

TINJAUAN KRITIS SISTEM PENYELESAIAN SENGKETA INVESTASI INTERNASIONAL
DAN DAMPAKNYA TERHADAP KEPENTINGAN NASIONAL INDONESIA

Juan Pahala Christian

Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

Email : juan.pahala@ui.ac.id

ABSTRAK

Penanaman modal asing (Foreign Direct Investment - FDI) esensial bagi pembangunan Indonesia, namun sistem penyelesaian sengketa investasi internasional (ISDS) yang menyertainya menghadapi kritik tajam. Artikel ini mengkaji secara kritis kelemahan fundamental ISDS terkait arbiter, proses, dan interpretasi hukum. Temuan menunjukkan dampak negatif signifikan terhadap kepentingan nasional Indonesia, meliputi ketidakpastian hukum, beban finansial, dan tergerusnya legitimasi sistem. Lebih lanjut, mekanisme ISDS dalam perjanjian investasi internasional terbukti membatasi kewenangan regulasi Indonesia, khususnya untuk melindungi kepentingan publik dan sektor-sektor strategis, yang berpotensi menciptakan regulatory chill dan mempersempit policy space. Respons Indonesia melalui evaluasi dan reformulasi kebijakan perjanjian investasinya mencerminkan upaya mencari keseimbangan baru dalam menghadapi tantangan ini. Penelitian ini menegaskan perlunya tinjauan berkelanjutan terhadap sistem ISDS guna memastikan keselarasan dengan tujuan pembangunan nasional.

Kata Kunci: Penyelesaian Sengketa Investasi, Kepentingan Nasional, Kedaulatan Regulasi

ABSTRACT

Foreign direct investment (FDI) is essential for Indonesia's development, yet the accompanying international investment dispute settlement (ISDS) system faces severe criticism. This article critically examines the fundamental weaknesses of ISDS concerning arbitrators, procedures, and legal interpretation. Findings reveal significant negative impacts on Indonesia's national interests, including legal uncertainty, financial burdens, and eroded systemic legitimacy. Furthermore, ISDS mechanisms within international investment agreements demonstrably constrain Indonesia's regulatory authority, particularly in protecting public interests and strategic sectors, potentially creating regulatory chill and narrowing policy space. Indonesia's response through evaluating and reformulating its investment treaty policies reflects an effort to find a new balance in addressing these challenges. This research underscores the need

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/).

for continuous review of the ISDS system to ensure alignment with national development goals.

Keywords: *Investor-State Dispute Settlement (ISDS), National Interest, Regulatory Sovereignty*

PENDAHULUAN

Penanaman modal asing (PMA), atau dalam terminologi internasional dikenal sebagai *Foreign Direct Investment (FDI)*, memegang peranan vital dalam dinamika perekonomian global dan secara khusus menjadi tumpuan harapan bagi negara-negara berkembang seperti Indonesia. Aliran modal ini tidak hanya dipandang sebagai sumber pembiayaan krusial untuk menutupi kesenjangan tabungan-investasi domestik, tetapi juga sebagai katalisator transfer teknologi, peningkatan keahlian manajerial, penciptaan lapangan kerja, dan pengembangan industri melalui keterkaitan ekonomi (*linkages*) dengan sektor lokal.¹ Dalam lanskap global yang ditandai persaingan ketat untuk menarik investasi, negara-negara terdorong untuk menciptakan lingkungan yang ramah investor, di mana kepastian hukum dan jaminan perlindungan terhadap aset menjadi elemen fundamental.² Sebagai respons, lahirlah ribuan perjanjian investasi internasional (IIAs), terutama dalam format perjanjian investasi bilateral (BITs), yang dirancang untuk mengurangi risiko politik dan memberikan jaminan hukum substantif kepada investor asing. Perjanjian ini umumnya mencakup klausul-klausul perlindungan standar seperti perlakuan nasional (*national treatment*), perlakuan negara yang paling diistimewakan (*most-favored-nation treatment*), standar perlakuan adil dan setara (*fair and equitable treatment*), perlindungan penuh dan keamanan (*full protection and security*), serta aturan ketat mengenai ekspropriasi dan kompensasinya³.

Inti dari sistem perlindungan yang ditawarkan oleh IIAs ini adalah keberadaan mekanisme penyelesaian sengketa antara investor dan negara penerima modal (*Investor-State Dispute Settlement - ISDS*). Mekanisme ini merupakan inovasi radikal dalam hukum internasional karena memberikan akses langsung kepada entitas swasta (investor asing) untuk menggugat negara berdaulat di forum arbitrase internasional, seperti *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* atau berdasarkan aturan *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, tanpa perlu melalui jalur diplomatik antarnegara.⁴ Tujuan utamanya adalah untuk menawarkan forum penyelesaian sengketa yang dianggap netral, independen dari sistem peradilan nasional negara penerima modal yang mungkin dipersepsikan kurang dapat diandalkan atau bias, serta untuk mendepolitisasi sengketa investasi.⁵

Putusan arbitrase yang mengikat dan seringkali memberikan ganti rugi dalam jumlah masif dikhawatirkan dapat 'mendinginkan' (*regulatory chill*) kemauan pemerintah untuk mengeluarkan regulasi baru atau memperketat standar di bidang-bidang krusial seperti perlindungan lingkungan hidup, kesehatan masyarakat, hak-hak pekerja, atau bahkan kebijakan

¹ Olivier De Schutter, Johan Swinnen, and Jan Wouters, eds., *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements* (London and New York: Routledge, 2013), hlm. 1-2.

² Dhaniswara K. Harjono, *Hukum Penanaman Modal: Tinjauan Terhadap Pemberlakuan Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007), hlm. 3

³ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), hlm. 3.

⁴ Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law, Third Edition* (Oxford University Press, 2022), hlm. 214-215.

⁵ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 277-278.

fiskal, karena takut menghadapi gugatan arbitrase yang mahal.⁶ Kedaulatan negara dalam menentukan arah kebijakan pembangunannya sendiri dianggap terancam oleh rezim hukum investasi internasional ini.

Kritik juga menyorot aspek-aspek prosedural dan sistemik dari ISDS itu sendiri. Masalah legitimasi muncul terkait mekanisme pemilihan arbiter yang bersifat *ad hoc*, potensi konflik kepentingan dan bias pro-investor di kalangan arbiter yang seringkali berasal dari firma hukum korporat besar, serta kurangnya mekanisme banding yang efektif.⁷ Kerahasiaan proses arbitrase juga seringkali dianggap bertentangan dengan prinsip transparansi dan akuntabilitas publik, terutama ketika sengketa menyangkut kebijakan publik yang luas.⁸ Selain itu, ketiadaan sistem preseden yang mengikat antar putusan (*stare decisis*) menimbulkan inkonsistensi dan ketidakpastian hukum, sementara biaya arbitrase yang sangat tinggi dianggap menciptakan ketidaksetaraan akses terhadap keadilan, terutama bagi negara berkembang atau investor skala kecil.⁹ Ketegangan antara promosi investasi dan perlindungan kedaulatan serta kepentingan publik ini terasa sangat nyata bagi Indonesia. Sebagai negara yang aktif mencari investasi asing untuk mendukung agenda pembangunan nasionalnya, namun di sisi lain juga telah beberapa kali menjadi pihak tergugat (*respondent*) dalam kasus-kasus arbitrase investasi internasional yang signifikan, Indonesia berada dalam posisi dilematis.¹⁰ Upaya menyeimbangkan iklim investasi yang menarik dengan ruang gerak untuk mengatur demi kepentingan nasional menjadi tantangan kebijakan hukum yang fundamental. Artikel ini bertujuan untuk mengkaji secara kritis sistem penyelesaian sengketa investasi internasional tersebut dengan fokus pada dampaknya terhadap kepentingan nasional Indonesia. Secara spesifik, artikel ini akan menjawab pertanyaan-pertanyaan berikut:

1. Apa saja kelemahan fundamental sistem arbitrase investasi internasional yang merugikan posisi Indonesia, dan bagaimana dampaknya terhadap perlindungan kepentingan nasional?
2. Bagaimana mekanisme penyelesaian sengketa dalam perjanjian investasi internasional membatasi kewenangan regulasi Indonesia demi melindungi kepentingan publik atau sektor strategis?

PEMBAHASAN

KELEMAHAN FUNDAMENTAL SISTEM ARBITRASE INVESTASI INTERNASIONAL DAN DAMPAKNYA BAGI KEPENTINGAN NASIONAL INDONESIA

A. Kelemahan Fundamental Sistem Arbitrase Investasi Internasional

Salah satu sumber kritik paling mendasar dan persisten terhadap sistem ISDS adalah persoalan yang melingkupi para arbiter itu sendiri, terutama terkait dengan jaminan independensi dan imparialitas mereka, serta legitimasi mereka secara keseluruhan dalam memutus sengketa yang seringkali bernilai sangat besar dan melibatkan aspek kedaulatan negara serta kepentingan publik yang fundamental. Sistem penunjukan arbiter yang seringkali bersifat *ad hoc* untuk setiap kasus—di mana masing-masing pihak sengketa (investor dan negara) menunjuk satu arbiter, dan kedua arbiter tersebut kemudian bersepakat

⁶ Olivier De Schutter, Johan Swinnen, and Jan Wouters, eds., *Foreign Direct Investment...*, hlm. 7-8.

⁷ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), hlm. 855-861.

⁸ *Ibid.*, hlm. 875-880.

⁹ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 303-304.

¹⁰ Dhaniswara K. Harjono, *Hukum Penanaman Modal...*, hlm. 308-310.

untuk menunjuk arbiter ketiga sebagai ketua majelis — telah lama menjadi subjek perdebatan. Struktur ini dikhawatirkan dapat secara inheren menciptakan dinamika "loyalitas" atau keberpihakan arbiter kepada pihak yang menunjuknya, meskipun para arbiter terikat oleh kewajiban untuk bertindak independen dan imparial.¹¹ Lebih lanjut, komunitas arbiter investasi internasional kerap digambarkan sebagai kelompok elite yang relatif kecil, terbatas, dan cenderung homogen—sering disebut sebagai "*the magic circle*" atau "*club*" arbitrase.¹² Dominasi praktisi hukum, akademisi, dan mantan pejabat dari negara-negara maju, khususnya dari kawasan Eropa Barat dan Amerika Utara, dalam daftar arbiter yang sering ditunjuk, menimbulkan pertanyaan serius mengenai potensi konflik kepentingan yang tidak selalu mudah terdeteksi, serta kemungkinan adanya bias sistemik yang tidak disadari, yang mungkin lebih mengakomodasi kerangka berpikir dan perspektif investor global dibandingkan kepentingan negara berkembang.¹³ Fenomena "*revolving door*", di mana individu yang sama dapat bertindak sebagai arbiter dalam satu kasus, kemudian beralih peran menjadi penasihat hukum (umumnya untuk pihak investor) dalam kasus lain, atau sebaliknya, semakin mempertebal persepsi publik mengenai kurangnya jarak yang memadai antara fungsi ajudikasi dan advokasi, yang esensial untuk menjaga integritas sistem.¹⁴

Meskipun berbagai upaya telah dilakukan untuk mengatasi masalah ini, seperti pengembangan pedoman etik bagi arbiter atau dorongan untuk peningkatan transparansi dalam proses seleksi dan kewajiban pengungkapan (*disclosure*) potensi konflik kepentingan, keraguan mendasar mengenai independensi struktural dan legitimasi para pengadil dalam sistem ISDS tetap menjadi isu sentral.¹⁵ Kesadaran akan kekurangan dalam sistem penyelesaian sengketa ini, termasuk sifat sementara (*ad hoc*) dari majelis arbitrase dan tantangan terkait transparansi serta legitimasi, juga diakui dalam berbagai analisis mengenai posisi dan kebijakan Indonesia dalam menghadapi sengketa investasi.¹⁶

Aspek prosedural arbitrase investasi internasional juga mengandung kelemahan signifikan yang berdampak signifikan terhadap persepsi keadilan dan aksesibilitas sistem. Salah satu isu yang paling menonjol adalah kurangnya transparansi. Secara historis, prinsip kerahasiaan (*confidentiality*) merupakan ciri khas arbitrase komersial swasta, yang kemudian banyak diadopsi ke dalam ISDS. Meskipun kerahasiaan dapat memiliki justifikasi tertentu, seperti untuk melindungi informasi bisnis yang sensitif milik investor atau informasi keamanan negara, penerapannya secara luas dalam sengketa yang melibatkan negara berdaulat, kebijakan publik, dan penggunaan dana publik dalam jumlah besar, seringkali dianggap tidak sejalan dengan prinsip-prinsip tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*), akuntabilitas publik, dan hak masyarakat untuk mendapatkan informasi.¹⁷ Proses arbitrase seringkali berlangsung secara tertutup (*in camera*), dokumen-dokumen krusial seperti memori, kontra-memori, bukti-bukti, dan transkrip persidangan umumnya tidak dapat diakses oleh publik, dan putusan arbitrase itu sendiri tidak selalu dipublikasikan secara

¹¹ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 855-858.

¹² M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 297-300.

¹³ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 859-861.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 861-863.

¹⁵ Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (Cambridge University Press, 2009), hlm. 390-393.

¹⁶ Clarissa Nadya Arina, "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID," *Indonesian Law Journal* Volume 15, No. 1 (Desember 2022), hlm. 6.

¹⁷ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 875-877.

otomatis atau menyeluruh.¹⁸ Keterbatasan ini mempersulit pengawasan publik terhadap proses pengambilan keputusan yang dapat memiliki implikasi sangat luas bagi masyarakat, baik dari segi finansial maupun ruang lingkup kebijakan negara. Partisipasi pihak ketiga (*amicus curiae*), seperti organisasi masyarakat sipil, akademisi, atau komunitas lokal yang terdampak langsung oleh proyek investasi yang disengketakan, juga seringkali menghadapi hambatan prosedural dan substantif, sehingga suara dan perspektif mereka kurang terakomodasi dalam persidangan.¹⁹

Aspek finalitas putusan arbitrase yang cenderung absolut, dengan mekanisme peninjauan yang sangat terbatas, juga menjadi sumber keprihatinan. Dalam sistem ICSID, satu-satunya jalur formal untuk menantang putusan adalah melalui prosedur anulasi (pembatalan), yang memiliki dasar pembatalan sangat sempit dan prosedural, seperti tribunal tidak dibentuk dengan benar, tribunal jelas-jelas melampaui kewenangannya (*manifest excess of power*), adanya korupsi pada salah satu anggota tribunal, terjadinya penyimpangan serius dari suatu aturan prosedur yang fundamental, atau kegagalan putusan untuk menyatakan alasan-alasan yang mendasarinya.²⁰ Penting untuk dicatat bahwa anulasi tidak memungkinkan peninjauan ulang terhadap substansi putusan, seperti dugaan kesalahan dalam interpretasi hukum atau penilaian fakta oleh tribunal. Ketiadaan mekanisme banding (*appellate mechanism*) yang efektif, sebagaimana lazim ditemukan dalam sistem peradilan nasional maupun dalam sistem penyelesaian sengketa Organisasi Perdagangan Dunia (WTO), berarti bahwa putusan arbitrase yang mungkin mengandung kekeliruan serius dalam penerapan hukum atau fakta, atau bahkan secara diametral bertentangan dengan putusan tribunal lain dalam kasus serupa dengan isu hukum yang identik, menjadi final dan mengikat (*res judicata*). Hal ini pada akhirnya memperbesar risiko terjadinya inkonsistensi yurisprudensi, ketidakpastian hukum, dan potensi lahirnya putusan-putusan yang dirasakan tidak adil dalam sistem ISDS.²¹

Bidang interpretasi hukum perjanjian investasi oleh berbagai tribunal arbitrase juga menunjukkan kelemahan fundamental yang berkontribusi secara signifikan terhadap ketidakpastian dan potensi ketidakadilan sistem ISDS. Sifat *ad hoc* dari setiap tribunal, di mana majelis arbitrase yang berbeda (dengan komposisi arbiter yang berbeda pula) dibentuk secara terpisah untuk menangani setiap kasus individual, dan tidak adanya kewajiban formal bagi satu tribunal untuk mengikuti atau terikat oleh putusan-putusan tribunal sebelumnya (prinsip *stare decisis* atau preseden yang mengikat tidak berlaku dalam ISDS), telah menjadi penyebab utama terjadinya fragmentasi dan inkonsistensi yang cukup signifikan dalam yurisprudensi arbitrase investasi internasional.²² Tribunal-tribunal yang berbeda, ketika dihadapkan pada klausul-klausul perjanjian yang identik atau sangat serupa (misalnya, klausul mengenai *Most-Favoured-Nation treatment*, *Fair and Equitable Treatment*, atau definisi ekspropriasi tidak langsung), seringkali menghasilkan interpretasi dan putusan yang saling bertentangan atau sulit direkonsiliasi. Lebih lanjut, BIT generasi awal seringkali menggunakan rumusan klausul perlindungan yang bersifat umum dan kurang spesifik, yang

¹⁸ Clarissa Nadya Arina, "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID," *Indonesian Law Journal* Volume 15, No. 1 (Desember 2022), hlm. 6.

¹⁹ Junji Nakagawa, ed., *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement* (Routledge, 2013), hlm. 2-4.

²⁰ Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law...*, hlm. 435-443.

²¹ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 110-111.

²² Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International...*, hlm. 350-352.

kemudian memberikan ruang lingkup diskresi interpretatif yang sangat luas bagi tribunal arbitrase internasional. Kebebasan interpretasi ini, tanpa adanya mekanisme koreksi atau harmonisasi yang efektif, dapat berujung pada lahirnya putusan-putusan yang tidak konsisten, sulit diprediksi, dan terkadang mengejutkan bagi negara-negara pihak dalam perjanjian.²³ Inkonsistensi yurisprudensial ini, meskipun beberapa akademisi dan praktisi berpendapat bahwa suatu bentuk koherensi atau konvergensi yurisprudensial mulai tampak melalui efek persuasif dari putusan-putusan sebelumnya dan upaya para arbiter untuk merujuk serta menganalisis kasus-kasus terdahulu,²⁴ tetap menjadi sumber ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*) yang signifikan bagi negara maupun investor. Hal ini mempersulit negara seperti Indonesia dalam merumuskan kebijakan publik, menilai potensi risiko hukum dari tindakan-tindakan regulasi yang akan diambil, dan memprediksi kemungkinan hasil dari suatu sengketa investasi. Pada akhirnya, ketidakpastian ini dapat merusak prediktabilitas dan koherensi sistem hukum investasi internasional secara keseluruhan.

Kecenderungan beberapa tribunal untuk mengadopsi interpretasi yang bersifat luas dan seringkali tidak terduga terhadap standar-standar perlindungan substantif, terutama standar perlakuan adil dan setara (*Fair and Equitable Treatment - FET*), telah menjadi salah satu sumber utama kekhawatiran dan kritik terhadap sistem ISDS. Sejumlah tribunal telah menafsirkan FET bukan hanya sebagai kewajiban untuk tidak bertindak sewenang-wenang atau diskriminatif, tetapi sebagai standar yang dinamis, mandiri (*autonomous standard*), dan mencakup berbagai elemen perlindungan yang tidak selalu secara eksplisit tertuang dalam teks perjanjian. Ini termasuk, misalnya, perlindungan terhadap ekspektasi sah investor (*legitimate expectations*), kewajiban negara untuk menciptakan dan memelihara kerangka hukum yang stabil dan dapat diprediksi (*stable and predictable legal framework*), serta kewajiban untuk bertindak secara transparan dalam hubungannya dengan investor.^{25 26} Interpretasi yang ekspansif terhadap FET ini, khususnya doktrin *legitimate expectations*, dikritik karena dianggap memberikan perlindungan yang berlebihan kepada investor, seringkali melampaui apa yang mungkin menjadi niat awal (*original intent*) negara-negara (khususnya negara berkembang) ketika menandatangani BITs. Lebih jauh, dikhawatirkan bahwa interpretasi semacam itu secara efektif dapat mengubah standar FET menjadi semacam "polis asuransi komprehensif" terhadap setiap perubahan kebijakan negara yang mungkin merugikan kepentingan ekonomi investor, bahkan jika perubahan kebijakan tersebut bersifat sah, non-diskriminatif, dan bertujuan untuk mencapai kepentingan publik yang lebih tinggi.^{27 28}

B. Dampak bagi Perlindungan Kepentingan Nasional Indonesia

Rangkaian kelemahan fundamental sistem arbitrase investasi internasional yang mendalam di atas mencakup isu terkait arbiter, problematika prosedural, dan inkonsistensi dalam interpretasi hukum tidak hanya bersemayam dalam ranah teoretis-yuridis, tetapi juga mentransmisikan dampak yang signifikan dan seringkali bersifat merugikan bagi upaya

²³ Clarissa Nadya Arina, "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID," *Indonesian Law Journal* Volume 15, No. 1 (Desember 2022), hlm. 6.

²⁴ Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International...*, hlm. 321-338.

²⁵ Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law...*, hlm. 186-205.

²⁶ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 353-354.

²⁷ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 439-443.

²⁸ Surya P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Third Edition* (Hart Publishing, 2016), hlm. 191-193.

komprehensif Indonesia dalam melindungi dan memajukan kepentingan nasionalnya. Dalam konteks penanaman modal dan hukum investasi, kepentingan nasional Indonesia dapat dipahami sebagai suatu konsep multidimensional yang mencakup, antara lain, pencapaian tujuan pembangunan ekonomi yang berkelanjutan, inklusif, dan berkeadilan; peningkatan taraf kesejahteraan rakyat secara merata; penciptaan lapangan kerja yang produktif dan layak; fasilitasi alih teknologi dan peningkatan kapasitas sumber daya manusia nasional; pemeliharaan dan penegakan kedaulatan negara untuk merumuskan dan melaksanakan kebijakan publik di berbagai sektor kehidupan berbangsa dan bernegara demi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (termasuk di dalamnya adalah perlindungan lingkungan hidup dari kerusakan, jaminan kesehatan masyarakat, dan penegakan hak asasi manusia); serta perlindungan terhadap sumber daya alam strategis dan industri-industri nasional yang vital bagi ketahanan ekonomi dan kedaulatan bangsa.²⁹ Berbagai kelemahan sistemik ISDS yang telah diidentifikasi berpotensi mengancam dan menghambat pencapaian berbagai aspek kepentingan nasional tersebut melalui beberapa jalur yang saling terkait.

Pertama, kombinasi dari inkonsistensi putusan antar tribunal, kecenderungan interpretasi standar perjanjian yang ekspansif dan seringkali sulit diprediksi oleh beberapa majelis arbitrase, serta tingginya biaya yang terkait dengan proses berperkara dalam ISDS, secara kolektif menciptakan ketidakpastian hukum yang signifikan dan berpotensi memiliki efek melumpuhkan (*debilitating legal uncertainty*) bagi aparaturnegara Indonesia dalam menjalankan fungsi regulasinya. Pemerintah dan lembaga legislatif menjadi sulit untuk memprediksi dengan tingkat akurasi yang memadai mengenai konsekuensi hukum dan finansial dari suatu rancangan kebijakan atau tindakan regulasi yang akan diambil, bahkan jika tindakan tersebut didasarkan pada pertimbangan kepentingan publik yang sah, mendesak, dan non-diskriminatif. Ketidakpastian ini berisiko tinggi untuk menimbulkan fenomena yang dikenal sebagai 'efek dingin' pada regulasi (*regulatory chill*), di mana para pembuat kebijakan menjadi enggan, ragu-ragu, atau bahkan menunda untuk mengeluarkan peraturan baru atau memperkuat penegakan peraturan yang sudah ada karena dihantui oleh kekhawatiran akan tuntutan arbitrase internasional yang prosesnya rumit, biayanya sangat mahal, dan hasil akhirnya tidak dapat diprediksi dengan pasti.^{30 31} Keterbatasan anggaran negara untuk menghadapi litigasi internasional yang kompleks dan berlarut-larut juga secara signifikan memperburuk posisi tawar Indonesia. Asimetri sumber daya ini dapat mempengaruhi kemampuan negara untuk menyajikan pembelaan hukum dan bukti-bukti pendukung secara optimal.

Kedua, beban finansial, baik yang bersifat langsung maupun tidak langsung, yang ditimbulkan oleh keterlibatan Indonesia dalam sistem ISDS merupakan dampak yang sangat memberatkan postur anggaran negara. Biaya langsung yang harus ditanggung mencakup pengeluaran untuk jasa penasihat hukum (*legal counsel*) dalam dan luar negeri selama proses arbitrase yang dapat berlangsung bertahun-tahun, honorarium bagi para arbiter, biaya administrasi yang dikenakan oleh lembaga arbitrase, serta biaya untuk saksi ahli, investigasi, dan pengumpulan bukti. Akumulasi biaya ini dengan mudah dapat mencapai jutaan dolar Amerika Serikat per kasus³². Jumlah ini merupakan alokasi sumber daya publik yang sangat

²⁹ Dhaniswara K. Harjono, *Hukum Penanaman Modal...*, hlm. 13-15.

³⁰ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 405-407.

³¹ Olivier De Schutter, Johan Swinnen, and Jan Wouters, eds., *Foreign Direct Investment...*, hlm. 7-8.

³² M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 303-304.

signifikan, yang sejatinya dapat dan seharusnya dialokasikan untuk program-program pembangunan yang lebih prioritas. Lebih jauh lagi, jika Indonesia dinyatakan kalah dalam sengketa, potensi pembayaran ganti rugi (*damages*) beserta bunga yang ditetapkan oleh tribunal arbitrase dapat mencapai jumlah yang astronomis, yang tentunya akan memberikan tekanan hebat pada stabilitas fiskal negara.

Ketiga, akumulasi dari berbagai kelemahan sistemik ISDS—mulai dari keraguan yang meluas terhadap independensi dan imparialitas arbiter, kurangnya transparansi dalam proses persidangan, hingga inkonsistensi dan ketidakpastian putusan antar tribunal—secara gradual namun pasti menggerus tingkat kepercayaan (*trust*) dan persepsi legitimasi sistem tersebut di mata pemerintah, kalangan akademisi, organisasi masyarakat sipil, dan publik Indonesia secara umum. Ketika suatu sistem penyelesaian sengketa internasional dianggap tidak adil, tidak transparan, tidak akuntabel, atau secara sistemik lebih memihak pada kepentingan salah satu kelompok, maka kemauan politik (*political will*) untuk menghormati, menerima, dan melaksanakan putusan-putusannya secara sukarela akan cenderung menurun.³³ Fenomena ini juga dapat menjadi pemicu bagi negara-negara, termasuk Indonesia, untuk secara proaktif meninjau kembali, menegosiasikan ulang, atau bahkan mengambil langkah drastis untuk mengakhiri perjanjian investasi bilateral (BITs) yang dianggap merugikan.³⁴ Meskipun terdapat pandangan bahwa rekam jejak kemenangan Indonesia dalam beberapa kasus ISDS tertentu dapat ditafsirkan sebagai bukti bahwa sistem ini tidak secara absolut memihak investor, kritik yang lebih fundamental, yang menganggap bahwa ISDS berpotensi "menyandera negara pada kepentingan investor" juga tetap relevan.³⁵ Kebijakan Indonesia untuk mengakhiri sejumlah BIT secara sepihak dan usulannya dalam forum negosiasi RCEP dapat dilihat sebagai manifestasi dari upaya Indonesia untuk merespons defisit legitimasi yang dirasakan ini.³⁶

Keempat, berbagai kelemahan yang telah dipaparkan secara keseluruhan menempatkan Indonesia, sebagai negara berkembang, pada posisi tawar yang secara struktural lebih lemah (*structurally disadvantaged position*) ketika harus berhadapan dengan sengketa melawan investor asing, terutama korporasi multinasional. Kompleksitas aturan prosedur arbitrase internasional, tingginya standar pembuktian yang seringkali membutuhkan analisis teknis dan ahli yang mahal, serta potensi bias sistemik yang mungkin ada, secara kolektif mempersulit Indonesia untuk dapat secara efektif mempertahankan legitimasi kebijakan nasionalnya dan melindungi kepentingan publik yang lebih luas di hadapan forum arbitrase.

PEMBATASAN KEWENANGAN REGULASI INDONESIA AKIBAT MEKANISME PENYELESAIAN SENGKETA DALAM PERJANJIAN INVESTASI INTERNASIONAL

A. Kedaulatan Negara untuk Mengatur (*Sovereign Right to Regulate*) dalam Pusaran Hukum Investasi Internasional

Kedaulatan negara (*state sovereignty*) merupakan atribut fundamental dalam sistem hukum internasional yang memberikan kepada negara otoritas tertinggi dan eksklusif untuk

³³ *Ibid.*, hlm. 465.

³⁴ Clarissa Nadya Arina, "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID," *Indonesian Law Journal* Volume 15, No. 1 (Desember 2022), hlm.3.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 4.

³⁶ *Ibid.*, hlm. 5.

mengatur segala urusan di dalam wilayah teritorialnya dan untuk menentukan arah kebijakan nasionalnya tanpa adanya campur tangan eksternal yang tidak sah. Salah satu manifestasi terpenting dan tidak terpisahkan dari kedaulatan ini adalah hak untuk mengatur (*right to regulate*), yang seringkali juga dirujuk sebagai pelaksanaan kewenangan *police powers*. Kewenangan ini memberikan dasar bagi negara untuk membuat, mengubah, menerapkan, dan mencabut peraturan perundang-undangan demi melindungi dan meningkatkan kesejahteraan umum masyarakatnya, yang mencakup spektrum luas bidang-bidang krusial seperti kesehatan masyarakat, keselamatan publik, moralitas sosial, perlindungan lingkungan hidup, pengelolaan sumber daya alam, dan stabilitas perekonomian nasional.^{37 38} Dalam konteks penanaman modal di Indonesia, Undang-Undang Penanaman Modal secara implisit dan eksplisit mengakui serta menegaskan kewenangan negara ini dengan menekankan bahwa penyelenggaraan penanaman modal harus senantiasa berlandaskan pada asas kepentingan nasional dan diarahkan untuk sebesar-besarnya meningkatkan kesejahteraan masyarakat.³⁹ Namun demikian, ketika negara berdaulat seperti Indonesia secara sukarela memasuki ranah perjanjian investasi internasional dan, sebagai bagian dari komitmennya, memberikan persetujuan terhadap mekanisme ISDS, maka pelaksanaan kewenangan regulasi tersebut tidak lagi dapat dipandang sebagai sesuatu yang bersifat absolut atau tanpa batas. Dengan menjadi pihak dalam IIAs, negara secara sadar menerima pembatasan-pembatasan tertentu atas pelaksanaan kedaulatannya sebagai bagian dari upaya untuk menarik investasi asing dan memperoleh potensi manfaat ekonomi yang diharapkan dapat menyertainya.⁴⁰ Perjanjian-perjanjian investasi internasional ini menciptakan serangkaian ekspektasi yang sah (*legitimate expectations*) bagi investor asing bahwa negara tuan rumah akan mematuhi standar-standar perlakuan minimum tertentu yang telah disepakati. Oleh karena itu, setiap pelanggaran terhadap standar-standar perlindungan tersebut, bahkan jika tindakan tersebut dilakukan melalui instrumen regulasi yang sah menurut hukum nasional dan didasarkan pada pertimbangan kepentingan publik yang kuat, dapat menjadi dasar bagi investor yang merasa dirugikan untuk mengajukan klaim arbitrase terhadap negara.⁴¹

B. Standar Perlindungan Investor dalam Perjanjian Investasi sebagai Potensi Pembatas Regulasi

Mekanisme ISDS menjadi instrumen yang relevan dan operasional ketika investor asing mengajukan klaim bahwa negara tuan rumah telah melakukan pelanggaran terhadap satu atau lebih standar perlindungan investor yang dijamin dalam IIA yang berlaku. Beberapa standar perlindungan, karena cakupannya yang luas, sifatnya yang terbuka terhadap interpretasi (*open-textured norms*), dan penafsirannya yang cenderung dinamis dan evolutif oleh berbagai tribunal arbitrase, memiliki potensi yang sangat signifikan untuk membatasi, baik secara langsung maupun tidak langsung, pelaksanaan kewenangan regulasi negara. Pertama, standar perlakuan adil dan setara (*Fair and Equitable Treatment - FET*), yang hampir secara universal dapat ditemukan dalam BITs modern, telah berkembang menjadi salah satu

³⁷ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 964-968.

³⁸ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 964-968.

³⁹ Dhaniswara K. Harjono, *Hukum Penanaman Modal...*, hlm. 13-15.

⁴⁰ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 207-208.

⁴¹ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 89.

standar perlindungan yang paling sering dan paling berhasil dijadikan dasar gugatan oleh investor terhadap berbagai tindakan regulasi negara.^{42 43} FET seringkali ditafsirkan oleh tribunal arbitrase bukan hanya sebagai larangan terhadap tindakan negara yang bersifat sewenang-wenang (*arbitrary*), diskriminatif, atau melanggar prinsip due process, tetapi juga sebagai sebuah standar yang lebih luas dan positif, yang mencakup kewajiban negara untuk tidak bertindak secara bertentangan dengan ekspektasi sah investor (*legitimate expectations*) yang telah timbul berdasarkan representasi atau jaminan spesifik yang diberikan oleh negara, menyediakan kerangka hukum dan bisnis yang stabil, dapat diprediksi, dan transparan, serta bertindak secara konsisten dan dengan itikad baik (*good faith*) dalam interaksinya dengan investor.^{44 45 46} Akibatnya, perubahan signifikan dalam kebijakan regulasi negara, bahkan jika didorong oleh pertimbangan kepentingan publik yang mendesak, dapat dianggap sebagai pelanggaran FET jika perubahan tersebut dianggap merusak ekspektasi investor yang sudah terbentuk secara sah, dilakukan secara mendadak tanpa konsultasi yang memadai, atau jika dampaknya terhadap investasi dinilai tidak proporsional.

Kedua, larangan terhadap ekspropriasi tanpa kompensasi yang cepat, adekuat, dan efektif, merupakan standar fundamental lain dalam hukum investasi internasional.^{47 48} Perlindungan ini tidak hanya mencakup ekspropriasi langsung, yaitu pengambilalihan aset secara formal oleh negara, tetapi juga, dan yang lebih sering menjadi sumber sengketa dalam konteks regulasi, adalah ekspropriasi tidak langsung (*indirect expropriation*) atau yang kadang disebut sebagai *regulatory taking*.^{49 50} Ekspropriasi tidak langsung terjadi ketika tindakan regulasi negara, meskipun tidak secara eksplisit mengambil alih hak kepemilikan formal atas aset investor, namun memiliki dampak yang sedemikian rupa sehingga secara substansial menghilangkan atau mengurangi nilai, penggunaan, atau manfaat ekonomi dari investasi tersebut hingga setara dengan pengambilalihan. Untuk menentukan apakah suatu tindakan regulasi telah melintasi batas dari pelaksanaan kewenangan *police powers* yang sah menjadi ekspropriasi tidak langsung yang memerlukan kompensasi, tribunal arbitrase umumnya akan mempertimbangkan beberapa faktor, termasuk tingkat dampak ekonomi dari tindakan tersebut terhadap investasi, karakter dari tindakan pemerintah, serta sejauh mana tindakan tersebut mengganggu ekspektasi investor yang jelas, beralasan, dan didukung oleh investasi (*distinct, reasonable, investment-backed expectations*)⁵¹. Tindakan regulasi yang sah dan non-diskriminatif, berpotensi untuk dikategorikan sebagai ekspropriasi tidak langsung jika dampaknya terhadap nilai investasi investor dianggap sangat parah dan tidak proporsional.

Ketiga, klausul-klausul lain seperti klausul payung (*umbrella clause*), yang dalam beberapa interpretasi dianggap dapat "mengangkat" pelanggaran komitmen kontraktual spesifik yang dibuat oleh negara atau entitas negara kepada investor menjadi pelanggaran perjanjian investasi itu sendiri, juga dapat menjadi instrumen bagi investor untuk menantang

⁴² Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law...*, hlm. 119-121.

⁴³ Mas Rahmah, *Hukum Investasi* (Jakarta: Kencana, 2020), hlm. 54-59.

⁴⁴ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 439-443.

⁴⁵ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 353-354.

⁴⁶ Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law...*, hlm. 133-140.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 89-92.

⁴⁸ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 364-367.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm 369-371.

⁵⁰ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 964-968.

⁵¹ Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law...*, hlm. 101-115.

tindakan regulasi negara.^{52 53} Jika negara, melalui regulasi baru, dianggap melanggar janji atau komitmen yang sebelumnya telah diberikan kepada investor dalam sebuah kontrak investasi, maka investor dapat menggunakan umbrella clause untuk membawa klaim tersebut ke arbitrase internasional sebagai pelanggaran BIT. Demikian pula, klausul non-diskriminasi, yang meliputi perlakuan nasional (*national treatment*) dan perlakuan negara yang paling diistimewakan (*Most-Favoured-Nation treatment - MFN*), dapat digunakan untuk menggugat tindakan regulasi jika dianggap menciptakan perlakuan yang berbeda secara tidak adil antara investor asing dan investor domestik, atau antara investor asing dari satu negara dengan investor asing dari negara lain, dalam situasi yang sebanding (*like circumstances*).^{54 55}

C. Mekanisme ISDS sebagai Saluran Klaim Terhadap Tindakan Regulasi Indonesia

Keterikatan Indonesia pada sistem ISDS secara primer bersumber dari jaringan luas BITs yang telah ditandatangani dan diratifikasi oleh Indonesia dengan berbagai negara mitra dagang dan investasi selama beberapa dekade terakhir. Sebagian besar dari BITs ini merujuk secara eksplisit pada mekanisme arbitrase melalui *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) sebagai salah satu, atau bahkan satu-satunya, forum penyelesaian sengketa antara investor dari negara pihak dan Pemerintah Indonesia.⁵⁶ Kerangka hukum nasional Indonesia, yaitu UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang secara formal mengakomodasi arbitrase internasional sebagai salah satu opsi forum penyelesaian sengketa investasi, di samping jalur musyawarah mufakat, arbitrase nasional (seperti BANI), atau melalui pengadilan negeri.⁵⁷

Persetujuan terhadap yurisdiksi arbitrase internasional yang termuat dalam klausul penyelesaian sengketa BITs ini memiliki konsekuensi hukum yang fundamental: ia memberikan hak langsung kepada investor asing (*direct right of action*) untuk memulai proses arbitrase terhadap Pemerintah Indonesia atas dugaan pelanggaran standar perlindungan dalam BIT, tanpa memerlukan persetujuan lebih lanjut dari Pemerintah Indonesia secara ad hoc untuk setiap kasus individual, dan juga tanpa perlu lagi melalui mekanisme tradisional perlindungan diplomatik yang harus diajukan oleh negara asal investor.^{58 59} Putusan (*award*) yang dihasilkan oleh majelis arbitrase ISDS, khususnya yang dikeluarkan oleh tribunal ICSID, bersifat final dan mengikat (*final and binding*) bagi para pihak yang bersengketa, dan harus diakui serta dilaksanakan oleh setiap negara anggota Konvensi ICSID (termasuk Indonesia) seolah-olah putusan tersebut merupakan putusan akhir dari pengadilan tertinggi di negara tersebut. Untuk putusan arbitrase non-ICSID, pelaksanaannya di Indonesia akan bergantung pada Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. Kenyataan bahwa Indonesia telah beberapa kali menjadi pihak tergugat dalam sengketa

⁵² *Ibid.*, hlm. 153-162.

⁵³ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 433.

⁵⁴ Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law...*, hlm. 178-190.

⁵⁵ Mas Rahmah, *Hukum Investasi*, hlm. 47-54.

⁵⁶ Clarissa Nadya Arina, "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID," *Indonesian Law Journal* Volume 15, No. 1 (Desember 2022), hlm.2.

⁵⁷ Dhaniswara K. Harjono, *Hukum Penanaman Modal...*, hlm. 303.

⁵⁸ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 82-83.

⁵⁹ Thomas L. Brewer, "International Investment Dispute Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment," *Law and Policy in International Business* 26, no. 3 (1995), hlm. 637-640.

ISDS⁶⁰ menunjukkan bahwa mekanisme ISDS bukanlah sekadar sebuah kemungkinan teoretis, melainkan sebuah realitas empiris yang memiliki konsekuensi nyata bagi negara. Meskipun terdapat klaim dan data yang menunjukkan bahwa Indonesia relatif sering berhasil memenangkan kasus-kasus ISDS yang dihadapinya,⁶¹ pengalaman menghadapi berbagai gugatan tersebut, terlepas dari hasil akhirnya, telah mendorong Pemerintah Indonesia untuk melakukan evaluasi yang mendalam dan kritis terhadap seluruh kebijakan perjanjian investasinya. Langkah-langkah signifikan seperti kebijakan pengakhiran sejumlah BITs (*BIT termination policy*) yang dianggap tidak lagi sesuai dengan kepentingan nasional, dan sikap kehati-hatian atau bahkan keengganan Indonesia untuk memasukkan mekanisme ISDS tradisional dalam perjanjian-perjanjian ekonomi internasional yang baru, seperti dalam konteks *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP), dapat dilihat sebagai upaya konkret Indonesia untuk merebut kembali sebagian dari ruang kedaulatannya dalam mengatur dan untuk menciptakan mekanisme penyelesaian sengketa yang dirasakan lebih adil, lebih seimbang, dan lebih mempertimbangkan konteks serta kepentingan nasional Indonesia.⁶²

D. Implikasi Pembatasan Regulasi bagi Kepentingan Publik dan Sektor Strategis di Indonesia

Kombinasi antara standar perlindungan investor yang cakupannya luas dan seringkali multitafsir dalam IIAs, dengan keberadaan mekanisme ISDS yang kuat dan mengikat untuk menegakkan standar-standar tersebut, membawa serangkaian implikasi yang signifikan dan kompleks terhadap kemampuan serta fleksibilitas Indonesia dalam merumuskan dan melaksanakan kebijakan regulasi nasional. Implikasi ini menjadi semakin krusial dan sensitif ketika menyangkut area-area yang secara langsung berkaitan dengan kepentingan publik yang esensial dan pengelolaan sektor-sektor ekonomi yang dianggap strategis bagi ketahanan dan pembangunan nasional. Salah satu dampak yang paling sering dikhawatirkan adalah fenomena 'efek dingin' pada regulasi (*regulatory chill*). *Regulatory chill* terjadi ketika pemerintah suatu negara, meskipun memiliki dasar pertimbangan kepentingan publik yang kuat dan legitimasi hukum nasional yang jelas, menjadi enggan atau menunda untuk mengeluarkan atau memperketat suatu regulasi karena adanya kekhawatiran akan potensi menghadapi klaim arbitrase investasi yang prosesnya mahal dan berisiko tinggi menghasilkan putusan ganti rugi dalam jumlah besar.^{63 64} Di Indonesia, fenomena ini bisa sangat relevan di sektor-sektor sensitif seperti pengelolaan sumber daya alam, perlindungan lingkungan hidup, kesehatan masyarakat, atau kebijakan pemberdayaan ekonomi nasional. Ancaman gugatan ISDS, bahkan sebelum benar-benar diajukan, dapat menciptakan iklim keengganan di kalangan regulator, yang pada akhirnya dapat menghambat progresivitas regulasi nasional. Dampak selanjutnya adalah penyempitan ruang kebijakan (*policy space*) pemerintah secara umum. *Policy space* merujuk pada tingkat fleksibilitas dan otonomi yang dimiliki pemerintah untuk merancang dan mengimplementasikan kebijakan yang dianggap

⁶⁰ Clarissa Nadya Arina, "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID," *Indonesian Law Journal* Volume 15, No. 1 (Desember 2022), hlm.1.

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 2

⁶² *Ibid.*, hlm. 3-5.

⁶³ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm. 405-407.

⁶⁴ Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook...*, hlm. 964-968.

paling sesuai untuk mencapai tujuan pembangunan nasional.⁶⁵ Keharusan bagi Indonesia untuk mematuhi standar-standar perjanjian investasi yang seringkali ditafsirkan secara luas oleh tribunal arbitrase, secara efektif dapat membatasi spektrum pilihan-pilihan kebijakan yang tersedia bagi Pemerintah Indonesia. Situasi seperti ini dapat secara signifikan menghambat kemampuan pemerintah untuk melakukan reformasi kebijakan yang bersifat adaptif dan responsif terhadap dinamika perubahan, karena setiap langkah reformasi kebijakan berpotensi dianggap sebagai pelanggaran terhadap "kontrak" dengan investor.

E. Upaya Indonesia dalam Mencari Keseimbangan Baru dan Menegaskan Kedaulatan Regulasi

Menyadari adanya potensi pembatasan yang signifikan terhadap kewenangan regulasinya akibat keterikatan pada sistem ISDS dalam formatnya yang ada, Pemerintah Indonesia telah dan terus mengambil langkah-langkah strategis yang proaktif untuk meninjau ulang secara komprehensif dan merumuskan kembali pendekatannya terhadap seluruh arsitektur perjanjian investasi internasionalnya. Kebijakan untuk tidak memperpanjang atau bahkan secara aktif mengakhiri sejumlah BITs yang telah habis masa berlakunya atau yang dinilai tidak lagi sejalan dengan kepentingan nasional dan agenda pembangunan terkini, serta upaya untuk menegosiasikan ulang BITs lainnya dengan memasukkan klausul-klausul yang lebih berimbang, lebih presisi, dan secara eksplisit lebih melindungi ruang kebijakan negara (*policy space for regulation*), merupakan salah satu manifestasi utama dari upaya recalibrasi ini.⁶⁶ Pembentukan dan penggunaan Model BIT Indonesia yang baru, yang diharapkan dapat secara lebih efektif mengakomodasi kepentingan nasional dan pembangunan berkelanjutan sambil tetap memberikan jaminan perlindungan yang wajar dan dapat diprediksi bagi investor asing yang beritikad baik, juga menjadi komponen penting dari strategi jangka panjang ini. Selain itu, sikap kehati-hatian dan ketegasan Indonesia dalam menyetujui atau menolak penyertaan mekanisme ISDS tradisional dalam perjanjian-perjanjian ekonomi regional atau multilateral yang baru, seperti dalam konteks negosiasi RCEP, menunjukkan keseriusan pemerintah dalam isu ini. Usulan Indonesia, misalnya, untuk menerapkan mekanisme penyelesaian sengketa yang bertingkat (*tiered dispute settlement mechanism*) yang mengedepankan atau bahkan mewajibkan penyelesaian melalui jalur pengadilan domestik terlebih dahulu sebelum sengketa dapat diajukan ke forum arbitrase internasional,⁶⁷ serta persyaratan adanya persetujuan khusus dari pemerintah (*specific state consent*) untuk setiap kasus yang akan dibawa ke arbitrase internasional, mencerminkan keinginan kuat untuk mempertahankan kontrol yang lebih besar atas proses penyelesaian sengketa investasi dan untuk memastikan bahwa pertimbangan kepentingan publik nasional dan konteks hukum domestik tidak terabaikan atau terkorbakan dalam proses adjudikasi internasional. Langkah-langkah ini sejalan dengan tren global yang lebih luas di mana semakin banyak negara mulai mempertanyakan dan mencari alternatif atau reformasi terhadap sistem ISDS yang ada.

⁶⁵ Olivier De Schutter, Johan Swinnen, and Jan Wouters, eds., *Foreign Direct Investment...*, hlm. 7-8.

⁶⁶ Clarissa Nadya Arina, "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID," *Indonesian Law Journal* Volume 15, No. 1 (Desember 2022), hlm.3.

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 5

KESIMPULAN

Kajian kritis terhadap sistem penyelesaian sengketa investasi internasional (*Investor-State Dispute Settlement - ISDS*) dan dampaknya terhadap kepentingan nasional Indonesia, sebagaimana diamanatkan dalam judul dan rumusan masalah penelitian ini, telah mengungkapkan serangkaian temuan signifikan yang menggarisbawahi kompleksitas dan tantangan yang dihadapi negara dalam menavigasi rezim hukum investasi global. Penanaman modal asing (*Foreign Direct Investment - FDI*) tidak diragukan lagi memegang peranan penting dalam mendorong pembangunan ekonomi, transfer teknologi, dan penciptaan lapangan kerja di Indonesia, sebuah kebutuhan yang mendorong negara untuk berpartisipasi dalam jaringan perjanjian investasi internasional guna menarik dan memberikan jaminan perlindungan kepada investor asing.

Indonesia kerap ditempatkan pada posisi tawar yang lebih lemah dalam menghadapi sengketa. Pembahasan spesifik mengenai bagaimana mekanisme ISDS dalam perjanjian investasi internasional membatasi kewenangan regulasi Indonesia menunjukkan bahwa kedaulatan negara untuk mengatur (*sovereign right to regulate*), termasuk pelaksanaan *police powers* demi kepentingan publik, menjadi terbatas ketika negara terikat oleh komitmen perjanjian investasi. Standar perlindungan investor, seperti FET dan larangan ekspropriasi tidak langsung, ketika ditafsirkan secara luas oleh tribunal arbitrase, dapat mengkategorikan tindakan regulasi yang sah dan non-diskriminatif sebagai pelanggaran perjanjian. Pengalaman berbagai negara, dan potensi yang dihadapi Indonesia, menunjukkan bahwa regulasi di sektor-sektor strategis seperti pengelolaan sumber daya alam, perlindungan lingkungan, dan kesehatan masyarakat sangat rentan terhadap gugatan ISDS. Fenomena *regulatory chill* dan penyempitan *policy space* menjadi konsekuensi nyata yang dihadapi Indonesia, yang menghambat kemampuannya untuk secara fleksibel merespons tantangan pembangunan dan melindungi kepentingan publik yang lebih luas. Langkah-langkah yang diambil Indonesia, seperti kebijakan pengakhiran perjanjian investasi bilateral dan proposal reformasi ISDS dalam forum regional, merupakan respons langsung terhadap pembatasan kedaulatan regulasi ini.

DAFTAR RUJUKAN

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-Undang tentang Penanaman Modal, UU Nomor 25 Tahun 2007. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724.

BUKU

Dolzer, Rudolf, Ursula Kriebaum, dan Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Edisi Ketiga. Oxford: Oxford University Press, 2022.

Harjono, Dhaniswara K. *Hukum Penanaman Modal: Tinjauan Terhadap Pemberlakuan Undang - Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*. Edisi Revisi. Depok: Rajawali Pers (Divisi dari Prenadamedia Group), 2020.

Rahmah, Mas. *Hukum Investasi*. Cetakan Ke-1. Jakarta: Kencana (Divisi dari Prenadamedia Group), 2020.

Subedi, Surya P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Edisi Ketiga. Oxford: Hart Publishing, 2016.

- De Schutter, Olivier, Johan Swinnen, dan Jan Wouters (eds.). *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements*. London dan New York: Routledge, 2013.
- Nakagawa, Junji (ed.). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*. London dan New York: Routledge, 2013.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Schill, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Schreuer, Christoph H., Loretta Malintoppi, August Reinisch, dan Anthony Sinclair. *The ICSID Convention: A Commentary*. Edisi Kedua. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Dolzer, Rudolf dan Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Muchlinski, Peter, Federico Ortino, dan Christoph Schreuer (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ARTIKEL

- Arina, Clarissa Nadya. "Logical Consequences In Indonesia's Position In Investment Disputes In Arbitration Forum ICSID." *Indonesian Law Journal* 15, No. 1 (Desember 2022)
- Herlani, Ahmad Fajar. "Choice of Investment Dispute Resolution Forums." *Nurani Hukum: Jurnal Ilmu Hukum* 3, No. 2 (Desember 2020): 51-58.
- Herniati. "Investment Dispute Settlement: Foreign Investor vs the Indonesian Government." *Journal of Law, Policy and Globalization* 35 (2015): 62-67.
- de Pencier, Joseph. "Investment, Environment and Dispute Settlement: Arbitration under NAFTA Chapter Eleven." *Hastings International and Comparative Law Review* 23, No. 3 (Spring-Summer 2000): 409-420.
- Brewer, Thomas L. "International Investment Dispute Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment." *Law and Policy in International Business* 26, No. 3 (1995): 633-672.
- Gantz, David A. "Dispute Settlement." *American Society of International Law Proceedings* 73 (1979): 249-258.