

Tinjauan Yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di ICSID

Nova Septiani Tomayahu

akultas Syariah IAIN Sultan Amai Gorontalo

E-Mail : *novaseptiani90@gmail.com*

ABSTRAK

*Tulisan ini mengupas masalah penyelesaian sengketa antara Rafat Ali dengan Pemerintah Indonesia. Sengketa tersebut diajukan oleh Rafat Ali ke lembaga arbitrase ICSID dengan memakai dasar hukum Perjanjian BIT. Rafat Ali bertindak sebagai Penggugat dan Indonesia adalah pihak Tergugat. Dalam tuntutananya Penggugat menyatakan bahwa investasi yang dilakukannya o jenis ivestasi yang dilindungi dalam UU Penanaman Modal Asing. Sedangkan pihak tergugat menyatakan sebaliknya. Sehingga dalam putusannya ICSID menyatakan bahwa investasi penggugat bukan merupakan investasi yang dilindungi oleh UU PMA dan ICSID tidak berwenang mengadili sengketa tersebut. Putusan ini menegaskan bahwa penanaman modal yang mendapat perlindungan hukum di Indonesia adalah penanaman modal yang secara langsung dilakukan dalam menjalankan kegiatan usaha penanaman modal. Penanaman modal tidak termasuk penanaman modal yang dilakukan secara tidak langsung atau *portfolio invetsment*.*

Kata Kunci : Penyelesaian Sengketa, ICSID, Arbitrase, Investasi

A. Pendahuluan

Indonesia adalah negara yang sedang membangun. Untuk membangun, diperlukan adanya modal atau investasi yang besar. Kegiatan penanaman modal di Indonesia telah dimulai sejak tahun 1967, yaitu sejak dikeluarkannya Undang-undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri. Kegiatan investasi ini dilakukan sejak era orde baru dan era reformasi.

Di era orde baru dimulai dari tahun 1967 sampai dengan tahun 1977. Jumlah investasi yang ditanamkan asing dari tahun 1967 sampai dengan tahun 1997 sebanyak 190,631,7 miliar dolar AS dan jumlah proyek yang dibiayainya sebanyak 5.699

proyek. Jumlah investasi asing yang diinvestasikan oleh investor asing pada tahun 1967 sebesar 210,6 juta dolar AS, dengan jumlah proyek sebesar 13 proyek. Namun, dalam perkembangannya, jumlah investasi yang masuk ke Indonesia, dari tahun ke tahun mengalami peningkatan yang signifikan. Investasi yang masuk ke Indonesia pada masa orde baru yang paling banyak, yaitu yang masuk pada tahun 1995, sebanyak 39,891,6 miliar AS dengan jumlah proyek sebanyak 782 proyek. Kemudian, pada tahun 1997 mengalami penurunan sebesar 6,102,8 miliar dolar AS.¹

Namun, investasi di Indonesia tidak selalu berjalan dengan baik. Karena investasi ini merupakan salah satu kegiatan ekonomi yang syarat akan timbulnya konflik. Sejak masuknya kegiatan ini, maka Indonesia sebagai negara tujuan harus siap untuk menghadapi segala macam risiko dan sengketa yang ditimbulkan karenanya. Sehingga untuk meminimalisir risiko dan sengketa yang timbul, maka Indonesia membuat suatu pengaturan dan norma-norma yang dijadikan tolok ukur terhadap kegiatan mana yang diizinkan atau legal dan mana yang tidak legal.

Dalam interaksi sesama manusia, konflik atau sengketa adalah hal yang lumrah terjadi. Ditinjau dari konteks hukum internasional publik, sengketa dapat didefinisikan sebagai ketidaksepakatan salah satu subyek mengenai sebuah fakta, hukum, atau kebijakan yang kemudian dibantah oleh pihak lain. Berbagai metode penyelesaian sengketa telah berkembang sesuai dengan tuntutan jaman. Metode penyelesaian sengketa dengan kekerasan, misalnya perang, invasi, dan lainnya, telah menjadi solusi bagi negara sebagai aktor utama dalam hukum internasional klasik. Cara-cara kekerasan yang digunakan tersebut akhirnya direkomendasikan untuk tidak digunakan lagi semenjak lahirnya *The Hague Peace Conference pada tahun 1899 dan 1907*, yang kemudian menghasilkan *Convention on the Pacific Settlement of International Disputes 1907*. Namun karena sifatnya yang rekomendatif dan tidak mengikat, konvensi tersebut tidak mempunyai kekuatan memaksa untuk melarang negara-negara melakukan kekerasan sebagai metode penyelesaian sengketa.²

Sengketa (*dispute*) menurut Merrills adalah ketidaksepahaman mengenai sesuatu. Sedangkan menurut John Collier & Vaughan Lowe membedakan antara sengketa

¹ Salim HS dan Budi Sutrisno, 2008, *Hukum Investasi di Indonesia*, Rajawali Pers PT Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 2

² Pirhot Nababan, Tinjauan Umum Penyelesaian Sengketa Internasional Secara Diplomatik, <http://pirhot-nababan.blogspot.com/2007/07/tinjauan-umum-penyelesaian-sengketa.html>, diakses tanggal 10 juni 2015.

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

(*dispute*) dengan konflik (*conflict*). Sengketa (*dispute*) adalah³ “*a specific disagreement concerning a matter of fact, law or policy in which a claim or assertion of one party is met with refusal, counter claim or denial by another*”. Sedangkan konflik adalah istilah umum atau genus dari pertikaian (*hostility*) antara pihak-pihak yang sering kali tidak fokus.⁴

Kemudian mengenai substansi sengketa itu, tidak mudah untuk memisahkan secara tegas antara sengketa hukum dengan sengketa politik. Meskipun demikian, dapatlah ditarik kesimpulan bahwa semua sengketa yang dapat diselesaikan menggunakan prinsip-prinsip juga aturan-aturan Hukum Internasional, menyangkut hak-hak yang dijamin oleh Hukum Internasional merupakan sengketa hukum. Hal ini juga senada dengan yang tertera dalam Statuta Mahkamah Internasional, bahwa Mahkamah memiliki kewenangan menyelesaikan segala sengketa hukum yaitu “*the sense of a dispute capable of being settled by the application of principles and rules of international law*”.⁵

Apabila sengketa atau konflik tersebut tidak dapat dihindari maka ada dua cara penyelesaian yang dapat ditempuh oleh para pihak yaitu melalui jalur litigasi (pengadilan) dan non litigasi (alternatif penyelesaian sengketa/ADR). Untuk sengketa investasi pada umumnya permasalahan yang timbul diselesaikan melalui jalur non litigasi yaitu arbitrase. Dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing telah ditentukan pola penyelesaian sengketa yang terjadi antara pemerintah Indonesia dengan investor asing yang berkaitan dengan tindakan nasionalisasi oleh pemerintah, yaitu melalui lembaga arbitrase.

Sedangkan pada Pasal 32 ayat (1) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal telah diatur cara penyelesaian sengketa yang timbul dalam penanaman modal antara pemerintah dengan investor asing. Ditentukan dua cara dalam penyelesaian sengketa antara pemerintah Indonesia dengan investor asing. Kedua cara itu adalah dengan musyawarah mufakat dan arbitrase internasional.

Pada makalah ini penulis akan membahas tentang sengketa investasi antara pemerintah Indonesia dengan investor asing. Sengketa ini oleh para pihak disepakati

³ John Collier & Vaughan Lowe, 1999, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, Oxford. Hlm. 276.

⁴ Sefriani, 2009, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, Rajawali Pers, Yogyakarta, hlm. 322.

⁵ *Ibid*, hlm. 324.

untuk diselesaikan dengan menggunakan arbitrase internasional. Badan arbitrase yang dipilih adalah *International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID)*. ICSID sengaja dibentuk untuk menyelesaikan persengketaan yang timbul di bidang investasi antara suatu negara dengan negara asing di antara sesama negara peserta konvensi (*Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States*).

Sengketa tersebut dimulai pada tanggal 5 April 2011 dimana telah terjadi gugatan terhadap Pemerintah Indonesia sebagai negara tempat dilakukannya investasi oleh Ravat Ali Rizfi sebagai investor asing di ICSID. Adapun yang menjadi fokus dari sengketa tersebut adalah investasi yang dilakukan oleh penggugat apakah merupakan bentuk investasi yang mendapatkan perlindungan dari aturan perundang-undangan tergugat atau tidak. Dalam proses penyelesaiannya terdapat banyak argumen yang bermunculan diantara para pihak untuk saling mempertahankan posisinya.

Disamping para pihak dalam beberapa hal saling mempertautkan pendapatnya. Tribunal juga harus memberikan analisisnya terhadap sengketa yang terjadi dengan menggunakan beberapa pendekatan dan yurisprudensi. Sehingga disinilah peran Tribunal dibutuhkan yaitu untuk dapat menentukan tentang diterima atau ditolak argumen dari kedua belah pihak.

B. PEMBAHASAN

Penanaman Modal Asing

1. Pengertian

Dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing ada dua istilah yang sering muncul, yaitu :

1. Penanaman modal asing; dan
2. Modal asing.

Istilah penanaman modal asing merupakan terjemahan dari bahasa Inggris, *foreign investment*. Pengertian penanaman modal asing dapat dibaca dalam Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Penanaman modal asing adalah :

“hanya meliputi modal asing secara langsung yang dilakukan menurut atau berdasarkan ketentuan-ketentuan undang-undang dan digunakan menjalankan perusahaan di Indonesia”

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

Unsur-unsur penanaman modal asing dalam definisi ini, meliputi :

1. Dilakukan secara langsung;
2. Menurut undang-undang; dan
3. Digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia.

Pengertian dilakukan secara langsung adalah investor secara langsung akan menanggung semua risiko yang akan dialami dari penanaman modal tersebut. Makna dilakukan menurut undang-undang adalah bahwa modal asing yang diinvestasikan di Indonesia oleh investor asing harus didasarkan pada substansi, prosedur dan syarat-syarat yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku dan ditetapkan oleh pemerintah Indonesia. Semua investor harus tunduk dan patuh terhadap berbagai perundang-undangan yang berlaku. Misalnya, disyaratkan bahwa setiap penanaman modal asing harus melakukan kerjasama dengan pemilik modal domestik, terutama pada bidang usaha yang memerlukan kerjasama antara investor asing dengan pemilik modal domestik. Pada hakikatnya modal yang ditanamkan oleh investor asing digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia. Dengan status badan hukum, perusahaan asing atau gabungan antara badan hukum asing dengan badan hukum domestik haruslah menjalankan usahanya di Indonesia. Pada prinsipnya tidak semua bidang usaha dapat dijalankan oleh investor asing di Indonesia, namun hanya bidang usaha yang telah ditetapkan oleh pemerintah.

Dalam Pasal 1 angka 9 Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal juga telah ditentukan pengertian penanaman modal asing. Penanaman modal asing adalah:

“kegiatan menanam untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanaman modal dalam negeri”

Kegiatan menanamkan merupakan kegiatan untuk memasukkan modal atau investasi, dengan tujuan untuk melakukan kegiatan usaha. Kegiatan penanaman modal ini dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang digunakan:

1. Modal asing sepenuhnya; dan atau
2. Modal asing berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.

Modal asing yang berpatungan merupakan modal asing yang bekerja sama dengan penanam modal Indonesia, di mana saham yang dimiliki oleh pihak asing maksimal 95%, sedangkan pihak penanam modal Indonesia, minimal modalnya sebesar 5%.

Prof. M. Sornarajah juga memberikan definisi tentang penanam modal asing. Penanaman modal asing adalah:

“transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of use in the country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets”

Artinya penanam modal asing merupakan transfer modal, baik yang nyata maupun tidak nyata dari suatu negara ke negara lain, tujuannya untuk digunakan di negara tersebut agar menghasilkan keuntungan di bawah pengawasan dari pemilik modal, baik secara total atau sebagian.

Dalam definisi ini, Penanaman Modal Asing (PMA) dikonstruksikn sebagai pemindahan modal dari negara yang sat ke negara lain, tujuannya untuk digunakan di negara tersebut agar menghasilkan keuntungan di bawah pengawasan dari pemilik modal, baik secara total atau sebagian.

Dalam penjelasan atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing disebutkan bentk modal asing. Bentuk modal asing adalah :

1. Berbentuk valuta asing saja;
2. Alat-alat perlengkapan tetap yang diperlukan menjalankan perusahaan di Indonesia;
3. Penemuan-penemuan milik orang/badan asing yang dipergunakan dalam perusahaan di Indonesia; dan
4. Keuntungan yang boleh ditransfer ke luar negeri tetapi dipergunakan kembali di Indonesia.

Dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal juga telah ditentukan pengertian modal asing. Modal asing adalah:

“modal yang dimiliki oleh negara asing, perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, badan hukum asing, dan/atau badan hukum Indonesia yang sebagian atau seluruh modalnya dimiliki oleh pihak asing.”

Negara asing merupakan negara yang berasal dari luar negeri, yang menanamkan investasinya di Indonesia. Perseorangan warga negara asing merupakan individu luar negeri yang menanamkan investasinya di Indonesia. Badan usaha asing merupakan lembaga asing yang tidak berbadan hukum. Badan hukum asing merupakan badan hukum yang dibentuk brdasarkan peraturan perundang-undangan atan Act yang berlaku di negara-negara asing tersebut. Badan hukum Indonesia merupakan badan hukum yang berkedudukan di Indonesia, namun modal badan hukum tersebut sebagian atau seluruhnya dimiliki oleh pihak asing.

2. Dasar Hukum

Momentum dimulainya investasi asing di Indonesia adalah sejak diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Undang-undang ini merupakan payung di dalam menjalankan penanaman modal asing di Indonesia. Undang-undang ini terdiri atas 13 bab dan 31 pasal. Undang-Undang ini telah dilakukan perubahan dan penambahan dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 tentang Perubahan dan Tambahan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Pada intinya perubahan dan penambahan ketentuan itu adalah berkaitan dengan kelonggaran-kelonggaran perpajakan yang diberikan kepada penanam modal asing, terutama yang menanamkan modalnya dalam bidang-bidang usaha terbuka bagi modal asing (Pasal 5 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing). Bidang-bidang usaha itu akan ditentukan oleh pemerintah.

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing *juncto* Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 tentang Perubahan dan Tambahan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing telah dijabarkan lebih dengan Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, dan berbagai Peraturan Menteri. Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, dan berbagai Peraturan Menteri itu antara lain:

1. Peraturan Pemerintah Nomor 17 Tahun 1992 tentang Persyaratan Pemilikan Saham Dalam Perusahaan Penanaman Modal Asing;
2. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham Dalam Perusahaan yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing;
3. Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 115 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Keputusan Presiden Nomor 97 Tahun 1993 tentang Tata Cara Penanaman Modal;
4. Keputusan Presiden Nomor 96 Tahun 2000 tentang Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka Dengan Persyaratan Tertentu Bagi Penanaman Modal;
5. Keputusan Menteri Negara Investasi/Kepala BKPM Nomor 38/SK/1999 tentang Pedoman dan Tata Cara Permohonan Penanaman Modal yang

Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Dalam Negeri dan Penanaman Modal Asing.

Keputusan Menteri Negara Investasi/Kepala BKPM Nomor.38/SK/1999 tentang Pedoman dan Tata Cara Permohonan Penanaman Modal yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing ini telah diubah dengan Keputusan Kepala BKPM Nomor.57/SK/2004 tentang Pedoman dan Tata Cara Permohonan Penanaman Modal yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Dalam Negeri dan Penanaman Modal Asing.

Namun, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing jo. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 tentang Perubahan dan Tambahan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing telah dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi, yakni dengan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Undang-undang ini mengatur dua macam investasi, yaitu investasi asing dan investasi domestik.⁶

Penyelesaian Sengketa Internasional Arbitrase

1. Pengertian Penyelesaian Sengketa (*Alternative Dispute Resolution/ADR*)

Sengketa atau konflik hakikatnya merupakan bentuk aktualisasi dari suatu perbedaan dan atau pertentangan antara dua pihak atau lebih. Sebagaimana dalam sengketa perdata, dalam sengketa bisnis pun pada prinsipnya pihak-pihak yang bersengketa diberi kebebasan untuk menentukan mekanisme pilihan penyelesaian sengketa yang dikehendaki, apakah melalui jalur pengadilan (litigasi) maupun jalur di luar pengadilan (nonlitigasi), sepanjang tidak ditentukan sebaliknya dalam peraturan perundang-undangan.⁷

Untuk memperoleh gambaran umum tentang apa yang disebut ADR, George Applebey, dalam tulisannya “*An Overview of Alternative Dispute Resolution*” berpendapat bahwa ADR pertama-tama adalah merupakan suatu eksperimen untuk mencari model-model berupa:

1. Model-model baru dalam penyelesaian sengketa
2. Penerapan-penerapan baru terhadap metode-metode lama
3. Forum-forum baru bagi penyelesaian sengketa
4. Penekanan yang berbeda dalam pendidikan hukum.

⁶ *Ibid*, hlm 147-154.

⁷ Bambang Sutyoso, 2008, *Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Gama Media, Yogyakarta, hlm. 10.

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

Menurut Philip D. Bostwick yang menyatakan bahwa ADR merupakan serangkaian praktik dan teknik-teknik hukum yang ditunjukkan untuk:

1. Memungkinkan sengketa-sengketa hukum diselesaikan di luar pengadilan untuk keuntungan atau kebaikan para pihak yang bersengketa
2. Mengurangi biaya atau keterlambatan kalau sengketa tersebut diselesaikan melalui litigasi konvensional
3. Mencegah agar sengketa-sengketa hukum tidak dibawa ke pengadilan.

Dengan demikian ADR merupakan kehendak sukarela dari pihak-pihak yang berkepentingan untuk menyelesaikan sengketa mereka di luar pengadilan. Dalam arti di luar mekanisme adjudikasi standar konvensional. Oleh karena itu, meskipun masih berada dalam lingkup atau sangat erat dengan pengadilan, tetapi masih menggunakan prosedur adjudikasi non standar, mekanisme tersebut masih merupakan ADR.

Dalam Bab I Ketentuan Umum Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, Pasal 1 butir 10, disebutkan bahwa ADR adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsolidasi, dan penilaian ahli.

Adapun keberadaan ADR terutama ditujukan untuk tercapainya efisiensi yang lebih besar, terutama untuk mengurangi biaya dan keterlambatan serta menghasilkan penyelesaian sengketa memuaskan kedua belah pihak.

Konsepsi ADR di Indonesia dalam beberapa tahun ini mendapat perhatian yang lebih dari para pelaku bisnis, pemerintah maupun akademisi. Hal tersebut disebabkan hal-hal sebagai berikut:

1. Antisipasi perdagangan bebas. Indonesia telah turut serta secara aktif, baik dalam lingkup regional dengan mendukung terwujudnya AFTA (*ASEAN Free Trade Area*) dan APEC (*Asia Pasific Economic Cooperation*), maupun dalam lingkup global dengan telah dikeluarkannya UU No.7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement of establishing World Trade Organization (WTO)*. Oleh karena itu, perlu diciptakan suatu mekanisme penyelesaian sengketa yang lebih efektif dan efisien, karena intensitas hubungan bisnis dan investasi semakin meningkat.
2. Dalam kegiatan bisnis yang ratusan jumlah transaksinya setiap hari tidak mungkin dihindari terjadi sengketa (*dispute*) antar pihak yang terlibat. Setiap jenis sengketa selalu menuntut pemecahan dan penyelesaian. Meningkatnya

jumlah dan bobot sengketa di masyarakat membuat sengketa bisnis terlambat diselesaikan. Hal ini mengakibatkan pembangunan ekonomi tidak efisien, produktif menurun, dunia bisnis akan mengalami kemandulan dan biaya produksi meningkat.

3. Perlu dicari dan dipikirkan cara dan sistem penyelesaian sengketa dengan cepat, efektif dan efisien. Era globalisasi menuntut adanya suatu sistem penyelesaian sengketa yang dapat menyelesaikan dengan laju kecepatan perekonomian an perdagangan menuju free market dan free competition. Untuk itu harus ada lembaga yang mewadainya.
4. Lembaga ADR diyakini merupakan mekanisme yang lebih cocok dalam menyelesaikan sengketa bisnis. Mengingat karekteristiknya yang dianggap lebih efektif dan efisien, informal, cepat, rahasia, dan biaya ringan jika dibandingkan penyelesaian melalui pengadilan yang terlalu formalistik, tidak efisien, berbelit-belit, lambat, mahal, rahasia kurang terjamin.

Dasar hukum positif penyelesaian sengketa alternatif sekarang ini terapat dalam UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa Alternatif yang dipertegas dalam UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Meskipun demikian, secara yuridis historis pada hakikatnya dasar hukum penyelesaian sengketa alternatif yang lebih menekankan pada aspek kekeluargaan dan perdamaian telah ada dan dapat ditemukan dalam berbagai aturan hukum di Indonesia.⁸

2. Arbitrase

a. Pengertian

Dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, keberadaan arbitrase dapat dilihat dari penjelasan Pasal 3 ayat (1) yang menyebutkan bahwa :“ketentuan ini tidak menutup kemungkinan penyelesaian perkara di luar peradilan negara melalui perdamaian atau arbitrase”. Dengan demikian, penyelesaian perkara di luar pengadilan atas dasar perdamaian atau melalui arbitrase tetap diperbolehkan, akan tetapi putusan arbiter hanya mempunyai kekuatan eksekutorial setelah memperoleh eksekuator atau perintah untuk menjalankan dari Pengadilan.

Istilah arbitrase berasal dari kata *arbitrare* (Latin), *arbitrage* (Belanda/Perancis), *arbitration* (Inggris) dan *schidspruch* (Jerman), yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan atau perdamaian melalui arbiter atau

⁸ *Ibid*, hlm 20-24.

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

wasit.⁹ Dalam beberapa literatur, dijumpai beberapa batasan arbitrase yang dikemukakan oleh para ahli hukum, diantaranya adalah:

Gary Goodpaster mengemukakan sebagai berikut :

“Arbitration is the private adjudication of disputes parties, anticipating possible disputes or experiencing an actual dispute, agree to submit their dispute to a decision maker they in some fashion select”.

Subekti menyebutkan bahwa arbitrase adalah :

“Penyelesaian atau pemutusan sengketa oleh seseorang hakim atau para hakim berdasarkan persetujuan bahwa para pihak akan tunduk pada atau menaati keputusan yang diberikan oleh hakim atau para hakim yang mereka pilih atau tunjuk tersebut”.

Black Law Dictionary dijelaskan sebagai berikut:

“Arbitration is the reference of a dispute to an impartial (third) person chosen by the parties to the dispute who agree in advance to abide by arbitrator’s award issued after hearing at which both parties have and opportunity to be heard. An arrangement for taking and abiding by the judgment of selected persons in some disputed matter, instead of carrying it to established tribunal of justice, and is intended to avoid the formalities, the delay, the expense and taxation of ordinary litigation ”.

Dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 30 Tahun 1999 disebutkan bahwa:

“ arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”.

Berdasarkan pengertian-pengertian di atas, pada dasarnya dapat disimpulkan bahwa unsur-unsur arbitrase adalah sebagai berikut:

1. Cara penyelesaian sengketa secara privat atau di luar pengadilan;
2. Atas dasar perjanjian tertulis dari para pihak;
3. Untuk mengantisipasi sengketa yang mungkin terjadi atau yang sudah terjadi;
4. Dengan melibatkan pihak ketiga (arbiter atau wasit) yang berwenang mengambil keputusan; dan
5. Sifat putusannya adalah final dan mengikat.

Adapun objek pemeriksaan arbitrase adalah memeriksa sengketa keperdataan, tetapi tidak semua sengketa keperdataan dapat diselesaikan melalui arbitrase, hanya bidang tertentu yang disebutkan dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 30 Tahun 1999 yaitu :

“Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa”.

⁹ Rachmadi Usman, 2004, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, hlm.107.

Adapula batasan (definisi) yang diberikan kepada badan arbitrase, pada saat ini masih belum ada batasan yang tepat dan tegas untuk dapat dijadikan patokan. Telah diaku bahwa membuat definisi tentang arbitrase ini tidak mudah. Yang umumnya bisa dilakukan adalah mengidentifikasinya saja, bukan mendefinisikan. Meskipun demikian, di dalam menelaah suatu hal (objek penelitian) tertentu bagaimanapun juga definisi tetap penting untuk sedikitnya, mengenal apa yang disebut dengan arbitrase komersial (internasional) ini.¹⁰

Klausula arbitrase harus memuat pernyataan apakah arbitrase akan dilakukan secara lembaga atau institusional atau *ad hoc*, disertai pernyataan aturan-aturan prosedural yang akan berlaku. Berarti ada 2 bentuk arbitrase yang dapat dipilih para pihak untuk menyelesaikan sengketa. Kedua bentuk arbitrase tersebut, yaitu arbitrase *ad hoc (volunter)* dan arbitrase institusional (*permanent*), yang sama-sama mempunyai wewenang untuk mengadili dan memutus sengketa atau perselisihan yang terjadi antara para pihak yang mengadakan perjanjian di bidang perdagangan.

b. Kelemahan dan Keunggulan

Arbitrase dianggap memiliki beberapa keunggulan dibandingkan dengan cara litigasi. Oleh karena itu, dalam praktik para pelaku bisnis dan dunia usaha ada kecenderungan untuk memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Adapun beberapa keunggulannya antara lain:

1. Dijamin kerahasiaan sengketa para pihak;
2. Dapat dihindari keterlambatan yang diakibatkan karena hal prosedural dan administratif;
3. Para pihak dapat memilih arbiter yang menurut keyakinannya mempunyai pengetahuan, pengalaman serta latar belakang yang cukup mengenai masalah yang disengketakan, jujur, dan adil;
4. Para pihak dapat menentukan pilihan hukum untuk menyelesaikan masalahnya serta proses dan tempat penyelenggaraan arbitrase;
5. Putusan arbitrase merupakan putusan yang mengikat para pihak dan dengan melalui tata cara (prosedur) sederhana saja ataupun langsung dapat dilaksanakan.

¹⁰ Huala Adolf, 2002, *Arbitrase Komersial Internasional (Edisi Revisi)*, Cetakan ke Tiga, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 10.

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

Meskipun penyelesaian melalui arbitrase diyakini memiliki keunggulan-keunggulan dibandingkan dengan jalur pengadilan, tetapi penyelesaian melalui arbitrase juga memiliki kelemahan-kelemahan. Beberapa kelemahan dari arbitrase dan ADR adalah:

1. Arbitrase belum dikenal secara luas, baik oleh masyarakat awam, maupun masyarakat bisnis, bahkan oleh masyarakat akademis sendiri.
2. Masyarakat belum menaruh kepercayaan yang memadai, sehingga enggan memasukkan perkaranya pada lembaga-lembaga arbitrase. Hal ini dapat dilihat dari sedikitnya perkara yang diajukan dan diselesaikan melalui lembaga-lembaga arbitrase yang ada.
3. Lembaga arbitrase dan ADR tidak mempunyai daya paksa atau kewenangan melakukan eksekusi putusannya.
4. Kurangnya kepatuhan para pihak terhadap hasil-hasil penyelesaian yang dicapai dalam arbitrase, sehingga mereka seringkali mengingkari dengan berbagai cara baik dengan teknik mengulur-ulur waktu, perlawanan, gugatan pembatalan, dan sebagainya.
5. Kurangnya para pihak memegang etika bisnis. Sebagai mekanisme extra judicial, arbitrase hanya dapat bertumpu di atas etika bisnis, seperti kejujuran dan kewajaran.

c. Perjanjian Arbitrase

Para pihak yang bersepakat bahwa sengketanya akan diselesaikan melalui arbitrase dapat dituangkan dalam perjanjian (Pasal 52 Konvensi Deen Haag). Perjanjian yang dibuat antara para pihak dapat dibuat sebelum sengketa tersebut timbul atau setelah sengketa timbul. Jika dibuat setelah sengketa timbul maka perjanjian arbitrase itu hanya berlaku untuk sengketa untuk sengketa bersangkutan. Perjanjian arbitrase yang dibuat sebelum sengketa timbul disebut arbitrase wajib. Perjanjian arbitrase biasanya memuat masalah yang disengketakan, syarat-syarat pegangkatan arbiter, prosedur untuk jalannya sidang, kewenangan arbiter dan kondisi khusus yang disetujui para pihak.¹¹

Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, dinyatakan yang dimaksud dengan:

¹¹Sri Setianingsih Suwardi, 2006, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, UI-Press, Jakarta, hlm. 42

“Perjanjian arbitrase itu adalah suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang timbul dari para pihak setelah timbul sengketa”.

Perjanjian arbitrase dapat dibuat sebelum dan atau sesudah timbul sengketa oleh para pihak, maka bentuk klausula arbitrase tersebut dapat dibedakan atas dua bentuk yaitu:

1. *Pactum De Compromittendo*

Pactum De Compromittendo berarti “kesepakatan setuju dengan arbiter”. Pokok yang penting dalam ketentuan pasal tersebut, antara lain kebolehan untuk membuat persetujuan di antara para pihak yang membuat persetujuan untuk menyerahkan penyelesaian perselisihan yang mungkin timbul dikemudian hari kepada arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa¹². Persetujuan yang dimaksud adalah “klausul arbitrase” (*arbitration clause*). Berdasarkan hal tersebut, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa klausul arbitrase dipersiapkan untuk mengantisipasi perselisihan yang mungkin timbul di masa yang akan datang. Mengenai cara pembuatan klausul *pactum de compromittendo*, dari segi pendekatan penafsiran dan praktik dapat dijumpai dua cara yang dibenarkan.

- a) Mencamtumkan klausul arbitrase tersebut dalam perjanjian pokok. Ini cara yang lazim diterapkan dalam praktik, yaitu perjanjian pokok menjadi satu kesatuan dengan klausul arbitrase. Persetujuan arbitrase yang berisi kesepakatan bahwa para pihak setuju akan menyelesaikan perselisihan (*dipute*) yang timbul dikemudian hari melalui forum arbitrase, dimuat dalam perjanjian pokok.
- b) *Pactum de compromittendo* dimuat dalam akta tersendiri atau terpisah dari perjanjian pokok. Apabila berupa akta yang terpisah dari perjanjian pokok, waktu pembuatan perjanjian arbitrase harus tetap berpegang pada *pactum de comromittendo* ketentuan, bahwa akta persetujuan arbitrase harus dibuat “sebelum” perselisihan atau sengketa terjadi. Hal itu harus sesuai dengan syarat formal keabsahan

¹² M. Yahya Harahap, 2003, *Arbitrase*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 65.

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

Pactum de compromittendo, harus dibuat sebelum perselisihan timbul.¹³

2. Persetujuan Sesudah Lahirnya Sengketa (Akta Kompromis)

Bila suatu sengketa lahir dari negara-negara yang bersengketa ingin menyelesaikan sengketa melalui arbitrase, maka mereka membuat suatu persetujuan yang perumusannya sesuai dengan ketentuan-ketentuan umum Hukum Perjanjian Internasional dan persetujuan tersebut dinamakan kompromi arbitrase. Kompromi arbitrase ini dapat dianggap sebagai undang-undang arbitrase.¹⁴ Kompromi ini sangat penting dan berisikan :

- a) Persetujuan negara-negara untuk memilih cara penyelesaian arbitrase dalam menyelesaikan sengketa mereka.
- b) Persolan yang disengketakan, syarat-syarat pengangkatan hakim atau hakim-hakim, wewenang mereka disamping ketentuan-ketentuan serta prosedur yang mengatur jalannya sidang.

3. Prinsip Pemisahan

Dalam kaitan dengan klausul arbitrase, hal yang sangat penting untuk diperhatikan adalah prinsip pemisahan (*separability principle*) yang merupakan doktrin otonomi dari klausul arbitrase (*the autonomy of arbitration clause*). Prinsip pemisahan menempatkan klausul arbitrase berdiri sendiri dan terpisah dari peristiwa-peristiwa lainnya. Misalnya, prinsip ini memisahkan klausul arbitrase dari perjanjian pokok di mana klausul arbitrase berada di dalamnya. Artinya, dalam hal perjanjian pokok tersebut berakhir atau batal, klausul atau pasal mengenai arbitrase tidak menjadi serta-merta batal.¹⁵

A. International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID)

Dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing telah ditentukan pola penyelesaian sengketa yang terjadi antara pemerintah Indonesia dengan investor asing yang berkaitan dengan tindakan nasionalisasi oleh pemerintah yaitu melalui arbitrase.

¹³*Ibid*, hlm. 65.

¹⁴BoerMauna, 2011, *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Alumni, Bandung, hlm. 233

¹⁵*Op.cit*, Yahya Harahap, hlm. 38.

Pasal 32 ayat (1) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal telah diatur cara penyelesaian sengketa yang timbul dalam penanaman modal antara pemerintah dengan investor asing. Dalam ketentuan itu, ditentukan dua cara dalam penyelesaian sengketa antara pemerintah Indonesia dengan investor asing adalah musyawarah mufakat dan arbitrase internasional.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional merupakan cara untuk mengakhiri perselisihan yang timbul antara pemerintah Indonesia dengan investor asing, dimana kedua belah pihak sepakat menggunakan lembaga arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia. Biasanya lembaga arbitrase yang dipilih adalah arbitrase internasional yang berkedudukan di Paris.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Persetujuan Atas Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal, telah ditentukan pola penyelesaian sengketa yang terjadi antara negara dengan warga negara asing. Di dalam undang-undang itu ditentukan bahwa ketentuan yang digunakan untuk penyelesaian sengketa antara negara dengan warga negara asing adalah *International Centre for Settlement of Investment (ICSID)*.

ICSID lahir dari *Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States* yang merupakan badan yang sengaja didirikan Bank Dunia. Lembaga ini ditetapkan tanggal 14 Oktober 1966 di Amerika Serikat. Kantor pusatnya berada di Washington, Amerika Serikat.

Tujuan dan wewenang ICSID adalah menyelesaikan persengketaan yang timbul di bidang investasi antara suatu negara dengan negara asing di antara sesama negara peserta konvensi. Ada dua pola penyelesaian sengketa yang diatur dalam ICSID, yaitu penyelesaian sengketa melalui konsiliasi dan dengan menggunakan arbitrase. Dalam hal ini penulis hanya akan membahas tentang penyelesaian sengketa dengan menggunakan arbitrase.

1. Tata Cara Pengajuan Permohonan Arbitrase

Dalam Artikel 36 ICSID telah ditentukan tata cara pengajuan permohonan penyelesaian sengketa Centre, melalui forum arbitrase (*Arbitral tribunals*). Dalam ketentuan itu, ditentukan tata cara sebagai berikut.

- a) Pengajuan permohonan disampaikan kepada Sekretaris Jendral Dewan Administratif Centre.
- b) Permohonan diajukan secara tertulis,

**Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase
(Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid**

- c) Permohonan membuat penjelasan tentang:
 - (1) Pokok-pokok perselisihan;
 - (2) Identitas para pihak; dan
 - (3) Mengenai adanya persetujuan mereka untuk mengajukan perselisihan yang timbul menurut ketentuanmu Centre.

Setelah menerima permohonan tersebut, Sekretaris Jendral mendaftarkan permohonan, kecuali dia menemukan dalam penjelasan permohonan bahwa perselisihan yang timbul nyata-nyata berada di luar yurisdiksi Centre. Dalam hal perselisihan yang diajukan berada di luar yurisdiksi Centre, Sekretaris Jendral membuat dan menyampaikan penolakan dalam bentuk “pemberitahuan” atau *notice* kepada para pihak. Dalam permohonan memenuhi syarat dan permohonan telah didaftar, maka Sekretaris Jendral menyampaikan “pemberitahuan” kepada para pihak dan salinan permohonan kepada pihak lain.

2. Pembentukan Tribunal Arbitrase

Apabila Sekjen telah menerima dan mendaftarkan permohonan perselisihan yang diajukan salah satu pihak, Centre harus sesegera mungkin membentuk Mahkamah Arbitrase (*Tribunal Arbitral*).

Menurut Artikel 37 ayat (2) ICSID telah ditentukan pembentukan Mahkamah Arbitrase yang dilakukan Centre. Mahkamah Arbitrase:

- a) Boleh hanya terdiri dari seorang arbiter (arbitrator) saja;
- b) Tetapi boleh juga arbiternya terdiri dari beberapa orang yang jumlahnya ganjil (*any unnnven number of arbitrator*).

Jika para pihak menyetujui jumlah arbiter yang ditunjuk atau mereka yang tidak dapat menerima tata cara penunjukan yang dilakukan Centre, cara lain penunjukan arbiter merujuk kepada ketentuan Artikel 37 ayat (2) huruf b ICSID, dengan acuan penerapan:

- a) Anggota harus terdiri dari tiga orang arbiter;
- b) Masing-masing menunjuk seorang arbiter; dan
- c) Anggota yang ketiga ini, langsung mutlak menjadi ketua (presiden) dari tribunal arbitrase yang bersangkutan.

Para pihak dapat menyetujui arbiter yang ditunjuk Centre. Sebaliknya dapat menolak apabila arbiter yang ditunjuk tidak mereka setujui, atau

apabila metode dan tata cara penunjukan mereka dianggap kurang sesuai. Dalam hal yang demikian, pengangkatan anggota arbiter sepenuhnya menjadi hak dan kewenangan para pihak untuk mengangkat masing-masing seorang arbiter. Sementara itu, pengangkatan atau penunjukan arbiter ketiga harus atas persetujuan bersama dari semua pihak. Dan anggota yang ketiga ini langsung akan bertindak sebagai Ketua (Presiden).

Selanjutnya menurut Artikel 38 ICSID, apabila dalam tempo 90 hari dari tanggal pemberitahuan pendaftaran permohonan tribunal arbitrase belum dibentuk, Ketua Dewan Administratif Centre (*Chairman of the Administratif Council*) berwenang menunjuk seorang atau beberapa orang arbiter. Kewenangan penunjukan arbiter yang seperti itu tidak boleh diambil dari negara peserta konvensi yang sedang berselisih. Mayoritas anggota arbitrase harus ditunjuk dari luar negara peserta Konvensi yang sedang berselisih. Hal itu ditegaskan dalam Artikel 39 Konvensi. Namun demikian, ketentuan ini dapat dikesampingkan apabila para pihak menyetujui bahwa arbiter tunggal ditunjuk dari salah satu negara para pihak atau mereka setuju mayoritas anggota arbiter dapat ditunjuk dari salah satu negara para pihak.

3. Kewenangan dan Fungsi Tribunal Arbitrase

Arbitrase Centre merupakan mahkamah yang bersifat internasional. Kewenangan dari Arbitrase Centre adalah untuk mengadili atau memutus perselisihan sesuai dengan kompetensinya (Artikel 40 ICSID). Berarti, selama apa yang disengketakan para pihak masih termasuk bidang yurisdiksi yang ditentukan Pasal 32 dan Artikel 25 ICSID. Para anggota arbiter sepenuhnya berwenang untuk memutus perselisihan.

Dalam hal ada bantahan (*objection*) dari salah satu pihak yang menyatakan apa yang diperselisihkan adalah di luar yurisdiksi Centre atau berdasar alasan lain yang memperlihatkan apa yang diperselisihkan di luar kewenangan tribunal arbitrase yang dibentuk, tribunal yang bersangkutan lebih dahulu mempertimbangkan dan memutus tentang hal tersebut dalam bentuk putusan pendahuluan (*priliminary*). Akan tetapi bisa juga hal itu dipertimbangkan dan diputus bersamaan dengan pokok persengketaan apabila tata cara yang demikian lebih bermanfaat.

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

Sehubungan dengan kewenangan dan fungsi memutus perselisihan, lebih lanjut diuraikan dalam hal-hal di bawah ini.

a) Memutus sengketa menurut hukum

Menurut Artikel 42 Konvensi, arbitrase Centre terikat pada ketentuan hukum (*rules of law*) dalam memutus perselisihan yang terjadi. Prinsip ini merupakan patokan utama yang acuan penerapannya dapat dijabarkan secara ringkas, sebagai berikut.

- (1) Centre harus memutus berdasarkan hukum yang telah disepakati para pihak dalam perjanjian.
- (2) Dalam perjanjian tidak menentukan tata hukum mana yang akan diterapkan, maka Centre menerapkan tata hukum dari negara peserta yang sedang berselisih. Dalam menerapkan tata hukum yang demikian, harus senantiasa berpedoman pada ketentuan dan asas hukum internasional.
- (3) Centre dilarang menerapkan hukum yang tidak dikenal oleh para pihak-pihak yang berselisih.
- (4) Akan tetapi Centre dapat memutus perselisihan berdasar “kepatutan” atau “*ex aequo et bono*”, jika hal itu disepakati para pihak dalam perjanjian.

b) Memanggil dan melakukan pemeriksaan setempat

Dalam Artikel 43 ICSID telah ditentukan kewenangan Tribunal. Kewenangan itu meliputi:

- (1) Memanggil atau meminta pihak-pihak untuk menyerahkan dokumen atau alat bukti yang dianggap penting,
- (2) Melakukan pemeriksaan setempat atau memeriksa langsung barang, serta mengajukan pertanyaan-pertanyaan yang dianggap patut dan bermanfaat dalam penyelesaian perselisihan.

Kewenangan itu akan gugur jika hal para pihak menentukan lain dalam perjanjian.

c) Putusan Provisi

Dalam Artikel 47 ICSID telah ditentukan kewenangan dari Centre. Kewenangan itu adalah menjatuhkan:

- (1) Putusan pendahuluan; atau

- (2) Putusan provisi; maupun
- (3) Tindakan sementara.

Penjatuhan putusan itu didasarkan pada pertimbangan untuk melindungi dan menghormati hak dan kepentingan salah satu pihak. Dalam tindakan atau putusan sementara, dapat dimasukkan penyitaan barang-barang yang disengketakan, agar gugatannya tidak mengalami *illusoir* di kemudian hari. Bisa juga pelarangan penjualan atau pemindahan barang, asalkan itu merupakan objek-objek yang langsung terlibat dalam persetujuan.

4. Putusan Arbitrase Centre

Tujuan utama arbitrase Centre ialah memutus perselisihan yang timbul apabila perselisihan itu telah diajukan kepadanya. Dalam Artikel 48 ICSID telah ditentukan tata cara pengambilan putusan. Tata cara pengambilan keputusan oleh Arbitrase Centre, disajikan berikut ini.

- a) Putusan diambil berdasar suara mayoritas anggota arbiter.
- b) Putusan arbiter yang sah ialah:
 - (1) Dituangkan dalam putusan secara tertulis; dan
 - (2) Ditandatangani oleh anggota arbiter yang menyetujui putusan.
- c) Putusan memuat segala segi permasalahan serta alasan-alasan yang meyangkut dasar pertimbangan putusan.
- d) Setiap anggota arbiter dibenarkan mencantumkan pendapat pribadi (*individual opinion*) dalam putusan, meskipun pendapat tersebut berbeda dan menyimpang dari pendapat mayoritas anggota arbiter.
- e) Centre tidak boleh membulikasi putusan, tanpa persetujuan para pihak.

Selanjutnya, Sekjend harus segera megirimkan salinan putusan kepada para pihak. Putusan dianggap memiliki daya mengikat atau binding terhitung dari tanggal pengiriman salinan. Selama dalam jangka waktu 45 hari dari tanggal dimaksud, para pihak dapat mengajukan pertanyaan yang berkenaan dengan kesalahan pengetikan, perhitungan atau kekeliruan lain yang sejenis. Walaupun putusan itu telah diputuskan telah diputuskan oleh Centre, namun para pihak atau salah satu pihak diperkenankan melakukan intrepretasi putusan, revisi putusan, dan pembatalan putusan.

Proses Penyelesaian Sengketa Rafat Ali Rizvi v Republik Indonesia

1. Posisi Kasus

Pada tanggal 5 April 2011 telah terjadi gugatan terhadap Republik Indonesia (RI) di ICSID/Centre yang diajukan oleh Rafat Ali Rizvi sebagai investor asing yang berkewarganegaraan Inggris. Pada tanggal 6 April 2011 Centre berdasarkan Pasal 4 dan Pasal 5 Institution Rules mengirimkan salinan gugatan tersebut pada Indonesia sebagai negara penerima investor/ *host state*. Sengketa yang diajukan oleh Rafat didasarkan pada pelanggaran *Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of Republic of Indonesia for The Promotion and Protection Investment (BIT)*.

Rafat telah melakukan investasi di perusahaan Bahamas yang bernama Chinkara Capital Limited (Chinkara) yang berkedudukan di Indonesia. perusahaan ini akhirnya berganti nama menjadi Gulf Asia Holdings Limited (**FGAH**) bersama-sama dengan MR Hesham al-Warraaq dan Rafat berstatus **co-owner dari Chinkara**. Selanjutnya Rafat melakukan pengalihan kepemilikan. Pada awal tahun 2000 Chinkara mulai menanamkan sahamnya pada tiga bank yaitu PT Bank Pikko, Tbk (**Pikko**) yaitu dengan pembagian saham 65%, PT Danpac, Tbk (**Danpac**) yaitu dengan pembagian saham 55% dan PT Bank CIC, Tbk (**CIC**) yaitu dengan pembagian saham 19.8%. pembagian saham tersebut dilakukan sebelum diadakan merger antar bank-bank tersebut. Akhirnya pada akhir tahun 2004 ketiga bank tersebut melakukan merger dan membentuk PT Bank Century, Tbk (**Bank Century**).

Penggugat mengajukan gugatannya karena ia merasa dirugikan oleh kebijakan pemerintah Indonesia yang mengucurkan *bail out* (dana talangan) Bank Century sebesar Rp 6.700.000.000,00 (enam koma tujuh triliun rupiah). Kebijakan ini mengakibatkan kerugian bagi penggugat sebagai penanam saham. Selain itu, menurut Rafat investasi yang dilakukannya tersebut merupakan jenis investasi yang dilindungi oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU PMA). Akan tetapi pernyataan berlawanan datang dari pemerintah Indonesia bahwa investasi yang dilakukan oleh Rafat bukan merupakan jenis investasi yang dijamin dalam UU PMA.

Berdasarkan Pasal 36 ayat (3) Konvensi Washington dan berdasarkan Pasal 6 ayat (1) huruf (a) dan Pasal 7 huruf (a) Centre sengketa yang diajukan telah

didaftarkan oleh Sekretaris Jendral dengan nomor register No. ARB/11/13.¹⁶ Selanjutnya sekjen mengundang para pihak untuk menentukan para arbiter dalam sengketa tersebut.

Pada tanggal 7 Juni 2011 Indonesia menyatakan bahwa Tribunal akan dijalankan dengan menggunakan 3 arbitrator berdasarkan Pasal 37 (2) (b) Konvensi Washington. Dengan setiap pihak menunjuk satu arbiter dan terdapat Ketua arbiter yang ditunjuk oleh kedua belah pihak berdasarkan perjanjian. Pada tanggal 2 Agustus 2011 Rafat sebagai Penggugat menunjuk Hakim Joan Donoghue (AS) dan menyarankan ditunjuk sebagai Ketua. Kemudian pada tanggal 3 Agustus 2011 Indonesia sebagai Tergugat menunjuk Professor Muthucumaraswamy Sornarajah (AUS). Selanjutnya pada tanggal 20 September 2011 Tergugat menginformasikan Centre bahwa para pihak telah sepakat (Penggugat menyatakan persetujuannya sehari sesudahnya) menunjuk Dr. Gavan Griffith (AUS) sebagai Ketua Tribunal.

Berdasarkan Pasal 6 ICSID pengadilan harus mempertimbangkan penunjukkan tersebut terlebih dahulu dan akhirnya memutuskan sidang arbitrase tersebut akan diadakan dengan komposisi arbiternya adalah (i) hakim, (ii) Proff, (iii) Dr. Centre juga menginformasikan bahwa Ms Anneliese Fleckenstein dari ICSID akan bertindak sebagai sekretaris pengadilan. Tanggal 18 Oktober 2011 berdasarkan Pasal 41 ayat (5) ICSID Tergugat memohonkan agar seluruh biaya pengadilan ditanggung oleh Penggugat.

Akhirnya pada tanggal 25 Oktober 2011 berdasarkan Pasal 13 ayat (1) ICSID mengadakan sidang pertama tanpa kehadiran para pihak. pada sidang-sidang yang diadakan selanjutnya para pihak saling beradu argumen. Dalam proses persidangan tersebut Tergugat menyatakan bahwa ICSID tidak berwenang mengadili sengketa para pihak tersebut.

2. Proses Penyelesaian Sengketa

ICSID sebagai lembaga arbitrase mempunyai yurisdiksi dalam mengadili. Yuridiksi disini menunjuk pada batas-batas berlakunya Konvensi Washington, Konvensi yang mendirikan arbitrase ICSID, agar badan ini dapat berfungsi. Dengan kata lain, yurisdiksi ini menunjuk kepada batas-batas wewenang badan arbitrase ICSID di dalam penyelesaian sengketa yang diserahkan padanya. Dalam

¹⁶ Rafat Ali Rizvi v Republic of Indonesia (ICSID Case No.ARB/11/13).

Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase (Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid

sejarah perkembangannya, semula yurisdiksi suatu badan arbitrase ini ditentukan oleh pengadilan nasional. Namun, seiring dengan perkembangan jaman maka negara-negara memberi kekuatan yang lebih besar kepada kekuatan berlakunya perjanjian-perjanjian arbitrase di dalamnya, antara lain memberikan kewenangan yang lebih besar kepada badan arbitrase. Ketentuan ini dapat dilihat pada Pasal 41 ayat (1) Konvensi ICSID bahwa “*the Tribunal shall be the judge of its own competence*”. Artinya hakim dapat menetapkan apakah persyaratan-persyaratan suatu sengketa yang diserahkan kepadanya itu telah memenuhi persyaratan Konvensi dan apakah sengketa yang diserahkan itu berada di dalam kewenangannya.¹⁷

Tentang ketentuan yang mengatur yurisdiksi badan arbitrase ICSID ayat diatur di dalam Pasal 25 Konvensi Washington. Menurut pasal ini sedikitnya ada tiga persyaratan pokok yang harus dipenuhi oleh para pihak untuk dapat menggunakan sarana arbitrase badan ini di dalam menyelesaikan sengketa yang diberikan kepadanya. Adapun tiga persyaratan pokok tersebut adalah kata sepakat, *ratione materiae*, dan *ratione personae*.¹⁸

Pertama harus ada kata sepakat dari para pihak untuk menyerahkan sengketa kepada badan arbitrase ICSID. Disamping kata sepakat dari kedua belah pihak, yang salah satu pihak khususnya negara peserta Konvensi, berdasarkan Pasal 25 dapat memberitahukan kepada badan arbitrase ICSID sebelumnya tentang kewenangan badan ini terhadap kasus yang dihadapi negara tersebut. Kedua, Jurisdiksi *ratione materiae*. Yang menjadi yurisdiksi badan arbitrase ICSID adalah terbatas pada sengketa-sengketa hukum saja sebagai akibat adanya penanaman modal. Istilah sengketa hukum ini dibedakan untuk memisahkan sengketa yang murni ekonomis atau politis sifatnya. Ketiga, yurisdiksi *ratione personae*, maksudnya adalah bahwa badan arbitrase ICSID hanya memiliki wewenang mengadili terhadap sengketa-sengketa antara negara dengan warga negara asing lainnya yang negaranya juga adalah anggota/peserta Konvensi Washington.¹⁹

Dalam sengketa ini dasar hukum yang digunakan pemohon dalam gugatannya adalah perjanjian BIT antara Inggris – Indonesia tahun 1997 (*the 1997*

¹⁷ *Op.Cit*, Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, hlm. 84.

¹⁸ *Ibid*, hlm. 86.

¹⁹ *Ibid*, hlm. 90.

Agreement between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investment, selanjutnya disebut perjanjian BIT).

Isu yang terangkat dalam persidangan adalah;

- a. pertama, menurut tergugat, penanaman modal yang dilakukan oleh Rafat Ali bukan termasuk dalam pengertian penanaman modal sebagaimana yang dimaksud oleh UU Penanaman Modal Indonesia dan karena itu penanaman modal tersebut tidak dapat dilindungi hukum Indonesia dan tidak berhak untuk menuntut di hadapan badan arbitrase ICSID;
- b. kedua, penanaman modal yang dilakukan penggugat tidak mendapatkan persetujuan dari BKPM (Badan Koordinasi Penanaman Modal) dan karena itu penanaman modal yang dilakukn Rafat Ali tidak mendapatkan perlindungan hukum berdasarkan Perjanjian BIT. Perlindungan hukum yang dimaksud yaitu hak untuk mengajukan gugatan ke badan arbitrase ICSID dan berhak mendapatkan perlindungan menurut hukum Indonesia.

Pada tanggal 30 Agustus 2012, pemerintah mengajukan keberatan atas kewenangan badan arbitrase ICID untuk menangani dan memutus sengketa ini. Pada tanggal 16 Juni 2013, badan arbitrase ICSID mengeluarkan putusan yang berisi dikabulkannya permohonan tergugat.

3. Analisis Putusan

Pada putusan sengketa para pihak ini salah satu arbiter yaitu Prof. Sornajanah memberikan "*Separate Concurring Opinion*", yaitu suatu pendapat berbeda dengan anggota majelis lainnya. Perbedaan yang dimaksud Prof. Sornarajah setuju dengan putusan, tetapi beliau memiliki pertimbangan hukum yang berbeda.

Pendapat berbeda beliau terkait dengan tiga hal berikut:

- a. Apakah BI telah mengabulkan penanaman modal penggugat sehingga penanaman modal tersebut memenuhi persyaratan Article 2 (1) Perjanjian BIT. Terhadap masalah ini, Prof Sornajanah mengemukakan bahwa BI tidak memiliki prosedur khusus untuk memberi persetujuan atau mengabulkan penanaman modal. Dengan tidak adanya prosedur ini, persyaratan Article 2 (1) tidak terkait. Kesimpulan pendapat beliau adalah sebagai berikut:

**Tinjauan yuridis Penyelesaian Sengketa Internasional Dengan Menggunakan Metode Arbitrase
(Studi Kasus Rafat Ali V Republik Indonesia) Di Icsid**

“...the Bank Indonesia did not adopt any procedure in connection with the activities of the Claimant or Chinkara that could amount to admission in such a manner as to satisfy the requirement in Article 2 (1) of the Treaty. In terms of the law, it has not been adequately established that there could be admission of shareholders of banks for purpose of investment protection by Bank Indonesia. consequently, the Claimant's investment was not admitted in accordance with the FCIL as required by Article 2 (1). As a result, the Treaty does not protect his investment. The result that is arrived at is the same as in the Award”.

- b. Apakah penanaman modal yang dilakukan Penggugat melalui perusahaan Chinkara adalah penanaman modal tidak langsung dan apakah penanaman modal tidak langsung dapat diberikan perlindungan sesuai dengan article 2 (1) Perjanjian BIT. Terhadap masalah ini, Prof. Sornarajah berpendapat bahwa investasi yang dilakukan penggugat melalui perusahaan Chinkara adalah penanaman tidak langsung. Karena itu, ia tidak berhak untuk mendapatkan perlindungan berdasarkan perjanjian BIT.
- c. Apakah ketentuan MFN (*Most Favoured Nations*) dalam perjanjian BIT memberi hak kepada penggugat untuk memperoleh atau mendapatkan prosedur penanaman modal yang lebih longgar. Untuk masalah ini tidaklah terlalu relevan untuk dijadikan pertimbangan hukum oleh majelis.

Terhadap putusan yang mengabulkan permohonan tergugat, Rafat Ali mengajukan permohonan pembatalan putusan. Sekretaris ICSID telah membentuk suatu *ad hoc committee* sesuai dengan Pasal 52 ayat (3) Konvensi ICSID. Ad hoc Committee terdiri atas Andres Reigo (arga Spanyol) sebagai ketua, Teresa Cheng (Cina) dan Christoph H. Schreuer (Austria) sebagai anggota²⁰.

²⁰ Huala Adolf, “Sengketa Penanaman Modal antara Investor Melawan Pemerintah Indonesia di Arbitrase ICSID”, *Padjajaran Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 1, No 3, 2014, Hlm. 443.

KESIMPULAN

Berdasarkan putusan dari ICSID maka penyelesaian sengketa kasus investasi tersebut dapat disimpulkan dalam dua hal yaitu:

Putusan arbitrase ICSID memberi catatan penting mengenai praktik hukum arbitrase di Indonesia. pertama, putusan ini menegaskan kembali bahwa penanaman modal yang mendapat perlindungan hukum di Indonesia adalah penanaman modal yang secara langsung dilakukan dalam menjalankan kegiatan usaha penanaman modal. Penanaman modal tidak termasuk penanaman modal yang dilakukan secara tidak langsung atau *portfolio investment*.

Kedua, sengketa ini juga menegaskan bahwa penanaman modal yang berhak mendapat perlindungan hukum di Indonesia, bukan saja *portfolio*, tetapi juga harus mendapatkan satu persyaratan penting lainnya. Persyaratan izin atau persetujuan dari BKPM (Badan Koordinasi Penanaman Modal) merupakan syarat mutlak agar suatu penanaman modal mendapat perlindungan hukum.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Adolf, Huala, 1994, Hukum Arbitrase Komersial Internasional, PT RajaGrafindo Perasada, Jakarta.
- , 2004, Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional, Sinar Grafika, Jakarta.
- August Ray, 1994-2004, International Business Law, Fifth Edition, Prentice Hall, Pearson.
- Batubara, Suleman dan Orinton Purba, 2013, Arbitrase Internasional Penyelesaian sengketa Investasi Asing (Melalui ICSID, UNICITRAL, dan SIAC), Penerbit Raih Asa Sukses.
- HS Salim dan Budi Sutrisno, 2008, Hukum Investasi di Indonesia, Rajawali Pers PT Grafindo Persada, Jakarta.
- Mauna, Boer, 2011, Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global, Alumni, Bandung.
- Peter Jan Kuyper, 1978, The Implementation of International Sanction, Alphen aan den Rijn, Sijthoff International Publisher.
- R. Subekti, 1981, Arbitrase Perdagangan, Angkasa Offset, Bandung.
- Rachmad Usmani, 2004, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Citra Aditya Bakti, Jakarta.
- Sulistiyono, Adi, 2006, "Budaya Musyawarah Untuk Penyelesaian Sengketa Win-win Solution Dalam Perspektif Hukum", jurnal Hukum Bisnis vol. 25.
- Sumartono Gatot, 2006, Arbitrase dan Mediasi di Indonesia, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Sutiyoso Bambang, 2008, *Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Gama Media, Yogyakarta.
- Suwardi, Sri Setianingsih, 2006, Penyelesaian Sengketa Internasional, UI-Press, Jakarta.
- Winarta, Frans Hendra, 2012, Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase nasional Indonesia dan Internasional, Sinar Grafika, Jakarta.

B. Jurnal

Huala Adolf, “Sengketa Penanaman Modal antara Investor Melawan Pemerintah Indonesia di Arbitrase ICSID”, *Padjajaran Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 1, No 3, 2014

C. Undang-Undang dan Konvensi

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing

D. Internet

Pirhot Nababan, Tinjauan Umum Penyelesaian Sengketa Internasional Secara Diplomatik, <http://pirhot-nababan.blogspot.com/2007/07/tinjauan-umum-penyelesaian-sengketa.html>, **diakses** tanggal 10 juni 2018