

IMPLEMENTASI DOKTRIN STATE IMMUNITY DALAM PELAKSANAAN PUTUSAN
ARBITRASE ICSID: ANALISIS KOMPARATIF PENDEKATAN INTERPRETASI 'CLEAR
AND UNEQUIVOCAL WAIVER' DI AUSTRALIA, KANADA, DAN HONG KONG

Raditya Nursyam

Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

Email : radityanursyam@rocketmail.com

ABSTRAK

Pelaksanaan putusan arbitrase ICSID menghadapi kompleksitas hukum ketika bersinggungan dengan doktrin state immunity, khususnya dalam interpretasi konsep '*waiver of immunity*' dan penerapan '*control test*' terhadap *state-owned enterprises*. Penelitian ini menganalisis secara komparatif tiga kasus landmark: Kingdom of Spain v *Infrastructure Services Luxembourg* (Australia), CC Devas v Republic of India (Kanada), dan FG Hemisphere v Democratic Republic of Congo (Hong Kong). Melalui pendekatan yuridis normatif dengan studi kasus komparatif, penelitian ini menemukan bahwa meskipun ketiga yurisdiksi sama-sama mengakui *prinsip restrictive immunity*, terdapat variasi signifikan dalam interpretasi '*clear and unequivocal waiver*' yang memengaruhi efektivitas pelaksanaan putusan arbitrase. Australia dan Kanada menerapkan pendekatan yang lebih fleksibel dalam menafsirkan implied waiver melalui *submission to arbitration*, sementara Hong Kong masih mempertahankan standar yang lebih ketat. Dalam konteks *state-owned enterprises*, penggunaan '*control test*' menunjukkan perbedaan fundamental dalam menentukan extent of immunity, dengan implikasi praktis yang berbeda bagi investor internasional.

Kata Kunci: *State Immunity*, Arbitrase ICSID, *Waiver of Immunity*, *State-Owned Enterprises*, Hukum Investasi Internasional

Article History

Received: Mei 2025

Reviewed: Mei 2025

Published: Mei 2025

Plagiarism Checker No 234

Prefix DOI : Prefix DOI :

10.8734/CAUSA.v1i2.365

Copyright : Author

Publish by : CAUSA



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

PENDAHULUAN

Meningkatnya kompleksitas transaksi investasi internasional telah menempatkan arbitrase sebagai mekanisme penyelesaian sengketa yang dominan antara investor dan negara.¹ Arbitrase investasi internasional telah menjadi mekanisme utama penyelesaian sengketa investor-state dalam dekade terakhir.² Konvensi ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) sebagai instrumen utama dalam investor-state dispute settlement (ISDS) menyediakan kerangka hukum

¹ Richard Garnett, "Increasing Co-Operation Between Australia and China in the Recognition and Enforcement of Judgments," *Melbourne Journal of International Law* 19, no. 2 (2018): 1.

² David Collins, *An Introduction to International Investment Law* (Cambridge University Press, 1st ed, 2017) 248.

yang relatif otonom, namun pelaksanaan putusannya tetap bergantung pada sistem hukum nasional. Efektivitas sistem ini bergantung pada kemampuan untuk melaksanakan (*enforce*) putusan arbitrase, yang seringkali terhambat oleh klaim state immunity dari negara yang kalah.³

Konvensi ICSID, melalui Artikel 54, mewajibkan negara-negara pihak untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase ICSID seolah-olah putusan tersebut adalah putusan final pengadilan domestik.⁴ Namun, kompleksitas muncul ketika putusan arbitrase ICSID bersinggungan dengan doktrin state immunity yang mengakar kuat dalam hukum internasional. Artikel 55 Konvensi ICSID secara eksplisit menyatakan bahwa '*Nothing in article 54 shall be constituted as derogating from the law in force in any contracting state relating to immunity of that State or of any foreign states from execution.*' Artikel 55 Konvensi justru memberikan celah dengan menyatakan bahwa ketentuan tersebut tidak mengurangi hukum yang berlaku di negara kontrak mengenai kekebalan negara dari eksekusi.

Ketentuan ini menciptakan *nexus* kritis antara hukum internasional dan hukum nasional, dimana pelaksanaan putusan arbitrase ICSID tunduk pada aturan state immunity masing-masing yurisdiksi. Ambiguitas ini menciptakan ketegangan antara kewajiban internasional untuk melaksanakan putusan ICSID dengan doktrin *state immunity* dalam hukum domestik.

Doktrin *state immunity*, yang berakar pada prinsip kedaulatan negara dan persamaan antar negara, memberikan perlindungan bagi negara dari yurisdiksi pengadilan asing. Perbedaan pendekatan terhadap *state immunity*, *absolute versus restrictive*, dan interpretasi '*waiver of immunity*' dalam konteks submission to arbitration telah menghasilkan inkonsistensi dalam pelaksanaan putusan ICSID di berbagai yurisdiksi.⁵

Perkembangan terkini dalam 3 (tiga) kasus landmark menunjukkan variasi interpretasi yang signifikan. Kasus Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg di Australia menghasilkan analisis mendalam tentang distinsi antara '*recognition*,' '*enforcement*,' dan '*execution*' putusan arbitrase.⁶ Sementara itu, kasus CC Devas v Republic of India di Kanada mendemonstrasikan penerapan *commercial activity exception* dalam konteks bilateral *investment treaty*.⁷ Sebaliknya, kasus FG Hemisphere v Democratic Republic of Congo di Hong Kong mempertahankan pendekatan *absolute immunity* yang lebih konservatif.⁸

Lebih kompleks lagi, keterlibatan state-owned enterprises (SOE) dalam struktur investasi internasional menimbulkan pertanyaan mengenai penerapan '*control test*' untuk menentukan apakah aset SOE dapat dijadikan objek eksekusi putusan. Inkonsistensi pendekatan di berbagai yurisdiksi ini menciptakan ketidakpastian hukum yang signifikan dalam pelaksanaan putusan arbitrase investasi internasional.

Urgensi penelitian terhadap interaksi antara pelaksanaan putusan ICSID dan doktrin *state immunity* menjadi semakin meningkat seiring dengan proliferasi kasus arbitrase investasi

³ Andrea K Bjorklund, Lukas Vanhonnaeker, and Jean-Michel Marcoux, "State Immunity as a Defense to Resist the Enforcement of ICSID Awards." *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 35, no. 3 (2020): 506-522.

⁴ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 9th ed, 2019) 470.

⁵ Ylli Dautaj, "Enforcing arbitral awards against states and the defence of sovereign immunity from execution." *Manchester J. Int'l Econ. L.* 16 (2019): 389.

⁶ *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l* [2023] HCA 11.

⁷ *CC/Devas (Mauritius) Ltd v Republic of India* 2022 QCCS 4785.

⁸ *CC/Devas (Mauritius) Ltd v Republic of India* 2022 QCCS 4785.

internasional. Fenomena ini tidak hanya mengancam efektivitas arbitrase sebagai mekanisme penyelesaian sengketa, tetapi juga berpotensi mengurangi kepercayaan investor terhadap perlindungan hukum internasional, yang pada akhirnya dapat menghambat arus investasi asing langsung ke negara-negara berkembang.

Lebih lanjut, perkembangan geopolitik kontemporer, termasuk meningkatnya nasionalisme ekonomi, reformasi sistem ISDS di berbagai forum internasional, dan munculnya instrumen investasi baru seperti *Belt and Road Initiative* yang menuntut pemahaman yang lebih nuansir terhadap keseimbangan antara kedaulatan negara dan perlindungan investor. Penelitian mendalam terhadap praktik yudisial di berbagai yurisdiksi menjadi krusial untuk mengidentifikasi *best practices* dan mengembangkan *framework* yang dapat mendamaikan ketegangan inherent antara kewajiban internasional berdasarkan Konvensi ICSID dengan prinsip-prinsip *fundamental state immunity*. Tanpa solusi yang koheren, sistem arbitrase investasi internasional berisiko kehilangan relevansinya sebagai pilar utama tata kelola ekonomi global.

Berdasarkan latar belakang tersebut, penelitian ini mengangkat dua rumusan masalah utama, yaitu Bagaimana perbedaan interpretasi '*waiver of immunity*' dalam *submission to arbitration* memengaruhi pelaksanaan putusan arbitrase ICSID di Australia, Kanada, dan Hong Kong dan Bagaimana penerapan '*control test*' terhadap *state-owned enterprises* dalam pelaksanaan putusan arbitrase investasi internasional di ketiga yurisdiksi tersebut.

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis implementasi doktrin *state immunity* dalam pelaksanaan putusan arbitrase ICSID melalui studi komparatif tiga yurisdiksi *common law*, serta mengidentifikasi implikasi praktis bagi investor internasional dan strategi struktur investasi yang melibatkan entitas negara.

METODOLOGI PENELITIAN

Penelitian ini menggunakan metode yuridis normatif dengan pendekatan komparatif, menganalisis putusan pengadilan dari tiga yurisdiksi *common law* yang memiliki karakteristik berbeda dalam penerapan doktrin *state immunity*. Sumber data primer berupa putusan pengadilan dan peraturan perundang-undangan, sedangkan sumber sekunder meliputi jurnal hukum, buku teks, dan artikel akademis. Ketiga kasus yang menjadi fokus analisis adalah:

- a. **Australia:** Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l (2023) HCA 11
- b. **Kanada:** CC/Devas (Mauritius) Ltd v Republic of India (2022) QCCS 4785
- c. **Hong Kong:** FG Hemisphere Associates v Democratic Republic of Congo (2011) HKCFAR 95

KERANGKA TEORETIS

1. Doktrin State Immunity

Doktrin *state immunity* berkembang dari dua pendekatan utama: *absolute immunity* dan *restrictive immunity*.⁹ Pendekatan *absolute* memberikan kekebalan penuh bagi negara dari

⁹ Jan M. Smits, "Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems," dalam Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2nd ed, 2019), 506.

yurisdiksi pengadilan asing, sementara pendekatan restrictive membedakan antara *acta jure imperii* (tindakan kedaulatan) dan *acta jure gestionis* (tindakan komersial).¹⁰

Dalam konteks arbitrase investasi, pertanyaan kunci adalah apakah *submission to arbitration* secara otomatis mengimplikasikan *waiver of immunity*. Sebagian besar yurisdiksi *common law* mengadopsi prinsip bahwa persetujuan untuk arbitrase mengandung *waiver* terhadap *immunity from jurisdiction*, namun tidak selalu terhadap *immunity from execution*.

2. Interpretasi 'Clear and Unequivocal Waiver'

Konsep *waiver* dalam konteks hukum internasional merujuk pada tindakan melepaskan atau meninggalkan hak, privilese, atau klaim secara sukarela.¹¹ Dalam konteks arbitrase investasi internasional, *waiver* menjadi isu krusial ketika negara-negara mengajukan klaim *state immunity* untuk menghindari pelaksanaan putusan arbitrase. Doktrin *waiver* mensyaratkan bahwa pelepasan hak harus memenuhi kriteria tertentu untuk dapat dianggap sah dan mengikat. *European Court of Human Rights* (ECtHR) telah mengembangkan jurisprudensi yang komprehensif mengenai syarat-syarat *waiver*, yang kemudian diadopsi dalam berbagai sistem hukum nasional.¹²

Syarat utama validitas *waiver* mencakup tiga elemen fundamental, yaitu *voluntariness* (kesukarelaan), *freedom of choice* (kebebasan memilih), dan *awareness* (kesadaran).¹³ *Voluntariness* mensyaratkan bahwa *waiver* harus didasarkan pada kehendak bebas tanpa paksaan atau tekanan eksternal. *Freedom of choice* mengimplikasikan adanya alternatif nyata bagi pihak yang melakukan *waiver*, tidak cukup hanya memiliki pengetahuan tentang hak, tetapi juga kemampuan faktual untuk menggunakan hak tersebut.¹⁴ Sementara *awareness* menuntut pemahaman komprehensif tidak hanya tentang eksistensi hak yang dilepaskan, tetapi juga konsekuensi hukum dari pelepasan tersebut.

Interpretasi '*clear and unequivocal waiver*' merupakan standar yang ditetapkan untuk memastikan kepastian hukum dalam pelepasan hak. ECtHR secara konsisten menegaskan bahwa *waiver* harus '*expressed clearly and unequivocally*', dengan demikian baik secara eksplisit maupun implisit, namun harus dapat diidentifikasi tanpa ambiguitas. Dalam konteks *submission to arbitration*, persoalan muncul ketika harus ditentukan apakah persetujuan negara untuk berarbitrase secara otomatis mengimplikasikan *waiver* terhadap *state immunity* dari eksekusi. Praktik yudisial menunjukkan variasi interpretasi, yaitu beberapa yurisdiksi menerapkan pendekatan restriktif yang mensyaratkan *waiver* eksplisit terhadap *immunity* dari eksekusi, sementara yurisdiksi lain mengadopsi interpretasi yang lebih luas.¹⁵

¹⁰ Hazel Fox dan Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 26.

¹¹ Bryan Garner, *Black's Law Dictionary* (West Group, 7th ed., 1999), 1738.

¹² Irina N. Chebotareva, Olesya S. Pashutina, dan Irina V. Revina, "The Attributes of the Waiver of the Right: An Overview from the Point of View of Russian Criminal Proceeding Doctrine," *Advances in Social Science, Education and Humanities Research* 505 (2020): 781.

¹³ *Ibid.*, 780. Lihat juga Samantha Besson, "Human Rights Waivers and the Right to Do Wrong Under the European Convention on Human Rights," dalam Josep Casadevall et al (eds.), *Essays in Honour of Dean Spielmann*, (Wolf Legal Publishers, 2015), 23-25.

¹⁴ Supreme Court of the Russian Federation menekankan bahwa "the waiver is voluntary if an individual of his own volition, without any enforcement or pressure is unwilling not to use his right." Chebotareva et al., "Attributes of the Waiver," 782.

¹⁵ G. V. Dikov, Attorney Part in Judicial Proceedings: European Court Approaches (Moscow: Legal Frame Development, 2014), 85,

Kompleksitas interpretasi '*clear and unequivocal waiver*' semakin meningkat dalam konteks perjanjian investasi internasional modern. Keterlibatan *state-owned enterprises* (SOEs) dalam struktur investasi menciptakan layer tambahan kompleksitas, di mana pengadilan harus menentukan apakah tindakan SOE dapat diatribusikan kepada negara dan apakah *waiver* oleh SOE mengikat negara induknya.¹⁶ Lebih lanjut, perbedaan tradisi hukum antara *civil law* dan *common law* menghasilkan pendekatan yang berbeda terhadap interpretasi *waiver*, *civil law* cenderung mensyaratkan formalitas yang lebih ketat, sementara *common law* lebih fleksibel dalam menerima *waiver* implisit berdasarkan *conduct of parties*.¹⁷

Konsep '*clear and unequivocal waiver*' menjadi standar dalam menentukan apakah negara telah melepaskan haknya atas *state immunity*.¹⁸ Interpretasi terhadap konsep ini bervariasi antar yurisdiksi, dengan beberapa pengadilan menerapkan pendekatan tekstual yang ketat, sementara yang lain menggunakan interpretasi kontekstual yang lebih fleksibel.

PEMBAHASAN

1. Interpretasi 'Waiver of Immunity' dalam Submission to Arbitration

Doktrin *state immunity* mengalami evolusi signifikan dari pendekatan absolute menuju *restrictive immunity*. Prinsip *absolute immunity*, yang mengakar pada konsep *sovereign equality* antar negara, memberikan kekebalan penuh kepada negara dari yurisdiksi pengadilan asing.¹⁹ Namun, meningkatnya keterlibatan negara dalam aktivitas komersial internasional mendorong pengembangan *restrictive immunity* yang membedakan antara *acta jure imperii* (tindakan sovereign) dan *acta jure gestionis* (aktivitas komersial).²⁰

Dalam konteks arbitrase investasi, *restrictive approach* mengakui bahwa ketika negara melakukan *submission to arbitration*, terutama dalam konteks komersial, maka terdapat *waiver* terhadap *immunity from jurisdiction*.²¹ Interpretasi '*clear and unequivocal waiver*' merupakan standar yang ditetapkan untuk memastikan kepastian hukum dalam pelepasan hak. ECtHR secara konsisten menegaskan bahwa *waiver* harus '*expressed clearly and unequivocally*', dengan demikian baik secara eksplisit maupun implisit, namun harus dapat diidentifikasi tanpa ambiguitas. Dalam konteks *submission to arbitration*, persoalan muncul ketika harus ditentukan apakah persetujuan negara untuk berarbitrasi secara otomatis mengimplikasikan *waiver* terhadap *state immunity* dari eksekusi. Praktik yudisial menunjukkan variasi interpretasi, yaitu beberapa yurisdiksi menerapkan pendekatan restriktif yang mensyaratkan *waiver* eksplisit

¹⁶ A. S. Gambaryan, *Waiver of Right and the Criminal-Procedural Intrusion Matter* (Moscow: Uralinform, 2019), 85.

¹⁷ E. D. Vlasova, "The Institute of Waiver of Law: Application in Russian Law and in Foreign Legal Orders," *Leningrad Law Journal* 2 (2018): 90.

¹⁸ Ben Juratowitch, "Waiver of state immunity and enforcement of arbitral awards," *Asian Journal of International Law* 6, no. 2 (2016): 199-232.

¹⁹ Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford: Oxford University Press, 3rd ed, 2013), 26.

²⁰ Malcolm Shaw, *International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 9th ed, 2021), 613.

²¹ Nicholas Pengelley, "Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough," *Journal of International Arbitration* 26, no. 6 (2009): 860.

terhadap immunity dari eksekusi, sementara yurisdiksi lain mengadopsi interpretasi yang lebih luas.²²

Konsep *waiver* dalam *state immunity* memerlukan standar yang jelas dan tidak ambigu. Prinsip '*clear and unequivocal*' *waiver* mensyaratkan bahwa pengesampingan kekebalan negara harus dapat diidentifikasi secara eksplisit, baik melalui pernyataan tegas maupun *conduct* yang tidak dapat ditafsirkan lain.¹¹ Dalam konteks arbitrase investasi, *submission to arbitration* melalui *bilateral investment treaty* atau *investment contract* berpotensi dikualifikasi sebagai *implied waiver*, namun interpretasi ini tidak uniform di berbagai yurisdiksi.

Pendekatan Australia: *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg*

Kasus *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l* menjadi landmark decision dalam interpretasi *waiver of immunity* di Australia.²³ Dalam kasus ini, Spanyol berargumen bahwa persetujuannya pada Konvensi ICSID tidak secara ekspresit mencakup *waiver* terhadap *immunity from enforcement* dan *execution*.

High Court of Australia menolak argumen Spanyol dengan melakukan analisis komprehensif terhadap *Foreign States Immunities Act* 1985 (Cth). Pengadilan menekankan bahwa *section 17* FSIA memberikan pengecualian terhadap *state immunity* ketika negara asing menjadi pihak dalam perjanjian untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase.²⁴

Hal yang menarik adalah dimana *High Court* melakukan interpretasi linguistik terhadap terminologi '*recognition*,' '*enforcement*,' dan '*execution*' dalam Konvensi ICSID. Pengadilan membedakan antara tahap awal (*recognition* dan *enforcement*) dengan tahap eksekusi, dimana *waiver immunity* Spanyol hanya berlaku untuk tahap awal.²⁵ Keputusan ini menunjukkan pendekatan yang *sophisticated* dalam memisahkan berbagai tahapan proses *enforcement*.

Aspek penting lainnya adalah interpretasi terhadap *section 10* FSIA yang mengatur bahwa *waiver* dapat bersifat *implied*, tidak harus *express*.²⁶ *High Court* menyatakan bahwa persetujuan Spanyol pada *Energy Charter Treaty* yang mengandung klausul ISDS sudah cukup untuk mengimplikasikan *waiver* terhadap *immunity from jurisdiction*.

Pendekatan Kanada: *CC/Devas Mauritius v Republic of India*

Pengadilan Quebec dalam kasus *CC/Devas* menunjukkan pendekatan yang berbeda dalam menilai *commercial activity exception*.²⁷ Berbeda dengan Australia yang memiliki ketentuan spesifik mengenai *arbitration exception*, *Canada State Immunity Act* tidak secara eksplisit mengatur pengecualian untuk arbitrase.

Pengadilan Kanada fokus pada karakterisasi tindakan India sebagai *commercial activity*. Perjanjian Investasi Bilateral antara India-Mauritius dikualifikasi sebagai *commercial contract* yang mengikat India sebagai *sovereign*. Pembatalan sepihak BIT tanpa kompensasi yang fair dan

²² G. V. Dikov, Attorney Part in Judicial Proceedings: European Court Approaches (Moscow: Legal Frame Development, 2014), 85,

²³ *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l* [2023] HCA 11.

²⁴ *Foreign States Immunities Act* 1985 (Cth) s 17.

²⁵ *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l* [2023] HCA 11, [41].

²⁶ *Foreign States Immunities Act* 1985 (Cth) s 10(2).

²⁷ *CC/Devas (Mauritius) Ltd v Republic of India* 2022 QCCS 4785.

equitable dianggap sebagai *breach of commercial contract* yang dilakukan India sebagai negara, bukan sebagai *alter ego*.

Menarik untuk dicatat bahwa pengadilan Kanada menggunakan prinsip dari kasus Collavino, dimana negara penandatanganan New York *Convention* yang menyetujui arbitrase internasional di bawah BIT secara otomatis memberikan persetujuan untuk melakukan pemesanan yang dibuat terhadap mereka.²⁸ Hal ini menunjukkan interpretasi yang lebih liberal terhadap *implied waiver* dibandingkan dengan pendekatan tekstual yang ketat.

Pendekatan Hong Kong: FG Hemisphere Associates v Democratic Republic of Congo

Hong Kong menunjukkan pendekatan yang kontras dengan Australia dan Kanada. *Court of Final Appeal* dalam kasus FG Hemisphere menegaskan bahwa HKSAR menerapkan *absolute immunity approach*.²⁹ Keputusan ini didasarkan pada interpretasi *Basic Law* yang menyatakan bahwa HKSAR tidak memiliki otonomi dalam urusan luar negeri, sehingga harus mengikuti pendekatan China yang menganut *absolute immunity*.

Yang signifikan, pengadilan Hong Kong menyatakan bahwa *state immunity from jurisdiction* untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase tidak dapat di-*waive* melalui kontrak dengan entitas privat. *Waiver* hanya dapat dilakukan melalui *unequivocal submission* langsung kepada pengadilan dimana *enforcement* dicari.

Pendekatan ini mencerminkan pengaruh sistem hukum China yang lebih protektif terhadap kedaulatan negara. *National People's Congress interpretation* menjadi *binding* terhadap pengadilan Hong Kong, sehingga membatasi fleksibilitas dalam interpretasi *waiver of immunity*.

2. Penerapan 'Control Test' terhadap State-Owned Enterprises

State-owned enterprises telah menjadi actor penting dalam investasi internasional, menciptakan kompleksitas dalam penerapan *state immunity*.³⁰ Pertanyaan fundamental adalah apakah SOE harus diperlakukan sebagai bagian dari negara (*entitled to immunity*) atau sebagai entitas komersial terpisah (tidak *immune*).

Konsep '*control test*' berkembang sebagai mekanisme untuk menentukan hubungan antara SOE dengan negara induk. Test ini mengevaluasi sejauh mana negara mengontrol operasi, kebijakan, dan tujuan SOE.

Dalam kasus CC/Devas, pengadilan Kanada menghadapi upaya Devas untuk menyita aset India yang dipegang oleh third-party garnishees: International Air Transport Association (IATA) dan Airport Authority of India (AAI). Devas berargumen bahwa IATA dan AAI adalah *alter ego* dari pemerintah India.

Pengadilan menerapkan *Civil Code of Quebec* untuk mengevaluasi apakah India menggunakan IATA dan AAI sebagai instrumen untuk *dissemble fraud* atau *contravene public order*. Analisis menunjukkan bahwa BIT antara India-Mauritius dibuat untuk kepentingan India sebagai *sovereign state*, sehingga India bertindak dalam kapasitas kedaulatan.

²⁸ Collavino Inc. v. Tihama Development Authority (2007), 420 AR 89 (QB)

²⁹ FG Hemisphere Associates v Democratic Republic of The Congo [2011] 14 HKCFAR 95.

³⁰ Phoebe D. Winch, 'State Immunity and the Execution of Investment Arbitration Awards' dalam Catharine Titi (ed), *Public Actors in International Investment Law* (Switzerland: Springer Nature, 2021). 58-59.

Keputusan penting pengadilan adalah bahwa Putusan Arbitrase terhadap Negara Asing tidak memberikan hak kepada investor untuk *pierce the corporate veil* dan menyita aset yang dipegang SOE. Hal ini mencerminkan *protective approach* terhadap *separate legal personality* SOE.

Sementara itu, Hong Kong mengembangkan '*control test*' yang lebih bernuansa dalam kasus Hua Tian Long. Pengadilan membedakan antara '*guoyou qiye*' (国有企业 - *state-owned enterprise*) dengan '*shiye danwei*' (事业单位 - *state agencies/public institutions*). *Control test* Hong Kong mengevaluasi, sebagai berikut

- a. Nature dan extent kontrol negara terhadap SOE
- b. Apakah SOE bertindak sebagai bagian dari state apparatus
- c. Tingkat keterlibatan SOE dalam commercial activities versus sovereign functions

Dalam FG Hemisphere, pengadilan menegaskan bahwa absolute immunity tidak otomatis berlaku untuk semua SOE.²⁶ Penting untuk membedakan '*government agencies*' dengan '*separate entities established by government untuk commercial activities.*'

Meskipun kasus Kingdom of Spain tidak secara langsung membahas SOE, keputusan tersebut memberikan *guidance* untuk Australia. *Section 32 Foreign States Immunities Act 1985* (Cth) mengatur immunity from execution, dengan pengecualian ketika property digunakan untuk commercial purposes.

Preseden dari Mobil Cerro Negro Ltd v Petroleo Brasileiro S.A. menunjukkan bahwa Federal Court Australia pernah menyatakan aset Petrobras (SOE Brazil) mendapatkan imunitas dari Gugatan karena digunakan untuk *core functions* negara.³¹ Namun, keputusan ini belum tested dalam konteks *investor-state arbitration*.

3. Analisis Komparatif dan Implikasi Praktis

Analisis terhadap ketiga yurisdiksi mengungkapkan adanya spektrum pendekatan yang mencerminkan philosophical differences dalam menyeimbangkan kedaulatan negara dengan kepentingan investor internasional. Spektrum ini membentang dari pendekatan paling liberal (Kanada) hingga paling konservatif (Hong Kong), dengan Australia menempati posisi tengah yang pragmatis.

Kanada memposisikan diri sebagai yurisdiksi yang paling ramah investor melalui interpretasi *expansive* terhadap *commercial activity exception*. Quebec Superior Court dalam kasus CC/Devas menunjukkan kemauan untuk mengkarakterisasi BIT sebagai *commercial contract*, bahkan ketika melibatkan *sovereign functions*. Pendekatan ini didasarkan pada realitas ekonomi modern dimana negara semakin berpartisipasi dalam kegiatan komersial. Implikasi praktisnya adalah bahwa investor memiliki peluang enforcement yang lebih tinggi di Kanada, terutama jika dapat membuktikan sifat komersial dari *underlying investment relationship*.

Australia mengembangkan *framework* yang lebih nuanced dengan menciptakan *clear distinction* antara tahapan *recognition/enforcement* dengan *execution*. Kecanggihan pendekatan Australia terletak pada kemampuan High Court untuk melakukan analisis linguistik terhadap ICSID Convention sambil tetap menghormati *sovereignty concerns*. Bagi para praktisi, hal ini

³¹ Mobil Cerro Negro Ltd v Petroleo Brasileiro S.A. [unreported].

dapat diartikan bahwa proses penegakan hukum di Australia memiliki *predictability* yang tinggi untuk tahap awal, namun eksekusi terhadap aset negara memerlukan strategi yang lebih *sophisticated*.

Hong Kong mencerminkan ketegangan antara tradisi *common law* dengan pembatasan konstitusional dari *Basic Law*. Pendekatan *absolute immunity* yang diadopsi HKSAR menunjukkan bahwa pertimbangan politik dapat mengalahkan prinsip-prinsip *commercial law*. Untuk investor, ini berarti bahwa Hong Kong, meskipun merupakan pusat keuangan yang cangguh, mungkin bukan pilihan optimal untuk *proceedings enforcement* melawan *sovereign states*.

Perbedaan pendekatan ini memiliki ramifikasi signifikan terhadap negosiasi dan penyusunan perjanjian investasi. Ketidakpastian mengenai *enforcement* telah mendorong pengembangan klausul *waiver* yang lebih eksplisit dalam BIT dan *Free Trade Agreement modern*.

Analisis terhadap praktik di tiga yurisdiksi menunjukkan spektrum interpretasi yang sangat beragam dalam menangani klaim kekebalan negara. Australia menempati posisi paling progresif dengan mengakui bahwa persetujuan negara untuk berarbitrasi dapat diartikan sebagai pelepasan kekebalan, meskipun tidak dinyatakan secara eksplisit. Pendekatan Australia ini didasarkan pada interpretasi komprehensif terhadap perjanjian, dimana konteks dan keadaan sekitar dapat memberikan kejelasan yang diperlukan untuk menyimpulkan adanya pelepasan kekebalan.

Sebaliknya, Hong Kong mengadopsi pendekatan paling konservatif dengan mensyaratkan pernyataan yang sangat jelas dan tegas dari negara untuk tunduk pada yurisdiksi pengadilan lokal. Persetujuan untuk berarbitrasi dengan pihak swasta tidak otomatis berarti negara melepaskan kekebalannya dari eksekusi. Posisi Hong Kong ini mencerminkan pengaruh kuat dari prinsip kekebalan absolut yang dianut Tiongkok, yang membatasi ruang gerak pengadilan dalam menafsirkan pelepasan kekebalan.

Kanada mengambil posisi tengah yang menarik. Meskipun tetap mempertahankan standar 'jelas dan tidak bermakna ganda' untuk pelepasan kekebalan, pengadilan Kanada menunjukkan fleksibilitas dalam interpretasi. Persetujuan negara untuk berarbitrasi tidak harus dalam bentuk tertulis formal, sepanjang maksud untuk melepaskan kekebalan dapat dipahami dengan jelas dari keseluruhan konteks. Pendekatan ini memberikan keseimbangan antara perlindungan kedaulatan negara dengan kebutuhan penegakan putusan arbitrase.

Perbedaan pendekatan ini memiliki implikasi praktis yang signifikan. Bagi investor, Australia dan Kanada menawarkan prospek yang lebih baik untuk pelaksanaan putusan arbitrase dibandingkan Hong Kong. Namun demikian, ketersediaan aset negara di masing-masing yurisdiksi tetap menjadi faktor pembatas utama yang harus dipertimbangkan sejak awal perencanaan investasi.

Kompleksitas meningkat ketika berhadapan dengan perusahaan milik negara. Setiap yurisdiksi menerapkan tes kontrol yang berbeda untuk menentukan apakah aset perusahaan milik negara dapat dijadikan objek eksekusi. Australia menggunakan pendekatan fungsional dengan melihat penggunaan aktual dari aset tersebut - apakah untuk fungsi inti negara atau aktivitas komersial. Kanada menerapkan prinsip hukum korporasi yang melarang 'menembus

tabir korporasi' untuk menyita aset perusahaan milik negara berdasarkan putusan arbitrase terhadap negara induknya. Hong Kong mengembangkan tes yang paling detail dengan membedakan entitas berdasarkan sifat spesifik dan cakupan fungsinya sebagai bagian dari aparaturnegara.

Pembelajaran saat Pandemi COVID-19 lalu, telah meningkatkan relevansi isu perusahaan milik negara seiring dengan meningkatnya intervensi negara dalam ekonomi. Hong Kong menyediakan kerangka paling komprehensif melalui perbedaan linguistik antara berbagai jenis entitas negara, namun memerlukan pemahaman mendalam terhadap konsep hukum Tiongkok. Pendekatan Kanada lebih familiar bagi praktisi hukum umum tetapi mungkin tidak cukup untuk menangkap kompleksitas struktur perusahaan milik negara modern. Australia menawarkan fleksibilitas untuk perkembangan masa depan, meskipun ketiadaan kerangka komprehensif menciptakan ketidakpastian.

Dari ketiga yurisdiksi menunjukkan bahwa negosiator perjanjian investasi perlu mempertimbangkan beberapa hal krusial. Pertama, penggunaan bahasa yang tepat dalam perjanjian dapat mendukung interpretasi pelepasan kekebalan implisit, seperti yang ditunjukkan dalam kasus di Australia. Kedua, karakterisasi hubungan investasi sebagai aktivitas komersial menjadi kunci sukses pelaksanaan putusan, seperti terlihat dari pengalaman Kanada. Ketiga, pembatasan konstitusional domestik dapat mengalahkan kewajiban hukum internasional, sebagaimana terjadi di Hong Kong.

Bagi komunitas arbitrase internasional, variasi pendekatan ini menggarisbawahi kebutuhan mendesak untuk panduan pelaksanaan yang lebih konsisten. ICSID dan institusi arbitrase lainnya perlu mengembangkan pedoman komprehensif untuk interpretasi pelepasan kekebalan yang dapat diterima secara universal. Ketentuan model untuk sengketa yang melibatkan perusahaan milik negara juga diperlukan untuk memberikan kejelasan mengenai kriteria penentuan kekebalan.

Para pembuat kebijakan di tingkat nasional memiliki tanggung jawab untuk menciptakan kerangka hukum yang lebih harmonis. Yurisdiksi-yurisdiksi perlu mempertimbangkan harmonisasi pendekatan terhadap kekebalan negara dalam konteks investasi, minimal dengan menciptakan prinsip-prinsip inti yang konsisten. Modernisasi Konvensi ICSID, khususnya Artikel 55, menjadi kebutuhan mendesak untuk mengatasi ambiguitas yang menghambat pelaksanaan putusan.

Kerjasama bilateral yang ditingkatkan antar yurisdiksi pelaksanaan dapat menyederhanakan prosedur melalui pengakuan timbal balik dan berbagi praktik terbaik. Perjanjian kerjasama dapat mencakup prosedur yang dipercepat untuk putusan arbitrase investasi, yang akan mengurangi praktik pemilihan forum yang oportunistik sambil meningkatkan kepastian bagi investor.

Strategi praktis bagi investor mencakup pemilihan yurisdiksi pelaksanaan yang cermat berdasarkan interpretasi pelepasan kekebalan yang lebih liberal. Pemetaan aset yang komprehensif menjadi kritis untuk mengidentifikasi target pelaksanaan potensial, dengan mempertimbangkan tes kontrol yang berlaku di berbagai yurisdiksi. Struktur investasi modern harus mengantisipasi tantangan pelaksanaan dengan memastikan kehadiran di beberapa

yurisdiksi yang ramah pelaksanaan dan mengamankan klausul pelepasan kekebalan eksplisit dalam perjanjian investasi.

Analisis ini menunjukkan tren menuju konvergensi yang lebih besar, didorong oleh kebutuhan praktis dan tekanan internasional. Pendekatan canggih Australia dapat mempengaruhi yurisdiksi hukum umum lainnya, sementara interpretasi liberal Kanada mungkin diadopsi oleh yurisdiksi yang ingin menarik investasi internasional. Hong Kong menghadapi kendala konstitusional yang membatasi kemampuan untuk menyesuaikan dengan praktik terbaik internasional, namun tekanan ekonomi sebagai pusat keuangan internasional dapat mendorong perubahan halus dalam penerapan.

Masa depan pelaksanaan arbitrase investasi akan bergantung pada kemampuan sistem hukum untuk menyeimbangkan kekhawatiran kedaulatan yang sah dengan kebutuhan perdagangan internasional. Meskipun harmonisasi yang lebih besar tidak dapat dihindari, tekanan praktis dan insentif ekonomi menunjukkan bahwa konvergensi menuju pendekatan yang lebih ramah pelaksanaan akan berlanjut, dengan pengecualian untuk yurisdiksi dengan kendala konstitusional atau politik yang kuat. Keseimbangan antara perlindungan investor dan kedaulatan negara akan terus menjadi tantangan fundamental yang memerlukan solusi inovatif dan kolaboratif dari seluruh pemangku kepentingan dalam sistem arbitrase investasi internasional.

yurisdiksi menerapkan tes kontrol yang berbeda untuk menentukan apakah aset perusahaan tersebut dapat dijadikan objek eksekusi. Australia menggunakan pendekatan fungsional dengan melihat penggunaan aktual aset, Kanada menerapkan prinsip hukum korporasi yang melarang 'menembus tabir korporasi', sementara Hong Kong mengembangkan tes paling detail berdasarkan sifat spesifik fungsi entitas. Variasi pendekatan ini menggarisbawahi kebutuhan mendesak untuk harmonisasi interpretasi melalui amendemen Konvensi ICSID atau pengembangan pedoman universal. Masa depan pelaksanaan arbitrase investasi bergantung pada kemampuan sistem hukum untuk menyeimbangkan kedaulatan negara dengan kebutuhan perdagangan internasional, dimana tekanan praktis dan insentif ekonomi mendorong konvergensi menuju pendekatan yang lebih ramah pelaksanaan, dengan tetap menghormati kendala konstitusional masing-masing yurisdiksi.

Pembelajaran untuk Indonesia

Indonesia, sebagai negara dengan sejarah panjang menghadapi arbitrase investasi internasional, dapat mengambil pembelajaran penting dari pengalaman ketiga yurisdiksi ini. Posisi Indonesia yang telah menghadapi beberapa kasus arbitrase ICSID dengan beberapa menghasilkan kewajiban pembayaran signifikan, menunjukkan urgensi untuk mengembangkan pendekatan yang lebih koheren terhadap kekebalan negara. Pendekatan Australia yang progresif dalam menginterpretasi pelepasan kekebalan implisit memberikan pelajaran berharga, namun perlu diseimbangkan dengan kebutuhan Indonesia untuk melindungi aset-aset strategis negara. Model Kanada yang fleksibel namun tetap mempertahankan standar kehati-hatian dapat menjadi referensi dalam mengembangkan kerangka hukum yang seimbang, terutama mengingat Indonesia memiliki sistem hukum campuran yang memadukan tradisi *civil law* dengan pengaruh hukum adat dan Islam.

Isu perusahaan milik negara menjadi sangat relevan bagi Indonesia mengingat peran signifikan BUMN dalam ekonomi nasional. Pendekatan fungsional Australia yang membedakan antara aset untuk fungsi negara versus aktivitas komersial dapat diadopsi untuk melindungi aset BUMN yang menjalankan fungsi publik esensial seperti PLN atau Pertamina, sambil tetap mengakui kewajiban dari aktivitas komersial mereka. Indonesia perlu mengembangkan kriteria yang jelas untuk membedakan kapan BUMN bertindak sebagai agen negara versus entitas komersial independen, mengambil inspirasi dari kerangka detail Hong Kong namun disesuaikan dengan konteks Indonesia. Hal ini menjadi krusial mengingat banyak BUMN Indonesia yang beroperasi dalam struktur *holding* dengan anak perusahaan yang melakukan aktivitas komersial internasional.

KESIMPULAN

Analisis komparatif terhadap praktik di Australia, Kanada, dan Hong Kong mengungkapkan spektrum interpretasi yang sangat beragam dalam menangani klaim kekebalan negara terhadap pelaksanaan putusan arbitrase. Australia mengadopsi pendekatan paling progresif dengan mengakui bahwa persetujuan negara untuk berarbitrasi dapat diartikan sebagai pelepasan kekebalan implisit, meskipun tanpa pernyataan eksplisit. Sebaliknya, Hong Kong menerapkan standar paling ketat yang mensyaratkan pernyataan tegas untuk tunduk pada yurisdiksi pengadilan lokal, mencerminkan pengaruh prinsip kekebalan absolut yang dianut Tiongkok. Kanada mengambil posisi tengah dengan mempertahankan standar '*clear and unequivocal waiver*' namun tetap fleksibel dalam interpretasi, dimana persetujuan untuk berarbitrasi tidak harus dalam bentuk tertulis formal. Perbedaan fundamental ini menciptakan implikasi praktis yang signifikan bagi investor internasional dalam memilih yurisdiksi pelaksanaan putusan arbitrase, dengan Australia dan Kanada menawarkan prospek lebih baik dibandingkan Hong Kong.

Kompleksitas meningkat ketika berhadapan dengan perusahaan milik negara, dimana setiap yurisdiksi menerapkan tes kontrol yang berbeda untuk menentukan apakah aset perusahaan tersebut dapat dijadikan objek eksekusi. Australia menggunakan pendekatan fungsional dengan melihat penggunaan aktual aset, Kanada menerapkan prinsip hukum korporasi yang melarang '*corporate the veil*', sementara Hong Kong mengembangkan tes paling detail berdasarkan sifat spesifik fungsi entitas. Variasi pendekatan ini menggarisbawahi kebutuhan mendesak untuk harmonisasi interpretasi melalui amendemen Konvensi ICSID atau pengembangan pedoman universal. Masa depan pelaksanaan arbitrase investasi bergantung pada kemampuan sistem hukum untuk menyeimbangkan kedaulatan negara dengan kebutuhan perdagangan internasional, dimana tekanan praktis dan insentif ekonomi mendorong konvergensi menuju pendekatan yang lebih ramah pelaksanaan, dengan tetap menghormati kendala konstitusional masing-masing yurisdiksi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Besson, Samantha. 'Human Rights Waivers and the Right to Do Wrong Under the European Convention on Human Rights.' Dalam Josep Casadevall et al., eds. *Essays in Honour of Dean Spielmann*. Wolf Legal Publishers, 2015.

- Collins, David. *An Introduction to International Investment Law*. Cambridge University Press, 1st ed, 2017.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 9th ed, 2019.
- Dikov, G. V. *Attorney Part in Judicial Proceedings: European Court Approaches*. Moscow: Legal Frame Development, 2014.
- Fox, Hazel, dan Philippa Webb. *The Law of State Immunity*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed, 2013.
- Gambaryan, A. S. *Waiver of Right and the Criminal-Procedural Intrusion Matter*. Moscow: Urlitinform, 2019.
- Garner, Bryan. *Black's Law Dictionary*. West Group, 7th ed., 1999.
- Reimann, Mathias dan Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2nd ed, 2019.
- Shaw, Malcolm. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 9th ed, 2021
- Winch, Phoebe D. 'State Immunity and the Execution of Investment Arbitration Awards.' Dalam Catharine Titi, ed. *Public Actors in International Investment Law*. Switzerland: Springer Nature, 2021.

Jurnal

- Bjorklund, Andrea K., Lukas Vanhonnaeker, dan Jean-Michel Marcoux. 'State Immunity as a Defense to Resist the Enforcement of ICSID Awards.' *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 35, no. 3 (2020): 506-522.
- Chebotareva, Irina N., Olesya S. Pashutina, dan Irina V. Revina. 'The Attributes of the Waiver of the Right: An Overview from the Point of View of Russian Criminal Proceeding Doctrine.' *Advances in Social Science, Education and Humanities Research* 505 (2020): 780-782.
- Dautaj, Ylli. 'Enforcing Arbitral Awards Against States and the Defence of Sovereign Immunity from Execution.' *Manchester Journal of International Economic Law* 16 (2019): 389.
- Garnett, Richard. 'Increasing Co-Operation Between Australia and China in the Recognition and Enforcement of Judgments.' *Melbourne Journal of International Law* 19, no. 2 (2018): 1.
- Juratowitch, Ben. 'Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards.' *Asian Journal of International Law* 6, no. 2 (2016): 199-232.
- Pengelley, Nicholas. 'Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough.' *Journal of International Arbitration* 26, no. 6 (2009): 860.
- Vlasova, E. D. 'The Institute of Waiver of Law: Application in Russian Law and in Foreign Legal Orders.' *Leningrad Law Journal* 2 (2018): 90.

Putusan

- CC/Devas (Mauritius) Ltd v Republic of India* 2022 QCCS 4785.
- Collavino Inc. v. Tihama Development Authority* (2007), 420 AR 89 (QB).
- FG Hemisphere Associates v Democratic Republic of The Congo* [2011] 14 HKCFAR 95.
- Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l* [2023] HCA 11.

Mobil Cerro Negro Ltd v Petroleo Brasileiro S.A. [unreported].

Sumber Lain

Australia. *Foreign States Immunities Act* 1985 (Cth).