



# JUNCTO: Jurnal Ilmiah Hukum

Available online <http://jurnalmahasiswa.uma.ac.id/index.php/juncto>

Diterima: 11 Januari 2020; Disetujui: 11 Februari 2020; Dipublish: 11 Maret 2020

## Krisis dan Reformasi: Standard of Treatment dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga *Crisis and Reform: Standard of Treatment in Bilateral Investment Treaties in Third World States*

Syahrul Fauzul Kabir\*

Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Islam Bandung, Indonesia

### Abstrak

Perjanjian internasional antar dua negara yang bertujuan untuk melindungi investasi, yakni perjanjian investasi bilateral (*bilateral investment treaty*/BIT), mengalami krisis karena rumusannya dinilai tidak seimbang dalam melindungi kepentingan negara dunia ketiga. Indonesia, India, Brazil, dan Afrika Selatan tergolong sebagai negara dunia ketiga yang mereformasi krisis tersebut melalui perumusan ulang BIT. Seluruh aturan substantif BIT terangkum ke dalam terma yang disebut *standard of treatment*. *Standard of treatment* di sini merujuk pada pengertian sempitnya: *international minimum standard of treatment* yang mencakup *fair and equitable treatment* (FET) dan *full protection and security* (FPS). Dalam rumusan FET berlaku ketentuan bahwa semakin sederhana FET dirumuskan, semakin longgar norma tersebut dapat ditafsirkan. Dan semakin longgar rumusan FET dapat ditafsirkan, semakin sempit ruang yang tersisa bagi kebijakan negara. Negara dunia ketiga mengantisipasi hal tersebut dengan tidak mengadopsi rumusan yang sederhana. Menyangkut rumusan FPS, tindakan paling reformis dilakukan oleh Brazil dengan menghapus rumusan FPS dalam BIT-nya. Sementara itu, India dan Afrika Selatan membatasi prinsip FPS dengan mengatur ruang lingkupnya. Kedua negara tersebut juga membatasi tafsiran prinsip FPS berbasiskan norma hukum kebiasaan internasional. Sedangkan Indonesia terkesan ambigu. Sekalipun membuat pembatasan dalam BIT terbarunya, masih tersisa rumusan FPS yang terbuka atas penafsiran yang ekspansif jika terjadi sengketa investasi berbasiskan BIT Indonesia.

**Kata Kunci:** Perjanjian Investasi Bilateral (BIT); Negara Dunia Ketiga; Standard of Treatment; Fair and Equitable Treatment (FET); Full Protection and Security (FPS).

### Abstract

*The international agreements between two states, aimed at protecting investments and known as bilateral investment treaties (BITs), are facing a crisis due to their perceived imbalance in protecting the interests of developing countries. India, Brazil, and South Africa, classified as third-world, have sought to reform this crisis by re-evaluating their BIT frameworks. All substantive rules within BITs are summarized in general terms under the notion of the standard of treatment. Standard of treatment in this context refers specifically to the narrow definition of the international minimum standard of treatment, including fair and equitable treatment (FET) and full protection and security (FPS). The simpler the FET is formulated, the looser the formulation can be interpreted. Conversely, the more leniently the FET is formulated, the narrower the space remaining for state policies. Third-world states seek to anticipate this by avoiding overly simplistic formulations. Regarding the FPS standard, Brazil has taken the most reformist step by removing the FPS clause from its BITs. Meanwhile, India and South Africa have limited the FPS by regulating its scope. Both states have also restricted the interpretation of the FPS according to customary international law. Indonesia, however, appears somewhat ambiguous. Despite introducing reforms in its latest BIT, Indonesia still retains FPS clauses that remain open to expansive interpretation.*

**Keywords:** *Bilateral Investment Treaty (BIT); Third World; Standard of Treatment; Fair and Equitable Treatment (FET); Full Protection and Security (FPS).*

**How to Cite:** Kabir, S.F., (2024). Krisis dan Reformasi: Standard of Treatment dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga. *JUNCTO: Jurnal Ilmiah Hukum, 7(2) 2025: 162-172*

\*E-mail: [syahrul.fauzul@unisba.ac.id](mailto:syahrul.fauzul@unisba.ac.id)

ISSN 2550-1305 (Online)



## PENDAHULUAN

Rezim hukum investasi internasional sedang mengalami transisi, yakni dari krisis menuju reformasi. Perjanjian internasional antar negara yang bertujuan untuk melindungi investasi asing, yang dikenal sebagai Perjanjian Investasi Bilateral (*Bilateral Investment Treaty*/BIT), menghadapi krisis karena dianggap memiliki rumusan yang tidak seimbang dalam melindungi kepentingan negara dunia ketiga. Dalam rezim hukum investasi internasional, BIT berfungsi sebagai instrumen utama. Sikap negara dunia ketiga yang memilih untuk terikat dengan BIT tidaklah mengejutkan, mengingat pembabakan sejarah yang melatarbelakanginya. (Kabir, 2023)

Semula, BIT diinisiasi oleh negara dunia kesatu (*capital exporter*) dengan intensi untuk melindungi hak dan kekayaan warga negaranya di wilayah negara yang baru merdeka, yakni negara dunia ketiga (*capital importer*). Resistensi sempat terjadi pada periode 1960-1980 sehingga upaya penciptaan rezim investasi asing multilateral yang berulang kali digagas oleh negara dunia kesatu mengalami kegagalan. Namun, runtuhnya tatanan negara dunia kedua dan sosialisme-komunisme selaku ideologi alternatif di penghujung abad ke-19 menghadapkan negara dunia ketiga dengan pilihan yang dilematis (*prisoner's dilemma*): berdikari tanpa BIT seraya mendorong tatanan ekonomi alternatif *New International Economic Order* (NIEO) yang disokong norma *Charter of Economic Rights and Duties of States* (CERDS); atau sebaliknya, berlomba-lomba menarik gelombang investasi melalui BIT. (Bonnitcha et al., 2017)

Akibat ketimpangan dan persaingan ekonomi dalam merebut investasi asing ke dalam masing-masing negara, negara dunia ketiga (termasuk Indonesia) memilih langkah terakhir. Lauge Poulsen bahkan menilainya lebih keras. Ia menyebut sikap negara dunia ketiga tersebut dengan istilah "*bounded rationality*", bahwa dalam mengikatkan diri pada instrumen BIT, negara dunia ketiga hanya menerima *template* dari negara kesatu tanpa memikirkan alternatif model BIT lainnya, selain juga tidak memahami betul apa saja konsekuensi yang akan terjadi. (Skovgaard Poulsen, 2014) Itu sebabnya saat ini terjadi gelombang reformasi model BIT, khususnya di negara dunia ketiga.

Indonesia, setelah sejak 1968 terikat dengan BIT model tradisional dan melakukan upaya peninjauan ulang terhadap BIT tersebut pada tahun 2014-2016, mulai memperkenalkan model BIT terbarunya yang dinilai lebih seimbang dalam melindungi kepentingan investor dan negara. Rumusan baru yang termuat dalam Indonesia-Singapore BIT 2018 BIT ini disusun setelah Indonesia menghentikan (*termination*) 64 BIT yang mengikatnya, baik secara sepihak (*unilateral*) maupun berdasarkan kesepakatan. Sikap ini tentu dilatari juga oleh kekhawatiran akan ISDS yang telah tercatat sebanyak 10 kali membawa Indonesia ke forum arbitrase internasional. Merespon hal tersebut, BIT Indonesia yang baru ini memuat aspek perlindungan (*safeguard*) yang lebih komprehensif, baik secara substantif maupun prosedural. Dari segi substansi, definisi dan ruang lingkup investasi diperketat dengan mensyaratkan *salini-test*. Diakomodasi pula ketentuan-ketentuan yang relatif baru dikenal dalam rezim investasi, seperti: hak untuk mengatur (*the right to regulate*); kewajiban penyesuaian (*compliance*) terhadap aturan domestik; konsep tanggung jawab sosial perusahaan (CSR); tindakan melawan korupsi; dan ketentuan pengecualian atas tindakan *indirect expropriation*. (Indonesia-Singapore Bilateral Investment Treaty, 2018)

Kebijakan serupa diambil pula oleh India dan Afrika Selatan. Setelah terikat dengan sejumlah BIT pada era liberalisasi di tahun 1960-1990-an, kedua negara tersebut menghentikan program BIT-nya, seraya menyusun model BIT baru yang dianggap lebih protektif terhadap kedaulatan nasional. India, setelah dua dekade mengandalkan model BIT tahun 1993 dan 2003 yang disusun berdasarkan draf Konvensi OECD 1967 dengan orientasi hanya pada penarikan arus investasi asing melalui kebijakan liberalisasi ekonomi, akhirnya berhasil merumuskan India Model BIT 2016 yang lebih bertujuan untuk memberikan "perlindungan yang memadai bagi investor asing di India, sekaligus menjaga keseimbangan antara hak investor dan kewajiban negara". (Ranjan & Anand, 2017) Langkah penyeimbangan ini tercermin, antara lain, dari perubahan definisi investasi yang semula berbasis aset (*asset-based definition*), menjadi berbasis perusahaan. Ketentuan MFN dihapus, dan konsep *denial of justice* mengganti frase "*legitimate expectation*" yang dinilai rawan multitafsir dalam rumusan FET. Langkah ini ditempuh oleh India pada tahun 2013 setelah putusan ICSID dalam kasus *White Industries vs India* di tahun 2011

menyatakan India melanggar ketentuan India-Australia BIT, dan gugatan ISDS terhadap India meningkat. (India Model Bilateral Investment Treaty (BIT), 2016)

Demikian pula dengan Afrika Selatan. Setelah bersama organisasi regional *South African Development Community* (SADC) berhasil menyusun *Bilateral Investment Treaty* pada tahun 2012, Afrika selatan mengesahkan Undang-Undang No. 22 tahun 2015 tentang Perlindungan Investasi (*Protection of Investment Act 22 of 2015*) dengan tujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi investor dalam mempromosikan investasi, serta menjaga keseimbangan hak dan kewajiban antara investor dan negara. Pengesahan UU tersebut dilakukan setelah Afrika Selatan menghentikan (*terminate*) program BIT-nya karena dianggap bertentangan dengan kebijakan *black economic empowerment*, suatu mandat konstitusional mengenai kebijakan reformasi sosial-politik di era pasca apartheid yang mensyaratkan kebijakan diskriminasi positif terhadap warga kulit hitam. Melalui UU tersebut, Afrika Selatan memperkenalkan konsep baru dalam aturan investasi, seperti: *Fair and Administrative Treatment* (FAT), hak untuk mengatur (*the right to regulate*), serta memilah konsep perlindungan hukum bagi investasi (*legal protection of investment*) dan keamanan fisik investasi (*physical security of investment*). UU tersebut juga menghapus prinsip MFN dan FET. (Protection of Investment Act 22, 2015)

Sedangkan Brazil, meski kerap tercatat sebagai salah satu destinasi favorit bagi investasi, tidak pernah meratifikasi BIT di era liberalisasi kendati sempat menandatangani 14 BIT. Selain karena tidak meyakini adanya kausalitas BIT dengan peningkatan investasi, Brazil menilai BIT generasi pertama itu berpotensi mengikis kedaulatan negara dalam menetapkan kebijakan nasionalnya; serta memiliki mekanisme ISDS yang diskriminatif terhadap investor lokal. (Choer Moraes & Hees, 2018) Namun demikian, sejak tahun 2012 Brazil mulai meyakini akan pentingnya meningkatkan iklim yang kondusif bagi investasi dengan tetap membuka ruang bagi kebijakan negara. Muaranya adalah *Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments* (ACFI), model BIT Brazil yang dikukuhkan pada tahun 2015. Berbeda dari model BIT tradisional yang lebih berorientasi pada perlindungan investor (*protection*) dan mekanisme penyelesaian sengketa (*dispute resolution*), ACFI lebih berfokus pada upaya promosi investasi dan prosedur pencegahan sengketa (*dispute prevention*). Dari segi substansi, upaya penyeimbangan terhadap perlindungan investasi terlihat dengan dimuatnya ketentuan BIT tradisional sekalipun mengecualikan beberapa ketentuan lainnya. Prinsip NT, MFN, *direct expropriation* dan kompensasi atas kerugian diakomodasi, sementara prinsip FET, FPS, *indirect expropriation* dieksklusi. (Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI), 2015)

## **METODE PENELITIAN**

Tulisan ini merupakan penelitian doktrinal yang menggunakan pendekatan yuridis-normatif serta komparatif. Penelitian ini menganalisis konsep *standard of treatment* dalam model BIT di negara-negara dunia ketiga, yakni Indonesia, India, Brasil, dan Afrika Selatan, untuk kemudian dikomparasikan. Dengan demikian, sumber utama yang digunakan adalah perjanjian internasional (BIT) terbaru yang dirumuskan oleh negara dunia ketiga.

## **HASIL DAN PEMBAHASAN**

### **Standard of Treatment dalam Perjanjian Investasi Bilateral: Reformasi Negara Dunia Ketiga?**

Seluruh aturan substantif dalam perjanjian investasi bilateral (BIT) modern terangkum ke dalam terma umum yang disebut *standard of treatment*. Sornarajah menggunakan istilah tersebut untuk mencakup bukan hanya prinsip *fair and equitable treatment* (FET) dan *full protection and security* (FPS) yang lazim menjadi prasyarat minimum bagi perlindungan investasi, melainkan juga sejumlah konsep lainnya seperti prinsip-prinsip non-diskriminasi: *national treatment* (NT) dan *most-favoured nation* (MFN). (Grierson-Weiler & Laird, 2008) Sementara sarjana lainnya lebih memilih istilah *standard of protection*. (Dolzer & Schreuer, 2008) Terlepas dari apapun nomenklatur yang lebih tepat digunakan, *standard of treatment* dalam tulisan ini merujuk pada pengertian sempitnya: *international minimum standard of treatment* (FET dan FPS).

*Standard of treatment* mapan digunakan sejak abad ke-19, atau persisnya ketika instrumen *friendship, commerce, and navigaton* (FCN) tidak lagi marak dimanfaatkan dalam melindungi investasi. *Standard of treatment* seolah telah menjadi aksiomatik dalam BIT karena terkesan digunakan secara konsisten dan seragam. Walhasil, sejumlah sarjana mengklaim keberadaan *standard of treatment* telah memenuhi prasyarat untuk ditetapkan sebagai norma hukum kebiasaan internasional. Klaim ini bermasalah, terutama bagi negara dunia ketiga, sekurangnya karena dua alasan. Pertama, mengenai keabsahan klaim *standard of treatment* sebagai hukum kebiasaan internasional. Sornarajah berpendapat, meski BIT secara umum memuat *standard of treatment* sebagaimana disebut dimuka, terdapat perbedaan rincian, tujuan, dan ruang lingkup prinsip dimaksud di dalam setiap BIT. Dan jika menimbang gelombang reformasi BIT saat ini yang ditandai dengan (*counter*) norma-norma baru diluar *standard of treatment*, tren ini justru mengindikasikan adanya penolakan terutama dari negara dunia ketiga. Dengan demikian, hal ini kian memperkuat klaim Sornarajah bahwa keseragaman norma-norma (*uniformity of norms*) sebagai syarat adanya kebiasaan internasional tidak terpenuhi (Sornarajah, 2011), baik dilihat dari unsur *state practice* maupun *opinio juris*.

Kedua, mengenai isi (materi) dari *standard of treatment* jika dilihat secara historis-politis. Sejarah penormaan *standard of treatment* dalam rezim investasi merupakan sejarah tentang hegemoni, pertentangan, dan diplomasi antara negara dunia kesatu (*capital-exporter*) dan negara dunia ketiga (*capital-importer*). Dalam rezim investasi, seluruh pertentangan tersebut tercermin dalam polemik mengenai konsep *International Minimum Standard* (IMS) *vis-à-vis National Standard* (NS) yang menyoal: apakah orang asing beserta propertinya (investasi dan investor) mesti diberi perlindungan berdasarkan standar internasional, suatu standar yang melampaui standar nasional? Atau bersandar pada standar nasional sebagaimana diberikan negara terhadap warga negaranya?

Argumen pertama, yang kali pertama diutarakan oleh Emer de Vattel tentu menguntungkan dan memperoleh dukungan dari negara dunia kesatu selaku *capital-exporter*. Sementara argumen kedua, yang berasal dari Francisco de Vittoria dan ditopang oleh ketentuan Pasal 2 ayat 2 huruf (a) *Charter of Economic Rights and Duties of States 1974*, memperkuat posisi negara dunia ketiga sebagai *capital-importer* karena memberi ruang terhadap kedaulatan negara untuk mengatur kebijakannya. Seluruh polemik ini memberi pengaruh dan berjangkar pada norma hukum kebiasaan internasional mengenai perlindungan diplomatik bagi orang asing yang jika dilanggar, mengimplikasikan adanya tanggung jawab negara. Oleh karenanya, posisi yang diambil oleh negara pada tataran praktik, dan dukungan terhadap opini para ahli, berpotensi mempengaruhi hukum kebiasaan internasional (Bonnitcha et al., 2017), baik yang berlaku saat ini (*lex lata*) maupun di masa yang akan datang (*lex ferenda*).

Di tataran praktik, pengikatan negara terhadap BIT tentu mengandaikan ratifikasi yang bersifat konsensual; artinya instrumen tersebut ditetapkan dalam bentuk perjanjian tanpa adanya paksaan. Prinsip *pacta sunt servanda* merekatkan itikad baik (*good faith*) para pihak dalam mengemban hak-hak dan kewajibannya secara timbal balik. Akan tetapi, tiada norma yang tak dilandasi oleh nilai (*value*) dan, dalam rezim investasi, liberalisme adalah ideologi yang menjadi fondasi filosofisnya. (Vandeveld, 2016) Pengarusutamaan nilai-nilai liberal dalam rezim investasi tersebut lebih bersifat hegemonial ketimbang penerimaan secara sukarela. Situasi di masa itu sarat akan praktik kolonialisme yang dilakukan oleh negara dunia kesatu terhadap negara dunia ketiga, khususnya terhadap negara-negara di wilayah Amerika Latin, Asia dan Afrika. (Miles, 2013)

Penormaan IMS dalam aturan prosedural BIT, misalnya, yang saat ini mengejawantah lewat hadirnya mekanisme internasional (ISDS) untuk melindungi orang asing (*aliens*) di wilayah *host-state* (yang saat ini tengah mengalami krisis), menghadapi pertentangan dari negara dunia ketiga melalui *Calvo Doctrine*, yang justru lebih mengutamakan penyelesaian sengketa di tataran domestik. Sedangkan resistensi negara dunia ketiga terhadap ideologi liberalisme secara umum mengemuka lewat penetapan NIEO dan CERDS sebagai "*instant customary internasional law*". Namun saat ini, status hukum kedua instrumen tersebut relatif ambigu, antara lain karena di masa lampau mendapat penentangan (umumnya) dari negara-negara dunia kesatu. (Sornarajah, 2010) Apalagi jika negara dunia ketiga mengambil posisi, sebagaimana diusulkan B.S Chimni,

bahwa ada pertautan antara hukum kebiasaan internasional dan ideologi liberalisme-kapitalisme dalam rezim investasi asing, yang umumnya merugikan kepentingan negara dunia ketiga. (Chimni, 2018) Selintas tilikan historis di sini tidak berpretensi untuk mengupas seluruh perdebatan yang ada. Tetapi hendak mengindikasikan bahwa, upaya reformasi aturan substantif dalam BIT yang dilakukan oleh negara dunia ketiga saat ini, sejatinya bukan hanya perkara legal-formal semata, tetapi juga memiliki implikasi legal-politis yang tak terpisahkan dari peristiwa historis.

### ***International Minimum Standard of Treatment: Fair and Equitable Treatment dan Full Protection and Security***

Penggunaan prinsip *Fair and Equitable Treatment* (FET) dan prinsip *Full Protection and Security* (FPS) dalam rezim investasi dapat dilacak atau bersumber dari perdebatan mengenai *international minimum standard of treatment*, kendati asal-usul kemunculannya berawal dari rezim perdagangan internasional. Seperti halnya prinsip non diskriminasi, kandungan nilai yang melekat di dalamnya tak lepas dari gagasan liberalisme yang menjamin “*life, liberty, dan property*” orang asing (*alien*). Namun, berbeda dari prinsip non-diskriminasi yang bersifat relatif dan komparatif, prinsip-prinsip ini tergolong sebagai prinsip yang absolut. Hal ini berarti, andaiapun seluruh investasi atau investor diperlakukan sama berdasarkan prinsip non diskriminasi, prinsip FET dan FPS masih mungkin terlanggar. (Dolzer & Schreuer, 2008)

Sedangkan pelanggaran terhadap IMS dapat sekaligus dimaknai sebagai pelanggaran terhadap prinsip non-diskriminasi, kendatipun hal ini tidak berlaku niscaya. Karenanya, kedua prinsip tersebut melengkapi ketentuan prinsip BIT lainnya, yaitu dengan menjamin adanya perlakuan *fair and equitable* serta *full protection and security* terhadap investasi dan/atau investor. Kendatipun demikian, persis frase-frase itulah yang secara teoretik maupun praktik masih mengundang kontroversi, karena tak ada pemaknaan tunggal atasnya; kerap dirumuskan secara berlainan dalam setiap instrumen BIT; dan cenderung ditafsirkan secara ekstensif oleh tribunal manakala terjadi ISDS. Dalam instrumen BIT, kedua prinsip tersebut ada yang dirumuskan secara mandiri, adapula yang diuraikan dalam satu rumusan pasal.

#### ***1. Fair and Equitable Treatment***

Prinsip yang dianggap sebagai aturan kunci (*key provision*) dalam rezim investasi ini justru merupakan salah satu prinsip yang paling kontroversial. Dalam praktiknya, prinsip FET merupakan prinsip utama yang kerap dimanfaatkan oleh investor untuk memperlakukan berbagai tindakan (*measures*) *host-state* dan, karenanya, menduduki peringkat pertama sebagai ketentuan yang memicu ISDS. (Malik, 2011a) Padahal, secara teoretik, prinsip FET bukan hanya kerap dirumuskan secara kabur karena bertolak dari frase umum “*fair and equitable treatment*”, melainkan juga kerap ditafsirkan secara longgar oleh tribunal sehingga menguntungkan investor atau mengancam kedaulatan negara. Prinsip yang berbasiskan konsep keadilan (*fairness*) dan kesetaraan (*equity*) ini hendak mematok perlindungan dasar yang mesti diberi oleh *host-state* terhadap investor atau investasi asing. Di satu pihak, elemen resiko yang melekat pada investasi asing dijamin melalui stabilitas dan prediktabilitas hukum. Di lain pihak, prinsip FET yang cenderung kabur tersebut justru menimbulkan resiko dan ketidakpastian hukum bagi *host-state*, mengingat beragam kebijakan legislatif, eksekutif, maupun yudikatif yang dianggap arbitrer, abusif, atau diskriminatif oleh investor berpotensi melanggar prinsip FET.

Sebagaimana telah disebut, kemunculan prinsip FET tak lepas dari rumusan *international minimum standard of treatment* yang lekat dengan norma hukum kebiasaan internasional (CIL). Itu sebabnya jika dilihat secara historis, cakupan tradisional prinsip ini tidak melampaui norma CIL mengenai standar minimum perlindungan orang asing. Hal ini tercermin, antara lain, dalam kasus NAFTA. Akan tetapi, putusan-putusan arbitrase di era kontemporer justru membuktikan bahwa prinsip FET dapat dilihat sebagai prinsip yang otonom, jika rumusan gramatikal dalam BIT tidak mengaitkan prinsip FET dengan konsep IMS secara eksplisit. Dengan kata lain, sementara pendekatan tradisional mengevaluasi prinsip FET dalam terang wawasan hukum kebiasaan internasional atau hukum internasional, pendekatan kontemporer menafsir FET secara kasuistik berdasarkan rumusan instrumen BIT, atau berbasis pada fakta dari kasus hukum (*case-law*) yang ada secara *ad-hoc*. Menurut UNCTAD di tahun 2012, ada setidaknya empat rumusan FET (United

Nations, 2010) dalam berbagai instrumen BIT. Rumusan tersebut akan dievaluasi substansinya, serta dikaitkan dengan BIT negara dunia ketiga:

**Tabel 1. Prinsip FET dalam BIT Negara Dunia Ketiga**

	<b>FET tanpa kualifikasi</b>	<b>FET berbasis internasional</b>	<b>hukum FET berbasis IMS/CIL</b>	<b>FET dengan aturan substantif tambahan</b>
<b>Rumusan</b>	1. Hanya menyantumkan frase “FET dan/FPS” tanpa penjelasan.	2. Menyantumkan pula frase: “... <i>in accordance with international law</i> ”	3. Menyantumkan pula frase: “... <i>do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law and or minimum standard of treatment of aliens</i> ”	Menyantumkan pula sebagian atau seluruh frase (4-7): 4. <i>Prohibition of denial of justice;</i> 5. <i>Prohibition of arbitrary, unreasonable or discriminatory measures;</i> 6. <i>Irrelevance of a breach of a different treaty norm;</i> 7. <i>Accounting for the level of development.</i>
<b>Substansi</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Makna frase “<i>Fair and Equitable Treatment dan/atau Full Protection and Security</i>”.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• FET dilihat dari Sumber perjanjian internasional, prinsip-prinsip hukum umum, dan pendapat para ahli.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• FET dilihat dari HI: CIL, hukum kebiasaan internasional.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Larangan <i>denial of justice</i></li> <li>• Larangan tindakan arbitrer, tidak beralasan, dan diskriminatif</li> <li>• Tidak relevannya pelanggaran perjanjian yang lain</li> <li>• Anjuran dalam memperhitungkan tingkat pembangunan <i>host-state</i></li> </ul>
<b>BIT Negara Dunia Ketiga</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indonesia: 3, 4, 6.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• India: 3, 4, 5, 6</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Brazil: 4, 5 (?)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Afrika Selatan: 4 dan 7 (?)</li> </ul>

Sumber: diolah oleh penulis, 2024

Dari rumusan FET di atas berlaku suatu ketentuan: semakin sederhana FET dirumuskan, semakin longgar rumusan tersebut dapat ditafsirkan. Dan semakin longgar rumusan FET dapat ditafsirkan, semakin sempit pula ruang yang tersisa bagi penerapan kebijakan negara. Terlihat bahwa BIT negara dunia ketiga hendak mengantisipasi hal tersebut, dengan tidak mengadopsi rumusan 1 dan 2. Kendati *article 4 (a) 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property* mengatur bahwa prinsip FET tanpa kualifikasi tetap harus ditafsirkan berdasarkan

prinsip CIL, tidak ada daya mengikat bagi tribunal untuk menafsirkannya demikian. Itu sebabnya format prinsip FET tanpa kualifikasi dihindari oleh negara dunia ketiga.

Prinsip FET berbasis hukum internasional menghendaki bahwa pelanggaran terhadap prinsip tersebut bukan hanya mesti dievaluasi menurut ketentuan CIL, tetapi juga berdasarkan sumber-sumber hukum internasional lainnya. Oleh karena banyaknya rujukan yang dapat digunakan, entah perjanjian internasional, prinsip-prinsip hukum umum, dan pendapat para ahli, maka tafsiran atasnya semakin luas. Indonesia dan India menggunakan prinsip FET berbasis CIL, guna menghindari tafsiran yang ekspansif oleh tribunal mengenai substansi prinsip FET. Akan tetapi, meski pendekatan ini memiliki basis historis, tidak ada konsensus resmi mengenai isi dan cakupan dari prinsip FET yang sesuai dengan CIL. Dengan ungkapan lain, mengutip UNCTAD, "*the minimum standard itself is highly indeterminate, lacks a clearly defined content and requires interpretation.*" (United Nations, 2010) Putusan-putusan arbitrase yang ada menunjukkan tiadanya keseragaman pendekatan dalam menafsir rumusan FET dan standar minimum, sehingga ketidakpastian hukum tetap inheren di dalam prinsip FET berbasis IMS/CIL ini.

Indonesia dan India tidak hanya mengadopsi prinsip FET berbasis CIL. Kedua negara tersebut mengadopsi pula prinsip FET dengan aturan substantif tambahan, yakni: larangan *denial of justice*, larangan bagi tindakan yang arbitrer, diskriminatif, dan tidak beralasan, beserta klausul tidak relevannya pelanggaran perjanjian yang lain bagi pelanggaran perjanjian ini (BIT). Secara umum, *denial of justice* didefinisikan sebagai kesalahan keputusan administrasi yang fatal oleh negara, baik di level legislatif, eksekutif maupun yudikatif. Hanya kesalahan fatal yang umumnya dianggap sebagai *denial of justice*, sedang kesalahan minor seperti kesalahan penafsiran dan penerapan hukum tidak dianggap demikian. Sementara tidak ditemukan rumusan tunggal mengenai *denial of justice* dalam BIT, prinsip *exhaustion of local remedies* (ELR) dan *due process of law* dianggap sebagai elemen konstitutif. (United Nations, 2010)

Dalam BIT Indonesia, prinsip FET adalah larangan *denial of justice* berbasis *due process of law*. Itu berarti Indonesia mempersempit rumusan prinsip FET sebagai larangan *denial of justice* berdasarkan prinsip-prinsip proses hukum semata. (United Nations, 2010) Sedangkan India, berbasiskan pula prinsip ELR, memperluas muatan FET melalui konsep larangan bagi tindakan diskriminatif dan abusif. Tidak seperti prinsip non-diskriminasi yang mengevaluasi suatu tindakan berbasis kewarganegaraan, larangan bagi tindakan diskriminatif di sini bersifat spesifik terhadap investor asing tertentu berdasarkan alasan tak berdasar, seperti ras, gender, agama, serta tindakan-tindakan abusif (paksaan, tekanan, pelecehan). (United Nations, 2010) Indonesia dan India kembali sepakat bahwa, pelanggaran terhadap isi ketentuan lain dalam perjanjian ini, atau pelanggaran terhadap perjanjian yang lain, tidak lantas berarti prinsip dalam ketentuan ini (*Treatment of Investment: FET dan FPS*) ikut terlanggar. Lewat klausul tersebut Indonesia dan India hendak mengantisipasi terjadinya ISDS seraya memperluas ruang bagi kebijakan negara.

India sebetulnya tidak menyebut istilah FET sama sekali, kendati rumusan di dalam BIT masih mencerminkan isi (materi) prinsip FET sebagaimana disebut dalam tabel 3. India hendak mengambil jarak dari seluruh preseden yang ada terkait praktik penafsiran prinsip FET oleh tribunal yang menginklusi konsep *legitimate expectations*, suatu konstruksi konsep yang menjadi tafsiran resmi mengenai isi prinsip FET, yang cenderung ditafsirkan secara longgar. (Ranjan & Anand, 2017) Dengan demikian, India hendak memperluas ruang bagi kebijakan negara, sekaligus menghindari ketidakpastian hukum mengenai istilah FET. Jauh lebih reformis dari itu, Brazil dan Afrika Selatan menghapus isi dan istilah prinsip FET sekaligus dalam BIT. Kendatipun demikian, ada sejumlah aturan yang serupa atau sedikit banyak merefleksikan unsur-unsur FET. Dalam Pasal 4 Brazil CFIA, diatur bahwa investasi dan investor asing harus diperlakukan berdasarkan prinsip *due process of law*. Selain itu, segala tindakan negara yang berdampak terhadap investasi harus diputuskan secara *reasonable*, objektif dan imparial (atau non-diskriminatif). Kedua aturan tersebut secara esensial mencerminkan rumusan 4 dan 5 dalam tabel di atas.

Hal yang sama pun berlaku dalam ketentuan investasi di Afrika Selatan. Melalui konsep *Fair and Administrative Treatment*, Afrika selatan menjamin bahwa seluruh proses administratif, legislatif dan judisial, tidak akan berlangsung secara arbitrer dan tidak akan menyangkal keadilan (*denial of justice*) investor, baik secara administratif maupun prosedural. Dan sesuai dengan bunyi Konstitusi Afrika Selatan (Pasal 32), hak investor untuk mengakses informasi terkait

investasinya dari pemerintah akan dijamin; dan hak investor untuk bersengketa dipengadilan secara adil (Pasal 34) juga sama. Kedua aturan ini setidaknya-tidaknya mencerminkan rumusan 4 dalam tabel di atas, yaitu larangan *denial of justice*. Seluruh ketentuan ini diperketat pelaksanaannya, dengan memperhitungkan pula ketersediaan sumber daya dan kapasitas yang tersedia di Afrika Selatan. (Protection of Investment Act 22, 2015) Dengan demikian, di satu pihak, Brazil dan Afrika Selatan mengambil jarak terhadap problematik rumusan prinsip FET dalam melindungi kepentingan negara, seperti halnya India. Di lain pihak, mereka menyodorkan konsep aturan serupa yang berupaya menjamin kepentingan investor.

2. *Full Protection and Security*

Tak seperti prinsip FET yang melarang negara untuk melakukan tindakan aktif tertentu, prinsip *full protection and security* menghendaki negara untuk tidak pasif dalam melindungi dan mengamankan investor dan investasi asing. Namun, rumusan tradisional yang melekatkan prinsip FPS dengan prinsip FET membuat sebagian tribunal arbitrase memutuskan bahwa kedua prinsip tersebut tak terpisahkan. Sebagian lainnya, justru memutuskan sebaliknya: bahwa prinsip FPS merupakan prinsip yang berdiri sendiri. (Dolzer & Schreuer, 2008) Kendati demikian, pendapat pertama tersebut tidak sepenuhnya keliru, mengingat dalam prinsip FPS mengeram juga permasalahan yang diidap oleh *minimum standard of treatment* secara umum (IMS). Pertama kali dirumuskan dalam *Abs-Shawcross Convention* 1960, frase "*full protection and security*" yang bersifat umum ini dihadapkan pada pertanyaan khas prinsip IMS: apakah prinsip ini mesti dievaluasi berdasarkan CIL mengenai IMS? Atau bersifat otonom berbasiskan konsep *strict liability*? Sebagian tribunal arbitrase mengafirmasi pertanyaan pertama, sedang mayoritas mengambil pilihan yang kedua.

Frase yang digunakan dalam BIT pun beraneka ragam: "*full protection and security*", "*constant protection and security*," "*adequate protection and security*," "*protection and security*", atau "*physical protection and security*." Sementara kata sifat yang digunakan membuka ruang perdebatan tersendiri (*full, constant, adequate*), prinsip FPS dihadapkan pada pertanyaan lain: apakah prinsip ini hanya melindungi keamanan fisik investasi dan investor? Atau lebih dari itu? Kasus pertama, yakni *AAPL v Sri Lanka* di tahun 1990 yang berlatarkan situasi konflik menggiring pada kesimpulan bahwa prinsip FPS cuma terbatas pada perlindungan keamanan fisik semata. Akan tetapi, putusan-putusan arbitrase dalam kasus-kasus lainnya mengafirmasi pertanyaan yang terakhir: bukan hanya *host-state* harus menjamin perlindungan dan keamanan fisik, melainkan juga keamanan legal dan perlindungan komersil investor dan investasi asing. (Malik, 2011b) Pada akhirnya, sebagaimana berlaku dalam prinsip BIT lainnya, jawaban atas seluruh pertanyaan tersebut terpulang, pertama-tama, kepada bagaimana prinsip FPS diformulasikan dalam instrumen BIT. Semakin sederhana prinsip FPS dirumuskan, semakin luas pula ruang tafsirnya. Berikut perbandingan rumusan prinsip FPS dalam BIT Negara dunia ketiga yang diatur dalam satu bagian (*chapter*) dengan prinsip FET:

**Tabel 2. Prinsip FPS dalam BIT di Negara Dunia Ketiga**

	Indonesia-Singapore 2018	India Model BIT 2016	Brazil (CFIA) 2015	Afrika Selatan (Act 22/2015)
<b>Ketentuan Umum Minimum Standard of Treatment (berlaku pula bagi prinsip FET)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Istilah: <i>Treatment of Investment</i> (FET dan FPS)</li> <li><i>Legitimate expectations</i> tidak berlaku</li> <li>Tak ada aturan substantif tambahan melampaui</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Istilah: <i>Treatment of Investment</i></li> <li>Berbasis CIL</li> <li>Melanggar ketentuan lain dalam ini/perjanjian lain tidak berarti melanggar aturan ini</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Istilah: <i>Admission and Treatment</i></li> <li>Mengakui dan mendorong investasi dari investor asing berdasarkan hukum dan aturan masing-masing.</li> <li>Memberikan perlakuan sesuai prinsip <i>due</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Istilah: <i>Fair and Administrative Treatment</i></li> <li>Berdasarkan konstitusi dan per-UU-an: 1. Proses administratif dan yudikatif tidak arbitrer; atau</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• CIL Melanggar ketentuan lain dalam BIT ini/perjanjian lain tidak berarti melanggar aturan ini</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dalam menimbang pelanggaran terhadap ketentuan ini, tribunal harus menimbang apakah investor (sebagai perusahaan lokal) telah menuntut pemulihan dihadapan pengadilan atau tribunal domestik (prinsip ELR)</li> </ul>	<p><i>process of law</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Memastikan bahwa semua tindakan yang berdampak pada investasi dilakukan dengan cara yang wajar, obyektif dan imparial, sesuai dengan hukum dan peraturan masing-masing.</li> </ul>	<p>melakukan <i>denial of justice</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Hak untuk diberikan alasan tertulis dan tinjauan administratif atas terbitnya keputusan</li> <li>3. Hak investor untuk mengakses informasi pemerintah terkait investasinya</li> </ol>
<b>Full Protection and Security</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Setiap pihak mesti mengambil tindakan yang mungkin diperlukan untuk memastikan perlindungan dan keamanan investasi;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• FPS hanya berarti adanya kewajiban yang berkaitan dengan keamanan fisik investor dan investasi pihak lainnya.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• -</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pemerintah memberikan tingkat keamanan fisik kepada investor asing dan investasinya sebagaimana diberikan kepada investor domestik, berdasarkan standar minimum CIL dan sesuai dengan sumber daya dan kapasitas yang tersedia.</li> </ul>

Sumber: diolah oleh penulis, 2024

Dari tabel di atas terlihat bahwa tindakan paling reformis dilakukan oleh Brazil dengan menghapus rumusan FPS dalam BIT-nya. Dengan demikian, segala resiko dan ketidakpastian yang terkandung dalam prinsip FPS dapat diantisipasi. Sementara itu, India dan Afrika Selatan membatasi prinsip FPS tidak mencakup perlindungan dan keamanan legal dan komersil, melainkan terhadap perlindungan dan keamanan fisik investor dan investasinya semata. Kedua negara tersebut juga membatasi tafsiran prinsip FPS berbasiskan norma CIL. Sementara Afrika Selatan membatasi perlindungan keamanan fisik tersebut sesuai dengan sumber daya dan kapasitas yang tersedia, sebagaimana diberikannya terhadap investor lokal, India mensyaratkan prinsip ELR jika investor hendak mengklaim adanya pelanggaran prinsip FPS oleh *host-state*.

Sedangkan Indonesia terkesan ambigu. Seperti kedua negara sebelumnya, Indonesia turut membatasi prinsip FPS berdasarkan norma CIL. Bahkan Indonesia bersama India mengatur, tiada pelanggaran ketentuan lain (di dalam maupun di luar BIT ini) yang menyebabkan terlanggarnya

prinsip FPS. Indonesia juga melarang penerapan konsep *legitimate expectation* sebagai alasan bagi pelanggaran prinsip FPS. Akan tetapi, dalam Indonesia-Singapore BIT 2018, “Perlindungan penuh dan keamanan mensyaratkan masing-masing Pihak untuk bertindak sebagaimana mestinya untuk memastikan keamanan dan perlindungan penanaman modal”. Frase ini menggiring kita pada pertanyaan terakhir yang telah diajukan sebelumnya, yakni: apakah prinsip ini hanya melindungi keamanan fisik investasi dan investor asing? Atau melampaui itu, melindungi keamanan hukum dan komersil investasi asing? Tiadanya petunjuk atas pertanyaan ini membuka ruang penafsiran yang ekspansif manakala terjadi sengketa investasi di kemudian hari. Oleh karenanya, Indonesia perlu mengantisipasi sejumlah masalah tersebut guna mengantisipasi krisis BIT, dengan menyusun model BIT sendiri.

## SIMPULAN

Merespon krisis dalam rezim hukum investasi internasional, negara-negara dunia ketiga melakukan reformasi dengan merumuskan ulang *standard of treatment* dalam BIT terbarunya. Secara sempit, *standard of treatment* tak lain dari *international minimum standard of treatment* yang mencakup *fair and equitable treatment* (FET) dan *full protection and security* (FPS).

Prinsip FET merupakan prinsip yang paling dimanfaatkan oleh investor untuk memperlakukan berbagai tindakan (*measures*) *host-state* dan, karenanya, menduduki peringkat pertama sebagai ketentuan yang memicu ISDS. (Malik, 2011a) Secara teoretik, prinsip FET bukan hanya kerap dirumuskan secara kabur karena bertolak dari frase umum “*fair and equitable treatment*”, melainkan juga kerap ditafsirkan secara longgar oleh tribunal sehingga menguntungkan investor dan mengancam kedaulatan negara. Dalam rumusan FET berlaku ketentuan bahwa semakin sederhana FET dirumuskan, semakin longgar norma tersebut dapat ditafsirkan. Dan semakin longgar rumusan FET dapat ditafsirkan, semakin sempit ruang yang tersisa bagi kebijakan negara. Negara dunia ketiga hendak mengantisipasi hal tersebut dengan tidak mengadopsi rumusan yang sederhana. Itu sebabnya format prinsip FET tanpa kualifikasi dihindari oleh negara dunia ketiga. Indonesia dan India tidak hanya mengadopsi prinsip FET berbasis *customary international law* (CIL). Kedua negara tersebut mengadopsi pula prinsip FET dengan aturan substantif tambahan, yakni: larangan *denial of justice*. Jauh lebih reformis dari itu, Brazil dan Afrika Selatan menghapus isi dan istilah prinsip FET sekaligus dalam BIT.

Tak seperti prinsip FET yang melarang negara melakukan tindakan aktif tertentu, prinsip *full protection and security* menghendaki negara untuk tidak pasif dalam melindungi dan mengamankan investor dan investasi asing. Menyangkut rumusan FPS, tindakan paling reformis dilakukan oleh Brazil dengan menghapus rumusan FPS dalam BIT-nya. Dengan demikian, segala resiko dan ketidakpastian yang terkandung dalam prinsip FPS dapat diantisipasi. Sementara itu, India dan Afrika Selatan membatasi prinsip FPS sehingga tidak mencakup perlindungan dan keamanan legal dan komersil, melainkan perlindungan dan keamanan fisik investor dan investasinya saja. Kedua negara tersebut juga membatasi tafsiran prinsip FPS berdasarkan norma CIL. Sedangkan Indonesia terkesan ambigu. Sekalipun membuat pembatasan dalam BIT terbarunya, dalam BIT Indonesia masih tersisa rumusan FPS yang dapat memicu penafsiran yang ekspansif jika terjadi sengketa investasi. Hal ini karena, dalam BIT Indonesia, rumusan prinsip FPS tidak jelas apakah hendak melindungi keamanan fisik investasi dan investor asing semata, atau juga memberikan keamanan hukum dan melindungi aspek komersial investasi asing.

## REFERENSI

- Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI) (2015).  
Bonnitcha, J., Poulsen, L. N. S., & Waibel, M. (2017). *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford University Press.  
Chimni, B. S. (2018). Customary International Law: A Third World Perspective. *American Journal of International Law*, 112(1).  
Choer Moraes, H., & Hees, F. (2018). Breaking the BIT Mold: Brazil’s Pioneering Approach to Investment Agreements. *AJIL Unbound*, 112, 197-201.  
Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.

**Syahrul Fauzul Kabir**, Krisis dan Reformasi: Standard of Treatment dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga.

- Grierson-Weiler, T. J., & Laird, I. A. (2008). Standards of Treatment. In P. Muchlinski, F. Ortino, & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*.
- India Model Bilateral Investment Treaty (BIT) (2016).
- Indonesia-Singapore Bilateral Investment Treaty (2018).
- Kabir, S. F. (2023). Krisis dan Reformasi: Hak untuk Mengatur dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga. *Undang: Jurnal Hukum*, 6(1), 151–187. <https://doi.org/10.22437/ujh.6.1.151-187>
- Malik, M. (2011a). Fair and Equitable Treatment. *The International Institute for Sustainable Development*, September 2009.
- Malik, M. (2011b). The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration? *The International Institute for Sustainable Development*, November.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law*. Cambridge University Press.
- Protection of Investment Act 22 (2015).
- Ranjan, P., & Anand, P. (2017). The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 38, 17.
- Skovgaard Poulsen, L. N. (2014). Bounded rationality and the diffusion of modern investment treaties. *International Studies Quarterly*, 58(1), 1–14.
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.
- Sornarajah, M. (2011). Mutation of Neo-liberalism In International Investment Law. *Trade Law and Development*, 3(1).
- United Nations. (2010). Fair and Equitable Treatment. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*.
- Vandeveldt, K. J. (2016). The liberal vision of the international law on foreign investment. In C. L. Lim (Ed.), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.