

Krisis dan Reformasi: Hak untuk Mengatur dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga

Syahrul Fauzul Kabir

Fakultas Hukum Universitas Islam Bandung

syahrul.fauzul@unisba.ac.id

Abstract

In international law, the right to regulate has historically been known but it has a different significance in international investment law. In the context of the crisis of the investment law regime, the right to regulate emerged as one of the norms reforming the substantive rules of BITs. This will be understood by reviewing its theoretical position in international law, and its interpretation by tribunals, while comparing its formulations in the third worlds (Indonesia, India, Brazil, South Africa). While in international law the right to regulate refers to the sovereign right of state, in investment law it is an exception to the performance of BIT obligations that do not give rise to state responsibility. In the preamble of the BIT, Indonesia, India and Brazil reaffirm the concept of the right to regulate as an interpretive tool in interpreting the objects and purposes of the BIT. As a stand-alone article, the concept of the right to regulate is reassured albeit in a different way, by Indonesia and South Africa. This is accompanied by enforcing general exceptions and security exceptions. While the former is applied by Indonesia and India, the latter is applied by the third worlds (except South Africa).

Keywords: the right to regulate; bilateral investment treaty; third world; crisis; reform.

Abstrak

Dalam hukum internasional, hak untuk mengatur (*the right to regulate*) secara historis telah dikenal lama namun menemukan signifikansi yang berbeda dalam rezim hukum investasi internasional. Dalam konteks krisis rezim hukum investasi, konsep hak untuk mengatur muncul sebagai salah satu norma yang mereformasi aturan substantif BIT. Hal ini akan coba dipahami dengan meninjau kedudukan teoretiknya dalam hukum internasional, dan penafsirannya oleh tribunal dalam praktiknya, seraya melihat perbandingan rumusnya di negara dunia ketiga (Indonesia, India, Brazil, Afrika Selatan). Sementara dalam hukum internasional rujukan dari hak untuk mengatur adalah kedaulatan negara, dalam hukum investasi ia merupakan pengecualian bagi pelaksanaan kewajiban dalam perjanjian investasi yang tak menimbulkan tanggung jawab negara. Di bagian *preamble* BIT, Indonesia, India dan Brazil menegaskan kembali konsep hak untuk mengatur sebagai alat interpretatif dalam menafsir objek dan tujuan BIT. Sebagai pasal yang berdiri sendiri, konsep hak untuk mengatur kembali dikukuhkan meski dengan kandungan makna berbeda oleh Indonesia dan Afrika Selatan. Hal ini dilengkapi dengan memberlakukan pengecualian umum dan pengecualian keamanan. Sementara yang pertama diterapkan oleh Indonesia dan India, yang disebut terakhir diterapkan oleh negara dunia ketiga (kecuali Afrika Selatan).

Kata kunci: hak untuk mengatur; perjanjian investasi bilateral; negara dunia ketiga; krisis; reformasi.

A. Pendahuluan

Artikel ini membahas konsep hak untuk mengatur (*the right to regulate*) dalam hukum internasional dan, khususnya, rezim hukum investasi internasional.¹ Pembahasan ini dilakukan agar konsep hak untuk mengatur dapat dipahami definisi, ruang lingkup, dan fungsinya, terutama untuk merespons krisis dan reformasi yang saat ini terjadi dalam rezim hukum investasi. Dengan begitu, konsep hak untuk mengatur dapat dimanfaatkan secara adekuat, setelah

1 Meski rujukannya sama, penulis menggunakan istilah berikut secara bergantian: rezim hukum investasi asing, rezim hukum investasi internasional, dan rezim hukum investasi.

kedudukannya dipahami baik secara teoretik maupun dalam praktik.

Sejak pengukuhan perjanjian investasi bilateral (*bilateral investment treaty*/BIT) pertama di tahun 1959 antara Jerman dan Pakistan, perlindungan dan promosi investasi menjadi *raison d'être* dirumuskannya perjanjian investasi antar negara. Berlandaskan pada nilai-nilai *laissez-faire* (liberalisme klasik), BIT tradisional atau BIT generasi pertama diyakini dapat memicu *transfer of knowledge, technology* dan *capital*.² Semula, hubungan ini dirajut dalam skema bilateral yang memiliki kedudukan asimetris: negara dunia kesatu selaku *capital-exporter vis-à-vis* negara dunia ketiga selaku *capital-importer*, hingga akhirnya rezim bilateralisme itu mengaburkan distingsi tersebut, sebagai arus utama dalam hukum investasi internasional.

Dogma liberalisme yang mengingatkan sarjana di belahan bumi selatan pada *civilizing-mission* ala abad-19 yang eropasentris itu³ ternyata terbukti inkonklusif dalam riset-riset empiris terkini.⁴ Sementara, kepentingan negara dan kepentingan publik yang secara diametral bertentangan dengan kepentingan privat (investor), telah ditanggihkan dalam BIT generasi lama: lingkungan hidup, kesehatan, ketenagakerjaan, hak asasi manusia, keamanan negara, dan sebagainya. Fleksibilitas kebijakan di bidang itu justru dibutuhkan oleh negara dunia ketiga, guna memacu ketertinggalannya dari

2 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), hlm. 24.

3 Kate Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital* (New York: Cambridge University Press, 2013), hlm. 19-23.

4 Pelbagai riset menunjukkan kesimpulan yang inkonklusif mengenai korelasi antara PII dan arus investasi. Sebagian berpendapat ada korelasi yang positif: Mary Hallward-Driemeier, "Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Investment? Only a Bit and They Could Bite," World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, World Bank, Geneva, 2003; sebagian lainnya merespons secara negatif: Jason Yackee, "Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment," dalam *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, ed. Karl P. Sauvant dan Lisa E. Sachs (Oxford: Oxford University Press, 2009), hlm. 379-95.

negara dunia kesatu akibat kolonialisme-imperialisme di masa lampau. Akibatnya, tarik menarik kepentingan publik-privat malah berdampak pada meningkatnya *investor-state dispute settlement* (ISDS) di forum arbitrase internasional, hingga akhirnya mekanisme tersebut mengalami krisis legitimasi.⁵

Implikasinya, negara mengalami *regulatory chill*; merasa khawatir bahwa kedaulatannya dalam mengarahkan kebijakan publiknya berada dalam posisi terancam, karena dapat digugat oleh investor melalui mekanisme ISDS yang berjalan satu arah. Beragam kritik akhirnya dilancarkan sebagai bentuk ‘serangan balik’ (*backlash*) hingga menimbulkan aneka reaksi. Mulai dari yang konservatif berupaya mempertahankan sistem tersebut, hingga yang revolusioner: meninggalkannya sama sekali. Jalan tengah di antaranya adalah yang reformis; merumuskan ulang hak privat investor yang semula diberi terlalu longgar, untuk diseimbangkan dengan kepentingan publik negara. Inilah yang dilakukan oleh sebagian negara dunia ketiga,⁶ negara-negara berkembang yang dahulu sempat terjajah

5 Susan D. Frank, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions,” *Fordham Law Review* 73, 4 (2005), hlm. 1521-4.

6 *Black’s Law Dictionary* mendefinisikan negara dunia ketiga sebagai negara yang secara ekonomi tidak semaju negara-negara berkekuatan utama industri (*industrial powers*). Saat ini, sebutan lain bagi negara dunia ketiga adalah negara berkembang, negara terbelakang, dan negara yang kurang berkembang. Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary* (Eagan: West Publisher, edisi sembilan, 2004), hlm. 1358. Apabila istilah “negara berkembang” hanya menangkap dimensi sosio-ekonomi dari suatu negara (misalnya, berdasarkan tingkat GDP), maka istilah “negara dunia ketiga” menangkap aspek politis-historis suatu negara (yakni: negara yang pernah mengalami kolonisasi, negara yang terafiliasi dengan gerakan non-blok, negara yang tergabung dalam G-77, dan sebagainya). Secara spesifik, negara dunia ketiga dalam tulisan ini merujuk pada Indonesia, India, Brazil, dan Afrika Selatan. Ada tiga alasan mengapa negara tersebut dipilih sebagai objek penelitian: (1) merupakan negara-negara eks-kolonial di belahan bumi selatan; (2) telah menyusun model BIT yang baru (pasca-krisis ekonomi di tahun 2008) dengan memberlakukan prosedur maupun substansi yang “reformis”; (3) populer menjadi objek penelitian dalam lingkup BIT saat ini karena tergolong sebagai “*new emerging economies*” atau terafiliasi dengan BRICS (Brazil, Russia, China, South Africa). Untuk alasan lainnya lihat Sundhya Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth, and*

tapi lalu terpaksa menandatangani BIT (generasi pertama) atas tawaran negara dunia kesatu.⁷ Yaitu dengan mereformasi model BIT tradisional, sebagaimana dilakukan oleh India (India Model BIT 2016), Brazil (*Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments/ACFI* 2015), dan Afrika Selatan (*Protection of Investment Act 22 of 2015*).

Hal serupa diupayakan pula oleh Indonesia.⁸ Peninjauan ulang terhadap BIT berlangsung pada 2014-2016, setelah lebih dari setengah abad terikat dengan BIT tradisional. Indonesia kemudian memperkenalkan BIT terbarunya yang dinilai lebih seimbang dalam melindungi kepentingan investor dan negara.⁹ Rumusan tersebut di antaranya tertuang dalam Indonesia-Singapore BIT 2018, yang mengakomodasi norma yang memberi ruang bagi kebijakan publik negara: hak untuk mengatur (*the right to regulate*).

Dalam hukum internasional, hak ini secara historis telah dikenal lama namun menemukan signifikansi yang berbeda dalam rezim hukum investasi internasional. Secara teoretik, misalnya, belum ditemukan batasan yang jelas antara konsep ekspropriasi yang mensyaratkan pemberian kompensasi dan konsep hak untuk mengatur yang memiliki syarat serupa dengan ekspropriasi, tetapi justru tak mewajibkan pemberian kompensasi. Dalam konteks krisis dan reformasi BIT, konsep hak untuk mengatur kian mendesak untuk dipahami. Hal ini akan coba dipahami dengan meninjau kedudukan teoretiknya dalam hukum internasional, dan penafsirannya oleh tribunal dalam praktiknya, seraya melihat perbandingan rumusannya di negara dunia ketiga (Indonesia, India, Brazil, Afrika Selatan).

Melengkapi penelitian-penelitian sebelumnya,¹⁰ tulisan ini

Politics of Universality (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), hlm. 261.

7 Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), hlm. 98-103.

8 Indonesia, India dan Brazil dikategorikan sebagai *paradigm shifter*. Lihat Jane Kelsey dan Kinda Mohamadieh, *UNCITRAL Fiddles While Countries Burn* (Geneva: Friedrich Ebert Stiftung, 2021), hlm. 18.

9 Abdulkadir Jailani, "Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements," *Investment Policy Brief, South Centre* 1 (2015): 1-6.

10 Lihat antara lain: Aikaterini Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law* (Baden-Baden: Nomos, 2014) dan Lone Wandahl Mouyal,

berupaya mengaitkan konsep hak untuk mengatur dalam konteks krisis rezim hukum investasi, dengan upaya reformasi BIT di negara dunia ketiga. Untuk itu, bagian berikutnya akan meninjau konteks kemunculan hak untuk mengatur dalam rezim hukum investasi, sebelum kemudian mendudukan pengertiannya, baik dalam perspektif hukum internasional maupun hukum investasi, seraya mengaitkannya dengan instrumen BIT. Bagian berikutnya mengkaji kedudukan hak untuk mengatur dalam instrumen BIT: mulai dari bagian konsideran, pasal-pasal yang berdiri sendiri, hingga ke norma-norma pengecualian (umum dan khusus). Tilikan ini akan diarahkan terutama pada model BIT di negara dunia ketiga, dengan meninjau pula pendapat ahli (teori) dan (praktik) putusan yang relevan.

B. Krisis dan Reformasi sebagai Konteks

Pasca runtuhnya komunisme Uni Soviet di tahun 1991, adalah liberalisme¹¹ yang mendominasi rezim hukum investasi asing sehingga menjadi keyakinan bersama: bahwa perjanjian investasi (BIT) akan meningkatkan arus investasi dan menguntungkan perekonomian negara tuan rumah (*host-state*), baik dalam bentuk *transfer of knowledge, technology* atau *capital*.¹² Demikian bunyi *preambule* dalam BIT tradisional pada umumnya, yang hanya berorientasi pada

International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective (Abingdon: Routledge, 2016).

- 11 Istilah ini merujuk pada liberalisme klasik (termasuk neo-liberalisme) sebagai ideologi politik ekonomi. Liberalisme klasik digagas antara lain oleh Adam Smith, David Ricardo, Milton Friedman, dan Friedrich Hayek. Lain dari itu adalah *embedded-liberalism* atau liberalisme modern. Istilah yang dicetuskan pertama kali oleh John-Ruggie ini secara teoretik dirumuskan antara lain oleh Karl Polanyi dan John Maynard Keynes. Dalam rezim hukum investasi, dapat dipahami secara sederhana bahwa liberalisme fokus hanya pada perlindungan (kebebasan) investor terhadap investasinya, sedangkan *embedded-liberalism* memberi pula ruang pada (intervensi) kebijakan negara demi kepentingan publik. Lihat Prabash Ranjan, *India and Bilateral Investment Treaties: Refusal, Acceptance, Backlash* (New Delhi: Oxford University Press, 2019), hlm. 3-5.
- 12 Sornarajah, *The International Law*, hlm. 24. Lihat juga Schill, *The Multilateralization*, hlm. 3-6.

perlindungan investor dan investasi asing.¹³

Dewasa ini, munculnya sejumlah falsifikasi berbasis temuan ilmiah terhadap keyakinan itu,¹⁴ dan adanya kebutuhan untuk melindungi kepentingan umum, di satu sisi, telah memicu krisis rezim hukum investasi pada tataran nilai (liberalisme). Rezim ini dibentuk oleh tiga komponen utama, yaitu perjanjian-perjanjian investasi internasional (BIT); seperangkat norma, kaidah, dan lembaga yang mengatur arbitrase berlandaskan perjanjian investasi; serta putusan-putusan tribunal arbitrase dalam menerapkan dan menafsirkan perjanjian investasi.¹⁵ Di sisi lain, kemunculan konsep hak untuk mengatur dalam rezim ini merupakan respons lebih lanjut atas krisis legitimasi ISDS.¹⁶ Krisis yang menjadi pucuk masalah (aturan prosedural) itu, mendesak negara dunia ketiga untuk melakukan reformasi bukan hanya terhadap mekanisme ISDS, tetapi juga pada aturan substantif dalam komponen utama rezim hukum investasi.¹⁷

Komponen utama rezim hukum investasi sampai sekarang masih didominasi oleh BIT.¹⁸ Hal ini karena, berbeda dari cabang hukum ekonomi internasional lainnya seperti hukum perdagangan internasional, yang mengadopsi paham *embedded-liberalism* dan telah melalui fase unifikasi dalam kerangka GATT/WTO,¹⁹ upaya

13 Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen, dan Michael Waibel, *The Political Economy of Investment Treaty Regime* (Oxford: Oxford University Press, 2017), hlm. 3.

14 Yackee, "Do BITs Really Work?" hlm. 379.

15 Bonnitcha, dkk., *The Political Economy*, hlm. 3.

16 Charalampos Giannakopoulos, "The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach," dalam *Permutations of Responsibility in International Law*, ed. Photini Pazartzis dan Panos Merkouris (Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2019), hlm. 1.

17 Syahrul Fauzul Kabir, "Krisis dan Reformasi: Penyelesaian Sengketa dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga," *Mimbar Hukum* 33, 2 (2021), hlm. 404.

18 Dilihat dari isinya secara umum, model BIT dapat dipilah ke dalam dua generasi, yaitu BIT generasi pertama/lama/tradisional (1959-2004) dan BIT generasi kedua/baru/modern (2008-sekarang). Lihat Ranjan, *India and Bilateral Investment Treaties*, hlm. 3-5.

19 Catharine Titi, "Embedded Liberalism and International Investment Agreements: The Future of the Right to Regulate, with Reflections on

penciptaan rezim multilateral dalam hukum investasi atas inisiasi negara dunia kesatu mendapatkan perlawanan.²⁰ Di era dekolonisasi ketika perang dunia kedua berakhir, seraya melakukan ekspropriasi/nasionalisasi, negara dunia ketiga umumnya memandang rezim investasi asing sebagai 'warisan kolonial' dan ancaman terhadap kedaulatan negara.²¹

Teori dependensi yang semula tumbuh di Amerika Latin melayangkan kritik semacam itu: alih-alih menciptakan pertumbuhan ekonomi yang signifikan, investasi asing akan menciptakan struktur ketergantungan ekonomi negara tuan rumah. Perusahaan multinasional (investor asing) yang beroperasi di *host-state*, bagi teori ini, tak lain dari *proxy* perusahaan induk yang berada di wilayah *home state* untuk mengeksploitasi kekayaan alam. Implikasinya, timbul potensi krisis kerusakan lingkungan, dan pelanggaran HAM, bahkan praktik kolusi dengan elite pemerintahan.²² Problem-problem yang dewasa ini eksis dan tampaknya dapat diantisipasi oleh konsep hak untuk mengatur. Di kala itu, meski multilateralisasi rezim hukum investasi gagal, bilateralisme (BIT) akhirnya menjadi jalan keluar.

Sejak kisaran tahun 1990 setelah perang dingin usai, model BIT generasi lama/pertama dibentuk, lalu kemudian negara dunia kesatu berangsur-angsur menyodorkan *template* BIT dengan *standard of treatment* (aturan substantif) yang umumnya seragam.²³ Muncul beragam analisis yang berupaya menjelaskan mengapa negara dunia ketiga akhirnya menandatangani BIT yang timpang dan ternyata

WTO Law," dalam *The Future of International Economic Integration: The Embedded Liberalism Compromise Revisited*, ed. Gisa Moon dan Lisa Toohey (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), hlm. 122.

20 Berikut upaya multilateralisasi rezim investasi asing berdasarkan aktor dan instrumennya: *International Trade Organization (Havana Charter-1948)*; *Organisasion for Economic Cooperation and Development (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property-1967, OECD Multilateral Agreement on Investment-1998)*; WTO (*Doha Round*). Seluruhnya gagal disepakati kecuali *Agreement on Trade-Related Investment Measures/TRIMs* oleh WTO, dan *ICSID Convention 1965* serta *The Multilateral Investment Guarantee Agreement (MIGA)* oleh World Bank. Lihat Schill, *The Multilateralization*, hlm. 31-60.

21 Bonniticha, dkk., *The Political Economy*, hlm. 8-9.

22 Sornarajah, *International Law*, hlm. 48-55.

23 Sornarajah, *International Law*, hlm. 81.

tidak niscaya menguntungkan itu.²⁴ Selain itu, di balik model yang serupa itu, rincian norma BIT yang ternyata beraneka ragam turut meneguhkan corak konfliktual norma-norma dalam rezim tersebut, yang saat ini mewujud dalam masalah fragmentasi hukum investasi internasional.²⁵

Titik baliknya adalah krisis moneter di tahun 2008, setelah sebelumnya sejak 2004 kasus ISDS mulai meningkat pesat. Sejak itu, kesadaran untuk mereformasi BIT mulai tampak hingga bermunculan BIT generasi baru/kedua. Model BIT yang reformis ini, selain merevisi norma-norma BIT sebelumnya, juga dicirikan oleh termuatnya aturan yang berupaya menyeimbangkan kepentingan privat dan publik. Dalam BIT generasi kedua yang masih dalam proses menemukan bentuknya yang terbaik ini, terjadi perubahan signifikan dalam muatan *standard of treatment* yang seolah baku pada BIT generasi pertama: definisi investasi dan definisi investor, prinsip non-diskriminasi (*most favoured nation* dan *national treatment*), prinsip perlakuan yang adil (*fair and equitable treatment* dan *full protection and security*), prinsip non ekspropriasi, termasuk ISDS di ranah aturan prosedural serta diaturnya konsep hak untuk mengatur.²⁶

Karena itu, krisis dan reformasi di sini mencakup seluruh upaya reformasi atas krisis legitimasi ISDS selaku aturan prosedural dan krisis aturan substantif BIT, yang mengeram dalam rezim hukum investasi berlandaskan liberalisme. Secara umum, dapat dipilah dua bentuk respons atau serangan balik yang diajukan negara dunia ketiga terhadap rezim hukum investasi.²⁷ Yang pertama adalah sikap revolusioner, yaitu menolak mekanisme ISDS sekaligus menghentikan (dengan tidak memperpanjang dan/atau menyusun kembali) instrumen BIT. Ekuador, Bolivia, Venezuela, dan Afrika Selatan termasuk ke dalam golongan ini. Golongan kedua adalah kelompok reformis, yaitu yang menolak dan/atau berupaya

24 Bonnitcha, dkk., *The Political Economy*, hlm. 210-6.

25 Michael Waibel, "Fragmentation in International Investment Law," <https://ssrn.com/abstract=4052586>, 8/4/2022, diakses 24/4/2023.

26 Kabir, "Krisis dan Reformasi," hlm. 404.

27 Ranjan, *India and Bilateral Investment Treaties*, hlm. 8-9.

memperbaiki ISDS sekaligus mereformasi BIT. Indonesia, India, dan Brazil termasuk dalam deretan kelompok terakhir.²⁸

Dalam konteks krisis rezim hukum investasi, konsep hak untuk mengatur muncul sebagai salah satu norma yang mereformasi aturan substantif BIT. Di tataran nilai, hak untuk mengatur dinilai sebagai perwujudan *embedded-liberalism* yang berupaya menyeimbangkan kepentingan investor dan kepentingan publik negara.²⁹ Namun, sebagaimana tampak di paparan berikutnya, hak untuk mengatur secara teori dipahami secara berbeda dalam hukum investasi dan hukum internasional. Dalam praktik, hak untuk mengatur juga dirumuskan berbeda dalam BIT di negara dunia ketiga.

C. Hak untuk Mengatur dalam Arti Luas dan Sempit

Hak untuk mengatur (*the right to regulate*) secara umum adalah kedaulatan negara yang mengejawantah melalui fungsi legislatif, eksekutif, dan yudikatif dalam yurisdiksinya, untuk mengadopsi, memelihara, dan menegakkan langkah-langkah untuk memenuhi tujuan kebijakan publik.³⁰ Secara internal, kedaulatan negara itu merujuk pada beragam tindakan dan fungsi negara dalam kerangka integritas teritorialnya. Secara eksternal, kedaulatan negara mewujudkan dalam seluruh laku hubungan internasional yang dijalin olehnya dengan pihak lain. Termasuk ke dalam hal ini adalah hak negara untuk sepakat dan terikat dengan BIT, yang menimbulkan kewajiban negara sebagaimana disepakatinya (*pacta sunt servanda*). Hak negara dalam kerangka BIT tersebut, tentu dibatasi oleh hak negara atau pihak lainnya. Apabila negara melanggar kewajibannya, maka dapat timbul tanggung jawab negara. Di sini, hak untuk mengatur tak lain dari perwujudan konkret yurisdiksi negara, yang pada analisis terakhir diturunkan dari konsep kedaulatan negara.³¹ Demikian pengertian luas (*lato sensu*) hak untuk mengatur yang dipahami dalam hukum internasional, suatu pengejawantahan prinsip-prinsip

28 Kabir, "Krisis dan Reformasi," hlm. 404.

29 Ranjan, *India and Bilateral Investment Treaties*, hlm. 3-5.

30 Giannakopoulos, "The Right to Regulate," hlm. 148-84.

31 Mouyal, *International Investment Law*, hlm. 31.

dasar yang dimiliki negara.

Dalam rezim hukum investasi internasional, hak untuk mengatur mesti dipahami dalam pengertian yang lebih sempit (*stricto sensu*). Oleh karena BIT merupakan perwujudan hak untuk mengatur (*lato sensu*) dua negara yang kemudian membatasi dirinya (dalam bentuk kewajiban yang disepakatinya), maka rujukan hak tersebut kian spesifik dalam konteks BIT. Dalam hukum investasi, hak untuk mengatur dapat dipahami sebagai hak negara untuk mengambil tindakan yang bertentangan dengan kewajibannya dalam perjanjian investasi, tanpa menimbulkan tanggung jawab negara untuk memberikan kompensasi terhadap pihak yang dirugikannya,³² dalam rangka mengambil kebijakan yang berorientasi pada pemenuhan kepentingan publik atau keamanan negara.

Ada setidaknya tiga unsur yang terkandung dalam hak untuk mengatur, yaitu:³³ pertama, ia merupakan hak yang memiliki basis hukum (*legal right*) yang konkret dalam hukum investasi atau hukum internasional. Dalam konteks hukum investasi internasional, hak untuk mengatur lazimnya diatur dalam perjanjian internasional, baik sebagai norma yang berdiri sendiri maupun sebagai pengecualian³⁴ dalam BIT (*treaty-based exceptions*). Hak untuk mengatur dapat pula bersandar pada hukum kebiasaan internasional, sebagaimana tampak dalam beberapa putusan arbitrase³⁵ dan pendapat para ahli. Itu artinya, keberlakuan hak untuk mengatur tak meniscayakan pengaturannya dalam instrumen BIT. Kendati demikian, dalam praktiknya hukum perjanjian internasional (*treaty law*) sebagai

32 Titi, *The Right to Regulate*, hlm. 33.

33 Titi, *The Right to Regulate*, hlm. 33-5. Lihat juga Catharine Titi, "The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)," Course of the Summer School on Public International Law, International and Comparative Law Research Center, 18, 2022, hlm. 17-8.

34 Ada pula yang menggolongkan konsep ini sebagai dispensasi (*exemption/carve-outs*), alih-alih pengecualian (*exception*). Sementara dispensasi mengandaikan tiadanya ekspropriasi, pengecualian justru mensyaratkan adanya ekspropriasi kendati memerlukan pula justifikasi untuk mengecualikannya. Lihat Christian Riffel, "Indirect Expropriation and The Protection of Public Interest," *International & Comparative Law Quarterly* 71, 4 (2022), hlm. 950.

35 Titi, "The Right to Regulate (Revisited)," hlm. 17.

lex specialis memiliki kedudukan yang relatif lebih diprioritaskan ketimbang hukum kebiasaan internasional sebagai *lex generalis* dalam relasi bilateral. Karenanya, pencantuman konsep hak untuk mengatur bukanlah redundansi seperti dipandang oleh sebagian kalangan mengingat hak tersebut bukanlah hak untuk mengatur *lato sensu*, melainkan juga memiliki fungsi normatif.

Unsur yang kedua adalah, melalui hak untuk mengatur, kewajiban untuk memberi kompensasi sebagai bentuk tanggung jawab negara akibat tindakannya yang berdampak negatif pada investasi atau investor, menjadi tiada.³⁶ Dilihat secara negatif dari kacamata hukum ekspropriasi, sebagian hak untuk mengatur adalah segala tindakan negara yang tak tergolong sebagai ekspropriasi tak langsung. Itulah yang disebut dengan *police powers doctrine*. Doktrin ini kerap dilekatkan dengan tindakan negara dalam memenuhi kesejahteraan publik (*public welfare objectives*). Meski kabur (*vague*), aspek kesejahteraan publik atau keamanan negara dapat dijadikan sebagai unsur ketiga dalam definisi hak untuk mengatur. Tak ada definisi resmi mengenai *police powers doctrine*, tetapi umumnya doktrin ini kerap dikaitkan dengan tindakan negara dalam hal pemenuhan kepentingan tertentu: perlindungan ketertiban umum, kepentingan keamanan yang esensial, kesehatan dan keselamatan masyarakat, lingkungan hidup, dan keanekaragaman budaya.³⁷ Akan tetapi, bukan berarti objek atau kepentingan lainnya tak dapat tercakup. Menurut Brownlie dan Worthley, doktrin ini dapat pula merujuk pada: (a) perampasan atau denda untuk menghukum atau menekan kejahatan; (b) perampasan harta benda melalui perpajakan; (c) peraturan yang membatasi penggunaan benda-benda, termasuk

36 Aikaterini Titi berpendapat ini masih *debatable*. Lihat Titi, *The Right to Regulate*, hlm. 34.

37 Pengertian yang cenderung sempit tersebut sempat mengundang kritik dari negara dunia ketiga, khususnya saat berlangsung pertemuan UNCITRAL Working Group III yang secara umum membahas mengenai krisis dan reformasi ISDS dan rezim hukum investasi internasional. Bagi Afrika Selatan, ruang lingkup hak untuk mengatur bias, karena hanya mengakomodasi kepentingan negara maju. Titi, "The Right to Regulate (Revisited)," hlm. 22.

perencanaan, lingkungan, keselamatan, kesehatan, dan pembatasan yang terkait dengan hak kepemilikan; dan (d) pertahanan atas ancaman eksternal, perusakan harta benda pihak yang netral akibat operasi militer, dan perampasan harta benda musuh sebagai bagian dari bentuk ganti rugi akibat perang yang ilegal.³⁸

Dalam rezim investasi saat ini, tentu ruang lingkup aspek ketiga tersebut akan terpulang pada rumusan tekstual yang tercantum dalam BIT. Sehingga, misalnya, hal tersebut dapat pula mencakup kebijakan perpajakan, atau preferensi yang diberikan pada investor tertentu, karena kesamaan keanggotaannya pada organisasi internasional (regional) tertentu. Tak seperti ideologi liberalisme yang melihat fungsi negara sebagai penjaga malam semata, UNCTAD menyimpulkan bahwa ruang lingkup *police powers doctrine* saat ini mesti dipahami mencakup seluruh dimensi pengaturan yang dimiliki negara.³⁹ Berbagai sumber, kebiasaan negara, putusan arbitrase, literatur akademik, telah mengakui hak tersebut sebagai hak yang tak boleh dilanggar oleh perjanjian investasi.⁴⁰ Namun demikian, oleh karena inkohereni dan inkonsistensi putusan arbitrase yang tak mengenal konsep preseden; beserta krisis yang tengah dialami ISDS, konsep hak untuk mengatur sebaiknya dirumuskan secara eksplisit dalam BIT, guna menyeimbangkan kepentingan investor, di satu pihak, dan kepentingan negara, di lain pihak. Itulah esensi reformasi dalam merespons krisis BIT, yang dilandasi spirit *embedded-liberalism*: menyeimbangkan kepentingan publik-privat.⁴¹

Secara umum, seluruh upaya reformasi BIT dalam menyeimbangkan kepentingan privat investor dan kebijakan publik negara dapat dikategorikan sebagai *the right to regulate lato sensu*.⁴² Namun,

38 UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (New York dan Geneva: United Nations, 2012), hlm. 79.

39 UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, hlm. 79.

40 UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, hlm. 80.

41 Titi, "Embedded Liberalism," hlm. 122.

42 Peter Muchlinski, "Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security," dalam *Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009*, ed. Karl P. Sauvant (New York: Oxford University Press, 2009), hlm.

agar tidak merencanakan dua pengertian yang telah dibahas, upaya negara untuk memperluas ruang kebijakan negara yang tidak tergolong *the right to regulate stricto sensu* sebaiknya tidak disebut hak untuk mengatur, melainkan *state general regulatory capacity*. Dewasa ini, misalnya, upaya tersebut mengejawantah lewat pembatasan atau penyempitan definisi-definisi dalam norma BIT yang semula dianggap terlalu longgar. Di antaranya dengan mengubah definisi investasi yang semula berbasis aset dalam arti luas (*broad-asset based definition*), kemudian dipersempit dengan persyaratan. Hal ini sebagaimana juga dilakukan oleh negara dunia ketiga. Dalam BIT terbarunya, Indonesia hanya merekognisi investasi yang memenuhi prasyarat tertentu,⁴³ sementara Brazil hanya menerima investasi asing langsung (*foreign direct investment*) dan karenanya menolak investasi portofolio (tak langsung).⁴⁴ Atau bahkan dengan hanya menggunakan definisi investasi berbasis perusahaan semata, seperti halnya India.⁴⁵ Kendati upaya semacam ini dapat memperlonggar ruang kebijakan negara, hal ini tak memenuhi unsur-unsur hak untuk mengatur *stricto sensu* sebagaimana telah dibahas. Dengan kata lain, ia hanya merujuk pada hak untuk mengatur (*lato sensu*) dalam reformasi BIT.

Di samping itu, hak untuk mengatur mesti dibedakan pula dengan *deference*, suatu pendekatan dalam menafsir yang dimiliki oleh tribunal arbitrase dalam kerangka ISDS. Dengan memperluas (*judicial activism*) atau mempersempit (*judicial restraint*) makna suatu norma dalam perjanjian investasi, tribunal arbitrase memiliki diskresi untuk menentukan ada tidaknya ruang bagi kebijakan publik negara. Namun, tak seperti hak untuk mengatur yang merupakan *legal right*, konsep *deference* tak niscaya dilandasi oleh adanya

36.

43 Pasal 1 Peraturan Presiden Nomor 97 Tahun 2020 tentang Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (Perpres 97/2000). Atau Indonesia-Singapore BIT 2018. Atau, dalam tulisan ini, selanjutnya disebut BIT Indonesia.

44 Article 1 Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments/ACFI 2015. Atau, dalam tulisan ini, selanjutnya disebut Brazil ACFI 2015.

45 Article 1 India Model BIT 2016.

pengaturan mengenai hak untuk mengatur (baik dengan merujuk pada perjanjian internasional maupun kebiasaan internasional) sebab *deference* merupakan *jurisgenerative process*.⁴⁶

Sementara itu, hak untuk mengatur dalam rezim BIT dewasa ini lazimnya tercantum dalam norma BIT sebagai berikut: pembukaan (*preamble*), norma yang secara spesifik mengatur pengecualian khusus dalam *standard of treatment* tertentu (ekspropriasi, *most-favoured nation*, *national treatment*, dsb), pengecualian-pengecualian yang berlaku umum dalam BIT (*security exceptions* dan *general exceptions*) hingga norma independen yang secara eksplisit dinamakan hak untuk mengatur (*the right to regulate*). Namun, selain memiliki fungsi yang berbeda, tak seluruh norma tersebut faktanya tergolong sebagai hak untuk mengatur *stricto sensu*.

D. Hak untuk Mengatur dalam Perjanjian Investasi Bilateral

1. *Konsiderans (Preamble)*

Pada dasarnya, BIT merupakan perjanjian internasional sehingga segala pengaturannya tunduk pada ketentuan *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*. Di antaranya, konvensi tersebut mengatur bahwa bagian *konsiderans (preamble)* dalam perjanjian internasional mengandung objek dan tujuan yang membentuk konteks perumusan perjanjian.⁴⁷ Meski *preamble* tak menciptakan hak atau kewajiban yang independen dari norma pasal-pasal lainnya,⁴⁸ bagian tersebut mesti turut ditimbang dalam menafsirkan norma-norma perjanjian. Karenanya, sebagaimana ditunjukkan dalam berbagai putusan tribunal arbitrase dalam kasus investasi,⁴⁹ *preamble* merupakan alat bantu dalam menafsir (*interpretative tool*) norma-norma perjanjian

46 Titi, *The Right to Regulate*, hlm. 40.

47 Article 31 (1-2) *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*.

48 Andrew Newcombe dan Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties* (Wolters Kluwer: 2009), hlm. 124.

49 ICSID. *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016.

yang cukup signifikan.

Sementara *preamble* BIT generasi lama cenderung singkat dan terkesan hanya melindungi investasi dan investor semata, dampaknya adalah pembatasan terhadap ruang kebijakan negara itu sendiri, jika menimbang praktik ISDS di arbitrase tribunal. Hal ini misalnya tampak dalam kasus *SGS v Phillipines*, bahwa frasa *preamble* yang berbunyi “*create and maintain favourable conditions for investments*”⁵⁰ menjadi justifikasi bagi arbitrase tribunal untuk hanya menimbang aspek tersebut sebagai objek dan tujuan dari perjanjian itu,⁵¹ alih-alih turut memperhitungkan ruang bagi hak untuk mengatur. Kendatipun tak niscaya demikian, sebab hal sebaliknya terjadi dalam *Sanum v. Laos and Poštová* dan *banka v. Greece* yang menyatakan bahwa tujuan BIT untuk mempromosikan investasi internasional tak berarti “*protecting investments is the sole purpose of the treaty*”.⁵² Dengan demikian, tribunal arbitrase dalam praktiknya melakukan *deference* dengan memperluas atau mempersempit makna norma dalam perjanjian investasi, sehingga (tak) ditemukan hak untuk mengatur. Akan tetapi, kecenderungan tribunal arbitrase tak dapat dipastikan sehingga penormaan hak untuk mengatur dalam *preamble* kian mendesak untuk diupayakan.

Pada BIT generasi pertama di negara-negara dunia ketiga, *preamble* yang terkandung umumnya hanya memberi penekanan bahwa instrumen perlindungan investasi dapat memacu kemajuan perekonomian negara, sehingga investor dan investasinya harus dilindungi. Dengan begitu, aspek yang ditekankan hanyalah kepentingan investasi atau investor. Hal ini sebagaimana tercermin dalam *Indonesia Model BIT*, *India Model BIT 2003*, *BIT Brazil* pada tahun 1994-1998 (sebelum menciptakan model BIT 2015) dan *South*

50 ICSID. *SGS Société Générale de Surveillance v. Philippines* (Decision on Objections to Jurisdiction) (n 58) [116].

51 Putusan lainnya yang serupa antara lain: ICSID. *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/01/3, Award, (n 58) [331]. Lihat juga ICSID. *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007 [373].

52 Putusan ICSID. *Poštová banka and ISTROKAPITAL v. Greece* (Award) (n 69) [310].

Africa Model BIT 1998. Hal ini berbeda dengan BIT generasi baru yang cenderung menyeimbangkan atau memastikan aspek ruang kebijakan negara, dengan menyebut secara eksplisit hak untuk mengatur dalam *preamble*.

Dalam model BIT terbaru di negara dunia ketiga, selain memberi penekanan pada pentingnya perlindungan investasi bagi perekonomian negara, dan pentingnya menjamin pembangunan yang berkelanjutan (*sustainable development*), terkandung pula *preamble* yang menegaskan eksistensi hak untuk mengatur sebagai norma penyeimbang untuk melindungi kepentingan umum atau kesejahteraan publik.⁵³

Rumusan yang paling sederhana mengenai hak untuk mengatur di negara dunia ketiga dimiliki oleh Brazil. *Preamble* Brazil ACFI 2015 mengatur:⁵⁴

“Wishing to strengthen and to enhance the bonds of friendship and the spirit of continuous cooperation between the Parties;

Seeking to create and maintain favourable conditions for the investments of investors of a Party in the territory of the other Party;

Seeking to stimulate, streamline and support bilateral investments, thus opening new integration opportunities between the Parties;

Recognizing the essential role of investment in promoting sustainable development;

Considering that the establishment of a strategic partnership between the Parties in the area of investment will bring wide-ranging and mutual benefits; Recognizing the importance of fostering a transparent and friendly environment for investments by investors of the Parties;

Reassuring their regulatory autonomy and policy space;

Wishing to encourage and strengthen contacts between the private sectors and the Governments of the two countries; and

53 Lihat bagian *preamble* dalam BIT di negara dunia ketiga: Perpres 97/2000, India Model BIT 2016, Brazil ACFI 2015, *Protection of Investment Act 22 of 2015 of South Africa*.

54 *Preamble* Brazil ACFI 2015.

Seeking to create a mechanism for technical dialogue and foster government initiatives that may contribute to a significant increase in mutual investment;

Agree, in good faith, to the following Cooperation and Facilitation Investment Agreement, hereinafter referred to as "Agreement", as follows"

Kendati rumusan di atas umumnya memberi penekanan pada pentingnya perlindungan investasi, terkandung pula frasa "*Reassuring their regulatory autonomy and policy space*".⁵⁵ Frasa ini tak menyebut hak untuk mengatur secara eksplisit, namun implikasi yang dituju serupa dengannya: menjamin otonomi negara terkait kebijakan publik. Namun, rujukan frasa di atas tak eksplisit tertuju pada hak untuk mengatur *stricto sensu*, sehingga maksudnya dapat ditafsir merujuk pada hak untuk mengatur *lato sensu*. Hak untuk mengatur *lato sensu* memang dimiliki oleh negara, sehingga pernyataan tersebut dapat dilihat sebagai redundansi, jika bukan diniatkan sebagai penekanan atas suatu norma (*ex abudandi cautela*). Kendati dalam praktik ISDS frasa di atas dapat ditafsir oleh tribunal sebagai penegasan hak untuk mengatur, tak dapat disimpulkan secara niscaya bahwa frasa dimaksud meneguhkan hak untuk mengatur *stricto sensu*. Kendati demikian, ketidakjelasan norma yang pada perhitungan terakhir lazimnya diputuskan oleh tribunal arbitrase dalam ISDS, hal ini diantisipasi oleh Brazil (dan Afrika Selatan) dengan menghapus mekanisme ISDS, seraya menerapkan *state-to-state dispute settlement* (SSDS) dalam sengketa investasi.⁵⁶ Dengan begitu, hak untuk mengatur *lato sensu* diperluas.

Serupa dengan itu adalah *preamble* yang dimiliki India Model BIT 2016. Khusus menyangkut hak untuk mengatur, BIT tersebut menyebutkan bahwa "*Reaffirming the right of Parties to regulate investments in their territory in accordance with their law and policy objectives*".⁵⁷ Frasa tersebut tak lain dari penegasan atas hak untuk mengatur *lato sensu*, sesuatu yang telah dijamin oleh hukum internasional. Karenanya, frasa tersebut berfungsi sebagai *ex abudandi*

55 *Preamble* Brazil ACFI 2015.

56 Kabir, "Krisis dan Reformasi," hlm. 404.

57 *Preamble* India Model BIT 2016.

cautela. Akan tetapi, hak untuk mengatur *stricto sensu* dapat pula diteguhkan oleh frasa tersebut, sejauh memang diatur dalam “... *their law and policy objectives*”.⁵⁸ Hal ini, di satu sisi, memerlukan penelusuran atas norma-norma pasal dalam *India Model BIT 2016*. Di sisi lain, India masih mengakui mekanisme ISDS sebagai penafsir terakhir norma tersebut, kendati di saat yang sama mensyaratkan terlebih dahulu *exhaustion of local remedies*.⁵⁹ Dengan begitu, krisis ISDS coba ditekan dengan menguatkan prinsip yang memang berupaya memberi penghormatan pada kedaulatan negara.

Rumusan *preamble* paling panjang dimiliki oleh Afrika Selatan. Dilihat dari perspektif hak untuk mengatur *lato sensu*, Afrika Selatan merupakan negara dunia ketiga yang paling luas memiliki ruang kebijakan publik. Di satu sisi, Afrika Selatan seperti Brazil, menghapus mekanisme ISDS sebagai penafsir terakhir seraya mengadopsi mekanisme SSDS dalam sengketa investasi. Di sisi lain, Afrika Selatan juga seperti India, mensyaratkan *exhaustion of local remedies* yang memberi penghormatan pada kedaulatan negara, sebelum ditempuhnya SSDS. Namun, tak seperti negara dunia ketiga lainnya yang tergolong reformis, Afrika Selatan mengambil langkah revolusioner dengan menghentikan seluruh program BIT-nya, sehingga mendasarkan pengaturan investasinya pada undang-undang nasional: *Protection of Investment Act 22 of 2015 of South Africa*.⁶⁰ Berikut *preamble* yang tercantum di dalamnya:⁶¹

CONSCIOUS of the obligation to protect and promote the rights enshrined in the Constitution;

RECOGNISING the importance that investment plays in job creation, economic growth, sustainable development, and the well-being of the people of South Africa;

AFFIRMING that the State is committed to maintaining an open and transparent environment for investments;

58 *Preamble* India Model BIT 2016.

59 Kabir, “Krisis dan Reformasi,” hlm. 404.

60 Kabir, “Krisis dan Reformasi,” hlm. 430.

61 *Preamble* Protection of Investment Act 22 of 2015 of South Africa.

DESIROUS of promoting investment by creating an environment that facilitates processes that may affect investments;

CONSIDERING the responsibility of the government to provide a sound legislative framework for the protection of all investments, including foreign investments, pursuant to constitutional obligations;

SECURING a balance of rights and obligations of investors to increase investment in the Republic;

EMPHASISING the rights related to access to just administrative action, access to justice, access to information and all other rights set out in the Bill of Rights;

RECOGNISING the obligation to take measures to protect or advance persons, or categories of persons, historically disadvantaged in the Republic due to discrimination;

ACKNOWLEDGING that investment must be protected, in accordance with the law, administrative justice and access to information;

REAFFIRMING the government's right to regulate in the public interest in accordance with the law;

COGNISANT of the government's commitment in respect of international law to ensure that human rights, fundamental freedoms and protection of peoples' resources are adequately protected,

Dilihat secara umum, *preamble* di atas bergerak jauh dari kecenderungan BIT tradisional yang terfokus pada investasi semata. Kendati masih mengakui peran investasi bagi perekonomian negara dan pembangunan berkelanjutan, rumusan di atas hendak terutama menyeimbangkan kepentingan privat investor dan kepentingan publik negara. Khusus mengenai hak untuk mengatur, rumusan di atas serupa dengan *preamble* India Model BIT 2016 yang menyebut “*REAFFIRMING the government's right to regulate in the public interest in accordance with the law*”.⁶² Dengan demikian, analisis yang diuraikan pada *preamble* India Model BIT 2016 dapat berlaku pula pada *preamble* Protection of Investment Act 22 of 2015 of South Africa.

Indonesia relatif lebih eksplisit dalam mengatur hak untuk mengatur dalam Indonesia-Singapore BIT 2018. Dengan mendasarkan pada

⁶² *Preamble* Protection of Investment Act 22 of 2015 of South Africa.

diakuinya tindakan negara yang baru beralaskan kebijakan publik yang sah, Indonesia-Singapore BIT 2018 menyatakan “*REAFFIRMING the right of the Parties to regulate and to introduce new measures relating to investments in their territories in order to meet legitimate policy objectives*”.⁶³ Yang melahirkan makna berbeda dari tiga *preamble* BIT di negara-negara sebelumnya adalah, tindakan tersebut eksplisit tak merujuk pada hak untuk mengatur *lato sensu*, sebab norma tersebut bukanlah hal yang dianggap baru. Namun, sebagaimana India Model BIT 2016, hal ini terpulang pada rumusan pasal dalam BIT, untuk memastikan apakah rujukannya adalah hak untuk mengatur *stricto sensu*. Mengenai krisis ISDS, di satu sisi, Indonesia termasuk negara yang menyerukan urgensi diterapkannya prinsip *exhaustion of local remedies* meski dalam BIT terbarunya malah tak mengaturnya. Di sisi lain, tanpa disertai penjelasan yang adekuat, Indonesia meyakini bahwa ISDS diperlukan dalam menarik minat investastor asing ke dalam negerinya.⁶⁴

Dari uraian di atas, terlihat bahwa BIT generasi baru ini reformis dalam upayanya untuk merekognisi hak untuk mengatur, bahkan di bagian *preamble*. Hal itu terbukti berguna sebagai alat bantu menafsir yang dapat menjustifikasi posisi negara dalam pengambilan kebijakan publik manakala terjadi sengketa investasi. Dengan begitu, alasan bagi tribunal arbitrase untuk hanya menimbang kepentingan investor dalam sengketa investasi kian dipersempit jika bukan dihapuskan, terutama bila forum tersebut menggunakan penafsiran teleologis dalam memahami instrumen BIT.⁶⁵

2. Norma atau Pasal yang Independen

Upaya reformis lainnya dalam menjamin hak untuk mengatur dewasa ini adalah dengan menyertakannya sebagai pasal yang

63 *Preamble* Perpres 97/2000.

64 Lihat UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), “Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Comments by the Government of Indonesia,” <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/075/93/PDF/V1807593.pdf?OpenElement>, 9/11/18, diakses 10/11/2021.

65 Titi, *The Right to Regulate*, hlm. 119.

berdiri sendiri. Sebagai pernyataan langsung yang memiliki muatan norma, ia memberi negara hak untuk mengatur sehingga lepas dari kewajiban tertentu dalam BIT yang mengikatnya. Di negara dunia ketiga, hanya Indonesia dan Afrika Selatan yang menempuh cara itu.

Pasal 11 BIT Indonesia menyatakan sebagai berikut:⁶⁶

1. *The Parties reaffirm their right to regulate within their respective territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, social services, public education, safety, environment or public morals, social or consumer protection, privacy and data protection, and the promotion and protection of cultural diversity.*
2. *For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Agreement.*

Dilihat secara parsial, sebagaimana dibahas sebelumnya, pasal 1 di atas tak lebih dari sekadar *ex abundandi cautela* atas hak untuk mengatur *lato sensu* yang memang dimiliki negara. Dengan kata lain, para pihak memang memiliki hak untuk mengatur demi memenuhi tujuan kebijakan publik yang sah menurut hukum internasional, sejauh BIT tersebut tidak melarangnya. Namun, perlu dicatat bahwa ruang lingkup yang dimaksud pasal 1 tak terbatas pada bidang yang disebut saja, sebab tertera frasa "*such as*" sehingga sifatnya *illustrative* dan karenanya tak tertutup (*non-exhaustive*). Dengan begitu, pasal 1 merupakan *ex abundandi cautela* yang menegaskan hak untuk mengatur *lato sensu* yang dapat memperluas *regulatory space*.

Hal ini diperkuat oleh pasal 2 yang menegaskan bahwa segala dampak negatif yang ditimbulkan dari tindakan yang dimaksud dalam pasal 1, khususnya terhadap investasi atau (ekspektasi atas profit yang dimiliki) investor, tidak lantas menimbulkan pelanggaran terhadap kewajiban yang diatur dalam BIT. Dengan begitu, norma pasal 2 telah memenuhi unsur hak untuk mengatur *stricto sensu*. Rumusan pasal ini hendak menjangkau dua hal, terutama bila dilihat relevansinya dengan praktik ISDS. Pertama, dalam praktik ISDS, segala tindakan negara yang berdampak negatif terhadap investor atau investasinya,

⁶⁶ Pasal 11 Perpres 97/2000.

terlepas dari apapun tujuannya (*the sole effect doctrine*), dapat dimintai tanggung jawab berupa pemberian kompensasi menurut konsep ekspropriasi tak langsung (*indirect expropriation*). Kedua, hal ini berkaitan erat dengan konsep *legitimate expectations* yang dewasa ini kerap digunakan secara ekspansif untuk menjerat negara dalam ISDS. Melalui kedua pasal di atas, negara hendak mengantisipasi kemungkinan terjadinya dua hal tersebut sekaligus, yang dampaknya kerap membatasi ruang kebijakan publik negara dan menimbulkan *regulatory chill*. Kendati demikian, pemahaman atas norma ini mesti dibaca secara simultan dengan norma pengecualian terhadap konsep ekspropriasi dan *legitimate expectations* yang mungkin diatur dalam BIT tersebut (penafsiran sistematis).

Afrika Selatan, berlandaskan Pasal 12 dalam UU investasinya, mengaturnya secara berbeda melalui paparan berikut ini:⁶⁷

1. *Notwithstanding anything to the contrary in this Act, the government or any organ of state may, in accordance with the Constitution and applicable legislation, take measures, which may include;*
2. *redressing historical, social and economic inequalities and injustices;*
3. *upholding the values and principles espoused in section 195 of the Constitution;*
4. *upholding the rights guaranteed in the Constitution;*
5. *promoting and preserving cultural heritage and practices, indigenous knowledge and biological resources related thereto, or national heritage;*
6. *fostering economic development, industrialisation and beneficiation;*
7. *achieving the progressive realisation of socio-economic rights; or*
8. *protecting the environment and the conservation and sustainable use of natural resources.*

Dibandingkan dengan rumusan BIT Indonesia sebelumnya, rumusan di atas memiliki kaitan yang lebih sistematis dengan konstitusi dan undang-undang nasional. Hal ini dapat dipahami

⁶⁷ *Article 12 Protection of Investment Act 22 of 2015 of South Africa.*

karena rumusan itu berlandaskan pada UU, alih-alih BIT. Akan tetapi, dalam kaitannya dengan hak untuk mengatur, frasa (1) mengesankan bahwa norma ini merupakan penegasan deklaratif mengenai hak untuk mengatur *lato sensu*, bukan *stricto sensu*. Dengan kata lain, norma di atas tak memberikan derogasi bagi negara atas kewajibannya, untuk memberikan kompensasi atas kerugian yang diderita investor. Bahkan, tak ada satupun norma dalam UU investasi Afrika Selatan yang mengatur hal tersebut. Padahal, rezim ekspropriasi tak hanya berlaku karena adanya norma yang secara eksplisit mengatur hal tersebut dalam perjanjian BIT. Sebab konsep ekspropriasi juga dilandasi oleh hukum kebiasaan internasional. Dalam hal ini, Indonesia lebih antisipatif sebab menyertakan pula frasa yang menderogasi kewajibannya: “*the mere fact that a Party regulates ... does not amount to a breach of an obligation under this Agreement*”.⁶⁸

3. Pengecualian Khusus: Ekspropriasi dan Hak untuk Mengatur

Pengecualian khusus merupakan salah satu bentuk paling tradisional dan esensial dalam melindungi hak untuk mengatur. Pengecualian khusus (*standard specific-exceptions*) adalah norma yang menguraikan suatu kondisi yang dapat mengecualikan keberlakuan suatu *standard of treatment* pada BIT. Umumnya, ia berdiri sendiri sebagai pasal atau diatur dalam lampiran (*annex*) sebagai klausul penjelasan (*explanatory clause*). Sementara India mencantumkan hal tersebut dalam pasal BIT, Indonesia menguraikannya di bagian lampiran BIT. Pengecualian khusus dapat diterapkan pada beragam *standard of treatment*, termasuk pada aturan ekspropriasi. Dalam aturan ekspropriasi, hal itu berfungsi untuk memilah tindakan yang ekspropriatif, dengan hak untuk mengatur yang tak ekspropriatif. Ibarat dua sisi dari mata koin yang sama, demikianlah hubungan antara konsep hak untuk mengatur dan ekspropriasi dalam hukum investasi. Apabila tindakan negara tak dianggap ekspropriatif, maka ia tergolong sebagai *police powers* yang tak mengharuskan pemberian kompensasi.

68 Pasal 11 Perpres 97/2000.

Namun dalam praktiknya, ada irisan mengenai batasan kedua konsep tersebut yang dapat dirumuskan berbeda. Sehingga dalam BIT ruang lingkup konsep tersebut dapat dibatasi lebih lanjut, baik dengan seperangkat kriteria yang tak bersyarat (*unconditional*) maupun yang bersyarat (*conditional*). Indonesia dan India mengambil langkah yang sama, dengan menerapkan pengecualian khusus yang tak bersyarat mengenai konsep ekspropriasi.⁶⁹

“Non-discriminatory regulatory measures by a Party [or measures or awards by judicial bodies of a Party] that are designed and applied to protect legitimate public interest or public purpose objectives such as public health, safety and the environment shall not constitute expropriation under this Article.”

Dengan demikian, segala tindakan non-diskriminatif negara yang bertujuan untuk melindungi kepentingan publik, seperti kesehatan publik, keamanan, dan lingkungan hidup, tak akan dianggap sebagai ekspropriasi. Namun demikian, perlu dicatat bahwa konsep non-diskriminasi dalam konteks pengecualian (hak untuk mengatur) ini tak sama dengan konsep non-diskriminasi yang berlaku sebagai syarat legal ekspropriasi. Sementara yang terakhir dianggap eksis bila terjadi perlakuan diskriminasi berbasis pada kewarganegaraan investor asing, diskriminasi di sini tak terjadi bila kebijakan negara diberlakukan secara umum (*general application*). Sebaliknya, diskriminasi dianggap eksis bila suatu kebijakan tertentu ditujukan hanya kepada investor tertentu.⁷⁰

Melalui rumusan ini, ruang kebijakan negara untuk melindungi urusan publik *vis-à-vis* privat kian diperluas, mengingat kebijakan tersebut cakupannya tak tertutup (perhatikan kata “*such as*”). India bahkan memberi batasan lebih lanjut, bahwa “*For the avoidance of doubt, the Parties agree that an action taken by a Party in its commercial*

69 Lihat Perpres 97/2000 (annex 3 huruf b) dan India model BIT 2016 (5.5).

70 Konsep non diskriminasi dikenal pula dalam aturan substantif BIT lainnya seperti: Most-Favoured Nation (MFN), National Treatment (NT), dan Fair and Equitable Treatment (FET). Sementara dalam konsep MFN dan NT diskriminasi terjadi bila ada perbedaan perlakuan berbasis pada kewarganegaraan investor, dalam FET diskriminasi mencakup aspek yang lebih luas, seperti ras, gender, atau keyakinan agama. Lihat Riffel, “Indirect Expropriation,” hlm. 951.

capacity shall not constitute expropriation or any other measure having similar effect".⁷¹ Di sini, India mempertegas distingsi antara *juri imperii* (sovereign acts) dan *juri gestionis* (commercial acts), konsep hukum internasional (publik) yang kian kabur dalam konteks sengketa investasi dewasa ini. Selain itu, India juga mengatur bahwa, manakala investor menggugat negara berbasis konsep ekspropriasi, tribunal mesti menimbang pula apakah investor tersebut telah melalui *exhaustion of local remedies* sebagai langkah pertama. Di sini, kedaulatan negara kian diperkuat karena tak serta-merta akan digugat apabila upaya di pengadilan domestik belum ditempuh oleh investor.⁷²

Brazil, melalui pasal 16 ACFI yang berjudul "*Provisions on Investment and Environment, Labor Affairs and Health*", seolah telah menjamin eksistensi hak untuk mengatur dalam bidang-bidang tertentu melalui uraian berikut ini:⁷³

1. *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure it deems appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner according to labor, environmental and health legislations of that Party, provided that this measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction.*
2. *The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by lowering the standards of their labor and environmental legislation or measures of health. Therefore, each Party guarantees it shall not amend or repeal, nor offer the amendment or repeal of such legislation to encourage the establishment, maintenance or expansion of an investment in its territory, to the extent that such amendment or repeal involves decreasing their labor, environmental or health standards. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, the Parties will address the issue through consultations.*

Meski aturan di atas menyerukan urgensi untuk menjaga kepentingan publik dalam bidang lingkungan hidup, kesehatan, dan ketenagakerjaan, norma tersebut tak memberi hak tambahan kepada negara layaknya hak untuk mengatur. Bahwa negara memiliki

71 Article 5.4 India model BIT 2016.

72 Article 5.6 India model BIT 2016.

73 Article 16 Brazil ACFI 2015.

hak untuk mengatur *lato sensu*, hal tersebut tak terbantahkan dan hanya diteguhkan kembali (secara deklaratif) dalam paragraf pertama pasal di atas. Sedangkan paragraf kedua, alih-alih memberi hak, justru membebankan kewajiban kepada negara pihak untuk tak menurunkan standar lingkungan hidup, kesehatan, dan ketenagakerjaan dalam menerima investasi. Dengan begitu, tak ada fleksibilitas berupa hak tambahan sebab negara pihak memang memiliki hak untuk mengatur *lato sensu*. Selain itu, norma di atas terbilang sempit karena hanya menyesuaikan bagaimana investasi dijalankan sesuai dengan aturan *host-state*.⁷⁴

4. Pengecualian Umum

Cara tradisional lainnya dalam melindungi hak untuk mengatur, selain lewat pengecualian khusus, adalah melalui pengecualian umum (*general exceptions*). Tak seperti pengecualian khusus yang hanya berlaku pada *standard of treatment* tertentu, pengecualian umum berlaku dalam penerapan keseluruhan BIT. Dilihat dari segi tujuannya, pengecualian umum pada umumnya mendasarkan pengecualian keberlakuan norma dalam BIT pada kepentingan kesejahteraan atau kepentingan publik yang melampaui alasan keamanan negara (*security*), seperti kesehatan publik, keselamatan (*safety*), dan lingkungan (*environment*). Dalam rezim investasi, rumusan pengecualian umum ini memperoleh inspirasi dari pasal XX GATT yang berlaku dalam rezim hukum perdagangan internasional.

Di antara negara dunia ketiga, hanya Indonesia dan India yang menggunakan konsep pengecualian umum itu dalam BIT. Pasal 39 BIT Indonesia mengatur:⁷⁵

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the other Party or its investors where like conditions prevail, or a disguised restriction on investments of investors of the other Party in the territory of a Party, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures:

74 Titi, "The Right to Regulate (Revisited)," hlm. 29.

75 Pasal 39 Perpres 97/2000.

- (a) necessary to protect public morals or to maintain public order;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:
 - (1) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on a contract;
 - (2) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;
 - (3) safety;
- (d) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; or
- (e) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.

Paragraf pertama rumusan di atas menentukan kriteria atau prasyarat bagi pengecualian umum, di mana hal tersebut tak boleh dilakukan secara diskriminatif (yang tak dapat dijustifikasi) atau sewenang-wenang (*arbitrary*), atau pembatasan tersebut bersifat terselubung (*disguised restriction*). Catharine Titi berpendapat, pengecualian umum dikatakan terselubung apabila kriteria yang ditetapkan bersifat subjektif. Disebut subjektif karena yang mengukurnya hanyalah *host-state* secara sepihak.⁷⁶ Rumusan paragraf pertama di atas, yang digunakan pula oleh India, menjadikan prinsip non-diskriminasi sebagai kriteria pertama.⁷⁷ Kriteria berikutnya adalah tindakan tersebut mesti ‘diperlukan’ (*necessary*). Sementara Indonesia tak memberi klarifikasi mengenai istilah ‘diperlukan’, India mengatur bahwa “*In considering whether a measure is “necessary”, the Tribunal shall take into account whether there was no less restrictive*

76 Titi, “The Right to Regulate (Revisited),” hlm. 51.

77 Article 32.1 India model BIT 2016.

alternative measure reasonably available to a Party".⁷⁸ Dengan demikian, ukuran mengenai apakah tindakan negara diperlukan, adalah ketersediaan tindakan lainnya yang tak kurang restriktif dan beralasan bagi *host-state*.

Pada rincian pasalnya, yaitu huruf (a-e), diuraikan mengenai ruang lingkup atau hal apa saja yang hendak dilindungi. Mengenai hal ini, BIT Indonesia jauh lebih rinci ketimbang BIT India dalam menguraikan aspek-aspek dimaksud.⁷⁹ Semisal, mengenai konsep kepentingan publik (huruf a), "*The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society*".⁸⁰ Di satu sisi, hal ini mesti diukur berdasarkan aspek-aspek non-ekspropriatif yang legal. Namun di sisi lain, tiadanya penjelasan mengenai apa yang dimaksud dengan "... *genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society*"⁸¹ akan menimbulkan ruang tafsir, baik dari pihak *host-state* secara subjektif (*self-judge*) maupun dari pihak lain, khususnya tribunal arbitrase tatkala terjadi ISDS.

Kendati pengecualian umum terbukti dapat mengantisipasi ISDS dan memperluas ruang kebijakan publik, dalam beberapa kasus putusan arbitrase internasional, hal tersebut tetap membuka peluang bagi ruang tafsir yang berujung pada putusan yang problematis.⁸² Di sisi lain, pengecualian umum pun terbatas dalam melindungi hal yang dianggap penting, sebab ia lazimnya diuraikan secara eksplisit (seperti huruf a-e). Sementara, aspek-aspek penting meyangkut publik senantiasa berubah, sesuai dengan kebutuhan yang ada. Dengan demikian, bukan hanya luas tidaknya cakupan dimaksud dalam melindungi kepentingan publik yang penting, melainkan serinci apa norma tersebut dirumuskan dalam mengantisipasi munculnya ruang multitafsir di antara para pihak, termasuk tribunal arbitrase. Dalam hal ini, ISDS merupakan medan yang problematis

78 Article 32.1 India model BIT 2016.

79 Lihat Perpres 97/2000 (Pasal 39) dan India model BIT 2016 (32.1).

80 Pasal 39 Perpres 97/2000.

81 Pasal 39 Perpres 97/2000.

82 Titi, "The Right to Regulate (Revisited)," hlm. 59.

sebagai 'batu uji', sedangkan mekanisme SSDS yang digunakan oleh Brazil dan Afrika Selatan terkesan lebih menjamin keamanan. Dalam perspektif lain, itu sebabnya pula negara dunia ketiga menyertakan konsep pengecualian keamanan (*security exceptions*) dalam BIT-nya.

5. Pengecualian Keamanan

Pengecualian keamanan merupakan pengecualian atas berlakunya norma dalam BIT, berdasarkan alasan keamanan atau kepentingan negara yang esensial. Dalam rezim investasi, pengecualian keamanan menjamin perlindungan negara, menyangkut hal-hal yang dianggap esensial olehnya. Itu sebabnya pengecualian ini dianggap sebagai pengecualian yang paling penting, karena tanpanya, eksistensi atau keberlangsungan suatu negara dapat terancam. Seperti pengecualian umum, pengecualian keamanan merupakan cara tradisional dalam menjamin hak untuk mengatur pada BIT, di mana ia berlaku secara umum alih-alih spesifik pada *standard of treatment* tertentu layaknya pengecualian khusus. Dalam rezim investasi, norma ini memperoleh inspirasi dari rezim hukum perdagangan internasional, khususnya melalui pasal XI GATT.

Negara dunia ketiga (kecuali Afrika Selatan) menyertakan klausul pengecualian keamanan dalam BIT-nya.⁸³ Sebagaimana diatur dalam BIT modern, pengecualian terkait keamanan ini dapat bersifat subjektif (*self-judge*) karena negara *host-state* dapat menentukan sendiri ukuran tersebut. Hal ini sebagaimana bunyi frasa berikut yang terkandung dalam BIT Indonesia dan India: "... *it considers necessary*".⁸⁴ Mengenai hal apa yang dijadikan sebagai unsur pengecualian memang diuraikan, dan bahkan terdapat pengecualian yang berbeda-beda. Indonesia dan India kembali sejalan untuk tak mengungkapkan informasi tertentu, sebagai hal yang esensial dan karenanya berlaku pengecualian atasnya: "*require a Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential*

83 Indonesia: *Article 40* Perpres 97/2000; India: *Article 33* India model BIT 2016; Brazil: *Article 13* Brazil ACFI 2015.

84 Lihat Perpres 97/2000 (Pasal 40 huruf b) dan India model BIT 2016 (33.1 angka I dan ii).

security interests".⁸⁵ Di sini, informasi yang dianggap penting bagi keamanan negara, sepenuhnya merupakan wewenang negara untuk menentukan persebarannya.

Selain itu, adapula pengecualian keamanan yang juga lazim digunakan dalam BIT, dan relatif lebih umum karena tak dijelaskan bidang apa yang dimaksud. Frasa berikut ini dapat menjadi contoh: "*preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests*".⁸⁶ Di sini, tindakan yang dianggap penting bagi pemenuhan kewajibannya dalam rangka untuk menjaga keamanan dan perdamaian dunia, tak dijelaskan dan sepenuhnya menjadi wewenang *host-state* sendiri untuk menentukan. Frasa tersebut tertuang dalam BIT Indonesia, India, dan Brazil.

Akan tetapi, di satu sisi, Brazil menghapuskan frasa '*it considers necessary*' sehingga kesan subjektif yang mengeram dalam laku *self-judge* diantisipasi. Di sisi lain, Brazil menambahkan ruang lingkup lainnya yang juga tercakup dalam frasa di atas: "*its national security or public order, or to apply the provisions of their criminal laws*". Sementara itu, Brazil dan India menambahkan pula frasa "... *in accordance with the provisions of the United Nations Charter*". Dengan begitu, selain Brazil menambahkan aspek keamanan nasional dan ketertiban publik, serta penerapan hukum pidana, Brazil dan India mendasarkan penafsiran atas upaya menjaga keamanan dan perdamaian dunia dalam konteks penafsiran piagam PBB. Hal tersebut, selain lebih objektif, dapat juga memicu penafsiran tribunal yang berupaya mencari pemaknaan atasnya bukan sekadar dari pandangan negara *host-state* (*self-judge*).

Mengenai bidang apa saja yang dianggap esensial selain yang telah diuraikan di muka, negara dunia ketiga mengaturnya secara berbeda-beda. Dalam BIT-nya, Indonesia dan India memasukkan

85 Lihat Perpres 97/2000 (Pasal 40 huruf a) dan India model BIT 2016 (33.1 angka i).

86 Lihat Perpres 97/2000 (Pasal 40 huruf b) dan India model BIT 2016 (33.1 angka iii) dan Brazil ACFI 2015 (*Article 13* ayat 1).

bidang berikut ini sebagai hal yang esensial bagi keamanan negara:⁸⁷ “... *protection of critical public infrastructure, such as the communications, power, water and transportation infrastructure, including but not limited to imposing restrictions on operators of such infrastructure and preventing deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure*”. Kendati disebut beberapa bidang infrastruktur yang penting seperti komunikasi, energi, air, dan transportasi, pengecualian tersebut berkarakter *non-exhaustive* yang hanya memberi contoh semata. Artinya, yang dimaksud infrastruktur publik yang penting dapat mencakup lebih luas dari contoh itu, dan itu merupakan wewenang *host-state* untuk menetapkannya secara sepihak. Penjelasan itu termaktub sebagai catatan kaki dalam BIT Indonesia pada sub-judul *security exceptions*.

Sementara itu, alih-alih memberi penjelasan interpretif pada sub-judul, India memberi penjelasan mengenai contoh yang dimaksud sebagai hal yang esensial bagi keamanan negara dalam rincian pasalnya:⁸⁸

“... *which it considers necessary for the protection of its essential security interests including but not limited to:*

- (a) *action relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived;*
- (b) *action taken in time of war or other emergency in domestic or international relations;*
- (c) *action relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;*
- (d) *action taken so as to protect critical public infrastructure including communication, power and water infrastructures from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure;*
- (e) *any policy, requirement or measure including, without limitation, a requirement obtaining (or denying) any security clearance to any company, personnel or equipment;*

87 Perpres 97/2000 (Penjelasan atas Pasal 40).

88 India Model BIT 2016 (33.1).

Dengan demikian, India mengaturnya lebih luas ketimbang Indonesia karena bukan hanya mengatur huruf d (sebagaimana diatur dalam BIT Indonesia dan India) melainkan pula huruf a-e. Namun demikian, perlu ditegaskan bahwa rincian itu hanyalah contoh semata (*non-exhaustive list*). Hal ini berbeda dengan Brazil yang tak menyebut bidang-bidang yang disebut sebagai contoh semata. Dengan kata lain, bidang tersebut merupakan *exhaustive list* bagi bidang yang tercakup sebagai hal yang dapat diterapkan dalam pengecualian keamanan. Artinya, ruang negara untuk melakukan *self-judge* tentang apa yang esensial, relatif lebih terbatas dalam BIT Brazil. Namun demikian, BIT Brazil mengatur bahwa segala tindakan dalam bidang tersebut, yakni tindakan negara dengan alasan keamanan atau kepentingan publik, dikecualikan pula sebagai pokok perkara (*subject-matter*) yang dapat diselesaikan lewat mekanisme penyelesaian sengketa.⁸⁹ Dengan begitu, Brazil tetap memiliki jaring pengaman dalam melindungi keamanan negara.

E. Kesimpulan

Krisis rezim hukum investasi internasional telah mendorong negara dunia ketiga untuk melakukan reformasi BIT, dalam hal ini khususnya terhadap aturan substantif BIT yang berlandaskan liberalisme dan hanya melindungi kepentingan investor. Di antaranya dengan menghidupkan kembali hak (negara) untuk mengatur, konsep yang dilandasi spirit *embedded-liberalism* yang bertujuan untuk menyeimbangkan kepentingan publik dan kepentingan privat. Namun, hak untuk mengatur tersebut dipersepsi secara berbeda dalam hukum internasional dan hukum investasi internasional. Sementara dalam hukum internasional rujukannya adalah kedaulatan negara (*lato sensu*), dalam hukum investasi ia merupakan pengecualian bagi pelaksanaan kewajiban BIT yang tak menimbulkan tanggung jawab negara (*stricto sensu*). Norma yang dewasa ini kerap tercantum dalam BIT itu terbukti berfungsi mengantisipasi kecenderungan tribunal arbitrase untuk tak hanya menimbang kepentingan investor dalam

⁸⁹ Article 13 Brazil ACFI.

mekanisme ISDS.

Di bagian *preamble* BIT, Indonesia, India dan Brazil menegaskan kembali konsep hak untuk mengatur yang terbukti berfungsi sebagai alat interpretatif dalam menafsir objek dan tujuan BIT. Sebagai pasal yang berdiri sendiri, konsep hak untuk mengatur kembali dikukuhkan meski dengan kandungan makna berbeda oleh Indonesia (*stricto sensu*) dan Afrika Selatan (*lato sensu*). Hal ini dilengkapi dengan cara tradisional dalam menerapkan hak untuk mengatur *stricto sensu* dalam BIT, yaitu memberlakukan pengecualian umum dan pengecualian keamanan. Sementara yang pertama diterapkan oleh Indonesia dan India, yang disebut terakhir diterapkan oleh negara dunia ketiga (kecuali Afrika Selatan). Demikianlah reformasi BIT yang dilakukan oleh negara dunia ketiga untuk mengembalikan ruang kebijakan publik negara. Reformasi yang menyentuh bukan hanya aspek prosedural (ISDS) sebagaimana diinisiasi oleh UNCITRAL *Working Group III*, melainkan juga aspek substantif BIT.

Daftar Pustaka

Artikel, Buku, dan Laporan

- Bonnitcha, Jonathan, Lauge N. Skovgaard Poulsen, dan Michael Waibel. *The Political Economy of Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Frank, Susan D. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions." *Fordham Law Review* 73, 4 (2005): 1521-1625.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. Eagan: West Publisher, edisi sembilan, 2004.
- Giannakopoulos, Charalampos. "The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach." Dalam *Permutations of Responsibility in International Law*, diedit oleh Photini Pazartzis dan Panos Merkouris, 148-84. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2019.
- Hallward-Driemeier, Mary. "Do Bilateral Investment Treaties Attract

- Foreign Investment? Only a Bit and They Could Bite.” World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, World Bank, Geneva, 2003.
- Jailani, Abdulkadir. “Indonesia’s Perspective on Review of International Investment Agreements.” *Investment Policy Brief, South Centre* 1 (2015): 1-6.
- Kabir, Syahrul Fauzul. “Krisis dan Reformasi: Penyelesaian Sengketa dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga.” *Mimbar Hukum* 33, 2, (2021): 401-35. DOI: 10.22146/mh.v33i2.3728.
- Kelsey, Jane dan Kinda Mohamadieh. *UNCITRAL Fiddles While Countries Burn*. Geneva: Friedrich Ebert Stiftung, 2021.
- Miles, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- Mouyal, Lone Wandahl. *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*. Abingdon: Routledge, 2016.
- Muchlinski, Peter T. “Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security.” Dalam *Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009*, diedit oleh Karl P. Sauvant, 35-78. New York: Oxford University Press, 2009.
- Newcombe, Andrew dan Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009.
- Pahuja, Sundhya. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth, and Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Ranjan, Prabash. *India and Bilateral Investment Treaties: Refusal, Acceptance, Backlash*. New Delhi: Oxford University Press, 2019.
- Riffel, Christian. “Indirect Expropriation and The Protection of Public Interest.” *International & Comparative Law Quarterly* 71, 4 (2022): 945-74. DOI: 10.1017/S0020589322000343.
- Schill, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge:

- Cambridge University Press, 2010.
- Titi, Aikaterini. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- Titi, Catharine. "Embedded Liberalism and International Investment Agreements: The Future of the Right to Regulate, with Reflections on WTO Law." Dalam *The Future of International Economic Integration: The Embedded Liberalism Compromise Revisited*, diedit oleh Gisa Moon dan Lisa Toohey: 122-36. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Titi, Catharine. "The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)." Course of the Summer School on Public International Law, International and Comparative Law Research Center, 18, 2022.
- UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). "Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Comments by the Government of Indonesia." <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/075/93/PDF/V1807593.pdf?OpenElement>. 9/11/18. Diakses 10/11/2022.
- UNCTAD. *Expropriation: A Sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York dan Geneva: United Nations, 2012.
- Waibel, Michael. "Fragmentation in International Investment Law." <https://ssrn.com/abstract=4052586>. 8/4/2022. Diakses 24/4/2023.
- Yackee, Jason. "Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment." Dalam *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, diedit oleh Karl P. Sauvant dan Lisa E. Sachs, 379-95. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Peraturan dan Putusan Hukum

- ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes).
Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic.

- ICSID Case No. ARB/01/3, Award, (n 58) [331].
- ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes).
Sempra Energy International v. Argentine Republic. ICSID Case
No. ARB/02/16, Award, 28/9/2007 [373].
- ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes).
İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No.
ARB/10/24, Award, 8/3/2016.
- ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes).
Poštová banka and ISTROKAPITAL v. Greece, ICSID Case No.
ARB/13/8, Award, (n 69) [310].
- ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes).
SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the
Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6 (Decision on Objections
to Jurisdiction) (n 58) [116]
- Republik Afrika Selatan. Protection of Investment Act 22 of 2015 of
South Africa.
- Republik Federal Brazil. Brazil Agreement on Cooperation and
Facilitation of Investments/ACFI 2015.
- Republik India. India Model BIT 2016.
- Republik Indonesia. Peraturan Presiden Nomor 97 Tahun 2020
tentang Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan
Pemerintah Republik Singapura mengenai Peningkatan dan
Perlindungan Penanaman Modal.
- United Nations. Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.