BAB II

INVESTASI DALAM PERSPEKTIF PEMBANGUNAN EKONOMI, GLOBALISASI, DAN PENGATURAN HUKUM NASIONAL

A. Hukum, Ekonomi dan Investasi

1. Implementasi Konsep Negara Hukum Dan Negara Kesejahteraan

Membicarakan konsep negara hukum dan negara kesejahteraan dalam sistem hukum Indonesia adalah penting, karena sistem hukum yang ada diwarnai oleh berbagai sistem hukum, yaitu sistem hukum Eropa Kontinental, Anglo Saxon, hukum adat, dan hukum Islam. Pentingnya mendiskusikan atau membahas sistem-sistem hukum tersebut, dikarenakan karakteristik hukum yang lahir dari sistem hukum yang ada akan memberikan cara yang berbeda pula dalam pemberian perlindungan dan kepastian hukum oleh sistem hukum tersebut. Sebagai contoh dalam sistem hukum anglo saxon struktur peradilanannya adalah satu. Di Singapura sebagai suatu sistem Anglo Saxon misalnya terdapat apa yang dinamakan Supreme court. Supreme court ini terdiri dari Chief Justice, Judge Of Appeal, Judges of the High court, judicial Commissioners. Selain itu terdapat Subordinate Courts yang merupakan kamar-kamar hakim dalam menyelesaikan sengketa hukum.⁷⁰

Dalam sistem hukum kontinental, seperti halnya Indonesia untuk memberikan perlindungan hukum dilakukan oleh struktur peradilan yang

⁷⁰ Benny S. Tabalujan dan Valerie Du Toit-Low, *Singapore Business Law*, Business Law Asia, Singapore, 2003, hlm. 37-38.

berbeda-beda, yaitu terdapat peradilan tata usaha Negara, peradilan umum, agama dan militer.⁷¹

Sebagaimana diketahui, dalam membicarakan negara hukum, secara umum ibarat dunia ini terbagi dua kutub, yaitu kutub Anglo Saxon dan Eropa Kontinental. Dalam kaitan ini Hans Kelsen, mengatakan: ⁷²

“The two great legal systems of the world, the civilian and the common law, have for some years been moving toward what may become, in various fields of law, a common ground. The civilian system has come more and more to recognize actually, if not avowedly, the importance of case-law, whereas the common law system has been exhibiting an increasing reliance on legislation and even on codes. In a number of fields, e.g., commercial law, wills, and criminal law, there is such an agreement of substantive principles as to make uniformity a very practical objective.

Dari kalimat tersebut tersimpul bahwa di dunia ini terdapat dua sistem hukum yang berlaku dibelahan dunia ini, yaitu sistem civil law sistem dan common law sistem. Civil law sistem suatu hukum yang menitikberatkan pada undang-undang, seperti Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Hukum Pidana, sedangkan common law pada kasus-kasus hukum, sehingga putusan pengadilan menjadi sangat penting bagi penerapan hukum pada sistem hukum ini.

Dalam kepustakaan Indonesia Negara hukum ini sering dikaitkan dengan istilah *Rechtsstaat*. Pada suatu sistem hukum tertentu kita juga mengenal istilah *The Rule of Law*. Dalam berbagai kepustakaan Indonesia dikemukakan bahwa konsep *Rechtsstaat* bertumpu pada sistem hukum

⁷¹ Macam-macam lembaga peradilan ini dapat dilihat dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁷² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1973, hlm. IX.

kontinental yang sering disebut civil law atau modern Roman Law, sedangkan konsep *The Rule of Law* bertumpu pada sistem hukum Anglo Saxon atau Common Law Sistem.⁷³ Dilihat dari kelahirannya kedua sistem hukum tersebut memiliki cara yang berbeda. Civil Law system lahir dari suatu proses yang revolusioner, karena lahirnya merupakan suatu perjuangan atas penentangan pada sistem absolutisme. *The Rule of Law* lahir dari suatu proses evolusioner, karena sistem ini lahir atas dasar pelimpahan kebiasaan raja yang memutus terhadap suatu perkara, kemudian diserahkan kepada hakim. Karena proses kelahirannya itulah, maka karakteristik yang dilahirkan juga berlainan. Lahirnya konsep rechtsstaat yang revolusioner, pada intinya merupakan perwujudan dari meniadakan absolutisme dari pemerintah, maka hukum yang lahir lebih ditekankan bagaimana setiap tindakan pemerintah itu yang berimplikasi merugikan rakyat, rakyat dapat dilindungi, jadi lebih bersifat administratif. Pada sistem hukum The Rule Of Law, karena lahirnya merupakan pelimpahan kewenangan raja kepada hakim, maka hukum yang lahir lebih bersifat judicial. Artinya hukum disini banyak lahir dari apa yang diputuskan oleh hakim.

Daniel S. Lev⁷⁴ mengemukakan terdapat 3 (tiga) sumber penopang ideologi negara hukum yang saling berkait, yaitu (1) kemajemukan etnis dan

⁷³ Lihat antara lain dalam buku Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Di Indonesia*, hlm. 71-98, Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum*, hlm. 17 dan hlm. 194-214.

⁷⁴ Daniel S. lev, *Hukum dan Politik Di Indonesia; Kesenambungan dan Perubahan*, LP3ES, Jakarta, hlm. 385. Dalam uraian yang sama Dniel S. Lev mengemukakan tentang ideologi hukum Indonesia dengan 3 istilah yaitu rechtsstaat, rule of law, dan negara hukum atau “negara yang berdasar hukum. Makna istilah itu berbeda-beda terutama istilah rechstaat dan rule of law.

agama; (2) struktur klas yang berubah, dan (3) masalah keabsahan politis. Terdapatnya berbagai etnis dan agama memberikan arti yang beragam tentang negara dan masyarakat. Beragamnya etnis dan agama yang ada di Indonesia, memberikan warna bagi daya mengikatnya hukum yang satu sama lain tidak memiliki kekuatan yang sama kuatnya. Dalam negara hukum yang dilihat adalah adanya perlindungan dan jaminan normatif atas hak untuk berpartisipasi di bidang politik dan ekonomi. Struktur klas memberikan dorongan terhadap negara hukum pada suatu konsep kesederajatan dan legalitas. Masalah keabsahan politis ditekankan pada partisipasi politik yang lebih luas, pemerintahan yang jujur, pengangkatan berdasar kecakapan, distribusi ekonomi yang lebih merata, dan pengawasan yang lebih efektif terhadap lembaga-lembaga birokrasi.⁷⁵ Masalah keabsahan politis di Indonesia sejalan dengan perkembangan sejarah, pernah mengenal demokrasi terpimpin, sistem pemerintahan sentralistis, dan sekarang dengan lahirnya UU No. 22 Tahun 1999 jo. UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, maka sistem pemerintahan yang ada sekarang mengenal desentralisasi.

Dari uraian tentang konsep negara hukum di Indonesia menurut Daniel S. Lev tersebut, dapat dikemukakan apa yang menjadi ciri dari negara hukum Indonesia, yaitu:

1. Adanya perlindungan dan jaminan normatif;
2. Kesederajatan dan legalitas;

⁷⁵ Daniel S. Lev, *Ibid*, hlm. 389.

3. Partisipasi dalam politik;
4. Pemerintahan yang jujur, kecakapan;
5. Adanya distribusi ekonomi yang merata;
6. pengawasan terhadap tindak tanduk administrasi/birokrasi.

Konsep negara hukum sangat penting dalam kaitan memberikan perlindungan bagi masyarakat. Pentingnya ibarat hukum yang mengatur manusia, yaitu secara pokok untuk menciptakan ketertiban. Untuk adanya suasana tertib harus ada perlindungan terhadap individu maupun badan dalam melaksanakan aktivitasnya. Dalam melaksanakan aktivitasnya, sebagai subyek hukum harus melaksanakan apa yang menjadi hak dan kewajiban. Hak mengandung empat unsur, yaitu subyek hukum, obyek hukum, hubungan hukum yang mengikat pihak lain dengan kewajiban, dan perlindungan hukum.⁷⁶ Antara hak dan kewajiban saling berkorelasi,⁷⁷ maksudnya bahwa dalam setiap hubungan hukum selalu tampil dua sisi, yaitu hak dan pada sisi lain kewajiban. Suatu hak mencakup sejumlah hubungan dan suatu dasar yang mendasari hubungan-hubungan tersebut.⁷⁸ Namun demikian dalam hukum terdapat juga perbuatan yang mencerminkan antara hak dan kewajiban tidak berkorelasi, misalnya menolong korban

⁷⁶ Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Liberty Jogjakarta, hlm. 48. Lihat pula Paton, *Texbook of jurisprudence*, hlm. 218. W. Poespoprodjo, mengemukakan empat komponen suatu hak, yaitu pribadinya yang memiliki hak, mereka yang wajib menghormati atau memenuhi hak, hak atas sesuatu yang dimiliki seseorang, penyebab si subyek ini memiliki hak.

⁷⁷ Lihat W. Poespoprodjo, *Filsafat Moral; Kesusilaan dalam Teori dan Praktek*, Pustaka Grafika, Bandung, 1999, hlm. 258, mengemukakan hak adalah korelatif kewajiban. Tidak ada kewajiban untuk mentaati hukum moral, apabila bersamaan dengan itu tidak diberi atau direnggut dari kita alat-alat, jalan, atau sarana yang diperlukan untuk tujuan tersebut.

⁷⁸ W. Poespoprodjo, *Filsafat Moral; Kesusilaan dalam Teori dan Praktek*, Ibid., hlm. 259.

bencana, maka yang muncul disini kewajiban yang tidak berkorelasi dengan hak untuk memperoleh jasa.

Salah satu wujud dari cita hukum yang klasik adalah terciptanya keadilan. Uraian tentang keadilan yang sangat komprehensif adalah yang diuraikan John Rawls. Dalam teori John Rawls dikemukakan terdapat tiga hal utama yang merupakan solusi terhadap problem keadilan, yaitu:

- a. Prinsip kebebasan sebesar-besarnya yang sama bagi setiap orang (*principle of Greatest Equal Liberty*). Prinsip ini mencakup kebebasan untuk berperan serta dalam kehidupan politik, kebebasan berbicara, kebebasan berkeyakinan, kebebasan menjadi diri sendiri, kebebasan dari penahanan dan penangkapan sewenang-wenang, dan hak untuk mempertahankan milik pribadi;
- b. Prinsip perbedaan (*The difference principle*), yaitu perbedaan sosial dan ekonomi harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang diuntungkan;
- c. Prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (*The Principle of Fair Equality of Opportunity*), yaitu ketidaksamaan sosial ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga membuka jabatan dan kedudukan sosial bagi semua orang di bawah kondisi persamaan kesempatan.⁷⁹

Prinsip keadilan dalam negara Indonesia dijadikan prinsip dalam pembangunan nasional. Pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 25 Tahun 2004

⁷⁹ John Rawls, *A Theory of Justice*, terpetik dalam H. Anton Djawamaku, *Cita-cita Hukum dan Langkah Strategis Pembangunan Hukum*, Majalah Analisis CSIS, Terbitan Tahun XXII, No. 1 Januari-Februari 1993, hlm. 22.

tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional, mengatakan :
“Pembangunan Nasional diselenggarakan berdasarkan demokrasi dengan prinsip-prinsip kebersamaan, berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, serta kemandirian dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan Nasional”.

Sendi keadilan umum dan kesejahteraan merupakan sendi bagi penegakan hukum.⁸⁰ Paham keadilan sosial merupakan perpaduan antara ajaran demokrasi materil dan Negara hukum dalam arti materil atau kesejahteraan. Demokrasi dalam arti materil merupakan perwujudan adanya persamaan dalam kehidupan ekonomi dan sosial.⁸¹ Ajaran Negara hukum materil wujudnya adalah dikehendakinya kesejahteraan rakyat. Oleh karenanya Negara untuk menciptakan kesejahteraan atau kemakmuran rakyatnya, maka banyak turut serta dalam kehidupan masyarakatnya.

Terdapat beberapa pandangan mengenai negara kesejahteraan, secara garis besarnya dapat dikelompokkan ke dalam 3 pandangan, yaitu:

1. Pandangan pertama menyatakan bahwa negara kesejahteraan merupakan fase sejarah, yaitu merupakan fase bentuk sosialisme demokratis yang merubah dari sistem kapitalis kearah sosialisme.

⁸⁰ Bagir Manan Dalam buku yang berjudul *Teori dan Politik Konstitusi*, menguraikan tentang sendi-sendi penegakan hukum yang berkeadilan. Menurut Bagir Manan ada 4 sendi penegakan hukum yang berkeadilan, yaitu 1) Sendi Negara berdasarkan konstitusi; 2) Sendi Kerakyatan atau demokrasi; 3) Sendi Keadilan Umum dan Kesejahteraan; 4) Sendi Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan asas-asas Pemerintahan yang baik.

⁸¹ W.A. Bonger, terpetik dalam Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, FH UII Press, Yogyakarta, 2004, hlm. 244-245.

2. Kedua pandangan yang dikemukakan marxis merupakan perbaikan dari eksis yang lebih buruk dari kapitalisme;
3. Pandangan yang ketiga melihat negara kesejahteraan merupakan pembentukan sosial yang berbeda dengan prinsip neo-merkantilisme. Bagi paham ini negara kesejahteraan merupakan penyesuaian historis antara kapitalisme dan sosialisme.⁸²

Negara kesejahteraan dilihat dari tipenya dapat dibedakan ke dalam negara kesejahteraan yang terdiferensiasi dan negara kesejahteraan yang terintegrasi. Negara kesejahteraan yang terdiferensiasi adalah negara kesejahteraan yang didominasi oleh sistem ekonomi pasar bebas dan mempunyai sistem politik yang pluralistis, masing-masing kelompok politik berjuang untuk mempengaruhi pengambilan keputusan. Negara kesejahteraan yang terintegrasi adalah negara kesejahteraan yang didominasi oleh sistem antara ekonomi dan politik yang bekerjasama. Pemerintah bekerjasama dengan pelaku bisnis dan pekerja dalam mengatur ekonomi dan mengintegrasikan kesejahteraan sosial ke dalam kebijakan ekonomi dan sosial yang menyeluruh.

Dari uraian tentang konsep negara kesejahteraan, ada kewajiban negara untuk memberikan standar pelayanan minimum, begitu juga tentang kesejahteraan minimum. Apabila ada anggota masyarakat tidak memenuhi standar minimum, maka negara wajib memberikan selisih untuk bisa memenuhi kebutuhan minimum.

⁸² Howe, terpetik dalam Irawan Suhartono, Negara kesejahteraan..., Loc. Cit, hlm. 4

Sebagaimana uraian sebelumnya Indonesia adalah negara hukum. Melihat pada perkembangan konsep negara hukum, dapat dibagi ke dalam pengertian negara hukum dalam arti sempit (formil), disini negara hanya bertindak seagai penjaga malam, sebagaimana dikemukakan oleh Immanuel Kant dan Fiecher. Sebagai negara penjaga malam, negara akan bertindak apabila ada gangguan terhadap keamanan atau ketertiban. Berikutnya terdapat pengertian negara hukum dalam arti luas (materil) atau juga disebut negara hukum Modern. Dalam pengertian ini negara tidak saja sebagai penjaga malam, tetapi ikut aktif dalam setiap urusan kemasyarakatan untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Pengertian bahwa negara ikut serta dalam setiap lapangan kehidupan masyarakat, seringkali juga disebut negara kesejahteraan atau disebut “Welfare State”.

Indonesia termasuk negara kesejahteraan kalau melihat apa yang tertuang dalam Pembukaan dan Batang Tubuh UUD 1945. Alinea keempat Pembukaan UUD 1945 mengatakan:

“Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-undang Dasar Negara Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia“.

Kemudian dalam batang tubuh sebagaimana dapat dilihat dalam Pasal 33 dan Pasal 34 UUD 1945. Dalam Pasal 34 ayat (2) dikatakan: “Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan”. Lebih lanjut dalam Pasal 34 ayat (3) dikatakan: “Negara bertanggungjawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak”. Mengenai kehidupan minimum dalam Pasal 34 ayat (1) dinyatakan Fakir Miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara.

Implementasi dari pengakuan atas pelaksanaan negara yang menjamin kesejahteraan rakyat maka harus ada penentuan batas standar hidup minimum, pelayanan minimum untuk dikatakan sebagai suatu negara hukum. Dalam implementasinya, masih banyak yang perlu dibenahi, seperti masalah jaminan pendidikan, pengurusan anak terlantar, dan lain sebagainya. Oleh karena itu untuk mendorong terciptanya konsep negara kesejahteraan tersebut, harus dipacu dengan tingkat pertumbuhan ekonomi yang tinggi.

Dampak dari negara kesejahteraan, negara turut serta dalam setiap kehidupan masyarakat, tidak saja membuat aturan tetapi turut langsung dalam berbagai kegiatan termasuk usaha, dan juga melakukan pengawasan, dan pemberian sanksinya. Dalam perkembangannya konsep yang demikian menemui paradigma baru, yaitu negara tidak lagi bersifat menangani semua pekerjaan yang ada di masyarakat, negara terbatas hanya untuk

mengendalikan atau mengatur saja.⁸³ Banyak contoh kasus, bahwa dalam pelaksanaan pemerintahan sekarang negara melakukan privatisasi pada sektor publik. Hal ini menurut hemat penulis merupakan metode semata, prinsipnya tetap melaksanakan negara hukum kesejahteraan.

Apabila kita memperhatikan perkembangan konsep negara hukum, maka setidaknya terdapat perkembangan pemikiran tentang negara hukum, yaitu:

1. Dalam konsep negara hukum klasik, negara hanya bertindak apabila ada gangguan atas keamanan dan ketertiban. Negara tidak ikut serta dalam lapangan ekonomi;⁸⁴
2. Dalam konsep negara hukum modern (negara kesejahteraan), negara turut serta dalam lapangan kehidupan masyarakat untuk mensejahterakan masyarakat, negara ikut serta dalam lapangan ekonomi;⁸⁵
3. Babak baru konsep negara hukum kesejahteraan, yaitu negara hanya bersifat mengatur dan mengawasi, partisipasi masyarakat lebih diutamakan.

Dalam perkembangan filsafat postmodernisme, cara pandang terhadap hukum telah dibalikkan – tidak lagi melihat hukum yang

⁸³ Lihat David Osborn dan Ted Gaebler dalam bukunya *Reinventing Government*, juga lihat bukunya Joko Widodo, *Good Governance*, hlm. 33.

⁸⁴ Lihat Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, 1998, hlm. 13-14, juga lihat Syarifuddin Hasyim, *Pendekatan Hukum Tata Ruang Dalam Investasi dan Kaitannya dengan Pelaksanaan Otonomi Daerah*, Disertasi, Pascasarjana Unpad. 2004, hlm. 18.

⁸⁵ Ibid, hlm. 18.

memegang dewi pedang dan timbangan dengan mata tertutup, yang seringkali mengalahkan kaum yang termarginalkan dan berpihak kepada yang memegang kendali kekuasaan. Pada pandangan postmodernisme konsep negara hukum telah menjadi obyek gugatan. Keyakinannya atas konsep “*equality before the law*” sebagai suatu roh utama dalam ilmu hukum, maka apabila ada pelanggaran terhadap roh itu, muncul gugatan, akibatnya seluruh bangunan hukumpun bergetar.⁸⁶ Munculnya gugatan terhadap prinsip negara hukum, juga dimunculkan ketika persoalan penalaran hukum tidak perlu lagi terhadap dasar-dasar yang menjadi karakteristik dari prinsip negara hukum. Penalaran hukum yang tidak lagi berdasarkan prinsip-prinsip negara hukum adalah sebagaimana dilakukan oleh Gerakan Studi Hukum Kritis (*Critical Legal Studies*).⁸⁷ Gerakan studi hukum kritis ini merupakan aliran postmodernisme. Intisari dari postmodernisme adalah menolak status quo, sangat anti kebenaran tunggal, dan lebih mengedepankan kebenaran-kebenaran plural.⁸⁸ Dalam pandangan

⁸⁶ Sidharta, *Karakteristik ...*, Loc. Cit., hlm. 5.

⁸⁷ Sidharta, *Karakteristik ...*, Ibid, hlm. 230-231. Dalam halaman yang sama Sidharta mengemukakan, bahwa prinsip negara hukum sendiri sudah dibatasi sedemikian terbatas. Dengan mengemukakan pendapat Andrew Altman dalam bukunya “*Arguing about Law; An Introduction to Legal Philosophy*”, hlm.3-7, bahwa prinsip negara hukum (*The Rule of Law*) telah diderivasi ke dalam lima poin, yaitu: 1) *Government must operate under the law*; 2) *Government must regulate society through a system of general and authoritative rules*; 3) *The general and authoritative rules should give individuals fair warning: the rules should be (a) made public; (b) reasonably clear in meaning and specific in what they prohibit; (c) in force for a reasonable period of time; (d) applied prospectively; (e) applied impartially; (f) possible to comply with; and (g) enacted in accordance with preexisting legal rules*; 4) *All persons must be given due process, that is, a fair chance to defend themselves against formal charges that they have violated the rules*; 5) *The sovereign people ought to establish constitutional government and abide by its law*.

⁸⁸ R. Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum ...*, Loc.cit., hlm. 120-121.

lain, bahwa eksistensi hukum dilihat dari hubungan kausal antara doktrin dan teks dengan realitas.⁸⁹

2. Peranan Hukum Dan Pembangunan Ekonomi

Permulaan uraian ini perlu dikemukakan apakah terdapat korelasi peranan hukum bagi pembangunan ekonomi. Sebagaimana diuraikan dalam uraian sebelumnya hukum dapat memberikan kontribusi bagi kegiatan ekonomi. Sebagai contoh, suatu usaha dalam bentuk perseroan, maka bagaimana pengelolaan perusahaan yang benar, transparan, dibuatlah ketentuan atau undang-undang tentang perseroan. Di Indonesia diatur oleh Undang-undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas.

Istilah pembangunan ekonomi sendiri memiliki sedikit perbedaan dengan istilah pertumbuhan ekonomi. Keduanya memang menerangkan tentang perkembangan ekonomi. Istilah pertumbuhan ekonomi (*economic growth*) menerangkan atau mengukur prestasi dari perkembangan sesuatu ekonomi. Istilah pembangunan ekonomi biasanya diartikan untuk menyatakan perkembangan ekonomi di negara-negara berkembang. Pada umumnya para ahli ekonomi memberikan arti istilah pembangunan ekonomi adalah pertumbuhan ekonomi yang diikuti oleh perubahan dalam struktur dan corak kegiatan ekonomi.⁹⁰ Sadono Sukirno mengemukakan bahwa perbedaan penting arti istilah tersebut adalah dalam pembangunan ekonomi tingkat pendapatan perkapita terus-menerus meningkat, sedangkan

⁸⁹ Ibid., hlm. 126.

⁹⁰ Sadono Sukirno, *Makro Ekonomi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2004, hlm.422-423.

pertumbuhan ekonomi belum tentu diikuti oleh kenaikan pendapatan per kapita.⁹¹ Oleh karena lingkup dari arti istilah di atas yang erat kaitannya dengan hukum, seperti bagaimana perubahan struktur untuk mendorong pertumbuhan ekonomi, maka bagaimana pembangunan ekonomi itu perlu didorong oleh pranata hukum yang memadai.

Kaitan antara hukum dan ekonomi dapat dilihat dalam dua sisi, yaitu hukum dilihat dari sisi ekonomi dan ekonomi di lihat dari sisi hukum. Pada suatu dekade tertentu analisis ekonomi terhadap hukum sinonim dengan analisis ekonomi terhadap anti trust, hukum pajak, hukum perusahaan, fasilitas umum, dan hukum pengangkutan. Hal tersebut sebagai dikatakan oleh Posner : ⁹²

“Until about 30 years ago, economic analysis of law was almost synonymous with economic analysis of antitrust law, though there was some economic work on tax law, corporate law, and public utility and common carrier regulation”.

Dalam buku yang sama diuraikan oleh Mercuro Medema, bahwa:

The new law and economics began with Guido Calabresi’s first article on torts and Ronald Coase’s article on social cost. These were the first modern attempts to apply economic analysis systematically to areas of law that do not avowedly regulate economic relationships. One can find earlier glimmerings of an economic approach to the problems of accident and nuisance law that Calabresi and Coase discussed, especially in the work of Pigou, which provided a foil for Coase’s analysis; but the earlier work had made little impact on legal thought.⁹³

⁹¹ Ibid, hlm. 423.

⁹² Richard A. Posner, *Economic Analysis Of Law*, Little, Brown and Company, Boston Toronto London, 1992, hlm. 21.

⁹³ Posner Ibid, hlm 22.

Pendekatan hukum dan ekonomi tidak saja pada persoalan anti trust sebagaimana diuraikan di atas, analisa ekonomi terhadap hukum merambah ke dalam bidang lain, yaitu masalah migrasi, permasalahan kecelakaan dan hukum gangguan.

Kajian hukum terhadap ekonomi seberapa jauh hukum memberikan nilai terhadap perilaku ekonomi. Hukum memberikan jalan bagi kelancaran lalu lintas ekonomi. Dalam kaitan ini kajiannya bersifat hukum ekonomi. Kaitan ini terletak bahwa pembangunan ekonomi hanya dapat berhasil apabila ditunjang oleh pembangunan hukum.⁹⁴ Sebagai contoh, dengan adanya deregulasi, menciptakan debirokratisasi, maka geliat ekonomi makin berkembang. Konkretnya, ketika dilakukan deregulasi disektor perhubungan udara, maka banyak sekali muncul perusahaan penerbangan. Kenyataan tersebut menunjukkan semakin hukum memberikan kontribusi positif bagi kegiatan ekonomi, maka kegiatan ekonomi akan semakin dinamis dan berkembang.

Hubungan antara hukum dan ekonomi juga dapat digambarkan peran hukum bagi kegiatan ekonomi antara lain, bahwa hukum dapat meningkatkan daya guna ekonomi. Hukum dapat meningkatkan daya guna ekonomi, antara lain :

- 1) *a change in the definition or assignment of private property rights; or*
- 2) *a change in a working rule that alters the manner by which a judicial, administrative, or legislative decision is to be reached; or*
- 3) *the altering of a status right (some administrative eligibility requirement); or*

⁹⁴ Erman Rajagukguk, *Hukum Ekonomi Indonesia: Memperkuat Persatuan Nasional, Mendorong Pertumbuhan Ekonomi Dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*, dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII, Buku III, BPHN Departemen Kehakiman Dan HAM, Percetakan Negara RI, Jakarta, 2003, hlm. 250.

- 4) *expanding or diminishing the scope of communal rights – incentives will be altered within the market and/or public and/or communal sectors, which in turn alters the behavior of individuals operating within those sectors, all of which impacts upon the economic performance of the mixed-market economy.*⁹⁵

Dari uraian tersebut dapat dikemukakan bahwa hukum dapat berperan bagi perilaku ekonomi, apabila terjadi : 1) Perubahan dalam definisi atau tugas hak milik pribadi; atau 2) perubahan dalam suatu peraturan kerja yang mengubah cara dengan mana suatu hal tentang pengadilan, administratif, atau keputusan legislatif diharapkan untuk dicapai; atau 3) mengubah suatu kebenaran status (beberapa kebutuhan persyaratan administratif); atau 4) dikembangkan atau mengurangi lingkup dari hak komunal - perangsang akan jadi diubah di dalam pasar dan/atau publik dan/atau sektor komunal, yang pada gilirannya mengubah perilaku individu yang beroperasi di dalam sektor tersebut, semua dari yang berdampak pada pencapaian nilai pasar dari ekonomi.

The homo economicus branch is also concerned with examining the economic consequences of bureaucratic decision making. The role of the bureaucrat take on importance because of the gaps that often exist in legislation – legislation that specifies certain goals but may not be fully specific with respect to implementation. The greater is the scope for bureaucratic discretion in implementation, the greater is the potential for divergence between the legislative intent reflected in the political choice process and the final impact of that legislation. It thus becomes necessary to analyze and understand the role of, the incentives placed upon, and the resulting actions of the bureaucrat to gain a full understanding of the implementation of legislation. In addition, public choice theory also looks at the interrelationships among (1) the bureaus or the government, (2) the bureaucracy and the surrounding special interest groups, and (3) the bureaucracy and the legislature. In all this there is a focus

⁹⁵ Medema Loc.cit, hlm. 23

*on the problems relating to information with respect to cost and evaluation of bureaucratic output.*⁹⁶

Dalam hukum ekonomi, perundang-undangan menentukan tujuan untuk pencapaian kegiatan ekonomi yang diperankan oleh peran seorang birokrat. Perundang-undangan menjadi diperlukan untuk meneliti dan memahami peran, perangsang, menempatkan dan menghasilkan tindakan birokrat untuk memperoleh suatu pemahaman terhadap implementasi perundang-undangan.

Oleh karenanya peranan hukum dalam pembangunan ekonomi sangat ditentukan pula oleh politik hukum yang diputuskan oleh pelaku politik. Politik hukum Indonesia sekarang dan di masa akan datang, terutama dalam ekonomi harus memperhatikan pengaruh global. Dalam percaturan global, politik hukum tidak semata-mata melindungi kepentingan negara, tetapi harus pula melindungi kepentingan lintas negara.⁹⁷

Pelaksanaan pembangunan di Indonesia telah mengalami suatu perkembangan, dari pola pembangunan yang didasarkan pada Garis Besar Haluan Negara (GBHN) dan Pelita, dewasa ini berganti dengan pola hukum Sistem Pembangunan Nasional (SPN) dan Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) dimana bentuknya adalah undang-undang. Perubahan bentuk hukum ini seharusnya dapat memberikan keleluasaan

⁹⁶ Nicholas Mercurio and Steven G. Medema, *Ibid.*, hlm. 93

⁹⁷ Bagir Manan, *Pembinaan Hukum Nasional*, terpetik dalam Mieke Komar, et.al (editor), Mochtar Kusumaatmadja: Pendidik & Negarawan ; Kumpulan Karya Tulis Menghormati 70 Tahun Prof. Dr. Mochtar Kusumaatmadja, SH.,LL.M., Alumni, Bandung,1999, hlm. 237.

pada pemerintah untuk mengembangkan kreatifnya, tidak perlu takut diimpecmant oleh legislatif karena menyimpang dari haluan pembangunan.

Dalam tahap-tahap pembangunan, dan hingga sekarang, terlihat jelas paradigma pembangunan Indonesia yang menekankan pada pertumbuhan ekonomi. Penekanan pada pertumbuhan ekonomi tersebut, dalam masa orde baru dapat dilihat dalam prioritas Trilogi Pembangunan⁹⁸. Dalam kerangka mencapai sasaran pembangunan tersebut hukum harus menampakan perannya. Dalam kaitannya dengan kerangka dasar Pembangunan Nasional, hukum mewujudkan diri dalam 2 wajah, yaitu: di satu pihak hukum memperketatkan diri sebagai suatu aspek pembangunan, artinya bahwa hukum itu diikat sebagai suatu faktor dari pembangunan itu sendiri yang perlu untuk mendapat prioritas dalam usaha penegakan pembangunan dan pembinaannya. Di lain pihak hukum itu harus dipandang sebagai “alat” (*tool*) dan sarana pembaharuan dan pembangunan masyarakat yang akan menentukan keberhasilan usaha-usaha pembangunan nasional. Kaitan antara pembangunan dan hukum, hukum berfungsi bukan hanya sekedar “*as a tool of social control*” atau sebagai alat yang berfungsi mempertahankan stabilitas, tetapi sebagaimana yang dikatakan oleh **Roscoe Pound**, hukum juga berfungsi sebagai “*as a tool of social engineering*”.⁹⁹

⁹⁸ Dalam kaitan ini Moeljarto T, dalam bukunya *Politik Pembangunan; Sebuah Analisis Konsep, Arah dan Strategi*, Sinar Grafika, Jakarta, 1998, hlm 13, mengemukakan bahwa paradigma pembangunan manusiawi baru mulai nampak pada GBHN 1978.

⁹⁹ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of law*, Yale University Press, 1954: hlm 47, Mochtar Kusumaatmadja *Fungsi dan Perkembangan Hukum, dalam Pembangunan Nasional*, Bandung, LPHK FH UNPAD, Binacipta, 1976, hlm 11-12.

Hukum sebagai alat, suatu falsafah hukum yang memandang hukum lebih progresif tidak status quo. Sebagai suatu falsafah, hukum sebagai alat pembaharuan oleh **Mochtar Kusumaatmadja** dikembangkan tidak saja dalam arti alat, karena pengertian alat lebih mekanistik, maka oleh Mochtar Kusumaatmadja diberi pengertian dan disesuaikan dengan alam Indonesia hukum sebagai sarana pembangunan, pendekatannya ternyata memang sudah diterapkan oleh penyusun UUD 1945.¹⁰⁰ Konsep Mochtar Kusumaatmadja ini lebih dikenal dengan konsep hukum pembangunan. Konsep tentang hukum pembangunan ini baru dalam tataran normatif, belum menyentuh pada aspek teoritis-akademis.¹⁰¹ Artinya disini belum dikembangkan ke dalam model-model kajian teoritis-akademis.

Konsep pembangunan hukum yang dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja, menitik beratkan pada pembaharuan bidang hukum dan pembaharuan masyarakatnya melalui hukum. Konsep ini telah terjadi pergeseran tidak saja menyangkut hukum dan masyarakatnya, tetapi menyangkut birokrasi. Konsep ini dinamakan *law as a tool of social and bureaucratic engineering*.¹⁰²

¹⁰⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bandung, LPHK. UNPAD, Binacipta, 1976, hlm 9. Dalam uraian buku ini menguraikan tentang bagaimana pembaharuan hukum itu harus dilakukan. Antara lain dikemukakan bahwa pembangunan hukum itu meliputi tindakan mengganti seluruhnya, sebahagian, atau melakukan pembaharuan hukum itu sendiri.

¹⁰¹ Sidharta, *Karakteristik ...*, Loc. Cit., hlm.7. Sidharta menguraikan lebih lanjut, apabila konsep hukum pembangunan baru pada tataran normatif, belum menyentuh pada aspek teoritis-akademis, sehingga bagaimana perubahan paradigma pembangunan hukum itu dapat membawa pada perubahan penalaran hukum, belum tersentuh sama sekali.

¹⁰² Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Kejahatan Bisnis*, Kencana, Jakarta, 2006, hlm. 14-15.

Secara praktis Mochtar Kusumaatmadja mengatakan bahwa pembaharuan melalui pembinaan hukum harus dilakukan dengan skala prioritas, yaitu terhadap bidang hukum yang menyangkut budaya dan spiritual masyarakat sementara harus dibiarkan, sedangkan bidang lain yang lebih netral dari sudut kultural, seperti hukum perniagaan lebih tepat dilakukan usaha pembaharuan.¹⁰³ Termasuk bidang hukum yang netral disini adalah bidang hukum investasi. Namun demikian pemaknaan dari sifat hukum yang netral harus dilakukan kualifikasi, yaitu konsep netral dari **arti filosofis dan agama**, yaitu menyangkut kehidupan pribadi, budaya, dan bathiniah, serta keyakinan. Konsep netral juga dapat diartikan dalam konteks **teknis yuridis**, yaitu sebagai suatu bidang hukum menerima pengaruh dan mempengaruhi yang lain. Dalam kaitan hukum investasi misalnya, bahwa hukum investasi sebagai suatu bidang hukum yang berkaitan dengan hukum perbankan, hukum perseroan, berarti dipengaruhi - mungkin mempengaruhi bidang-bidang hukum tersebut.¹⁰⁴

Sehubungan dengan hubungan hukum dan pembangunan, **Sunaryati Hartono** berpendapat, bahwa terdapat setidaknya 4 (empat) fungsi dari hukum, yaitu:

1. Hukum sebagai pemeliharaan ketertiban dan keamanan;
2. Hukum sebagai sarana pembangunan;
3. Hukum sebagai sarana keadilan;

¹⁰³ Mochtar Kusumaatmadja, *Pembinaan Hukum dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Binacipta, Bandung, 1972, hlm. 5. Lihat pula Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat ...*, Opcit. hlm. 11.

4. Hukum sebagai sarana pendidikan masyarakat¹⁰⁵

Aturan yang dimuat dalam suatu produk hukum yaitu undang-undang, sifatnya memuat suatu norma yang mengatur, memerintah, memaksa, serta melarang dan sebagainya. Norma tersebut tidak memahami tentang apakah norma itu akan efektif atau tidak. Merumuskan norma dalam suatu produk hukum harus baik secara proses dan baik secara norma itu sendiri. Dalam konsep “*Social Engineering*” ini sangat penting peranan dan umpan balik (*feedback*), agar pengaturan itu senantiasa dapat disesuaikan dengan keadaan yang timbul di masyarakat. Apabila hukum itu dilihat sebagai suatu sarana penunjang terhadap pembangunan, maka fungsi hukum itu harus mempunyai suatu pola tertentu.

Konsep Mochtar Kusumaatmadja tentang hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat dan konsep Romli Atmasasmita tentang hukum sebagai alat rekayasa masyarakat dan birokrasi, memiliki ruang lingkup yang sangat luas – lebih daripada Roscoe Pound sendiri sebagai orang pertama yang mengkonsepsikan fungsi hukum sebagai tool – seperti dijelaskannya:¹⁰⁶

Dalam sistem hukum ini, development law meliputi segala tindakan dan kegiatan yang memperkuat infrastruktur hukum seperti lembaga hukum, organisasi profesi hukum, lembaga-lembaga pendidikan

¹⁰⁴ Kualifikasi pemaknaan konsep netralitas ini hasil diskusi dengan Prof. Dr. H. Ateng Syafrudin, SH., Prof. Dr. H. Lili Rasjidi, SH.,S.Sos.,LL.M., dan Prof. Dr. H. Yuda Bhakti, SH.,MH.

¹⁰⁵ Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*, Binacipta Bandung, 1982, hlm. 10.

hukum serta segala sesuatunya yang berkenaan dengan penyelesaian problem khusus “**pembangunan**”.

Istilah “pembangunan hukum” mempunyai makna yang lebih luas, menyeluruh dan mendasar dari pada istilah pembaharuan hukum, pembinaan hukum. Pembaharuan hukum mengandung pengertian menyusun suatu tata hukum untuk menyesuaikan dengan perubahan masyarakat. Pembinaan hukum lebih mengacu pada efisiensi, dalam arti meningkatkan efisiensi hukum.¹⁰⁶ Pembangunan hukum mencakup pembaharuan hukum dan pembinaan hukum sebagai suatu proses yang dinamis. Kedinamisan ini meliputi substansi hukum dan juga menyangkut kelembagaan hukumnya. Sebagai contoh dengan lahirnya amandemen terhadap UUD 1945, maka bertambahlah kelembagaan hukum, seperti Mahkamah Konstitusi, KPK, dll.

Dengan demikian hukum dalam pembangunan dapat memiliki peran menciptakan lembaga hukum baru untuk memperlancar tujuan dari hukum itu sendiri. Dalam kaitan ini Satjipto Rahardjo mengemukakan dalam menciptakan hukum yang dapat menjadi pengayom, memberi rasa aman, menciptakan lingkungan dan iklim yang mendorong kegairahan, kreativitas, dan partisipasi masyarakat dalam pembangunan, maka hukum harus dapat berperan:

1. Penciptaan lembaga-lembaga hukum baru yang melancarkan dan mendorong pembangunan;

¹⁰⁶ Lihat dalam Mochtar Kusumaatmadja, *Pembinaan Hukum dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Bandung: LPHK FH UNPAD, Binacipta, cet II, hlm 11.

¹⁰⁷ Mohammad Hatta, *Menuju Negara Hukum*, terpetik dalam H. Anton Djawamaku, Loc. Cit., hlm. 23.

2. Mengamankan hasil yang di dapat oleh kerja dan usaha dalam pembangunan;
3. Pengembangan apa yang disebut dengan keadilan untuk pembangunan;
4. Pemberian legitimasi terhadap perubahan-perubahan yang bertujuan untuk membantu melakukan pilihan-pilihan dalam memberikan efek bagi perubahan yang membangun;
5. Hukum dilakukan untuk melakukan perombakan;
6. Hukum dapat menyelesaikan perselisihan;
7. Pengaturan kekuasaan pemerintah.¹⁰⁸

Dalam melakukan pemetaan terhadap hukum, maka kita melihat hukum bukan saja dalam *law in book*, tetapi melihat hukum sebagai *law in action*. Dengan demikian, penelitian dalam melihat hukum sebagai hukum dalam kenyataanya atau *law in action* bersifat yuridis sosiologis. Untuk melihat pemetaan hukum, maka digunakan langkah pendekatan, yaitu berupa kegiatan melakukan inventarisasi, identifikasi terhadap problematika hukum yang ada di masyarakat.

Melakukan pemetaan dengan jalan melakukan inventarisasi, identifikasi problematika hukum akan bermanfaat bagi penentuan kebijakan hukum yang akan diambil, baik dalam menyusun perundang-undangan, maupun sebagai landasan mengambil keputusan bagi pejabat di tingkat pusat maupun di daerah.

¹⁰⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, sebagaimana terpetik dalam Bambang Sunggono, *Hukum dan Kebijakan Publik*, Sinar Grafika, Jakarta, 1994, hlm. 103-104.

Kalau kita memetakan suatu kontribusi hukum bagi pembangunan di Indonesia. Sebagai suatu negara berkembang yang sedang menata sistem hukumnya, menata demokrasiya dan perubahan dalam kehidupan bernegara pada pertengahan tahun 1997, suatu awal yang dinamakan masa reformasi, tepat kiranya apa yang dikemukakan oleh L. Michael Hager pada tahun 1960-an. Pendapatnya mengatakan: hukum dalam pembangunan harus kuat. Kekuatan institusi legal merupakan suatu pre-kondisi perubahan ekonomi, krusial terhadap viabilitas sistem politik baru, dan merupakan suatu agen perubahan sosial yang memiliki pengaruh modern, inovatif pada peraturan sosial. Argumentasi yang mendukung institusi legal dan hukum telah menimbulkan garis-garis berikut ini:

1. Reformasi hukum, khususnya pada area land tenure, hukum bisnis, transaksi komersial dan pajak, pertumbuhan, mendorong pertumbuhan ekonomi.
2. Integrasi sistem hukum adalah suatu kunci terhadap persatuan nasional dan oleh karenanya merupakan langkah pertama terhadap pembangunan politik.
3. Sistem legal merupakan media prinsip perubahan keseimbangan dengan stabilitas, intervensi negara dengan hak swasta dan pertumbuhan ekonomi dengan nilai kemanusiaan.
4. Iklim modernisasi diperbaiki dengan suatu pengadilan yang kompeten, jujur dan independen.

5. Profesi legal dapat bertindak sebagai suatu kekuatan countervailing yang efisien dalam suatu negara.¹⁰⁹

Dalam kaitan dengan pembangunan hukum dalam suasana reformasi sekarang, dalam Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) Tahun 2004 – 2009, terdapat rumusan mengenai agenda mewujudkan Indonesia yang adil dan demokratis sebagaimana dapat dilihat dalam sasaran pertamanya, sebagai berikut:

Sasaran pertama adalah meningkatnya keadilan dan penegakan hukum yang tercermin dari terciptanya system hukum yang adil, konsekuen, dan tidak diskriminatif serta memberikan perlindungan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia, terjaminnya konsistensi seluruh peraturan perundang-undangan di tingkat pusat dan daerah sebagai bagian upaya memulihkan kembali kepercayaan masyarakat terhadap kepastian hukum.¹¹⁰

Memperhatikan apa yang dikemukakan dalam sasaran pertama RJP MN tersebut, untuk mewujudkan kepastian hukum adalah adanya konsistensi peraturan perundang-undangan baik di pusat maupun daerah. Konsistensi ini penting, karena tingkat kepastian hukum selain konsisten antara aturan dengan pelaksanaan, tercermin pula dalam konsistensi antara satu aturan dengan aturan lainnya atau konsistensi dalam penerapan asasnya.

¹⁰⁹ L. Michael Hager, *Peranan Hukum Di Masa Transisi Demokrasi Negara Berkembang*, Jurnal Keadilan, Volume 1 No. 2 Tahun 2001, hlm. 20.

¹¹⁰ RPJMN (Rencana Pembangunan Jangka Mengengah Nasional) 2004-2009; Peraturan Presiden RI No. 7 Tahun 2005, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 23.

3. Kaitan Investasi Dan Pertumbuhan Ekonomi

Dalam kegiatan ekonomi, pertumbuhan ekonomi sangat ditunjang oleh dana pembangunan. Dana pembangunan dapat diperoleh melalui kegiatan tabungan dan investasi. Kenyataan demikian, maka kegiatan investasi jelas akan memberikan kontribusi bagi pertumbuhan ekonomi. Dalam bagian pendahuluan dikemukakan, bahwa hukum sangat mempunyai peran dalam meningkatkan daya guna ekonomi. Hukum dapat menciptakan peluang bagi pertumbuhan ekonomi termasuk di dalamnya dapat meningkatkan pertumbuhan kegiatan investasi, pada akhirnya memberikan nilai signifikan bagi kehidupan ekonomi itu sendiri. Sebagai contoh dapat dikemukakan bahwa aturan hukum yang memberikan jaminan investasi, maka akan memberi daya tarik bagi calon investor.

Investasi sendiri lazim disebut dengan penanaman modal. Apabila suatu perusahaan menggunakan uang untuk membeli barang modal, maka pengeluaran itu dinamakan investasi. Investasi dapat diartikan sebagai pengeluaran atau pengeluaran penanaman modal atau perusahaan untuk membeli barang-barang modal dan perlengkapan-perengkapan produksi untuk menambah kemampuan produksi barang-barang dan jasa-jasa yang tersedia dalam perekonomian. Ada pertambahan nilai modal dalam suatu perusahaan memungkinkan memperoleh keuntungan di masa yang akan datang.¹¹¹ Dalam kamus ekonomi investasi memiliki dua arti, yaitu 1) Pembelian saham, obligasi dan barang-barang tidak bergerak. Investasi

¹¹¹ Sadono Sukirno, *Makro Ekonomi*, Rajawali Press, Jakarta, 2004, hlm. 121.

berbeda dengan spekulasi; 2) Dalam teori ekonomi, investasi berarti pembelian alat-alat produksi (termasuk di dalamnya barang-barang untuk dijual), dengan modal berupa uang.¹¹² Kedua bentuk investasi tersebut memberikan nilai tambah bagi kegiatan ekonomi termasuk Indonesia. Bahkan untuk kegiatan di sektor pasar modal, pertumbuhan transaksi di pasar modal dijadikan indikasi untuk melihat pertumbuhan ekonomi suatu negara. Rasionalnya sederhana, apabila transaksi terus meningkat, indikator ada geliat ekonomi, berarti pula kehidupan kemasyarakatan lainnya juga mendukung. Karena semua sektor mendukung kegiatan ekonomi, maka investor akan tertarik untuk menanamkan modalnya, baik langsung maupun tidak langsung. Dalam kamus bahasa Indonesia investasi memiliki dua arti, yaitu 1) penanaman modal di suatu perusahaan atau proyek; 2) jumlah modal yang ditanamkan dalam suatu perusahaan.¹¹³ Di sini menekankan pada aspek modal yang ditanamkan.

Investasi adalah suatu kata dengan beberapa pengertian yang berhubungan dengan keuangan dan ekonomi. Kata tersebut berkaitan dengan akumulasi suatu bentuk aktiva dengan suatu harapan mendapatkan keuntungan dimasa depan.

Berdasarkan teori ekonomi, investasi berarti pembelian (dan berarti juga produksi) dari kapital/modal barang-barang yang tidak dikonsumsi tetapi digunakan untuk produksi yang akan datang (barang produksi).

¹¹² Winardi, *Kamus Ekonomi ; Inggris – Indonesia*, Alumni Bandung, 1986, hlm. 271.

¹¹³ Yus Badudu dan Muhammad Zein, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Sinar Harapan, Jakarta, 1994, hlm. 537.

Contoh termasuk membangun rel kereta api, atau suatu pabrik, pembukaan lahan, atau seseorang sekolah di universitas.

Dari rumusan investasi tersebut dapat dikemukakan, unsur investasi yaitu pembelian barang baik bergerak maupun tidak bergerak atau ada modal yang ditanamkan, bermaksud memperoleh keuntungan, keuntungan yang diperoleh dimasa datang (ada jangka waktu). Dari uraian tersebut di atas, investasi juga mengandung pengertian dilihat dari bentuknya dapat dibedakan investasi langsung berupa pembelian barang modal, dan investasi langsung berupa pembelian saham dan obligasi.

Investasi selain juga dapat menambah penghasilan seseorang juga membawa resiko keuangan bilamana investasi tersebut gagal. Kegagalan investasi disebabkan oleh banyak hal, di antaranya adalah faktor keamanan (baik dari bencana alam atau diakibatkan faktor manusia), ketertiban hukum, dan lain-lain.¹¹⁴

Oleh karenanya ada beberapa faktor yang menentukan kegiatan investasi, yaitu:

1. Tingkat keuntungan yang diramalkan akan diperoleh;
2. Suku bunga;
3. Ramalan mengenai keadaan ekonomi di masa depan;
4. Kemajuan teknologi;
5. Tingkat pendapatan nasional dan perubahan-perubahannya;
6. Keuntungan yang diperoleh perusahaan-perusahaan.¹¹⁵

¹¹⁴ Wikipedia Indonesia, ensiklopedia bebas berbahasa Indonesia.

¹¹⁵ Ibid, hlm. 122.

Dalam sistem hukum Indonesia, investasi diatur oleh dua buah bentuk hukum, yaitu investasi langsung diatur dengan lahirnya UUPMA dan UUPMDN, dan investasi tidak langsung, yaitu diatur oleh Undang-undang No. 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal (UUPM).

Dalam penelitian ini yang dimaksudkan dengan investasi dibatasi pada investasi langsung. Wujudnya sebagaimana dikemukakan dalam uraian sebelumnya berupa investasi asing yang diatur dalam UUPMA dan investasi domestik yang diatur dalam UUPMDN.

Investasi asing atau penanaman modal asing dalam Pasal 1 UUPMA yang berbunyi “Pengertian penanaman modal asing di dalam undang-undang ini hanyalah meliputi penanaman modal asing secara langsung yang dilakukan menurut atau berdasarkan undang-undang ini dan digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia, dalam arti bahwa pemilik modal secara langsung menanggung risiko dari penanaman modal tersebut”.

Dari pengertian tersebut dapat ditarik unsur yang merupakan penanaman modal asing, yaitu:

- 1) penanaman modal asing secara langsung;
- 2) Dilakukan berdasarkan undang-undang PMA;
- 3) Menjalankan perusahaannya di Indonesia;
- 4) Pemilik modal bertanggung jawab atas risiko yang timbul.

Karena PMA menjalankan perusahaan di Indonesia tentunya ada modal yang di bawa. Undang-undang menentukan kategori modal asing adalah:

- a. Alat pembayaran luar negeri yang tidak merupakan bagian dari kekayaan devisa Indonesia, yang dengan persetujuan pemerintah digunakan untuk pembiayaan perusahaan di Indonesia;
- b. Alat-alat untuk perusahaan, termasuk penemuan-penemuan dan milik orang asing dan bahan-bahan, yang dimasukkan dari luar ke dalam wilayah Indonesia, selama alat-alat tersebut tidak dibiayai dari kekayaan devisa Indonesia.
- c. Bagian dari hasil perusahaan yang berdasarkan undang-undang ini diperkenankan ditransfer, tetapi dipergunakan untuk membiayai perusahaan di Indonesia.¹¹⁶

Pengertian penanaman modal dalam negeri sebagaimana termuat dalam Pasal 2 UUPMDN adalah penggunaan dari kekayaan seperti tersebut dalam Pasal 1, baik secara langsung atau tidak langsung untuk menjalankan usaha menurut atau berdasarkan ketentuan-ketentuan undang-undang ini. Pengertian Modal Dalam negeri sendiri sebagaimana diatur dalam Pasal 1 UUPMDN adalah bagian dari kekayaan masyarakat Indonesia, termasuk hak-hak dan benda-benda, baik yang dimiliki oleh negara maupun swasta nasional atau swasta asing yang berdomisili di Indonesia, yang disihkan/disediakan guna menjalankan sesuatu usaha sepanjang modal tersebut tidak diatur oleh ketentuan-ketentuan Pasal 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing.

¹¹⁶ Lihat Pasal 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing.

Dari rumusan pengertian penanaman modal dalam negeri tersebut, dapat dikategorikan suatu penanaman modal adalah penanaman modal dalam negeri apabila memenuhi unsur, yaitu:

- 1) bagian kekayaan masyarakat Indonesia;
- 2) wujudnya berupa hak atau benda;
- 3) pemiliknya adalah negara, swasta nasional atau swasta asing yang berdomisili di Indonesia;
- 4) menjalankan suatu usaha;
- 5) tidak terkategori PMA;
- 6) bentuknya langsung atau tidak langsung

Perkembangan ekonomi yang sangat fundamental itu mengakibatkan terjadinya pergeseran-pergeseran dalam dunia perdagangan. Hal ini tidak saja berdampak cukup besar terhadap Negara-negara secara individu, tetapi juga terhadap segala bentuk kerja sama regional dan multilateral. Investasi merupakan factor pendukung utama yang dapat mendorong pertumbuhan kegiatan sektor industri dan perdagangan serta terciptanya keseimbangan baik antar sektor dan perdagangan serta terciptanya keseimbangan baik antar sektor maupun pelaku ekonomi dalam memulihkan pertumbuhan ekonomi.¹¹⁷

Kegiatan investasi atau penanaman modal baik asing maupun domestik memiliki dampak bagi tingkat pertumbuhan ekonomi. Karena untuk medongkrak pertumbuhan ekonomi, kegiatan investasi sangat

¹¹⁷ R. Hendra Halwani, *Ekonomi Internasional dan Globalisasi Ekonomi*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002, hlm 417.

diperlukan. Sangat pentingnya investasi, disebabkan modal pembangunan yang bersumber dari pemerintah tidak memenuhi atau terdapat keterbatasan. Untuk mendongkrak pertumbuhan ekonomi nasional, dibutuhkan investasi sebagai berikut:

Tabel 2
**Kebutuhan Investasi Nasional
Dalam Pertumbuhan Ekonomi¹¹⁸**

TAHUN	PERTUMBUHAN EKONOMI	KEBUTUHAN INVESTASI	INVESTASI PEMERINTAH	INVESTASI SWASTA
2004	4,8%	Rp. 479,9 Trilyun	Rp. 95,9 Trilyun	Rp. 384,0 Trilyun
2005	5,0%	Rp. 379,8 Trilyun	Rp. 82,3 Trilyun	297,5 Trilyun
2006	5,5%	Rp. 471,4 Trilyun	Rp. 92,9 Trilyun	Rp. 378,6 Trilyun

Oleh karena pentingnya kegiatan investasi, maka faktor yang dapat menghambat kegiatan investasi harus diminimalisir dan dilakukan penataan. Prilaku yang dapat menimbulkan hambatan investasi, antara lain menyangkut biaya hukum atau dalam istilah ekonomi sering dikualifikasikan sebagai *cost transaction*. Cost transaction ini dalam setiap kegiatan ekonomi akan senantiasa ada, sebagai contoh biaya hukum yang berkaitan dengan perizinan, biaya penasihat hukum, namun demikian pengeluaran untuk biaya tersebut harus memiliki tingkat kepastian. Adanya kepastian dapat memberikan nilai bagi kesempatan para investor untuk

¹¹⁸ Sumber BKPM, diolah berdasarkan perhitungan Bappenas

mengambil kebijakan investasinya. Apabila kegiatan investasi di Indonesia memiliki peluang yang baik, dalam arti tingkat pengembalian investasinya sangat tinggi, maka bagi investor adalah merupakan suatu kesempatan.

Dalam pertumbuhan ekonomi yang mengandalkan peningkatan ekspor, maka kegiatan investasi merupakan unsur yang dapat menentukan adanya pertumbuhan ekonomi tersebut.¹¹⁹ Oleh karenanya dalam menumbuhkan kegiatan ekonomi, sangat penting untuk menciptakan suasana agar para investor merasa tertarik untuk menentukan langkah kebijakan investasinya. Dalam menentukan kebijakan investasi oleh investor, terdapat beberapa kondisi yang harus diciptakan sehingga, investor mengambil sikap bahwa investasi di Indonesia merupakan kesempatan yang menarik. Sikap mencari kesempatan ini dikenal dengan konsep opportunity cost. Konsep Opportunity cost dapat diartikan sebagai biaya oportunitas (kesempatan) yang merupakan ukuran suatu kesempatan yang terlepas karena menolak alternatif penggunaan sumber daya.¹²⁰ Konsep ini sangat penting dalam mengambil keputusan, termasuk keputusan investasi.

¹¹⁹ R. Hendra Halwani, dalam buku *Ekonomi Internasional Dan Globalisasi Ekonomi*, hlm. 387-388 mengemukakan bahwa perekonomian yang mengandalkan ekspor tergantung pada penerapan strategi, unsur-unsurnya mencakup unsur eksternal, meliputi 1) laju pertumbuhan ekonomi, 2) perdagangan dunia, 3) laju peningkatan aliran modal, 4) investasi, 5) keterbukaan, 6) adilnya sistem perdagangan dunia, baik multilateral, regional, maupun bilateral. Unsur-unsur internal meliputi: 1) baiknya iklim usaha, 2) kebijakan pemerintah, 3) kesiapan, 4) kegairahan, 5) Keahlian dunia usaha dalam memanfaatkan peluang yang terbuka, 6) Upaya penegmbangan dengan mitra usaha asing.

¹²⁰ R. Hendra Halwani, *Ekonomi Internasional ...*, Op. Cit., hlm. 23.

4. Aspek Globalisasi Dan Daya Saing

Memasuki akhir abad ke dua puluh, terutama setelah ditandatanganinya Putaran Uruguay perekonomian dunia mengalami perubahan yang mendasar dan perubahan tersebut berdimensi jangka panjang atau konjungtur. Perubahan tersebut adalah terjadinya globalisasi. Globalisasi terjadi dalam setiap bidang, termasuk kegiatan ekonomi, termasuk di dalamnya kegiatan produksi, pemasaran, finansial, perdagangan, investasi dan bidang kegiatan ekonomi lainnya. Perubahan tersebut membawa dampak bagi tatanan ekonomi internasional. Hubungan satu sama lain saling interdependensi, akibatnya hubungan antar negara seolah tanpa batas (*boderless*).

Adanya ketergantungan dalam sistem ekonomi sekarang, menyebabkan sistem ekonomi nasional suatu negara tidak dapat lagi memisahkan dari sistem ekonomi global. Dengan kata lain sistem ekonomi nasional memiliki ketergantungan dengan sistem ekonomi internasional.

Dari sisi istilah globalisasi berasal dari kata *globe* yang berarti bola dunia atau berarti mendunia. Barbara Parker mengatakan:¹²¹

“There is growing sense that events occuring throughout the world are converging rapidly to shape a single, integrated world where economic, social, cultural, technological, business, other influences cross traditional borders and boundaries such as nations, national cultures, time, space, and business industries with increasing ease”

¹²¹ Terpetik dalam Ade Maman Suherman, *Aspek Hukum dan Ekonomi Global*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002, hlm. 30-31. Dalam buku yang sama Ade Manan mengutip pendapat Sera dan Ohmae yang intinya mengatakan globalisasi adalah ketiadaan batas dan kendala perdagangan antar bangsa. Dicken mengemukakan globalisasi lazimnya lebih digambarkan dalam literatur bisnis sebagai suatu penggantian pola tradisional dalam produksi internasional, investasi, dan perdagangan.

(Adanya peningkatan makna dan peristiwa yang terjadi di seluruh dunia yang menyebar dengan cepat untuk membentuk suatu dunia yang tunggal, terintegrasi secara ekonomi, social, budaya, teknologi, bisnis dan pengaruh lainnya yang menembus batas dan sekat tradisional seperti bangsa-bangsa, kebudayaan nasional, waktu, ruang dan bisnis Industri meningkat dengan mudah).

Adanya globalisasi yang digambarkan bahwa hubungan perdagangan, investasi antar negara ibarat tanpa batas, secara konsep sebetulnya merupakan lawan dari adanya hambatan di bidang perdagangan, investasi dan lalu lintas ekonomi lainnya. Dalam konsep neoklasik, terdapat tiga alasan adanya globalisasi, yaitu: 1) menghindari adanya inefisiensi, yaitu dengan globalisasi diharapkan mendorong adanya rasionalisasi industri dengan adanya alokasi sumber daya yang optimal; 2) untuk menghindari dan meminimalkan ketidakstabilan ekonomi makro; 3) untuk mendorong proses produksi dalam skala penuh, yaitu caranya dengan memperluas produksi ekspor.¹²² Pendapat lain mengatakan bahwa globalisasi mempunyai tiga dimensi, yaitu:

1. Dimensi idea atau ideologi yaitu kapitalisme. Di dalamnya terdapat falsafah individualisme, demokrasi dan hak asasi manusia;
2. Dimensi ekonomi, yaitu dengan terjadinya pasar bebas dengan seperangkat tata nilai lain yang harus membuka kesepakatan terbukanya arus barang dan jasa dari suatu negara ke negara lain;

¹²² R. Hendra Halwani, Loc. Cit., hlm. 225.

3. Dimensi teknologi, khususnya teknologi informasi. Adanya teknologi informasi yang semakin canggih, maka semakin terbuka batas-batas antar negara (*borderless country*).¹²³

Adanya Organisasi Perdagangan Dunia (WTO), liberalisasi perdagangan dan investasi dalam Asia Pacific Economic Cooperation (APEC), ASEAN Free Trade Area (AFTA), maka gerak perdagangan dunia semakin cepat, dan daya saing semakin meningkat.

Adanya globalisasi di bidang ekonomi semakin terasa dalam penataan hukum ekonomi, misalnya saja dalam aturan yang berkaitan dengan Pasar Modal, Pasar Komoditi sangat kental hukum yang diadopsi dari prinsip-prinsip liberal. Pengadopsian prinsip-prinsip ekonomi liberal ini merupakan kecenderungan perkembangan globalisasi, bahkan tidak saja dilapangan ekonomi tetapi dilapangan demokrasi.¹²⁴ Bukti pengaruh liberalisasi, terbukti di berbagai Negara seperti runtuhnya Blok sosialis, Cina masuk keanggotaan WTO, begitu juga Indonesia dengan menandatangani hasil kesepakatan GATT, merupakan bukti nyata bahwa perkembangan penataan ekonomi mengadopsi liberalism.

Investasi merupakan faktor pendukung utama yang dapat mendorong pertumbuhan kegiatan sektor industri dan perdagangan serta

¹²³ Terpetik dalam R. Hendra Halwani, Ibid., hlm. 226.

¹²⁴ Francis Fukuyama terpetik dalam R. Hendra Halwani, Ekonomi Internasional dan Globalisasi Ekonomi, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002, hlm. 227, mengemukakan Negara-negara maju maupun Negara berkembang cenderung mengadopsi prinsip-prinsip liberal dalam menata ekonomi dan politik domestic maupun global.

terciptanya keseimbangan baik antar sektor maupun pelaku ekonomi dalam memulihkan pertumbuhan ekonomi.¹²⁵

Globalisasi di tingkat regional maupun dunia menunjukkan adanya persaingan di antara Negara-negara dalam penataan ekonominya.

Untuk meningkatkan daya saing, maka ada beberapa faktor yang harus diperhatikan, yaitu faktor daya guna ekonomi, efisiensi pemerintahan, efisiensi bisnis, dan faktor infrastruktur. Masing-masing faktor dapat diperinci sebagai berikut:

1. Economic Performance:

- b. Domestic economy*
- c. International Trade*
- d. International Investment*
- e. Employment*
- f. Price*

2. Government Efficiency

- a. Public Finance*
- b. Fiscal Policy*
- c. Institutional Framework*
- d. Business Legislation*
- e. Education*

3. Business Efficiency:

- a. Productivity*
- b. Labor Market*
- c. Finance*
- d. Management Practices*
- e. Impact of Globalization*

4. Infrastructure:

¹²⁵ R. Hendra Halwani, *Ibid.*, hlm. 417.

- a. *Basic infrastructure*
- b. *Technological infrastructure*
- c. *Scientific infrastructure*
- d. *Health and environment*
- e. *Value system*¹²⁶

Dengan demikian daya saing akan meningkat apabila memiliki daya guna ekonomi yang ditunjang oleh perangkat aturan hukum yang mendorong berjalannya ekonomi yang kondusif. Pengelolaan pemerintahan yang efisien, Bisnis yang efisien, dan infrastruktur yang menunjang. Keempat faktor tersebut saling berkaitan tidak terpisah satu sama lainnya. Apabila birokrasi sudah efisien, tetapi infrastruktur tidak mendukung juga tidak memiliki daya tarik, karena bisnis atau kegiatan usaha juga dampaknya akan mahal.

Daya saing sebagai suatu istilah ekonomi berarti memiliki makna keunggulan komparatif, keunggulan kompetitif, dan nilai tambah.¹²⁷ Artinya suatu Negara memiliki daya saing apabila ada keunggulan komparatif dapat berkompetisi karena memiliki nilai tambah. Dalam kaitan dengan hukum, apabila terdapat sub sistem hukum yang menciptakan ekonomi yang tidak memiliki keunggulan dan nilai tambah, maka tidak memiliki daya saing. Sebagai contoh aturan yang mengatur jangka waktu Hak Guna Bangunan yang di Indonesia 25 tahun, dinegara lain ada yang sampai 100 tahun maka tidak memiliki keunggulan komparatif sekaligus kompetitif. Ditambah

¹²⁶ Sri Adiningsih, Makalah, Loc. Cit, hlm. 3

¹²⁷ R. Hendra Halwani, Ibid., hlm. 29-59.

terdapat aturan yang memberatkan dunia usaha, maka tidak memiliki nilai tambah.

Masalah infrastruktur ini adalah penting untuk mendukung kegiatan industri dan perdagangan. Ketiadaan dana untuk pembangunan infrastruktur dapat menghambat pengembangan investasi dan dunia usaha. Sebagai contoh dengan rusaknya jalan sebagai sarana untuk distribusi barang, contoh konkretnya rusaknya jalan antara Tanjung Priuk dan Kawasan Industri Cikarang terdapat Opportunity loss sebesar 1 milyar perhari, kerusakan jalan nasional lainnya seperti Jalintim Lampung-Banda Aceh, akibatnya kerugian sosial ekonomi mencapai Rp. 200 trilyun tiap tahun.¹²⁸

Karakteristik yang biasa dijadikan patokan untuk mengukur daya saing terdapat sembilan kelompok karakteristik, yaitu:

1. Keterbukaan terhadap perdagangan dan keuangan internasional;
2. Peran kebijakan fiskal dan regulasi pemerintah;
3. Birokrasi yang efisien;
4. Pembangunan pasar finansial;
5. Kualitas infrastruktur;

¹²⁸ Heru Dewanto, *Krisis Infrastruktur*, Kompas, Jumat 24 Maret 2006, hlm6. Dalam uraian yang sama dikemukakan bahwa disatu sisi kita membutuhkan dana yang besar untuk pembangunan infrastruktur, disisi lain anggaran dalam APBN diproyeksikan untuk membayar utang. Dalam kaitan ini diajukan dua konsep, yaitu *debt swap*, yaitu menghapus utang luar negeri dan pemerintah menggantinya dengan proyek di dalam negeri yang disetujui kreditor senilai 50% dari total utang yang dihapuskan, dan konsep *debt conversion* atau konversi utang, yaitu pemerintah perlu investor swasta untuk membeli utang luar negeri pemerintah dari negara kreditor dengan diskon tertentu (*market discount*), investor kemudian menebus utang luar negeri RI ke Pemerintah RI dan menerima berupa penggantian asset domestik senilai yang disepakati bersama (*redemption rate*), selisih antara *redemption rate* dan *market discount* merupakan *investment premium* yang diberikan pemerintah kepada investor.

6. Kualitas teknologi;
7. Kualitas manajemen bisnis;
8. Fleksibilitas pasar tenaga kerja dan pengembangan sumber daya manusia;
9. Kualitas kelembagaan hukum dan politik.

Ukuran daya saingnya sebetulnya ditentukan oleh empat faktor daya saing, yaitu Kebijakan pemerintah, kelembagaan dan kemampuan serta birokrasi yang efisien.¹²⁹ Hasil penelitian Bank Dunia menempatkan kemudahan berusaha Indonesia masih diatas peringkat 100 dari 155 negara yang di survei. Artinya tingkat daya saing Indonesia dalam meningkatkan pertumbuhan ekonomi kalau mau mengandalkan dari kegiatan Investasi masih kalah dibanding dengan negara-negara lain, setidaknya dari 155 negara yang di survei. Berikut ini tabel perbandingan peringkat kemudahan berusaha hasil survei Bank Dunia.

Tabel 3
PERBANDINGAN PERINGKAT KEMUDAHAN BERUSAHA DARI 155
NEGARA YANG DI SURVEI OLEH WORLD BANK¹³⁰

NEGARA	KEMUDAHAN BERUSAHA	MEMULAI BERUSAHA	PERIZINAN	KETENAGA KERJAAN	PENDAF-TARAN PROFERTI	MEMPE-ROLEH KREDIT
SINGAPURA	2	5	7	7	14	8
THAILAND	20	29	8	23	22	59
MALAYSIA	21	57	101	34	53	6
CHINA	91	126	136	87	24	113
VIETNAM	99	82	18	122	39	106
PHILIPINA	113	89	91	82	92	121
INDONESIA	115	144	107	120	107	63
KAMBOJA	133	137	140	79	84	154
TIMOR LESTE	142	141	74	50	125	150

¹²⁹ R. Hendra Halwani, *Ekonomi Internasional*, Loc. Cit., hlm. 422.

¹³⁰ Sumber : IFC WORLD BANK 2005, BKPM PUSAT

Dibandingkan dengan Negara di lingkungan Asia Tenggara, Indonesia hanya berada di atas Negara Kamboja dan Negara baru Timor Leste. Akibatnya sangat rasional dari aspek bisnis beberapa investor melakukan relokasi investasinya, misalnya ke Negara Vietnam dan China.

Di lingkungan ASEAN dengan skema Kerjasama Industri Asean (*Asean Industrial Corporation*), disepakati penghapusan keharusan 30% saham nasional. Dalam kerangka itu pula masing-masing Negara telah melampirkan langkah liberalisasi, yaitu:¹³¹

1. Burunei Darussalam, mengizinkan kepemilikan asing 100% dalam bidang manufacturing, teknologi tinggi dan industri berorientasi ekspor;
2. Indonesia menawarkan perdagangan grosir dan eceran dengan kepemilikan saham asing sampai 100% bagi investor yang memenuhi syarat. Sebagai tambahan Indonesia mengizinkan kepemilikan saham asing sampai 100% dalam semua sektor manufaktur. Indonesia secara proses mempersingkat pengurusan investasi. Untuk investasi kurang dari 100 juta dolar AS waktu pengurusannya 10 hari kerja. Dalam sektor perbankan, bank-bank terdaftar dimungkinkan untuk kepemilikan saham 100%.
3. Laos, menawarkan pembebasan bea masuk bagi barang-barang modal;
4. Malaysia, mengizinkan kepemilikan saham asing 100% dalam semua sektor manufaktur kecuali untuk 7 aktivitas/produk khusus. Tidak ada

¹³¹ Ibid., hlm. 259.

keharusan untuk mengekspor yang dikenakan pada semua investor baru yang dikembangkan dan didiversifikasikan.

5. Myanmar, memberikan pembebasan pajak perusahaan selama tiga tahun bagi semua proyek investasi disegala sektor. Membebaskan bea masuk bahan mentah bagi industri untuk 3 tahun pertama.
6. Filipina, dalam proses membuka perdagangan eceran dan bisnis distribusi bagi saham asing. Membuka konstruksi swasta di pasar domestic kepada perusahaan asing.
7. Singapura, secara drastis menurunkan biaya bisnis (*bussines cost*) sebagai bagian dari paket penurunan biaya hampir 10 miliar dolar Singapura. Kelonggaran pajak investasi perusahaan atas proyek industri dan jasa tertentu.
8. Thailand, mengizinkan 100% kepemilikan saham asing bagi investasi manufaktur tanpa memperhatikan lokasi proyek itu dibangun.
9. Vietnam, membebaskan bea masuk barang modal bagi semua proyek serta bebas bea masuk bahan mentah bagi proyek-proyek yang berlokasi di luar kota, dan bagi investasi yang baru beroperasi lima tahun pertama. Pemberian izin investasi bagi beberapa proyek tertentu diturunkan waktu pemrosesannya menjadi 15 hari kerja.

Dari fakta tersebut, jelaslah bahwa kegiatan investasi, khususnya di Asean semakin kompetitif, langkah tepat diperlukan untuk memberikan daya tarik bagi kegiatan investasi di Indonesia.

Bagi suatu negara yang membuka bagi kegiatan investasi, termasuk Indonesia, dengan kebijakan melakukan langkah deregulasi, memberlakukan sistem devisa bebas, memberlakukan mekanisme pasar, menghilangkan monopoli, monopsoni, oligopoli, oligopsoni, subsidi, tata niaga, dan berbagai macam bentuk perlindungan membawa dampak bagi tingkat persaingan bagi pelaku usaha nasional untuk melakukan pembenahan. Pembenahan dimaksud, meliputi efisiensi usaha dan melakukan produktivitasnya. Disinilah diperlukan imajinasi berusaha yang berubah dari diberi fasilitas bergeser kepada menciptakan dan memanfaatkan peluang.

5. Kepastian Hukum dan Aspek Birokratisasi Dalam Pengaturan Investasi

Dalam kehidupan selalu ada kecenderungan yang kuat untuk hidup pantas, walaupun ukuran kepantasan berbeda-beda. Dalam kaitan inilah terdapat nilai dan norma yang mengatur kehidupan, supaya kehidupan itu pantas. Adanya nilai dan norma dalam setiap kehidupan bermasyarakat, terdapatlah hubungan antara kepastian dan keadilan dari keserasian kepantasan tersebut.¹³²

Adanya keserasian untuk hidup pantas pada intinya merupakan hakekat dari manusia hidup dalam bermasyarakat. Dalam kegiatan ekonomi juga demikian, perilaku ekonomi perlakuan yang pantas adalah merupakan suatu kebutuhan. Kepantasan dapat memberikan nilai bagi prediksi-prediksi

¹³² Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, Binacipta Bandung, 1983, hlm. 41.

ekonomi. Dapat dibayangkan apabila dalam kegiatan ekonomi tidak ada kepastian untuk suatu ongkos, maka akan muncul high cost.

Hukum bertugas menciptakan kepastian tersebut, karenanya tujuan utama dari hukum adalah menciptakan ketertiban sebagai suatu syarat adanya masyarakat yang teratur.¹³³ Untuk menciptakan itu semua maka harus diciptakan kepastian. Kepastian ini diartikan sebagai kepastian dalam hukum dan kepastian oleh karena hukum.¹³⁴ Ini sesuai dengan sifat hukum, yaitu hukum mengatur, juga menyelesaikan ketika terjadi sengketa hukum. Disinilah letaknya antara hukum yang diciptakan dengan kenyataan hukum.

Hukum yang seharusnya dan hukum dalam implementasinya. Boediono Koesoemohamidjojo, mengatakan kepastian hukum adalah konsistensi dalam penerapan hukum.¹³⁵

Kepastian diciptakan oleh peraturan tertulis yang dibuat oleh Pemerintah Pusat atau Daerah, kepastian hukum juga dapat berwujud bagaimana masyarakat menyelesaikan persoalan, bagaimana peran dari lembaga dan pranata hukum bagi masyarakat. Dengan demikian kepastian hukum berwujud pada aspek peraturan dan juga terwujud bagaimana keputusan pejabat yang berwenang memutus dan atau menyelesaikan suatu persoalan. Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa kepastian yang diberikan

¹³³ Soerjono Soekanto, Ibid, hlm. 42. Lihat pula Mochtar Kusumaatmadja dalam bukunya *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, hlm 2, mengatakan Ketertiban adalah tujuan pokok dan pertama daripada segala hukum. Kebutuhan akan ketertiban ini, syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat manusia yang teratur.

¹³⁴ Soerjono Soekanto, Ibid, hlm. 42.

¹³⁵ Boediono Kusumohamidjojo, loc. Cit., hlm. 150.

hukum tidak saja menjelma dalam peraturan tetapi dalam perilaku.¹³⁶ Pernyataan itu wajar, karena untuk menciptakan nilai pasti, tidak saja perlu kepastian normative, tetapi kepastian dalam tindakan, kepastian dalam tindakan itu sudah menyangkut aspek perilaku.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa kepastian hukum itu dapat diwujudkan dalam bentuk kepastian dalam undang-undang, yaitu adanya konsistensi dalam penerapan asas undang-undang dan penerapan asas-asas hukum dalam undang-undang. Selain itu kepastian hukum juga harus diwujudkan dalam implementasinya, yaitu kesatuan hukum dan tindakan.

Adanya kepastian akan membawa implikasi bagi adanya perlindungan hukum. Begitu pula dalam kegiatan investasi, karena investasi menyangkut kepercayaan dan perolehan keuntungan dimasa yang akan datang, maka perlindungan dengan adanya kepastian hukum adalah penting. Perlindungan hukum melalui kepastian hukum bagi Investor adalah penting. Untuk itu perlu dimaknai terlebih dahulu apa yang perlu dilindungi dengan kepastian hukum tersebut. Perlindungan hukum berarti adanya perlindungan terhadap hak dan kewajiban, artinya hak dan kewajiban itu dapat dilaksanakan sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Hak dan kewajiban merupakan dua kata kunci dalam setiap penegakan hukum. Karena apabila

¹³⁶ Satjipto Rahardjo, *Kepastian Hukum dan Kekuatan Bangsa*, Kompas, edisi Rabu 18 Januari 2006, hlm. 7. Uraian Satjipto ini menjelaskan ketika seorang investor membutuhkan adanya kepastian modal akan selamat, maka dibutuhkan prediktabilitas, jawabannya adalah hukum. Hukum mampu memberikan prediktabilitas, di Indonesia kondisi sekarang syartanya tidak saja adanya reformasi undang-undang dan sistem, tetapi meliputi reformasi manusia, perombakan perilaku manusia.

hak dan kewajiban dilaksanakan secara seirama, maka kecil kemungkinan adanya persoalan hukum, artinya hubungan berjalan sebagaimana mestinya. Hak dapat diartikan sebagai tuntutan atau dapat juga dibuat oleh suatu atas nama individu atau kelompok pada kondisi atau kekuasaan. Morris Ginsberg lebih lanjut membedakan antara hak moral dan hak legal.¹³⁷ Hak moral ditekankan pada penilaian moral dari tuntutan yang pada pokoknya bahwa kondisi atau kekuasaan adalah suatu elemen yang baik atau bermaksud demikian. Jadi lebih ditekankan pada maksud. Hak legal adalah tuntutan yang dapat dijalankan pada hukum.¹³⁸ Morris Ginsberg lebih lanjut mengatakan, umumnya hak diterapkan pada kewajiban, tetapi suatu kewajiban tidak selalu memberikan hak. Ada kewajiban yang tidak memberikan hak, seperti membantu kebutuhan, membantu kesukaran.¹³⁹ Dalam banyak kejadian dalam kehidupan dalam masyarakat, banyak ditemui bahwa kehidupan dalam masyarakat dalam suatu lapangan hukum tertentu antara hak dan kewajiban menjadi seiring, dalam banyak hubungan hak dan kewajiban sifatnya sepihak.

Dalam lalu lintas ekonomi, hak dan kewajiban sifatnya sejalan, artinya hak dan kewajiban melekat satu sama lainnya. Hal ini disebabkan adanya perhitungan ekonomi dalam setiap hubungan dalam lapangan ekonomi, disitulah letaknya adanya kepastian atas pelaksanaan hak dan kewajiban itu. Ini berarti bahwa dalam kegiatan ekonomi perlindungan

¹³⁷ Morris Ginsberg, *Keadilan dalam Masyarakat*, Pondok Edukasi, Bantul-Jogjakarta, 2003, hlm. 61.

¹³⁸ Ibid hlm. 62.

¹³⁹ Ibid, hlm. 62.

terhadap hak dan kewajiban adalah untuk mewujudkan keinginan melakukan hubungan ekonomi tersebut.

Perlindungan hukum sendiri mengandung dua arti, yaitu perlindungan preventif dan perlindungan hukum yang represif. Pada perlindungan hukum yang preventif, kepada rakyat diberikan hak untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Jadi perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah sengketa. Pada satu sisi perlindungan hukum yang represif bermaksud untuk menyelesaikan sengketa.¹⁴⁰ Menurut peneliti dapat dikatakan perlindungan hukum yang represif, dimaksudkan bagaimana hak dan kewajiban itu dapat dipulihkan kembali. Philipus M. Hadjon dan Sjachran Basah menulis buku tentang perlindungan hukum bagi masyarakat dari sikap tindak administrasi negara. Lebih jauh, berarti perlindungan hukum tersebut tidak hanya dari sikap tindak administrasi negara, tetapi perlindungan hukum yang harus diberikan dari tindakan hukum sesama individu, kelompok, atau badan hukum dalam pergaulan sehari-hari.

Kepastian hukum berarti adanya konsistensi dalam penerapan hukum. Dalam bidang investasi, tentunya perlindungan di sini adalah perlindungan bagi investor dalam melakukan kegiatan investasinya. Adanya kepastian dalam berinvestasi, berarti investor dapat memprediksi keuntungan yang akan diperoleh. Prediksi atas keuntungan yang diperoleh

¹⁴⁰ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Pt. Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 2.

melalui perangkat rambu-rambu hukum. Sebagai contoh, suatu perusahaan yang telah memperoleh izin usaha, maka harus ada konsistensi dan konsekuensi izin usaha tersebut, jangan tiba-tiba izin usaha dicabut, padahal investor sudah menanamkan modal investasi awal. Begitu juga, apabila ada perselisihan, harus ada rambu-rambu hukum yang dapat memberikan penyelesaian atas perselisihan. Sebagai contoh konkret, misalnya penerapan ketentuan pailit. Dalam praktek seringkali terjadi multi tafsir, tentang perjanjian derivatif disatu sisi dalam kegiatan investasi di pasar modal merupakan perjanjian yang dibenarkan, tetapi seringkali hakim berpendapat dan berpijak pada ketentuan pasal KUHPerdara yang tidak membenarkan perjanjian derivatif, karena merupakan perjanjian untung-untungan. Untuk itu perlindungan hukum bagi investor mutlak diperlukan, apabila menghendaki kegiatan investasi yang kondusif.

Bagi bangsa Indonesia tanpa tersedianya dana yang cukup untuk pembangunan, sulit untuk melakukan perkembangan ekonomi secara baik. Banyak perusahaan swasta maupun swasta asing sedikit demi sedikit merosot kinerjanya, bahkan nyaris banyak yang gulung tikar. Hal tersebut akan mempersulit untuk mencapai tujuan pembangunan menuju masyarakat adil dan makmur. Oleh karenanya bagi bangsa Indonesia sudah saatnya mewujudkan pembangunan hukum dan ekonomi secara konsekuen. Berdasarkan hukum yang konsekuen pertumbuhan ekonomi akan tercapai. Persoalan ini merupakan persoalan mendasar untuk mewujudkan hukum sebagai piranti ekonomi dalam menegakkan hak, perlindungan bagi tiap-tiap

masyarakat, terutama pelaku ekonominya agar dapat melakukan aktivitas perekonomian secara aman dan terlindungi.

Tindakan memberikan perlindungan bagi kegiatan ekonomi antara lain memberikan suatu kepastian hukum bagi masyarakat luas agar secara aman melakukan transaksi usahanya, guna tercapainya pemasukan devisa yang cukup. Pembangunan hukum yang konsisten dan terencana adalah salah satu kunci terpenting bagi perkembangan perekonomian nasional, karena memberikan kepastian dan perlindungan hukum dapat meningkatkan citra dan kredibilitas negara. Dengan ditegakkannya hukum sesuai dengan fungsi dan amanatnya, maka perkembangan perekonomian nasional dapat terjamin. Berjalannya fungsi hukum dalam kegiatan usaha, akan memberikan kepastian dan perlindungan hukum. Perlindungan dan kepastian hukum yang jelas akan memberikan motivasi bagi pelaku ekonomi dalam melakukan usahanya dalam bentuk investasi, penanaman di pasar modal, perdagangan umum, maupun bentuk usaha lain, dengan rasional dan aman.

Perlindungan hukum ini sangat menentukan pertimbangan usaha secara rasional, sehingga dengan bertambahnya kepercayaan para pengusaha di berbagai sektor akan menggerakkan roda ekonomi, struktur ekonomi menjadi lebih baik, pada akhirnya sektor pendapatan negara meningkat. Adanya jaminan perlindungan hukum akan berdampak positif bagi datangnya para investor asing maupun lokal dalam melakukan usahanya di

Indonesia, karena kredibilitas negara akan dijadikan tolok ukur bagi kelangsungan usahanya.

Kaitan antara investasi dengan birokrasi, yaitu menyangkut pelayanan dan pemberian izin. Pelayanan yang diberikan adalah dengan pola pelayanan satu atap – perizinannya masih sektoral. Oleh karena perlu dikembangkan bagaimana menciptakan suatu sistem perizinan. Sistem perizinan menyangkut aspek legalitas dari izin. Aspek legalitas dari izin ini meliputi keabsahan dari tujuan, keabsahan wewenang, prosedur, substansi, penegakan hukum. Dengan demikian dikaitkan dengan perlindungan hukum, izin akan memberikan perlindungan hukum apabila memiliki keabsahan legalitasnya.

Sesuai dengan fungsi pemerintahan untuk mengatur dan melindungi, maka izin dapat diarahkan ke dalam berbagai tujuan. Tujuan izin meliputi:

- a. mengarahkan/mengendalikan (*sturen*) aktivitas tertentu, sebagai contoh : Izin Mendirikan Bangunan (IMB);
- b. mencegah bahaya yang dapat ditimbulkan oleh aktivitas tertentu, sebagai contoh: izin Pengusahaan Hutan, izin Lingkungan;
- c. melindungi obyek-obyek tertentu, sebagai contoh : Izin pemugaran benda cagar budaya;
- d. mengetahui distribusi benda, sebagai contoh : Izin penggalan bahan tambang;
- e. seleksi orang dan/atau aktivitas tertentu, sebagai contoh : Surat Izin Mengemudi (SIM), Surat Izin Praktek Dokter (SIP).¹⁴¹

Dengan tujuan yang demikian itu setiap izin pada dasarnya membatasi kebebasan individu beraktivitas. Oleh sebab itu wewenang untuk

¹⁴¹ Spelt dan ten Berge, penyunting Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Perizinan*, Yuridika, Surabaya, 1993, hlm. 4.

membatasi hendaknya tidak melanggar prinsip negara hukum, yakni asas legalitas. Dengan demikian wewenang untuk memberikan izin haruslah wewenang yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Wewenang itu diberikan untuk tujuan yang konkret.

Wewenang untuk memberikan izin sesuai dengan sumber wewenang yang dikenal dalam hukum administrasi, yaitu wewenang atribusi, wewenang delegasi, wewenang mandat. Atribusi merupakan kewenangan yang melekat pada suatu jabatan karena undang-undang. Delegasi merupakan wewenang hasil pelimpahan. Dengan demikian dapat dikatakan wewenang atribusi dan delegasi merupakan wewenang untuk mengontrol apakah suatu badan tertentu berwenang atau tidak.¹⁴² Dalam mandat tidak ada pengakuan atau pengalihan wewenang, disini hanya menyangkut janji-janji saja, jadi badan yang memberikan mandat tetap bertanggungjawab.¹⁴³ Suatu izin juga harus memenuhi keabsahan dari sisi prosedur. Keabsahan prosedur dapat dilihat dari persyaratan administrasi, persyaratan yuridis, persyaratan teknis, persyaratan waktu, biaya dan organisasi. Secara substansi izin memiliki makna adanya larangan, adanya perintah, perkenan atau perbolehan. Ini berkaitan dengan aspek yuridis dari sistem perizinan. Spelt dan ten Berge sebagaimana disunting oleh Philipus M. Hadjon, mengemukakan bahwa pada umumnya izin terdiri atas larangan, persetujuan yang merupakan dasar pengecualian (izin) dan ketentuan-

¹⁴² Philipus M. Hadjon (et.al), *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1993, hlm. 130.

¹⁴³ Ibid, hlm. 131.

ketentuan yang berhubungan dengan izin.¹⁴⁴ Untuk keakuratan suatu izin, maka izin harus dapat ditegakan, yaitu antara lain dengan melakukan pengawasan dan pemberian sanksi. Pengawasan dapat diberikan dalam dua bentuk, yaitu bersifat preventif dan refresif. Pengawasan preventif dapat dilakukan oleh pemerintah dalam bentuk melakukan observasi, inspeksi, emergency respond, dan/atau oversight. Pengawasan yang diberikan oleh masyarakat dapat dilakukan dengan berperan dan peranserta dalam bentuk pengaduan, keberatan, gugatan. Sanksi dapat diberikan dalam bentuk sanksi administrasi berupa penolakan, penundaan, pembatalan, dan pencabutan izin, sanksi perdata dapat berupa ganti rugi dan kompensasi, dan sanksi pidana berupa pidana penjara dan pidana denda.

Berdasarkan pemaknaan tersebut, maka suatu sistem perizinan berarti menyangkut suatu hal yang berkait antara keabsahan dari tujuan, keabsahan wewenang, prosedur, substansi, penegakan hukum.

B. Globalisasi Kaitannya Dengan Hukum Investasi

1. Implikasi Kesepakatan Internasional Dalam GATT-WTO, AFTA, APEC Bagi Kegiatan Investasi

Sebelum menguraikan bagaimana implikasi kesepakatan General Agreement on Tarrifs and Trade (GATT), World Trade Organization (WTO), Asean Free Trade Area (AFTA), Asia Pasific Economic Cooperation (APEC) bagi iklim investasi di Indonesia, terlebih dahulu harus dipahami inti dari pengaturan tersebut.

¹⁴⁴ Spelt, *Pengantar ...*, Loc. Cit., hlm. 5.

Globalisasi ekonomi, bagi Indonesia adalah dengan ditandai persetujuan putaran Uruguay. Kesepakatan tersebut lazim dikenal dengan kesepakatan GATT yang implementasinya dilaksanakan oleh suatu forum WTO. GATT merupakan suatu persetujuan internasional, berarti suatu dokumen untuk mengatur perdagangan internasional. Kedudukannya dapat disetarakan sebagai undang-undang.¹⁴⁵

Dalam protokol 1947 tentang GATT, lahirnya persetujuan umum tentang perdagangan terdapat tiga jenis dasar aturan yang tercakup dalam persetujuan, yaitu 1) aturan yang mengatur tentang negosiasi pengenaan tarif; 2) pengaturan perdagangan internasional dari kebijakan yang membatasi; 3) Aturan tentang konsultasi antar anggota. Hal tersebut sebagaimana dapat dilihat dalam uraian William P. Streng yang mengatakan: Three basic types of provisions are included in the general agreement:

1. Rules for tariff negotiations which culminates in tariff schedules that become part of the agreement;
2. Rules governing the conduct of international trade which aim at the liberalization of restrictive policies;
3. Provisions for consultation among and meetings of members.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Direktorat Perdagangan dan Perindustrian Multilateral, Dirjen Multilateral Ekonomi, Keuangan dan Pembangunan Departemen Luar Negeri RI, *Sekilas WTO*, Jakarta, Edisi Ketiga, anpa tahun, hlm. 3.

¹⁴⁶ Streng, William P. , *International Business Transactions Tax and Legal Handbook*, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, New Jersey, 1978., hlm. 22.

Oleh karenanya untuk melihat bagaimana pengaruh globalisasi bagi pengaturan Hukum Investasi Indonesia terlebih dahulu akan diuraikan beberapa prinsip dasar dari pengaturan GATT sebagaimana dalam hasil putaran Uruguay.

a. PRINSIP-PRINSIP WTO :

Persetujuan-persetujuan WTO mencakup bidang pertanian, tekstil dan pakaian, jasa keuangan, telekomunikasi, standardisasi industri, peraturan *sanitary and phytosanitary* , hak atas kekayaan intelektual dan lain-lain. Terdapat dari banyaknya persetujuan tersebut terdapat prinsip dasar yang terkandung dalam persetujuan-persetujuan tersebut. Prinsip-prinsip tersebut adalah dasar dari sistem perdagangan multilateral.

Secara rinci prinsip-prinsip dasar tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:¹⁴⁷

1). MFN (*Most-Favoured-Nation*): perlakuan yang sama terhadap semua mitra dagang.

Prinsip MFN termuat dalam Pasal 1 GATT, Negara-negara anggota tidak dapat begitu saja melakukan diskriminasi terhadap mitra-mitra dagangnya. Suatu kebijakan perdagangan harus didasarkan pada prinsip nondiskriminasi. Keringanan tarif impor

¹⁴⁷ Direktorat, Op.cit, hlm. 3-4. Lihat pula uraian tentang prinsip-prinsip utama dari GATT dalam buku Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, Rajawali Press, Jakarta, 2005, hlm. 108-118. H.S. Kartadjoemena, mengemukakan terdapat 9 prinsip yang menjadi dasar dan disepakati sebagai komitmen dari semua pihak yang turut serta dalam perjanjian, yaitu 1) non-diskriminasi; 2) national treatment; 3) prinsip penghapusan hambatan dalam bentuk restriksi kuantitatif; 4) resiprositas 5) waiver dan pembatasan darurat terhadap impor; 6) persaingan yang adil; 7) perkecualian untuk perjanjian perdagangan regional; 8) safeguards; 9) special and differential treatment.

yang diberikan pada produk suatu negara harus diberikan pula kepada produk impor dari mitra dagang negara anggota lainnya.

MFN merupakan prinsip utama dalam GATT yang mengatur perdagangan barang. MFN juga menjadi prioritas dalam Persetujuan Perdagangan Bidang Jasa (Pasal 2-*General Agreement on Trade in Service/GATS*) dan Persetujuan Perdagangan yang terkait dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual (Pasal 4-*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights/TRIPs*), walaupun pada setiap persetujuan tersebut prinsip ini dapat diartikan sedikit berbeda.

Terhadap prinsip MNF terdapat beberapa pengecualian yang ditetapkan oleh GATT itu sendiri dan ada pengecualian yang ditetapkan dalam putusan-putusan konferensi GATT melalui suatu penanggalan (*waiver*) dari prinsip GATT berdasarkan Pasal XXV. Beberapa pengecualian adalah sebagai berikut:

- a) Keuntungan yang diperoleh karena jarak lalu lintas (*Frotier teraffic advantage*), tidak boleh dikenakan terhadap anggota GATT lainnya (Pasal VI);
- b) Perlakuan preferensi di wilayah-wilayah tertentu yang sudah ada (misalnya kerja sama ekonomi dalam "*British Commonwealth*" *the French Union*, dan *Benelux* tetap boleh diteruskan tetapi tingkat preferensinya tidak boleh dinaikan (Pasal I ayat 2-4).
- c) Anggota GATT yang membentuk suatu kebiasaan regional (*custom union*), seperti negara-negara anggota dapat membentuk

persetujuan perdagangan bebas di mana tidak berlaku untuk barang-barang dari luar kelompok ini. Sebuah negara dapat mengenakan hambatan terhadap produk-produk negara tertentu yang dinilai tidak adil (*fair*) dalam melakukan perdagangan.

- d) Pemberian preferensi tarif oleh negara maju kepada negara berkembang atau negara-negara yang kurang beruntung melalui fasilitas General System of Preference (sistem Preferensi Umum).¹⁴⁸

Pada bidang jasa, suatu Negara diperbolehkan melakukan diskriminasi dalam batas-batas tertentu. Pengecualian ini hanya diizinkan untuk kondisi-kondisi tertentu saja. Secara umum MFN diartikan bahwa setiap kali suatu negara mengurangi hambatan perdagangan dan membuka pasarnya, maka negara tersebut harus melakukan hal yang sama terhadap negara mitranya, baik negara itu kaya atau miskin, lemah atau kuat.

2). Perlakuan Nasional (*National Treatment*)

Prinsip ini terdapat dalam Pasal III GATT. Negara anggota diwajibkan untuk memberikan perlakuan yang sama atas barang-barang impor dan lokal – paling tidak setelah barang impor memasuki pasar domestik. Menurut prinsip ini, produk dari suatu negara yang diimpor ke dalam suatu negara harus diperlakukan

¹⁴⁸ Ibid, Huala Adolf, Perdagangan, hlm. 109-110.

minimal sama (*no less favourable*)¹⁴⁹ seperti halnya produk dalam negeri.¹⁵⁰

Prinsip Perlakuan Nasional bidang barang, jasa dan hak atas kekayaan intelektual tersebut diterapkan pada saat suatu produk memasuki pasar domestik. Prinsip *National Treatment* tercantum dalam tiga persetujuan utama WTO (Pasal 3 GATT, Pasal 17 GATS dan Pasal 3 TRIPs). Masing-masing persetujuan tersebut mempunyai perbedaan dalam implementasi dari prinsip tersebut. Namun demikian, pengenaan bea masuk terhadap barang impor bukan merupakan pelanggaran terhadap perlakuan nasional, bahkan jika produk-produk lokal tidak dikenakan pajak yang setara.

3). **Transparansi (*Transparency*)**

Negara anggota diwajibkan untuk bersikap terbuka/transparan terhadap berbagai kebijakan perdagangannya sehingga memudahkan para pelaku usaha untuk melakukan kegiatan perdagangan. Untuk mendukung prinsip ini, setiap negara anggota untuk menotifikasi segala kebijakannya yang terkait dengan perdagangan barang, jasa dan kekayaan intelektual.

4) **Prinsip Larangan Retriksi**

¹⁴⁹ Dalam Pasal III ayat (4) GATT 1994 disebutkan : The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment *no less favourable* than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. ...”.

¹⁵⁰ Olivier Long, terpetik dalam Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, Ibid., hlm. 111.

Retriksi kuantitatif seperti penetapan kuota impor atau ekspor, lisensi impor atau ekspor, pengawasan pembayaran produk-produk impor-ekspor pada umumnya dilarang. Ketentuan tersebut dapat dilihat dalam Pasal IX, dilarang karena dapat mengganggu perdagangan yang normal.¹⁵¹

5) Prinsip Perlindungan Melalui Tarif

Perlindungan terhadap perdagangan domestik, GATT pada dasarnya membolehkan melakukan proteksi terhadap industri domestik melalui perlindungan tarif dan tidak boleh melalui upaya perlindungan lainnya. Walaupun demikian pengenaan perlindungan tarif ini tetap tidak boleh diskriminatif dari suatu negara terhadap suatu produk tertentu. Ketentuan lainnya bahwa komitmen atas pengenaan tarif sifatnya mengikat, dan tidak boleh dinaikan dengan semena-mena, kecuali diikuti dengan negosiasi dengan mitra dagangnya (Pasal XXVII).¹⁵²

6) Prinsip Resiprositas

Prinsip ini terdapat dalam bagian pembukaan GATT, prinsip berlaku dalam melakukan perundingan-perundingan tarif yang didasarkan pada asas timbal balik (*Resiprositas*) dan saling menguntungkan kedua belah pihak.¹⁵³

7) Perlakuan Khusus Bagi Negara Sedang Berkembang

¹⁵¹ Huala Adolf, Ibid. hlm. 113.

¹⁵² Ibid, hlm. 115.

¹⁵³ Oliver Long, terpetik dalam Huala Adolf, *Hukum Perdagangan*, Ibid., hlm. 116

Perlakuan khusus bagi negara berkembang maksudnya adalah untuk mendorong negara-negara industri dalam membantu pertumbuhan ekonomi negara sedang berkembang.¹⁵⁴ Dalam putaran Tokyo 1979, negara-negara sepakat dan mengeluarkan suatu putusan mengenai pemberian perlakuan yang lebih menguntungkan dan partisipasi yang lebih besar bagi negara sedang berkembang dalam perdagangan dunia (*enabling clause*). Pengakuan ini merupakan dasar pemberian *Generalized System of Preferences*.

b. PERSETUJUAN BIDANG JASA

Perjanjian bidang jasa tujuannya adalah liberalisasi perdagangan dan jasa-jasa dan mencari kerangka yang disepakati mengenai ketentuan nasional yang mengatur perdagangan jasa-jasa.¹⁵⁵ Perjanjian *The General Agreement in trade in Services* (GATS) merupakan suatu framework agreement atau merupakan keseluruhan kerangka konseptual dan batasan-batasannya. Dengan disepakatinya perdagangan jasa di bawah suatu naungan multilateral, maka untuk pertama kalinya perdagangan jasa ini diatur dalam suatu perjanjian multilateral. Prinsip-prinsip dasar dalam GATS merupakan prinsip-prinsip yang berlaku pada GATT atau prinsip yang terdapat dalam GATT berlaku pula pada GATS. Prinsip-

¹⁵⁴ Dua pertiga dari anggota GATT adalah negara-negara yang sedang berkembang. Prinsip perlakuan khusus bagi negara berkembang diberikan untuk memberikan kesempatan bagi negara berkembang memperoleh akses pasar. Karena apabila bersaing dengan negara industri maju, maka akses pasar bisa dikuasai oleh negara maju, maka negara industri harus memberikan dorongan dan perlakuan khusus bagi negara berkembang.

prinsip utama yang terdapat dalam perjanjian adalah MFN atau non-diskriminatif, National Treatment, Transparansi, Progressive Liberalization atau liberalisasi secara bertahap.

Suatu kegiatan dikategorikan dalam kelompok GATS, apabila meliputi kegiatan:

- a. Jasa yang dipasok dari satu negara ke negara lain (misalnya: hubungan telepon internasional termasuk jasa layanan pos). Resminya disebut “Pasok Lintas Batas” (*Cross Border Supply*).
- b. Konsumen atau suatu badan usaha yang menggunakan jasa di negara lain (misalnya: pariwisata). Resminya disebut “Konsumsi di Luar Negeri” (*Consumption Abroad*).
- c. Perusahaan asing yang mendirikan cabang di luar negaranya (misalnya: bank asing yang membuka cabangnya di suatu negara). Resminya disebut “Kehadiran Komersial” (*Commercial Presence*).
- d. Individu yang melakukan perjalanan keluar negeri untuk memberikan jasanya (peragawati/peragawan dan Konsultan Mode). Resminya disebut “Kehadiran Manusia Secara Nyata” (*Presence of Natural Persons*).¹⁵⁶

Prinsip-prinsip dasar dari GATS sebagaimana dikemukakan di atas dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Perlakuan *Most Favoured Nation* (MFN)

¹⁵⁵ R. Hendra Halwani, *Ekonomi Internasional...*, Loc. Cit., hlm. 350.

¹⁵⁶ Direktorat Perdagangan dan perindustrian Deplu, Sekilas WTO, Loc.Cit., hlm. 30-31.

Seperti halnya GATT, dalam GATS berlaku pula prinsip MFN. MFN berarti memberikan perlakuan sama kepada semua mitra dagang dari negara-negara anggota WTO. Artinya bahwa apabila suatu negara memperbolehkan pihak asing turut bersaing dalam suatu sektor, kesempatan yang sama harus diberikan untuk pengusaha jasa dari negara anggota WTO lainnya. Prinsip MFN berlaku untuk semua jenis jasa, kecuali yang secara khusus dan bersifat sementara dibolehkan untuk diperlakukan sebagai kekecualian.

2. Perlakuan Nasional (*National Treatment*)

Sebagaimana telah dikemukakan di dalam uraian mengenai asas ini dalam GATT, bahwa prinsip Perlakuan Nasional antara GATT, GATS dan TRIPs berbeda dalam implementasinya. Dalam GATS perlakuan nasional hanya berlaku pada sektor di mana negara telah membuat komitmen spesifik (*specific of commitment*).

3. Transparansi

Transparansi disini bahwa setiap anggota wajib bersikap terbuka terhadap kebijakan perdagangan jasa. Karenanya dalam GATS memberikan suatu arahan agar setiap pemerintah menerbitkan dan memberitahukan semua jenis peraturan dan hukum yang terkait dengan bidang jasa. Setiap pemerintah harus membentuk pusat informasi (*inquiry point*) dalam struktur birokrasi mereka. *Inquiry point* tersebut merupakan badan yang dapat memberikan informasi mengenai peraturan-peraturan di bidang jasa kepada perusahaan asing

dan pemerintah-pemerintah negara anggota WTO. Badan ini juga harus memberitahu WTO apabila terjadi perubahan dalam peraturan yang diterapkan dalam sektor jasa yang berada di bawah komitmen spesifik negara yang bersangkutan.

4. Komitmen-komitmen Spesifik (*specific of commitment*)

Komitmen spesifik suatu negara adalah merupakan pengecualian terhadap asas national treatment. Komitemen ini dibuat dalam suatu “skedul” (*schedule of commitment*) yang terdiri dari daftar-daftar sektor-sektor yang dibuka, seberapa besar akses pasar diberikan untuk sektor-sektor tersebut (contohnya, apabila terdapat pembatasan atas kepemilikan asing), dan pembatasan akibat perlakuan nasional (apabila ada beberapa hak yang diberikan kepada perusahaan domestik tetapi tidak diberikan kepada perusahaan asing).

Melalui serangkaian perundingan, suatu negara memberikan komitmen mengenai pembukaan pasar sektor-sektor tertentu dan bagaimana pasar tersebut akan dibuka. Komitmen-komitmen tersebut bersifat mengikat, yang dapat diubah jika telah dilakukan serangkaian perundingan dengan negara-negara yang dirugikan dan pemberian kompensasi sebagai akibat perubahan komitmen tersebut. Komitmen menjadi jaminan bagi para eksportir maupun importir asing serta para investor yang bergerak di bidang jasa untuk melakukan kegiatan bisnisnya.

5. Peraturan Yang Obyektif dan Dapat Dipertanggung-jawabkan

Peraturan mengenai jasa di tingkat domestik sangat penting karena merupakan ketentuan yang secara efektif mengatur bidang jasa. Oleh karena itu peraturan tersebut harus dibuat sedemikian rupa sehingga masuk akal, obyektif dan tidak memihak. Bahkan ketika pemerintah membuat kebijakan administratif yang mempengaruhi sektor jasa, maka pemerintah harus mempunyai badan atau mekanisme yang dapat menilai kebijakan tersebut secara imparial.

6. Pengakuan

Bilamana dua pemerintah atau lebih memiliki persetujuan mengenai kualifikasi yang dimiliki masing-masing pihak (contohnya, lisensi dan sertifikasi usahan bidang jasa), GATS menyatakan anggota yang lain harus diberikan kesempatan untuk berunding mengenai pembentukan suatu perjanjian yang serupa. Pengakuan kualifikasi terhadap negara lain harus bersifat non-diskriminatif dan tidak mengandung proteksionisme terselubung. Persetujuan-persetujuan yang diakui seperti tersebut di atas harus segera dilaporkan ke WTO.

7. Pembayaran dan Transfer Internasional (*International Transfer and Payment*)

Sekali suatu pemerintah membuat komitmen untuk membuka sektor jasa kepada pesaing dari luar negeri, maka pemerintah tersebut tidak boleh membatasi transfer uang yang sedang dikirimkan ke luar untuk jasa yang telah diberikan tersebut. Pengecualian dapat terjadi bila timbul kesulitan dalam neraca pembayaran. Pengecualian tersebut harus dengan syarat/ketentuan yang ketat dan bersifat sementara.

8. Liberalisasi Progresif

Banyak hal dalam GATS yang memerlukan dilakukannya perundingan-perundingan lebih lanjut, karena hasil Putaran Uruguay hanya merupakan tahap awal. Tujuannya untuk membawa proses liberalisasi lebih lanjut dengan meningkatkan jumlah dan cakupan komitmen yang terdapat dalam *schedule of commitment*.¹⁵⁷

Jika dibandingkan dengan perdagangan barang yang mudah dipahami, maka perdagangan sektor jasa lebih beragam. Perusahaan telepon, bank, perusahaan penerbangan, dan kantor akuntansi memberikan jasa mereka dalam bentuk yang berbeda sama sekali. GATS merefleksikan keberagaman tersebut.¹⁵⁸

Setiap negara anggota diminta untuk mendaftarkan komitmen-komitmen yang spesifik dalam sektor jasa dan aktivitas-aktivitas yang terkait dengan sektor-sektor tersebut. Komitmen-komitmen tersebut menjamin akses pasar pada sektor-sektor yang didaftarkan dan juga memuat batasan-batasan (*limitation*) akses pasar serta perlakuan nasional untuk komitmen tertentu.

Sebagai contoh, jika suatu negara memberikan komitmen untuk membuka pasar domestiknya bagi perusahaan jasa layanan pos asing, hal ini

¹⁵⁷ Lihat Direktorat Perdagangan dan Perindustrian Multilateral, Dirjen Multilateral Ekonomi, Keuangan dan Perdagangan Deplu RI, Sekilas WTO, Loc. Cit., hlm. 31-33.

¹⁵⁸ Lihat Direktorat Perdagangan dan Perindustrian Multilateral, Dirjen MEKP Deplu RI, Sekilas WTO, hlm. 32-33, menguraikan mengenai refleksi keberagaman pengaturan bidang jasa angkutan udara, jasa keuangan, perpindahan manusia, dan telekomunikasi. Pengaturan tersebut senmuanya merupakan lampiran dari GATS. Dalam lampiran GATS misalnya tidak

berarti negara tersebut memberikan komitmen akses pasar di bidang finansial. Namun jika negara tersebut membatasi jumlah izin yang diberikan maka disebut sebagai batasan akses pasar (*market acces limitations*). Begitu pula, jika hanya memberi izin untuk pembukaan satu kantor cabang perusahaan asing tersebut, padahal pada saat yang bersamaan pemerintah tersebut memberikan izin kepada perusahaan jasa layanan pos untuk membuka banyak kantor cabang, maka hal ini dianggap pengecualian terhadap prinsip perlakuan nasional (*national treatment*).

Sejalan dengan perkembangan perdagangan dunia, maka dalam wilayah region juga muncul kawasan-kawasan perdagangan bebas. Di lingkungan ASEAN dan regional pasific juga telah muncul blok perdagangan. ASEAN Free Trade Area (AFTA) misalnya, adalah merupakan wujud dari kesepakatan dari negara-negara ASEAN untuk membentuk suatu kawasan bebas perdagangan dalam rangka meningkatkan daya saing ekonomi kawasan regional ASEAN. Kawasan ini tujuannya adalah untuk menjadikan ASEAN sebagai basis produksi dunia serta menciptakan pasar regional bagi 500 juta penduduknya.

AFTA dibentuk pada waktu Konperensi Tingkat Tinggi (KTT) ASEAN ke IV di Singapura tahun 1992. Target untuk menjadikan ASEAN FreeTrade Area (AFTA) sebagai kawasan bebas perdagangan dalam rangka meningkatkan daya saing ekonomi kawasan regional ASEAN akan dicapai dalam waktu 15 tahun (1993-2008), kemudian dipercepat menjadi tahun

mengatur mengenai pengaturan hak penggunaan jalur lintas udara, hal tersebut diserahkan kepada perjanjian bilateral antar negara.

2003, dan terakhir dipercepat lagi menjadi tahun 2002. Jadi dari sisi pencapaian target waktu, sebetulnya kawasan ASEAN sudah menjadi kawasan perdagangan bebas sejak tahun 2002.

Skema Common Effective Preferential Tariffs For ASEAN Free Trade Area (CEPT-AFTA) merupakan suatu skema untuk mewujudkan AFTA melalui penurunan tarif hingga menjadi 0-5%, penghapusan pembatasan kuantitatif dan hambatan-hambatan non tarif lainnya.

Perkembangan terakhir yang terkait dengan AFTA adalah adanya kesepakatan untuk menghapuskan semua bea masuk impor barang bagi Brunai Darussalam pada tahun 2010, Indonesia, Malaysia, Philipines, Singapura dan Thailand, dan bagi Cambodia, Laos, Myanmar dan Vietnam pada tahun 2015.

Pembentukan kawasan perdagangan bebas ASEAN tujuannya lebih meningkatkan investasi dari pada perdagangan intra ASEAN.¹⁵⁹ Logika ini dapat diterima karena ASEAN termasuk yang memiliki potensi sumber daya alam yang menjanjikan dan memiliki sumber daya manusia yang relatif murah. Untuk itu perlu saling pengertian diantara negara-negara ASEAN sesuai dengan spirit ASEAN, sehingga tidak terjadi persaingan yang tidak perlu.

Suatu kawasan yang lebih luas dari AFTA adalah Asia Pasific Economic Cooperation-APEC merupakan forum yang terbentuk dan perkembangannya dipengaruhi antara lain oleh kondisi politik dan ekonomi

¹⁵⁹ R. Hendra Hakwani, *Ekonomi Internasional...*, Loc.Cit., hlm. 256.

dunia saat itu yang berubah secara cepat di Uni Soviet dan Eropa Timur, kekhawatiran gagalnya perundingan Putaran Uruguay yang akan menimbulkan proteksionisme dengan munculnya kelompok regional serta timbulnya kecenderungan saling ketergantungan diantara negara-negara di kawasan Asia Pasifik. Forum yang dibentuk tahun 1989 di Canberra-Australia ini telah melaksanakan langkah besar dalam menggalang kerjasama ekonomi sehingga menjadi suatu forum konsultasi, dialog dan sebagai lembaga informal yang kerjasama ekonominya berpedoman melalui pendekatan liberalisasi bersama berdasarkan sukarela, melakukan inisiatif secara kolektif dan untuk mendukung keberhasilannya dilakukan konsultasi yang intensif terus menerus diantara 21 ekonomi anggota.

Pada awalnya terdapat 12 negara sebagai pendiri yaitu Australia, Brunei Darussalam, Kanada, Indonesia, Jepang, Republik Korea, Malaysia, Selandia Baru, Filipina, Singapura, Thailand, dan Amerika Serikat. Sejak saat itu telah menjadi wahana utama di kawasan Asia Pasifik dalam meningkatkan keterbukaan dan praktek kerjasama ekonomi sehingga dapat menarik masukan beberapa negara yaitu Republik Rakyat China, Hongkong-Cina dan Chinese-Taipe untuk bergabung pada tahun 1991 yang kemudian disusul masuknya Meksiko dan Papua New Guinea tahun 1993 serta Chili pada tahun 1994. Tiga ekonomi anggota terakhir yaitu Federasi Rusia, Peru dan Vietnam bergabung dalam forum APEC tahun 1998.

Dalam perkembangannya APEC memiliki peran cukup strategis dengan penduduk sekitar 2 milyar jiwa atau lebih dari 40% populasi dunia

dan mewakili 45% nilai perdagangan dunia (1996) – sebuah pasar potensial untuk perdagangan barang, jasa dan sumber daya manusia. Realisasi pertumbuhan GDP APEC tahun 2000 sebesar 4.1% berarti relatif sedikit lebih rendah dari pertumbuhan GDP dunia yang sebesar 4.7%, disamping itu APEC juga memiliki arti penting dalam rangka pembangunan nasional karena mewakili 69.1% pasar ekspor non-migas dan merupakan 63.3% sumber impor non-migas Indonesia masing-masing tahun 2000.

Penguatan infrastruktur forum kerjasama APEC secara intensif, maka akan semakin kuat dan tangguh di kawasan. Forum ini diharapkan menjadi pelopor dalam pelaksanaan putaran uruguay, khususnya untuk mencapai sistem perdagangan yang adil, terbuka dan transparan dalam mempertahankan serta meningkatkan pertumbuhan ekonomi regional dan global. Mengingat pentingnya peranan APEC dalam rangka memberikan dukungan terhadap sistem perdagangan dimaksud dalam menunjang pertumbuhan ekonomi regional dan global di kawasan, Para Pemimpin Ekonomi APEC telah mengesahkan sejumlah Deklarasi yang memuat kesepakatan-kesepakatan yang signifikan terhadap perkembangannya antara lain mengenai VISI APEC, Bogor Goals, Osaka Actions Agenda (OAA) – yang memberikan arahan atau pedoman kerjasama APEC, dan tahun 1996 meluncurkan fase implementasi daripada OAA dalam bentuk MAPA (*Manila Action Plans For APEC*). Tindakan konkrit lain yaitu berupa implementasi Rencana Aksi Kolektif (RAK) maupun Rencana Aksi Individu (RAI) oleh seluruh anggotanya, sehingga penjabaran secara keseluruhan

terhadap langkah-langkah implementasi dalam melakukan liberalisme ekonomi.

Implementasi kerjasama ekonomi dan teknik yang terkait dengan bidang perdagangan dan investasi, sesungguhnya baru berlangsung dalam 6 tahun terakhir sejak disahkannya MAPA, namun demikian dengan waktu yang singkat APEC berhasil mencatat berbagai kemajuan yang berarti dalam rangka memperlancar arus barang, jasa, investasi dan mobilitasi para pelaku usaha di kawasan yang dapat dimanfaatkan oleh pemerintah, dunia usaha dan para pihak yang terkait untuk mengetahui perkembangan berbagai kesepakatan terakhir kerjasama ekonomi khususnya dalam mengantisipasi perdagangan bebas APEC.

Kembali kepada persoalan tentang dampak dari kesepakatan GATT, bagi iklim perdagangan internasional Indonesia, adalah dapat mendorong persaingan yang terbuka, mendorong reformasi pembangunan dan ekonomi, meningkatkan prediktabilitas, mendorong perdagangan yang lebih terbuka.¹⁶⁰ Dampak lain dari kesepakatan tersebut membawa implikasi bagi kepastian dalam perdagangan internasional. Akibatnya mengurangi ketidakpastian perekonomian dunia dan mengurangi kekhawatiran adanya proteksi bagi negara berkembang, serta dapat meningkatkan perdagangan, pendapatan, dan investasi. Persoalannya sekarang adalah, apakah Indonesia dapat memanfaatkan peningkatan hubungan perdagangan ini, kuncinya

¹⁶⁰ Direktorat, Loc. Cit. hlm. 4-6.

terletak pada daya saing Indonesia dibanding dengan negara berkembang lainnya, seperti RRC, Thailand, Malaysia, dan India.

Langkah yang harus dilakukan adalah, bahwa perusahaan Indonesia tidak boleh lagi mengandalkan pada perlakuan istimewa dari pemerintah, seperti kemudahan kredit, perusahaan harus meningkatkan efisiensi dan efektivitas serta inovasi dalam mengembangkan usahanya. Pengaruh dari kesepakatan GATT dapat dikelompokkan ke dalam pengaturan yang menyangkut:

1. Perdagangan produk-produk pertanian, tekstil, garmen dan produk-produk manufaktur pada umumnya;
2. Perdagangan dan jasa;
3. Investasi yang terkait dengan perdagangan (TRIMs/Trade Related Investment Measures);
4. Hak milik intelektual yang terkait dengan perdagangan (TRIPs/Trade related intellectual Property Right).¹⁶¹

2. Masalah Hambatan Investasi dalam Pengaturan TRIM's

Pengaturan hukum penanaman modal, khususnya asing melalui mekanisme hukum internasional mengalami kelambatan yang disebabkan tiadanya lembaga khusus yang memformulasikan hukum internasional di bidang penanaman modal. Terdapat 4 (empat) bidang utama dari hukum internasional yang mengatur ketentuan penanaman modal, yaitu:

¹⁶¹ R. Hendra Halwani, *Ekonomi Internasional*, Loc. Cit., hlm. 354.

- a. Hukum internasional yang mengatur perlindungan investor dan harta miliknya;
- b. Hukum internasional yang mengatur hubungan atau transaksi bilateral antara dua negara yang disebut juga sebagai bilateral investment treaty (BIT);
- c. Hukum internasional yang mengatur upaya-upaya penanaman modal di suatu wilayah (region) tertentu. Upaya ini sebagai reaksi dari ketidakpuasan terhadap hukum internasional yang melindungi investor dan harta miliknya. Termasuk dalam hal ini adalah prinsip pembayaran ganti rugi manakala terjadi nasionalisasi penanaman modal asing.¹⁶²
- d. Berkembangnya aturan hukum internasional baru yang mengatur upaya-upaya penanaman modal yang terkait dengan perdagangan internasional (*The Trade Related Investment Measures/TRIMs*) dalam kerangka WTO.¹⁶³

Indonesia sendiri, sejak dibukanya arus penanaman modal asing pada tahun 1967, telah banyak muncul berbagai perusahaan asing yang menanamkan investasinya. Sejak saat itu pula muncul berbagai persoalan yang berkaitan dengan kegiatan investasi, terutama investasi asing. Terdapat dua kepentingan yang berbeda antara kegiatan penanaman modal asing

¹⁶² Prinsip ganti rugi dalam hukum internasional menggunakan asas prompt, efektif, dan adekuat. Indonesia tidak memakai asas ini ketika kasus nasionalisasi perusahaan milik Belanda pada tahun 1958, Pengadilan Internasional di Bremen, memutuskan bahwa sesuai dengan argumentasi yang dikemukakan delegasi Indonesia yang dipimpin oleh Mochtar Kusumaatmadja, beban ganti rugi yang harus dibayar oleh Pemerintah Indonesia tidak berdasarkan prinsip prompt, efektif, dan adekuat, tetapi didasarkan pada kemampuan negara yang baru merdeka.

¹⁶³ Huala Adolf, *Perjanjian Penanaman Modal dalam Hukum Perdagangan Internasional (WTO)*, Radja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 3-4.

dengan pihak negara penerima. Pada umumnya investasi asing diperankan oleh negara-negara maju yang menginginkan adanya keterbukaan, dan dihilangkannya semua kebijakan yang memberingan hambatan bagi kegiatan investasi. Pada sisi lain bagi negara penerima seringkali kegiatan investasi dikaitkan dengan kebijakan pembangunan.¹⁶⁴ Bagi investor (asing), tentunya mereka mengharapkan investasi yang ditanamkannya menghasilkan keuntungan dikemudian hari. Terhadap kenyataan ini, tentunya pihak investor menginginkan adanya perlindungan hukum. Masyarakat internasional merespon persoalan ini, yaitu dengan dimasukkannya masalah perlindungan investasi dalam GATT sebagaimana yang termuat dalam Annex IB perjanjian Marrakes tahun 1994. Dalam konvensi tersebut segi-segi investasi yang ada dampaknya terhadap arus perdagangan telah menjadi agenda pembahasan dan menghasilkan suatu persetujuan tentang aturan-aturan investasi yang menyangkut perdagangan (Agreement on Trade Related investment Measures atau TRIMs). TRIMs adalah semua ketentuan dan peraturan di bidang penanaman modal yang dapat mengganggu atau menghambat terlaksananya perdagangan bebas barang dagangan. Inti daripada pengaturan TRIMs 1994 sebenarnya pada hakekatnya sama dengan Pasal III dan XI GATT 1947 dan 1994 yang melarang adanya peraturan-peraturan investasi yang dapat mengganggu atau

¹⁶⁴ Lihat Huala Adolf, *Perjanjian penanaman Modal*, Ibid, hlm. 8-18. Dalam halaman tersebut menguraikan kebijakan investasi di negara berkembang dan negara maju. Yang pada intinya ada beberapa titik pandang yang berbeda. Di Negara berkembang dalam memperkecil dampak negatif dari kegiatan investasi, maka perlu ada pembatasan bagi perusahaan besar. Bagi negara maju juga sebetulnya terdapat rintangan, yaitu berupa beberapa sektor ditutup bagi PMA, atau tingkat keikutsertaannya dibatasi pada sektor tertentu.

menghambat lancarnya perdagangan bebas barang-barang. Persetujuan TRIMs 1994 dapat dianggap sebagai penegasan kembali ketentuan tadi, dan sekaligus memuat kelonggaran-kelonggaran selama masa peralihan yang diberikan kepada negara penandatangan untuk memenuhi ketentuan tentang GATT yang menyangkut penanaman modal.

Masa peralihan yang diberikan untuk menghapuskan TRIMs yang bertentangan dengan ketentuan nasional treatment dan penghapusan hambatan kuantitatif (*quantitative restriction*) adalah dua tahun sejak berlakunya persetujuan WTO untuk negara maju, lima tahun untuk negara berkembang, dan 7 tahun untuk negara berkembang yang terbelakang (Pasal 4). Jadi apabila memperhatikan ketentuan tersebut, maka sejak tahun 2003 tidak boleh lagi ada hambatan dalam kerangka TRIMs tersebut. Perlu dikatakan bahwa persetujuan TRIMs tidak mengatur kebijaksanaan penanaman modal. Kebijakan tersebut diserahkan kepada setiap negara secara mutlak.

Apabila atas permintaan suatu anggota Council for Trade and Goods boleh memperpanjang masa peralihan (*transition period*) untuk penghapusan TRIMs sebagaimana diuraikan di atas, untuk suatu negara berkembang atau terbelakang, karena mereka mengalami suatu kesulitan dalam melaksanakan ketentuan-ketentuan TRIMs. Dalam pertimbangan demikian Council for Trade and Goods akan memperhatikan perkembangan anggota yang bersangkutan, termasuk kebutuhan-kebutuhan keuangan dan perdagangannya.

Konkretnya dari TRIMs pada intinya adalah dapat dilihat dalam “Illustrative list” sebagaimana dapat dilihat dalam ANNEX TRIMs. Berikut ini dikemukakan Illustrative List sebagai berikut: Annex Illustrative List TRIMs Agreement:

1. *TRIMs that are inconsistent with the obligation of national treatment provided for in paragraph 4 of Article III of GATT 1994 include those which are mandatory or enforceable under domestic law or under administrative rulings, or compliance with which is necessary to obtain an advantage, and which require:*
 - (a) *the purchase or use by an enterprise of products of domestic origin or from any domestic source, whether specified in terms of particular products in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume or value of its local production; or*
 - (b) *that an enterprise's purchases or use of imported products be limited to an amount related to the volume or value of local products that it exports.*
2. *TRIMs that are inconsistent with the obligation of general elimination of quantitative restrictions provided for in paragraph 1 of Article XI of GATT 1994 include those which are mandatory or enforceable under domestic law or under administrative rulings, or compliance with which is necessary to obtain an advantage, and which restrict:*
 - (a) *the importation by an enterprise of products used in or related to its local production, generally or to an amount related to the volume or value of local production that it exports;*
 - (b) *the importation by an enterprise of products used in or related to its local production by restricting its access to foreign exchange to an amount related to the foreign exchange inflows attributable to the enterprise; or*
 - (c) *the exportation or sale for export by an enterprise of products, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume or value of its local production.*

Pokok uraian tersebut intinya merupakan pembatasan penetapan keharusan memakai komponen lokal dalam proses produksi industri. Tindakan memakai komponen lokal biasanya dilakukan dengan jalan:

1. Membatasi impor produk-produk yang dipakai dalam proses produksi atau terkait dengan volume produksi lokal atau senilai produksi yang diekspor perusahaan yang bersangkutan.

2. Membatasi impor produk-produk yang dipakai dalam atau terkait dengan produksi lokal dengan membatasi tersedianya devisa luar negeri sampai sejumlah yang dimasukkan oleh perusahaan itu.
3. Membatasi ekspor atau penjualan untuk ekspor, baik menurut golongan-golongan produknya, menurut volume atau nilai atau menurut perbandingan volume atau nilai dan produksi dalam negeri perusahaan yang bersangkutan.¹⁶⁵

Tindakan di bidang investasi yang dapat digolongkan ke dalam TRIM's sebagaimana dapat dilihat dalam An Illustrative List Of TRIMs in Box 24. Dari daftar tersebut terdapat 5 tindakan TRIMs yang tidak dibolehkan, yaitu menyangkut keharusan memakai komponen local (*local requirements*), keseimbangan perdagangan (*trade balancing requirements*), *trade balancing requirements constituting restrictions on imports, exchange restrictions resulting in restrictions on imports, domestic sales requirements involving restrictions on export.*¹⁶⁶

¹⁶⁵ Mochtar Kusumaatmadja, *Investasi di Indonesia Dalam kaitannya Dengan Pelaksanaan Perjanjian Hasil Putaran Uruguay*, Makalah Disampaikan dalam Acara Diskusi di Unpad, 1995, hlm. 10-11.

¹⁶⁶ Patrick Low and Arvind Subramanian, "TRIMs in the Uruguay Round: An Unfinished Business": Paper World Bank, 26-27 January 1995. Berikut ini Box 24 An Illustrative List of TRIMs: *Local content requirements (LCRs). Impose the use of a certain amount of local inputs in production. Trade-balancing requirements. Oblige imports to be equivalent to a certain proportion of exports. Foreign exchange balancing requirements. Stipulate that the foreign exchange made available for imports should be a certain proportion of the value of foreign exchange brought in by the firm from exports and other sources. Exchange restrictions. Restrict access to foreign exchange and hence restrict imports. Domestic sales requirements. Require a company to sell a certain proportion of its output locally, which amounts to a restriction on exportation. Manufacturing requirements. Require certain products to be manufactured locally. Export performance requirements (EPRs). Stipulate that a certain proportion of production should be exported. Product mandating requirements. Oblige an investor to supply certain markets with a designated product or products manufactured from a specified facility or operation. Manufacturing limitations. Prevent companies from manufacturing certain products or product lines in the host country. Technology transfer requirements. Require specified technologies to be transferred on non-commercial terms and/or specific levels and types of research and development (R & D) to be conducted locally. Licensing requirements. Oblige the investor to license technologies similar or unrelated to those it uses in the home country to host country firms. Remittance restrictions. Restrict the right of a foreign investor to repatriate returns from an investment. Local equity requirements. Specify that a certain percentage of a firm's equity should be held by local investors.*

Oleh Mochtar Kusumaatmadja, tindakan di bidang investasi yang dapat digolongkan ke dalam TRIM's dikemukakan sebagai berikut:

- a. Keharusan memakai komponen lokal;
- b. Persyaratan penggunaan bahan baku, bahan setengah jadi, komponen dan suku cadang buatan dalam negeri dalam suatu kegiatan usaha atau dalam produksi suatu barang, baik yang diproduksi sendiri maupun yang diperoleh dari perusahaan lain di dalam negeri (products/content requirements)
- c. Persyaratan ekspor yang dikaitkan dengan investasi (export requirement);
- d. Persyaratan keseimbangan perdagangan (trade balancing requirements);
- e. Pembatasan kapasitas produksi (manufacturing limitations);
- f. Ketentuan jenis produksi (manufacturing requirements);
- g. Keharusan membuat produk tertentu (mandatory product requirements);
- h. Pembatasan transfer devisa (remittance limitations);
- i. Persyaratan alih teknologi (technology transfer requirements);
- j. Keharusan penggunaan lisensi dalam produksi (licensing requirements),
- k. Persyaratan komposisi pemilikan saham antar partner asing dan partner lokal (local equity requirements);
- l. Incentives.¹⁶⁷

Penandatanganan terhadap kesepakatan internasional tersebut perlu usaha konkret, kalau tidak akan menjadi sia-sia. Untuk itu perlu melakukan usaha-usaha konkret, antara lain:

1. Keamanan berinvestasi yang sering dikaitkan dengan stabilitas politik;
2. Bahaya tindakan nasionalisasi yang berkaitan dengan ganti rugi;
3. Repatriasi keuntungan dan modal dan konvertibilitas mata uang;
4. Penghindaran pajak berganda;
5. Masuknya dan tinggalnya staff atau ahli yang diperlukan;
6. Penyelesaian sengketa;
7. Perlakuan yang sama terhadap investor asing dengan investor domestik,
8. Insentif untuk penanam modal;
9. Transparansi;
10. Kepastian hukum termasuk penegakan hukumnya.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Mochtar Kusumaatmadja, *Investasi di Indonesia ...* ", Ibid., hlm. 13.

¹⁶⁸ Ibid, hlm. 13.

Dari persoalan di atas, bagi Indonesia yang sering muncul persoalan adalah masalah kepastian dan penegakan hukum. Namun disisi lain TRIMs juga sering menjadi hambatan bagi negara-negara yang telah berhasil membangun industrinya. Hambatan itu muncul ketika dihadapkan kepada persoalan munculnya produk-produk baru dari negara industri penanam modal. Persoalan itu menyangkut persaingan antara produk lokal dan produk baru dari negara penanam modal.

3. Jaminan Investasi dalam Kontek MIGA dan ICSID

Selain dikenal adanya pengaturan mengenai keharusan untuk menghilangkan pembatasan keharusan untuk menyediakan komponen lokal, adalah perlindungan dan berbagai persoalan yang berkaitan dengan keamanan investasi. Lembaga Internasional ini dikenal dengan singkatan MIGA (*Multilateral Investment Guarancy Agency*). Indonesia meratifikasi konvensi ini dengan Keputusan Presiden RI No. 31 Tahun 1986 tanggal 18 Juli Tahun 1986. Lembaga ini di prakarsai oleh Bank Dunia (*Internasional Bank for Recontruction and Development*). MIGA lahir untuk menyelesaikan persoalan-persoalan investasi, yaitu tindakan-tindakan yang membahayakan kegiatan investasi, misalnya nasionalisasi, kerusuhan sosial, dan pengambilalihan. Kelahiran MIGA juga dimaksudkan untuk memberikan jaminan terhadap kemungkinan terjadinya kegiatan non komersial, memberikan perlindungan bagi kegiatan promosi jaminan risiko, termasuk pembatasan transfer mata uang atau ingkar janji kontrak. Dengan kata lain, secara umum MIGA dimaksudkan untuk merangsang masuknya

investasi asing ke negara-negara berkembang dan antara negara peserta konvensi. Pada akhirnya dapat membina hubungan baik dan pengertian timbal balik serta menumbuhkan kepercayaan antara pemerintah tuan rumah dengan para investor asing, menambah informasi, keahlian, dan keterampilan yang ada hubungannya dengan proses penanaman modal.¹⁶⁹

Kegiatan yang dapat dilindungi dalam kerangka MIGA, seperti risiko transfer mata uang, ekspropriasi dan tindakan semacamnya, risiko akibat ingkar janji, risiko akibat perang dan kerusuhan sosial.

Risiko Transfer mata uang sebagaimana tertuang dalam Pasal 11(a)

(i) dikatakan: Currency Transfer:

“any introduction attributable to the host government of restrictions on the transfer outside the host country of its currency into a freely usable currency or another currency acceptable to the holder of the guarantee, including a failure of the host government to act within a reasonable period of time on an application by such holder for such transfer”.

Risiko transfer tersebut terdiri dari 3 komponen, yaitu:¹⁷⁰

1. Risiko konversi;
2. Risiko transfer;
3. Risiko keterlambatan.

Risiko konversi (*inconvertibility*) adalah larangan untuk mengkonversi mata uang lokal ke mata uang asing, atau mengkonversi mata uang lokal ke mata uang asing lain yang disetujui oleh pemilik uang. Risiko transfer (*transfer risk*) adalah larangan untuk mentransfer uang yang sudah dikonversi ke luar negeri. Risiko keterlambatan adalah keterlambatan dari

¹⁶⁹ D. Sidik Suraputra, *ICSID dan MIGA; Lembaga Internasional Untuk Meningkatkan Arus Penanaman Modal*, Jurnal Hukum Bisnis, Volume 8 Tahun 1999, hlm. 66.

pemerintah tuan rumah dalam jangka waktu yang layak, memberi izin sejak permohonan diajukan pada instansi yang berwenang untuk mengkonversi pada uang asing dan atau mentransfer uang yang sudah dikonversi ke luar negeri.

Pasal 11(a) (ii) mengatakan:

“Any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment with the exception of non-discriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories”.

Dalam rumusan tersebut dirumuskan secara umum mengenai pembatasan ekspropriasi, sebagai tindakan maupun kelalaian dari badan pemerintah dan badan legislatif, yang berdampak menghilangkan dari pemegang jaminan asuransi, kepemilikan atau pengawasan dari perusahaan, atau kehilangan keuntungan yang substansial dari investasinya. Dikecualikan dari tindakan ekspropriasi, bilamana tindakan pemerintah tuan rumah tidak diskriminatif dan berlaku umum. Tindakan ini biasanya dilakukan oleh pemerintah untuk mengatur kegiatan ekonomi dalam wilayahnya masing-masing. Dengan demikian, jaminan asuransi dapat meliputi seluruh tindakan maupun kelalaian dari badan administratif dan badan legislatif sejauhmana tindakan dan kelalaian tersebut dapat dipertanggung jawabkan pada pemerintah tuan rumah. Tindakan ini dapat diperluas terhadap tindakan yang dilakukan oleh pihak ketiga, atas

¹⁷⁰ D. Sidik Suraputra, Ibid., hlm. 66

pengarahan dari persetujuan dan pemerintah tuan rumah. Istilah dari “pemerintah tuan rumah” ini, termasuk semua tindakan penguasa publik (*public authority*) dan dapat diperluas pada pemerintahan de facto.¹⁷¹

Jaminan asuransi dari tindakan ekspropriasi tidak termasuk semua tindakan dari pemerintah tuan rumah sebagai pelaksana peraturan hukum, dengan syarat (a) tidak melakukan tindakan diskriminatif terhadap investor dan berlaku umum, (b) tindakan tersebut biasa diambil pemerintah untuk mengatur kegiatan ekonomi atau memelihara keamanan publik dan (c) dilakukan dengan itikad baik, yaitu tidak dengan maksud menimbulkan dampak ekspropriasi terhadap investor. Apabila pemerintah tuan rumah menyimpang dari ketentuan tersebut, maka tindakan pemerintah tuan rumah akan kembali dianggap sebagai tindakan ekspropriasi.

Apabila pembatasan yang layak dari jaminan asuransi ekspropriasi sukar diperhitungkan, maka MIGA dapat mengambil kebijaksanaan sesuai dengan praktek asuransi investasi dari perusahaan asuransi swasta maupun publik yaitu dengan memberi kompensasi menyeluruh (*total loss*) dari seluruh penanaman modal yang dijamin. Meskipun demikian, dimana kebanyakan perusahaan asuransi menerapkan praktek *all or nothing* secara umum. MIGA sendiri diharapkan dapat memberi jaminan asuransi selain dari kerugian menyeluruh, juga dapat memberi jaminan bagi kerugian sebagian (*partial loss*). Sebagai contoh apabila terjadi kerugian sehubungan dengan sebagian dari hak maupun kepentingan investor yang dapat

¹⁷¹ Ibid., hlm. 67

diperhitungkan dengan uang. Seperti kerugian yang terjadi, karena ada ketentuan yang memaksa investor untuk melepas sebagian dari sahamnya. Maka dengan demikian, MIGA dapat memberi jaminan asuransi dari kerugian, sebagian atau seluruhnya apabila terjadi pencabutan permanen hak-hak dasar (*fundamental rights*) dari investor, maupun ekspropriasi dari dana-dana atau aset-aset berwujud lainnya, dan apabila perusahaan sama sekali tidak mampu melaksanakan kewajibannya, sebagaimana disyaratkan dalam perjanjian antara pemerintah tuan rumah dengan investor.

Dalam Pasal 11 a (iv) Konvensi MIGA dikatakan:

War and Civil Disturbance:

“Any military action or civil disturbance in any territory of the host country to which this Convention shall be applicable as provided in Article 66”.

Rumusan tersebut menyatakan bahwa Konvensi ini akan berlaku terhadap setiap tindakan militer atau peristiwa kerusuhan sosial, dan dengan merujuk pada Pasal 66 dari Konvensi. Pasal 66 berbunyi *“This Convention shall apply to all territories under the jurisdiction of a member including the territories for whose international relations a member is responsible, except those which are excluded by such member by written notice to the depository of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval or subsequently”.*

Dengan demikian Konvensi juga berlaku pada semua wilayah di bawah yurisdiksi negara peserta, termasuk wilayah dimana negara peserta bertanggungjawab mengenai hubungan luar negerinya. Terhadap ketentuan

tersebut memang terdapat kekecualian, yaitu apabila negara peserta Konvensi secara tegas mengecualikan wilayah tersebut di luar kewenangan Konvensi, caranya dengan menyampaikan pemberitahuan secara tertulis pada MIGA, pada waktu meratifikasi, penerimaan, atau persetujuan dari konvensi maupun sesudahnya.

Pasal 11(b) konvensi MIGA mengatakan *“Upon the joint application of the investor and the host country the Board, by special majority, may approve the extension of coverage under this article to specific non-commercial risks other than those referred to in section (a) above, but in no case to the risk of devaluation or depreciation of currency”*. Dengan demikian jaminan asuransi dapat diperluas pada kerugian yang disebabkan oleh perbuatan suatu kelompok yang mempunyai kepentingan khusus. Kepentingan khusus tersebut seperti kerugian yang diakibatkan adanya demonstrasi mahasiswa, demonstrasi buruh, atau kejahatan yang ditujukan pada investor atau pada proyek investasi, seperti perbuatan sabotase, terorisme dan penculikan. Namun jaminan tidak dapat diberikan atas dasar jaminan peperangan dan kerusuhan sosial.

Jaminan asuransi MIGA, dapat terjadi dalam semua tindakan, termasuk tindakan yang terjadi di luar wilayah investasi tetapi memiliki akses langsung terhadap berlangsungnya proyek dalam rangka penanaman modal. Peristiwa ini dapat terjadi pada suatu proyek investasi yang lokasinya dekat dengan perbatasan dari negara yang sedang perang, dan sengketa bersenjata kemudian berlangsung di wilayah negara tuan rumah.

MIGA juga dapat diberikan terhadap perlindungan bagi negara yang tidak berpantai, yaitu hubungan angkutan kendaraan dari suatu negara yang tidak langsung berbatasan dengan negara tuan rumah, dengan syarat bahwa hubungan tersebut adalah penting untuk kelangsungan investasi. Perlindungan tersebut penting, karena produksinya harus diangkut dengan kereta melalui negara tetangga ke pelabuhan dari negara ketiga. Maka di sini, MIGA dapat memberikan perlindungan asuransi bagi kerugian yang ditimbulkan akibat adanya kerusakan terhadap fasilitas rel kereta api karena serangan udara, maupun kerusakan fasilitas pelabuhan.

Dapat dikatakan MIGA merupakan suatu konsep untuk mengantisipasi adanya kerugian dikemudian hari, sebagai akibat adanya berbagai persoalan dalam kegiatan penanaman modal. Dapat terjadi pula, bahwa sengketa itu akan muncul pada saat penanaman modal sedang berlangsung. Persoalan yang mungkin muncul adalah terjadinya wanprestasi diantara para pihak atau persoalan-persoalan lain yang mungkin muncul.

Untuk memberikan perlindungan hukum, mengenai penyelesaian persoalan dalam penanaman modal, khususnya modal asing, telah dibentuk suatu lembaga yang bernama Intemasional Center for Settlement of Invesment Disputes disingkat ICSID. Lembaga ini dibentuk oleh Bank Dunia yang mulai berlaku efektif pada tanggal 14 Oktober 1964. ICSID sendiri tidak secara langsung menyelesaikan sengketa, tetapi sengketa tersebut diserahkan pada Panitia Rekonsiliasi dan Dewan Arbitrasi.

Sengketa yang diselesaikan oleh ICSID adalah sengketa yang berkaitan langsung dengan kegiatan penanaman modal.

Pada umumnya negara sebagai pelaku utama dalam Hukum Internasional tidak dapat dipaksa untuk menyelesaikan perselisihannya di muka pengadilan internasional, dan tidak semua persoalan dapat diajukan ke hadapan pengadilan Internasional. Kesemuanya ini bersumber pada doktrin kedaulatan Negara, yaitu:

1. Hak dari Negara untuk menentukan di masa yang akan datang, kaidah Hukum Internasional mana yang dapat mengikatnya;
2. Hak untuk menentukan isi dan kaidah Hukum Internasional dalam suatu persoalan tertentu.¹⁷²

Aspek pertama berarti bahwa negara tidak terikat oleh suatu peraturan, kecuali kalau disetujui secara tegas atau diam-diam. Hal tersebut merupakan perwujudan dari doktrin positivisme. Aspek kedua berarti bahwa negara pada prinsipnya merupakan hakim yang menentukan, peraturan mana akan berlaku baginya. Ternyata bahwa doktrin kedaulatan negara tetap masih dianut oleh Bank Dunia.¹⁷³

ICSID menganut doktrin kedaulatan negara, sebagaimana juga Indonesia. Hal itu dapat dilihat dalam Pasal 25 (1) Konvensi Bank Dunia. Dalam pasal tersebut dikatakan, ICSID baru memperoleh yurisdiksi

¹⁷² D. Sidik Suraputra, Op. Cit. hlm., 66.

¹⁷³ Pengertian kedaulatan negara disini tidak diartikan dalam pengertian sebagaimana dikatakan oleh Jean Bodin, sebagai suatu pengertian yang utuh. Tetapi menganut konsep sebagaimana dikatakan oleh Mochtar Kusumaatmadja dalam bukunya Pengantar Hukum Internasional, Kedaulatan Negara adalah untuk melaksanakan kedaulatan dalam yuridiksinya dan berakhir manakala 6yuridiksi negara lain muncul.

terhadap sengketa, apabila setelah ada persetujuan tertulis dari kedua belah pihak. Jika kedua belah pihak telah menyatakan persetujuannya, tidak ada pihak manapun dapat menarik diri secara sepihak dari penyelesaian sengketa. Doktrin semacam demikian untuk hukum positif Indonesia dapat dilihat dalam Penjelasan Undang Undang No. 5 Tahun 1968.

Penyelesaian terhadap sengketa investasi harus disetujui secara tertulis oleh kedua belah pihak. artinya berarti Konvensi ini, walaupun telah berlaku untuk suatu negara, tetapi tidak merupakan suatu kewajiban bahwa setiap perselisihan tentang investasi harus diputuskan oleh Konvensi Bank Dunia. Jadi disini tetap memperhatikan prinsip-prinsip perjanjian yang harus ditaati oleh kedua belah pihak.

Dengan meratifikasi Konvensi Bank Dunia tidak menyebabkan negara peserta Konvensi, ditarik langsung pada Yurisdiksi ICSID. Perselisihan yang dapat diselesaikan oleh ICSID hanya yang merupakan sengketa hukum yang timbul dari penanaman modal, dan ICSID tidak mempunyai yurisdiksi terhadap perselisihan kepentingan (*Conflict of interest*). Dengan demikian, setiap perselisihan dapat diselesaikan oleh ICSID. Hal ini disebabkan karena tidak ada batasan yang tegas tentang investasi dalam ICSID tersebut. Kegiatan investasi yang ditangani diantaranya, meliputi, proyek konstruksi, licensing, perjanjian konsesi, bahkan juga kegiatan pengusaha pabrik, perjanjian alih teknologi dan kontrak-kontrak mengenai pemberian jasa. Luasnya cakupan dan kegiatan

investasi, pada akhirnya setiap perselisihan dalam rangka investasi dapat ditangani oleh ICSID.

Persetujuan terhadap Arbitrasi dan Konvensi, kecuali dijanjikan lain, akan berarti tunduk pada ketentuan Arbitrasi dan Bank Dunia, dengan mengecualikan cara penyelesaian sengketa lain. Negara peserta Konvensi, dapat mensyaratkan sebelum dapat ditarik ke dalam Yurisdiksi ICSID, terlebih dahulu dilaksanakan proses *exhaustion of local remedies*. Pada umumnya negara peserta Konvensi tidak menganut ketentuan tersebut, hanya beberapa negara saja yang mengharuskan dilaksanakan terlebih dahulu proses *exhaustion of local remedies*. Keterikatan pada yurisdiksi ICSID pada dasarnya merupakan kebijaksanaan negara peserta masing-masing, sejauh mana mereka mau terikat pada yurisdiksi ICSID.¹⁷⁴

Investor asing dan negara peserta Konvensi dapat berupa individu atau badan hukum. Kedua-duanya mempunyai kewarganegaraan dari negara peserta Konvensi dan bukan warga negara dari negara yang menjadi pokok dalam sengketa. Adakalanya investor asing yang menanamkan modal di negara-negara berkembang diwajibkan membentuk badan hukum usaha setempat, sebagai persyaratan untuk dapat berusaha di negara berkembang. Karena badan hukum tersebut, dibentuk menurut ketentuan dan prosedur Hukum dari negara berkembang, maka negara berkembang dapat menganggap bahwa perusahaan dari investor asing mempunyai kewarganegaraan setempat. Posisi ini dapat diubah melalui suatu perjanjian

¹⁷⁴ D. Sidik Suraputra, Ibid, hlm. 72.

antara Investor dan pemerintah tuan rumah, yang memuat suatu ketentuan bahwa meskipun Badan Hukum dibentuk menurut ketentuan Hukum negara berkembang, apabila sebagian besar dari pemegang saham tersebut dimiliki oleh warga negara asing, maka badan hukum tersebut akan dianggap mempunyai kewarganegaraan asing.

Dalam kaitan pasal tersebut, D. Sidik Suaradiputra¹⁷⁵ menguraikan kasus antara Amco Asia Corp. vs. Republik Indonesia dengan nomor arsip ARB / 81 / 1 yang dimulai pada tahun 1990 dan berakhir pada tahun 1992. Sebagai pembelaan awal, tergugat Republik Indonesia mendalilkan bahwa yang diberi izin untuk usaha adalah PT Amco Indonesia yang didirikan menurut Hukum Indonesia dan dengan demikian merupakan warga negara Indonesia, dan bukan negara peserta lain dari Konvensi. Pendirian Indonesia ini sama dengan putusan Mahkamah Internasional (*International Court of Justice*) tertanggal 15 Februari 1970 dalam kasus the Barcelona Traction, Mahkamah telah merumuskan suatu nilai Hukum International, yaitu bahwa ukuran kewarganegaraan dari badan Hukum adalah negara dimana badan Hukum itu dibentuk.

Putusan ini tidak diterima oleh Badan Arbitrasi Bank Dunia, yang berpendapat bahwa ukuran kewarganegaraan dan Badan Hukum PT Amco Indonesia harus dinilai dari kewarganegaraan para pemegang saham asing yang terdiri dari Amco Asia Corporation dan Pan America Development Limited. Badan Arbitrasi Bank Dunia berpendapat, PT Amco Indonesia

¹⁷⁵ Ibid., hlm. 72

tidak lain hanya merupakan alat dari para pemegang sahamnya untuk melakukan usaha di Indonesia. Tujuan utama dari Konvensi Bank Dunia adalah untuk menjaga kepentingan para investor asing. Jika diambil penafsiran terbatas seperti putusan dalam the Barcelona Traction, maka kepentingan investor tidak dapat dilindungi. Karena itu dalam sengketa ini, untuk tujuan dan kepentingan Konvensi, PT Amco Indonesia harus diperlakukan sebagai warga negara dari negara peserta Konvensi lain (*a national of another contracting state*).

Kasus lain mengenai masalah yurisdiksi yang diselesaikan oleh Badan Arbitrasi Bank Dunia dengan nomon arsip ARB /82 / 1 adalah sengketa antara SOABI (penggugat) dari pemerintah Senegal (tergugat). Dalam kasus ini para wasit dari Badan Arbitrasi secara aklamasi menolak keberatan dari tergugat, alasannya karena dalam kenyataannya pihak tergugat dari semula telah menyadari bahwa penguasaan perusahaan dilakukan oleh para pemegang saham warga negara dan negara peserta Konvensi lain, yang tidak terlibat dalam sengketa. Apabila dilihat dan pertimbangan hukum, tidak ada alasan bagi Badan Arbitrasi untuk mempertimbangkan dan memutuskan masalah penguasaan hanya terbatas pada penguasaan langsung (*direct control*) oleh induk perusahaan.

Perlindungan terhadap penanaman modal asing, adalah berupa Perlindungan Diplomatik (*Diplomatic Protection*) adalah hak suatu negara dalam Hukum Internasional untuk menengahi sengketa dengan negara lain, untuk dan atas nama warga negaranya. Dalam prakteknya, perwujudan

perlindungan diplomatik tidak semata-mata untuk melindungi warga negaranya saja, meskipun menurut hukum sudah jelas bahwa warga negaranya telah dirugikan oleh pemerintah dan negara tuan rumah. Departemen luar negeri negara tersebut, akan mempertimbangkan dampak dari perlindungan diplomatik, dilihat dari hubungan kedua negara. Apabila hubungannya baik dan pada umumnya saling menguntungkan, perlindungan diplomatik akan dilaksanakan. Kalau pada akhirnya perlindungan diplomatik diwujudkan, maka perlindungan tersebut sudah menjadi kebijaksanaan nasional dan tidak ada hubungannya dengan klaim kerugian warga negaranya.

Negara-negara Amerika Selatan melakukan reaksi terhadap pelaksanaan perlindungan diplomatik, reaksi tersebut dimuat dalam perumusan hukum. Rumusan hukum tersebut menempatkan para penanam modal asing di bawah wewenang khusus (*exclusive jurisdiction*) negara tuan rumah. Drago, Menteri Luar Negeri Argentina mengeluarkan ajaran yang disebut dengan Doktrin Drago pada tahun 1902. Ajaran tersebut mengatakan bahwa dilarang menggunakan kekerasan untuk menagih utang dari debitor Amerika Latin yang ingkar janji, dan tidak mampu melunasi utangnya. Ajaran yang lebih dikenal dengan Calvo Clause, ciptaan dari Calvo, Sarjana Hukum dari negara Argentina, menyarankan bahwa dalam setiap perjanjian mengenai investasi asing, agar dimuat suatu pasal yang mewajibkan para penanam modal asing di negara Amerika Latin, untuk tunduk pada yurisdiksi pengadilan setempat, apabila terdapat sengketa

mengenai penanaman modal, dan dilarang untuk meminta perlindungan diplomatik dari negara mereka masing-masing.

4. Dampak Globalisasi Bagi Pengaturan Hukum Investasi dalam Hukum Nasional

Dalam berbagai perundingan dalam kerangka GATT-WTO, terdapat dua masalah yang kontroversial, yaitu 1) masalah investasi, dan b) masalah competition policy.¹⁷⁶ Masalah investasi merupakan problematika dalam kerangka GATT karena liberalisasi tidak mungkin hanya pada sektor perdagangan semata, tetapi menyangkut investasi. Sebagai contoh, kalau investasi itu berkaitan dengan ekspor dan impor, jelas itu menyangkut perdagangan. Masalah investasi berkaitan pula dengan aturan domestik. TRIMs hanya menjangkau investasi di sektor perdagangan. Terdapatnya perbedaan pandangan mengenai proses yang mengatur kedatangan dan kegiatan investasi harus dikendalikan. Bagi negara berkembang yang dikehendaki adalah melalui proses negosiasi antara pihak asing dan domestik. Pada pihak lain, di kalangan negara maju menghendaki suatu pola investasi internasional dan menentukan apa yang boleh dan tidak oleh pemerintah di bidang investasi. Argumentasinya didasarkan pada suatu keinginan adanya standar internasional mencakup semua kegiatan investasi.

¹⁷⁶ H.S. Kartadjoemena, *GATT, WTO, dan Hasil Uruguay Round*, UI-Press, Jakarta, 1997, hlm. 380-382.

Ketentuan tersebut berupa apa yang boleh dan tidak boleh dipersyaratkan bagi investor.¹⁷⁷

Adanya perbedaan dalam pandangan tersebut, senantiasa selalu ada. Hal tersebut karena ada dua kutub yang berbeda antara kepentingan investor dan negara penerima investasi yang umumnya negara berkembang. Para investor ingin memperoleh keuntungan, sedangkan negara penerima investasi seringkali dikaitkan dengan tujuan pembangunan negaranya.¹⁷⁸

Dengan demikian hukum investasi dalam suatu sistem hukum nasional harus mengakomodir aspek internasional, dan juga harus mampu mengayomi kepentingan nasional. Masalah kepentingan nasional seperti halnya mengenai persoalan menyangkut kepemilikan tanah. Bangsa Indonesia memiliki beberapa ciri khas terhadap tanahnya, antara lain masalah hak ulayat. Berbagai kasus di Indonesia dalam kegiatan investasi maupun pembangunan nasional, antara lain muncul persoalan hak ulayat. PT. Freefort, masalah transmigrasi merupakan dua persoalan dalam investasi dan pembangunan yang memiliki problematik terhadap persoalan hak ulayat.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Ibid., hlm. 382.

¹⁷⁸ Dalam buku yang sama H.S. Kartadjoemena mengungkapkan Kebijakan di bidang investasi seringkali dikaitkan dengan tujuan ekonomi, politik dan sosial. Kebijakan investasi sering pula dikaitkan dalam upaya meningkatkan kesempatan kerja, mengembangkan daerah-daerah terbelakang, mengembangkan sektor tertentu, pengembangan pengusaha nasional, penentuan dalam pembagian pemilikan saham.

¹⁷⁹ Dalam Jurnal Hukum Bisnis Sunarjati Hartono menyinggung bahwa hak ulayat perlu memperoleh perhatian serius dalam pembaharuan hukum agraria dan otonomi daerah. Hak ulayat merupakan hak asli bangsa Indonesia, Cornelis van Vollenhoven memberi istilah dengan *beschikingsrecht*. Dalam masa pembangunan seringkali dilupakan mengenai unsur utama daripada hak ulayat, yaitu segi kemanfaatannya bagi masyarakat adat. Dapat saja hak ulayat itu digunakan untuk kepentingan investasi, pembangunan, tetapi kemanfaatannya tidak menjadi hilang.

Globalisasi sebagaimana dikemukakan dalam uraian sebelumnya mengandung makna internasionalisasi, maka banyak perusahaan dari berbagai negara memasuki negara lainnya seolah tanpa batas, termasuk ke Indonesia. Perusahaan yang memasuki pasaran negara lain pada umumnya adalah perusahaan transnasional. Maka hal ini perlu juga mendapat perhatian pada ketentuan undang-undang PT, apabila belum mengakomodasi maka perlu disesuaikan atau diganti.

Dari aspek lain yang harus diperhatikan adalah kemampuan negosiasional kalangan profesional hukum. Untuk itu perlu juga pembaharuan di bidang pendidikan hukum dan pendidikan profesi hukum. Pentingnya negosiasi, karena negosiasi diperlukan untuk membuat ketentuan dan persyaratan yang harus dipenuhi oleh pemasok jasa asing dalam beroperasi di pasar suatu negara. Tujuannya untuk mencegah persyaratan-persyaratan tersebut dipakai sebagai hambatan-hambatan yang tidak perlu dalam perdagangan. Fokus negosiasi tersebut menyangkut masalah prosedur dan persyaratan kualifikasi (*qualification requirements and procedures*), standar teknis (*technical standards*), dan persyaratan lisensi yang harus dimiliki oleh suatu usaha jasa.

Untuk menangani sebagian tugas ini, telah dibentuk suatu kelompok kerja mengenai jasa profesional (*professional services*) yang telah memberi prioritas pada pembahasan sektor jasa tersebut adalah diterbitkannya acuan (*guidelines*) yang tidak mengikat (*non-binding*) yang

dapat digunakan untuk menilai kualifikasi profesional di bidang akuntansi.¹⁸⁰ Untuk bidang hukum belum terpikirkan.

C. Aspek Otonomi Daerah

1. Pengertian, Latar Belakang dan Tujuan Otonomi Daerah

Sebelum menguraikan latar belakang dan tujuan otonomi daerah, baik kiranya diuraikan terlebih dahulu beberapa pengertian yang menyangkut otonomi daerah. Otonomi daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Istilah mengatur dan mengurus rumah tangga sendiri, dalam praktek seringkali disebut otonomi dan daerahnya disebut daerah otonom. Istilah otonomi dalam ajaran caturpraja dari C. van Vollenhoven, memiliki makna: 1) membentuk perundang-undangan sendiri; 2) melaksanakan sendiri; 3) melakukan peradilan sendiri; 4) melakukan tugas kepolisian sendiri. Berbicara otonomi tidak terlepas dari istilah desentralisasi. Otonomi bagian dari desentralisasi. R. Tresna memberikan ruang bagi desentralisasi, yaitu: 1) *amtelijke decentralisatie*; 2) *staatkundige decentralisatie*, terdiri dari (a) *territoriale decentralisatie* (1) *autonomie*, (2) *medebewind* (b) *functionale decentralisatie*.¹⁸¹

¹⁸⁰ Direktorat, *Sekilas WTO*, Loc.Cit., hlm. 35.

¹⁸¹ Pasal 2 ayat (2) Undang-undang No. 32 Tahun 2004, mengatakan Pemerintah daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. Jadi di sini desentralisasi dilaksanakan berdasarkan asas otonomi dan pembantuan.

Dekonsentrasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan oleh Pemerintah kepada Gubernur sebagai wakil pemerintah dan/atau kepada instansi vertikal di wilayah tertentu. Pada hakekatnya dalam dekonsentrasi pemerintah pusat melaksanakan kekuasaannya di daerah-daerah. Oleh karena masalah di daerah yang lebih tahu adalah sumber daya daerah, maka dalam Negara kesatuan ada system desentralisasi.

Desentralisasi adalah penyerahan wewenang pemerintahan oleh Pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dalam system Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Litvack & Seddon mengartikan desentralisasi sebagai *“the transfer of authority and responsibility for public from the central government to subordinate or quasi – independent government organization, or the private sektor”*.

Sadu Wasistiono mengemukakan tujuan dari desentralisasi adalah politik dan administrasi. Secara politik tujuan desentralisasi adalah untuk demokratisasi, sedangkan secara administrasi tujuan desentralisasi adalah dalam rangka efektivitas dan efisiensi.¹⁸²

De Ruitter sebagaimana dalam buku Ateng Syafrudin mengarungi Dua Samudera, desentralisasi merupakan “sebagai pengakuan atau penyerahan wewenang oleh badan-badan umum yang lebih tinggi kepada badan-badan umum yang lebih rendah untuk secara mandiri dan berdasarkan pertimbangan kepentingan sendiri mengambil keputusan

¹⁸² Sadu Wasistiono, *Desentralisasi, Demokratisasi Dan Pembentukan Good Governance*, dalam Syamsudin Haris (editor), *Desentralisasi dan Otonomi Daerah*, Loc. Cit. hlm. 61

pengaturan dan pemerintahan, serta struktur wewenang yang terjadi dari hal itu”¹⁸³

Dalam Pasal 1 butir 7 UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dikatakan desentralisasi adalah penyerahan wewenang pemerintahan oleh Pemerintah kepada daerah otonomi untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dalam system Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Desentralisasi dalam perwujudannya terdapat tiga wujud, yaitu *desentralisasi politik, desentralisasi fungsional, dan desentralisasi kebudayaan*.¹⁸⁴

Desentralisasi politik adalah pengakuan adanya hak mengurus kepentingan rumah tangga sendiri pada badan-badan politik di daerah-daerah yang dipilih oleh rakyat dalam daerah-daerah tertentu. Desentralisasi fungsional adalah pengakuan adanya hak pada golongan-golongan mengurus suatu macam atau golongan kepentingan dalam masyarakat, baik terikat ataupun tidak pada suatu daerah tertentu, misalnya mengurus kepentingan perairan untuk petani (Subak di Bali). Desentralisasi kebudayaan adalah mengakui adanya hak pada golongan-golongan kecil dalam masyarakat untuk menyelenggarakan kebudayaan sendiri. Desentralisasi yang terpenting adalah bagaimana nilai kesatuan dan nilai otonomi dapat diwujudkan sebagai state building. Dengan

¹⁸³ Ateng Syafrudin, dalam Gunawan Undang (Editor), *Mengarung Dua Samudera*, Sayagatama, Bandung, 2006, hlm. 211.

¹⁸⁴ Amrah Muslimin terpetik dalam Kuntana Magnar, *Pokok-Pokok Pemerintah Daerah Otonom dan Wilayah Administratif*, Armico, Bandung, 1983, hlm. 14.

demikian desentralisasi terdapat dua elemen penting, yaitu pembentukan daerah otonom dan pendelegasian wewenang.¹⁸⁵

Tugas pembantuan adalah penugasan dari Pemerintah kepada daerah dan/atau desa dari pemerintah provinsi kepada kabupaten/kota dan/atau desa serta dari pemerintah kabupaten/kota kepada desa untuk melaksanakan tugas tertentu.¹⁸⁶

Kembali kepada otonomi daerah, bahwa dalam otonomi daerah ada hak otonomi. Bagir Manan mengemukakan, Hak otonomi adalah hak yang diraih dan dimiliki oleh suatu daerah berdasarkan pelimpahan wewenang dari pemerintah pusat. Hak otonomi juga dapat berarti adanya pembatasan yang dimiliki pusat.¹⁸⁷ Hak otonomi ini bukan saja hanya ada pada suatu Negara kesatuan yang didesentralisir. Pada negara federal juga terdapat hak otonomi.

Pada Negara Federal bukan berarti tidak ada hak otonomi, hanya corak dan bentuknya yang berbeda. Otonomi bukan masalah antara pemerintah pusat dan negara bagian, sebab kekuasaan yang dimiliki oleh Federal justru bersumber dari negara bagian, dan negara bagian memiliki kekuasaan asli (original) yang bukan bersumber pada pelimpahan wewenang sebagaimana terdapat pada hak otonomi. Masalah otonomi

¹⁸⁵ H. Mardiyanto, *Penerapan Otonomi Daerah Di Jawa Tengah; Masalah Desentralisasi, Demokratisasi Dan Akuntabilitas*, dalam Syamsudin Haris (editor), *Desentralisasi dan Otonomi Daerah*, LIPI Press, Jakarta, 2005, hlm. 316-317.

¹⁸⁶ Lihat Pasal 1 butir 5, 6, 7, 8 UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah.

¹⁸⁷ Kunatan Magnar, *Pokok-pokok ...*, Loc. Cit, hlm. 18.

dalam negara Federasi timbul antara negara bagian dengan satuan unit pemerintah di bawahnya (*local government*).¹⁸⁸

Otonomi daerah merupakan suatu keputusan politik di Indonesia, merupakan suatu realitas yang tidak dapat dibantahkan. Suatu realitas, karena sebagai Negara kepulauan, tidak mungkin pemerintahan tersentralisir di pusat. Sebab lain adalah apabila semuanya serba terpusat, maka akan muncul gejolak daerah, yang tentunya membawa kerawanan, ketidakpuasan dalam pelayanan, pada akhirnya untuk mewujudkan Negara Indonesia yang berkeadilan, berkesejahteraan sebagaimana amanat UUD 1945 jauh dari harapan.

Dalam prinsip Negara kesatuan yang terdesentralisir, maka otonomi merupakan suatu pengakuan terhadap eksistensi daerah dalam suatu wilayah Negara. Jadi pemberian otonomi kepada daerah bukanlah merupakan persoalan sistem dan cara penyelenggaraan administrasi pemerintahan semata, melainkan merupakan suatu realisasi dan pengakuan, bahwa kepentingan dan kehendak rakyat merupakan sumber untuk menentukan sistem dan jalannya pemerintahan Negara.¹⁸⁹

Melihat perkembangan sejarah lahirnya desentralisasi, terdapat perbedaan penekanan, pada jaman Belanda lahirnya desentralisasi menurut Amral Muslimin bahwa latar belakang politik desentralisasi pemerintah Belanda adalah "*Ethische Politiek*" yang timbul sebagai penebusan atas ekses-ekses *cultuurstelsel* (stelsel tanam paksa), mula-mula dengan tujuan

¹⁸⁸ Kuntana Magnar, *Ibid.*, hlm. 18-19.

¹⁸⁹ Kuntana Magnar, *Pokok-pokok...*, *Ibid.*, hlm. 21-22.

ingin meningkatkan tingkat kecerdasan rakyat, kemudian untuk mengimbangi gerakan kebangsaan yang dipelopori kaum cendekiawan Indonesia.¹⁹⁰

Melihat lahirnya otonomi daerah yang melatar belakangi lahirnya Undang-undang No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, Rias Rasyid mencatat ada dua pemahaman perlunya otonomi daerah, pertama bahwa Undang-undang No. 5 tahun 1974 masih relevan tetapi belum dilaksanakan dengan konsisten, kedua UU No. 5 tahun 1974 harus diganti sama sekali. Terhadap perlu digantinya UU No. 5 Tahun 1974 terdapat alasan yang muncul, yaitu bahwa undang-undang tersebut telah menyulitkan lahirnya pemerintahan dengan akuntabilitas publik yang cukup, karenanya tidak sejalan dengan aspirasi demokrasi pemerintahan.¹⁹¹

Apabila memperhatikan konsideran dari Undang-undang No. 32 Tahun 2004, latar belakang lahirnya undang-undang tersebut adalah untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan, dan peran serta masyarakat serta daya saing daerah.¹⁹²

¹⁹⁰ Terpetik dalam Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Loc. Cit, hlm.118.

¹⁹¹ Riyas Rasyid, *Otonomi Daerah Latar Belakang dan Masa Depan*, dalam Syamsudin Haris (editor), *Desentralisasi*, Loc. Cit., hlm. 3-5.

¹⁹² Lihat butir a dasar menimbang Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah. Lihat pula penjelasan dari Undang-Undang 32 Tahun 2004 bagian Dasar Pemikiran butir dijelaskan "...Pemberian otonomi luas kepada daerah diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan dan peran serta masyarakat..".

Ateng Syafrudin¹⁹³, mengemukakan tujuan otonomi daerah sendiri didasarkan pada pertimbangan: 1) efektivitas penyelenggaraan pemerintahan; 2) agar cocok dengan kepentingan daerah; 3) perhitungan faktor demografi dan kultur; 4) sesuai dengan kebutuhan daerah; 5) memberi dan melatih peluang tokoh daerah. Dalam kaitan dengan tujuan otonomi, Kuntana magnar mengemukakan bahwa tujuan dari otonomi yaitu untuk adanya pembagian dan pembatasan kekuasaan, Efisiensi dan efektivitas pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan, dan untuk kepentingan pembangunan.¹⁹⁴

Penulis berpendapat, bahwa yang terpenting dari lahirnya otonomi daerah, adalah bagaimana meningkatkan peran serta masyarakat dalam mewujudkan Negara yang demokratis, sehingga berdampak bagi kegiatan dalam setiap lapangan kehidupan masyarakat, termasuk kegiatan ekonomi.

Oleh karenanya otonomi daerah secara politik merupakan kebijakan desentralisasi dan demokratisasi, harus dipahami sebagai sebuah proses untuk membuka peluang lahirnya tokoh daerah. Secara ekonomi, otonomi daerah harus menjamin lancarnya pelaksanaan kebijakan ekonomi nasional di daerah dan daerah dapat mengoptimalkan kebijakan dalam mendayagunakan potensi ekonomi daerahnya. Di bidang sosial budaya,

¹⁹³ Ateng Syafrudin, *Beberapa Catatan Otonomi Daerah*, tidak dipublikasikan; dipergunakan sebagai bahan kuliah Otonomi daerah, Pascasarjana-Unpad, 2003.

¹⁹⁴ Kuntana Magnar, *Loc.cit*, hlm 22

otonomi daerah harus mampu merespon dan memelihara nilai-nilai local serta memelihara dinamika masyarakat.¹⁹⁵

Memperhatikan apa yang diuraikan di atas, jelaslah pada intinya otonomi daerah itu dalam upaya meningkatkan pelayanan dalam mewujudkan Negara kesejahteraan, dan pemanfaatan potensi daerah baik sumber daya alam maupun sumber daya manusia secara maksimal dan berdaya guna bagi peningkatan kesejahteraan masyarakat.

2. Landasan Filosofis Otonomi Daerah Dalam Meningkatkan Peran serta Masyarakat Dalam Pembangunan

Sejak terjadinya reformasi pada tahun 1998 yang ditandai bergantinya pemegang pemerintahan dari suatu era yang dinamakan orde baru ke orde reformasi, yaitu dengan ditandainya penyerahan kedudukan Presiden Soeharto kepada Wakil Presiden B.J. Habibie, berbagai kalangan sering menyebutnya suatu proses perpindahan orde, yaitu orde baru ke orde reformasi. Adanya pergeseran orde tersebut, paradigma pembangunan yang bersifat sentralistik berubah menjadi desentralisasi. Pada paradigma pembangunan yang bersifat sentralistik, pembangunan di daerah sangat ditentukan oleh kebijakan pusat, sedangkan paradigma pembangunan yang bersifat desentralisasi lebih mengedepankan dan memaksimalkan potensi masing-masing daerah sesuai dengan karakteristiknya dan tidak lagi sepenuhnya diatur oleh pusat.

¹⁹⁵ Riyas Rasyid, *Otonomi Daerah Latar Belakang dan Masa depannya*, dalam Syamsudin Haris (editor), *Desentralisasi...*, *Ibid.*, hlm. 10

Adanya perubahan paradigma dari sentralistik ke desentralistik tersebut, secara praktis untuk menghindari adanya

perpecahan dalam Negara kesatuan yang berbentuk republik. Di sisi adalah dalam upaya mencapai tujuan dari Negara Republik Indonesia sebagai mana para pendirinya. Dengan mengambil acuan pada alinea ke IV Pembukaan UUD 1945, Muchsan mengemukakan ada empat fungsi pokok dari negara, yaitu:

1. Protectional function, yaitu Negara wajib melindungi seluruh tanah air, sehingga rakyat dapat hidup ayem dan tentrem;
2. Welfare function, negara wajib mensejahterakan bangsa, sehingga Negara dapat hidup dalam wacana adil dan makmur;
3. Educational function, Negara wajib mencerdaskan bangsa. Ini berarti Negara akan meningkatkan kualitas bangsa melalui sarana pendidikan;
4. Peacefulness fuction, Negara wajib menciptakan perdamaian dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat, baik ke dalam maupun ke luar.¹⁹⁶

Memperhatikan fungsi Negara tersebut, maka otonomi daerah merupakan suatu system yang dipilih untuk melaksanakan fungsi menciptakan kesejahteraan masyarakatnya. Jadi otonomi daerah merupakan suatu metode untuk mencapai tujuan dan fungsi dari Negara tersebut.

¹⁹⁶ Muchsan, *Kajian Yuridis Undang-undang No. 22 Tahun 1999*, terpetik dalam UNISIA, Otonomi, Federal, Kesatuan?, Jurnal Ilmu-ilmu Soasial, UNISIA No. 42/XXIII/I/2000, UII, Yogyakarta, hlm.354.

Secara sederhana landasan filosofis dari adanya desentralisasi dari sudut kewenangan adalah mengalihkan sumber wewenang pusat kepada daerah, daerah menjadi otonom – tidak tergantung pada pusat. Jadi daerah disini harus mandiri. Oleh karenanya dalam pembangunan daerah, maka daerah harus seoptimal mungkin memanfaatkan potensi yang dimilikinya, tetapi bukan menjadikan beban kepada masyarakat. Hal demikian disebabkan karena latar belakang lahirnya otonomi adalah untuk meningkatkan pelayanan dan optimalisasi partisipasi masyarakat dalam pembangunan. Jadi disini desentralisasi sebetulnya menyangkut keserasian dalam mengatur kewenangan, sehingga serasi dan fokus pada tuntutan kebutuhan masyarakat.

Dalam kaitan bahwa otonomi daerah harus menjawab tuntutan kebutuhan masyarakat, Syamsudin Haris mengatakan, bahwa dasar filosofi otonomi masih berkisar pada otonomi pemerintahan daerah, bukan pada otonomi masyarakat lokal. Oleh karenanya cara pandang terhadap otonomi, *pertama* harus melihat otonomi daerah sebagai otonomi masyarakat daerah, bukan sekadar otonomi pemerintahan daerah, kedua memandang otonomi daerah sebagai hak daerah yang sudah ada pada masyarakat setempat.¹⁹⁷

Dengan demikian otonomi daerah bukanlah tujuan, tetapi suatu instrumen untuk mencapai tujuan.¹⁹⁸ Kuntana Magnar mengemukakan

¹⁹⁷ Syamsudin Haris, Otonomi Daerah, Demokratisasi, Dan Pendekatan Alternatif Resolusi Konflik Pusat daerah, dalam Syamsudin Haris (editor), *Ibid*, hlm. 73-74.

¹⁹⁸ James W. Fesler, AF. Leemans, terpetik dalam J. Kaloh, *Mencari Bentuk Otonomi Daerah*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hlm.7

hakikat filosofis dari otonomi daerah tiada lain dari usaha mewujudkan kedaulatan rakyat dalam pemerintahan.¹⁹⁹

Untuk melihat nilai filosofis dari otonomi daerah, dapat dilihat dari prinsip-prinsip yang terkandung dalam otonomi daerah itu sendiri. Secara teoritis Otonomi daerah mengandung sendi dasar, yaitu adanya pembagian kewenangan, pembagian pendapatan, kemandirian/pemberdayaan pemerintah daerah.²⁰⁰ UUD 1945 memuat berbagai prinsip otonomi daerah yang dapat dikemukakan sebagai berikut:

1. Prinsip daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan (Pasal 18 ayat 2);
2. Prinsip menjalankan otonomi yang seluas-luasnya (Pasal 18 ayat 5)
3. Prinsip kekhususan dan keragaman daerah (Pasal 18 A (1))
4. Menghormati dan mengakui kesatuan masyarakat hukum adat (Pasal 18 B ayat2)
5. Prinsip mengakui dan menghormati pemerintah daerah yang bersifat khusus dan istimewa (Pasal 18 B ayat 1)
6. Prinsip hubungan pusat dan daerah harus dilaksanakan secara selaras dan adil (Pasal 18 A ayat 2)
7. Prinsip badan perwakilan di pilih secara langsung (Pasal 18 ayat 3).²⁰¹

¹⁹⁹ Kuntana Magnar, *Pokok-pokok ...*, Loc. Cit, hlm. 22.

²⁰⁰ Muchsan, Loc. Cit, hlm. 356

²⁰¹ Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 2004, hlm. 7-20.

Apabila melihat Undang-undang No. 32 tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah, pelaksanaan otonomi daerah dalam melaksanakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, baik yang merupakan urusan wajib maupun urusan pilihan didasarkan pada kriteria eksternalitas, akuntabilitas, dan efisiensi dengan memperhatikan keserasian hubungan antar susunan pemerintahan.²⁰² Pelaksanaan kriteria dalam melaksanakan kewenangannya tersebut akan tercipta suatu tata kelola yang mencapai sasaran, menghindari gap atau tumpang tindih kewenangan, dilaksanakan sesuai dengan kemampuan dan kebutuhan daerah. Dengan demikian, maka akan terjadi tata kelola yang jelas mengenai tanggungjawabnya, keabsahannya, dan penghematan pendayagunaannya.

Dalam kaitannya dengan pembangunan ekonomi yang berdaya saing, maka otonomi daerah harus diisi dengan pembangunan ekonomi yang berdaya saing. Oleh karena itu ketika daerah akan membangun ekonomi yang berdaya saing, maka ada empat factor yang harus

²⁰² Lihat Pasal 11 ayat (1) dan (3) UU No. 32 Tahun 2004 yang mengatakan: Ayat (1) “Penyelenggaraan urusan pemerintahan dibagi berdasarkan kriteria eksternalitas, akuntabilitas, dan efisiensi dengan memperhatikan keserasian hubungan antar susunan pemerintahan”. Ayat (3) mengatakan “Urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan pemerintahan daerah, yang diselenggarakan berdasarkan kriteria sebagaimana dimaksud pada ayat (1) , terdiri atas urusan wajib dan urusan pilihan. Dalam penjelasan umum UU No. 32 tahun 2004 dikatakan, kriteria eksternalitas adalah pendekatan dalam pembagian urusan pemerintahan dengan mempertimbangkan dampak/akibat yang ditimbulkan dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan. Apabila dampaknya lokal, maka urusan tersebut menjadi kewenangan kabupaten/kota. kriteria akuntabilitas adalah pendekatan dalam pembagian urusan pemerintahan dengan pertimbangan bahwa tingkat pemerintahan yang menangani suatu bagian urusan adalah tingkat pemerintahan yang lebih langsung /dekat dengan dampak /akibat dari urusan yang ditangani tersebut. Kriteria efisiensi adalah pendekatan dalam pembagian urusan pemerintahan dengan mempertimbangkan tersedianya sumber daya (personal, dana, dan peralatan) untuk mendapatkan ketepatan, kepastian, dan kecepatan hasil yang harus dicapai dalam penyelenggaraan bagian urusan.

diperhatikan, yaitu aspek kebijakan pemerintah, kelembagaan birokrasi, kemampuan birokrasi, dan birokrasi yang efisien.²⁰³ Dalam kaitan dengan kajian penelitian ini, yaitu dalam menciptakan penyederhanaan sistem investasi dalam otonomi daerah, maka daerah harus memikirkan bagaimana birokrasi itu menjadi efisien, sehingga dapat memperkecil biaya ekonomi tinggi.

3. Struktur Kewenangan Dalam Otonomi daerah

Peningkatan pelayanan dalam prinsip otonomi daerah, memiliki keterkaitan dengan struktur kewenangan. Pelayanan akan maksimal, apabila ditopang oleh struktur kewenangan yang jelas. Masalah kewenangan ini terkait dengan fungsi dan badan yang melaksanakan kewenangan. Kewenangan adalah kemampuan yuridis dari orang. Prajudi Atmosudirjo memberikan pengertian kewenangan adalah apa yang disebut "kekuasaan formal", kekuasaan yang berasal dari legislatif atau eksekutif.²⁰⁴ Kewenangan dalam bidang pemerintahan, berarti kewenangan atas suatu bidang pemerintahan atau urusan. Di dalam kewenangan terdapat berbagai wewenang. Kewenangan berdasarkan hukum publik adalah kemampuan yuridis dari badan. Pengertian kewenangan dari badan juga mengandung makna tidak hanya hak dari badan berdasarkan hukum

²⁰³ R. Hendra Halwani, *Ekonomi...*, Loc. Cit., hlm. 422.

²⁰⁴ Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi negara, ...*, Loc.Cit., hlm.78. Dalam halaman yang sama dibedakan pula antara pemahaman kewenangan dengan wewenang. Dalam kewenangan terdapat wewenang, yaitu suatu kekuasaan untuk melakukan sesuatu tindak hukum publik, misalnya kewenangan untuk menandatangani/menerbitkan izin.

publik, tetapi juga kewajiban berdasarkan hukum publik.²⁰⁵ F.A.M. Stroink mengatakan bahwa dalam arti badan itu memiliki hak dan kewajiban sebagai suatu keseluruhan, maka harus dibedakan:

- a. Pemberian wewenang: pemberian hak kepada – dan pembebanan kewajiban terhadap badan (atribusi/delegasi);
- b. Pelaksanaan kewenangan: menjalankan hak dan kewajiban publik yang berarti mempersiapkan dan mengambil keputusan;
- c. Akibat hukum dari pelaksanaan kewenangan: keseluruhan hak dan/atau kewajiban yang terletak pada rakyat/burger, kelompok rakyat dan badan.²⁰⁶

Dalam perspektif otonomi daerah kewenangan berarti seberapa jauh pemerintah daerah memiliki kewenangan untuk melaksanakan apa yang menjadi urusan pemerintah daerah. Pembagian kewenangan antara pemerintah dengan pemerintah daerah yang dianut oleh Undang-undang 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah adalah berdasarkan:

- 1) Urusan pemerintahan yang sepenuhnya/tetap menjadi kewenangan pemerintah. Urusan tersebut meliputi: politik luar negeri, pertahanan, keamanan, yustisi, moneter dan fiskal, agama.²⁰⁷
- 2) Urusan yang sifatnya concurrent, yaitu suatu urusan pemerintahan yang penanganannya dalam bagian atau bidang tertentu dilaksanakan

²⁰⁵ F.A.M. Stroink, Penerjemah Ateng Syafrudin, *Pemahaman Tentang Dekonsentrasi*, Refika Aditama, Bandung, 2006, hlm. 24.

²⁰⁶ F.A.M. Stroink, *Ibid.*, hlm. 24.

bersama antara pemerintah dan pemerintah daerah. Terhadap urusan yang demikian dianut asas proporsionalitas dengan kriteria eksternalitas, akuntabilitas, dan efisiensi.²⁰⁸ Norma ini membawa konsekuensi perlu ada pengaturan dan batasan ukuran skala yang dapat menentukan suatu urusan itu menjadi kewenangan pemerintah atau pemerintah daerah.

3) Kewenangan yang merupakan urusan wajib dan pilihan.

Urusan yang dikategorikan bagian pertama tersebut, maka itu menjadi kewenangan pemerintah (pusat), sedangkan bagian atau kriteria kedua merupakan kewenangan pemerintah, provinsi, kota/kabupaten tergantung seberapa jauh tingkat proporsionalitas dari suatu urusan.

Berdasarkan sistem otonomi, Undang-undang No. 32 Tahun 2004 mengenal kewenangan formil, yaitu kewenangann yang disebutkan kewenangannya secara garis besar sebagaimana dapat dilihat dalam Pasal 13 dan Pasal 14 UU No. 32 Tahun 2004. Pasal-pasal tersebut menyebutkan urusan wajib yang menjadi kewenangan Provinsi dan Kabupaten/Kota. Kewenangan materil dalam Undang-undang No. 32 Tahun 2004 dapat dilihat dalam Pasal 15 yang menyangkut hubungan dalam bidang keuangan, meliputi pemberian sumber-sumber keuangan untuk penyelenggaraan urusan pemerintah daerah, pengalokasian anggaran untuk pemerintah daerah, pemberian pinjaman dan/atau hibah kepada pemerintah

²⁰⁷ Lihat Pasal 10 ayat (3) dan Penejelasan Umum butir 3 Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

²⁰⁸ Lihat Pasal 11 ayat (1) dan Penjelasan Umum butir 3 Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

daerah. Kewenangan riil yaitu suatu kewenangan yang melekat atau diami-diam. Dalam kerangka UU No. 32 Tahun 2004 diatur mengenai kewenangan pembentukan perundang-undangan. Pengaturannya dalam UU No. 32 Tahun 2004 diatur dalam Bab VI, Pasal 136 sampai dengan Pasal 149. Masalah kewenangan dalam kerangka otonomi daerah yang berkaitan bukan dengan kewenangan membuat aturan tetapi membuat suatu keputusan, maka ini berkait dengan sumber wewenang. Dalam hukum administrasi negara dikenal kewenangan bersumber atribusi, delegasi, dan mandat. Atribusi merupakan kewenangan yang melekat pada suatu jabatan.²⁰⁹ Delegasi berarti ada pemindahan/pengalihan suatu kewenangan yang ada. Apabila suatu kewenangan itu kurang sempurna, berarti suatu keputusan berdasarkan kewenangan tersebut tidak sah menurut hukum. Karenanya berbicara atribusi dan delegasi adalah merupakan suatu alat untuk memeriksa apakah suatu badan berwenang atau tidak. Dalam suatu mandat tidak ada pengakuan kewenangan atau pengalih-tanganan kewenangan.²¹⁰ Sumber wewenang administrasi negara dalam mengambil keputusan adalah sangat penting, yaitu untuk mengukur keabsahan. Aspek legalitas ini penting berkaitan dengan masalah pertanggungjawaban dan perlindungan hukum kepada masyarakat. Dilihat dari struktur kewenangan antara pemerintah dengan pemerintah daerah dapat dilihat dalam hal pembatalan peraturan daerah oleh pemerintah

²⁰⁹ Philipus M. Hadjon (et.al), *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1993, hlm. 130.

²¹⁰ *Ibid.*, hlm. 130-131.

(Pasal 145 ayat (2) UU No. 32 Tahun 2004). Ukuran pembatalannya adalah bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Selain aspek pengawasan, struktur kewenangan berkaitan pula dengan hubungan antara susunan pemerintahan dan aspek kerjasama.