnya dapat diberikan kepada entitas privat.

### Interpretasi Mahkamah Konstitusi atas Hak Menguasai Negara

Liberalisasi sektor ekonomi pasca amandemen UUD 1945 tampak pada privatisasi BUMN dan sektoral, hal itu menimbulkan polemik di masyarakat di antaranya dengan munculnya pengajuan ke Mahkamah Konstitusi (MK) sejumlah undang-undang privatisasi sektoral. Lima perundang-undangan terkait penguasaan negara atas sumber-sumber kemakmuran yang diajukan ke MK yakni UU Ketenagalistrikan, UU Minyak dan Gas Bumi, UU Sumber Daya Air, dan UU Penanaman Modal. Kesemuanya memiliki benang merah yang dapat dilihat dari dalil permohonan pengujian perundang-undangan tersebut. Benang merah tersebut berkaitan dengan penetrasi liberalisme/neo-liberalisme dalam bentuk deregulasi, privatisasi, liberalisasi, dan komersialisasi dalam pengelolaan sumber-sumber kemakmuran. Hal tersebut dianggap akan mereduksi peran negara dalam penguasaan sumber-sumber kemakmuran menurut Pasal 33 UUD 1945. Atas pengajuan permohonan pengujian tersebut, MK memberikan putusan yang berbeda-beda. **Pertama**, Hak Menguasai Negara (HMN) bukanlah

kepemilikan dalam konsepsi hukum perdata, melainkan kepemilikan publik oleh rakyat secara kolektif (dalam putusan perkara pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan). **Kedua**, HMN adalah mandat rakyat secara kolektif kepada negara (dalam putusan perkara pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas). **Ketiga**, HMN untuk melindungi kemakmuran rakyat (dalam putusan perkara pengujian Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal).

**Keempat**, HMN tidak dapat dikurangi atau ditiadakan oleh pemberian hak atas tanah (dalam putusan perkara pengujian Undang-Undang Penanaman Modal). **Kelima**, pembatasan penguasaan dan redistribusi tanah dalam rangka melindungi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (dalam putusan perkara pengujian Undang-Undang Penanaman Modal). **Keenam**, “Sebesar-besarnya Kemakmuran Rakyat” sebagai ukuran utama dalam pengelolaan segala kekayaan alam yang ada (dalam putusan perkara pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Perairan Pesisir dan Pulau-pulau Kecil terhadap UUD RI 1945).

### **Meluruskan Penyimpangan Terhadap Hak Menguasai Negara**

Pada dasarnya UU Minerba berupaya meluruskan penyimpangan terhadap kosep HMN, di mana pemerintah telah melakukan tindakan keperdataan dengan pihak lain dalam sebuah hubungan kontraktual. Kontrak Karya Freeport disepakati pada 7 April 1967 dengan menggunakan payung hukum Undang-undang No. 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan Pokok Pertambangan dan Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA). Pasal 8 UU No. 1/1967 menyatakan bahwa kegiatan PMA di bidang pertambangan dilakukan dengan bentuk KK atau bentuk lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Hal ini ditegaskan kembali di Pasal 10 UU No. 11/1967 yang menyatakan bahwa dalam mengusahakan kegiatan pertambangan, pemerintah dapat menunjuk pihak lain sebagai kontraktor untuk mengadakan perjanjian kontrak karya.

Pilihan untuk menggunakan KK dilakukan karena pada saat itu belum ada bentuk baku perjanjian kerjasama perusahaan tambang, sehingga dipilih model yang serupa dengan kontrak bagi hasil pada investasi asing dalam kegiatan pertambangan minyak bumi. Sebagai hubungan kontraktual antara kedua belah pihak, KK merupakan hukum yang mengikat baik bagi pemerintah Indonesia maupun bagi Freeport dan atasnya berlaku asas kesucian kontrak (*pacta sunt servanda*).

Pasal 21 dalam KK memastikan bahwa semua sengketa yang timbul akibat pelanggaran isi kontrak dalam hubungan kontraktual ini akan dibawa ke mekanisme sengketa arbitrase internasional (UNCITRAL) berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak dan dilakukan setelah menempuh proses konsultasi dan negosiasi untuk menemukan jalan keluar. Hal ini merupakan konsekuensi langsung atas bentuk hubungan antara pemerintah dan Freeport yang mengikatkan diri dalam hubungan keperdataan. Negara, yang

diwakili pemerintah, dianggap memiliki kedudukan hukum yang setara dengan sebuah badan usaha sehingga segera perubahan berkenaan dengan pengaturan kegiatan Freeport tidak dapat dilakukan secara sepihak oleh Negara selaku penguasa publik. Hal ini jelas membatasi pelaksanaan fungsi negara dalam melakukan penguasaan atas sumber daya alam sesuai dengan mandat Pasal 33 ayat (3) UUD 1945.

UU Minerba meluruskan kekeliruan ini dengan mengembalikan fungsi negara sebagai penguasa publik atas sumber daya alam -bukan sebagai penguasa privat yang dapat melakukan hubungan kontraktual dengan pihak ketiga, yang ditandai dengan mandat penyesuaian semua rezim kontrak dalam kegiatan pertambangan (kontrak karya dan perjanjian karya penguasaan batu bara) menjadi rezim perizinan. Dengan demikian UU Minerba menginginkan perubahan pengaturan dari hukum keperdataan menjadi hukum administrasi negara dalam relasi antara negara dengan investor yang mengusahakan kegiatan pertambangan.

Berkenaan dengan hal ini, Pasal 169 UU Minerba menyatakan bahwa semua kegiatan pertambangan yang dilakukan dalam kerangka rezim kontrak yang telah ada saat undang-undang ini dibuat tetap dinyatakan berlaku sampai berakhirnya periode kontrak dengan kewajiban melakukan penyesuaian isi kontrak dengan ketentuan yang diatur dalam undang-undang paling lambat 1 tahun sejak berlakunya UU Minerba.

Perubahan signifikan dari perubahan rezim kontrak menjadi rezim perizinan adalah berubahnya pola relasi antara negara sebagai badan hukum dengan investor yang tidak lagi setara dalam sebuah perjanjian melainkan menjadi pola relasi administratif dimana negara memiliki kewenangan untuk melakukan pengawasan terhadap kegiatan yang dilakukan oleh penerima izin.

Hal ini juga berdampak pada pilihan penyelesaian sengketa yang diselesaikan melalui mekanisme peradilan tata usaha negara, bukan mekanisme arbitrase karena objek sengketa adalah kebijakan/keputusan tata usaha negara yang dibuat oleh pemberi izin. Selama ini, menggugat Pemerintah Indonesia di arbitrase telah menjadi pilihan yang paling banyak dilakukan oleh investor tambang, sebanyak 75% kasus gugatan ISDS berasal dari sektor ini. Hal ini tentu merugikan pemerintah baik secara ekonomi (mengingat besarnya biaya berperkara di arbitrase internasional) dan lebih dari itu menyebabkan terhambatnya pelaksanaan kebijakan atau lahirnya kebijakan baru. Selain itu, dampak fiskal dari perubahan rezim pengelolaan memaksa Freeport untuk menyesuaikan pengenaan sistem perpajakan dengan ketentuan nasional yang berlaku bukan menggunakan pola pengenaan pajak tetap yang disepakati saat kontrak dibuat.

Perubahan rezim kontrak menjadi rezim izin merupakan langkah yang dilakukan untuk menjamin konstitusionalitas penyelenggaraan kegiatan pertambangan sesuai dengan ketentuan Pasal 33 ayat (3). Selain mengembalikan kedudukan negara sebagai penguasa publik, UU Minerba juga memuat ketentuan lain yang didesain sebagai langkah negara untuk menjamin penguasaan negara yang memastikan sebesar-besarnya kemakmuran bagi rakyat sesuai



dengan *original intent* dan penafsiran MK mengenai penerapan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945.

Sayangnya, sikap pemerintah belum 100% sejalan dengan semangat UU Minerba. Hal itu terlihat dengan masih saja diberikannya kelonggaran dari keharusan yang sudah diatur dalam UU Minerba. Hal yang pada dasarnya dapat menjadi preseden buruk bagi upaya pemerintah untuk melakukan penataan pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya alam yang berorientasi pada sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Salah satu contohnya, pemberian “IUPK Sementara” kepada Freeport adalah langkah mundur yang hanya dilandasi oleh pragmatisme yang mengabaikan semangat penataan pengelolaan sumber daya alam berdasar Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Istilah “IUPK Sementara” tidak dikenal dalam rezim perundang-undangan minerba yang berlaku saat ini, bentuk “perizinan” ini tidak lain merupakan *quasi-izin*, izin semu yang “palsu” sebab sama sekali tidak mengubah ketentuan dalam KK yang menjadi pokok permasalahan konstitusionalitas penyelenggaraan kegiatan tambang dalam hubungan kontraktual keperdataan.

### HUKUM INVESTASI INTERNASIONAL

Polemik antara pemerintah dan Freeport merepresentasikan hubungan yang kerap kali bersifat dialektis antara kepentingan nasional dari negara penerima investasi (*host States*) dengan kepentingan investor asing, baik itu yang berbentuk perusahaan swasta maupun perusahaan asing yang dimiliki oleh negara (*State owned companies*), maupun dengan negara asal investor asing tersebut. Hukum investasi internasional sebagai salah satu disiplin dalam ilmu hukum internasional berusaha menjembatani hubungan dialektis tersebut dengan mengupayakan sebuah kerangka aturan tentang investasi asing yang dapat diterima oleh semua pihak.

Dalam kurun 65 tahun terakhir berbagai upaya, baik dalam kerangka PBB ataupun melalui mekanisme multilateral lainnya, telah dilakukan untuk mengkodifikasi dan mengembangkan kerangka aturan dalam hubungan investasi internasional.<sup>11</sup> Namun sampai saat ini belum ada satu perjanjian internasional yang secara komprehensif berhasil dicapai. Karenanya hukum investasi internasional masih mengacu pada hukum kebiasaan internasional (*customary international law*), yurisprudensi dari peradilan internasional dan tribunal, perjanjian-perjanjian investasi bilateral, dan berbagai instrumen *soft law* yang dikembangkan dalam kerangka PBB atau organisasi-organisasi di bawahnya.<sup>12</sup>

### Perkembangan hukum investasi internasional

Perkembangan sejarah peradaban manusia tidak lepas dari hubungan perdagangan antar bangsa. Interaksi manusia dari berbagai latar belakang budaya dan peradaban melahirkan kebutuhan pengaturan aktivitas perekonomian yang dapat diterima semua pihak. Hukum investasi internasional berkembang sebagai konsekuensi dari meningkatnya hubungan perdagangan dan kegiatan usaha antar bangsa. Karena itu hukum investasi internasional juga kerap disebut

sebagai salah satu cabang ilmu hukum tertua.

Selain itu, sifat alami hubungan ekonomi antar bangsa yang melibatkan manusia dari beragam negara yang memiliki sistem, karakteristik, dan budaya hukum yang berbeda juga menjadikan disiplin ini sebagai salah satu disiplin ilmu hukum yang paling kompleks. Di dalamnya terdapat dimensi hukum publik selain hukum perdata, sebab aktivitas usaha lintas batas teritorial akan bersinggungan pula dengan aspek kedaulatan sebuah bangsa, dalam hal ini kedaulatan hukum, politik, dan ekonomi saat berhadapan dengan entitas asing yang melakukan aktivitas usaha di wilayah yurisdiksinya.

Dalam konteks ini berkembang pandangan yang menanggapi negara berdaulat memiliki kekuasaan penuh untuk mengatur entitas usaha asing yang beroperasi di wilayahnya. Di sisi lain, terdapat pula pandangan yang memandang bahwa aktivitas perekonomian yang melibatkan subjek hukum lintas bangsa hendaknya tidak dibatasi oleh kerangka hukum lokal, melainkan oleh standar minimum yang diakui secara internasional. Perkembangan hukum investasi internasional karenanya merupakan pendulum dari dua titik ekstrem ini: kepentingan nasional dari negara penerima investasi (*host States*) versus kepentingan investor asing dan negara asal investor tersebut.

### Pengakuan PBB Terhadap Kedaulatan Negara Atas Sumber Daya Alam

Mencermati sejarah perkembangan hukum investasi internasional, terlihat adanya antinomi atau pertentangan nilai yang merepresentasikan polarisasi kepentingan antara negara-negara maju (*investor-state*) dengan negara-negara berkembang (*host states*). Hal ini pula yang terjadi saat PBB melakukan upaya kodifikasi pengaturan investasi asing dalam aturan internasional yang disepakati bersama. Negara-negara asal investor berpegang pada keharusan kedua belah pihak (investor dan negara penerima investasi) untuk menghormati kontrak investasi yang telah ada sesuai dengan asas kesucian kontrak (*pacta sunt servanda*).

Sementara itu di sisi lain, negara penerima investasi yang didorong oleh semangat anti kolonialisme menghendaki adanya pembaruan penataan pengelolaan sumber-sumber perekonomian mereka dengan menerbitkan legislasi dan kebijakan baru yang secara prinsip dapat mencederai kesepakatan yang telah dibuat sebelumnya dengan investor. Kontestasi dua kepentingan ini melatari lahirnya beberapa resolusi Majelis Umum (*General Assembly*) sebagai forum tertinggi dalam organisasi PBB yang menyinggung perihal hubungan investasi asing dan kedaulatan negara penerima investasi: a) Resolution 1803 (XVII) on the Permanent Sovereignty of States over Their Natural Resources (PSNR), pada 14 Desember 1962; b) Resolution 3201 (S-VI) on the Declaration on the Establishment of a New International Economic Order; c) Resolution 3202 (S-VI) on Programme of Action on the Implementation of the Declaration, keduanya pada 1 Mei 1974, dan; d) Resolution 3281 (XXIX) on Charter of Economic Rights and Duties of States, pada 12 Desember 1974.

Resolusi 1803 tentang PSNR merupakan salah satu terobosan terpenting yang dapat menemukan titik temu antara kepentingan negara investor dan negara penerima investasi. Formulasi resolusi ini tidak mengikuti Doktrin Calvo maupun Hull Formula, melainkan mencari jalan tengah yang mengafirmasi kepentingan kedua belah pihak sebagaimana dapat dilihat dalam pokok pengaturannya.

*Pertama*, resolusi ini menegaskan bahwa kedaulatan atas sumber daya alam dan sumber kekayaan lain di sebuah negara merupakan hak yang dimiliki oleh negara dan orang-orang yang berada di dalamnya (*the right of peoples and nations*). Pemenuhan hak tersebut hanya dapat dilakukan dengan mempertimbangkan kepentingan pembangunan nasional dan kesejahteraan dari orang-orang yang ada di negara tersebut.

*Kedua*, segala aktivitas eksplorasi, eksploitasi atau bentuk perusahaan lainnya atas sumber-sumber kemakmuran dan sumber daya alam di sebuah negara serta investasi asing yang dibutuhkan untuk melaksanakan kegiatan perusahaan tersebut harus sejalan dengan aturan dan prasyarat-prasyarat yang dirasakan perlu oleh negara dan orang-orang yang ada di dalamnya. Hal ini memberikan kewenangan kepada negara untuk memberikan otorisasi, pembatasan, atau bahkan larangan atas dilakukannya aktivitas perusahaan tersebut.

*Ketiga*, dalam hal negara memberikan otorisasi (izin) atas dilakukannya perusahaan sumber daya alam oleh investor asing, kesepakatan mengenai pembagian keuntungan yang didapat dari kegiatan tersebut harus diatur berdasarkan peraturan nasional yang berlaku dan hukum internasional. Kesepakatan mengenai pembagian keuntungan harus dilakukan dengan penuh kehati-hatian sedemikian sehingga tidak melanggar prinsip kedaulatan negara atas sumber daya alam.

*Keempat*, tindakan nasionalisasi, pengambilalihan aset (*expropriation*), ataupun permintaan dari negara penerima investasi untuk melakukan penyesuaian (*requisitioning*) atas kegiatan usaha yang dilakukan oleh investor asing hanya boleh dilakukan atas dasar: i) kepentingan publik; ii) keamanan; iii) dan kepentingan nasional yang secara nyata dapat dibuktikan dan bukan kepentingan individual/privat baik itu asing ataupun domestik. Jika tindakan-tindakan tersebut dilakukan maka kompensasi yang wajar (*appropriate*)<sup>13</sup> harus diberikan dan tindakan tersebut dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan yang berlaku yang tidak melanggar kaidah umum hukum internasional. Jika muncul sengketa yang diakibatkan dari tindakan ini, maka atas dasar kesepakatan kedua belah pihak penyelesaian sengketa dilakukan melalui mekanisme adjudikasi atau arbitrase internasional.<sup>14</sup>

Meski Resolusi 1803 dianggap lebih berpihak kepada kepentingan negara-negara berkembang (penerima investasi), relatif tidak ada penolakan berarti dalam proses tercapainya resolusi ini. Lebih dari itu dalam beberapa putusan adjudikasi dan arbitrase internasional, prinsip-prinsip dalam resolusi ini salah satunya yang dapat dilihat pada kasus *Texaco v Libya* dimana arbiter menyatakan bahwa resolusi 1803 merefleksikan hukum kebiasaan internasional: “*On the basis of the circumstances of adoption mentioned above and by expressing*

*an opinion juris communis, resolution 1803 (XVII) seems to this tribunal to reflect the state of customary international law existing in this field.*”<sup>15</sup>

Hal ini menjadi sangat signifikan mengingat resolusi Majelis Umum PBB dalam hukum internasional merupakan *soft law* yang tidak mengikat (*non-legally binding*) dan tidak dapat serta merta ditegakkan (*non-enforceable*). Dengan memperoleh status sebagai *customary international law*, prinsip-prinsip mengenai kedaulatan permanen negara atas sumber daya alam telah menjadi sumber hukum internasional sesuai dengan Article 38 (1) dari statuta *International Court of Justice* (ICJ) dan karenanya dapat diperlakukan sebagai hukum selayaknya konvensi internasional yang memiliki kekuatan hukum mengikat.<sup>16</sup>

Dengan demikian sebagai salah satu sumber hukum internasional, prinsip kedaulatan permanen negara atas sumber daya alam dapat digunakan oleh negara untuk melakukan tindakan-tindakan yang dirasa perlu dalam rangka pemenuhan prinsip-prinsip atau hak yang diatur di dalamnya. **Lebih dari itu, prinsip tersebut juga dapat digunakan sebagai klaim yang kuat saat negara tersebut bersengketa dengan negara atau pihak lain di berbagai mekanisme penyelesaian sengketa internasional.**

Resolusi 1803 ditegaskan kembali dalam Resolusi 3201 tentang deklarasi *New International Economic Order* (NIEO) yang menyatakan bahwa fondasi tatanan baru ekonomi internasional salah satunya adanya pemenuhan secara utuh hak atas kedaulatan permanen negara atas sumber daya alam: *In order to safeguard these resources, each state is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of full permanent sovereignty of the state. No state may be subjected to economic, political, or any type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right.*<sup>17</sup>

Dapat disimpulkan bahwa prinsip kedaulatan permanen negara atas sumber daya dalam merupakan prasyarat dikehendaki untuk mewujudkan tata ekonomi dunia yang baru (*enabling condition*). Beberapa sarjana bahkan berpendapat bahwa prinsip kedaulatan permanen negara atas sumber daya alam telah diakui sebagai salah satu prinsip fundamental dalam hukum internasional kontemporer. Negara-negara berkembang dan negara maju sama-sama menggunakan ketentuan yang terangkum dalam prinsip tersebut di Resolusi 1803 untuk melindungi kepentingannya masing-masing.<sup>18</sup> **Lebih dari itu, Resolusi 1803 juga telah dianggap sebagai prinsip utama dalam hukum internasional yang dapat digunakan untuk menyatakan ketidakberlakuan (*invalidate*) sebuah perjanjian investasi yang bertentangan dengan prinsip kedaulatan permanen negara, untuk merestrukturisasi/menegosiasikan kembali kesepakatan investasi berjalan, atau untuk mengembangkan bentuk baru dalam kesepakatan investasi asing.**<sup>19</sup>

### **Mempertanyakan Validitas Asas Kesucian Kontrak dalam Hukum Internasional Kontemporer**

Lahirnya Resolusi 1803 tentang PSNR dan kontribusinya dalam pembentukan hukum investasi internasional serta statusnya yang sudah diakui sebagai bagian dari *customary international law* -atau bahkan mencapai status sebagai *jus cogens*<sup>20</sup> seperti yang diyakini oleh beberapa sarjana<sup>21</sup>, memunculkan kembali perdebatan mengenai asas kesucian kontrak dalam hubungan kontraktual antara negara dan entitas swasta asing (investor). Hal ini menempatkan kedua prinsip hukum internasional ini dalam posisi diametral yang saling menegasikan satu sama lain.

Perlu dicatat bahwa dalam konteks hukum internasional, asas *pacta sunt servanda* memang telah lama diakui sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional<sup>22</sup>Hans Kelsen bahkan menempatkan asas ini sebagai *grundnorm* dari keseluruhan sistem yang kelak dikenal sebagai hukum internasional (*the law of nations*).<sup>23</sup> Namun seiring dengan perkembangan hukum internasional yang tidak hanya menempatkan negara sebagai subjek hukum internasional, asas ini dianggap tidak lagi relevan terutama dalam kaitannya dengan hubungan kontraktual antara dua entitas yang tidak setara: negara dan entitas individual/privat asing, dalam konteks ini investor asing.

Terdapat polemik tajam dikalangan sarjana hukum internasional berkaitan dengan keberlakuan asas kesucian kontrak antara negara dan investor asing. Di pihak yang beranggapan asas tersebut tetap berlaku dalam hubungan kontraktual antara negara dan pihak swasta asing adalah Prof. Hans Wehberg yang melakukan telaah atas orisinalitas asas kesucian kontrak:

*We have described above the rule of Pacta sunt servanda as a general principle of law that is found in all nations. It follows, therefore, that the principle is valid exactly in the same manner, whether it is in respect of contracts between states or in respect of contracts between states and private companies. Whether one regards, with Verdross, the contracts of a state with a foreign company for the purpose of granting a concession as being quasi-international law agreements, or whether one ascribes to them another character, the principle of the sanctity of contracts must always be applied.*

*...the principle of sanctity of contracts is an essential condition of the life of any social community. The life of the international community is based not only on relations between states, but also, to an ever-increasing degree, on relations between states and foreign corporations or foreign individuals. No economic relations between states and foreign corporations can exist without the principle Pacta sunt servanda... The best proof that the principle also applies in such a case is the following fact: it has long been suggested that disputes between states and foreign companies (or foreign individuals) should be submitted to international adjudication. Such a course would be meaningless if the principle Pacta sunt servanda were not applicable also to that kind of relations.*<sup>24</sup>

Wehberg beranggapan bahwa perkembangan ekonomi kontemporer telah menyebabkan pola relasi internasional tidak

terbatas pada hubungan antara negara yang memiliki kedudukan setara, melainkan juga mencakup hubungan antara negara dan entitas privat asing. Dalam pandangannya, untuk menjamin agar pola relasi tersebut berjalan dalam keadaban maka penghormatan terhadap semua perjanjian yang muncul dari relasi tersebut harus dihormati dan berlaku sama kuatnya seperti hubungan perjanjian yang dilakukan antara negara berdaulat. Hal ini juga berkaitan dengan penyelesaian sengketa yang muncul dalam relasi tersebut, yang menurutnya akan mustahil dijalankan jika asas kesucian kontrak dianggap tidak berlaku dalam pola relasi ini.

Dalam pandangan yang bersebrangan, terdapat pula pandangan yang menanggapi pendukung asas kesucian kontrak telah gagal melihat perbedaan fundamental antara hubungan kontraktual yang murni bersifat privat (antara individu) dengan hubungan kontraktual yang memiliki dimensi publik di dalamnya.<sup>25</sup> Kelompok ini berargumen bahwa asas kesucian kontrak berakar dari semangat individualisme *laissez-faire* abad ke-19 yang tidak lagi relevan dan kontekstual dengan situasi kontemporer. Semangat individualisme ini merepresentasikan kebebasan berkehendak (*free will*) dari para pihak yang mengikatkan diri dalam sebuah perjanjian.<sup>26</sup>

Dalam alam pikir liberalisme dan kapitalisme abad ke-19 ini, kontrak menempati posisi yang sangat penting untuk mewujudkan kepentingan setiap individu (*individual self-interest*) dan karenanya campur tangan otoritas publik di dalamnya menjadi hal yang tabu.<sup>27</sup> Dalam konteks ini, institusi pengadilan juga mengafirmasi kebebasan setiap individu untuk membuat kontrak (*freedom of contract*) dan kewajiban untuk melakukan penghormatan atasnya sebagai wujud asas kesucian kontrak. Hal ini misalnya terlihat dalam pandangan Sir George Jessel MR dalam *Printing and Numerical Registration co v Sampson*, kasus landmark berkaitan dengan asas kesucian dan kebebasan berkontrak di pengadilan Inggris pada tahun 1875: “...if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider—that you are not lightly to interfere with this freedom of contract.”<sup>28</sup>

Meski demikian, dalam kenyataannya asas kebebasan berkontrak kerap kali menjurus pada tindakan sewenang-wenang yang dilakukan oleh pihak yang memiliki relasi kuasa lebih besar dalam sebuah hubungan kontraktual.<sup>29</sup> Hal ini misalnya terlihat dalam hubungan kontrak antara pemilik pabrik dengan buruh di abad ke-19. Dalam konteks ini, gagasan tentang kebebasan dan kesucian kontrak perlahan mulai ditinggalkan dengan diperkenalkannya pendekatan intervensionis dalam hubungan kontraktual melalui intervensi kebijakan politik dan legislatif oleh negara, terutama yang berkaitan dengan perlindungan terhadap pihak-pihak yang lemah dalam hubungan keperdataan.



Dalam konteks hubungan perburuhan misalnya, hal ini dapat dipahami sebagai bergesernya hubungan kontrak antara buruh-majikan dari hubungan keperdataan biasa (yang didalamnya melekat asas kebebasan dan kesucian kontrak) menjadi hubungan yang berdimensi publik. Dengan kata lain asas kesucian dan kebebasan berkontrak hanya dihormati sepanjang kepentingan publik juga tidak dilanggar. Bersandar pada pemikiran ini, pihak yang menolak universalitas asas kesucian kontrak berpandangan bahwa intervensi negara untuk mengatur kontrak telah menjadi hal yang umum di negara-negara *welfare state* dan hal tersebut dengan sendirinya telah menegasikan asas kesucian kontrak, sebagaimana dikemukakan oleh Sornarajah (1986): “*The powers of the State have been used to regulate conditions of employment, to prohibit restrictive business practices and to protect the consumer. The increasing regulation of the market-place and the economy by the State has considerably eroded the notion of sanctity of contracts. With such an accent on the role of the State in the regulation of the economy, it is doubtful that the notion of sanctity of contracts can limit a State in its own contractual dealings. In view of these developments the value of the doctrine of sanctity of contracts as a general principle of law must be doubted.*”<sup>30</sup>

Pandangan kelompok yang menolak universalitas asas kesucian kontrak semakin relevan seiring dengan lahirnya Resolusi 1803 tentang PSNR, terutama dalam hubungan kontrak yang berkaitan dengan eksplorasi dan eksploitasi sumber daya alam.<sup>31</sup> Selain itu, jika asas kesucian kontrak atas hubungan kontraktual antara negara dengan entitas privat asing hendak disetarakan selayaknya hubungan perjanjian antara negara-negara berdaulat seperti yang dikemukakan oleh Wehberg, maka perlu diperhatikan bahwa hukum internasional juga mengenal asas *clausula rebus sic stantibus* selain asas *pacta sunt servanda*.

Asas ini merupakan doktrin hukum internasional yang menyatakan bahwa sebuah perjanjian atau kesepakatan di antara bangsa-bangsa dapat dinyatakan tidak berlaku (*invalid*) jika perubahan situasi yang fundamental (*fundamental changed circumstances*) yang menyebabkan perjanjian atau kesepakatan tersebut tidak dapat diterapkan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa dalam perjanjian internasional asas kesucian kontrak tidak dapat diberlakukan secara mutlak. Oleh karena itu pemberlakuan asas ini dalam perjanjian atau hubungan kontraktual antara sebuah negara dengan entitas privat asing juga menjadi sangat relevan. Asas ini telah lama disepakati sebagai bagian dari *customary international law* yang kemudian diafirmasi di dalam Article 62 Vienna Convention on the Law of Treaties.

Dalam konteks investasi internasional, telah terdapat beberapa preseden penggunaan asas *clausula rebus sic stantibus* terutama karena terjadinya perubahan situasi (*changed circumstances*) sebagai unsur pokok untuk mengklaim penerapan asas ini. Pertama, saat terjadi kenaikan harga minyak dunia secara drastis di dekade 70-an yang menyebabkan negara-negara penerima investasi (*host countries*) mendesak investor pemilik konsesi minyak di

negaranya menegosiasikan kembali kontrak mereka untuk menyesuaikan kesepakatan pembagian hasil dan kebijakan fiskal yang dikenakan.

Berkenaan dengan hal ini, negara-negara penerima investasi menolak klaim pemegang konsesi terkait dengan asas kesucian kontrak dengan menyatakan bahwa perubahan ketentuan dan penyesuaian kontrak yang bersifat retrospektif dapat dibenarkan secara hukum pada konteks ini. Hal ini dilakukan, misalnya, oleh Inggris dan Norwegia yang pada tahun 1975 mengesahkan legislasi baru untuk memaksa pengenaan pajak yang lebih tinggi kepada pemegang konsesi minyak di negaranya menyesuaikan dengan naiknya keuntungan yang mereka dapatkan akibat melonjaknya harga minyak dunia.

Tindakan yang dilakukan oleh Inggris dan Norwegia mengafirmasi perbedaan kepentingan yang bersifat antinomis antara investor yang berkepentingan atas stabilitas dan kepastian usahanya dengan negara yang memiliki kepentingan publik. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Higgins (1982): “*The problems that arise in balancing the legitimate expectations of a private party, which has invested on the basis of agreements which it expects to continue into the future, and of the legitimate needs of a government to protect the public interest against changed and unforeseen circumstances, is not peculiar to petroleum concessions in the developing world. The United Kingdom experience in the North Sea is witness to the fact that the same pressures operate upon all nations possessing important exploitable natural resources, regardless of their stage of development or their traditional commitment to the sanctity of contracts and the inviolability of international obligations.*”

Prinsip *clausula rebus sic stantibus* juga sedikit banyak digunakan dalam penyelesaian sengketa antara *Questech Inc* dengan Kementerian Pertahanan Iran oleh *Iran-US Claims Tribunal*<sup>32</sup> ssebagai tindak lanjut penyelesaian krisis dan sengketa antara kedua negara yang muncul akibat Revolusi Islam Iran tahun 1979. Dengan mengajukan klaim bahwa telah terjadi perubahan situasi yang fundamental, pemerintah Iran mendapatkan justifikasi untuk membatalkan kontrak dengan *Questech Inc* dalam rangka pengembangan kemampuan pengumpulan informasi intelijen angkatan udara Iran. Dalam putusannya, arbiter mengafirmasi faktor-faktor yang memenuhi klaim Iran mengenai terjadinya perubahan situasi (*changed circumstances*) tersebut: “*The fundamental changes in the political conditions as a consequence of the revolution in Iran, the different attitude of the new government and the new foreign policy, especially towards the United States which had considerable support in large sections of the people; the drastically changed significance of the highly sensitive military contracts ... especially those to which the U.S. companies were parties.*”

Penerapan prinsip ini juga dapat dilihat dalam penyelesaian sengketa antara pemerintah Kuwait dengan *the American Independent Oil Company* (Aminoil) pada tahun 1982. Sengketa ini bermula ketika Aminoil, yang mendapatkan konsesi perusahaan minyak di Kuwait selama 60 tahun dari



## KESIMPULAN

Konflik Pemerintah Indonesia dan Freeport merupakan keadaan yang timbul dari situasi “keliru” yang dibiarkan berlarut-larut, yakni tindakan pemerintah mengambil bentuk kontrak (perdata) dalam mengelola kekayaan dan sumber daya alam (termasuk potensi tambang). Pengelolaan oleh Negara adalah perwujudan Hak Menguasai Negara (HMN) yang tidak lain dan tidak bukan bertujuan untuk sebesar-besarnya kesejahteraan dan kemakmuran rakyat. Namun kenyataannya, bentuk Kontrak telah mereduksi pemaknaan dari HMN yang dengan sendirinya menegasikan tujuan utama dari keberadaan hak tersebut.

Kehadiran UU Minerba diniatkan untuk memperbaiki situasi “keliru” dimaksud di atas, yang salah satu caranya dengan mengubah rezim Kontrak ke Izin yang sejalan dengan konsep HMN. Rezim izin diperlukan untuk mereposisi pihak-pihak yang terlibat dalam pengelolaan potensi pertambangan (dalam hal ini adalah Negara dan Investor). Selain itu, rezim Izin menjadi pilihan yang harus diambil untuk mencegah Negara terlempar pada situasi tidak menguntungkan lainnya yang muncul dari penggunaan Kontrak, salah satunya adalah penyelesaian sengketa yang menggunakan mekanisme arbitrase internasional yang memposisikan negara setara dengan private sektor.

Kehadiran Resolusi 1803 tentang PSNR dan asas *clausula rebus sic stantibus* sebagai *customary international law* dapat dijadikan dasar hukum bagi pemerintah Indonesia dalam menghadapi Freeport dan investor tambang asing pada umumnya untuk lepas dari ancaman gugatannya di arbitrase internasional yang berlindung dibawah kesucian kontrak karya (*pacta sunt servanda*).

Arab Saudi dan Inggris yang pada masa itu memiliki otoritas atas wilayah Kuwait, harus melakukan penyesuaian berkenaan dengan kontrak yang dimilikinya seiring dengan perkembangan negara Kuwait modern dan perubahan situasi geopolitik di dekade 1970-an. Meski menyangkal penerapan prinsip ini dalam putusannya, mahkamah arbitrase mengakui bahwa telah terjadi perubahan-perubahan situasi yang secara langsung berimplikasi pada sifat dan karakteristik kontrak yang dimiliki oleh Aminoil: *The Tribunal wishes however to stress here that the case is not one of a fundamental change of circumstances (rebus sic stantibus) within the meaning of Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It is not a case of a change involving a departure from a contract, but of a change in the nature of the contract itself, brought about by time, and the acquiescence or conduct of the Parties.*

Walaupun tidak secara tegas mengafirmasi *clausula rebus sic stantibus* beberapa sarjana tetap berkeyakinan bahwa pandangan mahkamah arbiter tetap mengindikasikan digunakannya doktrin hukum selain yang sudah diatur dalam Article 62 dari Konvesni Wina yang memberikan legitimasi atas perubahan (atau bahkan menyatakan tidak berlaku) sebuah kesepakatan kontrak dalam rangka investasi asing.

**Dalam konteks perjanjian investasi asing di sektor sumber daya alam, baik asas kesucian kontrak maupun prinsip *clausula rebus sic stantibus* hendaknya tidak diterapkan secara absolut.** Untuk menghindari terjadinya kebuntuan hukum akibat penggunaan klaim dan doktrin hukum ini oleh masing-masing pihak, Schwebel (1959) menyarankan agar dilakukan “*constant renegotiation*” atas kontrak investasi asing untuk menyiasati perubahan-perubahan yang terjadi yang dapat mempengaruhi perjanjian antara negara dengan investor maupun aktivitas usaha yang dilakukan.

Hal ini sejalan dengan pandangan Charlston (1958) yang menyatakan bahwa perjanjian investasi asing dalam jangka panjang hendaknya menjadi semacam “*living law*” yang secara praksis dilakukan melalui proses *renegosiasi* yang dilakukan secara tetap. Pada akhirnya dengan berbagai kompleksitas menyangkut aspek kedaulatan negara dan doktrin-doktrin hukum yang terkait, karakter perjanjian investasi asing di sektor sumber daya alam sebagian besar diatur dalam kerangka hukum publik, bukan perjanjian privat/keperdataan biasa. Selain itu karakter kerja sama dan investasi yang disepakati hendaknya bersifat dinamis dan didesain sebisa mungkin untuk mampu berevolusi menyesuaikan dengan perubahan-perubahan situasi yang terus berlanjut.

## Endnote

1. Hal ini mendorong berkembangnya gagasan untuk menjadikan perusahaan multinasional dan entitas bisnis lainnya sebagai subjek hukum internasional yang dapat dimintakan pertanggungjawaban dan kewajiban yang tercantum dalam berbagai instrumen hak asasi manusia internasional. Berkenaan dengan hal ini, pada Juni 2011 UN Human Rights Council menyepakati *'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect, Remedy" Framework'* sebagai panduan tidak mengikat bagi pelaku usaha dalam menjalankan aktivitas bisnis yang sesuai dengan kaidah dan prinsip hak asasi manusia. Lihat Robert Mccorquodale, "The Individual and the International Legal System", *Ibid.* Hal. 290-91, 740 ; Lee McConnell, "Assessing the Feasibility of a Business and Human Rights Treaty," *The International and Comparative Law Quarterly* 66, no. 1 (2017).

2. Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (OUP Oxford, 2014); George K Foster, "Striking a Balance between Investor Protections and National Sovereignty: The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration," *Columbia Journal of Transnational Law* 49, no. 2 (2011): 201; Henri Bezuidenhout and Ewert Kleynhans, "Implications of Foreign Direct Investment for National Sovereignty: The Wal-Mart/Massmart Merger as an Illustration," *South African Journal of International Affairs* 22, no. 1 (2015): 93110.

3. George McTuman Kahin and Nin Bakdi Soemanto, *Nasionalisme Dan Revolusi Di Indonesia: Refleksi Pergumulan Lahirnya Republik* (Sebelas Maret University Press, 1995). Hal. 65.

4. Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya Di Indonesia: Pegereseran Keseimbangan Antara Individualisme Dan Kolektivismme Dalam Kebijakan Demokrasi Politik Dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980* (Ihtiar Baru Van Hoeve, 1994). Hal. 46.

5. Baron Secondat Montesquieu, "The Spirit of Law" in *Great Books of The Western World, 2<sup>nd</sup> Edition*, Mortimer J. Adler (ed.), (Chichago: Encyclopedia Britannica Inc., 1990). Hal. 221.

6. Sekretariat Negara, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) 29 Mei 1945-19 Agustus 1945*, (Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995). Hal. 84.

7. *Ibid.*, Hal. 62-3.

8. Bivitri Susanti, "Neo-liberalism and Its Resistance in Indonesia's Constitution Reform 1999-2002," (Tesis Magister Hukum, University of Warwick, UK, 2002). Hal. 64.

9. Sritua Arif, *Negeri Terjajah: Menyingkap Ilusi Kemerdekaan*, (Yogyakarta: Resist Book, 2006). Hal. 129-30.

10. Jimly, *op.cit.*, Hal. 95-6

11. Evans, "International Law." Hal. 727

12. Dolszer, Schreur 2012

13. Bandingkan dengan rumusan Hull Formula yang menyatakan bahwa kompensasi harus diberikan seketika (*prompt*), cukup (*adequate*), dan efektif.

14. Bandingkan dengan Doktrin Calvo yang menghendaki supremasi hukum nasional termasuk dalam hal mekanisme penyelesaian sengketa yang diharuskan dilakukan oleh lembaga peradilan nasional sebagai implementasi asas kesamaan di depan hukum (*equality before the law*) dan *national treatment*.

15. *Texaco Overseas Petroleum et.al v Libya*, 53 I.L.R 389. Sengketa ini bermula dari tindakan nasionalisasi yang dilakukan oleh pemerintah Libya atas aset dan properti yang dimiliki oleh Texaco yang mendapatkan hak untuk melakukan kegiatan usaha pertambangan minyak berdasarkan kontrak yang diberikan tahun 1973 dan 1974. Kompensasi yang seharusnya diberikan oleh Pemerintah Libya berdasarkan undang-undang nasionalisasi yang mereka buat tidak dilaksanakan, dengan dasar itu Texaco membawa sengketa ini ke mekanisme arbitrase internasional. Arbiter Rene-Jean Dupuy mengafirmasi bahwa Libya telah melakukan pelanggaran atas kontrak dan diharuskan untuk memberikan kompensasi. Disisi lain arbiter juga mengulas kedudukan hukum resolusi-resolusi Majelis Umum PBB yang dijadikan landasan klaim oleh pemerintah Libya. Dalam putusannya, arbiter mengakui bahwa Resolusi 1803 merefleksikan hukum kebiasaan internasional namun tidak memberikan pandangan serupa untuk resolusi-resolusi lainnya.

16. Statuta ICJ merupakan bagian yang tak terpisahkan dari UN Charter. Semua negara anggota PBB secara otomatis juga menerima dan menundukan diri pada statuta ICJ. Article 38 (1) merupakan bagian terpenting dalam statuta ICJ yang oleh para sarjana disepakati sebagai sumber hukum internasional. Article 38 (1) menyatakan bahwa dalam menyelesaikan sengketa yang dihadapkan kepadanya,

Mahkamah Internasional harus merujuk kepada: a) international conventions whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provision of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of law.

17. GA Res 3201 (S-VI), Article 4 (e)

18. A F M Maniruzzaman, "State Contracts with Aliens-The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law(1992) 9 J Intl Arb 141. Hal. 160.

19. *Ibid.*

20. *Jus Cogens* atau *Preemptory norm* dalam hukum internasional adalah prinsip utama dan fundamental yang tidak dapat dinegasikan atau dikurangi pemenuhannya dalam bentuk apapun. Lihat Ian Brownlie and Kathleen Baker, *Principles of Public International Law*, vol. 1 (Clarendon Press Oxford, 1973).

21. Maniruzzaman, *op.cit.*, Hal. 143,

22. *Ibid.*, Hal. 141.

23. Hans Kelsen, *Principles of International Law* (The Lawbook Exchange, Ltd., 1952). Hal. 447.

24. Hans Wehberg, "Pacta Sunt Servanda," *The American Journal of International Law* 53, no. 4 (1959). Hal. 786.

25. Maniruzzaman, "State Contracts with Aliens", *op.cit.*, Hal. 142

26. Samuel K B Asante, "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process," *International and Comparative Law Quarterly*, 1979., Hal. 401.

27. *Ibid.*

28. *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, L.R. (1875) 19 Eq 462, para. 465.

29. Maniruzzaman, "State Contracts with Aliens", *op.cit.*

30. Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Pursuit of Nationalized Property*, vol. 8 (Martinus Nijhoff Publishers, 1986). Hal. 110.

31. Maniruzzaman, *op.cit.*, Hal. 143.

32. Iran-US Claims Tribunal merupakan mekanisme arbitrase internasional yang didirikan sesuai dengan *Algeirs Accord* pada tahun 1981 yang dimediasi oleh Algeria sebagai tindak lanjut penyelesaian sengketa keperdataan/investasi antara Iran dan Amerika Serikat pasca Revolusi Islam Iran tahun 1979.

**PENULIS:** Yustisia Rahman (Alumni FHUI dan Sydney Law School) ; Gunawan (Advisor Konstitusi Agraria)

**PENYUNTING:** Rachmi Hertanti; Budi Afandi

**DITERBITKAN OLEH:** Indonesia for Global Justice (IGJ), 2017