

**LAPORAN TAHUN TERAKHIR
PENELITIAN DESERTASI DOKTOR
(PDD)**



***RATIONAL CHOICE THEORY* DALAM SKEMA DIVESTASI SAHAM
PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATU BARA BERDASARKAN
PRINSIP PERLINDUNGAN KEPENTINGAN NASIONAL**

TAHUN KE – 1 DARI RENCANA 1 TAHUN

WIDHAYANI DIAN PAWESTRI

0006128703

**DIBIYAI OLEH:
DIREKTORAT RISET DAN PENGABDIAN MASYARAKAT
DIREKTORAT JENDERAL PENGUATAN RISET DAN PENGEMBANGAN
KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI, DAN PENDIDIKAN TINGGI
SESUAI DENGAN PERJANJIAN PENDANAAN PENELITIAN DAN PENGABDIAN
KEPADA MASYARAKAT
NOMOR: 122/SP2H/PTNBH/DRPM/2018**

**UNIVERSITAS AIRLANGGA
NOVEMBER 2018**

**LAPORAN TAHUN TERAKHIR
PENELITIAN DESERTASI DOKTOR
(PDD)**

KFB
KK-2
LP 09/19
Paw
r



***RATIONAL CHOICE THEORY* DALAM SKEMA DIVESTASI SAHAM
PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATU BARA BERDASARKAN
PRINSIP PERLINDUNGAN KEPENTINGAN NASIONAL**

TAHUN KE – 1 DARI RENCANA 1 TAHUN

WIDHAYANI DIAN PAWESTRI

0006128703

**DIBIYAI OLEH:
DIREKTORAT RISET DAN PENGABDIAN MASYARAKAT
DIREKTORAT JENDERAL PENGUATAN RISET DAN PENGEMBANGAN
KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI, DAN PENDIDIKAN TINGGI
SESUAI DENGAN PERJANJIAN PENDANAAN PENELITIAN DAN PENGABDIAN
KEPADA MASYARAKAT
NOMOR: 122/SP2H/PTNBH/DRPM/2018**

**UNIVERSITAS AIRLANGGA
NOVEMBER 2018**

HALAMAN PENGESAHAN

Judul : Rational Choice Theory Dalam Skema Divestasi Saham
Pertambangan Mineral dan Batu Bara Berdasarkan Prinsip
Perlindungan Kepentingan Nasional

Peneliti/Pelaksana

Nama Lengkap : WIDHAYANI DIAN PAWESTRI, S.H, M.H
Perguruan Tinggi : Universitas Airlangga
NIDN : 0006128703
Jabatan Fungsional : Tidak Punya
Program Studi : Ilmu Hukum
Nomor HP : 08113574411
Alamat surel (e-mail) : widhayanidian@fh.unair.ac.id

Institusi Mitra (jika ada)

Nama Institusi Mitra : -
Alamat : -
Penanggung Jawab : -
Tahun Pelaksanaan : Tahun ke 1 dari rencana 1 tahun
Biaya Tahun Berjalan : Rp 41,000,000
Biaya Keseluruhan : Rp 41,000,000



Mengetahui,
Wakil Dekan III Fakultas Hukum

(Dr. Radian Salman, S.H., LL.M.)
NIP/NIK 197710192003121001

Kota Surabaya, 8 - 11 - 2018
Ketua,

(WIDHAYANI DIAN PAWESTRI, S.H, M.H)
NIP/NIK 198712062015042001



Menyetujui,
Ketua Lembaga Penelitian dan Inovasi

(Prof. Hery Purnobasuki, M.Si., Ph.D.)
NIP/NIK 196705071991021001



RINGKASAN

Penelitian ini bertitik tolak pada pemikiran akan pentingnya menganalisis skema divestasi saham penanaman modal asing sektor pertambangan mineral dan batubara di Indonesia dengan menggunakan public choice theory dan rational choice theory.

Skema divestasi saham di sektor pertambangan Indonesia masih menyimpan permasalahan utama, yaitu mengenai bagaimana harga saham divestasi seharusnya ditetapkan. Pemerintah Indonesia selalu terlambat dalam melakukan pembelian atau pelaksanaan divestasi dan seringkali pemerintah Indonesia kesulitan untuk mendapatkan pendanaan pembelian saham divestasi. Bahkan jika dana divestasi berhasil didapatkan, maka divestasi dilakukan melalui proses sindikasi dengan uang dari pinjaman ke pihak ketiga. Oleh karena itu, diperlukan reformasi perubahan hukum dalam mekanisme divestasi saham dalam sektor pertambangan.

Penerapan Public Choice Theory dalam kebijakan divestasi saham adalah mengambil keputusan yang akan bermanfaat bagi masyarakat luas, dengan tidak mengubah kebijakan divestasi saham namun menentukan mekanisme yang lebih jelas tentang penentuan harga saham divestasi, sehingga manfaat atau utilitas dari kebijakan tersebut akan sama-sama terdistribusi secara luas terhadap masyarakat. Sedangkan Rational Choice Theory menjadi dasar bawasanya pemerintah dalam pengambilan kebijakan investasi harus membawa keuntungan yang sebesar-besarnya bagi host country, baik dari segi ekonomi dan sosial. Apabila setelah dilakukan pertimbangan dan menghasilkan penilaian bahwa skema divestasi saham dengan cara dibeli sesuai dengan harga pasar tidak memberi manfaat yang besar bagi Negara, dan cenderung merugikan negara, maka pemerintah harus merubah skema kebijakan divestasi saham tersebut. Penelitian ini menemukan 3 alternatif bagi mekanisme divestasi di sektor pertambangan, yaitu: Pertama, menentukan mekanisme yang lebih jelas tentang penentuan harga saham divestasi, kedua, menghilangkan aturan divestasi saham, dan ketiga, divestasi saham tanpa pembelian.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum. Pendekatan masalah yang digunakan dalam penelitian ini secara umum adalah conceptual approach, statute approach, case approach, comparative approach, serta economic analysis of law. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan, konvensi internasional dan putusan ICSID. Sedangkan bahan hukum sekunder berupa kepustakaan dan hasil penelitian sebelumnya yang terkait.

Keyword: divestasi saham, hukum investasi, hukum penanaman modal, hukum pertambangan, *rational choice theory*.



PRAKATA

Assalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh,

Alhamdulillahirabbil'alamin. Puji syukur atas Berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa, shalawat dan salam penulis panjatkan kepada junjungan kita Nabi Besar Muhammad SAW, penulis senantiasa diberikan nikmat kesehatan, kemudahan dan keberhasilan dalam menyelesaikan Laporan Tahun Terakhir Penelitian Desertasi Doktor (PDD) yang berjudul *Rational Choice Theory* dalam Skema Divestasi Saham Pertambangan Mineral dan Batu Bara Berdasarkan Prinsip Perlindungan Kepentingan Nasional.

Pada kesempatan ini, terima kasih yang tulus penulis haturkan kepada Rektor Universitas Airlangga serta Kementerian Riset Teknologi dan Pendidikan Tinggi, yang telah memberikan kesempatan untuk melakukan penelitian yang diselenggarakan oleh Direktorat Riset dan Pengabdian Masyarakat, Direktorat Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi. Terima kasih juga penulis sampaikan kepada Ketua Lembaga Penelitian dan Inovasi (LPI) Universitas Airlangga, Prof. Hery Purnobasuki, M.Si., Ph.D., serta segenap Staf LPI Universitas Airlangga yang telah membantu segala keperluan administrasi selama penelitian, sehingga penulis bisa dengan mudah menyelesaikan penelitian ini.

Penghargaan dan terima kasih yang tulus penulis haturkan kepada Pimpinan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, juga Promotor dan KoPromotor penulis: Prof. Dr. M. Zaidun, S.H., M.Si., Iman Prihandono, S.H., M.H., LL.M., Ph.D., dan Dr. Mas Rahmah, S.H., M.H., LL.M., yang senantiasa meluangkan waktu, tenaga dan pikiran untuk membimbing dan memberikan saran demi penyempurnaan Laporan Tahun Terakhir Penelitian Desertasi Doktor ini. Terima kasih yang tulus dan mendalam penulis ucapkan kepada suami, kedua orang tua penulis, serta pihak-pihak lain yang telah turut membantu sehingga Laporan Tahun Terakhir Penelitian Desertasi Doktor ini dapat diselesaikan dengan baik pada waktu yang telah ditentukan.

Penulis berharap, semoga Allah SWT senantiasa memberikan iman, kesehatan, kemudahan dan keberhasilan, untuk menjadi insan yang bermanfaat dengan mengembangkan dan berbagi ilmu pengetahuan melalui penelitian dan karya ilmiah. Dengan segala kerendahan hati penulis mengharapkan masukan, saran dan kritik untuk penyempurnaan Laporan Tahun Terakhir Penelitian Desertasi Doktor ini, sehingga laporan ini dapat memberikan manfaat dan membawa perubahan yang lebih baik untuk Bangsa dan Negara. Terima kasih.

Wassalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh.

Surabaya, 15 November 2018

Penulis,

Widhayani Dian Pawestri, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

HALAMAN PENGESAHAN	ii
RINGKASAN.....	iii
PRAKATA	iv
DAFTAR ISI	v
DAFTAR TABEL	vi
DAFTAR GAMBAR.....	vii
DAFTAR LAMPIRAN	viii
BAB I PENDAHULUAN	1
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	11
BAB III TUJUAN DAN MANFAAT PENELITIAN.....	28
BAB IV METODE PENELITIAN	29
BAB V HASIL DAN LUARAN YANG DICAPAI	34
BAB VI KESIMPULAN DAN SARAN.....	148
DAFTAR PUSTAKA	xvi
LAMPIRAN	xxi



11

DAFTAR TABEL

DAFTAR GAMBAR

Presentase Penanaman Modal Asing di China Berdasarkan Sektor Penanaman Modal	44
Indonesia Sebagai Penghasil Terbesar Bauksit, Nikel, Emas, Dan Batu Bara	61
Indonesia Salah Satu Pemasok Mineral Terbesar di Amerika	62
<i>Mining in Indonesia Investment</i>	62
<i>Indonesia Foreign Direct Investment Graph</i>	64
10 Negara Investor Terbesar di Indonesia Triwulan I 2018	65
Sepertiga Investasi Asing Indonesia dari Singapura	65
<i>Indonesia Investment Coordinating Board, Domestic and Foreign Direct Investment Realization In Quarter I 2018</i>	65
Penurunan GDP Indonesia	67
Cadangan Batu Bara Pada Tahun 2017	69
Cadangan Batu Bara	69
Cadangan Potensi Panas Bumi di Indonesia Pertahun 2017	70
Komoditi Mineral yang Ada di Indonesia per tahun 2016	71
Kalimantan Timur Sebagai Penghasil Gasbumi	75
Produksi Batu Bara di Kalimantan Selatan pada Kurun Waktu 2008 hingga 2010....	76
Hasil Pertambangan Mineral dan Batu Bara di Sumatera	76
Bahan Tambang Non-Migas di Papua	77

DAFTAR LAMPIRAN

Bukti Sertifikat Sebagai Presenter pada <i>The 2nd International Conference on Law, Governance and Globalization</i> (ICLGG 2018), Surabaya, 28-29 Agustus 2018	xxi
Bukti Sertifikat sebagai Presenter dalam International Law Conference 2018 (i-NLAC2018), Kuala Lumpur, Malaysia, 4-5 September 2018	xxii
Surat Keterangan keikutsertaan dalam International Conference on Law and Globalisation (ICLG 2018), diselenggarakan oleh Universiti Sultan Zainal Abidin (UniSZA), Kuala Nerus, Malaysia, 21-22 Oktober 2018	xxiii
<i>Full Paper The 2nd International Conference on Law, Governance and Globalization</i> (ICLGG 2018), Surabaya, 28th-29th Agustus 2018	xxiv
<i>Full Paper (2) The 2nd International Conference on Law, Governance and Globalization</i> (ICLGG 2018), Surabaya, 28th-29th Agustus 2018	xxx
<i>Full Paper International Law Conference 2018 (i-NLAC2018), Kuala Lumpur, Malaysia, 4th-5th September 2018</i>	xxli
<i>Full Paper International Conference on Law and Globalisation (ICLG 2018) Kuala Nerus, Malaysia, 21st-22nd October 2018</i>	liii
Ringkasan Penelitian <i>Legal Research Exposure Airlangga Law Festival</i> 2018, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 13 November 2018	lxiv



BAB I PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Ide penelitian ini bertitik tolak padapemikiran akan pentingnya merumuskan konsep kepentingan nasional berlandaskan konstitusi, yang selanjutnya menjadi parameter standar dalam menginterpretasikan prinsip¹ perlindungan kepentingan nasional agar tidak bias dalam penerapannya, khususnya pada kebijakan divestasi² saham penanaman modal asing (selanjutnya disebut PMA) sektor pertambangan mineral dan batubara (selanjutnya disebut Minerba).

Sebagai diskursus dasar yang akan menjadi pedoman dalam penelitian ini, penulis – dengan logika dan sistematika berfikir yang runtut-memaknai kepentingan nasional dengan beranjak dari tujuan dibentuknya Negara Republik Indonesia (selanjutnya disebut NRI) -yang berkedaulatan rakyat- yang termaktub dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI 1945)³ yang validitasnya

¹ Prinsip atau asas, dalam Bahasa Belanda disebut “*beginsel*”, dalam Bahasa Inggris disebut “*principle*” dan dalam Bahasa Latin disebut “*principium*” yang berarti pertama dan “*capere*” yang artinya mengambil atau menangkap. Periksa: Agus Yudha Hernoko, *Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2008, h.18. *Principle* dapat pula mengandung pengertian “*a fundamental truth or doctrine, as of law*”. Periksa: Henry Campbell Black, *Black’s Law Dictionary*, a Bridged Sixth Edition, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1991, h.828. *Principle* juga dapat diartikan sebagai “*a basic rule, law or doctrine*”. Periksa: Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black’s Law Dictionary*, Ninth Edition, West Group, St. Paul, Minnesota, 2009, h.1313. Menurut Paul Scholten sebagaimana disitir oleh Bruggink, asas hukum (prinsip hukum) adalah pikiran-pikiran dasar yang terdapat di dalam dan di belakang sistem hukum, masing-masing dirumuskan alam peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim yang berkenaan dengannya ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya. Periksa: Bruggink, alih bahasa Arief B. Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, h.119-120.

² Divestasi merupakan *transfer (a major branch of industry or commerce) from private to state ownership control*. Periksa : H.Salim H.S., dan Erlies Setiana Nurbani, 2013, *Hukum Divestasi di Indonesia (Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 2/SKLN-X/2012)*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, h.124.

³Tujuan bernegara dapat dilihat dalam alinea keempat UUD NRI 1945, yaitu: 1) Untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap Bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, 2) Untuk memajukan kesejahteraan umum, 3) Untuk mencerdaskan kehidupan bangsa, dan 4) Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial. Sehingga dibentuklah 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. Tujuan bernegara harus tertuang dalam konstitusi yaitu UUD NRI 1945. Penulis berpendapat bahwa konstitusi Indonesia adalah UUD NRI 1945, hal ini didasari oleh pandangan Brian Thompson yang menyebutkan bahwa “... *a constitution is a document which contains the rules for the operation of an organization*”, dan pandangan lain oleh Bryce yang menyatakan bahwa konstitusi tertulis merupakan “*The instrument in which a constitution is embodied proceeds from a source different from that whence spring other laws, is regulated in a different way, and exerts a sovereign force. It is enacted not by the ordinary legislative authority but by some higher and specially empowered body. When any of its provisions*

terpresuposisikan dari Pancasila sebagai *staatsfundamentalnorn* Bangsa Indonesia.⁴ Sehingga dapat terumuskan pengertian kepentingan nasional yaitu “semua hal yang berkaitan baik langsung maupun tidak langsung dengan pencapaian tujuan bernegara dalam UUD NRI 1945”.⁵

Tujuan bernegara dapat tercapai dengan cara memaksimalkan pembangunan nasional. Salah satu upaya untuk memaksimalkan pembangunan nasional adalah dengan meningkatkan pendapatan Negara melalui kegiatan penanaman modal⁶, khususnya penanaman modal asing, dengan memaksimalkan keuntungan sebesar-besarnya dalam memanfaatkan modal asing tersebut.

Upaya untuk memanfaatkan dan meningkatkan modal asing secara maksimal adalah dengan membuat kebijakan dan peraturan PMA yang sejalan dengan konstitusi ekonomi⁷, memaksimalkan perlindungan kepentingan ekonomi nasional untuk sebesar-besar

conflict with the provisions of the ordinary law, it prevails and the ordinary law must give away”. Periksa: Brian Thompson, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, Edisi ke-3, Blackstone Ltd., London, 1997, h. 3 dan O. Hood Philips, *Constitutional and Administrative Law*, Seventh Edition, Sweet and Maxwell, London, 1987, h. 5. Tujuan bernegara tersebut harus tertuang dalam konstitusi karena sebagai konsekuensi Indonesia sebagai negara hukum sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat 3 UUD NRI 1945. Istilah negara hukum sendiri berasal dari istilah bahasa Inggris: *Rule of Law*, bahasa Jerman: *Rechtsstaat* dan bahasa Prancis: *Etat de droit*. Periksa: I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, h. 23.

⁴Oleh Soekarno, Pancasila diistilahkan sebagai *Philosophische Grondslag* dan *Weltanschauung*. Periksa : Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Syafa’at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Setjen dan Kepaniteraan MK-RI, Jakarta, 2006, h. 174-178.

⁵ Diskursus awal yang akan menjadi *guideline* dalam penelitian ini dan akan dielaborasi lebih mendalam.

⁶ Istilah investasi dalam penelitian ini akan digunakan secara bergantian dengan istilah penanaman modal dan *investment*. Istilah investasi asing akan digunakan secara bergantian dengan istilah Penanaman Modal Asing (selanjutnya disebut PMA), di mana PMA yang dimaksud dalam penelitian ini adalah penanaman modal langsung (bukan investasi portofolio atau *portfolio investment*) sehingga akan disebut juga dengan istilah *Foreign Direct Investment* (selanjutnya disebut *FDI*) sedangkan investasi dalam negeri akan digunakan secara bergantian dengan istilah Penanaman Modal Dalam Negeri (selanjutnya akan disebut PMDN). Peristilahan *FDI* dan *portfolio investment* dapat ditelusuri dalam M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, h. 7.

⁷ Konstitusi ekonomi merupakan istilah baru dalam pemikiran-pemikiran hukum pada umumnya, hukum konstitusi, ilmu ekonomi dan hukum ekonomi. Negara-negara sosialis-komunis di Eropa Timur, terutama Soviet Rusia pada tahun 1918, merupakan negara yang pertama menuangkan prinsip-prinsip dasar kebijakan ekonomi di dalam konstitusinya. Periksa: Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2010, h.61. Pengkaitan ekonomi dengan pengertian konstitusi juga berkembang dalam perspektif ekonomi internasional, misalnya dalam European Union, konstitusi ekonomi yang diatur dalam European statue bertujuan untuk menyelaraskan sistem ekonomi dalam european community dan sistem constutisional dari negara-negara anggota european community. Suatu konstitusi disebut konstitusi ekonomi jika memuat kebijakan ekonomi. Kebijakan itulah yang akan dijadikan sebagai arahan dan memayungi bagi perkembangan ekonomi suatu negara. Periksa juga: Muchammad Zaidun, Rahmi Jened dan Yuniarti, *Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia*, Laporan Penelitian Fundamental, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2011, h.7.

kemakmuran rakyat, dibuat secara bijaksana tanpa mengesampingkan hak investor asing, namun tanpa menimbulkan ketergantungan terhadap pihak asing.

Kebijakan dan peraturan PMA yang sejalan dengan konstitusi ekonomi adalah kebijakan yang berpegang teguh pada prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pasal 33 UUD NRI 1945. Untuk mengetahui kemana arah Pasal 33 UUD NRI 1945 dikembangkan, maka perlulah kita mengetahui apa latar belakang lahirnya perumusan pasal tersebut dengan melakukan pendekatan historis⁸ terhadap Pasal 33 UUD NRI 1945. Dalam hal ini agar kita mengetahui suasana, pikiran dan pandangan yang terkandung dalam Pasal 33 UUD NRI 1945, serta dapat menentukan dan menelaah aturan dalam kebijakan hukum investasi bertentangan atau tidak bertentangan dengan Pasal 33 UUD NRI 1945.

Salah satu prinsip yang terkandung dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 adalah prinsip penguasaan negara atas Sumber Daya Alam (selanjutnya disebut SDA), yang diatur dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD NRI 1945, yang menyatakan bahwa:

- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”.

Dalam pasal tersebut hanya terdapat kata “menguasai” yang menurut Mohammad Hatta pengertian “menguasai” bukan secara otomatis dikelola langsung oleh negara atau pemerintah, akan tetapi dapat menyerahkan pada pihak swasta, asal dengan pengawasan pemerintah.⁹

Pengertian dikuasai oleh Negara menurut Aminuddin Ilmar adalah berupa hak menguasai (penguasaan) dan penugasan untuk menyelenggarakan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak yang meliputi aspek pengaturan, aspek pengendalian maupun aspek pengawasan.¹⁰ Kata “menguasai” juga berarti negara bukanlah pemilik mutlak dari tanah dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, peran serta rakyat dibutuhkan karena rakyatlah pemegang kekuasaan tertinggi. Dari ayat

⁸ Bodenheimer menjelaskan penafsiran historis sebagai penafsiran dalam mana arti suatu ketentuan dikembalikan pada arti yang lazim atau umum digunakan pada saat ketentuan tersebut diterapkan, kemungkinan ketentuan tersebut ditafsirkan menurut pengetahuan kebutuhan dan pengalaman yang ada pada saat penafsiran kontemporer (*contemporaneous interpretation*). Periksa : Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Mandar Maju, Bandung, 1995, h.46. Periksa juga: Bodenheimer, *Jurisprudence, the Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 3rd, 1970, h.349.

⁹ Aminuddin Ilmar, *Hak Menguasai Negara dalam Privatisasi BUMN*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, h.53.

¹⁰ *Ibid.*, h.63.

tersebut tercermin bahwa negara tidak bisa mengabaikan keadilan dan prinsip kebersamaan dalam mengelola perekonomian Indonesia.¹¹

Berbeda halnya dengan konsep konstitusi ekonomi negara-negara penganut paham sosialis yang selalu mengatur aspek-aspek perekonomian dalam konstitusinya. Hal ini dapat terlihat dalam pasal 9 konstitusi RRC 1982 yang berbunyi¹² :

Mineral resources, waters, forests, mountains, grassland, wild land, beaches, that are owned by collectives in accordance with the law. The state ensures the rational use of natural resources and protects rare animal and plants. The appropriation or damage of natural resources by any organization or individual by whatever means is prohibited.

Adanya kata-kata “owned” yang ditulis dalam naskah tersebut menjelaskan bahwa pemerintah adalah pemilik mutlak dari kekayaan alam di negaranya, sehingga memiliki kewenangan penuh untuk melakukan pembaharuan dalam bidang perekonomiannya.

Penguasaan negara atas SDA menjadi isu yang sangat penting, oleh karena Indonesia mempunyai kekayaan alam yang melimpah yang menjadi faktor penarik utamabagi investor asing untuk melakukan investasi. Industri pertambangan Indonesia memiliki posisi strategis dimata investor asing. Penguasaan negara atas SDA yang menjadi fokus pada penelitian ini adalah bidang pertambangan minerba, khususnya kebijakan divestasi saham. Hal tersebut disebabkan regulasi mengenai divestasi saham yang bertujuan untuk melindungi kepentingan nasional demi mencapai kemakmuran cenderung tidak mudah untuk dilakukan.

Tujuan awal kebijakan divestasi adalah untuk meningkatkan peran nasional dalam penguasaan minerba, serta bertujuan untuk memberikan manfaat semaksimal mungkin kepada Negara, baik secara ekonomi maupun kompetensi (manajemen dan teknologi). Oleh sebab itu, divestasi tidak sekedar melaksanakan peraturan dan undang-undang saja, akan tetapi divestasi memiliki manfaat yang lebih besar lagi, yaitu tujuan dan kepentingan nasional.

Pemerintah telah menerbitkan Peraturan Pemerintah (selanjutnya disebut PP) Nomor 1 tahun 2017¹³ tentang Perubahan Keempat Atas PP Nomor 23 tahun 2010¹⁴ tentang

¹¹ Muchammad Zaidun, Rahmi Jened dan Yuniarti, *Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia*, Laporan Penelitian Fundamental, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2011, h.19. Dijelaskan lebih lanjut, bahwa hal tersebut dapat dilihat melalui amandemen ke-4 UUD NRI 1945, yaitu dalam Pasal 33 ayat (4) yang mengatur bahwa perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

¹²*Ibid.*

¹³Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6012.

Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba. Dalam PP tersebut, seluruh perusahaan tambang asing di Indonesia baik pemegang Kontrak Karya (selanjutnya disebut KK) dan Izin Usaha Pertambangan (selanjutnya disebut IUP) dan Izin Usaha Pertambangan Khusus (selanjutnya disebut IUPK) wajib tunduk pada Undang-Undang Nomor 4 tahun 2009¹⁵ tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (selanjutnya disebut UU Minerba) dan wajib melakukan divestasi saham sebesar 51% (lima puluh satu persen)¹⁶.

Kewajiban divestasi saham juga diperkuat dengan dikeluarkannya Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral (selanjutnya disebut Permen ESDM) Nomor 9 Tahun 2017¹⁷ tentang Tata Cara Divestasi Saham dan Mekanisme Penetapan Saham Divestasi pada Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba. Lebih detailnya, menurut aturan ini Pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi dalam rangka Penanaman Modal Asing wajib melakukan divestasi 5 (lima) tahun setelah berproduksi dengan total 51% (lima puluh satu persen).¹⁸

Penawaran divestasi saham kepada investor harus dilakukan dalam jangka waktu paling lambat 90 (sembilan puluh) hari kalender sejak 5 (lima) tahun berproduksi. Penawaran divestasi ini dilakukan secara berjenjang kepada : Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi (selanjutnya disebut Pemprov), atau Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota (selanjutnya disebut Pemda/Pemkot), Badan Usaha Milik Negara (selanjutnya disebut BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (selanjutnya disebut BUMD), atau Badan Usaha Swasta Nasional. Jika divestasi tidak diminati Pemerintah Pusat hingga BUMN, pelaksanaan divestasi wajib dilaksanakan

¹⁴Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2010 Nomor 29, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5111. Sebagaimana sebelumnya telah tiga kali diubah terakhir dengan PP Nomor 1 Tahun 2014 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5489) dan PP Nomor 77 Tahun 2014 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 263, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5597).

¹⁵Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4959.

¹⁶Dalam Pasal 97 ayat (2) PP Nomor 1 tahun 2017, dinyatakan tahapan divestasi yakni pada tahun keenam 20% (dua puluh persen), tahun ketujuh 30% (tiga puluh persen), tahun kedelapan 37% (tiga puluh tujuh persen), tahun kesembilan 44% (empat puluh empat persen) dan tahun kesepuluh 51% (lima puluh satu persen) dari jumlah seluruh saham.

¹⁷Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 147.

¹⁸Sejalan dengan ketentuan dalam Pasal 97 ayat (2) PP Nomor 1 tahun 2017, dalam Pasal 2 ayat (4) Permen ESDM Nomor 9 Tahun 2017 tahapan divestasi pada tahun keenam 20% (dua puluh persen), tahun ketujuh 30% (tiga puluh persen), tahun kedelapan 37% (tiga puluh tujuh persen), tahun kesembilan 44% (empat puluh empat persen) dan tahun kesepuluh 51% (lima puluh satu persen) dari jumlah seluruh saham.

dengan skema penawaran umum di bursa saham Indonesia melalui *Initial Public Offering* (selanjutnya disebut IPO).

Kebijakan divestasi tersebut pada prosesnya belum pernah berjalan lancar. Hal tersebut dapat dilihat dari beberapa kasus pada *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* atau Badan Arbitrase Internasional (selanjutnya disebut ICSID)¹⁹ terkait kasus-kasus divestasi saham²⁰, diantaranya :

a. Kasus Divestasi Kasus Kaltim Prima Coal (2001)

Pada tahun 2001, Pemerintah Provinsi Kalimantan Timur (selanjutnya disebut Pemprov Kaltim) melayangkan tuntutan hukum melawan Kaltim Prima Coal (selanjutnya disebut KPC) dan pemilik sahamnya ke Pengadilan Negeri (selanjutnya disebut PN) Jakarta Selatan. Pemprov Kaltim mencari ganti rugi sebesar USD776juta untuk potensi kerugian yang telah ditimbulkan oleh KPC dengan adanya kegagalan divestasi sebesar 51% (lima puluh satu persen) kepada pihak Pemerintah Indonesia, yang diatur dalam *Coal Agreement* pada tahun 1982 antara KPC dan Pemerintah Indonesia. Setelah itu Pemerintah Pusat Indonesia ikut mengambil peran dalam proses-proses akhir

¹⁹ Melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968, Lembaran Negara Nomor 32 Tahun 1968, pemerintah telah meratifikasi "*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*", dimana konvensi ini melahirkan "*International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*" di Washington D.C., suatu lembaga Arbitrase yang diprakarsai Bank Dunia khusus untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal antara *host state* dan investor asing. Yurisdiksi ICSID dibuat oleh para pihak secara tertulis dan menunjuk ICSID sebagai tempat penyelesaian sengketa. Periksa: *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, chapter 1, section 6, Art. 19. Dijelaskan lebih lanjut dalam dalam Pasal 25 Konvensi ICSID (chapter 2, Art.25), yakni "*extended to any legal disputes arising directly out of an investment, between contracting state (or any constituent sub division or agency of a contracting state, designated to the center by the state) and a national of another contracting states, which the parties to the disputes consent in writing to submit to the center*". Dari ketentuan tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa Yurisdiksi ICSID ditentukan oleh empat hal yakni: Sengketa tersebut harus merupakan sengketa hukum, Harus langsung timbul dari penanaman modal, Pihak-pihak yang bersengketa haruslah menjadi anggota konvensi ICSID atau warga negara suatu negara yang bersengketa harus merupakan anggota konvensi ICSID, dan harus ada pernyataan tertulis, kesepakatan, dari dua pihak yang bersengketa bahwa penyelesaian sengketa mereka akan diserahkan kepada ICSID. Periksa juga: I Made Udiana, *Rekonstruksi Pengaturan Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing*, Udayana University Press, Bali, 2011, h.66-67. Perlu diketahui bahwa Konvensi adalah sebuah bentuk *soft law* yang berupa kesepakatan diantara negara-negara mengenai suatu hal yang kemudian diprektekkan sebagai hukum bagi negara-negara yang menerimanya melalui proses ratifikasi sehingga menjadi *hard law* di negara bersangkutan. Periksa: Muchammad Zaidun, Rahmi Jened dan Yuniarti, *Kebijakan Investasi Berdasarkan Falsafah Konstitusi Ekonomi Indonesia*, Laporan Penelitian Fundamental, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2011, h.l. Sebagaimana dijelaskan dalam *Black's Law Dictionary* bahwa: "*Convention is an agreement or compact, esp. One among nations; a multilateral treaty*". Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson Business, United state of America, 2004, p.355.

²⁰Periksa : Iman Prihandono, *The Shift Of Indonesian Government Response To Investor-State Arbitration Claim In Public Interest-Related*, Int. J. Public Law And Policy, Vol. X, No. Y, 20xx, P.1-16, tulisan ini adalah versi revisi dan versi yang lebih luas dari tulisan dengan judul *The Shift Of Indonesian Government Response To Investor-State Arbitration Claim In Public Interest-Related*, yang dipresentasikan di *7th International Law and Trade Conference (ILTC)*, Bangkok, 11-15 November 2013.

litigasi. Pemerintah Pusat menawarkan solusi mengenai alokasi 51% (lima puluh satu persen) saham KPC yang tertuang dalam sebuah *Framework Agreement*. Persetujuan ini berisi mengenai hak dari Pemprov dan Pemkot untuk membeli 31% (tiga puluh satu persen) dari saham KPC.

Sayangnya Pemerintah Daerah setempat tetap merasa tidak puas dengan perjanjian ini. Sehingga pada tahun 2002, Pemprov Kaltim kembali mengajukan tuntutan hukum ke PN Samarinda, yang berisi pembatalan dari *Framework Agreement*, karena isi dari persetujuan tersebut tidak sesuai dengan hukum Indonesia. Pengadilan memutuskan untuk mengabulkan tuntutan dari Pemprov Kaltim dan menyatakan bahwa persetujuan tersebut tidak sah.

Litigasi final terjadi pada 2005, Pemprov Kaltim mengajukan tuntutan kembali yang menyatakan bahwa KPC telah melanggar Pasal 1365 *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disebut BW)²¹. Sayangnya tuntutan penggugat ditolak oleh pengadilan dengan alasan bahwa pengadilan tidak memiliki yurisdiksi yang cukup untuk memproses kasus tersebut. Pengadilan berpendapat bahwa kasus harus diperiksa oleh arbitrase seperti yang ada di dalam *Coal Agreement* tahun 1982. Penggugat mengajukan banding ke Mahkamah Agung namun hasil yang didapat tetaplah sama.

Akhirnya pada tahun 2006 Pemprov Kaltim mengajukan arbitrase ke ICSID. ICSID kemudian memutuskan bahwa pengadilan tidak punya yurisdiksi yang cukup untuk memeriksa kasus tersebut, karena tidak adanya permintaan dari Pemerintah Pusat untuk meminta arbitrase dari ICSID.

Kasus ini menunjukkan bahwa ada perbedaan kebijakan dari Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah dalam hubungannya dengan divestasi KPC. Pemerintah Daerah merasa bahwa dengan adanya divestasi saham KPC akan sangat menguntungkan masyarakat lokal, oleh karena itu kasus ini harus benar-benar dituntaskan walau harus melalui segala upaya hukum. Sedangkan Pemerintah Pusat cenderung tidak setuju dan semakin menunjukkan bahwa mereka lebih memilih untuk menghindari proses arbitrase. Pada akhirnya setelah melalui proses negosiasi, semua pihak setuju bahwa 51% (lima puluh satu persen) saham KPC akan dialokasikan 20% (dua puluh persen) untuk Pemerintah Pusat, 18,6% (delapan belas koma enam persen) untuk Pemkot Kutai Timur seharga USD104juta, dan 12,4% (dua belas koma empat persen) untuk Pemprov Kaltim.

²¹Staatsblad 1847 Nomor 23 tentang *Burgerlijk Wetboek Voor Indonesie*. Dalam penelitian ini, BW yang dipakai adalah terjemahan R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, cet.xii, Pradnya Paramitha, Jakarta, 1980.

Kasus Kaltim Prima Coal cukup menarik karena Pemprov Kaltim seakan lebih percaya diri daripada Pemerintah Pusat dalam memaksa divestasi 51% (lima puluh satu persen) saham KPC. Pemprov Kaltim mengajukan tuntutan arbitrase melawan KPC sedangkan Pemerintah Pusat tetap pada keputusannya untuk melanjutkan negosiasi, kasus ini pada akhirnya selesai dengan baik melalui negosiasi.

b. Kasus Divestasi Cemex (2004)

Pada 2004, Cemex Asia holding Ltd (selanjutnya disebut CAHL) – sebuah cabang perusahaan dari produsen semen yang berbasis di negara Meksiko - mendaftarkan pemerintah Indonesia ke ICSID. Perusahaan tersebut mengklaim bahwa pemerintah telah melanggar perjanjian *Conditional Sale and Purchase* yang akan membuat CAHL sebagai pemilik saham mayoritas pada PT Semen Gresik (PTSG), sebuah perusahaan semen negara. Pada tahun 1998 CAHL mendapat 24,9% (dua puluh empat koma sembilan persen) saham di PTSG, selanjutnya CAHL memiliki kesempatan untuk mendapat hingga 51% (lima puluh satu persen) dari saham PTSG di tahun 2001. Perjanjian ini dilakukan untuk membuat PTSG tetap hidup saat menghadapi masalah finansial imbas dari krisis finansial Asia.

Pemerintah menolak rencana CAHL untuk mendapat saham mayoritas PTSG. Salah satu alasan utamanya adalah privatisasi ini ditentang oleh pemimpin-pemimpin masyarakat di Sumatra Barat – salah satu tempat cabang dari PTSG. Para pemimpin masyarakat ini berpendapat bahwa akuisisi dari PTSG oleh investor asing akan mengurangi kesempatan bagi penduduk lokal untuk mendapat keuntungan dari PTSG dan cabang-cabangnya.

Dalam upaya menghindari arbitrase, pemerintah menawarkan pembelian kembali saham CAHL. Tetapi awalnya tawaran ini ditolak oleh CAHL, dan CAHL melanjutkan perkara ini ke arbitrase. Pada akhirnya pemerintah dan CAHL setuju untuk menyelesaikan masalah ini melalui negosiasi. CAHL setuju untuk menjual sahamnya sebagai jalan keluar. Saham CAHL dijual ke Rajawali Grup (Grup perusahaan lokal dari Indonesia), dan telah disetujui oleh pemerintah. Setelah itu perkara di arbitrase pun dibatalkan.

c. Kasus Divestasi Newmont Nusa Tenggara (2008)

Pada tahun 2008 Pemerintah Indonesia berinisiatif untuk mengajukan arbitrase melawan PT Newmont Nusa Tenggara (selanjutnya disebut PTNNT). Pengajuan tuntutan ini berdasarkan kegagalan PTNNT untuk mendivestasi sahamnya sebesar 10% ke Indonesia pada Desember 2007. Kegagalan ini melanggar perjanjian tahun 1986 antara

Pemerintah dan PTNNT. Negosiasi mengenai divestasi ini sebenarnya telah berlangsung sejak awal 2006, namun kedua pihak gagal menemui kesepakatan.

Pemerintah beranggapan bahwa PTNNT tidak menunjukkan komitmen serius untuk melaksanakan kewajibannya sesuai kontrak perjanjian. Karena itu Pemerintah mengajukan kasus ini ke arbitrase di Jenewa Swiss dibawah peraturan *United Nations Commission on International Trade Law (selanjutnya disebut UNCITRAL)*, dan meminta untuk menyatakan PTNNT gagal bayar karena telah melanggar kewajibannya. Pada akhirnya putusan dikeluarkan dengan memenangkan pihak Pemerintah Indonesia, PTNNT dinyatakan gagal bayar dan harus mendivestasikan sahamnya dalam 180 (seratus delapan puluh) hari, serta harus membayar pada Pemerintah Indonesia sekitar USD2juta sebagai denda karena telah melanggar perjanjian.

Respon Pemerintah mulai berubah dengan adanya keberhasilan di kasus Newmont Nusa Tenggara pada tahun 2008. Kemungkinan dengan adanya kasus KPC, Pemerintah mengerti bahwa dalam hal divestasi saham, Pemerintah memiliki kesempatan yang cukup besar untuk menang. Kasus PTNNT selain sebagai pertanda pertama kalinya Pemerintah menang sejak kasus Karaha Bodas juga menjadi pemantik percaya diri dari Pemerintah Indonesia, sehingga terjadilah pergeseran kebijakan dalam hal arbitrase yang terkait dengan kasus kepentingan publik.

d. Kasus Divestasi Freeport (2016)

Pemerintah Indonesia pada saat ini telah memiliki 9,36% (sembilan koma tiga puluh enam persen) saham PT Freeport Indonesia atau dikenal dengan Saham Dwi Warna (Saham Merah Putih)²². Berdasarkan kebijakan sebelumnya (sebagaimana diatur dalam PP Nomor 77 Tahun 2014)²³, Freeport yang memiliki kegiatan pertambangan bawah tanah (*underground mining*) berkewajiban untuk melakukan divestasi sebesar 30% (tiga puluh persen). Freeport harus melepas 20% (dua puluh persen) sahamnya mulai Oktober 2015. Lantaran pemerintah telah memiliki 9,36% (sembilan koma tiga puluh enam persen), maka Freeport melepas 10,64% (sepuluh koma enam puluh empat persen) saham. Sedangkan 10% (sepuluh persen) sisanya ditawarkan pada tahun kelima.

Pada awal Januari 2016, Freeport menawarkan divestasi 10,64%(sepuluh koma enam puluh empat persen) saham atau senilai USD1,7 miliar dari total valuasi 100%

²² Periksa : <http://www.esdm.go.id/post/view/pt-freeport-indonesia-tawarkan-saham-1064>, diakses pada tanggal 13 Februari 2017.

²³Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 263, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5597.

(seratus persen) sahamnya yang sebesar USD16,2 miliar. Angka itu turut memasukkan asumsi investasi perusahaan yang digelontorkan jika pemerintah memperpanjang operasional Freeport hingga 2041. Kewajiban Freeport untuk melepas 51% (lima puluh satu persen) sahamnya-pun bertenggat waktu hingga tahun ini saja.

Jika mengacu kontrak karya, kontrak Freeport berakhir di 2021. Akan tetapi, pemerintah belum pernah menyetujui perpanjangan kontrak Freeport. Ini artinya, cadangan tembaga dan emas perusahaan ini sejak kontrak berakhir tahun 2021 hingga 2041 adalah milik Pemerintah Indonesia.

Pada Permen ESDM No.9 Tahun 2017, penetapan harga saham divestasi yang nilainya harus bersifat harga pasar yang wajar (*fair market value*). Di samping itu, penetapan harga saham juga tidak memperhitungkan cadangan minerba yang terdapat di dalamnya, sehingga penawaran harga saham dengan memasukkan nilai investasi berikutnya seperti yang dilakukan Freeport tidak bisa dilakukan lagi karena *fair market value* tak memasukkan cadangan yang ada di bawahnya.

Terdapat satu hal yang sangat penting terkait divestasi saham, yakni mengenai penetapan harga. Eksekusi divestasi saham seringkali terhambat karena adanya penetapan harga saham yang akan di divestasi. Tujuan pengaturan divestasi tidak tercapai oleh karena masalah penetapan harga yang berakibat pada beberapa hal :

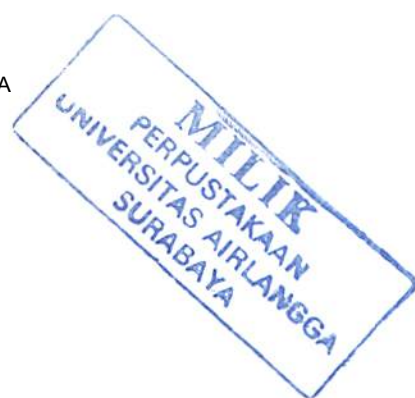
- a. Kegagalan divestasi atau divestasi tertunda;
- b. Saham yang tadinya untuk pemerintah akhirnya jatuh pada pemegang saham swasta yang memungkinkan dimiliki oleh pihak asing.

Dari permasalahan diatas, maka perlu adanya suatu kajian mendalam mengenai perlindungan kepentingan nasional pada kebijakan divestasi sektor pertambangan minerba, sesuai dengan prinsip penguasaan negara atas SDA, demi tercapainya tujuan negara.

1.2. Rumusan Masalah

Beranjak dari latar belakang sebagaimana diuraikan di atas, maka terumuskan masalah pokok dalam penelitian ini yaitu “Perlindungan Kepentingan Nasional Pada Kebijakan Divestasi Saham Penanaman Modal Asing Sektor Pertambangan Minerba”. Adapun rincian permasalahan yang akan diteliti dan dikaji dibatasi pada:

1. Konsep kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi pada penanaman modal asing di Indonesia sektor pertambangan.
2. Skema divestasi saham sektor pertambangan minerba berdasarkan *rational choice theory*.



BAB II TINJAUAN PUSTAKA

2.1. Ideologi dan Pancasila

Teori²⁴ tentang ideologi²⁵ dan Pancasila dianggap penting untuk menjadi pisau analisis penelitian ini, karena dalam isu hukum pertama menyinggung mengenai Konstitusi, demokrasi ekonomiyang berdasar pada ideologi dan Pancasila.

Ideologi:

Konsep ideologi menuai berbagai ragam pandangan di kalangan para tokoh yang berasal dari latar belakang keilmuan. Dalam penggunaan istilah sehari-hari, ideologi cenderung menjadi istilah yang negatif yang terutama digunakan untuk mengelompokkan ide-ide yang bias dan/atau ekstrim.

Terdapat beberapa pendapat mengenai pengertian ideologi itu sendiri, antara lain, Descartes mengatakan "*ideologi adalah sistem perlindungan kekuasaan yang dimiliki penguasa,*" Machiavelli mengatakan bahwa "*ideologi adalah sistem perlindungan kekuasaan oleh penguasa,*" Thomas Hobbes mengatakan bahwa "*ideologi adalah suatu cara untuk melindungi kekuasaan pemerintah agar dapat bertahan dan mengatur rakyatnya.*"²⁶

²⁴ Teori hukum berada di antara filsafat dan teori politik. Kontribusi khas teori hukum adalah dalam merumuskan cita-cita politik yang berkenaan dengan prinsip hukum. Periksa: Muchammad Zaidun, "Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia", *Ringkasan Disertasi*, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, h.52-53, di dalam W. Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum*, terjemahan, Rajawali Press, Jakarta, 1990, h.33. Istilah teori hukum atau *theory of law* juga dijelaskan dalam *Black's Law Dictionary*, yaitu "*the legal premise or set of principles on which a case rest*". Periksa: Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, West Group, St. Paul Minnesota, 2009, h.1616.

²⁵ Ideologi berasal dari kata "*idea*" yang berarti 'gagasan, konsep, pengertian dasar, cita-cita' dan "*logos*" yang berarti 'ilmu'. Maka secara harfiah ideologi berarti ilmu pengetahuan tentang ide-ide (*the sciences of idea*) atau ajaran tentang pengertian-pengertian dasar. Namun secara umum, ideologi dapat diartikan sebagai kumpulan gagasan-gagasan, ide-ide, keyakinan-keyakinan, kepercayaan-kepercayaan yang menyeluruh dan sistematis yang menyangkut dan mengatur tingkah laku sekelompok manusia tertentu dalam pelbagai kehidupan. Periksa: Kaelan, *Filsafat Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta, 2002, h. 50-52. Istilah ideologi sendiri pertama kali dikemukakan oleh Antonio Descutt de Tracy (1754-1836), seorang filsuf Prancis yang bersimpati pada revolusi Prancis. De Tracy memandang ideologi sebagai ilmu tentang pemikiran manusia (sebagaimana biologi, zoologi adalah ilmu tentang spesies) yang mampu menunjukkan arah yang benar menuju masa depan. Namun dalam perkembangannya, istilah ideologi bergeser menjadi istilah negatif yang mengacu pada objek, bukan pada bentuk kajian dan sering dibedakan dengan pendekatan ilmiah. Tokoh pertama yang menggunakan ideologi sebagai istilah negatif adalah Napoleon Bonaparte (1769-1821) dan kemudian Karl Marx (1818-1883). Pernyataan Marxis yang paling dikenal mengenai ideologi terdapat dalam *The Germany Ideology* yang ditulis oleh Karl Marx dan Freiderich Angels (1820-1895) pada tahun 1840-an. Menurut Marx, ideologi bukan sekedar isme-isme, melainkan terefleksi dalam semua sisi masyarakat yang menopang kelas penguasa. Ideologi adalah prinsip legal, politis, religius, estetis atau filosofis yang memperkuat masyarakat kapitalis. Periksa: Ria Casmi Arrsa, *Deideologi Pancasila*, Universitas Brawijaya Press, Malang, 2011, h. 21-22.

²⁶*Ibid.*, h.24.

Francis Bacon mengatakan “*ideologi adalah sintesa pemikiran mendasar dari suatu konsep hidup*”, Ali Syariati mengatakan “*ideologi adalah sebagai sebuah keyakinan-keyakinan dan gagasan-gagasan yang ditaati oleh suatu kelompok, suatu kelas sosial, suatu bangsa atau suatu ras tertentu*”, CC. Roode mengatakan “*ideologi adalah sekumpulan yang secara logis berkaitan dan mengidentifikasi nilai-nilai yang memberikan keabsahan bagi institusi politik dan pelakunya. Ideologi dapat digunakan untuk membenarkan status quo atau membenarkan usaha untuk mengubahnya (dengan atau tanpa kekerasan)*”.²⁷

Seliger menawarkan konsep yang bersifat inklusif tentang ideologi, yaitu:

“*kumpulan kepercayaan dan ketidakpercayaan (penolakan) yang diekspresikan dalam kalimat-kalimat yang bernilai, kalimat-kalimat permohonan dan kalimat eksplanatoris...(ia) dibuat untuk memberikan basis permanen yang relatif bagi suatu kelompok masyarakat untuk membenarkan kepercayaan pada norma moral dan sedikit bukti faktual serta rasionalisiss berbas kesadaran diri yang bertalian dengan legitimasi, implementasi dan preskripsi teknis yang dimaksudkan untuk menjamin tindakan yang ditampilkan demi perlindungan, reformasi, destruksi atau rekonstruksi dari tatanan yang ada.*”²⁸

Jimly Asshidiqie mengatakan bahwa pada prinsipnya terdapat tiga arti utama dari ideologi, yaitu: ideologi sebagai kesadaran palsu, ideologi dalam arti netral; dan ideologi dalam arti keyakinan yang tidak ilmiah.²⁹

Berdasarkan uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa ideologi adalah pemikiran yang mencakup konsepsi mendasar tentang kehidupan dan memiliki metode untuk merasionalisasikan pemikiran tersebut berupa fakta, metode menjaga pemikiran tersebut agar tidak menjadi *absurd* dari pemikiran-pemikiran yang lain.

Pancasila:

Pancasila disebut sebagai pandangan hidup, selanjutnya dalam konteks kemasyarakatan dan kenegaraan juga mengalami dinamisasi makna sebagai kekuatan ideologi. Donald E. Weatherbee³⁰ mengatakan bahwa Pancasila merupakan basis revolusi Indonesia, secara detail disebutkan, sebagai berikut:

²⁷*Ibid.*, h. 25.

²⁸*Ibid.*, h. 27.

²⁹ Frans Magnis Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis*, Kanisius, Jakarta, 1992, h.230.

³⁰ Donald E Weatherbee, *Sukarno (Biografi Politik)*, Sinar Harapan, Jakarta, 2001, h. 387-388.

“The basis for the implementation of the message of the people’s suffering, the foundation for the Indonesian revolution. Are the Pancasila (five principles) incorporated into the 1945 constitution, these principles are and are the immutable normative values, the referent for any action or policy. They have the qualities of natural law, taking their origin not from Sukarno but from the soil of ibu pertiwi (motherland)....”

Sedangkan Sukarno sendiri mempersepsikan pandangan hidup identik atau sama dengan ideologi, walaupun keduanya sama sekali berbeda. Sukarno³¹ dalam sidang BPUPKI pada tanggal 1 Juni 1945 mengatakan bahwa:

“Kita bersama-sama mencari persatuan filosofis grondslag, mencari suatu weltenschaung yang kita semua setuju. Saya katakan lagi, setuju! Yang saudara Yamin setuju, yang Ki Bagus setuju, yang Ki Hajar setuju, yang Saudara Sanosi setuju, yang saudara Abikoesno setuju, yang saudara Lim Koen Hian setuju, pendeknya kita semua setuju mencari satu modus. Tuan Yamin, ini bukan kompromi tetapi kita bersama-sama mencari satu hal yang kita bersama-sama setuju.”

Pancasila merupakan prinsip dasar filsafat negara yang (oleh BPUPKI) ditemukan dan diangkat dari falsafah hidup bangsa Indonesia. Sehingga diistilahkan bahwa bangsa Indonesia merupakan sebuah *kausa materialis* dari Pancasila.³² Ideologi Pancasila yang mengutamakan kebersamaan (*kolektiviteit* atau *mutualism*), kekeluargaan (*brotherhood*) dan kerja sama (*cooperative*).

Pancasila sebagai landasan konstitusional menjadi titik anjak penjabaran perekonomian nasional yang terlihat dalam sejumlah undang-undang. Permasalahan yang seringkali mengemuka dalam perundang-undangan di bidang perekonomian, sepanjang berkaitan dengan Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD NRI adalah: ³³

- a. Bagaimana penguasaan negara atas sumber daya alam;
- b. Menjamin dan ditujukan bagi sebesar-besar kemakmuran rakyat; serta
- c. Bagaimana peranan swasta/modal/investor dalam perekonomian berkaitan dengan sumber daya alam.

³¹ Ria Casmi Assra, *Op.Cit.*, h. 76.

³² Kaelan, *Filsafat Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta, 2002, h.1, di dalam Harold Titus, Marilyn S. Smith dan Richard T Noland, *Living Issues Philosophy*, diterjemahkan oleh Rasyidi, Bulan Bintang, Jakarta, 1984.

³³ Yance Arizona, *Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme: Konstitusionalitas Penguasaan Negara Atas Sumber Daya Alam Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Makalah disampaikan dalam Konferensi Warisan Otoritarianisme: Demokrasi Indonesia di Bawah Tirani Modal. Panel Tirani Modal dan Ketatanegaraan, Selasa, 5 Agustus 2008, di FISIP Universitas Indonesia.

2.2. Teori Kekuasaan

Teori kekuasaan dianggap penting menjadi bagian dari penelitian ini karena dapat digunakan untuk mengupas lebih jauh tentang prinsip penguasaan negara atas SDA sebagai bentuk dari perlindungan kepentingan nasional.

Teori kekuasaan biasanya berawal dari apa yang dikemukakan oleh Thomas Hobbes yang berdasarkan teori Hukum Alam, bahwa manusia yang kuat cenderung menggunakan kekuasaannya untuk menaklukkan atau memangsa yang lemah, berdasar adagium "*homo homini lupus*".³⁴ Teori kekuasaan Hobbes dapat dikemukakan secara singkat yang meliputi tiga hal, yaitu:

1. Hobbes dalam *Leviathan* menyebutkan:

- a. "*He was, as he himself says with a certain complacency, naturally timorous. "The Leviathan" is based on the assumption that the first law of man's nature is too seek peace and that there is nothing for which it is worth while even to risk one's life*".
- b. "*Virtue is necessary, but in truth they only believe that police are necessary*". *If a man's supreme duty is to preserve his own life, as Hobbes and some more modern writers have held, then Hobbes is right. He quotes in favour of his interpretation of the Laws of Nature, "that law of The Gospel: Whatsoever you require that others should do to you, that do yet to them". He would not have dared to quote, "whosoever will save his live shall lost it"*.³⁵

2. Pemikiran Hobbes mengenai negara terdapat di dalam karya besarnya berjudul "*Leviathan*" (1651). Di dalam filsafat Hobbes, *Leviathan* merupakan simbol suatu negara. Buku Hobbes menjadi keluhan dari banyak pembacanya karena sangat mendalam, kontroversial dan menggunakan bahasa literatur lama yang sulit. Hobbes merupakan salah satu filsuf bahasa yang paling utama karena ia berpandangan bahwa bahasa bukan hanya digunakan untuk menjelaskan dunia, tetapi juga untuk mewujudkan perilaku-perilaku dan juga untuk mengikat janji dan kontrak.³⁶ Teori Hobbes adalah teori berdasarkan paham individualisme, bukan teori berdasarkan paham kebersamaan.

3. Menurut Hobbes, manusia tidaklah bersifat sosial. Manusia hanya memiliki satu kecenderungan dalam dirinya, yaitu keinginan mempertahankan diri. Akibat kecenderungan ini manusia bersikap memusuhi dan mencurigai tiap manusia lain

³⁴ Elli Ruslina, *Dasar Perekonomian Indonesia dalam Penyimpangan Mandat Konstitusi UUD Negara Tahun 1945*, Total Media, Yogyakarta, 2013, h. 31.

³⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), edited with Introduction by A.D. Lindsay, J.M. Dent & Sons Ltd., London, E.P. Dutton & Co. Inc. The First Published in this edition 1914, Last reprinted 1959, h. x-xviii.

³⁶ Elli Ruslina, *Loc. Cit.*

(*homo homini lupus*). Keadaan ini mendorong terjadinya perang semua melawan semua (*bellium omnium contra omnes*). Inilah keadaan alamiah (*state of nature*) saat belum terbentuknya negara.³⁷

Hobbes berpendapat bahwa seluruh perilaku manusia ditentukan oleh kebutuhan mempertahankan diri atau takut akan kehilangan nyawa. Berdasarkan hal tersebut, Hobbes merasa mampu menjawab pertanyaan bagaimana manusia harus bersikap baik, yaitu kuasailah rasa takut mati. Bila manusia diancam dan dibuat takut, ia akan dapat mengendalikan emosi dan nafsunya, sehingga kehidupan sosial dapat terjamin. Karena itu negara haruslah menekan rasa takut mati dari warga negaranya, supaya semua orang berbuat baik.³⁸

Berdasarkan hal tersebut, maka teori kekuasaan Thomas Hobbes bertitik tolak dari paham individualisme dan liberalisme pula, yang kemudian dalam kehidupan ekonomi, teori kekuasaan Hobbes berkaitan dengan teori Adam Smith tentang pasar bebas dan persaingan bebas yang menjadi sukma kapitalisme. Susan George menegaskan bahwa kebebasan ekonomi (ekonomi pasar bebas atau kapitalisme) merupakan hal yang sangat diperlukan bagi kebebasan politik.³⁹

Menurut Harold D. Laswell dan Abraham Kaplan⁴⁰, “Kekuasaan adalah suatu hubungan dimana seseorang atau sekelompok orang dapat menentukan tindakan seseorang atau kelompok lain kearah tujuan dari pihak pertama”. Negara dalam kekuasaannya selalu memiliki wewenang (*authority*). Dianggap bahwa yang memiliki wewenang (*authority*) berhak untuk mengeluarkan perintah dan membuat peraturan-peraturan serta berhak untuk mengharapkan kepatuhan terhadap peraturan-peraturannya.⁴¹ Setiap kebijakan yang dibuat oleh Pemerintah sebagai manifestasi dari adanya kekuasaan Negara, harus dituang dalam suatu aturan hukum supaya mempunyai daya paksa. Legalitas⁴² merupakan suatu keabsahan agar wewenang dapat berjalan sesuai dengan hukum yang berlaku. Teori kekuasaan dianggap

³⁷*Ibid.*, h. 32.

³⁸*Ibid.*

³⁹ Thomas Hobbes, *Op. Cit.*, h. xvii.

⁴⁰ Miriam Budiarmo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008, h.60.

⁴¹ *Ibid.* Periksa juga Franz Magnis-Suseno, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999, h. 53.

⁴² Kata “legal” (yang berarti “legitim”), berasal dari kata latin *Lex* yang berarti hukum. Suatu tindakan adalah legal apabila dilakukan sesuai dengan hukum atau hukum yang berlaku. Periksa: Ni'matul Huda, *Ilmu Negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2014, h. 114.

penting menjadi bagian dari penelitian ini karena dapat digunakan untuk mengupas lebih jauh tentang liberalisme, sosialisme dan Pancasila sebagai ideologi dalam kaitannya dengan perlindungan kepentingan nasional.

Teori kekuasaan yang berlaku di bidang ekonomi juga dikemukakan oleh Susan George, ia mengungkapkan tentang skenario kapitalisme untuk menguasai negara-negara dunia ketiga dengan menyebarkan paham pasar bebas dan sistem ekonomi neoliberalisme. Hegemoni neoliberalisme bukan sesuatu yang imajiner, tetapi adalah sesuatu yang nyata sebagaimana telah dikemukakan oleh Susan George mengenai adanya “Pabrik Ideologi” dan “Program Politik Neoliberalisme”. Kegiatan tersebut dengan pembiayaan besar-besaran untuk menyebarkan paham dan politik neoliberalisme melalui berbagai perguruan tinggi bergengsi dan lembaga-lembaga penelitian *par-excellence*, dengan “membeli” kaum intelektual agar membentuk ide-ide pelumpuhan (*disempowering ideas*) terhadap paham nasionalisme ekonomi.⁴³

2.3. Teori Kedaulatan Negara

Kegiatan investasi memerankan fungsi yang sangat penting dalam perekonomian dunia, juga diakui sebagai kunci penentu dalam perdagangan global yang menjadi bagian integral dengan standar hidup yang lebih tinggi dengan kemakmuran ekonomi. Walaupun demikian kehadiran investor asing dalam suatu negara yang berdaulat memang sering diikuti dengan berbagai pendapat dengan argumentasi masing-masing. Pendapat tersebut antara lain mengemukakan kehadiran investor asing dapat mengancam industri dalam negeri sendiri dan mungkin mengancam kedaulatan negara.

Membicarakan kepentingan nasional tentu saja tidak lepas dari apa yang dinamakan kedaulatan⁴⁴ suatu Negara. Banyak definisi yang menjelaskan apa itu kedaulatan, akan tetapi istilah tersebut selalu berarti otoritas pemerintahan dan hukum. Suatu hak kedaulatan menimbulkan tanggung jawab pemeliharaan dan pengawasan yang efektif, terutama dari segi hidup bernegara internasional.⁴⁵

⁴³Susan George, *Republik Pasar Bebas*, INFID, Jakarta, 2002, h. 82-86.

⁴⁴ Kata kedaulatan dalam Bahasa Inggris disebut *sovereignty*, dalam Bahasa Perancis disebut *souverainete*, dan dalam Bahasa Italia disebut *sovranus*. Kata-kata asing tersebut diturunkan dari kata Latin *superamus* yang berarti “yang tertinggi” (*supreme*). Periksa: Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, West Group, St. Paul, Minnesota, 2009, h. 1524.

⁴⁵ Priyatna Abdurrasyid, *Kedaulatan Negara di Ruang Angkasa*, Pusat Penelitian Hukum Angkasa, Jakarta, 1972, h.15.

Kedaulatan tidak lepas dari ajaran Jean Bodin, Thomas Hobbes dan John Austin. Menurut Bodin⁴⁶, kedaulatan yang dipersonifikasi oleh raja adalah tidak mutlak semutlak-mutlaknya, karena Raja harus menghormati *ius natural eet gentium* (hukum kodrat dan hukum antara bangsa) dan hukum konstitusional dari kerajaan. Teori Bodin tersebut kemudian dilanjutkan oleh Thomas Hobbes yang mengemukakan bahwa hak-hak alamiah individu utamanya diserahkan kepada satu orang, yaitu raja. Kemudian John Austin melanjutkan kedua ajaran teori kedaulatan tersebut, yang menyatakan bahwa *supreme legislator* atau pembentuk hukum-hukum yang tertinggi adalah yang berdaulat yang menghasilkan hukum positif.

Mochtar Kusumaatmadja⁴⁷ berpendapat bahwa Negara adalah Subyek utama dan pertama dalam hukum internasional dan tidak ada kedaulatan yang lebih tinggi dibandingkan kedaulatan negara kecuali negara itu menundukkan dirinya terhadap suatu ketentuan internasional. Pandangan tersebut diperkuat dengan asas fundamental kedaulatan oleh Huala Adolf⁴⁸ yang mengatakan kedaulatan hukum memiliki nilai fundamental yang mensyaratkan bahwa hukum nasional tidak dapat diganggu gugat keberadaannya. Kekuatan mengikatnya adalah Mutlak.

Adanya kebebasan bagi negara dalam menetapkan kebijakan hukum investasinya sebagai upaya untuk melindungi kepentingan nasional merupakan manifestasi dari prinsip kedaulatan negara (*sovereignty principle*)⁴⁹, termasuk didalamnya kebebasan bagi negara untuk melakukan perjanjian bilateral dengan negara-negara lain.

Perlu adanya landasan teoritik untuk menemukan formula guna memberikan perlindungan hukum yang seimbang antara kepentingan investor dengan kepentingan negara penerima modal. Untuk melindungi dan menyelaraskan kepentingan kedua belah pihak pada dasarnya didasari dengan prinsip kedaulatan negara sebagai salah satu pranata untuk mengatur keseimbangan kepentingan kedua belah pihak dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip hukum internasional mengenai investasi asing.

⁴⁶ F. Isjwara W. Coker, "Sovereignty", *Encyclopedia of Social Science*, Vol.14, h.265.

⁴⁷ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Alumni, Bandung, 2013, h.16.

⁴⁸ Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, cet. ke-4, Refika Aditama, Bandung, 2008, h. 20-29.

⁴⁹ Muchammad Zaidun, "Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia", *Ringkasan Disertasi*, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, h.30.

Dikenal adanya 2 (dua) aspek yang satu sama lain tidak dapat dipisahkan dan saling melengkapi dalam prinsip kedaulatan negara. Pertama, negara mempunyai hak untuk mengatur penanaman modal asing di wilayah teritorialnya dan kedua, negara berkewajiban untuk mendorong, memfasilitasi masuknya modal asing yang produktif dan sekaligus melindunginya.

Tentunya kedaulatan negara *host country* haruslah dikedepankan apabila terjadi sengketa di bidang investasi. Sejalan dengan '*calvo doctrine*' dan esensi dasar bahwa negara (dalam hal ini *host country*) mempunyai kedaulatan terhadap kekayaan suatu negara, maka secara prinsipil pengadilan nasional mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa investasi di wilayah teritorialnya.

Penyelesaian sengketa investasi di negara tempat dilaksanakannya investasi (*host country*) seharusnya merupakan yurisdiksi pengadilan nasional/domestik negara *host country*. Namun, dengan telah diratifikasinya ICSID, maka memberikan payung hukum bagi investor asing untuk menuntut pihak *host country* melalui badan arbitrase investasi internasional, khususnya ICSID. Kebangkitan prinsip '*calvo doctrine*' diantara negara-negara yang sedang berkembang telah memunculkan kesadaran atas upaya untuk lebih memperkuat kedaulatan atas pengelolaan sumber daya alam (*permanent sovereignty over national resources*) di negaranya untuk meningkatkan kemakmuran bagi warganya⁵⁰.

Sebagai perwujudan dari doktrin ini, maka Negara mempunyai kedaulatan atas segala bentuk kekayaan alam (*natural resources*) – *permanent sovereignty over natural resources* – serta kewenangan bahkan kewajiban untuk mengatur pelaksanaan investasi asing di suatu negara agar tidak merugikan kepentingan publik, seperti perlindungan lingkungan hidup, kesehatan maupun perlindungan terhadap hak asasi manusia.

2.4. Teori-teori Ekonomi tentang Penanaman Modal Asing

Teori-teori ekonomi tentang penanaman modal asing yang berpengaruh antara lain⁵¹:

⁵⁰ Fifi Junita, Iman Prihandono dan Yuniarti, *Perjanjian Investasi dan Penyelesaian Sengketa Investasi di Asia Tenggara: Menuju Trend Reformasi*, Penelitian Unggulan Perguruan Tinggi, Universitas Airlangga, Surabaya, Oktober 2015, h.10. Dijelaskan lebih lanjut dalam penelitian tersebut, bahwa Prinsip *calvo doctrine* mengandung pengertian bahwa dan prinsip ini banyak dianut oleh negara-negara yang sedang berkembang yang sebelumnya sudah dijajah oleh negara-negara maju.

⁵¹ Muchammad Zaidun, "Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia", *Disertasi*, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, h.53.

2.4.1. Neo Classical Economi Theory

Pengertian atau pemahaman tentang *Neo-Classical Economic Theory* tidak memiliki pengertian yang jelas dan tunggal artinya setiap pengertian memiliki makna sesuai dengan pemahaman yang dikemukakan oleh pemberi pengertian atau penulisnya. Namun yang menyangkut masalah PMA pada dasarnya dapat diambil suatu simpulan bahwa teori ekonomi klasik baru (*Neo-Classical Economic Theory*) tersebut mengemukakan bahwa PMA memiliki kontribusi yang positif terhadap pembangunan ekonomi di *host country*.

Sherif H. Seid mengutip pendapat Sonarajah⁵², menyatakan bahwa beberapa faktor yang saling terkait dan dapat mendukung pendapat tersebut antara lain adalah:

- a. Penanam modal asing biasanya membawa modal ke *host country* yang mempengaruhi kualitas dan kuantitas formasi di *host country*.
- b. Aliran modal dan penanaman modal kembali keuntungan mendorong peningkatan "total saving" di *host country*.
- c. Pendapatan pemerintah meningkat melalui pajak dan pembayaran.

Sonarajah⁵³ menyimpulkan bahwa para pendukung teori ini berpendapat jika "*the classical theory on foreign investment takes the position that foreign investment is wholly beneficial to the host economy*", dengan kata lain PMA secara keseluruhan bermanfaat atau menguntungkan bagi *host country*, sehingga mampu mendorong pertumbuhan ekonomi dan pembangunan nasional.

Para pendukung teori ekonomi neo-klasik berpendapat bahwa PMA mendorong kompetisi dalam industri melalui *improvement in productivity*. Teori neo-klasik tentang PMA berperan besar dalam mempengaruhi prinsip-prinsip hukum internasional dalam PMA. Sebagian besar bilateral investment treaties mempercayai bahwa aliran penanam modal asing antara para pihak akan mendorong pembangunan ekonomi mereka.

2.4.2. Dependency Theory

Dependency theory merupakan hasil konvergensi dari dua trend: Pertama, yaitu *Marxist Tradition* dan *Latin American Structuralist*. Marxism dalam bentuk klasiknya fokus pada konsep pembangunan dan berbasis pada pandangan *Eurocentric*. Lenin merupakan orang

⁵²*Ibid.*, h.53, di dalam Sherif H. Seid, *Global Regulation of Foreign Direct Investment*, Ashgate Publishing Company, USA, 2002, h.10.

⁵³*Ibid.*, h.55, di dalam Sonarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1995, h.38.

pertama yang menerapkan pandangan ini.⁵⁴ Sementara focus dari *neo-classical Marxism* beralih dari konsep *development* ke *underdevelopment* dan dari *Europe* ke *Third World*.⁵⁵

Teori *dependency* bertentangan dengan teori *neo-classical* yang melihat bahwa investasi asing tidak membentuk pembangunan ekonomi secara berarti bagi *host country*, dan dikatakan bahwa investasi asing menindas pertumbuhan ekonomi dan meningkatkan ketidakseimbangan pendapatan bagi *host country*.⁵⁶

2.4.3. The Middle Path Theory

Kebencian yang diarahkan terhadap *Multinational Corporations* (selanjutnya disebut MNCs) seperti yang dipercayai oleh *dependency theory* menjadi agak berkurang tepat pada saat ini. Pada saat komunisme membuktikan ketidaksesuaiannya dan superioritas ekonomi pasar sedang memimpin, berarti jalan tengah produksi telah berhasil diterima, teori-teori yang saling bermusuhan atas inisiatif privat seperti jalan tengah atas pertumbuhan pendapatan tidak seperti membuat pengarah jalan.

Pendapat yang menyatakan bahwa PMA melalui MNCs pasti dapat menimbulkan keadaan yang membahayakan, ternyata studi ini menunjukkan bahwa secara tepat digunakan, MNCs dapat menjadi mesin dan menghidupkan pertumbuhan dalam pembangunan dunia.⁵⁷

Studi yang dilakukan oleh *United Nations Commission on Transnational Corporation* yang menunjukkan bahwa perusahaan multinasional dapat meningkatkan pertumbuhan Negara-negara berkembang.⁵⁸ Dalam kerangka internasional, teori ini menjadi basis dalam mengatur perusahaan multinasional. Teori ini menerima bahwa perusahaan multinasional adalah sebagai penggerak pertumbuhan.⁵⁹ Pengaruh dari diterimanya teori ini adalah bahwa investasi asing perlu mendapatkan perlindungan jika memberikan keuntungan terhadap dan mendorong peningkatan ekonomi *host country*.

⁵⁴ B. Hettne, *Development Theory and the Three Worlds*, Harlow, Essex, England: Longman Scientific & Technical; New York, 1990, h.82.

⁵⁵ Sherif H. Seid, *Global Regulation of Foreign Direct Investment*, Ashgate Publishing Company, USA, 2002, h.17.

⁵⁶ *Ibid*, h.20., periksa juga J.M. Rothgeb (Jr), *Investment Dependence and Political Conflict in Developing Countries: A Comparative Regional Analysis*, 1995, h.189.

⁵⁷ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1995, h. 43-44.

⁵⁸ *Ibid.*, h.45-46.

⁵⁹ *Ibid.*, h.48.

2.4.4. State/Government Intervention Theory

Negara-negara berkembang mengembangkan *the welfare state* dan banyak pembangunan dunia mengikuti strategi pembangunan yang didominasi oleh negara. Mengenai peran negara dalam pembangunan ekonomi ini Sherif H. Seid⁶⁰ berpendapat bahwa:

“The role of state in economic development is one of the oldest topics in economics. Scholars from Latin America, Africa and Asia have examined the roles of states in instituting comprehensive political reforms and shaping national economic development. In the advanced industrial countries, too, people have invested a lot of energy and resource in studying social programs and the role of governments in managing domestic and international economic problems”.

Pemerintah sedikit banyak harus menjadi *leading role* dalam alokasi industri, mengontrol dengan kewibawaan yang kuat dan tinggi terhadap ekonomi dan sebaliknya mengintervensi dan mengembalikan kegagalan pasar sebagaimana intervensi-intervensi yang membawa beberapa keberhasilan seperti sejarah sukses Thailand dan Vietnam, Korea Selatan dan Taiwan yang tumbuh melalui intervensi negara yang efektif, namun hal seperti ini tidak terjadi di Asia Tenggara bahkan menimbulkan kegagalan yang kontras dengan keberhasilan di beberapa negara tersebut.

Berdasarkan beberapa kajian tersebut dapat diketahui bahwa intervensi negara selain membawa aspek positif juga menghasilkan efek negatif. Salah satu yang dapat menjawab bahwa faktor determinan terhadap efektifitas intervensi negara yaitu adanya jarak yang biasanya terjadi antara “*hard*” and “*soft*” state, sebagaimana dinyatakan Sherif dengan mengutip pendapat Myrdal.⁶¹

Peran negara dipercaya akan bisa mengintervensi pasar untuk mengoreksi ketimpangan pasar. Peran negara juga dipercaya dapat memberikan perlindungan terhadap *infant industries* dan peran negara bisa memberikan perlindungan terhadap kepentingan masyarakat, pengusaha nasional dan juga terhadap perlindungan lingkungan. Tetapi yang juga tak kalah pentingnya peran negara juga dapat memberikan perlindungan kepentingan para penanam modal atau PMA.

2.5. Orisinalitas Penelitian

Untuk menjamin orisinalitas penelitian ini, berikut disajikan penelitian terdahulu mengenai investasi atau penanaman modal:

⁶⁰ Muchammad Zaidun, “Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia”, *Disertasi*, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, h.64.

⁶¹ *Ibid.*, h.66, dalam Sherif H. Seid, *Global Regulation of Foreign Direct Investment*, Ashgate Publishing Company, USA, 2002, h.27.

1. Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Airlangga, 2005. Penelitian tersebut mengkaji tentang prinsip-prinsip hukum internasional, antara lain: *basic principle*, *souvereignty principle* dan *operational principle*. Kemudian membahas penerapan prinsip-prinsip tersebut dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 Tentang Penanaman Modal Asing. Hal ini tentu berbeda dengan yang dikaji dalam penelitian ini, di mana yang menjadi fokus penulis adalah terfokus pada UU Penanaman Modal dan UU Minerba, serta peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kebijakan divestasi saham.
2. Lalu Wira Pria S., *Prinsip Hukum Investasi Pertambangan Umum*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Airlangga, 2008. Dalam penelitian tersebut membahas mengenai prinsip dan teori hukum investasi sektor pertambangan umum (secara general), dimana istilah pertambangan umum merupakan suatu istilah yang membedakan dengan pertambangan minyak dan gas bumi. Tentu saja isu hukum yang diangkat dalam penelitian tersebut tidaklah sama dengan penelitian penulis, dimana yang menjadi fokus penelitian penulis adalah perumusan konsep kepentingan nasional dan prinsip perlindungannya yang terfokus pada UU Penanaman Modal, UU Minerba, serta peraturan perundang-undangan terkini yang terkait dengan kebijakan divestasi saham.
3. Dyah Kusumastuty, *Aspek Hukum Internasional dari Undang-Undang Penanaman Modal*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Indonesia, 2009. Dalam penelitian ini dikaji tentang aspek hukum internasional yang dikaitkan dengan UU Penanaman Modal. Hal ini berbeda dengan penelitian penulis yang menekankan pada konsep perlindungan kepentingan nasional dan prinsip perlindungannya yang berlandaskan konstitusi.
4. Aminuddin Ilmar, *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*, Buku yang diterbitkan oleh Kencana Media Grup, 2010, Jakarta. Buku tersebut membahas tentang kebijakan penanaman modal oleh pemerintah daerah setelah pemberlakuan otonomi daerah dan bentuk-bentuk kerja sama dalam penanaman modal. Dalam buku tersebut tidak membahas tentang konsep kepentingan nasional serta prinsip perlindungannya. Jadi hal ini berbeda secara substansial dengan objek kajian dalam penelitian penulis.
5. Felix O. Soebagio, *Divestasi Saham di Bidang Pertambangan Mineral dan Batubara Dalam Rangka Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Program Doktor Ilmu

Hukum Program Pascasarjana Universitas Indonesia, 2013. Adapun permasalahan yang diteliti dalam Disertasi tersebut adalah :

1. Peraturan perundang-undangan yang mengatur divestasi saham di bidang pertambangan mineral dan batubara serta analisis mengenai pembentukan dan penerapan peraturan perundang-undangan divestasi di bidang pertambangan mineral dan batubara;
2. Tujuan pelaksanaan kewajiban divestasi saham di bidang pertambangan mineral dan batubara serta hambatan yang timbul dalam pencapaian tujuan divestasi saham;
3. Persoalan hukum yang terjadi dan yang mungkin akan terjadi dalam pelaksanaan kewajiban divestasi saham di bidang pertambangan mineral dan batubara serta penyelesaian persoalannya dalam rangka pelaksanaan penanaman modal asing.

Dari isu hukum tersebut diatas, jelas isu hukum yang diangkat berbeda dengan kajian dalam penelitian penulis, serta peraturan dalam hal ini PP yang didalamnya memuat kebijakan divestasi yang dianalisis juga berbeda. Penulis dalam penelitian ini menggunakan PP tahun 2017, sedangkan penelitian Felix menggunakan PP sebelumnya.

6. Putu Edgar Tanaya, *Akibat Hukum Tidak Dipenuhinya Kewajiban Divestasi Saham Dalam Bidang Pertambangan Oleh Penanam Modal Asing Kepada Negara*, Thesis, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2015. Dalam tesis tersebut untuk membahas mengenai akibat tidak dipenuhinya prestasi berupa divestasi saham dalam bidang pertambangan sesuai jangka waktu yang sudah ditentukan, serta membahas pilihan yang paling efisien yang dapat ditempuh para pihak guna pemenuhan hak dan kewajiban dalam divestasi saham.
7. Ken Kiyono, *A Study On The Concept Of The National Interest Of Hans J. Morgenthau: As The Standard Of American Foreign Policy*, Nagasaki University's Academic Output Site, 1969. Ken Kiyono dalam publikasinya menjelaskan mengenai apa yang dimaksud dengan kepentingan nasional, perbandingan kepentingan nasional dan moralitas, keseimbangan kekuasaan dalam kepentingan nasional dan martabat dalam kepentingan nasional yang diceritakan secara runtut dari awal penerapan kepentingan nasional. Hal ini jelas berbeda dengan apa yang ditulis Penulis dalam Disertasi ini, Ken Kiyono menjelaskan secara general

sedangkan penulis lebih menitikberatkan kepentingan nasional yang digunakan dalam system divestasi saham di Indonesia.

8. J. Peter Pham, 'What Is in the National Interest? Hans Morgenthau's Realist Vision and American Foreign Policy', *American Foreign Policy Interests*, NCAFP, Vol 30, 2008, J Peter Pham dalam publikasinya menjelaskan mengenai sejarah kepentingan nasional dengan membandingkan pandangan Hans Morgenthau dan kebijakan yang dianut di Amerika Serikat. Hal tersebut jelas berbeda dengan apa yang diterangkan penulis yang membandingkan penerapan kepentingan nasional di Indonesia dan di beberapa negara lainnya, guna mendapatkan pandangan mengenai pelaksanaan divestasi saham.
9. Stephen D. Krasner, *Defending the National Interest*, Princeton University Press, Princeton, 1978. Stephen dalam bukunya menerangkan mengenai penerapan kepentingan nasional, pengimplementasian mengenai nasionalisasi, dan perlindungan kegiatan investasi sebelum dan setelah tahun 1950. Dalam disertasi, penulis menjelaskan menitikberatkan pada prinsip kepentingan nasional Indonesia dalam kegiatan investasi oleh investor asing terutama pada pertambangan mineral dan batu bara yang dituangkan dalam bentuk divestasi saham.
10. Vivienne Bath, 'Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China', *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, No. 12/31, 2012. Vivienne dalam paper yang dibuatnya menjelaskan mengenai perbandingan sejarah kepentingan nasional di Australia dan Cina, perbandingan pengaturan investasi asing di Cina dan Australia serta menjelaskan mengenai perbedaan system pengujian atas investasi asing yang akan dilakukan di Cina dan Australia. Disertasi ini fokus dalam pembahasan kepentingan nasional negara Indonesia dalam penerapan divestasi saham atas investasi pada bidang pertambangan.
11. Vivienne Bath, 'National Security and Chinese Investment Policy', *Harvard Business Law Review Online*, Harvard, Vol.3, 2013. Dalam jurnal tersebut Vivienne menuliskan mengenai national security dan kebijakan investasi negara Cina. Selain itu dalam jurnal tersebut dijelaskan mengenai kemiripan konsep investasi asing yang diterapkan oleh Pemerintah Cina dan Australia. Penulis dalam disertasinya menghubungkan mengenai konsep kepentingan nasional, kebijakan investasi yang dianut oleh Indonesia, dan gagasan penerapan divestasi saham sebagai bentuk

penguasaan negara atas sumber daya alam yang digunakan sebesar besarnya untuk kepentingan rakyatnya.

12. Graham Allison and Robert D. Blackwill, *Russia and U.S. National Interests, Why Should Americans Care?*, Belfer Center for Science and International Affairs and Center for the National Interest, Cambridge, 2011. Paper tersebut menerangkan mengenai hal - hal pokok yang dilindungi dalam kepentingan nasional Amerika, bagaimana pengaruh Rusia terhadap kepentingan nasional, dan potensi kerjasama antara Amerika dan Rusia. Paper tersebut hanya berfokus pada kepentingan nasional Amerika dan Rusia sehingga berbeda dengan apa yang penulis paparkan dalam disertasi yang bertumpu pada konsep kepentingan nasional dalam upaya divestasi saham.
13. Robin H Chambers, *An Overview of the Australian Legal Framework for Mining Projects in Australia*, Chambers and Company International Lawyers, Australia. Paper tersebut menjelaskan mengenai kebijakan dalam melaksanakan pengelolaan atas hasil tambang, serta jenis dan perolehan izin atas pengelolaan hasil tambang di Australia
14. Owen C.H.Ho, *Determinants of Foreign Direct Investment in China: A Sectoral Analysis*, School of Economics & Commerce University of Western Australia. Owen dalam paper tersebut menjelaskan mengenai perubahan kebijakan Cina terkait investasi asing, perkembangan foreign direct investment sejak tahun 1979 hingga tahun 2002, dan pengkajian mengenai investasi asing di Cina. Penelitian yang dilakukan penulis yaitu mengenai pengaturan tentang investasi di Indonesia dan prinsip – prinsip dasar penguat dilaksanakannya mekanisme divestasi saham sebagaimana diatur dalam UU Investasi.
15. David Held, 'Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty', Cambridge University Press, Volume 8, 2012. David dalam jurnalnya menjelaskan mengenai beberapa jenis teori kedaulatan diantaranya teori kedaulatan klasik, teori kedaulatan liberal internasional, pencapaian kedaulatan liberal, penilaian atas penerapan kedaulatan liberal. Dalam disertasi ini, penulis tidak hanya semata menjelaskan mengenai kedaulatan secara general, penulis menitikberatkan kedaulatan Negara atas sumber daya alam yang dimiliki yang nantinya digunakan sebagai dasar divestasi saham atas divestasi yang melibatkan pengelolaan sumber daya alam.

16. Joel P. Trachtman, 'Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility', *Canada-United States Law Journal*, Vol. 24, 1994. Joel P. Trachtman menjelaskan mengenai teori retorika kedaulatan dan prinsip ekstrateritorial dalam kedaulatan secara general. Penulis dalam disertasi ini lebih spesifik menjelaskan mengenai kedaulatan Indonesia dalam melindungi sumber daya alam yang esensial bagi Negara dan masyarakat.
17. Dorothée Cambou dan Stefaan Smis, 'Permanent Sovereignty Over Natural Resources From A Human Rights Perspective: Natural Resources Exploitation And Indigenous Peoples' Rights In The Arctic', *Michigan State International Law Review*, Vol. 22:1. Dalam jurnal tersebut dijelaskan mengenai 3 perspektif atas kedaulatan permanen terhadap sumber daya alam yang ditinjau dari sudut pandang tradisional, sudut pandang hak asasi manusia dan sudut pandang masyarakat adat. Sedangkan dalam disertasi ini penulis menitikberatkan konsep kedaulatan permanen atas sumber daya alam secara general berdasarkan hukum dan perundang – undangan yang berlaku di Indonesia.
18. Jane A. Hofbauer, "*The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications*", Tesis, University of Iceland, Islandia, 2009. Jane dalam tesisnya menjelaskan mengenai asal dan perkembangan atas prinsip kedaulatan permanen atas sumber daya alam, hak dan kewajiban dalam pelaksanaan kedaulatan permanen atas sumber daya alam, masyarakat ada dan kedaulatan permanen atas sumber daya alam.
19. Yan Xuotong, *Analysis of China's National Interest*, 2018. Yan Xuotong dalam bukunya menjelaskan mengenai kepentingan nasional Cina mulai dari *confusion* awal atas konsep kepentingan nasional, pembentukan konsep kepentingan nasional, evaluasi kepentingan nasional, criteria dalam kepentingan nasional Cina, ketertarikan Cina dalam ekonomi internasional, kepentingan keamanan di Cina, kepentingan politik dan budaya Cina, Penerapan pandangan Deng Xiaoping untuk menjaga penerapan kepentingan nasional. Nampak jelas bahwa Yan Xuotong berfokus secara mendalam pada kepentingan nasional China. Hal ini jelas berbeda dengan focus disertasi ini yang menerangkan perlindungan kepentingan nasional sebagai dasar dilakukannya divestasi saham investor asing dalam kegiatan pertambangan di Indonesia.

20. Roland Klager, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, New York, 2011. Roland Klager dalam bukunya menjelaskan mengenai konsep dan konstruksi *fair and equitable treatment*, serta posisi *fair and equitable treatment* dalam sistem hukum internasional. Penulis dalam disertasi ini tidak hanya menggunakan prinsip *fair and equitable treatment* tapi juga prinsip lainnya sebagai penguat dari pengimplementasian divestasi saham di Indonesia.
21. Endalew Lijalem Enyew, 'Application of the Right to Permanent Sovereignty over Natural Resources for Indigenous Peoples: Assessment of Current Legal Developments', *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 8, 2017. Dalam jurnalnya, Endalew menjelaskan mengenai kedaulatan permanen atas sumber daya alam, apakah dasar hukum kedaulatan permanen dan juga bagaimana revolusi penerapan kedaulatan permanen atas sumber daya alam. Endalew juga menjelaskan mengenai posisi masyarakat adat dalam konsep kedaulatan permanen atas sumber daya alam.



BAB III

TUJUAN DAN MANFAAT PENELITIAN

3.1. Tujuan Penelitian

3.1.1. Tujuan Umum

Secara umum penelitian ini bertujuan untuk menemukan argumentasi baru mengenai prinsip kepentingan nasional dalam upaya memberikan perlindungan kepentingan nasional yang berlandaskan Konstitusi pada kebijakan divestasi saham sektor pertambangan minerba.

3.1.2. Tujuan Khusus

Secara khusus penelitian ini bertujuan untuk menemukan dan menjawab permasalahan yang diturunkan dari masalah pokok yang hendak diteliti, yaitu:

1. Menemukan dan merumuskan konsep kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi pada Penanaman Modal Asing di Indonesia.
2. Menemukan skema divestasi saham sektor pertambangan minerba sebagai upaya perlindungan kepentingan nasional, yang kemudian dapat dijadikan acuan untuk menentukan kebijakan divestasi saham agar kepentingan nasional tetap terjaga dan terlindungi.

3.2. Manfaat Penelitian

3.2.1. Manfaat Teoritis

Penelitian ini diharapkan akan bermanfaat dan memberikan kontribusi dalam rangka pengembangan ilmu hukum, khususnya Hukum Penanaman Modal yang dalam hal ini juga terkait erat dengan Hukum Pertambangan Minerba, dengan memberikan temuan baru mengenai rumusan konsep kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi, serta menganalisis perlindungan kepentingan nasional pada kebijakan divestasi saham penanaman modal asing sektor pertambangan minerba.

3.2.2. Manfaat Praktis

Secara praktis, penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi yang berharga bagi Pemerintah Republik Indonesia dan juga *stakeholders* dalam hal perlindungan kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi pada kebijakan divestasi saham sektor pertambangan minerba, yang dapat menjadi dasar ontologis bagi penyusunan peraturan perundang-undangan dan kebijakan yang berkaitan dengan penanaman modal dan pertambangan di Indonesia, demi tercapainya tujuan Negara.



BAB IV METODE PENELITIAN

4.1. Metode Penelitian

4.1. Type Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum (*legal research*)⁶² yang sesuai dengan karakter khas dari ilmu hukum (*jurisprudence*)⁶³ sebagai suatu disiplin yang *sui generis*.⁶⁴ Sebagai penelitian hukum, maka penelitian ini dapat dikategorikan ke dalam tipe *fundamental research* karena salah satunya bertujuan untuk merumuskan konsep kepentingan nasional dan prinsip perlindungan kepentingan nasional yang akan menjadi rujukan dalam pengambilan kebijakan dan menjadi landasan dalam pengembangan dan pembangunan hukum.⁶⁵

4.2. Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah yang digunakan dalam penelitian ini secara umum adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan perbandingan (*comparative approach*), serta pendekatan dari segi ekonomi terhadap hukum (*economic analysis of law*).

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) digunakan untuk melakukan penelitian terhadap prinsip-prinsip hukum yang dapat diketemukan dalam pandangan-pandangan para sarjana atau doktrin hukum.⁶⁶ Dalam penelitian ini menjadi sangat penting untuk mengetahui prinsip-prinsip hukum yang dikemukakan oleh para sarjana yang berkompeten, untuk

⁶² Morris L. Cohen menyebutkan, bahwa penelitian hukum (*legal research*) is the process of finding the law that governs activities in human society. Kemudian, Terry Hutchinson menyebutkan, bahwa *legal research can be difficult to classify, because of its variable context and facets*, sehingga dia membedakan penelitian hukum tersebut menjadi empat tipe, yaitu: *doctrinal research, reform-oriented research, theoretical research* dan *fundamental research*. Dalam penelitian hukum juga tidak harus memerlukan hipotesis dan juga tidak dikenal istilah data, istilah analisis kualitatif dan kuantitatif. Periksa Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2005, h. 29-33 dan 36.

⁶³ *Ibid.*, h. 19. *Jurisprudence* berasal dari kata Latin *iuris* yang berarti hukum dan *prudencia* yang berarti kebijaksanaan atau pengetahuan. Robert L. Hayman mengatakan bahwa *jurisprudence* mempunyai arti yang luas sebagai segala sesuatu yang bersifat teoritis tentang hukum.

⁶⁴ *Ibid.*, h. 20.

⁶⁵ Richard Posner berpendapat : "Penelitian hukum normatif sangat penting dilakukan dalam rangka pembangunan hukum." Periksa : Rob van Gestel et.al., *Methodology in The New Legal World*, EUI Working Papers, Law 2012/2013, Department of Law, tt, h.13.

⁶⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit.*, h.138.

memudahkan dalam menemukan dan merumuskan konsep kepentingan nasional serta prinsip perlindungan kepentingan nasional pada kebijakan divestasi saham penanaman modal asing sektor pertambangan minerba.

Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan membuat pengkajian terhadap *reasoning* atas suatu undang-undang dan latar belakang filosofis, serta perkembangan tentang *policy* (kebijakan) hukum terhadap keseluruhan ketentuan hukum yang mengatur tentang penanaman modal yang terkait kebijakan divestasi saham sektor pertambangan minerba. Sehingga pendekatan perundang-undangan mutlak dilakukan.

Pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan menelaah berbagai kasus yang berkaitan dengan kebijakan investasi di bidang pertambangan khususnya mengenai kebijakan divestasi saham, baik kasus yang sedang berjalan dan dalam polemik (seperti PT Freeport Indonesia), juga untuk kasus yang similar pada forum arbitrase internasional seperti ICSID, baik di Indonesia maupun di negara lain. Yang menjadi obyek kajian dalam pendekatan kasus adalah permasalahan pada kebijakan mengenai divestasi saham, dan *ratio decidendi*⁶⁷ dalam putusan-putusan dalam arbitrase internasional seperti ICSID. Pentingnya menganalisis kasus-kasus yang terkait dengan permasalahan adalah untuk menemukan skema atau konsep baru pada divestasi saham sektor pertambangan minerba.

Pendekatan perbandingan dilakukan untuk membandingkan hukum antara satu negara dengan negara lain. Watson mendefinisikan perbandingan hukum sebagai "...the study of the relationship between legal system or between rules of more than one system...in the context of a historical relationship...a study of the nature of law and the nature of legal development".⁶⁸ Menurut Mireille Delmas-Marty, perbandingan hukum adalah "gaining knowledge of foreign systems, allowing criticism and improvement of each system, whereas universalists dream of using it as an instrument for unifying the law".⁶⁹

Studi perbandingan hukum dalam penelitian ini dilakukan dengan membandingkan antara Indonesia dengan Tiongkok, Australia, Thailand dan Vietnam, dalam merumuskan

⁶⁷ *Ratio decidendi* merupakan bagian dari putusan pengadilan yang memuat alasan-alasan hakim dalam menjatuhkan putusan. Ian McLeod mengatakan "*Ratio decidendi is the reason for the decision*". Periksa : Ian McLeod, *Legal Method*, Second Edition, Macmillan Press, London, 1996, h.137. Lebih lanjut dalam buku tersebut, Ian McLeod juga menyatakan bahwa *ratio decidendi* adalah "*which will be the binding part*".

⁶⁸ Peter de Cruz, *Comparative Law in Changing World*, Second Edition, Cavendis Publishing Limited, London, 1999, h. 6.

⁶⁹ Mireille Delmas-Marty, *Comparative Law and The Internationalisation of Law in Europe*, dalam Mark van Hoecke, Francois Ost dan Luc Wintgens (editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford dan Portland Oregon, 2004, h.253-254.

konsep kepentingan nasional dan penerapan prinsip perlindungan kepentingan nasional masing-masing Negara, termasuk juga dalam hal penyelesaian sengketa. Tiongkok dipilih sebagai pembanding karena Tiongkok merupakan salah satu negara penghasil emas terbesar di dunia. Kemudian Indonesia bisa banyak belajar dari Tiongkok dalam hal perlindungan kepentingan nasional, mengingat Tiongkok merupakan salah satu negara yang menganut *socialism* dan mengembangkan *socialist market economy* yang mengalami pertumbuhan ekonomi yang sangat signifikan.⁷⁰

Selain Tiongkok, Australia, Thailand dan Vietnam juga dipilih sebagai pembanding. Australia dipilih sebagai pembanding karena Australia juga merupakan salah satu negara maju penghasil emas terbesar di dunia. Sedangkan Thailand dan Vietnam juga merupakan negara penghasil tambang di Asia Tenggara. Thailand dan Vietnam juga merupakan negara berkembang, saama halnya seperti Indonesia. Pemilihan perbandingan dengan Tiongkok, Australia, Thailand dan Vietnam juga dilandasi alasan teknis yaitu kemudahan untuk mendapatkan bahan-bahan hukum melalui media internet.

Pendekatan dari segi ekonomi terhadap hukum (*economic analysis of law*) dilakukan karena penelitian ini sangat erat kaitannya dengan masalah-masalah ekonomi dan kebijakan ekonomi pada tingkat nasional, bahkan internasional (karena terkait dengan PMA). Pendekatan ekonomi terhadap hukum diharapkan dapat memperkaya pemahaman atas paradigma ekonomi yang menjadi salah satu faktor penting dalam menentukan kebijakan hukum (selain sosial, politik dan budaya), agar kebijakan yang dibuat lebih rasional, mempunyai manfaat dan efisien, demi mewujudkan suatu kehidupan masyarakat yang adil, makmur dan sejahtera.⁷¹

⁷⁰Viviana Bath, "Foreign Investment, the National Interest and National Security-Foreign Direct Investment in Australia and China", *Sydney Law Review*, Vol. 34:5, April 2012, h. 6.

⁷¹Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, h.46. Pada dasarnya, keberadaan hukum bertujuan untuk mengatur perilaku manusia yang pada hakikatnya berkeinginan untuk meningkatkan kepuasannya. Keinginan manusia tersebut menjadi bagian dari ekonomi, oleh karena itu, hukum dibuat untuk meningkatkan kepentingan umum dan melindungi kepentingan nasional dalam kehidupan bernegara. Richard A. Posner mengemukakan: "...*economics is the science of rational choice in a world-our world-in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics is to explore the implications of assuming that man is a rational maximize of his ends in life, his satisfactions-what we shall call his "self interest". Law is basically a set of rules and sanctions which are attended for regulation of behavior of persons whose primary instinct is to maximize the extent of their satisfactions, as measured in economic terms. Law is, therefore, created and applied primarily for the purpose of maximizing overall social utility*". Periksa : Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, seventh edition, New York, Aspen Publishers, 2007, h.3, 249-256.

Oleh karena penelitian ini merupakan penelitian hukum, sedangkan pendekatan ekonomi terhadap hukum mempunyai kecenderungan menggunakan pendekatan yang rasional empirik (menggunakan analisis yang cenderung kuantitatif dengan menggunakan data), maka penulis menggunakan pendekatan ini hanya sebagai “alat bantu” untuk mendukung dan membangun argumentasi penulis.

4.3. Sumber Bahan Hukum

Bahan-bahan penelitian ini berupa bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer adalah semua peraturan perundang-undangan, konvensi internasional dan putusan pengadilan yang terkait dengan penanaman modal dan pertambangan di Indonesia. Peraturan perundang-undangan yang utama adalah Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut dengan UU Penanaman Modal)⁷², Undang-undang Minerba termasuk peraturan pelaksanaannya. Konvensi internasional meliputi *The General Agreement on Tariff and Trade* (selanjutnya disebut GATT), *Agreement Establishing the World Trade Organization* (selanjutnya disebut WTO)⁷³ khususnya tentang *Trade Related Investment Measures* (selanjutnya disebut TRIMs)⁷⁴, dan putusan pengadilan adalah putusan ICSID. Sedangkan bahan hukum sekunder berupa kepustakaan dan materi bahan ajar yang berkaitan dengan hukum investasi dan hukum pertambangan, serta hasil penelitian sebelumnya yang terkait dengan permasalahan tersebut.

⁷² Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724.

⁷³ Melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994, Indonesia telah mengesahkan Persetujuan tentang Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (*Agreement on Establishing the World Trade Organization*), yang terbentuk melalui Persetujuan Umum tentang Tarif dan Perdagangan (*The General Agreement on Tariff and Trade (GATT)*). WTO merupakan Organisasi Perdagangan Internasional yang cikal bakal berdirinya dimulai dan diputuskan pada konferensi internasional yang diselenggarakan pada Agustus 1947 di Havana. Di mana pada saat itu disepakati lahirnya *General Agreement on Tariffs and Trade* (selanjutnya disebut *GATT*) meskipun organisasi perdagangannya belum resmi terbentuk. Baru kemudian pada saat putaran kedelapan konferensi internasional atau yang lebih dikenal dengan putaran Uruguay yang dimulai pada 1986 dan ditutup di Marrakesh pada 15 April 1994, disepakati untuk menetapkan berdirinya WTO yang berlaku efektif pada 1 Januari 1995. WTO sendiri pada akhirnya mengadopsi sistem GATT ke dalam sistemnya. Periksa: Malcolm N. Shaw QC, *Hukum Internasional*, Diterjemahkan oleh Derta Sri Widowatie, dkk, dari judul aslinya *International Law* (Cambridge University Press, 2008), Nusa Media, Bandung, 2013, h. 1305-1306.

⁷⁴ Muchammad Zaidun, “Paradigma Baru Kebijakan Hukum Investasi Indonesia Suatu Tantangan dan Harapan”, Pidato pada Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam Bidang Hukum Investasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 12 Juli 2008, h. 14.

4.4. Analisis Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum primer dan sekunder dilakukan dengan studi pustaka. Bahan hukum yang diperoleh dengan studi pustaka kemudian dikumpulkan dengan *snow ball method* atau metode bola salju⁷⁵ untuk memperoleh sumber informasi yang lebih luas yang berawal dari satubahan pokok. Setelah bahan hukum dikumpulkan, metode lainnya adalah menginventarisir bahan hukum yang didapatkan dengan melakukan identifikasi dan klasifikasi secara sistematis untuk selanjutnya dilakukan analisis bahan hukum.

Analisis bahan hukum memberikan telaah bahan hukum yang diikuti dengan kesimpulan yang dilandasi teori yang telah dikuasai.⁷⁶ Analisis deskriptif yang dimaksud, tidak menguji hipotesis atau teori, melainkan konsep hukum yang mencakup pengertian, norma dan sistem hukum⁷⁷ yang terkait dengan prinsip perlindungan kepentingan nasional pada kebijakan divestasi saham PMA sektor pertambangan minerba.

⁷⁵*Snow ball method* memiliki pengertian : "...to obtain, detailed information about the subject or find lots of information, you can use the snow ball method. With this method you start your search with a key document. ...A key document contains citations or reference to other sources about the same subject. This leads to other documents that, in turn, include references, etc." Periksa : A'an Efendi, *Penyelesaian Sengketa Lingkungan Melalui Gugatan Administratif di Peradilan Tata Usaha Negara*. Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2015, h. 50, dikutip dari Erasmus University Rotterdam, *Snowball Method*, diunduh dari www.eur.nl pada tanggal 27 Juli 2013.

⁷⁶*Ibid.*, h.52, dikutip dari Mukti Fajar N.D., dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2013, h.183.

⁷⁷*Ibid.*, dikutip dari Ian Gijssels dan Mark van Hoecke, *Apakah Teori Hukum Itu?*, Terjemahan B. Arief Sidharta, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2000, h.86.

BAB V

HASIL DAN LUARAN YANG DICAPAI

5.1. Konsep Kepentingan Nasional Berlandaskan Konstitusi pada Penanaman Modal Asing di Indonesia Sektor Pertambangan

5.1.1 Konsep Kepentingan Nasional

5.1.1.1 Perbandingan Konsep Kepentingan Nasional Secara Umum

Setiap Negara memiliki hak untuk melindungi Negaranya merupakan prinsip tertua dalam Hukum Internasional. Dalam upaya perlindungan ketertiban umum, keamanan bersama dan juga perlindungan Negara, pengaturan atas hal tersebut biasanya dapat ditemukan dalam perjanjian internasional yang berbentuk perjanjian bilateral maupun perjanjian multilateral.

Perlindungan yang dilakukan oleh Negara mencakup penerapan perlindungan kepentingan nasional. Lingkup kepentingan nasional secara umum terdiri dari keselamatan dan kesejahteraan suatu negara dan penduduknya, perkembangan suatu Negara mencakup sektor ekonomi dan perlindungan atas kepentingan politik yang dimiliki oleh Negara⁷⁸.

Perlindungan atas kepentingan nasional dapat dilakukan apabila perlindungan kepentingan tersebut memang dibutuhkan (adapun faktor lain yang mempengaruhi kepentingan nasional dapat berubah menyesuaikan keadaan yang ada dalam suatu Negara).⁷⁹ Prinsip kepentingan nasional merupakan produk politik suatu Negara yang bersifat dinamis menyesuaikan dengan kondisi waktu dan tempat berlakunya suatu kepentingan nasional.⁸⁰ Sehingga sangat sulit untuk memberikan definisi kepentingan nasional secara umum. Selain itu Kepentingan Nasional juga dipengaruhi oleh kepentingan daerah, kepentingan Negara lain dan juga kepentingan supranasional⁸¹.

Kepentingan nasional adalah kepentingan dari suatu Negara yang tidak hanya berdasarkan karena kepentingan pribadi Negaranya sendiri namun juga harus memperhatikan kepentingan Negara lain, kepentingan nasional harus didefinisikan dalam istilah yang

⁷⁸Ingram, Col. Lionel R., *A Useful Concept of National Interests and Goals*, 2010, h. 2

⁷⁹Ken Kiyono, *A Study On The Concept Of The National Interest Of Hans J. Morgenthau: As The Standard Of American Foreign Policy*, Nagasaki University's Academic Output Site, 1969, h. 2, dikutip dari Hans J. Morgenthau, "Another 'Great Debate': The National Interest of the United States, *The American Political Science Review*, XLVI (December, 1952), 972.

⁸⁰*Ibid*, cited from Hans J.' Morgenthau, *Politics among Nations* 4 th ed. (New York: Alfred A. Knopf, 1967), h. 8.

⁸¹*Ibid*, h. 3 cited from APSR XLVI, p. 973

kompatibel sesuai dengan keadaan⁸². Kepentingan nasional bukan semata mata upaya yang dilakukan untuk memenuhi kepentingan suatu Negara, dalam pelaksanaan kepentingan nasional suatu Negara harus tetap menghormati kepentingan nasional dari Negara lain⁸³.

Ada 2 pandangan yang lazim digunakan dalam mengartikan kepentingan nasional yaitu *logical deductive approach* dan *empirical inductive approach*⁸⁴. *Logical deductive approach* diawali dengan asumsi umum yakni negara harus melakukan upaya untuk melindungi kemerdekaannya sementara negara juga terlibat dalam interaksi yang saling bergantung antar negara. Dalam pendekatan ini perlindungan yang dilakukan oleh negara berfokus pada perlindungan wilayah dan interest politik. Yang menjadi kelemahan dari pendekatan deduktif yaitu negara kurang kuat dalam perlindungan hal lain yang bukan merupakan focus utama perlindungan negara, selain itu tidak adanya penjelasan lebih jauh atas peraturan yang tidak berkaitan dengan perlindungan wilayah dan interest politik⁸⁵. Sedangkan *empirical inductive approach* dapat diartikan sebagai kepentingan negara yang terdiri dari sepaket preferensi negara untuk menciptakan kesejahteraan masyarakat yang bertahan dalam jangka waktu yang panjang⁸⁶.

Putusan ECJ dalam kasus *Eglise de Scientologie* melawan *France* menyatakan bahwa Negara memiliki kebebasan untuk menetapkan persyaratan atas kebijakan umum dan keamanan umum sebagaimana yang dibutuhkan oleh negaranya, namun dasar tersebut harus sesuai dengan konteks kepentingan kelompok, dan harus merupakan derogasi dari prinsip – prinsip dasar pergerakan modal bebas, yang diartikan secara sempit, sehingga area kepentingan nasional tidak diartikan secara sepihak oleh setiap Negara anggota tanpa ada pengawasan dari *Community institutions*. Kebijakan umum dan keamanan umum dapat diterapkan jika ada ancaman serius terhadap kepentingan pokok dari suatu masyarakat.⁸⁷

⁸² J. Peter Pham, 'What Is in the National Interest? Hans Morgenthau's Realist Vision and American Foreign Policy', *American Foreign Policy Interests*, NCAFP, Vol 30, 2008, h.262, dikutip dari Morgenthau, *Another Great Debate*, h. 987.

⁸³ *Ibid*, h. 258

⁸⁴ Stephen D. Krasner, *Defending the National Interest*, Princeton University Press, Princeton, 1978, h. 35

⁸⁵ *Ibid.*, h. 37 dan h. 41

⁸⁶ *Ibid.*, h. 45

⁸⁷ Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, OECD, France, 2009, h.8(selanjutnya akan disingkat menjadi OECD)

a. Australia

Kepentingan Nasional di Australia mulai dikenal sejak tahun 2003, yang diawali dengan penerbitan *Foreign Policy and Trade White Paper* oleh *Department of Foreign Affairs and Trade of Australia* yang menerangkan bahwa kepentingan nasional diartikan sebagai “Keamanan dan kesejahteraan Australia dan penduduk Australia”⁸⁸.

Kepentingan Nasional dalam Hukum Australia mencakup hal – hal sebagai berikut⁸⁹:

1. Pemberian izin penyiaran (*Broadcasting Services Act 1992*(Cth)44);
2. Pengecualian orang-orang tertentu untuk memasuki Australia (*Migration Act 1958*(Cth)45);
3. Praktek *pricing* pada *internationalliner cargo shipping*(*Australian Consumer and Competition Act 2010* (Cth)46);
4. Hak Negara Commonwealth untuk mengesampingkan Negara lain pada isu tertentu (*National Environment Protection Measures (Implementation) Act 1988* (Cth) s 11);
5. Kapasitas Gubernur Jenderal dalam memberikan persetujuan atas pertambangan di tanah aborigin (*Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976* (Cth) s 40);
6. Jaksa dapat membuat perintah berupa pelarangan pengumpulan barang bukti untuk kasus yang disengketakan pada pengadilan Negara lain;
7. Pencegahan pelaksanaan putusan asing atau atau menyediakan pembayaran sebagai upaya penghormatan atas proses anti monopoli swasta yang dilakukan sebelum diproses pada pengadilan asing (*Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984* (Cth)).

b. Tiongkok

⁸⁸ Vivienne Bath, ‘Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China’, *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, No. 12/31, 2012, p.12 cited from Department of Foreign Affairs and Trade, *Advancing the National Interest: Australia’s Foreign and Trade Policy White Paper*, Parl Paper No 39 (2003). See also Bryan Mercurio and RebeccaLaForgia, ‘Expanding Democracy: Why Australia Should Negotiate for Open and TransparentDispute Settlement in its Free Trade Agreements’ (2005) 6 *Melbourne Journal of International Law* 485. <<http://ssrn.com/abstract=2042318>>

⁸⁹ *Ibid*, p.12-13, <http://ssrn.com/abstract=2042318>

Kepentingan Nasional dalam bahasa China memiliki dua arti yaitu, kepentingan nasional dalam konteks politik internasional merupakan kepentingan suatu Negara dalam lingkungan global yang berarti konsep tersebut bertentangan dengan kepentingan golongan, kepentingan internasional atau kepentingan global. Pengertian lain atas kepentingan nasional adalah kepentingan suatu Negara sebagai level tertinggi urusan politik domestik yang berarti kepentingan pemerintah atau kepentingan masyarakat yang diwakili oleh pemerintah⁹⁰.

Dalam perkembangannya, kepentingan nasional dikaitkan dengan kepentingan setiap orang ataupun kepentingan bersama sebagai salah satu unsur dari kepentingan nasional. Namun, tidak semua kepentingan bersama ataupun kepentingan individu dapat dianggap sebagai kepentingan nasional. Kepentingan-kepentingan tersebut tidak dapat dianggap sebagai kepentingan nasional apabila tidak dipengaruhi oleh keadaan politik internasional, pelaksanaannya tidak dalam lingkup kepentingan nasional atau tidak memiliki dampak terhadap kepentingan nasional⁹¹.

Peraturan Perundang-Undangan China sering menggunakan kepentingan nasional ataupun keamanan nasional sebagai dasar dalam berbagai konteks. Klausula kepentingan nasional digunakan dalam berbagai bidang diantaranya Tindakan criminal yang membahayakan keamanan nasional (meliputi pengkhianatan, subversi, pemberontakan, pembelotan, pencurian rahasia Negara), keamanan negara dalam bidang informasi jaringan, perilaku orang asing di Cina, paten, *cross-border insolvency*, penggunaan data statistik, keamanan berkaitan dengan energy, industri dan juga kebudayaan, serta kepentingan nasional dalam lingkup ekonomi mencakup pengaturan dalam Undang-Undang Kekayaan Badan Usaha Milik Negara dan Undang-Undang Anti Monopoli⁹²

c. USA

Dalam tradisi Negara yang menganut common law system, hal yang paling setara dengan ketertiban masyarakat adalah kebijakan publik yang merupakan peraturan yang telah lama berlaku dalam Negara yang mengantun *common law*

⁹⁰Yan Xuetong, *Analysis of China's National Interest*, 2018, h.7

⁹¹*Ibid.*, h. 18

⁹² Vivienne Bath, 'National Security and Chinese Investment Policy', *Harvard Business Law Review Online*, Harvard, Vol.3, 2013, h. 82-83.

system. Dalam yurisprudensi Amerika Serikat kebijakan publik mengarah pada aturan hukum wajib yang dapat dirujuk dan mengesampingkan kewajiban yang bersifat mengikat lainnya. Hal tersebut memberikan kewenangan pada Pengadilan untuk membatalkan sebuah kontrak dan mencegah penerapan hukum yang bertolak belakang dengan suatu kebijakan publik. Doktrin tersebut didefinisikan sebagai pengetahuan umum masyarakat dan kesadaran masyarakat yang diperluas dan diterapkan oleh Negara dalam lingkup moral masyarakat, kesehatan, keselamatan, dan kesejahteraan masyarakat⁹³.

Kepentingan nasional sebagaimana tertuang dalam konstitusi Amerika Serikat meliputi klausula kesejahteraan umum dan proses untuk meraihnya. Kepentingan Nasional di Amerika Serikat terbagi atas 3 wilayah utama, diantaranya adalah⁹⁴:

- Keselamatan dan keamanan Amerika Serikat dan Warga Negara Amerika Serikat. Lingkup ini didasari oleh keadaan Amerika Serikat dalam melawan armed forced dari Negara lain.
- Perkembangan kehidupan Warga Negara Amerika, yang juga meliputi keadaan ekonomi Amerika dan warga negaranya. Dalam hal ini kepentingan nasional di bidang ekonomi dilakukan untuk menjamin bahwa warga negaranya memiliki kualitas hidup yang baik.
- Keselamatan nilai-nilai politik dan kebudayaan Amerika dan warga negaranya.

Secara lebih spesifik Amerika Serikat memiliki 5 pilar kepentingan nasional, diantaranya adalah⁹⁵:

- Pencegahan penggunaan dan pengurangan penyebaran senjata nuklir atau senjata berat lainnya, menjaga senjata nuklir beserta materi pendukungnya, dan pencegahan penggunaan dan perlambatan penyebaran poliferasi senjata nuklir pada pengiriman jarak menengah ataupun jarak jauh;
- Menjaga keseimbangan kekuatan di Eropa dan Asia yang mendorong perdamaian dan stabilitas didalam naungan kepemimpinan Amerika Serikat.

⁹³ OECD, *Op.Cit*, h. 10

⁹⁴ A Useful Concept of National Interests and Goals, h. 2-3.

⁹⁵ Graham Allison and Robert D. Blackwill, *Russia and U.S. National Interests, Why Should Americans Care?*, Belfer Center for Science and International Affairs and Center for the National Interest, Cambridge, 2011, h. 8-9

- Mencegah serangan teroris secara besar besaran yang menyerang tanah Amerika Serikat;
- Menjamin keamanan energi; dan
- Menjamin kestabilan ekonomi internasional.

Tujuan penerapan kepentingan nasional di Amerika adalah untuk melindungi warga Negara Amerika, selain itu penerapan kepentingan nasional dilakukan untuk menjaga keamanan dan kesejahteraan Amerika (sebagaimana dikutip *2007 National Strategy*)⁹⁶.

5.1.1.2. Kebijakan Perlindungan Kepentingan Nasional dalam Bidang Investasi

a. Australia

Dalam menentukan apakah suatu penanaman modal asing dapat diterima di Australia, Pemerintah Australia menggunakan kepentingan nasional sebagai batu uji atas penanaman modal asing. Peninjauan atas pengajuan penanaman modal tidak hanya dilakukan dengan peninjauan kembali kasus-kasus yang ada, memperhatikan bidang bidang yang menjadi perhatian masyarakat atas kepemilikan asing pada asset Australia dan juga harus memenuhi beberapa kriteria diantaranya adaah menyadari kebutuhan kepentingan pasar Australia, dimana perusahaan mau mendengarkan pemegang saham dan juga saat investasi dan penjualan saham berdasarkan kebutuhan pasar bukan berdasarkan faktor lainnya ataupun konsiderasi non komersial lainnya⁹⁷.

Penanaman modal asing diatur dalam *Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 (Cth)* (FATA). Dengan pengecualian beberapa bidang yang dianggap sensitif, akuisisi tanah dan investasi oleh badan usaha yang dimiliki atau berada dalam kontrol pemerintah asing, penanam modal asing yang menanamkan saham dibawah jumlah tertentu, tidak termasuk dalam penanam saham yang perlu ditinjau. Konsep kepentingan umum tidak diatur dalam FATA, dan masing masing periode

⁹⁶ OECD, *Op.Cit.*, h. 13

⁹⁷ Vivienne Bath, 'Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China', *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, No. 12/31, 2012, h.14, <http://ssrn.com/abstract=2042318>

kepengurusan pemerintah harus menerapkan diskresi untuk menentukan standard dalam penanaman modal asing dan penerimaannya.⁹⁸

Terkait penilaian atas kepentingan nasional termasuk didalamnya efek dari investasi terhadap kepentingan nasional, peraturan pemerintah terkait persaingan usaha, pajak dan lingkungan, pengaruh investasi terhadap keadaan ekonomi (termasuk didalamnya pengaruh terhadap pekerja, kreditor dan *stakeholder* lainnya), perhatian masyarakat terkait kepemilikan asing, karakteristik investor, market-based system Australia dan kemampuan Australia atas perannya sebagai *supplier*⁹⁹.

Dalam sistem hukum Australia, setelah permohonan investasi ditinjau, keputusan mengenai suatu investasi diterima atau tidak akan diterbitkan dan alasan penerimaan atau penolakan akan diumumkan secara terbuka tidak hanya untuk sang investor namun juga dapat diakses secara umum, selain itu proses pengujian yang dilakukan atas permohonan investasi di Australia bersifat transparan¹⁰⁰.

Orang asing atau badan usaha asing yang ingin menanamkan modal pada bidang pertambangan harus mendapatkan persetujuan untuk melakukan kegiatan pertambangan tanpa memperhatikan nilai dari investasi tersebut. Pemerintah asing yang ingin melakukan investasi di Australia juga harus mendapatkan persetujuan untuk memperoleh keuntungan yang legal pada rumah petak atau untuk memperoleh keuntungan setidaknya 10% pada sekuritas entitas pertambangan, produksi atau eksplorasi¹⁰¹.

Pertambangan merupakan bidang yang menjadi kewenangan Negara bagian, walaupun perkembangan suatu proyek penambangan membutuhkan pertimbangan terkait Hukum Negara Persemakmuran¹⁰². Kewenangan Negara bagian diatur dalam konstitusi tertulis Australia. Pengaturan mengenai pertambangan pada umumnya di Australia dibuat oleh masing – masing Negara bagian. Dengan kewenangan untuk

⁹⁸ Vivienne Bath, 'National Security and Chinese Investment Policy', Harvard Business Law Review Online, Harvard, Vol.3, 2013, h. 87.

⁹⁹ *Ibid*, h. 87-88

¹⁰⁰ Vivienne Bath, 'Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China', *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, No. 12/31, 2012, p. 30, <http://ssrn.com/abstract=2042318>

¹⁰¹ The Government of Australia, Australia's Foreign Investment Policy, 2016, h. 5

¹⁰² Robin H Chambers, An Overview of the Australian Legal Framework for Mining Projects in Australia, Chambers and Company International Lawyers, Australia, h. 5

mengatur pertambangan pada daerahnya masing – masing, setiap Negara bagian mempunyai peraturan tersendiri sesuai dengan kebutuhan daerahnya untuk mendukung sektor penanaman modal pada bidang petambangan¹⁰³.

Hak untuk melakukan pertambangan di masing-masing Negara bagian dan sistem pengawasan yang dilakukan dalam rangka mengontrol investor pada bidang pertambangan diatur dalam¹⁰⁴:

- a. Undang – Undang Pertambangan yang memungkinkan Negara untuk memberikan izin dan atau sewa pertambangan pada wilayah tertentu.
- b. Perjanjian Negara, yang pada dasarnya dilakukan untuk bidang pertambangan dengan nilai yang cukup besar

Adapun jenis jenis izin untuk melakukan pertambangan yang dapat dikabulkan oleh Pemerintah Australia berupa¹⁰⁵:

- a. Prospecting Licence, yang memperbolehkan pemegang izin untuk melakukan pertambangan dan memberikan prioritas untuk hibah atas kegiatan pertambangan atau sewa guna usaha.
- b. Exploration License, seperti halnya Prospecting Licence, memperbolehkan pemegang hak tersebut untuk melakukan eksplorasi atas mineral dan setelah itu memberi prioritas kepada penambang untuk melakukan pertambangan atau melakukan sewa guna usaha
- c. Izin retensi, mengizinkan pemegang hak untuk mengeksplorasi mineral lebih jauh dan memberi prioritas kepada penambang untuk melakukan pertambangan atau melakukan sewa guna usaha
- d. Izin pertambangan, memberikan hak kepada penambang untuk melakukan pertambangan dan mengambil mineral dari tanah
- e. Sewa Guna untuk tujuan umum, biasanya diberikan dengan tujuan untuk mendirikan, menempatkan dan mengoperasikan mesin terkait dengan kegiatan penambangan, penyeteroran atau pengolahan mineral, atau tujuan lain yang berkaitan langsung dengan kegiatan pertambangan.
- f. Miscellaneous Licences, biasanya diberikan kepada investor yang bertujuan dalam menyediakan infrastruktur guna menunjang kegiatan pertambangan.

¹⁰³*Ibid.*, h. 6

¹⁰⁴*Ibid.*

¹⁰⁵*Ibid.*, h. 8

b. **Tiongkok**

Tidak semua peraturan perundang – undangan di Cina memperlakukan orang asing atau penanaman modal asing sebagai ancaman utama keamanan di Cina. Baik mengacu pada Undang-Undang Anti Monopoli dan Peraturan mengenai Penanaman Modal Asing, merger dan akuisisi dengan perusahaan lokal memerlukan pelaporan dan tinjauan atas akuisisi asing tertentu yang mungkin melibatkan keamanan nasional (dalam Undang-Undang Anti Monopoli) atau keamanan ekonomi nasional (yang merujuk pada peraturan terkait)¹⁰⁶.

Penanaman modal asing secara langsung di China mulai dikenal pada akhir 1980, penanaman modal asing secara langsung ditujukan untuk¹⁰⁷:

- a. Mendapatkan pengetahuan mengenai teknologi dan merupakan alat untuk meningkatkan struktur yang ada dan memperbaiki efisiensi ekonomi.
- b. Memanfaatkan modal asing untuk memperbaiki perkembangan ekonomi di Cina.
- c. Mendapatkan akses pada pasar asing dan mempromosikan ekspor yang ditujukan untuk meningkatkan devisa
- d. Untuk mempelajari dan mendapatkan kemampuan manajerial yang baik dari perusahaan asing.

Investasi dibatasi oleh bidang-bidang sebagaimana disebutkan dalam Katalog Penanaman Modal Asing, yang mengatur mengenai¹⁰⁸:

- a. Investasi mana sajakah yang diperbolehkan, dimana investasi dilarang;
- b. Melihat penanaman modal asing berdasarkan jumlah presentase modal yang akan ditanamkan, dalam hal investor asing tidak diperkenankan untuk memiliki saham mayoritas contohnya pada kepemilikan saham di Bank
- c. Berdasarkan system penerimaan yang memastikan bahwa investasi mayoritas atau investasi yang dilakukan dalam bidang yang dilarang telah mendapatkan persetujuan dari Pemerintah Provinsi atau Pemerintah Pusat.

¹⁰⁶ Vivienne Bath, 'National Security and Chinese Investment Policy', h. 83

¹⁰⁷ Owen C.H.Ho, Determinants Of Foreign Direct Investment In China: A Sectoral Analysis, School of Economics & Commerce University of Western Australia, h.4

¹⁰⁸ *Ibid*, h 84

Di Cina seluruh kegiatan investasi harus melalui proses peninjauan dan membutuhkan penerimaan secara positif dari Pemerintah Cina sebelum penanaman modal asing dapat dilakukan. Penanaman modal asing yang akan dilakukan di Cina harus mengikuti hukum, peraturan, kebijakan dan *guidelines* Pemerintah Cina tentang Penanaman Modal Asing. Fleksibilitas dalam penerimaan investasi asing cukup terbatas mengingat dalam system peninjauan suatu permohonan investasi akan dirujuk pada putusan – putusan terdahulu. Tidak jelas mengenai seberapa besar kemungkinan suatu permohonan penanaman modal asing diterima. Terlebih proses yang dilakukan tidak transparan¹⁰⁹. Kriteria dalam peraturan yang kurang jelas menambah diskresi pemerintah dalam menerima atau menolak akuisis yang dimohonkan.

Seluruh investasi asing yang diajukan dalam ranah militer atau industri pertahanan, termasuk industri yang akan dilakukan disekitor fasilitas militer, harus ditinjau ulang. Selain itu akuisisi yang dilakukan oleh perusahaan asing yang menginginkan untuk menanam modal pada perusahaan domestik pada bidang produksi agricultural, energy dan sumber daya energi, infrastruktur, transportasi, teknologi utama, agricultural products, major energy and resources, major infrastructure, major transport, key technology, perakitan besar-besaran merupakan bidang-bidang yang harus melalui peninjauan terlebih dahulu¹¹⁰.

Saham yang ditanamkan dalam penanaman modal asing secara langsung mengalami fluktuasi dari tahun 1997 hingga tahun 2002. Menurut data Presentase penanaman modal asing di China berdasarkan sektor penanaman modal, sektor 2 yang terdiri dari manufaktur, pertambangan dan penggalian merupakan sektor yang paling diminati oleh investor asing¹¹¹.

Presentase penanaman modal asing di China berdasarkan sektor penanaman modal¹¹²

¹⁰⁹Vivienne Bath, 'Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China', *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, No. 12/31, 2012, p.31, <http://ssrn.com/abstract=2042318>

¹¹⁰*Ibid.*, h. 28

¹¹¹Owen C.H.Ho, *Op.Cit.*, h. 11

¹¹²*Ibid.*, h. 13

Table 1 Shares of Actually Used FDI in Percentage (%) by Sector (1997-2002)

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Total
1997	1.39	64.21	4.58	3.21	3.66	3.10	11.42	4.39	0.64	3.41	100.00
1998	1.37	57.54	6.82	4.54	3.62	2.60	14.10	6.33	0.79	1.87	100.00
1999	1.76	57.44	9.18	2.28	3.85	2.39	14.10	6.33	0.79	1.87	100.00
2000	1.66	64.91	5.51	2.24	2.49	2.11	11.63	5.37	0.53	3.57	100.00
2001	1.92	67.66	4.85	1.74	1.94	2.49	11.03	5.54	0.59	2.24	100.00
2002	1.95	70.87	2.61	1.36	1.73	1.77	10.94	5.58	0.69	2.50	100.00

Source: China Statistical Yearbook (1998-2003)

Sector 1 consists of farming, forestry, animal husbandry and fishery.
Sector 2 represents secondary industry which consists of mining, quarrying and manufacturing.
Sector 3 consists of production and supply electric power, gas and water.
Sector 4 consists of construction, geological prospecting and water conservancy.
Sector 5 consists of transport & storage, post and telecommunication services.
Sector 6 consists of wholesale & retail trade and catering services.
Sector 7 consists of banking, insurance and real estate.
Sector 8 consists of social services.
Sector 9 consists of health care, sports, social welfare, education, arts, film, scientific research and polytechnic services.
Sector 10 consists of other industries.

Pasal 9 Konstitusi Republik Cina menyatakan bahwa seluruh sumber daya mineral merupakan milik Negara, dan Negara harus memastikan jika penggunaan mineral masih rasional. Peraturan yang mengatur mengenai sumber daya mineral adalah Undang-Undang Mineral. Dalam Pasal 3 jo Pasal 5 UU Mineral, setiap pihak yang ingin melakukan pertambangan harus mendapatkan persetujuan dari pemerintah Cina dan harus membayar pajak sumber daya, dan royalty mineral kepada Negara. Pengujian mengenai pengajuan pertambangan termasuk pengujian rencana keselamatan dan upaya perlindungan lingkungan¹¹³.

Dalam hal penanaman modal dalam bidang pertambangan, Pemerintah Cina membuat peraturan yang transparan dan terbuka, selain itu Pemerintah Cina mengadopsi sistem akses pasar terpadu melalui penerapan Daftar Negatif untuk akses pasar. Daftar negatif sebagaimana dimaksud terdiri dari akses pasar dan penanaman modal asing. Dalam "13th Five-Year Plan" Pemerintah Cina secara aktif membuat dan melengkapi peraturan mengenai investasi asing dan sumber eksploitasi, menerapkan national treatment dan manajemen daftar negative secara komprehensif, membuat system pemeriksaan dan persetujuan untuk kegiatan eksploitasi sumber daya mineral sesuai dengan standar internasional, mendorong pengenalan teknologi, serta manajemen pengalaman dan kemampuan. Pemerintah

¹¹³ The Climate and Finance Policy Centre Greenovation Hub, 'China's Mining Industry at Home and Overseas: Development, Impacts and Regulation', Greenovation Hub, Cina, 2014, h. 28. <http://www.gclub.org/cfc_en/mining2014

Cina juga mendorong penanam modal asing untuk ambil andil dalam pemanfaatan dan pengembangan cara baru untuk memulihkan lingkungan, dan juga mengenalkan teknik serta perlengkapan dalam penghematan energi¹¹⁴.

c. USA

Kegiatan pertambangan di Amerikaharus memenuhi beberapa persyaratan izin melakukan pertambangan, diantaranya adalah¹¹⁵:

- *Federal Clean Water Act*
- *National Pollutant Discharge Elimination System*
- *Air Quality Act*
- *Environmental Impact Statement*

Dalam menentukan pemerintah tingkat mana yang memiliki kewenangan yuridiksi atas aktivitas pertambangan tergantung pada letak pertambangan terkait. Pertambangan yang lokasinya dijuridiksi tanah federal harus mendapatkan izin pertambangan dari Badan Pengelolaan Tanah milik Negara (BLM or *Forest Service*), walaupun pertambangan terletak seluruhnya di tanah Negara bagian, kegiatan tersebut akan tetap menjadi subjek yang tunduk pada peraturan negara yang mengatur tentang pertambangan dan peraturan mengenai perlindungan lingkungan, oleh karena itu kegiatan pertambangan perlu untuk mendapatkan beberapa izin baik dari Pemerintah Negara dan Pemerintah Negara Bagian¹¹⁶

d. Mexico

Dalam sejarah kepentingan nasional Negara nya Mexico pada tahun 1938 mengambil alih atas izin yang telah diberikan kepada hampir seluruh pelaku ekonomi di bidang minyak dan gas bumi. Amerika dalam hal tersebut memiliki kurang lebih 30% bagian produksi yang didominasi oleh Jersey. Tentu pengambilalihan yang dilakukan menimbulkan masalah dan pada akhirnya Mexico diminta untuk 24 milyar dollar Amerika atas kerugian dari proses nasionalisasi yang dilakukannya¹¹⁷.

Pengambil alihan yang dilakukan oleh Mexico ditakutkan akan menjadi preseden yang dapat mengancam pengelolaan sumber daya lain di wilayah lainnya.

¹¹⁴ The Government of China, 'China's Mining Industry in 2015: Developments and Policies', 10th Mining Task Force Meeting Arequipa Forum, Peru, 2016, h. 1

¹¹⁵ SNL Metals and Mining, 'US Mines to Market', SNL Metals and Mining, London, 2014, h. 8

¹¹⁶ SNL Metals and Mining, h. 13

¹¹⁷ Stephen D. Krasner, *Op.Cit.*, h. 178

Oleh karena itu negara tempat perusahaan itu berasal berusaha untuk menggunakan sumber daya alam yang mereka miliki dan memboikot penggunaan minyak yang berasal dari Mexico¹¹⁸.

5.1.1.3. Prinsip dan Teori Perlindungan Kepentingan Nasional dalam Bidang Investasi

a. *Sovereignty and regulatory powers*

Dengan memiliki kedaulatan berarti Negara memiliki kewenangan atas segala subjek maupun objek yang berada dalam wilayahnya dan memiliki hak untuk membentuk peraturan yang terpisah terkait kepentingan negaranya, tidak terikat dengan kekuasaan di atasnya, terlibat dalam hubungan diplomatik pada hubungan yang terbatas, menghormati masalah antar negarasebagai urusan pribadi negara – negara terkait¹¹⁹.

Kedaulatan merupakan perpaduan dari kekuasaan dan tanggung jawab¹²⁰. Jean Bodin menjelaskan kedaulatan sebagai kekuatan tertinggi atas warga Negara dan masyarakat yang tidak terikat pada ketentuan hukum lainnya¹²¹.

Konsep kedaulatan yang diakui dalam hukum internasional modern, berupa kedaulatan hukum yang dimiliki oleh suatu negara dalam wilayahnya namun kedaulatan tersebut tidak lebih tinggi kedudukannya dari hukum internasional¹²².

Negara juga memiliki yuridiksi hukum terhadap orang asing yang berada di daerahnya termasuk didalamnya kewenangan untuk mengatur mengenai seberapa jauh investasi yang dapat dilakukan oleh pihak asing, bidang apa saja yang dapat dijalankan oleh pemegang saham asing, dan persyaratan apa sajakah yang wajib dipenuhi oleh pihak asing yang hendak melakukan penanaman modal di negaranya. Kewenangan tersebut menurut Viñuales pada dasarnya merupakan prinsip kedaulatan Negara, yang dijawantahkan pengertiannya menjadi kedaulatan yang

¹¹⁸*Ibid.*, h. 185 - 186

¹¹⁹David Held, 'Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty', Cambridge University Press, Volume 8, March 2012, h. 4.

¹²⁰ Joel P. Trachtman, 'Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility', Canada-United States Law Journal, Vol. 24, 1994, h. 400, <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.id/&httpsredir=1&article=2037&context=cuslj>

¹²¹ Joel P. Trachtman, h. 402

¹²² Roland Klager, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, New York, 2011, h.156

dimiliki oleh Negara dan warga negaranya terhadap sumber daya alam yang ada pada Negara tersebut, dan Negara memiliki kewenangan untuk mengatur hal tersebut.

Dalam mengatur wilayahnya, Negara dapat menentukan secara sepihak ataupun menentukan melalui perjanjian bilateral maupun multilateral. Negara juga memiliki kewenangan dalam menentukan ketentuan substansial dalam pelaksanaan perlindungan kedaulatan yang dimiliki¹²³."

Tak jarang dalam pelaksanaannya pengaturan kedaulatan suatu negara berubah seolah olah menjadi hukum internasional. Contohnya dalam hukum investasi internasional maupun hukum ekonomi internasional. Dalam hukum ekonomi internasional misalnya, muncul ketergantungan ekonomi antara system pasar masing – masing negara yang berbeda yang menciptakan insentif yang besar bagi praktik kejasama ekonomi internasional¹²⁴.

Dalam menanggulangi hal tersebut, negara berkembang berusaha menciptakan nasionalisasi ekonomi dan mengurangi ketergantungannya pada perusahaan – perusahaan asing, yang dilakukan dengan menyatakan prinsip kedaulatan permanen atas sumber daya alam yang ada di negaranya¹²⁵.

b. *Sovereignty over natural resources*

Deklarasi mengenai pengakuan kedaulatan permanen yang dimiliki suatu Negara dalam konteks kekayaan alam yang dimiliki dicetuskan pada tahun 1962. Adanya deklarasi tersebut memberikan kewenangan pada Negara untuk melakukan pengawasan terhadap penggunaan sumber daya alam yang berada di wilayahnya, sehingga dapat melindungi sumber daya alam tersebut dari kemungkinan pelanggaran yang dilakukan oleh orang asing.

Dalam doktrin kedaulatan permanen atas sumber daya alam, Negara memiliki kewenangan penuh untuk mengatur penggunaan sumber daya alam yang ada dalam negaranya selama penggunaannya sejalan dengan kepentingan nasional yang dimiliki negaranya dan tetap menjunjung kedaulatan ekonomi Negara. Sehingga setiap Negara memiliki kedaulatan yang mutlak atas sumber daya alam yang ada

¹²³ Joel P. Trachtman, h. 404

¹²⁴ Roland Klager, *Loc.Cit*

¹²⁵ *Ibid.*, h. 157

pada wilayahnya¹²⁶. Dalam menjalankan doktrin kedaulatan permanen atas sumber daya alam, setidaknya negara harus berdasarkan pada 2 prinsip yaitu yang pertama prinsip bahwa setiap negara memiliki hak kedaulatan yang sama dan prinsip untuk tidak mencampuri urusan dalam negeri yang terjadi pada negara lain¹²⁷.

Untuk dapat menentukan perlindungan atas sumber daya alam yang dimiliki oleh negara, penting bagi negara tersebut memiliki hak yang wajar untuk memberikan izin atau tidak kepada investor asing untuk menanamkan modal pada sektor penggunaan sumber daya alam yang mereka miliki dengan jalan membuat pengaturan mengenai penggunaan dan metode eksploitasi sumber daya alam yang wajib dipatuhi oleh penanam modal asing, baik proses sebelum penanaman modal dilakukan maupun kewajiban dan tanggungjawab setelah penggunaan sumber daya alam dilakukan¹²⁸.

Hak warga negara dan negaranya dalam menjalankan kedaulatan permanen atas sumber daya alam yang dimiliki tidak bisa diberlakukan begitu saja. Kedaulatan permanen tersebut harus benar-benar ditinjau apakah hal tersebut memang aspek yang dapat mendukung perkembangan negaranya dan seberapa besar sumbangsinya terhadap perekonomian warga negaranya¹²⁹.

Dasar mengenai seberapa jauh kedaulatan negara untuk mengatur dan memiliki hak eksklusif atas sumber daya alam juga diatur dalam Principle 2, Rio Declaration on Environment and Development, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, Aug. 10, 1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I) yang menyatakan bahwa negara memiliki kedaulatan untuk mengeksploitasi sumber daya alam yang dimiliki berdasarkan peraturan mengenai lingkungan dan peraturan mengenai pembangunan negaranya.

¹²⁶Dorothee Cambou dan Stefaan Smis, 'Permanent Sovereignty Over Natural Resources From A Human Rights Perspective: Natural Resources Exploitation And Indigenous Peoples' Rights In The Arctic', *Michigan State International Law Review*, Vol. 22:1, h.352

¹²⁷Jane A. Hofbauer, "*The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications*", Tesis, University of Iceland, Islandia, 2009, h.15, dikutip dari G. Abi-Saab: "Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities" in *International Law: Achievements and Prospects*, M. Bedjaoui ed., Dordrecht et al. 1991, pp. 597-618; N. Schrijver: *Sovereignty over Natural Resources – Balancing Rights and Duties*, pp. 274-275.)

¹²⁸*Ibid.*, h.13.

¹²⁹Endalew Lijalem Enyew, 'Application of the Right to Permanent Sovereignty over Natural Resources for Indigenous Peoples: Assessment of Current Legal Developments', *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 8, 2017, h. 225

Selanjutnya, dalam upaya pelaksanaan kedaulatan atas sumber daya alam yang dimiliki tidak jarang suatu negara mencabut atau mengabilalih izin eksplorasi yang telah diberikan pada investor asing sebagaimana diatur dalam UNGA Resolution, adapun pengaturan sebagaimana dimaksud adalah¹³⁰:

- Sebagaimana diatur dalam pasal Article 4 of UNGA Resolution 1803 (XVII), disebutkan bahwa nasionalisasi ataupun pengambilalihan terhadap pihak yang dijalankan oleh pihak asing di negaranya bisa dilakukan dengan dasar kebutuhan masyarakat umum, keamanan atau kepentingan negara baik keperluan domestik atau internasional. Dalam hal negara melakukan pengambilalihan atau nasionalisasi negara tersebut wajib memberikan ganti rugi yang pantas.
- Sebagaimana diatur dalam Pasal 2(c) of UNGA Resolution 3281 (XXIX): Untuk melakukan nasionalisasi, ekspropriasi dan transfer kepemilikan, negara wajib memberikan kompensasi berdasarkan peraturan perundangan yang berlaku.

c. *Calvo doctrine*

Praktik kedaulatan negara tidak terlepas dari kesamaan kedudukan negara. Calvo memberikan pandangan bahwa untuk dapat mencapai kesetaraan antar negara tidak boleh ada campurtangan diplomatik antar negara dalam urusan internal negara lain dan pihak asing tersebut tidak berhak untuk mendapatkan perlakuan yang lebih bai daripada perlakuan yang diberikan kepada pihak domestik atau yang dikenal dengan National Treatment Principle¹³¹.

Dalam penerapan kedaulatan negara Calvo merasa bahwa pengadopsian konsep hukum internasional akan berakibat pada adanya hak privilege terutama untuk negara negara yang memiliki posisi yang lebih kuat sehingga dapat merugikan negara – negara yang lebih lemah yang pada akhirnya menciptakan ketidaksetaraan antara masyarakat lokal dan warga negara asing¹³².

¹³⁰Jane A. Hofbauer, *Op.Cit.*, h. 20

¹³¹Andrew Newcombe Lluís Paradell, 'Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment', Kluwer Law International, Netherland, 2009, h. 13

¹³²DR. James C. Baker, Lois J. Yoder, J.D., C.P.A, 'ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs', *Journal on Dispute Resolution*, vol. 5.1, 1989, h. 90

Calvo doktrin mulanya berawal dari pandangan bahwa orang asing harus menegakkan hak mereka di hadapan pengadilan negeri dan mereka tidak berhak untuk mendapatkan perlindungan dari negara asalnya atau mendapatkan akses untuk memproses kasus yang mereka hadapi di pengadilan internasional¹³³.

Sehingga Calvo mencetuskan Calvo Doktrin, dalam doktrin tersebut ada 3 elemen utama yaitu, warga negara asing tidak boleh mendapatkan perlakuan yang lebih baik dari masyarakat domestik, hak-hak yang dimiliki oleh pihak asing dalam negara tuan rumah dimana mereka berada diatur oleh Hukum dan peraturan perundangan nefara tersebut, selain itu pengadilan negeri pada host state memiliki hak eksklusif untuk menyelesaikan sengketa yang melibatkan pihak asing¹³⁴.

Apabila terjadi sengketa antara warga negara *host state* dan pihak asing, tentunya warga negara *host state* akan mencari ganti rugi atas permasalahan mereka kepada pemerintah setempat, begitu pula dengan pihak asing hanya dapat menyelesaikan sengketa tersebut pada pengadilan di *host state*. Dalam prakteknya pihak asing tersebut tidak diperkenankan untuk kembali ke negaranya untuk meminta perlindungan diplomatik terkait kasus yang melibatkannya pada *host state*¹³⁵.

Calvo doktrin telah diterapkan dalam beberapa peraturan internasional diantaranya adalah¹³⁶:

- 1) *the Treaty of Commerce and Navigation entered into by Latin American States at the second Lima Congress (1864-65);*
- 2) *the First International Conference on American States (held in Washington,*
- 3) *the Seventh Conference of American States (held in Montevideo in 1933).*

¹³³ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principle of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, h. 12

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Patrick Juillard, Calvo Doctrine/Calvo Clause, Max Planck Oxford University Press, 2015, <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e689>>

¹³⁶ DR. James C. Baker, Lois J. Yoder, J.D., C.P.A., *Loc.Cit.*

Walaupun Calvo doktrin ditujukan untuk mengurangi penyalahgunaan hubungan diplomatic antar negara namun hal tersebut tidak mengurangi hak investor asing untuk melakukan penuntutan secara internasional.

d. Nasionalisasi

Sejalan dengan tujuan yang tertera dalam Pasal 33 UUD NRI 1945, penguasaan negara atas sumber daya alam dan pengelolaan sumber daya tersebut harus dilakukan untuk sebesar besarnya kemakmuran rakyat. Oleh karena itu pemerintah melakukan pengaturan, pemberian izin maupun control terhadap pengelolaan sumber daya alam yang dimiliki. Pemberian izin investor asing merupakan salah satu upaya untuk meningkatkan benefit dari pengelolaan sumber daya alam.

Tujuan pemberian izin kepada investor asing untuk melakukan penanaman modal di Indonesia tidak hanya terbatas pada pendapatan negara namun juga bertujuan untuk meningkatkan sumber daya manusia yang ada dan untuk mendapatkan transfer of technology dari negara investor yang umumnya lebih maju dri host country.

Namun sayangnya terkadang pemberian izin kepada pihak asing justru lebih menguntungkan pihak asing. Oleh karena itu pemerintah memiliki tujuan untuk memperlemah atau menghilangkan penguasaan yang sementara diberikan kepada investor asing dengan jalan pengambilalihan usaha yang dijalankan oleh penanam modal asing.

Merujuk pada pasal Article 4 of UNGA Resolution 1803 (XVII), pengambilalihan izin yang dijalankan oleh pihak asing di negaranya bisa dilakukan dengan dasar kebutuhan masyarakat umum, keamanan atau kepentingan negara baik keperluan domestik atau internasional. Dalam hal negara melakukan pengambilalihan atau nasionalisasi negara tersebut wajib memberikan ganti rugi yang pantas.

Nasionalisasi diatur dalam Pasal Pasal 7 ayat (1) UU 25/2007 tentang Penanaman Modal. Dalam pasal tersebut disebutkan bahwa Negara yang dalam hal ini diwakili oleh Pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak dalam ketentuan ayat (2) ditegaskan bahwa dalam hal pemerintah melakukan tindakan pengambilalihan hak kepemilikan, pemerintah akan memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar.

Tentunya pelaksanaan pengambilalihan tersebut tidaklah mudah, korporasi yang ada kebanyakan berhasil meningkatkan jumlah kompensasi yang harus dibayarkan oleh negara apabila negara ingin mengambil alih izin yang telah diberikan¹³⁷.

5.1.2. Konsep Hak Penguasaan Negara dalam Konstitusi

Guna mendapatkan keuntungan secara ekonomi untuk memenuhi kebutuhan dan menciptakan kemakmuran warga negaranya, negara mengatur mengenai ekonomi dalam konstitusi yang dimilikinya.

Nilai ekonomi yang diatur dalam konstitusi yang dimiliki negara tidak hanya berdasarkan pada transaksi jual beli yang terjadi namun juga berdasarkan kepentingan politik suatu negara¹³⁸.

Konstitusi ekonomi bagi negara anggota EU merupakan dasar dan orientasi yang ingin dicapai dalam hukum ekonomi di Eropa. Konstitusi ekonomi Indonesia diatur dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa negara memiliki hak untuk menguasai sumber daya alam yang dirasa penting bagi negara dan masyarakat dan dalam pengelolaan sumber daya tersebut wajib digunakan untuk sebesar – besarnya kemakmuran rakyat.

Berbeda halnya dengan konstitusi ekonomi yang dimiliki oleh Inggris, dalam konstitusinya diterangkan bahwa pemerintah daerah dan pemerintah pusat memiliki kedudukan dan persyaratan yang berbeda dalam pembuatan perjanjian. Pemerintah Pusat yang memiliki kekuasaan untuk membuat kontrak dan tidak membutuhkan otoritas khusus untuk mengarahkan pemerintah pusat agar dapat menjadi pihak dalam kontrak. Sedangkan apabila pemerintah daerah dan badan hukum lainnya ingin membuat kontrak, maka sumber untuk dapat membuat perjanjian adalah Undang – Undang¹³⁹.

5.1.2.1. Putusan Mahkamah Konstitusi

Sebagaimana disebutkan dalam pembukaan UUD NRI 1945, Negara memiliki kewajiban untuk menyejahterakan masyarakatnya. Dalam rangka pemenuhan kesejahteraan masyarakatnya, negara memiliki hak untuk menguasai sumber daya alam

¹³⁷ Stephen D. Kasher, *Op.Cit.*, h. 147

¹³⁸ Tony Posser, *The Economic Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014, h. 9

¹³⁹ *Ibid.*, h. 122

yang dirasa penting bagi negara dan masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 33 (2) dan (3) UUD NRI 1945.

Penguasaan negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (2) UUD 1945, tidak bisa diartikan secara langsung menjadi kepemilikan. Kepemilikan adalah konsep dalam hukum perdata, sedangkan penguasaan negara adalah konsep yang digunakan dalam hukum tata negara. Konsep menguasai yang diusung dalam pasal tersebut mencakup pengawasan, pemilikan, pengelolaan dan sebagainya.

Definisi penguasaan negara tidak dijelaskan secara gamblang dalam Pasal 33 maupun dalam Penjelasan Pasal tersebut. Pemaknaan penguasaan negara dalam Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA), dalam Pasal 2 UUPA diatur bahwa hak menguasai dari negara memberi wewenang kepada negara untuk melakukan tindakan sebagai berikut:

- a. Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan, dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut
- b. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa;
- c. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Sedangkan Bagir Manan menjelaskan cakupan penguasaan negara, sebagai berikut¹⁴⁰:

- a. Penguasaan semacam pemilikan oleh negara, artinya negara melalui Pemerintah adalah satu-satunya pemegang wewenang untuk menentukan hak wewenang atasnya, termasuk di sini bumi, air, dan kekayaan yang terkandung di dalamnya
- b. Mengatur dan mengawasi penggunaan dan pemanfaatan
- c. Penyertaan modal dan dalam bentuk perusahaan negara untuk usaha-usaha tertentu.

5.1.2.2. Putusan Mahkamah Konstitusi

a. UU Migas

Minyak dan gas bumi sebagai salah satu hasil alam yang esensial yang tak terbarukan dikuasai oleh negara yang dimanfaatkan untuk kemakmuran rakyat sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 Undang-Undang No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

¹⁴⁰ Yance Arizona, 'Perkembangan Konstitusionalitas Penguasaan Negara atas Sumber Daya Alam dalam Putusan Mahkamah Konstitusi', *Jurnal Konstitusi*, Vol. 8 No. 3, 2011, h. 261

Dalam penguasaan atas pengelolaan minyak dan gas bumi pemerintah memiliki mekanisme izin usaha melaksanakan Pengolahan, Pengangkutan, Penyimpanan dan/atau Niaga dengan tujuan memperoleh keuntungan dan/atau laba.

Hak yang diberikan oleh negara atas minyak dan gas bumi berupa¹⁴¹:

1. Use Right

Merupakan hak negara dalam menggunakan sumber daya alam yang terbatas pada hak untuk memanfaatkan lahan tersebut sesuai dengan peruntukkan yang telah disepakati bersama

2. Management right

Hak pengelolaan merupakan hak negara untuk mengorganisasikan dan hak untuk memutuskan perwujudan penggunaan hak yang dimiliki

3. Transfer right

Hak untuk memindahtangankan yang dapat dilakukan atas seluruh atau sebagian hak yang dimilikinya tergantung kepada perjanjian dengan pemberi hak kuasa.

4. Ownership

Hak pemilik untuk menggunakan, mengelola dan memindah-tangankan hak tersebut.

Hal tersebut ditegaskan kembali dalam Pasal 9, kegiatan usaha hulu dan kegiatan usaha hilir sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 angka 1 dan angka 2 dapat dilaksanakan oleh BUMN, BUMD, Koperasi, Usaha Kecil dan Swasta yang dilakukan berdasarkan Kontrak Kerja Sama (KKS) yang berada dalam pengendalian dan pengawasan badan pelaksana.

KKS merupakan alat pemenuhan kepentingan negara, hal tersebut dapat terlihat dalam karakteristik kegiatan hulu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 6(2) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi:

1. Sumber daya alam tetap menjadi milik negara sampai pada titik penyerahan
2. Manajemen operasi berada dibawah kendali SKK Migas
3. Modal dan resiko sepenuhnya menjadi tanggung jawab KKKS

¹⁴¹ Sang Ayu Putu Rahayu, "Prinsip Hukum dalam Kontrak Kerja Sama Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi", Disertasi, Universitas Airlangga, Surabaya, 2017, h. 49 dikutip dari A. Rianto Pudyantoro, *A to Z Bisnis Hulu Migas*, Petromindo, Jakarta, 2012, h. 108

Perlu diketahui wilayah yang diserahkan kepada kontraktor untuk dikelola berdasarkan KKS yang telah dibuat tidak lah mutlak, wilayah tersebut harus dikembalikan lagi kepada Pemerintah saat kontrak berakhir¹⁴².

Dalam KKS minyak dan gas bumi, apabila ditemukan adanya cadangan migas yang komersial dan layak dikembangkan maka Pemerintah akan ikut dalam kegiatan produksi yang persinya ditentukan dalam perjanjian. Dalam hal ini Pemerintah berperan sebagai pihak yang terlibat secara langsung dalam penggunaan dan pengelolaan minyak dan gas bumi¹⁴³

Pengelolaan minyak dan gas bumi yang dapat dilakukan oleh pihak swasta, usaha kecil maupun koperasi secara nyata mereduksi kepemilikan rakyat atas minyak dan gas bumi yang seharusnya berada dalam penguasaan negara.

Terkait hilangnya sebagian penguasaan rakyat atas pengelolaan minyak dan gas bumi, melalui Putusan Nomor 36/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, MK menyatakan bahwa Pasal 1 angka 23, Pasal 4 ayat (3), Pasal 41 ayat (2), Pasal 44, Pasal 45, Pasal 48 ayat (1), Pasal 59 huruf a, Pasal 61, dan Pasal 63 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi bertentangan dengan UUDNRI 1945 sehingga tidak memiliki kekuatan mengikat.

Dalam Putusan tersebut Mahkamah Konstitusi kembali menjelaskan mengenai bentuk penguasaan negara yang dijabarkan sebagai berikut¹⁴⁴:

1. Negara melakukan pengelolaan secara langsung atas sumber daya alam, termasuk minyak dan gas bumi, sehingga negara mendapatkan keuntungan yang lebih besar dari pengelolaan sumber daya alam tersebut
2. Negara membuat kebijakan dan pengurusan
3. Negara memiliki kewenangan untuk menjalankan fungsi pengaturan dan pengawasan

Penguasaan negara atas sumber daya alam yang dimiliki tidak boleh dilakukan secara otoriter, hak penguasaan tersebut harus ditujukan untuk pemenuhan kepentingan rakyat. Dalam upaya mencapai kesejahteraan rakyat, rakyat

¹⁴²*Ibid.*, h. 50

¹⁴³*Ibid.*, h. 236

¹⁴⁴ Putusan Nomor 36/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, h. 101

memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) sebagaimana diatur dalam UUDNRI 1945¹⁴⁵.

Penguasaan tanpa batas akan menimbulkan kesewenang wenangan, oleh karena itu Mahkamah Konstitusi dalam Putusan No. 36/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak Dan Gas Bumi (UU Migas) melimitasi tingkatan penguasaan negara menjadi¹⁴⁶:

- a. Pengelolaan secara langsung oleh negara
- b. Membuat kebijakan dan pengurusan
- c. Fungsi pengaturan dan pengawasan

Tak hanya tingkat penguasaan negara yang perlu diatur, dalam putusan tersebut Mahkamah Konstitusi telah membuat tiga klasifikasi cabang produksi yang menjadi kewenangan dari Pemerintah diantaranya adalah¹⁴⁷:

- a. Cabang-cabang produksi itu penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak; atau
- b. Penting bagi negara tetapi tidak menguasai hajat hidup orang banyak; atau
- c. Tidak penting bagi negara tetapi menguasai hajat hidup orang banyak.

b. UU Sumber Daya Air

Lahirnya gagasan penguasaan air oleh negara berawal dari desakan Bank Dunia yang dilakukan melalui WATSAL (Water Resources Sector Adjustment Loan) yang memperkenalkan pandangan bahwa air memiliki fungsi ekonomi dan fungsi sosial sebagai upaya mengakomodasi gagasan nilai ekonomis dari air sebagai benda dan hak-hak asasi manusia atas air sebagai *public good*¹⁴⁸. Doktrin tersebut

¹⁴⁵ Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I. Badan Pembinaan Hukum Nasional Laporan Tim Analisa Dan Evaluasi Hukum , Hak Penguasaan Negara Terhadap Sumber Daya Alam (UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi), Jakarta, 2008, h. 14

¹⁴⁶ Helmi Kasim dan Titis Anindyajati, 'Perspektif Konstitusional Kedudukan Negara dan Swasta dalam Pengelolaan Sumber Daya Air Menurut UUD 1945', Jurnal Konstitusi, Volume 13, Nomor 2, Juni 2016, h. 465

¹⁴⁷ Irfan Nur Rachman, 'Politik Hukum Pengelolaan Sumber Daya Alam Menurut Pasal 33 UUD 1945', Jurnal Konstitusi, Volume 13, Nomor 1, Maret 2016, h. 201 dikutip dari Tim Penyusun, Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Pasal-Pasal UUD 1945 Periode 2003-2008, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, h. 169.

kemudian dituangkan dalam Pasal 4 Undang – Undang No. 7 Tahun 2004 (UU No. 7/2004) tentang Sumber Daya Air.

UU No. 7/2004 tentang Sumber Daya Air memperkenalkan Hak Guna Air sebagai implementasi dari paradigma “fungsi sosial dan fungsi ekonomi” atas air. Fungsi sosial diimplementasikan dalam Hak Guna Pakai Air (HGPA), sedangkan fungsi ekonomi diimplementasikan dalam Hak Guna Usaha Air (HGUA)¹⁴⁹. Pengaturan mengenai hak guna air berupa HGPA dan HGUA merupakan praktik komersialisasi penggunaan air.

Komersialisasi penggunaan air membuka pintu swastanisasi pengolahan air yang tidak sejalan dengan nilai yang diatur dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa seharusnya bumi, air dan kekayaan alam yang penting dikuasai oleh negara. Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 9(1) UU No. 7/2004 tentang Sumber Daya Air Hak guna usaha air dapat diberikan kepada perseorangan atau badan usaha dengan izin dari Pemerintah atau pemerintah daerah sesuai dengan kewenangannya. Selain itu dalam Pasal 45(3) UU No. 7/2004 tentang Sumber Daya Air diatur bahwa Pengusahaan sumber daya air selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat dilakukan oleh perseorangan, badan usaha, atau kerja sama antar badan usaha berdasarkan izin pengusahaan dari Pemerintah atau pemerintah daerah sesuai dengan kewenangannya.

Selanjutnya Hak Guna Usaha Air lebih lanjut dijelaskan dalam PP Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (PP 16/2005 tentang SPAM). Dalam Pasal 37 ayat (1) dijelaskan bahwa “pengembangan SPAM menjadi tanggung jawab Pemerintah dan Pemerintah Daerah untuk menjamin hak setiap orang dalam mendapatkan air minum bagi kebutuhan pokok minimal sehari-hari guna memenuhi kehidupan yang sehat, bersih, dan produktif sesuai dengan peraturan perundang-undangan”, hal ini jelas sejalan dengan konsep penguasaan negara atas sumber daya alam sebagaimana disebutkan dalam konstitusi negara. Namun ayat (2) dan ayat (3) pasal 37 PP SPAM justru bertentangan dengan konsep yang termuat dalam Pasal 33 UUDNRI 1945, pasalnya dalam kedua ayat tersebut dijelaskan bahwa koperasi, badan usaha swasta, dan/atau masyarakat dapat

¹⁴⁸ AL. Sentot Sudarwanto, ‘Dampak Dibataalkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air Terhadap Manajemen Air untuk Kesejahteraan Masyarakat’, Jurnal Yustisia, Vol 4, No. 2, 2015, h, 459

¹⁴⁹ AL. Sentot Sudarwanto, h. 466

dilibatkan dalam pengembangan SPAM atas persetujuan dewanpengawas atau komisaris ketika BUMN atau BUMD selaku perwakilan pemerintah tidak dapat melakukan pengembangan atas SPAM.

Pelibatan badan usaha swasta, koperasi dan atau masyarakat dalam pengembangan SPAM sejatinya membuka peluang swastanisasi terlebih PP tersebut tidak membatasi kepemilikan modal swasta termasuk didalamnya modal asing¹⁵⁰. Terlebih tidak ada jaminan bahwa Pemerintah masih memegang kontrol atas pelaksanaan pengembangan pemanfaatan air yang dilakukan oleh pihak swasta.

Oleh karena itu putusan Mahkamah Konstitusi No. 85/PUU-XII/2014 mengembalikan penguasaan atas sumber daya air kepada negara termasuk dalam hal pengelolaan dan pengusahaannya dengan jalan mencabut UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air dan memberlakukan kembali Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan (UU No. 11/1974)

Dengan dicabutnya UU No. 7/2004 tidak berarti Pemerintah secara penuh menghapus hak pengelolaan swasta atas air, hak swasta dalam pengelolaan dibatasi dengan prasyarat yang disebutkan dalam Putusan MK No.85/PUU_XI/2013 yang terdiri atas¹⁵¹:

1. Setiap perusahaan atas air tidak boleh mengganggu, mengesampingkan apalagi meniadakan hak rakyat atas air;
2. Negara harus memenuhi hak rakyat atas air;
3. Harus mengingat kelestarian lingkungan hidup sebagai salah satu hak asasi manusia;
4. Pengawasan dan pengendalian oleh negara atas air sifatnya mutlak;
5. Badan Usaha Milik Negara atau Badan Usaha Milik Daerah harus diberikan prioritas utama dalam hal perusahaan atas air.

Apabila kembali merujuk pada Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan, Air beserta sumber-sumbernya, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya mempunyai fungsi sosial serta digunakan untuk sebesar-besar kemakmuran Rakyat sebagaimana diatur dalam Pasal 2.

¹⁵⁰ Putusan MK Nomor 85/PUU-XI/2013 tentang Pengujian UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, h. 37

¹⁵¹ Helmi Kalsim, 'Penegasan Peran Negara dalam Pemenuhan Hak Warga Negara atas Air', Jurnal Konstitusi, Volume 12, Nomor 2, Juni 2015, h. 364

Hak menguasai oleh Negara tersebut dalam ayat Pasal 2(1) UU No. 11/1974 memberi wewenang kepada Pemerintah untuk:

- a. Mengelola serta mengembangkan kemanfaatan air dan atau sumber-sumber air;
 - b. Menyusun, mengesahkan, dan atau memberi izin berdasarkan perencanaan dan perencanaan teknis tata pengaturan air dan tata pengairan;
 - c. Mengatur, mengesahkan, dan atau memberi izin peruntukan, penggunaan, penyediaan air, dan atau sumber-sumber air;
 - d. Mengatur, mengesahkan, dan atau memberi izin perusahaan air, dan atau sumber-sumber air;
 - e. Menentukan dan mengatur perbuatan-perbuatan hukum dan hubungan-hubungan hukum antara orang dan atau badan hukum dalam persoalan air dan atau sumber-sumber air;
- c. UU Ketenagalistrikan

Listrik merupakan salah satu aspek yang penting bagi masyarakat sebagaimana dijelaskan dalam Konsideran menimbang huruf b Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan yang menjelaskan bahwa:

“tenaga listrik mempunyai peran yang sangat penting dan strategis dalam mewujudkan tujuan pembangunan nasional maka usaha penyediaan tenaga listrik dikuasai oleh negara dan penyediaannya perlu terus ditingkatkan sejalan dengan perkembangan pembangunan agar tersedia tenaga listrik dalam jumlah yang cukup, merata, dan bermutu;”

Oleh karena itu Pemerintah mengamanatkan penguasaan listrik oleh negara yang pelaksanaannya dilakukan oleh Pemerintah dan Pemerintah daerah sesuai dengan prinsip otonomi daerah sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3(1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan (UU 30/2009). Penguasaan yang diberikan kepada pemerintah daerah termasuk didalamnya kewenangan untuk menetapkan kebijakan, pengaturan, pengawasan, dan melaksanakan usaha penyediaan tenaga listrik.

Nyatanya ketenagalistrikan tidak secara mutlak berada dalam penguasaan negara. Sebagaimana diatur dalam Pasal 4(2) “Badan usaha swasta, koperasi, dan swadaya masyarakat dapat berpartisipasi dalam usaha penyediaan tenaga listrik”, dan Pasal 11 “(1) Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1) dilaksanakan oleh badan usaha milik

negara, badan usaha milik daerah, badan usaha swasta, koperasi, dan swadaya masyarakat yang berusaha di bidang penyediaan tenaga listrik.

Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan menyebutkan bahwa praktik penyediaan listrik untuk umum dapat dilakukan secara terintegrasi. Hal ini membuka peluang dibenarkannya praktik *unbundling*¹⁵² dalam usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sedemikian rupa sehingga menghilangkan kontrol negara sesuai dengan prinsip “dikuasai oleh negara”¹⁵³.

Dalam Putusan Nomor Putusan MK No. 111/PUU_XIII/2015 tentang Pengujian Undang - Undang No. 30 tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan dijelaskan bahwa apabila Pasal 10 (2) dan Pasal 11(1) UU 30/2009 diartikan membenarkan praktik *unbundling* dalam pemenuhan hak warga negara atas listrik sebagai salah satu hak yang esensial maka Pasal tersebut secara bersyarat tidak memiliki kekuatan mengikat¹⁵⁴.

5.1.3. Kepemilikan yang Memperhatikan Kepentingan Nasional

5.1.3.1. Minerba Sebagai Kekayaan Negara yang Penting

Indonesia merupakan salah satu penghasil mineral terbanyak di dunia. Sebagaimana dilansir dalam ‘Minerals and Metals Fact Book – 2016’ yang diterbitkan oleh Pemerintah Kanada, Indonesia adalah salah satu penghasil terbesar bauksit, nikel, emas, dan batu bara¹⁵⁵.

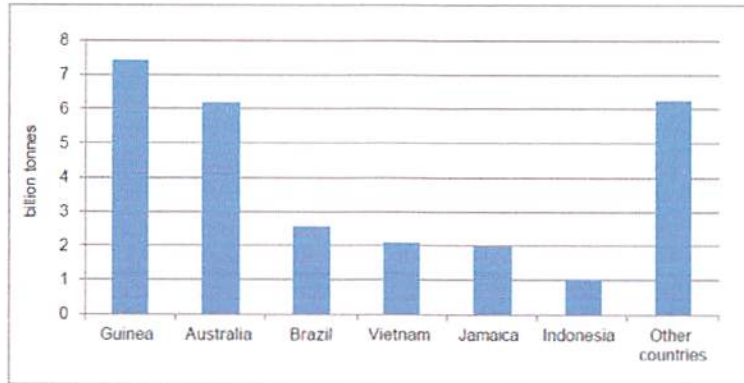
¹⁵² Ada 2 jenis *unbundling* yaitu *unbundling vertical* dan *horizontal*. *Unbundling vertical* berarti adanya praktik pemisahan usaha penyediaan tenaga listrik yang terbagi menjadi usaha pembangkit, transmisi, distribusi dan penjualan. Pelaksanaan *unbundling vertical* terkesan seperti mengkomersialisasikan listrik, hal tersebut jelas bertentangan dengan tujuan penguasaan atas listrik yaitu untuk memenuhi kebutuhan energy warga negaranya. Sedangkan *unbundling horizontal* terjadi ketika setiap daerah berhak melakukan regionalisasi tarif listrik yang menimbulkan perbedaan harga pada setiap daerah. (sebagaimana dijelaskan dalam Putusan MK No. 111/PUU_XIII/2015 tentang Pengujian Undang - Undang No. 30 tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan, h. 12-13)

¹⁵³ *Ibid.*, h. 120

¹⁵⁴ *Ibid.*

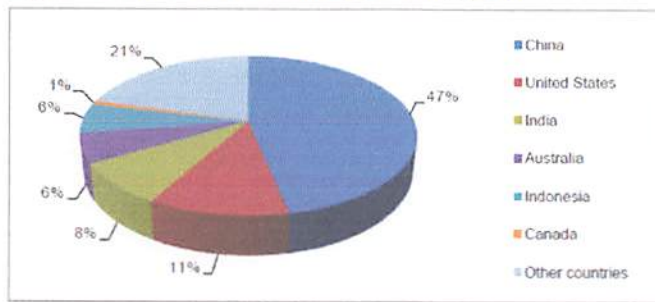
¹⁵⁵ Natural Resources Canada, Minerals and Metals Fact Book – 2016, Canada, 2016, h. 28, 33, 54, 74.

Figure 7. World Reserves of Bauxite Ore, by Country, 2015



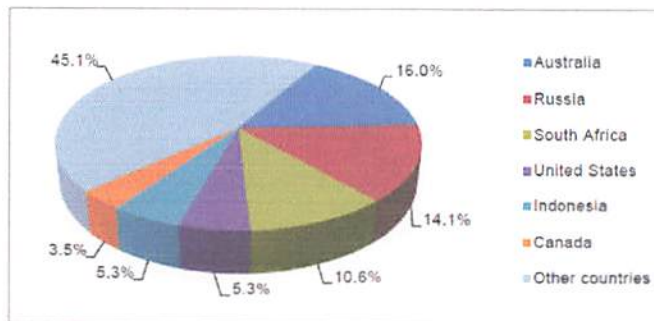
Source: U.S. Geological Survey.

Figure 3. World Coal Production, by Country, 2014



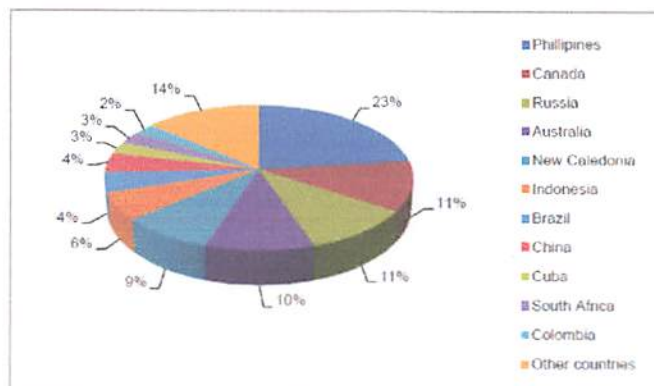
Source: International Energy Agency, *Coal Information 2015*.

Figure 6. World Gold Reserves, by Country, 2015



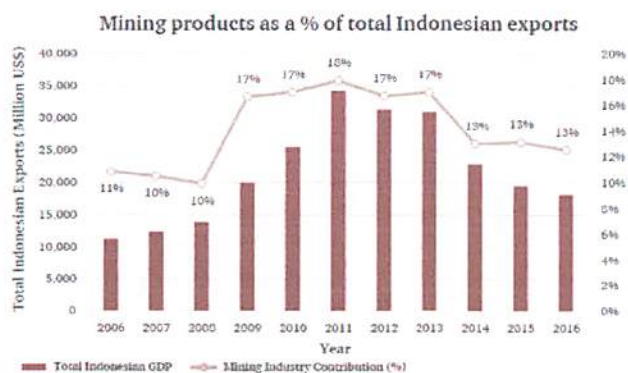
Source: U.S. Geological Survey.

Figure 6. World Mine Production of Nickel, by Country, 2015



Source: International Nickel Study Group.

Kekayaan mineral yang dimiliki oleh Indonesia juga dapat dibuktikan dari tingkat ekspor yang dilakukan oleh Indonesia. Indonesia didapuk menjadi salah satu pemasok mineral terbesar di Amerika¹⁵⁶.



Sebagaimana disebutkan dalam diagram tersebut mineral merupakan sektor yang berkontribusi besar dalam kegiatan ekspor yang dilakukan oleh Indonesia. Setiap tahunnya ekspor mineral setidaknya berkontribusi lebih dari 10% dari total kegiatan ekspor yang dilakukan oleh Pemerintah Indonesia¹⁵⁷. Walaupun terjadi penurunan dalam presentase ekspor mineral setelah tahun 2013 yang disebabkan oleh turunnya jumlah mineral, nyatanya jumlah mineral yang dihasilkan setiap tahunnya masih tergolong besar.



158

¹⁵⁶ U.S. Department of the Interior U.S. Geological Survey, Mineral Commodity Summaries 2018, USGS, Virginia, 2018, h. 8

¹⁵⁷ PricewaterhouseCoopers (PwC), Mining in Indonesia Investment and Taxation Guide, 9th Edition, 2017, h. 23

¹⁵⁸ *Ibid.*, h. 17

Kekayaan alam termasuk mineral yang melimpah tidak menjamin kemakmuran rakyat suatu negara. Sebagaimana disebutkan oleh George Soros¹⁵⁹ “*Countries that are rich in natural resources are often poor, because exploiting those resources has taken precedence over good government*” yang berarti Negara yang memiliki kekayaan sumber daya alam umumnya adalah negara yang miskin sebab eksploitasi atas sumber daya alam didahulukan daripada penyelenggaraan pemerintah yang baik.

Memang eksploitasi yang dilakukan baik oleh pemerintah maupun pihak asing tidak serta merta membuat suatu negara menjadi miskin. Namun ketika seluruh alat yang digunakan dan ahli yang bekerja pada bidang tersebut didatangkan dari negara lain, sumber daya manusia yang ada di Indonesia akan semakin tertinggal dan pada akhirnya tidak ada *transfer of knowledge* yang digadag – gadang sebagai salah satu keuntungan dari masuknya pihak asing ke suatu negara.¹⁶⁰

Selain itu pengeksploitasian sumber daya alam tak jarang berujung pada perpecahan. Kebanyakan warga yang tinggal di sekitar wilayah mining menolak kegiatan eksploitasi atas sumber daya alam, terlebih apabila perusahaan yang melakukan kegiatan pertambangan tidak memiliki system manajemen lingkungan yang baik sehingga menimbulkan kerusakan pada lingkungan. Selain itu konflik internal juga muncul, sebab berbagai kelompok akan saling lawan untuk menguasai sumber daya alam tersebut¹⁶¹.

Pemanfaatan kekayaan sumber daya alam bagaikan pisau bermata dua, ketika pemerintah dapat mengontrol pelaksanaan eksploitasi sumber daya alam dengan baik maka sumber daya alam tersebut tentunya sangat bermanfaat bagi negara. Namun ketika negara gagal mengimplementasikan kebijakan atas pengeksploitasian yang dilakukan, tak hanya Negara sebagai pemilik sumber daya alam yang dirugikan, lingkungan pun turut menjadi korban.

¹⁵⁹ Ebru Ilhan, “Resource Curse Or Resource Blessing: Effective Management of Resource Wealth in Democratizing Countries”, *Turkish Policy Quarterly*, Vol. 6, Istanbul, 2007, h. 2

¹⁶⁰ *Ibid.*, h. 3

¹⁶¹ Natural Resources Governance Institute, *The Resource Curse The Political and Economic Challenges of Natural Resource Wealth*, 2015, h. 2

5.1.3.1.1. Pertumbuhan Investasi Asing di Indonesia

Jumlah investasi yang terus bertambah pada suatu negara merupakan indikasi bahwa perekonomian suatu negara berada pada kondisi yang stabil. Dibandingkan dengan negara anggota ASEAN yang lain, Indonesia memiliki lebih banyak sektor penanaman modal. Selain itu dengan Produk Domestik Bruto mencapai US\$ 870 milyar, Indonesia merupakan negara yang memiliki tingkat ekonomi yang tinggi yang sangat cocok dijadikan sebagai tempat untuk menanam modal¹⁶².



Indonesia Foreign direct investment graph¹⁶³

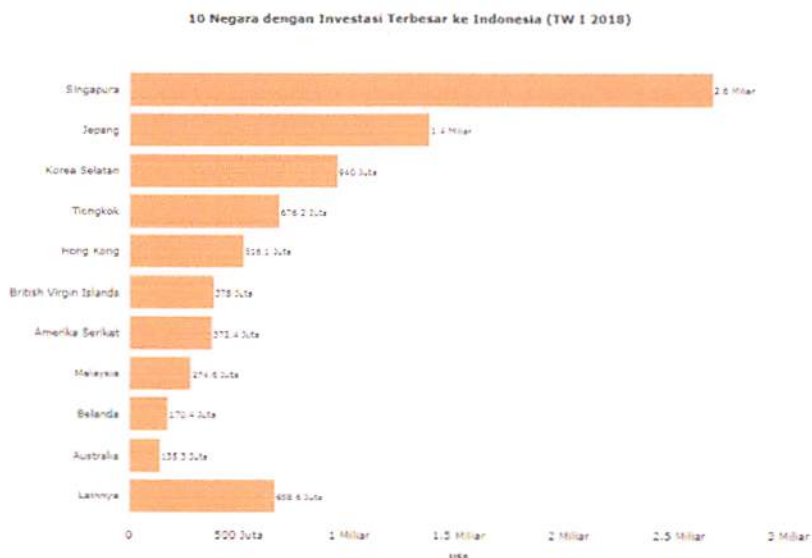
Sebagaimana disebutkan dalam diagram investasi asing yang dibuat oleh BKPM, tingkat penanaman modal yang dilakukan oleh pihak asing setiap tahunnya cukup besar dan cenderung mengalami peningkatan.

Berdasarkan data Perkembangan Realisasi Investasi PMA Berdasarkan Laporan Kegiatan Penanaman Modal (LKPM) Menurut Negara 2015, ada lebih dari 124 negara yang melakukan penanaman modal di wilayah Indonesia. Selain itu peningkatan investasi juga dapat terlihat dari jumlah proyek investasi yang dilakukan di Indonesia pada tahun 2010 sebanyak 3076 proyek yang terus berkembang menjadi 17.738 proyek pada tahun 2015. Bertambahnya jumlah proyek investasi yang dilakukan di Indonesia tentunya juga meningkatkan nilai investasi yang masuk yang mencapai 29.275,9 juta US\$ pada tahun 2015.

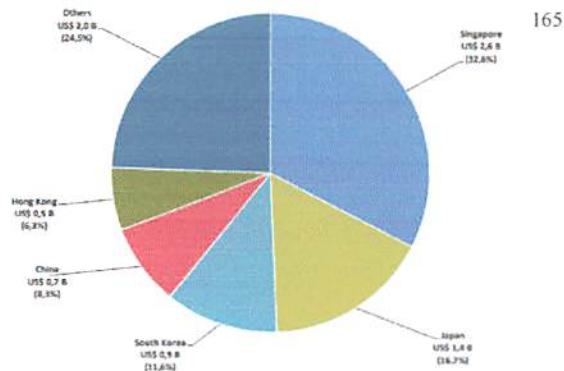
¹⁶² Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), Indonesia as an Investment Destination Country, <<http://www2.bkpm.go.id/en/artikel-closed/readmore/indonesia-as-an-investmentdestination-country>>

¹⁶³ <https://tradingeconomics.com/indonesia/foreign-direct-investment>

5.1.3.1.2. Negara Investor Terbesar dalam 10 Tahun



164



166

FDI INFLOWS BY COUNTRY AND INDUSTRY

Main Investing Countries		Main Invested Sectors	
	2016, in %		2016, in %
Singapore	31.7	Metal, Machinery and Electronic Industry	13.4
Japan	18.6	Chemical and Pharmaceutical Industry	10.0
China	9.2	Paper and Printing Industry	9.6
Hong Kong	7.8	Mining	9.5
The Netherlands	5.1	Transport	8.2

Source: Indonesia Investment Coordinating Board (BKPM) - Latest available data.

¹⁶⁴ Triwulan I 2018, Sepertiga Investasi Asing Indonesia dari Singapura, 2 Mei 2018, <https://databoks.katadata.co.id/datapublish/2018/05/02/triwulan-i-2018-sepertiga-investasi-asing-indonesia-dari-singapura>, diakses pada 4 Juli 2018

¹⁶⁵ Indonesia Investment Coordinating Board, Domestic and Foreign Direct Investment Realization In Quarter I 2018, 2018, h. 11

¹⁶⁶ Santander, Indonesia: Foreign Investment, <https://en.portal.santandertrade.com/establish-overseas/indonesia/foreign-investment>

Indonesia membuka kesempatan bagi investor asing untuk menanamkan modal di Indonesia dengan tetap mengikuti ketentuan dalam UUPM. Dengan diberlakukannya UUPM, setiap tahunnya jumlah investor asing dan aset yang ditanamkan di Indonesia terus meningkat. Adapun 5 negara investor terbesar di Indonesia dalam Quartal pertama tahun 2018 diduduki oleh Singapura, Jepang, Cina, Hongkong dan Korea Selatan.¹⁶⁷ Secara umum jumlah investasi asing di Indonesia dalam kuartal pertama tahun 2018 mengalami kenaikan sebesar 12,4% yang bernilai 108,9 triliun rupiah sedangkan investasi yang dilakukan oleh investor domestik mengalami kenaikan sebesar 11% setara 76,4 triliun rupiah.¹⁶⁸

Di urutan pertama, investasi yang dilakukan oleh Singapura mencapai di Indonesia mengalami kenaikan 38% dalam semester pertama tahun 2018 dengan jumlah kenaikan sebesar 5,04 juta USD jika dibandingkan dengan jumlah investasi yang dilakukan pada tahun 2017.¹⁶⁹

Sebagaimana dilansir dari data yang telah disebutkan sebelumnya, Jepang menduduki peringkat kedua dengan jumlah investasi di Indonesia sebesar 1,4 milyar USD, disusul dengan followed by South Korea 940 juta USD, Cina 676,2 juta USD dan Hongkong dengan investasi mencapai 500 juta USD. Sebagian besar penanaman modal asing dilakukan pada sektor pembangunan perumahan, kawasan industri dan perkantoran dengan jumlah investasi sebesar 1,88 miliar USD, sedangkan di peringkat kedua investasi pada bidang industri metal, mesin dan elektronik mencapai nilai sebesar 1.45 miliar USD.

5.1.3.1.3. Jumlah Pendapatan Negara Sektor Pertambangandalam 10TahunTerakhir

Sebagai negara tujuan investasi, Indonesia menawarkan berbagai lingkup investasi, salah satunya adalah investasi dalam sektor pertambangan. Didukung dengan kepemilikan atas kekayaan alam dan dengan spirit untuk memajukan kesejahteraan rakyat, pemerintah membuka pintu investasi pada bidang pertambangan. Secara umum, bidang pertambangan merupakan penyumbang GDP yang cukup besar dalam kurun 10 waktu terakhir. Meskipun terjadi penurunan

¹⁶⁷ NNC, "Top Five Foreign Investors in Indonesia, Singapore the Largest", 31 Januari 2018, www.en.netralnews.com, diakses pada 6 Oktober 2018.

¹⁶⁸ Indonesia Investment, "Foreign Direct Investment in Indonesia Rose 12,4% in Q1-2018, 30 April 2018, www.indonesia-investments.com, diakses pada 7 Oktober 2018

¹⁶⁹ Tempo, "Singapore`s Investment in Indonesia Up 38 Percent", 24th September 2018, en.tempo.co, dikunjungi pada 9 Oktober 2018

presentase kontribusi sejak tahun 2011, tingkat kontribusi pertambangan dalam meningkatkan GDP selalu diatas 4% dari total GDP yang diperoleh negara setiap tahunnya.¹⁷⁰

Pada tahun 2015, Pemerintah menargetkan adanya peningkatan produksi *thermal coal* hingga mencapai 419 juta ton, dengan harapan munculnya banyak permintaan dengan dibangunnya pembangkit listrik tenaga batubara. Target pemerintah terlampaui dengan naiknya permintaan atas *thermal coal* yang melebihi 3.6% pada semester kedua tahun 2016. Selaras dengan harapan pemerintah akan naiknya permintaan atas produksi batubara di Indonesia, jumlah batu bara yang dipasok pada pasar domestik dalam tahun 2016 naik sebesar 14% dan mencapai 91 juta ton dari 80 juta ton pada tahun 2015¹⁷¹.

Walaupun jumlah permintaan atas produksi hasil tambang terus meningkat, nyatanya kontribusi sektor pertambangan pada GDP Indonesia terus menurun dari 6.14% pada tahun 2011 menjadi 4.23% pada tahun 2016¹⁷².



Source: Bank Indonesia

¹⁷⁰PricewaterhouseCoopers (PwC), Mining in Indonesia Investment and Taxation Guide, 9th Edition, 2017, h. 23

¹⁷¹*Ibid.*, h. 16

¹⁷²*Ibid.*, h. 22

5.1.3.1.4. Cadangan Pertambangan Indonesia Hingga 10 Tahun Kedepan

Negara yang direpresentasikan oleh Pemerintah dalam penguasaan sumber daya alam, wajib untuk menjamin penggunaannya untuk kemakmuran rakyat. Tidak hanya memiliki kewajiban untuk mengatur, mengelola, mengawasi, melakukan manajemen dan mengurus penggunaan sumber daya alam yang digunakan pada era ini, pemerintah juga harus memastikan jika generasi-generasi berikutnya masih bisa menikmati sumber daya alam yang ada di Indonesia.

Pemerintah sebagai pihak yang berhak dalam pemberian atau pencabutan izin harus bisa mengukur penggunaan sumber daya alam dan memaksimalkan pemberian izin untuk menemukan sumber daya alam yang masih belum terjamah. Dalam pengelolaan minyak dan gas bumi, hal tersebut dilakukan oleh *Kementerian ESDM dengan jalan menyelenggarakan Petroleum Bidding Round* guna menjamin keberlangsungan kegiatan eksplorasi yang berkesinambungan dalam usaha penemuan cadangan baru dan sebagai upaya untuk menyiapkan wilayah-wilayah kerja baru secara berkesinambungan untuk mendukung investasi bidang hulu¹⁷³

Kegiatan eksplorasi sumber daya alam tentunya juga dilakukan terhadap batu bara. Eksplorasi dan eksploitasi perusahaan pemegang Ijin Usaha Pertambangan (IUP) Batubara sangat berpengaruh pada naik dan turunnya jumlah sumber daya dan cadangan batubara. Merujuk pada kegiatan eksplorasi yang dilakukan pada tahun 2017, jumlah cadangan batu bara pada tahun 2017 mencapai 14.296,35 ton sebagaimana dijelaskan lebih rinci pada tabel berikut¹⁷⁴:

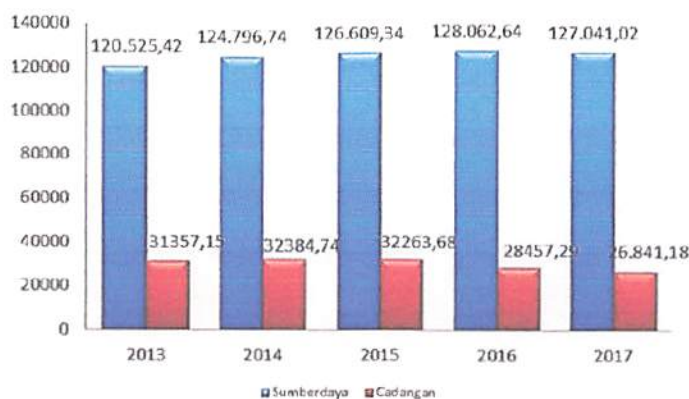
¹⁷³ Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral, Laporan Kinerja Kementerian ESDM 2017, 2018, h. 45 (selanjutnya disebut LAKIN 2017)

¹⁷⁴ Ibid., h. 143

Tabel 97. Sumberdaya dan Cadangan Batubara Indonesia Tahun 2017

No.	Pulau	Provinsi	Sumberdaya (Juta Ton)					Cadangan (Juta Ton)		
			Hipotetik	Tereka	Tertunjuk	Terukur	Total	Terkira	Terbukti	Total
1	JAWA	Banten	5,47	39,98	28,45	25,10	98,00	0,00	0,00	0,00
2		Jawa Tengah	0,00	0,82	0,00	0,00	0,82	0,00	0,00	0,00
3		Jawa Timur	0,00	0,08	0,00	0,00	0,08	0,00	0,00	0,00
4	SUMATERA	Aceh	0,00	423,65	163,70	662,93	1.250,28	95,30	321,38	416,68
5		Sumatera Utara	0,00	7,00	1,84	25,75	34,59	0,00	0,00	0,00
6		Riau	3,86	325,77	855,29	758,58	1.943,50	86,28	498,64	584,91
7		Sumatera Barat	21,09	510,09	135,35	180,90	847,44	6,54	67,00	73,54
8		Jambi	138,75	1327,29	1039,93	1233,15	3738,11	664,70	479,47	1144,17
9		Bengkulu	0,00	79,78	132,95	80,22	292,96	9,74	84,56	94,30
10		Sumatera Selatan	3.322,74	12.801,94	13.050,17	13.338,60	42.513,44	5.535,12	3.418,31	8.953,44
11	Lampung	0,00	122,95	8,21	4,47	135,63	11,74	0,00	11,74	
12	KALIMANTAN	Kalimantan Barat	2,26	483,94	6,85	4,70	497,75	0,00	0,00	0,00
13		Kalimantan Tengah	22,54	4905,16	2456,75	2458,43	9642,88	935,25	1278,07	2213,32
14		Kalimantan Selatan	0,00	6.205,47	4.833,71	7.095,33	18.134,51	1.875,42	2.555,18	4.430,60
15		Kalimantan Timur	918,10	13324,71	13934,20	16388,84	44563,85	2823,18	5055,02	7878,20
16		Kalimantan Utara	25,79	867,59	672,44	1.167,50	2.733,32	501,48	538,66	1.040,15
17	SULAWESI	Sulawesi Barat	8,13	15,13	0,78	0,16	24,20	0,00	0,00	0,00
18		Sulawesi Selatan	10,66	48,81	128,90	53,09	241,46	0,06	0,06	0,12
19		Sulawesi Tenggara	0,64	0,00	0,00	0,00	0,64	0,00	0,00	0,00
19		Sulawesi Tengah	0,52	1,98	0,00	0,00	2,50	0,00	0,00	0,00
20	MALUKU	Maluku Utara	8,22	0,00	0,00	0,00	8,22	0,00	0,00	0,00
21	PAPUA	Papua Barat	93,68	32,82	0,00	0,00	126,48	0,00	0,00	0,00
22		Papua	7,20	2,16	0,00	0,00	9,36	0,00	0,00	0,00
TOTAL INDONESIA			4.587,63	41.526,12	37.449,52	43.477,75	127.041,02	12.544,83	14.296,35	26.841,18

Apabila dibandingkan dengan tahun tahun sebelumnya jumlah cadangan sumber daya batu bara cenderung menurun sebagaimana digambarkan dalam grafik berikut¹⁷⁵:



Gambar 57. Perkembangan Sumber Daya dan Cadangan Batubara 2013-2017

Jumlah cadangan potensi panas bumi yang terbukti berada di Indonesia pertahun 2017 berjumlah 2967 MWe, sedangkan jumlah cadangan yang mungkin dan terduga mencapai 14468 MWe¹⁷⁶.

¹⁷⁵Ibid., h. 144

¹⁷⁶ Ibid., H. 140

Tabel 96. Potensi Panas Bumi Indonesia Tahun 2017

No	Pulau	No Lokasi	Energi (MWe)					Terpasang
			Sumber Daya		Cadangan			
			Spekulatif	Hipotesis	Mungkin	Terduga	Terbukti	
1	Sumatera	98	2817	1917	5065	930	917	452
2	Jawa	73	1410	1689	3949	1373	1865	1224
3	Bali	6	70	22	122	110	30	0
4	Nusa Tenggara	28	225	395	901	0	15	12,5
5	Kalimantan	14	152	17	13	0	0	0
6	Sulawesi	87	1308	325	1248	80	140	120
7	Maluku	33	560	91	677	0	0	0
8	Papua	3	75	0	0	0	0	0
	Total	342	6617	4456	11975	2493	2967	1008,5

Dari penelitian yang dilakukan pada tahun 2017, telah ditemukan 10 lokasi baru penghasil panas bumi yaitu¹⁷⁷

1. Nage, Bajawa – Jerebuu, Kab. Ngada
2. Gimpu, Kulawi Selatan, Kab. Sigi
3. Tinigi, Galang, Kab. Tolitoli
4. Lorenz, Baolan, Kab. Tolitoli
5. Malala, Dondo, Kab. Tolitoli
6. Luok Manipi, Dondo, Kab. Tolitoli
7. Lemba Harapan, Dampal Selatan, Kab. Tolitoli
8. Seko, Kab. Luwu Utara
9. Rampi, Kab. Luwu Utara
10. Pencong-Lompo Battang, Biringbulu, Kab. Gowa

Berikut merupakan data total cadangan dari beberapa jenis komoditi mineral yang ada di Indonesia per tahun 2016¹⁷⁸:

¹⁷⁷Ibid

¹⁷⁸ Direktorat Jenderal Mineral dan Batu Bara, Laporan Kinerja Direktorat Jenderal Mineral dan Batu Bara 2016, 2017, h. 4

No	Komoditi	Total Sumber Daya (Ton)								Total Cadangan (Ton)			
		Hipotetis		Tereka		Tertunjuk		Terukur		Terkira		Terbukti	
		Bijih	Logam	Bijih	Logam	Bijih	Logam	Bijih	Logam	Bijih	Logam	Bijih	Logam
1	Bauksit / Bauxite	64,40	44,06	2.839,74	1.375,05	67,56	50,75	855,64	359,45	1.045,78	492,26	256,71	200,35
2	Besi Laterit / Laterite Iron	2,41	0,42	1.145,27	540,80	804,25	540,51	854,10	294,06	479,92	154,78	100,91	31,42
3	Besi Primer / Primary Iron	346,85	178,97	460,50	52,54	825,45	25,93	448,52	165,55	852,46	97,56	43,85	91,20
4	Emas Aluvial / Placer Gold	348,02	-	795,77	-	151,29	-	331,95	-	1,22	-	-	15,50
5	Emas Primer / Primary Gold	60,68	-	2.135,59	-	1.848,26	-	1.830,56	-	181,19	-	2.626,66	-
6	Kobalt / Cobalt	-	-	863,86	2,27	524,64	1,50	526,47	0,49	359,80	0,50	158,49	0,18
7	Kromit Plaser / Placer Chromite	1,24	1,34	0,27	0,10	5,64	0,58	0,69	0,57	2,26	-	-	-
8	Mangan / Manganese	2,85	1,19	4825	22,05	2,56	0,51	7,50	4,57	94,56	40,95	2,67	2,20
9	Molibdenum / Molybdenum	-	-	3.067,72	0,47	59,00	0,01	34,00	-	-	-	-	-
10	Nikel / Nickel	184,67	2,11	5.029,85	18,75	1.588,57	20,87	1.430,76	30,79	2.917,34	44,29	17,64	4,28
11	Pasir Besi / Iron Sand	811,50	82,41	1.000,65	194,65	526,05	71,82	846,08	454,54	829,14	362,46	67,67	6,62
12	Perak / Silver	1,55	-	1.157,91	0,50	1.347,77	0,01	1.172,16	0,33	165,40	1,11	2.544,81	0,58
13	Seng / Zinc	12,82	1,70	584,52	2,53	64,97	2,37	8,59	1,50	14,59	1,50	5,28	0,78
14	Tembaga / Copper	14,91	0,20	7.345,09	82,37	3.700,67	5,17	5.182,25	16,22	125,28	1,71	2.750,98	26,17
15	Timah / Tin	440,68	1,40	1.454,95	0,47	564,77	0,49	2.257,30	0,66	1.035,32	0,68	820,17	0,22
16	Timbal / Lead	12,63	0,23	163,39	8,26	65,47	1,24	8,91	0,66	6,31	0,31	5,28	0,47
17	Air Raksa / Mercury	-	-	-	-	51,25	-	-	-	-	-	-	-
18	Besi Sedimen	0,02	-	18,00	11,50	8,62	0,25	-	-	-	-	-	-
19	Kromit Primer / Chromite	0,97	0,46	0,40	0,18	0,25	0,11	0,05	-	-	-	-	-
20	Platina / Platinum	0,25	-	80,00	-	82,25	0,01	52,30	-	-	-	-	-
21	Monasit / Monazite	-	-	7010,68	0,19	4,61	-	-	-	-	-	-	-
22	Titan Laterit / Lateritic Titanium	9,96	0,08	37,00	0,56	494,34	2,85	-	-	-	-	-	-
23	Titan Plaser / Placer Titanium	14,96	1,42	24,90	2,78	82,7	0,57	3,41	0,41	0,50	0,01	0,98	0,05
24	Xenotim / Xenotime	-	-	4.466,26	0,02	-	-	-	-	-	-	-	-

Sumber: LAKIP KESDM Tahun 2016

5.1.3.1.5. Pengaturan Bagi Hasil Daerah Pada Sektor Pertambangan

a. UU Otda;

Setiap daerah memiliki kewenangan untuk mengatur daerahnya sesuai dengan kebutuhan daerah dan masyarakat setempat. Kewenangan tersebut tertuang dalam Pasal 18 UUDNRI 1945. Selanjutnya Otonomi Daerah diatur lebih lanjut dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah (UU 23/2014 tentang Pemda).

Dalam Undang – Undang tersebut diatur mengenai pembagian wewenang, kewajiban dan hak antar pemerintah daerah dan pusat. Salah satu kewenangan yang diatur adalah kewenangan pemerintah daerah sebagai representasi negara dalam mengelola sumber daya alam yang ada di wilayahnya. Hasil pertambangan merupakan salah satu sumber daya alam yang esensial baik bagi pemerintah maupun masyarakat. Oleh karena itu pemerintah memiliki hak untuk mengatur, mengawasi dan mengelola pengelolaan pertambangan.

Sebagai salah satu sumber pendapatan daerah yang berkontribusi besar, hasil dari kegiatan pertambangan diklasifikasikan sebagai sumber dana bagi hasil sebagaimana disebutkan dalam Pasal 289 UU 23/2014 tentang Pemda. Adapun bentuk penerimaan DBH dari kegiatan pertambangan berupa:

- a. Penerimaan pertambangan mineral dan batubara yang berasal dari penerimaan iuran tetap (*landrent*) dan penerimaan iuran eksplorasi dan iuran eksploitasi (*royalty*) yang dihasilkan dari wilayah Daerah yang bersangkutan
- b. Penerimaan negara dari sumber daya alam pertambangan minyak bumi yang dihasilkan dari wilayah Daerah yang bersangkutan;

b. UU Papua

Papua adalah salah satu daerah yang diberi otonomi khusus untuk mengatur daerahnya sendiri dan melakukan pemenuhan kebutuhan atas warganya. Sebagai implementasi dari penguasaan negara atas Sumber Daya Alam, Pemerintah Papua sebagai representasi dari Negara berhak untuk melakukan pengaturan, pengawasan dan pengelolaan sumber daya alam yang ditujukan untuk sebesar besarnya kemakmuran masyarakat di Papua.

Hasil dari pengelolaan sumber daya alam merupakan salah satu sumber pendapatan Daerah Papua. Dikelompokkan sebagai sumber dana perimbangan, pertambangan sebagai salah satu sumber daya alam yang penting bagi pemerintah dan masyarakat di Papua, Pemerintah berhak untuk mendapatkan dana bagi hasil

dari pertambangan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 34 Undang-Undang No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua dengan presentase sebagai berikut:

- a. Pertambangan umum sebesar 80%
- b. Pertambangan minyak bumi sebesar 70%
- c. Pertambangan gas alam sebesar 70%

Lebih lanjut dalam UU Otsus Papua, ditegaskan bahwa penerimaan atas bagi hasil dari kegiatan pertambangan minyak bumi dan gas berlaku selama 25 (dua puluh lima) tahun. Saat memasuki tahun ke 26, penerimaan Daerah Papua atas kegiatan pertambangan minyak bumi akan turun menjadi 50%, sama halnya dengan dana bagi hasil yang diberikan oleh pertambangan gas alam yang turun menjadi sebesar 50% (lima puluh persen).

c. UU Aceh

Aceh merupakan salah satu daerah istimewa yang diberi kewenangan khusus untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan memenuhi kepentingan masyarakatnya dengan tetap berdasar pada prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang mengacu pada UUD NRI 1945.

Pemerintahan Aceh diatur secara khusus dalam Undang Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (UU 11/2006 tentang Pemerintahan Aceh). Undang-Undang tersebut mengatur mengenai kewenangan pemerintah daerah Aceh dalam mengatur daerahnya. Pertambangan merupakan salah satu aspek penting yang diatur dalam UU tersebut mengingat hasil pertambangan terutama mineral dan batu bara merupakan salah satu sumber daya alam yang penting bagi negara dan masyarakat yang harus berada dalam penguasaan Negara dalam hal ini diwakili oleh Pemerintah Daerah.

Pasal 156 UU 11/2006 mengatur bahwa pengelolaan sumber daya alam termasuk didalamnya pertambangan mineral dan batu dilakukan dengan menerapkan prinsip transparansi dan pembangunan berkelanjutan. Kegiatan pengelolaan sumber daya alam dapat dilakukan oleh Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, koperasi, badan usaha swasta lokal, nasional, maupun asing. Tak hanya memberikan izin kepada badan usaha untuk melakukan pengelolaan atas sumber daya alam, Pemerintah Aceh juga mewajibkan Badan Usaha yang melakukan pengelolaan sumber daya alam untuk melakukan reklamasi dan rehabilitasi lahan

yang dieksplorasi dan dieksploitasi serta mewajibkan badan usaha tersebut untuk menyediakan dana jaminan reklamasi dan rehabilitasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 157 UU 11/2006.

Badan usaha yang melakukan pengelolaan sumber daya alam di Aceh juga memiliki kewajiban lain berupa pemberian dana pengembangan masyarakat yang jumlahnya paling sedikit 1% (satu persen) dari harga total produksi yang dijual setiap tahunnya.

Hasil pengelolaan pertambangan merupakan salah satu sumber Pendapatan Daerah Aceh yang tergolong sebgaidana perimbangan. Adapun pengaturan dana perimbangan atas pengelolaan pertambangan diatur dalam Pasal 181 (1) UU 11/2006 dengan presentase dana bagi hasil sebagai berikut:

- a. Pertambangan umum sebesar 80%
- b. Pertambangan panas bumi sebesar 80%
- c. Pertambangan minyak sebesar 15%
- d. Pertambangan gas bumi sebesar 30% (tiga puluh persen).

Selain pengaturan tersebut, pemerintah Aceh berhak atas tambahan dana bagi hasil dari kegiatan pertambangan minyak dan gas bumi dengan presentase penerimaan sebagai berikut:

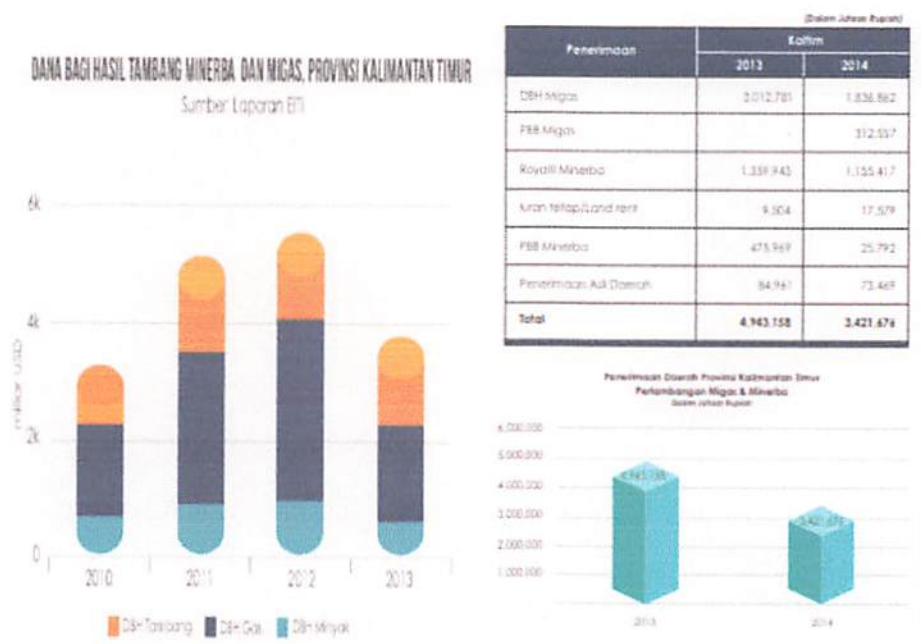
- a. Pertambangan minyak sebesar 55%
- b. Pertambangan gas bumi sebesar 40%

5.1.3.1.6. Lima Besar Daerah PenghasilMinerba

1. Kalimantan Timur

Merupakan salah satu daerah yang menghasilkan beragam sumber daya alam terutama hasil tambang mineral dan batu bara. Kalimantan Timur menyumbang produksi batu bara sebanyak 148 juta ton yang merupakan 60% dari total produksi batu bara nasional. Selain itu Kalimantan Timur memproduksi 57MMSTB yang merupakan 6.1% dari total produksi minyak nasional, dan memiliki 11% cadangan minyak dari total cadangan minyak nasional. Tak hanya kedua hasil tambang tersebut, Kalimantan Timur juga menghasilkan 37% dari total produksi gasbumi¹⁷⁹.

¹⁷⁹Extractive Industries Transparency Initiative, Factsheet Kalimantan Timur, <<http://eiti.ekon.go.id/factsheet-kalimantan-timur/>>



Tidak hanya berperan sebagai salah satu penghasil terbesar mineral, minyak dan gas bumi, pengelolaan sumber daya hasil tambang di Kalimantan Timur Dana Bagi Hasil yang cukup besar setiap tahunnya meski terjadi penurunan pada tahun 2013.

Penerimaan dari pengelolaan pertambangan mineral, batu bara, minyak dan gas bumi pada tahun 2013 mencapai 4.943,158 juta rupiah sedangkan pada tahun 2014 sedikit mengalami penurunan menjadi 3.421,676 juta rupiah¹⁸⁰. Terlepas dari penurunan pemasukkan atas pengelolaan sumber daya alam hasil tambang, pengelolaan pertambangan mineral, batu bara, minyak dan gas bumi tetap memberikan kontribusi yang besar dalam pendapatan daerah.

2. Kalimantan Selatan

Kalimantan dan Sumatera merupakan dua Pulau yang memberikan kontribusi yang cukup signifikan dalam produksi mineral dan batu bara. Sebagaimana dilansir dalam buku Prof. Dr. Ir. Irwand Arif¹⁸¹, disebutkan bahwa jumlah produksi batu bara pada kurun waktu 2008 hingga 2010 mengalami kenaikan yang cukup signifikan hingga mencapai 9.878.593,79.

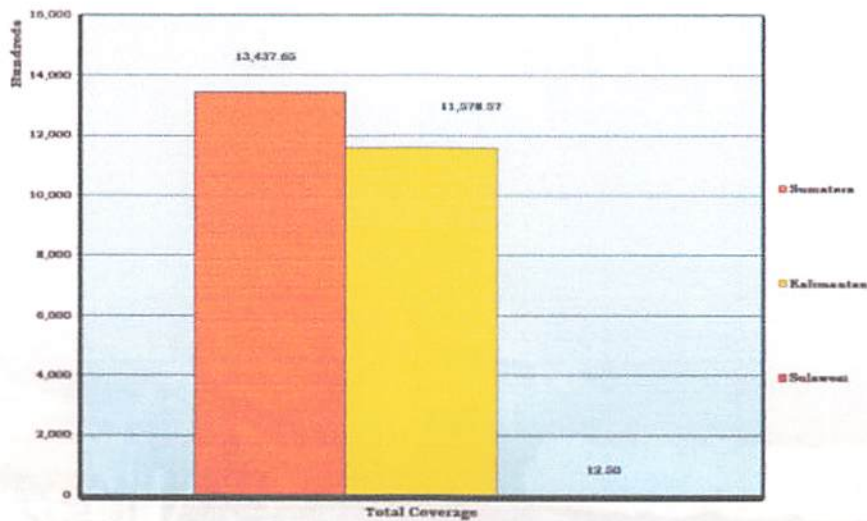
¹⁸⁰*Ibid.*

¹⁸¹ Prof. Dr. Ir. Irwandy Arif, M. Sc, *Batubara Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2014, h. 67

No	Nama Perusahaan	2008	2009	2010
	KP SWASTA			
1	Prov. Bengkulu	990.550,98	1.455.137,49	-
2	Prov. Jambi	404.540,50	3.046.940,81	609.971,87
3	Prov. Kalimantan Selatan	695.777,71	4.374.833,65	9.878.593,79
4	Prov. Kalimantan Tengah	-	42.448,50	226.434,11
5	Prov. Kalimantan Timur	3.777.423,37	10.635.507,00	15.089.434,03
6	Prov. Riau	312.668,92	278.379,85	80.604,01
7	Prov. Sumatera Barat	784.865,34	1.249.355,74	326.267,89
8	Prov. Sumatera Selatan	698.170,76	1.054.158,77	511.499,55

3. Sumatera

Sumatera merupakan salah satu penghasil mineral dan batu bara terbesar di Indonesia. Dengan cakupan wilayah pertambangan seluas 1,343,764.63 hektar pada tahun 2015, Pulau Sumatera dapat menghasilkan 5,687.47 juta ton mineral dan batu bara. Jika dibandingkan dengan Pulau Kalimantan, Pulau Sumatera menghasilkan 1,612 juta ton mineral dan batu bara.¹⁸²



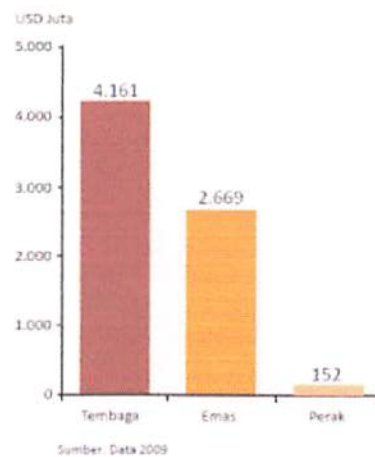
¹⁸² Ministry of Energy and Mineral Resources Republic of Indonesia Directorate General of Mineral and Coal, Indonesia Mineral and Coal Information 2015, H. 48

4. Papua

Papua merupakan salah satu penghasil hasil tambang selain Migas terbesar di Indonesia Tembaga merupakan bahan tambang yang dihasilkan di Papua dengan turut menyumbang 4,16 Miliar USD pertahun sebagaimana tercatat pada tahun 2009. Setiap tahunnya Papua menyumbang lebih dari 45% dari total produksi tembaga di Indonesia.

Selain menghasilkan tembaga, Papua juga terkenal akan hasil tambangnya berupa emas yang setiap tahunnya dapat menghasilkan 2669 juta USD dan disusul dengan hasil tambang migas yang menyumbang sebesar 152 juta USD.¹⁸³

Total Bahan Tambang Non-Migas di Papua



5.1.3.2. Theory/Prinsip Perlindungan Kepentingan Nasional di Indonesia

a. Teori Kepentingan (*belangen theorie*)

Teori yang melindungi kepentingan dengan fungsi untuk memperluas kepentingan dari pemegang hak bukan karena adanya pilihan, tetapi karena kepemilikan memposisikan pemilik dalam kondisi yang lebih baik¹⁸⁴.

b. Asas efisiensi berkeadilan

Asas yang mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing.

ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga (a) memberi keuntungan bagi setiap orang dengan mengutamakan mereka yang paling tidak beruntung

c. Asas berkelanjutan

¹⁸³ <https://www.kontras.org/data/BAB%20III%20F%20Papua%20159%20-%20181.pdf>

¹⁸⁴ Sang Ayu Putu Rahayu, *Op.Cit.*, h. 42 dikutip dari Peter Mahmud II, *Op.Cit.*, h. 148

asas yang secara terencana mengupayakan berjalannya proses pembangunan melalui penanaman modal untuk menjamin kesejahteraan dan kemajuan dalam segala aspek kehidupan, baik masa kini maupun masa yang akan datang

5.1.3.3. Menjalankan Konstitusi dalam Menjamin Kepentingan Nasional

a. Kebijakan

Negara memiliki kewenangan untuk membuat kebijakan atau biasa dikenal dengan beleid. Kegiatan penanaman modal merupakan salah satu objek yang sering diatur dalam berbagai kebijakan pemerintah sebagai implementasi dari beleid dengan tujuan untuk memenuhi kebutuhan rakyatnya dan menjaga hak – hak rakyat.

Negara dalam pembuatan kebijakan terbentuk dari tiga kekuatan diantaranya negara, pasar dan publik. Ketiga faktor tersebut saling mempengaruhi dalam pembuatan perundang - undangan¹⁸⁵.

Dalam kegiatan investasi salah satu kebijakan yang digunakan yaitu Nondiscriminatory principle. Prinsip perlakuan yang adil ditunjukkan dengan pemberlakuan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang berlaku baik untuk investor domestik maupun asing. Undang – Undang tersebut menghapuskan kedua undang – undang yang mengatur investasi asing dan investasi domestik secara terpisah.

Perlakuan yang adil yang harus diberikan oleh host state ditegaskan dalam The OECD Draft Negotiating Text for Multilateral Agreement on Investment yang menyatakan bahwa setiap negara yang menjadi pihak dalam kontrak harus mendapatkan *fair and equitable treatment*, dan dalam hal apapun tidak dapat mendapatkan perlakuan yang lebih rendah dari negara pihak kontrak lainnya¹⁸⁶.

Kebijakan non diskriminasi dalam penanaman modal sebagaimana dijelaskan dalam TRIMS terbagi atas Most Favored Nation (MFN) dan National Treatment (NT). Sebagai negara anggota WTO yang telah menandatangani perjanjian TRIMS, maka Indonesia meratifikasi dan menerapkan kebijakan tersebut dalam kegiatan investasi yang dilakukan di Indonesia.

¹⁸⁵Wasis Susetio, 'Konsep *Welfare State* dalam Amandemen UUD 1945: Implementasinya dalam Peraturan Perundang-Undangan (Beberapa Tinjauan Dari Putusan MKRI)' *Lex Journalica*, Vol. 4 No.2, April 2007, h. 57

¹⁸⁶ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Op.Cit.*, h. 12

MFN merupakan salah satu prinsip non diskriminasi, yang ditujukan untuk memastikan bahwa pihak yang berkontrak memperlakukan setiap negara dengan perlakuan yang sama dengan apa yang diberikan kepada negara ketiga¹⁸⁷. Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia MFN secara spesifik diatur dalam Pasal 3(1)(d) dan Pasal 6(2) Undang- Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UU 25/2007 tentang Penanaman Modal), dalam Pasal tersebut dijelaskan bahwa MFN merupakan kebijakan yang mengharuskan negara penerima modal (host country) untuk memberikan perlakuan yang sama kepada setiap penanam modal asing.

Sedangkan NT merupakan kewajiban dari host country untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap penanam modal asing maupun penanam modal domestik sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4(2)(a) UU 25/2007 tentang Penanaman Modal. Dalam penerapan NT harus diperhatikan apakah investor asing memiliki kedudukan yang sebanding dengan investor domestik. Lalu harus diperhatikan bahwa perlakuan yang diberikan kepada investor asing tidak boleh lebih rendah daripada perlakuan yang diberikan kepada investor domestik¹⁸⁸.

Penerapan kebijakan non diskriminasi tentu saja membawa efek tersendiri bagi kegiatan investasi di Indonesia diantaranya adalah:

- a. Menarik minat investor, khususnya investor asing untuk melakukan penanaman modal di Indonesia
- b. Meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional

Kebijakan yang diterapkan oleh Pemerintah harus sesuai dengan pengaturan yang dituangkan dalam UUD NRI 1945. Hal tersebut dikenal dengan konstitusi ekonomi. Konstitusi ekonomi adalah konstitusi yang mengatur mengenai pilihan-pilihan kebijakan ekonomi dan juga prinsip-prinsip tertentu di bidang hak-hak ekonomi (economic rights). Konstitusi ekonomi dalam UUD NRI 1945 tertuang dalam Pasal 33 dan Pasal 34 UUD 1945, ditambah dengan keputusan mengenai keuangan negara, pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan, dan hak asasi manusia, maka UUD 1945 (pasca amandemen) disebut sebagai Konstitusi Ekonomi¹⁸⁹.

¹⁸⁷*Ibid.*, h. 186

¹⁸⁸*Ibid.*, h. 179

¹⁸⁹Saut P Panjaitan, 'Politik Pembangunan Hukum di Bidang Investasi Suatu Keniscayaan Konstitusi Ekonomi', *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 2, 2010, h. 49, dikutip dari Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2010, h. 213-214, h. 247, dan h. 68

b. Pengurusan

Pengurusan atau *bestuurdad* oleh negara dilakukan oleh Pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perijinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*)¹⁹⁰. Setiap badan usaha yang ingin melakukan kegiatan pertambangan di suatu daerah harus terlebih dahulu mendapatkan izin (IUP) setelah mengantongi WIUP dari Pemerintah Daerah atau Pemerintah Pusat yang memiliki hak penguasaan atas hasil tambang yang dimaksud.

Umumnya izin usaha di bidang dapat diberikan oleh Pemerintah kepada badan usaha apabila badan usaha tersebut dapat memenuhi persyaratan administratif, teknis, lingkungan, dan financial. Tak jarang pula Pemerintah Daerah meminta badan usaha untuk menandatangani sebagian uang sebagai jaminan apabila nantinya perusahaan yang telah melakukan pertambangan tidak mau melakukan reklamasi dan tidak mengindahkan UU Lingkungan yang jelas akan membawa dampak yang buruk bagi masyarakat yang tinggal di sekitar tempat pertambangan.

Apabila dalam praktiknya badan usaha tersebut melanggar peraturan yang berlaku, merugikan masyarakat dan negara, maka Pemerintah Daerah maupun Pemerintah Pusat memiliki hak untuk mencabut izin yang telah diterbitkan sebelumnya.

c. Pengaturan

Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui pembuatan legislasi oleh DPR bersama Pemerintah, dan pembuatan regulasi oleh Pemerintah Daerah¹⁹¹.

Pengaturan atas kegiatan investasi di setiap daerah jelas berbeda namun tidak boleh bertentangan dengan Undang – Undang Investasi dan lingkup investasinya berada di daerah hijau penanaman modal. Pengaturan mengenai investasi dilakukan Pemerintah Daerah yang dianggap lebih paham atas daerahnya ditujukan untuk memakmurkan masyarakat di daerahnya kecuali pada bidang investasi tertentu yang berada pada kewenangan Pemerintah pusat.

Pemerintah daerah berwenang untuk melakukan pengaturan terkait investasi. Kewenangan untuk melakukan pengaturan diberikan secara atribusi sebagaimana

¹⁹⁰ Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I. Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Op.Cit.*, h. 16

¹⁹¹ Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I. Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Loc.Cit.*

disebutkan dalam Pasal 9(3) jo Pasal 12(2) UU 23/2014 tentang Pemerintah Daerah. Sedangkan kewenangan Pemerintah daerah untuk melakukan pengaturan di bidang investasi lebih lanjut disebutkan dalam Pasal 363 jo Pasal 366 UU 23/2014 tentang Pemerintah Daerah.

Pengaturan investasi oleh Pemerintah Daerah dituangkan dalam Peraturan Daerah berupa perda investasi, dan peraturan daerah lain terkait investasi seperti Perda tentang Pajak, Perda Retribusi, dan Perda Perizinan Usaha¹⁹².

d. Pengawasan

Berdasarkan George R. Terry yang dimaksud dengan kegiatan pengawasan adalah “Control is to determinate what is accomplished evaluate it, and apply corrective measures, if needed to insure result in keeping with plan”¹⁹³, atau apabila diartikan kegiatan pengawasan dilakukan untuk menentukan tujuan apa yang hendak dicapai dan pengaplikasian tindakan yang tepat, dan apabila dibutuhkan dilakukan penjaminan untuk menjaga agar hasil dari suatu kegiatan sesuai dengan apa yang telah direncanakan sebelumnya.

Setidak – tidaknya kegiatan pengawasan dapat dilakukan apabila memenuhi beberapa persyaratan diantaranya adalah¹⁹⁴:

- a. Adanya kewenangan yang jelas yang dimiliki oleh aparat pengawas
- b. Adanya suatu rencana yang mantap sebagai alat penguji terhadap pelaksanaan suatu tugas yang akan diawasi
- c. Tindakan pengawasan dapat dilakukan terhadap suatu proses kegiatan yang sedang berjalan maupun terhadap hasil yang telah dicapai dari kegiatan tersebut
- d. Tindakan pengawasan berakhir dengan disusunnya evaluasi akhir terhadap kegiatan yang dilaksanakan serta pencocokan hasil yang dicapai dengan rencana sebagai tolak ukurnya
- e. Untuk selanjutnya tindakan pengawasan akan diteruskan dengan tindak lanjut baik secara administratif maupun secara yuridis.

¹⁹² Jemmy Sondakh, ‘Revitalisasi Fungsi Provider dalam Pengaturan Penjaminan Investasi oleh Pemerintah Daerah Sebagai Upaya untuk Pembaharuan Hukum Investasi’, *Jurnal Hukum Unsrat*, Vo. 22 No. 5, 2016, h. 58

¹⁹³ Ananda Prima Yurista, ‘Implikasi Penafsiran Kembali Hak Menguasai Negara Terhadap Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil’, *Jurnal Rechts Vinding*, Volume 5, Nomor 3, 2016, h. 348 dikutip dari Muchsan, *Sistem Pengawasan terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 2007), hlm. 36.

¹⁹⁴ *Ibid.*, h. 348-349

Fungsi pengawasan (*toezichthoudensdaad*) dilakukan oleh Negara, dalam hal ini diwakili oleh Pemerintah, pengawasan dan pengendalian yang dilakukan oleh Pemerintah ditujukan agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas sumber-sumber kekayaan yang dimaksud dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat¹⁹⁵.

Dalam penanaman modal, pemerintah melakukan pengawasannya dengan jalan penerbitan izin. Izin berperan sebagai alat pengendali dan pengawasan Pemerintah atas kegiatan investasi yang dilakukan di wilayahnya¹⁹⁶.

Secara spesifik investasi yang dilakukan pada bidang pertambangan mineral, minyak dan gas bumi, pengawasannya dilakukan oleh Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral. Adapun pengawasan tersebut dilakukan dengan jalan memastikan ditaatinya ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, kewenangan tersebut dilakukan oleh departemen yang Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral dan departemen lain yang terkait¹⁹⁷.

Dalam pelaksanaannya untuk menciptakan pengawasan dan pembinaan yang lebih efektif, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral membentuk badan pengawasan dan pengatur untuk mengontrol kegiatan investasi dalam bidang pertambangan guna memastikan bahwa penggunaan sumber daya alam sudah tepat guna yakni untuk sebesar besarnya kemakmuran rakyat¹⁹⁸.

e. Pengelolaan

Fungsi pengelolaan atau yang dapat diartikan sama dengan proses manajemen adalah "Management is the process of planning and decision making, organizing, leading and controlling and organization human, financial, physical and information resources to achieve organizational goals in an efficient and effective manner"¹⁹⁹, apabila diartikan menjadi manajemen merupakan kegiatan perencanaan dan pembuatan keputusan, pengurusan, kepemimpinan, pengendalian manusia, keuangan

¹⁹⁵ Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I. Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Loc.Cit.*

¹⁹⁶ Aminuddin Ilmar, *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2006, h. 122

¹⁹⁷ Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I. Badan Pembinaan Hukum Nasional Laporan Tim Analisa Dan Evaluasi Hukum, *Op.Cit.*, h. 56

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Ananda Prima Yurista, *Op.Cit.*, h. 347 dikutip dari Ricky W. Griffin, *Management*, (Boston: Houghton Mifflin Company, 1990), hlm. 6.

dan sumber informasi yang dilakukan dengan tujuan untuk mencapai tujuan dari organisasi secara efektif dan efisien.

Adapun asas yang digunakan dalam pengelolaan sumber daya alam menurut Maria S.W. Sumardjono meliputi²⁰⁰:

- a. Sumber daya alam merupakan karunia Tuhan Yang Maha Esa, dan dengan demikian mempunyai nilai magis dan fungsi sosial
- b. Pengelolaan sumber daya alam harus memperhatikan fungsi ekosistem
- c. Pengelolaan sumber daya alam tidak hanya berisi wewenang untuk pemanfaatannya (hak), tetapi termasuk juga pelestarian sumber daya alam (kewajiban) yang berfungsi sebagai sumber hidup masyarakat setempat
- d. Pengelolaan sumber daya alam yang bertanggung jawab dapat memberikan keseimbangan antara memberikan ruang gerak bagi investasi tanpa merugikan kepentingan masyarakat (dimensi kerakyatan)
- e. Pengelolaan sumber daya alam harus dapat memberikan wewenang untuk pemanfaatannya, tanpa mengakibatkan terjadinya usaha yang bersifat monopolistik
- f. Pengelolaan sumber daya alam harus dapat mewujudkan persamaan hak dan kewajiban dalam akses dan pemanfaatannya
- g. Pengelolaan sumber daya alam harus mengakomodasikan peran serta masyarakat.

Dalam praktiknya fungsi pengelolaan (*beheersdaad*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara atau Badan Hukum Milik Negara sebagai instrumen kelembagaan, yang melaluinya Negara, *c.q.* Pemerintah, mendayagunakan penguasaannya atas sumber daya alam tersebut untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyatnya²⁰¹.

5.1.3.3.1. Pemilikan Saham

a. RUPS

Dalam Pasal 1 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas (UU PT), Rapat Umum Pemegang Saham didefinisikan sebagai Organ Perseroan yang mempunyai wewenang yang tidak diberikan kepada Direksi atau Dewan Komisaris dalam batas yang ditentukan dalam Undang-Undang ini dan/atau anggaran dasar.

Pada dasarnya RUPS merupakan forum untuk memperoleh keterangan terkait dengan perseroan. Keterangan tersebut dijadikan RUPS sebagai landasan untuk

²⁰⁰*Ibid.*, dikutip dari Maria S.W. Sumardjono, "Reformasi Hukum dan Kebijakan Sumber Daya Alam Tanah," dalam ICEL, *Demokratisasi Pengelolaan Sumber Daya Alam*, (Jakarta: ICEL, 1999), hlm. 45.

²⁰¹ Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I. Badan Pembinaan Hukum Nasional Laporan Tim Analisa Dan Evaluasi Hukum, *Op.Cit*, h. 14

menentukan kebijakan dan langkah perseroan kedepannya. Adapun RUPS tahunan wajib dilakukan 6 bulan sekali, dalam RUPS tersebut perusahaan harus menyetorkan LPJ sebagaimana dimaksud dalam **Pasal 66 ayat (2) UUPT**

RUPS memiliki hak khusus yang tidak dimiliki oleh direksi atau komisaris perusahaan, hak tersebut di antara lain:

- a. Menyetujui Pengajuan Permohonan agar Perseroannya dinyatakan pailit²⁰²
- b. Mengubah anggaran dasar²⁰³
- c. Mengangkat dan memberhentikan Anggota dari Direksi maupun Dewan Komisaris
- d. Menyetujui Perpanjangan jangka waktu berdirinya perseroan Terbatas²⁰⁴
- e. Menyetujui Penggabungan, peleburan, pengambilalihan atau pemisahan²⁰⁵
- f. Membubarkan Perseroan²⁰⁶

Pemegang saham memiliki hak suara dalam RUPS, seperti yang kita ketahui bahwa setiap saham yang dikeluarkan memiliki 1 suara dalam RUPS. Namun ada beberapa jenis saham yang tidak memiliki hak suara sebagaimana disebutkan dalam Pasal 84(2) UUPT diantaranya adalah saham yang dikuasai oleh perusahaan, saham induk perusahaan yang dikuasai oleh anak perusahaan, saham perseroan yang dikuasai oleh perseroan lain.

Dalam hal penggunaan suara pemegang saham menggunakan seluruh sahamnya untuk satu suara yang dikeluarkan. Penggunaan hak tersebut tidak boleh diwakilkan oleh pemegang saham lainnya.

b. Direksi/Komisaris

Direksi adalah Organ Perseroan yang berwenang dan bertanggung jawab penuh atas pengurusan Perseroan untuk kepentingan Perseroan, sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan serta mewakili Perseroan, baik di dalam maupun di luar pengadilan sesuai dengan ketentuan anggaran dasar.

Direksi memiliki Tugas:

²⁰² Pasal 89 UU 20/2007 tentang Perseroan Terbatas

²⁰³ Pasal 19(1) UU 20/2007 tentang Perseroan Terbatas

²⁰⁴ Pasal 89 UU 20/2007 tentang Perseroan Terbatas

²⁰⁵ Pasal 89 UU 20/2007 tentang Perseroan Terbatas

²⁰⁶ Pasal 89 UU 20/2007 tentang Perseroan Terbatas

1. Direksi wajib dengan iktikad baik dan penuh tanggung jawab menjalankan tugas pengurusan perseroan dengan tetap memperhatikan keseimbangan kepentingan seluruh pihak yang berkepentingan dengan aktivitas perseroan;
2. Mewakili perseroan, baik di luar pengadilan (perjanjian, kesepakatan, dll.) maupun di dalam pengadilan. Tidak ada pihak lain yang dapat bertindak atas nama perseroan kecuali diberikan kuasa oleh direksi yang berwenang;
3. Direksi wajib tunduk pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, AD dan keputusan RUPS dan memastikan seluruh aktivitas perseroan telah sesuai dengan ketentuan peraturan-peraturan perundang-undangan yang berlaku, AD, keputusan RUPS serta peraturan-peraturan yang ditetapkan oleh perseroan;
4. Direksi dalam memimpin dan mengurus perseroan semata-mata hanya untuk kepentingan dan tujuan perseroan dan senantiasa berusaha meningkatkan efisiensi dan efektivitas perseroan;
5. Direksi senantiasa memelihara dan mengurus kekayaan perseroan secara amanah dan transparan, jika diperlukan direksi membutuhkan persetujuan komisaris atau RUPS dalam setiap pengambilan keputusannya. Untuk itu, direksi mengembangkan sistem pengendalian internal dan sistem manajemen resiko secara terstruktur dan komprehensif;
6. Direksi akan menghindari kondisi dimana tugas dan kepentingan perseroan berbenturan dengan kepentingan pribadi.

Sedangkan Dewan Komisaris sebagaimana diterangkan dalam Pasal 1(6) UU PT merupakan Organ Perseroan yang bertugas melakukan pengawasan secara umum dan/atau khusus sesuai dengan anggaran dasar serta memberi nasihat kepada Direksi.

Dalam melaksanakan tugasnya apabila direktur lalai dan mengakibatkan kerugian, direksi dapat dimintai pertanggungjawaban pribadi secara penuh sebagaimana disebutkan dalam Pasal 97(3) UU PT.

Adapun tugas dewan komisaris sebagaimana disebutkan dalam Pasal 114 ayat (3) UU PT terdiri dari:

1. Melakukan pengawasan dengan iktikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;
2. Tidak mempunyai kepentingan pribadi baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan direksi yang mengakibatkan kerugian

3. Telah memberikan nasihat kepada direksi untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut.

c. **Deviden**

Deviden dapat diartikan sebagai pendistribusian laba kepada pemegang saham secara *pro rata*. Pada prinsipnya dibayarkan dalam bentuk uang²⁰⁷. Yang dianggap sebagai deviden adalah hasil pengurangan seluruh laba bersih dengan penyisihan untuk cadangan. Dalam hal ini Pemegang saham merupakan pihak yang berhak menerima pembayaran deviden.

Dalam hal pemegang saham tidak mengambil Dividen setelah 5 (lima) tahun terhitung sejak tanggal yang ditetapkan untuk pembayaran dividen lampau, maka deviden tersebut dimasukkan ke dalam cadangan khusus. Apabila setelah 10 tahun pemegang saham juga tidak kunjung mengambil deviden yang merupakan haknya maka deviden akan menjadi hak perseroan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 73 UU PT.

Adapun jenis deviden interim adalah deviden yang dapat dibagikan sebelum perusahaan selesai membukukan keuntungan tahunan, apabila pada akhirnya perusahaan mengalami kerugian maka deviden interim yang telah diterima wajib dikembalikan kepada perusahaan.

d. ***Participating Interest***

Participating interest diatur dalam Pasal 33(1) Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 2004 Tentang Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi Kontraktor, dalam pasal tersebut dijelaskan bahwa kontraktor dapat mengalihkan, menyerahkan, dan memindahtangankan sebagian atau seluruh hak dan kewajibannya (*participating interest*) kepada pihak lain setelah mendapat persetujuan Menteri berdasarkan pertimbangan Badan Pelaksana.

Apabila kontraktor ingin menawarkan hal tersebut kepada pihak non afiliasi maka Menteri dapat meminta kontraktor untuk menawarkan terlebih dahulu kepada perusahaan nasional.

Kewajiban kontraktor untuk menawarkan *participating interest* sebagaimana diterangkan dalam Pasal 34 "Sejak disetujuinya rencana pengembangan lapangan yang pertama kali akan diproduksi dari suatu Wilayah Kerja, Kontraktor wajib

²⁰⁷ Yahya Harahap, *Perseroan Terbatas*, Sinar Grafika, 2009, h. 291

menawarkan participating interest 10% (sepuluh per seratus) kepada Badan Usaha Milik Daerah.”

Selanjutnya participating interest diatur lebih jauh dalam Peraturan Menteri Energi Dan Sumber Daya Mineral Nomor 37 Tahun 2016 tentang Ketentuan Participating Interest 10% pada Wilayah Kerja Minyak dan Gas Bumi.

Perlu diketahui bahwa tidak semua jenis BUMD dapat berpartisipasi dalam pengambilan partisipasi interest. Adapun BUMD yang *eligible* untuk ikut dalam Participating Interest disebutkan dalam Pasal 3 Peraturan Menteri Energi Dan Sumber Daya Mineral 37/2016 adalah BUMD yang seluruh kepemilikan sahamnya dimiliki oleh pemerintah daerah atau perseroan terbatas yang paling sedikit 99% (sembilan puluh sembilan persen) sahamnya dimiliki oleh pemerintah daerah dan Sisa kepemilikan sahamnya terafiliasi seluruhnya dengan pemerintah daerah, BUMD tersebut harus disahkan melalui peraturan daerah, selain itu BUMD tidak melakukan kegiatan usaha selain pengelolaan participating interest.

5.1.3.3.2. Cara Pemilikan Berdasarkan Undang Undang Minerba

Sama halnya dengan sumber daya alam lainnya yang penting bagi masyarakat dan negara, mineral dan batu bara berada didalam penguasaan pemerintah yang pemanfaatannya ditujukan untuk sebesar – besarnya kemakmuran rakyat yang dilaksanakan oleh Pemerintah dan atau Pemerintah Daerah sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara

Pemerintah dalam melaksanakan tugasnya memiliki kewenangan untuk membuat peraturan, menetapkan standard dan kriteria, pengujian izin dan pemberian izin. Apabila suatu badan usaha ingin melakukan pengelolaan atas mineral dan batu bara badan usaha tersebut harus mendapatkan Izin Usaha Pertambangan (IUP) setelah mengantongi WIUP.

Lebih lanjut dalam Pasal 6 Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (“PP 23/2010”) mengatur bahwa IUP diberikan oleh Menteri, gubernur, atau Bupati/Walikota sesuai dengan kewenangannya. IUP dapat diberikan kepada:

1. Badan usaha, yang dapat berupa badan usaha swasta, Badan Usaha Milik Negara, atau Badan Usaha Milik Daerah;
2. Koperasi; dan

3. Perseorangan, yang dapat berupa orang perseorangan yang merupakan warga Negara Indonesia, perusahaan firma, atau perusahaan komanditer.

Secara spesifik Izin usaha di bidang pertambangan mineral dan batubara dalam *Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 34 Tahun 2017* tentang Perizinan di bidang Pertambangan Mineral dan Batubara sebagaimana disebutkan dalam Pasal 2(1) dikelompokkan menjadi:

- a. IUP Eksplorasi
- b. IUPK Eksplorasi
- c. IUP Operasi Produksi
- d. IUPK Operasi Produksi
- e. IUP Operasi Produksi khusus untuk pengolahan dan/atau pemurnian
- f. IUJP.

Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara, izin usaha di bidang pertambangan mineral dan batu bara dapat diperoleh oleh badan usaha apabila badan usaha tersebut dapat memenuhi persyaratan administratif, teknis, lingkungan, dan finansial

Setelah mendapatkan izin untuk melakukan pengelolaan atas mineral dan batu bara, Pemegang IUP atau IUPK wajib mematuhi standar teknik pengelolaan mineral dan batu bara, standar dan baku mutu lingkungan, menjamin akan melakukan reklamasi sesuai berakhirnya proses penambangan dan juga memberikan laporan secara rutin kepada pemerintah mengenai kegiatan pertambangan yang dilakukan dan akan dilakukan, serta kewajiban pemegang IUP atau IUPK untuk menyerahkan seluruh data yang diperoleh dan hasil eksplorasi dan operasi produksi

Dalam rangka melakukan kontrol atas pengelolaan mineral dan batu bara dan sebagai implementasi penguasaan negara atas mineral dan batu bara melalui Pasal 112 UU Minerba Pemerintah menerapkan mekanisme khusus bagi badan usaha pemegang IUP atau IUPK yang memiliki pemegang saham asing. Mekanisme khusus yang diterapkan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 112 UU Minerba yaitu:

“Setelah 5 (lima) tahun berproduksi, badan usaha pemegang IUP dan IUPK yang sahamnya dimiliki oleh asing wajib melakukan divestasi saham pada

Pemerintah, pemerintah daerah, badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha swasta nasional”.

Kewajiban untuk melakukan divestasi setelah 5 tahun berproduksi kembali ditegaskan dalam Pasal 97 PP 23/2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara. Dalam pasal tersebut juga disebutkan bahwa saham harus dimiliki oleh peserta Indonesia paling sedikit 20%. Divestasi saham dilakukan secara langsung kepada peserta Indonesia yang terdiri atas Pemerintah, pemerintah daerah provinsi, atau pemerintah daerah kabupaten/kota, BUMN, BUMD, atau badan usaha swasta nasional. Penawaran saham dilakukan secara bertahap dari tingkat Pemerintah hingga ke BUMN atau BUMD. Apabila Pemerintah hingga BUMN atau BUMD tidak bersedia untuk membeli saham yang ditawarkan dalam divestasi maka saham tersebut akan ditawarkan pada badan swasta nasional yang dilakukan dengan mekanisme pelelangan. Pemegang IUP dan IUPK harus melakukan divestasi paling lambat 90 hari sejak 5 tahun dikeluarkannya IUP tahap penambangan.

5.2. Skema Divestasi Saham Sektor Pertambangan Minerba Berdasarkan *Rational Choice Theory*

5.2.1. Sejarah Ketentuan Divestasi Saham Sektor Pertambangan di Indonesia

Sebelum memasuki pembahasan mengenai pengaturan divestasi di sektor pertambangan, terlebih dahulu penulis akan secara singkat membahas sejarah peraturan tentang sektor pertambangan di Indonesia setelah merdeka. Kegiatan pertambangan yang dikuasai oleh Pemerintah Indonesia sebagai implementasi penguasaan SDA oleh Negara yang tercantum dalam Pasal 33 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dilaksanakan dengan terbitnya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1959 tentang Pembatalan Hak-Hak Pertambangan. Latar belakang diberlakukannya Undang-Undang ini adalah untuk mencabut hak-hak pertambangan yang sebelumnya diatur dalam *Indische Mijnwet Staatsblad* No. 214. Hak-hak pertambangan yang dimaksud meliputi:²⁰⁸

- a. izin penyelidikan pertambangan yang jangka waktu izinnya belum berakhir;
- b. hak-hak untuk mendapatkan konsesi-eksploitasi tambang yang diatur dalam Pasal 28 ayat (3) *Indische Mijnwet Staatsblad* 1899 No. 214;
- c. konsesi-eksploitasi tambang;
- d. perjanjian berdasarkan Pasal 5a "*Indische Mijnwet*" untuk mengadakan penyelidikan penambangan;
- e. perjanjian berdasarkan Pasal 5a "*Indische Mijnwet*" untuk mengadakan penyelidikan dan penambangan bahan-galian; dan
- f. izin penambangan bahan-bahan galian yang tidak disebut dalam Pasal 1 "*Indische Mijnwet*".

Dengan dibatalkannya hak-hak pertambangan milik partikelir atau perusahaan Belanda tersebut, Indonesia bermaksud untuk menerbitkan hak-hak pertambangan baru yang berada di bawah kewenangan Menteri Perindustrian, sehingga pembangunan dapat segera dilakukan. Hal ini disebabkan oleh hak-hak pertambangan yang tidak dimanfaatkan, tidak dipergunakan, tidak dipergunakan selayaknya, atau pengerjaannya baru dalam taraf permulaan sejak pemulihan kedaulatan Republik Indonesia.²⁰⁹

Pemerintah kemudian menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) Nomor 37 Tahun 1960 tentang Pertambangan yang dibentuk untuk mengganti *Indische Mijnwet* karena sudah tidak dapat dijadikan dasar untuk melaksanakan pembangunan di Indonesia. Perpu ini mengatur bahwa kegiatan usaha di sektor pertambangan yang meliputi penyelidikan umum, eksplorasi, eksplitasi, pemurnian dan pengolahan,

²⁰⁸ Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1959 tentang Pembatalan Hak-Hak Pertambangan, Pasal 2.

²⁰⁹ Penjelasan dari Rancangan Undang-Undang tentang "Pembatalan Hak-Hak Pertambangan".

pengangkutan, dan penjualan dikuasai sepenuhnya oleh Negara.²¹⁰ Tergantung dari golongan bahan galiannya, pihak-pihak yang dapat melaksanakan hak-hak pertambangan seperti yang disebut di atas terbagi menjadi Negara atau pemerintah pusat serta Daerah tingkat I dan II.

Di sisi lain, Pasal 8 ayat (1) PERPU Nomor 37 Tahun 1960 tentang Pertambangan terdapat ketentuan yang menyatakan bahwa pelaksanaan hak-hak pertambangan tersebut dapat dikuasakan kepada pihak swasta yang dapat berbentuk badan hukum atau perseorangan. Badan hukum sebagaimana diatur dalam pasal tersebut didefinisikan Pasal 8 ayat (1) huruf a PERPU Nomor 37 Tahun 1960 tentang Pertambangan sebagai badan hukum yang harus didirikan sesuai dengan peraturan-peraturan Republik Indonesia, bertempat kedudukan di Indonesia, dan bertujuan berusaha dalam lapangan pertambangan dengan pengurus berkewarganegaraan Indonesia dan berdomisili di Indonesia. Sedangkan perseoranganyang dimaksud, berdasarkan Pasal 8 ayat (1) huruf b PERPU Nomor 37 Tahun 1960 tentang Pertambangan haruslah berkewarganegaraan Indonesia dan berdomisili di Indonesia.

Kemudian, terbitlah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (selanjutnya disebut sebagai 'UU No. 1 tahun 1967') dan disusul dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (selanjutnya disebut sebagai 'UU No. 11 tahun 1967'). Berlakunya UU No. 11 tahun 1967 mencabut Perpu No. 37 tahun 1960 serta menyesuaikan dengan kenyataan yang ada dalam rangka mengembangkan usaha-usaha pertambangan Indonesia.²¹¹ Hal baru yang diatur dalam kedua Undang-Undang di atas adalah perjanjian karya.

Berdasarkan UU No. 1 tahun 1967, penanaman modal asing di sektor pertambangan dilakukan berdasarkan suatu kerjasama dengan pemerintah Indonesia yang dituangkan dalam kontrak karya atau bentuk lain sesuai dengan peraturan perundangan yang berlaku.²¹² Dalam hal ini, pihak asing melalui penanaman modal asing dapat menjadi kontraktor di sektor pertambangan melalui penunjukan oleh Menteri untuk melaksanakan pekerjaan-pekerjaan yang belum atau tidak dapat dilaksanakan sendiri oleh Instansi Pemerintah atau Perusahaan

²¹⁰ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1960 tentang Pertambangan, Pasal 2 ayat (1).

²¹¹ Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 22) (selanjutnya disingkat 'Undang-Undang No. 11 Tahun 1967'), Pertimbangan Undang-Undang.

²¹² Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2818) (selanjutnya disingkat 'Undang-Undang No. 1 Tahun 1967'), Pasal 8 ayat (1).

Negara selaku pemegang kuasa pertambangan.²¹³ Penunjukkan tersebut dilakukan melalui perjanjian karya atau kontrak karya mulai berlaku setelah disahkan oleh Pemerintah dengan syarat telah dikonsultasikan dengan Dewan Perwakilan Rakyat.²¹⁴

Ketentuan divestasi di sektor pertambangan mulai diatur dalam UU No. 1 tahun 1967, di mana perusahaan PMA yang seluruh modalnya adalah modal asing wajib memberi kesempatan partisipasi bagi modal nasional secara efektif setelah jangka waktu tertentu dan menurut imbang yang ditetapkan oleh Pemerintah.²¹⁵ Ketentuan mengenai divestasi di sektor pertambangan mineral kemudian diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 1992 (selanjutnya disebut sebagai 'PP No. 17 tahun 1992') tentang Persyaratan Pemilikan Saham dalam Perusahaan Penanaman Modal Asing.

5.2.1.1. Pengaturan Divestasi Saham dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing merupakan tonggak awal diaturnya penanaman modal asing di Indonesia. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing kemudian digantikan oleh Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 tentang Penanaman Modal Asing, yang selanjutnya digantikan lagi oleh Undang-undang No 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut UUPM) yang lahir pada 26 April 2007 dengan tujuan untuk mengakomodir perkembangan zaman dimana peraturan sebelumnya sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan penanaman modal di Indonesia. UUPM tidak hanya mencakupi penanaman modal asing, tetapi juga penanaman modal dalam negeri. UUPM mencakupi semua kegiatan penanaman modal langsung di semua sektor. Undang-Undang ini juga memberikan jaminan perlakuan yang sama antara penanam modal dalam negeri dengan penanam modal asing dalam rangka penanaman modal.²¹⁶

Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing menegaskan bahwa pengertian modal asing yang diatur oleh undang-undang tersebut

²¹³ Undang-Undang No. 11 Tahun 1967, *Op.cit.*, Pasal 10 ayat (1).

²¹⁴ *Ibid*, Pasal 10 ayat (3).

²¹⁵ Undang-Undang No. 1 Tahun 1967, *Loc.Cit.*, Pasal 27 ayat (1).

²¹⁶ Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724), Penjelasan Umum.

hanyalah meliputi penanaman modal asing secara langsung yang dilakukan menurut atau berdasarkan ketentuan-ketentuan undang-undang tersebut dan yang digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia yang berarti bahwa pemilik modal asing tersebut secara langsung menanggung resiko dari penanaman modal tersebut. Pengertian modal asing dalam Pasal 2 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing adalah sebagai berikut:

- 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 baru 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.²¹⁷*

Adapun modal asing sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini tidak hanya berbentuk valuta asing, tetapi meliputi pula alat-alat perlengkapan tetap yang diperlukan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia, penemuan-penemuan milik orang atau badan asing yang dipergunakan dalam perusahaan di Indonesia, dan keuntungan yang boleh ditransfer ke luar negeri tetapi dipergunakan kembali di Indonesia.

Apabila dibandingkan dengan UUPM, Pasal 1 angka 3 UUPM mendefinisikan penanaman modal asing sebagai kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah Negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri. Modal asing sendiri berdasarkan Pasal 1 angka 8 UUPM adalah modal yang dimiliki oleh negara asing, perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, badan hukum asing, dan/atau badan hukum Indonesia yang sebagian atau seluruh modalnya dimiliki oleh pihak asing. Cara penanaman modal baik dalam negeri maupun asing dalam Pasal 3 ayat (3) UUPM dapat dilakukan dengan cara mengambil bagian saham pada saat pendirian perseroan terbatas, membeli saham, dan melakukan cara lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Melalui penjelasan definisi kedua undang-undang tersebut, dapat disimpulkan bahwa pengertian modal asing dalam UUPM lebih luas dibandingkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dikarenakan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing mendefinisikan modal asing hanya sebatas investasi

²¹⁷ Undang-Undang No. 1 Tahun 1967, *Op.Cit.*, Pasal 2.

langsung atau *direct investment*. Sedangkan UUPM mendefinisikan modal asing tidak hanya sebatas *direct investment*, tetapi juga meliputi penanaman modal dengan membeli saham dan mengambil bagian saham.

Penanam modal asing dalam Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing mengatur bahwa pihak asing yang menanamkan modalnya di Indonesia haruslah berbentuk badan hukum menurut Hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia. Namun, penanam modal asing di Pasal 5 ayat (2) UUPM mengatur detail bahwa penanaman modal asing wajib berbentuk perseroan terbatas dan berkedudukan di Indonesia.

Nasionalisasi terhadap penanaman modal asing pertama kali diatur melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Nasionalisasi tersebut diatur dalam khusus, yakni Bab VIII tentang Nasionalisasi dan Kompensasi. Pasal 21 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing mengatur bahwa tindakan nasionalisasi atau pencabutan hak milik secara menyeluruh atas perusahaan-perusahaan modal asing atau tindakan-tindakan yang mengurangi hak menguasai dan/atau mengurus perusahaan yang bersangkutan tidak akan dilakukan oleh Pemerintah kecuali terdapat undang-undang yang menyatakan kepentingan negara untuk melakukan tindakan tersebut. Penjelasan Pasal 21 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing menjelaskan bahwa tindakan Pemerintah dalam hal nasionalisasi hanya dapat dilakukan dengan undang-undang serta dengan pemberian kompensasi menurut prinsip-prinsip Hukum Internasional. Selain itu, Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing juga mewajibkan Pemerintah untuk memberikan kompensasi/ganti rugi yang jumlah dengan macam dan cara pembayarannya disetujui oleh Pemerintah dan penanam modal asing apabila Pemerintah melakukan tindakan nasionalisasi. Apabila antara kedua belah pihak tidak tercapai persetujuan mengenai kompensasi/ganti rugi tersebut, maka akan diadakan arbitrase yang putusannya mengikat kedua belah pihak.

Nasionalisasi dalam UUPM sekilas terlihat tidak jauh berbeda dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. UUPM mengatur Nasionalisasi dalam Pasal 7 ayat (1) UUPM yang menyatakan bahwa Pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang. Perbedaan terletak pada penetapan jumlah kompensasi/ganti rugi. Pemerintah tetap akan memberikan kompensasi atau ganti rugi dalam tindakan nasionalisasi. Namun, penetapan jumlah kompensasi yang diberikan oleh Pemerintah kepada penanam modal asing ditetapkan berdasarkan harga pasar. Dalam hal penanam modal asing tidak menyetujui harga kompensasi atau ganti rugi berdasarkan harga pasar tersebut, atau dalam

kata lain tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi yang diberikan oleh Pemerintah, maka penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase.²¹⁸

Terdapat pula perbedaan terkait bidang usaha antara Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan UUPM. Bidang usaha dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing terbagi atas bidang usaha terbuka, bidang usaha tertutup untuk kepemilikan penuh dan bidang usaha tertutup menguasai hajat hidup rakyat banyak, dan memberi kebebasan bagi Pemerintah untuk membentuk peraturan mengenai bidang-bidang usaha tersebut. Sedangkan dalam UUPM, semua bidang usaha atau jenis usaha terbuka bagi kegiatan penanaman modal, kecuali bidang usaha atau jenis usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan. Mengenai bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan untuk lebih lanjutnya diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2010 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal beserta lampirannya.

Dalam hal penanaman modal asing di bidang pertambangan, Pasal 8 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing menetapkan bahwa Penanaman modal asing di bidang pertambangan di Indonesia didasarkan pada suatu kerja sama dengan Pemerintah atas dasar kontrak karya atau *joint venture* atau bentuk lain sesuai dengan peraturan-perundangan yang berlaku yang dapat pula dilaksanakan dalam bidang-bidang usaha lain yang akan ditentukan oleh Pemerintah.²¹⁹ Kontrak karya, sebagaimana diatur dalam pasal ini, merupakan kontrak kerjasama modal asing yang terjadi apabila penanaman modal asing membentuk suatu badan hukum Indonesia dan badan hukum tersebut mengadakan kerjasama dengan suatu badan hukum yang menggunakan modal dalam negeri. Kontrak karya adalah sebuah perjanjian yang dibuat antara Pemerintah Indonesia dengan kontraktor asing semata-mata dan/atau merupakan patungan antara badan hukum asing dengan badan hukum domestik untuk melakukan kegiatan eksplorasi maupun eksploitasi dalam bidang pertambangan umum, sesuai dengan jangka waktu yang disepakati oleh kedua belah pihak.²²⁰ UUPM cenderung mengatur secara umum terkait penanaman modal asing dan tidak mengatur secara detail terkait penanaman modal asing di bidang pertambangan.

²¹⁸ Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007, *Op.Cit.*, Pasal 7.

²¹⁹ Undang-Undang No. 1 Tahun 1967, *Op.Cit.*, Penjelasan Pasal 8.

²²⁰ H.S. Salim, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, edisi revisi, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2004, h.129-130

5.2.1.2. Pengaturan Divestasi dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 1992 tentang Persyaratan Pemilikan Saham dalam Perusahaan Penanaman Modal Asing

Berdasarkan PP No. 17 tahun 1992, kegiatan penanaman modal asing (selanjutnya disebut sebagai 'PMA') dapat disetujui hanya jika jumlah modal yang ditanamkan tidak lebih kecil dari US\$ 1.000.000.000 (satu juta dolar Amerika Serikat).²²¹ Namun, dalam Pasal 3 diatur bahwa Perusahaan Penanam Modal Asing (selanjutnya disebut sebagai 'perusahaan PMA') dengan jumlah modal sekurang-kurangnya US\$ 250.000 yang wajib melakukan divestasi dengan tahap sebagai berikut:²²²

- a. pemilikan modal saham peserta Indonesia pada saat perusahaan didirikan sekurang-kurangnya 5% dari seluruh nilai modal saham perusahaan pada saat didirikan;
- b. ditingkatkan menjadi sekurang-kurangnya 20% dari seluruh nilai modal dalam perusahaan dalam jangka waktu 10 tahun terhitung sejak perusahaan berproduksi secara komersial sebagaimana tercantum dalam izin usahanya;
- c. modal saham peserta Indonesia ditingkatkan lagi menjadi sekurang-kurangnya 51% dari seluruh nilai modal saham perusahaan dalam waktu 20 tahun terhitung sejak perusahaan berproduksi secara komersial.

Berbeda halnya dengan ketentuan divestasi yang tercantum dalam Pasal 4 yang mengatur bahwa perusahaan PMA dengan jumlah nilai modal yang disetor sekurang-kurangnya US\$ 50.000.000 (lima puluh juta dolar Amerika) yang berlokasi di salah satu Propinsi Daerah Tingkat I Papua (dalam pasal ini disebut dengan 'Irian Jaya'), Maluku, Timor Timur, Nusa Tenggara Barat, Sulawesi Selatan, Sulawesi Tenggara, Sulawesi Tengah, Sulawesi Utara, Kalimantan Timur, Kalimantan Tengah, Kalimantan Selatan, Kalimantan Barat, Bengkulu, dan Jambi. Perusahaan PMA yang memenuhi syarat di atas wajib melakukan divestasi dengan tahap sebagai berikut:

- a. dalam waktu 5 tahun terhitung sejak perusahaan berproduksi komersial, sekurang-kurangnya 5% dari seluruh nilai modal saham perusahaan dijual kepada Warga Negara Indonesia (selanjutnya disebut sebagai 'WNI') atau badan hukum Indonesia yang modal sahamnya dimiliki WNI atau badan-badan tertentu lainnya yang diberikan perlakuan sama dengan WNI sebagai peserta Indonesia;
- b. pemilikan modal saham oleh peserta Indonesia ditingkatkan menjadi sekurang-kurangnya 20% dalam jangka waktu 20 tahun.

²²¹ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 1992 tentang Persyaratan Pemilikan Saham dalam Perusahaan Penanaman Modal Asing (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 36, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3476), Pasal 1.

²²² *Ibid*, Pasal 3 ayat (2) dan (3).

Selanjutnya, Pasal 5 mengatur bahwa perusahaan PMA dengan modal saham yang seluruhnya dimiliki peserta asing dapat didirikan dengan syarat berlokasi di Kawasan Berikat dan seluruh hasil produksinya dialokasikan untuk ekspor. Perusahaan PMA tersebut wajib melakukan divestasi dalam waktu lima tahun terhitung sejak perusahaan memproduksi komersial dengan jumlah sekurang-kurangnya 5% dari seluruh nilai modal saham untuk ditawarkan kepada WNI atau badan hukum yang modal sahamnya dimiliki oleh WNI atau badan-badan tertentu yang diberi perlakuan sama dengan WNI, sebagai peserta Indonesia.

5.2.1.3. Pengaturan Divestasi di Sektor Pertambangan Setelah Berlakunya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara

Ketentuan divestasi di sektor pertambangan diatur dalam Pasal 112 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disebut sebagai 'UU Minerba') yang berbunyi:²²³

“Setelah 5 (lima) tahun memproduksi, badan usaha pemegang IUP dan IUPK yang sahamnya dimiliki oleh asing wajib melakukan divestasi saham pada Pemerintah, pemerintah daerah, badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha swasta nasional”.

Berlakunya UU Minerba ini mengindikasikan bahwa kegiatan pertambangan mineral dan batubara tidak mengenal lagi Kontrak Karya sebagai dasar hukum. UU Minerba hanya mengenal Izin Usaha Pertambangan (selanjutnya disebut sebagai 'IUP'), Izin Pertambangan Rakyat (selanjutnya disebut sebagai 'IPR'), dan Izin Usaha Pertambangan Khusus (selanjutnya disebut sebagai 'IUPK').²²⁴ IUP merupakan izin untuk melaksanakan usaha pertambangan. IUP terdiri dari IUP Eksplorasi dan IUP Operasi Produksi. Sedangkan IUPK adalah izin melaksanakan usaha pertambangan di wilayah izin usaha pertambangan khusus. IUPK pun terbagi menjadi IUPK Eksplorasi dan IUPK Operasi Produksi.

IUP Eksplorasi adalah izin usaha yang diberikan untuk melakukan tahapan kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, dan studi kelayakan. Sedangkan definisi dari IUP Operasi Produksi adalah izin usaha yang diberikan setelah selesai pelaksanaan IUP Eksplorasi untuk melakukan tahapan kegiatan operasi produksi. Tahapan kegiatan di sektor pertambangan mineral dan batubara memiliki definisi tertentu dalam UU Minerba. Penyelidikan umum

²²³ Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4959) (selanjutnya disingkat 'Undang-Undang Minerba'), Pasal 112 ayat (1).

²²⁴ *Ibid*, Pasal 35.

adalah tahapan kegiatan pertambangan untuk mengetahui kondisi geologi regional dan indikasi adanya mineralisasi. Eksplorasi adalah tahapan kegiatan usaha pertambangan untuk memperoleh informasi secara terperinci dan teliti tentang lokasi, bentuk, dimensi, sebaran, kualitas dan sumber daya terukur dari bahan galian, serta informasi mengenai lingkungan sosial dan lingkungan hidup. Sedangkan studi kelayakan didefinisikan sebagai tahapan kegiatan usaha pertambangan untuk memperoleh informasi secara rinci seluruh aspek yang berkaitan untuk menentukan kelayakan ekonomis dan teknis usaha pertambangan, termasuk analisis mengenai dampak lingkungan serta perencanaan pascatambang.

Di sisi lain, UU Minerba mengatur bahwa kontrak karya dan perjanjian karya yang telah lahir sebelum undang-undang ini akan tetap berlaku sampai masa berlakunya habis, dengan syarat bahwa ketentuan-ketentuan dalam kontrak karya atau perjanjian karya tersebut disesuaikan dengan ketentuan-ketentuan dalam UU Minerba paling lambat satu tahun setelah undang-undang ini berlaku.²²⁵ Ketentuan ini diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 77 tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disebut sebagai 'PP No. 77 Tahun 2014'). PP No. 77 tahun 2014 mengatur bahwa perpanjangan kontrak karya dan perjanjian karya menjadi IUP dan IUPK Operasi Produksi dapat dilakukan dengan syarat wajib dimohonkan dalam bentuk IUP atau IUPK kepada Menteri ESDM paling cepat dua tahun dan paling lambat enam bulan sebelum kontrak karya dan perjanjian karya habis berlaku.²²⁶ Hal ini bertentangan dengan ketentuan dalam KK Generasi II bahwa PT Freeport Indonesia berhak untuk memperpanjang kontrak sebanyak dua kali dalam waktu sepuluh tahun berturut turut.²²⁷

Ketentuan tentang kewajiban divestasi diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disebut sebagai 'PP No. 23 tahun 2010'). Divestasi saham didefinisikan sebagai jumlah saham asing yang harus ditawarkan untuk dijual kepada peserta

²²⁵ *Ibid*, Pasal 169.

²²⁶ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 77 Tahun 2014 Tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 263, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5597) (selanjutnya disingkat 'PP RI Nomor 77 Tahun 2014'), Pasal 112B ayat (2).

²²⁷ Nanda Narendra Putra, 'Meneropong Bisnis Tambang Pasca PP Minerba: Mencermati Posisi Freeport dari UU Minerba, Kontrak Karya, serta MoU', *Loc.Cit*.

Indonesia.²²⁸ Perusahaan PMA yang memegang Izin Usaha Pertambangan (selanjutnya disebut sebagai 'IUP') dan Izin Usaha Pertambangan Khusus (selanjutnya disebut sebagai 'IUPK') setelah 5 tahun sejak berproduksi wajib melakukan divestasi saham asingnya sekurang-kurangnya 20% kepada peserta Indonesia.²²⁹ Peserta Indonesia yang dimaksud dalam Pasal ini terdiri atas Pemerintah (pusat), pemerintah daerah provinsi, atau pemerintah daerah kabupaten/kota, BUMN, BUMD, atau badan usaha swasta nasional. Penawaran saham divestasi harus memprioritaskan urutan peserta Indonesia di atas. Artinya apabila Pemerintah (pusat) tidak bersedia membeli saham divestasi maka PMA harus menawarkan kepada pemerintah daerah provinsi atau pemerintah daerah kabupaten/kota.

Kemudian, perubahan ketiga dituangkan dalam PP No. 77 Tahun 2014. PP No. 77 tahun 2014 mengatur kewajiban divestasi saham bagi PMA secara berurutan sesuai dengan kategori kegiatan penambangan yang dilakukan. Namun, kewajiban divestasi saham ini tidak berlaku terhadap perusahaan PMA pemegang IUP Operasi Produksi khusus untuk pengolahan dan/atau pemurnian.

Kategori pertama mengatur bahwa perusahaan PMA yang memegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi, setelah 5 tahun sejak berproduksi wajib melakukan divestasi saham secara bertahap.²³⁰ Kata 'sejak berproduksi' dihitung dari proses kegiatan penambangan pada tahap kegiatan operasi produksi yang dibuktikan dengan persetujuan kegiatan produksi oleh menteri.²³¹ Tahapan divestasi yang wajib dilakukan oleh perusahaan PMA pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi yang tidak melakukan sendiri kegiatan pengolahan dan/atau pemurnian setelah tahun kelima sejak berproduksi adalah sebagai berikut:²³²

- a. tahun keenam 20%;
- b. tahun ketujuh 30%;
- c. tahun kedelapan 37%;
- d. tahun kesembilan 44%; dan
- e. tahun kesepuluh 51%, dari seluruh jumlah saham.

²²⁸ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2010 Nomor 29, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5111), Pasal 1 angka 8.

²²⁹ *Ibid*, Pasal 97 ayat (1).

²³⁰ PP RI Nomor 77 Tahun 2014, *Loc.Cit.*, Pasal 97 ayat (1).

²³¹ *Ibid*, penjelasan Pasal 97 ayat (1).

²³² *Ibid*, Pasal 97 ayat (1a).

Kategori perusahaan PMA pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi yang tidak melakukan sendiri kegiatan pengolahan dan/atau pemurnian adalah kegiatan pengolahan dan/atau pemurnian dapat dilakukan melalui kerja sama dengan pemegang IUP Operasi Produksi lainnya, atau IUP Operasi Produksi khusus untuk pengolahan dan/atau pemurnian.

Kategori kedua mengatur bahwa apabila perusahaan PMA pemegang IUP Operasi produksi dan IUPK Operasi Produksi melakukan sendiri kegiatan pengolahan dan/atau pemurnian, setelah akhir tahun kelima sejak berproduksi wajib melakukan tahapan divestasi paling sedikit:

- a. tahun keenam 20%;
- b. tahun kesepuluh 30%; dan
- c. tahun kelimabelas 40%, dari seluruh jumlah saham.

Kategori ketiga mengatur bahwa perusahaan PMA pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi yang menggunakan metode penambangan bawah tanah, wajib melakukan tahapan divestasi setelah akhir tahun kelima sejak berproduksi paling sedikit:

- a. tahun keenam 20%;
- b. tahun kesepuluh 25%; dan
- c. tahun kelimabelas 30%, dari seluruh jumlah saham.

Kategori keempat mengatur bahwa pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi yang melakukan kegiatan penambangan dengan menggunakan metode penambangan bawah tanah dan penambangan terbuka, setelah akhir tahun kelima sejak berproduksi wajib melakukan divestasi saham dengan tahapan sebagai berikut:

- a. tahun keenam 20%;
- b. tahun kedelapan 25%; dan
- c. tahun kesepuluh 30%, dari seluruh jumlah saham.

Mekanisme divestasi saham yang wajib dilakukan oleh perusahaan PMA tidak berbeda dengan peraturan-peraturan sebelumnya. PP No. 77 tahun 2014 mengatur bahwa pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi wajib melakukan divestasi saham kepada peserta Indonesia secara berjenjang kepada:

- a. Pemerintah, pemerintah provinsi, dan pemerintah kabupaten/kota setempat;
- b. BUMN dan BUMD; dan
- c. Badan usaha swasta nasional.

Kata 'berjenjang' di sini berarti bahwa penawaran saham harus dilakukan kepada pihak-pihak yang disebut di atas secara berurutan, di mana perusahaan PMA pemegang IUP

Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi wajib melakukan penawaran saham kepada Pemerintah Pusat terlebih dahulu sebelum menawarkan kepada pemerintah di daerah (provinsi dan kabupaten/kota). Apabila saham dari perusahaan PMA pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi telah terdaftar di bursa efek di Indonesia, maka perusahaan PMA tersebut diakui sebagai peserta Indonesia dengan kepemilikan saham paling banyak 20% dari jumlah seluruh saham.

PP No. 77 tahun 2014 mengatur secara spesifik tentang jangka waktu dan mekanisme penawaran saham kepada pihak-pihak di atas sebagai berikut:

- a. Penawaran divestasi saham kepada pemerintah pusat, pemerintah provinsi, dan pemerintah kabupaten/kota dilakukan paling lambat 90 hari kalender setelah lima tahun sejak berproduksi dan pemerintah wajib menyatakan minatnya paling lambat 60 hari kalender setelah tanggal penawaran;
- b. Apabila pemerintah pusat, pemerintah provinsi, dan pemerintah kabupaten tidak berminat, maka perusahaan PMA wajib menawarkan divestasi saham kepada BUMN dan BUMD dengan mekanisme lelang. BUMN dan BUMD wajib menyatakan minatnya paling lambat 60 hari kalender setelah tanggal penawaran;
- c. Apabila BUMN dan BUMD tidak berminat, maka perusahaan PMA wajib menawarkan divestasi saham kepada badan usaha swasta nasional dengan mekanisme lelang. Badan usaha swasta nasional wajib menyatakan minatnya paling lambat 30 hari kalender setelah tanggal penawaran;
- d. Pembayaran dan penyerahan saham yang dibeli oleh peserta Indonesia wajib dilaksanakan paling lambat 90 hari kalender setelah pernyataan minat atau penetapan pemenang lelang;
- e. Apabila divestasi saham gagal dilakukan, maka penawaran divestasi saham wajib dilakukan di tahun berikutnya.

Ketentuan mengenai kewajiban divestasi saham bagi perusahaan PMA di sektor pertambangan mineral dan batubara yang memegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi diubah lagi oleh pemerintah melalui Peraturan Pemerintah Nomor 1 tahun 2017 tentang Perubahan Keempat atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disebut sebagai 'PP No. 1 tahun 2017'). Perubahan yang terdapat dalam PP No. 1 tahun 2017 adalah ketentuan mekanisme penawaran, di mana penawaran divestasi saham oleh perusahaan PMA pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi wajib dilakukan paling lambat 90 hari kalender sejak lima tahun dikeluarkannya izin Operasi Produksi tahap penambangan.²³³ Sebagaimana diatur dalam UU Minerba, yang dimaksud dengan tahap

²³³ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2017 tentang Perubahan Keempat atas Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6012), Pasal 97 ayat (7).

'penambangan' adalah bagian kegiatan usaha pertambangan untuk memproduksi mineral dan/atau batubara dan mineral ikutannya.²³⁴

5.2.1.4. Tata Cara Divestasi Saham dan Mekanisme Penentuan Harga Saham Divestasi di Sektor Pertambangan

Pelaksanaan kewajiban divestasi saham di sektor pertambangan mineral dan batubara diatur lebih lanjut dalam Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Republik Indonesia Nomor 9 tahun 2017 tentang Tata Cara Divestasi Saham dan Mekanisme Harga Saham Divestasi pada Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disebut sebagai 'Peraturan Menteri ESDM No. 9 tahun 2017'). Dalam Peraturan Menteri ESDM No.9 tahun 2017, terdapat perubahan ketentuan mengenai tata cara divestasi saham yang sebelumnya diatur dalam PP No. 77 tahun 2014. Perubahan tersebut mencakup hal-hal di bawah ini:

- a. Pemerintah pusat melalui Menteri wajib memberikan jawaban tertulis atas penawaran divestasi saham paling lambat 30 hari kalender sejak berakhirnya jangka waktu evaluasi dan negosiasi harga saham divestasi. Jangka waktu evaluasi dan negosiasi harga saham divestasi paling lambat dilakukan 90 hari kalender sejak diterimanya penawaran;²³⁵
- b. Pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi wajib menawarkan divestasi saham kepada Pemerintah Daerah Provinsi dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota setempat paling lambat 7 hari kalender sejak pernyataan tidak berminat dari pemerintah pusat. Pemerintah daerah wajib memberikan jawaban tertulis atas penawaran tersebut paling lambat 30 hari kalender sejak tanggal penawaran;²³⁶
- c. Apabila pemerintah daerah tidak berminat, maka pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi wajib menawarkan divestasi saham kepada BUMN dan BUMD dengan cara lelang paling lambat 7 hari kalender sejak pernyataan tidak berminat dari Pemerintah Daerah dikeluarkan. BUMN dan BUMD wajib memberikan jawaban tertulis atas penawaran tersebut paling lambat 30 hari kalender sejak tanggal penawaran;
- d. BUMN atau BUMD yang menyatakan berminat untuk membeli divestasi saham wajib menyertakan dokumen-dokumen antara lain penawaran harga atas saham divestasi dalam amplop tertutup yang tersegel, akte pendirian BUMN atau BUMD yang telah disahkan oleh pejabat yang berwenang, profil BUMN atau BUMD, pernyataan kesungguhan untuk ikut bertanggung jawab dalam pengembangan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara yang dilaksanakan oleh pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi, dan Nomor Pokok Wajib Pajak;

²³⁴ Undang-Undang Minerba, Pasal 1 angka 19.

²³⁵ Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2017 tentang Tata Cara Divestasi Saham dan Mekanisme Penetapan Harga Saham Divestasi pada Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 147) (selanjutnya disingkat 'Peraturan Menteri ESDM No. 9 Tahun 2017'), Pasal 6 ayat (1) jo. Pasal 5 ayat (1).

²³⁶ *Ibid*, Pasal 7.

- e. Apabila BUMN dan BUMD menyatakan tidak berminat, maka pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi wajib menawarkan divestasi saham secara terbuka kepada Badan Usaha Swasta Nasional dengan cara lelang paling lambat 7 hari kalender sejak pernyataan tidak berminat dari BUMN atau BUMD;
- f. Badan Usaha Swasta Nasional yang menyatakan berminat untuk membeli saham divestasi wajib menyampaikan surat pernyataan minat kepada pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi dengan menyertakan dokumen-dokumen antara lain penawaran harga atas saham divestasi dalam amplop tertutup yang tersegel, akta pendirian Badan Usaha Swasta Nasional yang membuktikan seluruh modal atau sahamnya dalam negeri yang telah disahkan oleh pejabat yang berwenang, profil Badan Usaha Swasta Nasional, pernyataan kesungguhan untuk ikut bertanggung jawab dalam pengembangan kegiatan usaha pertambangan mineral atau batubara yang dilaksanakan pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi, dan Nomor Pokok Wajib Pajak;
- g. Pembukaan amplop penawaran harga atas saham wajib dilakukan pada hari ke-30 setelah tanggal penawaran dan dihadiri oleh seluruh peserta lelang;
- h. Pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi menetapkan pemenang lelang berdasarkan pada penawaran tertinggi dan memperhatikan persyaratan dokumen-dokumen yang harus disertakan sebagaimana telah disebut di atas;
- i. Apabila penawaran kepada peserta Indonesia gagal dilakukan, maka divestasi saham dapat dilakukan melalui bursa saham di Indonesia. Apabila penawaran di bursa saham masih gagal dilakukan, maka pelaksanaan divestasi saham harus diakumulasikan sesuai dengan tata cara divestasi di atas;
- j. Pembayaran dan penyerahan saham divestasi wajib dilaksanakan paling lambat 12 bulan setelah tanggal pernyataan minat dari peserta Indonesia dan dituangkan dalam akta jual beli saham divestasi yang ditandatangani kedua belah pihak. Pembayaran dan penyerahan saham divestasi juga wajib dimuat dalam berita acara yang ditandatangani oleh kedua belah pihak;
- k. Pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi yang telah melaksanakan kewajiban divestasi saham wajib mengajukan komposisi saham kepada Menteri melalui Direktur Jenderal dengan tembusan kepada gubernur dan bupati/walikota setempat.

Di sisi lain, Peraturan Menteri ESDM No. 9 tahun 2017 mengatur mekanisme penentuan harga saham divestasi di sektor pertambangan mineral dan batubara bahwa harga saham divestasi dari pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi yang ditawarkan kepada peserta Indonesia wajib ditetapkan berdasarkan harga pasar yang wajar (*fair market value*) dengan tidak memperhitungkan cadangan mineral atau batubara pada saat dilaksanakannya penawaran divestasi saham. Penentuan harga saham divestasi di atas menjadi harga tertinggi untuk ditawarkan kepada pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Namun, harga tersebut menjadi harga dasar untuk ditawarkan kepada BUMN, BUMD, dan Badan Usaha Swasta Nasional di mana penawaran saham dilakukan melalui lelang.

5.2.1.5. Ketentuan Kewajiban Divestasi Saham dalam Kontrak Karya Pemerintah Indonesia dengan Freeport

Keberadaan UU No. 1 tahun 1967 mengawali *Contract of Work* atau Kontrak Karya antara Freeport Indonesia Incorporations dan pemerintah Indonesia atau lebih dikenal dengan nama Kontrak Karya Generasi I (selanjutnya disebut sebagai 'KK Generasi I') yang ditandatangani pada tanggal 7 April 1967, di mana Freeport Indonesia Corporations ditunjuk oleh Menteri ESDM selaku kontraktor pemerintah Indonesia untuk melakukan kegiatan di sektor pertambangan mineral.²³⁷ Lahirnya Kontrak Karya ini dilatarbelakangi oleh keadaan pada saat itu, di mana belum adanya bentuk kontrak di sektor pertambangan yang baku. Adanya bentuk Kontrak Bagi Hasil untuk kegiatan perminyakan pada saat itu dirasa kurang sesuai untuk diterapkan dalam kegiatan pertambangan mineral, karena kegiatan pertambangan mineral membutuhkan dana investasi yang jauh lebih banyak dibandingkan dengan sektor perminyakan. Oleh karena itu, KK Generasi I berlaku layaknya Undang-Undang bagi kedua belah pihak, sesuai dengan prinsip *pacta sunt servanda*. Proses pembuatan KK Generasi I menyerupai teknik penyusunan undang-undang, di mana Freeport Indonesia Incorporations selaku pemohon mengusulkan kontrak karya kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral (selanjutnya disebut sebagai 'Menteri ESDM'). Proses selanjutnya dilakukan sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 10 ayat (3) UU No. 1 tahun 1967.

Ketentuan mengenai wajib divestasi saham diatur dalam Kontrak Karya antara PT Freeport Indonesia dengan pemerintah Indonesia yang berlaku sejak 30 Desember 1991 yang juga dikenal dengan nama Kontrak Karya Generasi II (selanjutnya disebut sebagai 'KK Generasi II'). PT Freeport Indonesia merupakan generasi penerus Freeport Indonesia Incorporations. Latar belakang penyusunan KK Generasi II adalah ditemukannya Grasberg yang memiliki cadangan mineral sangat besar, yang membutuhkan dana investasi yang jauh lebih besar pula, sehingga PT Freeport Indonesia membutuhkan kepastian hukum dalam melakukan kegiatannya. KK Generasi II bukanlah generasi penerus KK Generasi I, melainkan suatu kontrak karya yang sifatnya benar-benar baru.

Setelah PP No. 77 tahun 2014 terbit, PT Freeport Indonesia melakukan renegotiasi dengan pemerintah Indonesia terkait hal permohonan perpanjangan kontrak karya. Dalam hal ini, PT Freeport Indonesia melampirkan sebuah *Memorandum of Understanding* (MoU) yang

²³⁷ Nanda Narendra Putra, 'Meneropong Bisnis Tambang Pasca PP Minerba: Mencermati Posisi Freeport dari UU Minerba, Kontrak Karya, serta MoU', <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt58d8b4379df18/mencermati-posisi-freeport-dari-uu-minerba--kontrak-karya--serta-mou>, dikunjungi pada tanggal 19 September 2017.

telah disepakati dengan pemerintah Indonesia pada tanggal 25 Juli 2014. MoU tersebut memuat enam hal utama yang wajib dipenuhi oleh PT Freeport Indonesia sebelum mengajukan permohonan perpanjangan kontrak karya dengan bunyi sebagai berikut:²³⁸ _____

Dua tahun sebelum berakhirnya masa operasi produksi awal KK, Perusahaan dapat mengajukan permohonan kelanjutan operasi pertambangan untuk jangka waktu 1 x 10 (sepuluh) tahun. Dengan mempertimbangkan investasi yang telah dan akan ditanamkan melalui pengembangan Tambang Bawah Tanah dan pembangunan fasilitas pengolahan dan pemurnian untuk memenuhi ketentuan Pasal 170 Undang-Undang Pertambangan Mineral dan Batubara dalam rangka menjamin tersedianya pasokan konsentrat dalam jangka panjang, maka Perusahaan wajib memenuhi kewajibannya dalam amandemen KK sebagai berikut:

- (a) Pengolahan dan pemurnian dalam negeri;
- (b) Kewajiban penggunaan tenaga kerja lokal, barang-barang dan jasa dalam negeri;
- (c) Penyesuaian luas wilayah sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan;
- (d) Penerimaan Negara;
- (e) Divestasi; dan
- (f) Persyaratan administratif, teknis, finansial, dan pengelolaan lingkungan.

Sepanjang Perusahaan telah memenuhi seluruh kewajiban sebagaimana tersebut di atas, dan Pemerintah telah melakukan evaluasi kinerja terkait kewajiban-kewajiban sebagaimana tersebut di atas, dan menyampaikan perhatian-perhatiannya dengan memberikan pemberitahuan dan waktu yang wajar kepada Perusahaan untuk menyelesaikan segala hal yang menjadi perhatian, Pemerintah tidak akan menahan atau menunda persetujuan kelanjutan operasi Perusahaan secara tidak wajar.

Ketentuan di atas telah membatasi hak PT Freeport Indonesia untuk melakukan perpanjangan kontrak karyanya dengan pemerintah Indonesia, di mana salah satu di antara enam poin utama yang wajib dipenuhi sebelum mengajukan permohonan perpanjangan kontrak karya adalah divestasi. Hanya saja kewajiban divestasi ini tidak diatur secara spesifik mengenai tahapannya dan besaran saham yang harus didivestasikan.

Di sisi lain, Hendrik Siregar selaku aktivis dan pegiat tambang berpendapat bahwa PT Freeport Indonesia melanggar ketentuan dalam KK Generasi II yang mewajibkan PT Freeport Indonesia untuk melakukan divestasi saham sebesar 51% pada tahun 2011 kepada pemerintah.²³⁹ Namun, pemerintah kemudian melakukan renegotiasi KK Generasi II dengan

²³⁸*Ibid.*

²³⁹*Ibid.*

PT Freeport Indonesia yang menghasilkan amandemen ketentuan divestasi dari 51% menjadi 30%.²⁴⁰ Tidak hanya sampai di situ, per tanggal 24 Juni 2015 kontrak karya PT Freeport Indonesia dengan pemerintah Indonesia diperpanjang menjadi KK Generasi V. Berdasarkan Pasal 24 KK Generasi V, PT Freeport Indonesia wajib melakukan divestasi saham dengan dua tahapan, yakni:

- a. Tahapan pertama, PT Freeport Indonesia melepas saham kepada peserta Indonesia sebesar 9,36% dalam sepuluh tahun pertama sejak 1991; dan
- b. Tahapan kedua, PT Freeport Indonesia wajib menjual sahamnya sebesar 2% per tahun sejak 2001 sampai kepemilikan peserta Indonesia menjadi 51%.

Kewajiban divestasi saham tahapan pertama telah berhasil dilakukan, di mana 9,36% saham PT Freeport Indonesia dimiliki oleh PT IndoCopper. Namun, kewajiban divestasi saham tahapan kedua tertunda pelaksanaannya akibat diterbitkannya Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham dalam Perusahaan yang Didirikan dalam Rangka Penanaman Modal Asing (selanjutnya disebut sebagai 'PP No. 20 tahun 1994'). Artinya, saat ini pemerintah baru memiliki 9,36% saham PT Freeport Indonesia dan masih ada 41,64% saham lagi yang perlu diakuisisi.

Michael Agustinus²⁴¹ mengungkapkan bahwa apabila dihitung dengan metode *fair market value*, berdasarkan nilai cadangan dengan masa kontrak sampai 2041, nilai 100% saham Freeport mencapai US\$ 15,9 miliar atau setara dengan Rp 211 triliun. Maka, nilai dari 41,64% saham yang tersisa adalah sekitar Rp 87,8 triliun. Pemerintah Indonesia dalam hal ini memiliki pendapat lain. Pemerintah cenderung menggunakan metode *replacement cost*. Apabila dihitung dengan metode *replacement cost*, nilai 100% saham Freeport mencapai US\$ 5,9 miliar atau setara dengan Rp 78 triliun. Maka, 41,64% saham sisanya bernilai sekitar Rp 32,4 triliun. Dengan metode *replacement cost* ini, pemerintah mengaku peserta Indonesia mampu untuk membeli saham divestasi Freeport.

5.2.2. Kendala Divestasi Saham Sektor Pertambangan

Ketentuan mengenai wajib divestasi saham di sektor pertambangan merupakan upaya pemerintah Indonesia untuk merealisasikan penguasaan negara terhadap sumber daya yang dimilikinya, seperti yang tercantum dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945.

²⁴⁰*Ibid.*

²⁴¹ Michael Agustinus, *Berapa Harga 51% Saham Freeport? Ini Hitung-hitungannya*, <https://finance.detik.com/energi/d-3620963/berapa-harga-51-saham-freeport-ini-hitung-hitungannya>, dikunjungi 25 Mei 2018.

Kepemilikan saham hasil proses divestasi ini diharapkan pemerintah Indonesia dapat memberikan manfaat bagi peserta Indonesia dengan dua cara.²⁴² Pertama, peserta Indonesia dapat memperoleh manfaat secara langsung melalui kepemilikan saham di perusahaan pertambangan dibandingkan manfaat secara tidak langsung melalui penerimaan pajak. Kedua, melalui ketentuan ini perusahaan-perusahaan pertambangan dapat memperoleh teknologi baru dan mengembangkan bisnis-bisnis baru, membuka lapangan pekerjaan, serta peluang usaha di level domestik yang lebih besar. Dengan kata lain, implementasi dari ketentuan kewajiban divestasi saham bagi perusahaan PMA di sektor pertambangan diharapkan dapat membawa manfaat bagi peserta Indonesia. Namun, dalam prakteknya hal ini tidak mudah untuk dilaksanakan.

5.2.2.1. Manfaat yang Diharapkan Pemerintah dari Kebijakan Divestasi Saham Akan Sulit Dicapai

Berdasarkan laporan analisis dari Natural Resource Governance Institute (selanjutnya disebut sebagai 'NRGI'), ketentuan divestasi saham ini memiliki kemungkinan yang kecil untuk dapat mencapai target awal yang dimaksud oleh pemerintah Indonesia.²⁴³ Selain itu, pemerintah juga memiliki kewajiban lain, yakni memajukan infrastruktur serta meningkatkan produktivitas perekonomian secara keseluruhan. Produktivitas tersebut antara lain seperti membangun pelabuhan, pembangkit listrik, sekolah, rumah sakit, dan lain-lain yang diperlukan agar perekonomian bisa berkembang. Perlu dipertimbangkan bahwa modal dalam negeri akan sulit untuk memenuhi kedua tujuan di atas, yakni membeli saham divestasi pertambangan asing dan membangun infrastruktur. Apabila pemerintah Indonesia mengesampingkan tujuannya dalam memajukan perekonomian bangsa secara umum dan tetap memilih untuk menggunakan anggaran yang ada untuk membeli saham divestasi pertambangan asing, manfaat yang didapatkan oleh masyarakat tidak akan dirasakan.

NRGI dalam laporan analisisnya menyampaikan beberapa faktor yang akan menjadi penghambat bagi pemerintah Indonesia untuk mencapai tujuan-tujuan dari kebijakan wajib divestasi saham di sektor pertambangan bagi perusahaan asing. Pertama, pembelian saham divestasi oleh peserta Indonesia akan memerlukan peningkatan hutang luar negeri atau

²⁴² David Manley dan Emanuel Bria, *Memperkuat Kebijakan Divestasi Saham Tambang di Indonesia*, Natural Resource Governance Institute, Pebruari 2017, <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/memperkuat-kebijakan-divestasi-saham-tambang-di-indonesia.pdf>, dikunjungi pada tanggal 26 September 2017, h. 1.

²⁴³ *Ibid.*

mengalihkan jumlah investasi domestik yang besar dari sektor-sektor lain. Perlu diketahui, selama lima tahun terakhir sektor ekstraktif, yang juga mencakup kegiatan pertambangan mineral dan batubara, menarik US\$ 21.000.000.000 (dua puluh satu miliar dolar Amerika) dari investor asing. Jumlah ini bernilai hampir setengah dari seluruh investasi dari peserta Indonesia di semua sektor ekonomi lainnya. Sesuai dengan ketentuan perundang-undangan kita bahwa yang harus divestasikan oleh PMA paling sedikit 51% dari seluruh jumlah saham. Apabila peserta Indonesia membeli lebih dari 51% dari seluruh saham PMA, maka jumlah yang diperlukan kemungkinan akan memerlukan keterlibatan yang signifikan dari investor Indonesia yang berasal dari sektor industri lain.

Peserta Indonesia yang membeli saham divestasi ini kemudian akan berperan menggantikan posisi investor asing. Kemudian timbul sebuah pertanyaan, apakah peserta Indonesia dalam hal ini mampu menjaga perannya sama seperti dengan investor asing sebelumnya? Berdasarkan data yang dikumpulkan NRG, jawabannya adalah tidak. Oleh karena itu, agar masyarakat Indonesia dapat membeli saham divestasi PMA di sektor pertambangan, NRG dalam laporan analisisnya memberikan empat opsi yang dapat ditempuh:²⁴⁴

- a. Mengurangi investasi mereka atau menjual aset mereka di sektor lain dalam perekonomian Indonesia kepada pihak asing, dan menukar kepemilikan Indonesia atas manufaktur, pertanian, dan jasa untuk saham tambang;
- b. Pinjam dari kreditor asing atau mengundang investor asing untuk membeli saham di perusahaan Indonesia, dan memperoleh saham tambang, tetapi juga mendapatkan liabilitas asing;
- c. Mendivestasikan aset asing mereka, dengan demikian memegang portofolio yang sangat rentan terhadap resiko komoditas;
- d. Mengandalkan pemerintah Indonesia untuk membeli saham tambang dan memaksa pemerintah pula untuk berhutang ke pihak asing, menaikkan pajak atau mengurangi belanja untuk infrastruktur dan proyek-proyek lainnya yang lebih menguntungkan secara social.

Berdasarkan opsi-opsi di atas dapat kita simpulkan bahwa setiap opsi memiliki konsekuensi yang cukup signifikan dan tentunya kurang bermanfaat bagi kepentingan masyarakat Indonesia. NRG menyimpulkan bahwa membeli saham divestasi PMA di sektor pertambangan merupakan suatu kemenangan yang hampa.

Salah satu risiko yang akan dihadapi oleh pemerintah Indonesia dalam mencapai tujuan utama kebijakan wajib divestasi saham bagi PMA di sektor pertambangan adalah perolehan dividen dari investasi yang dilakukan oleh peserta Indonesia dimungkinkan berada di bawah

²⁴⁴*Ibid*, h. 7.

ekspektasi. Hal ini dapat dijelaskan oleh dua sebab. Pertama, jumlah saham peserta Indonesia tidak akan cukup untuk membeli harga saham divestasi yang ditawarkan oleh PMA, sehingga peserta Indonesia harus meminjam kepada pihak lain. PERMEN ESDM No.9 tahun 2017 telah mengatur bahwa pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi beserta afiliasinya dilarang meminjamkan dana kepada peserta Indonesia yang akan membeli saham divestasi mereka.²⁴⁵ Akibatnya dapat kita lihat di kasus Newmont yang telah dijabarkan secara singkat di atas, di mana Multicapital sebagai peserta Indonesia yang membeli saham divestasi NNT BV meminjam US\$ 300.000.000 (tiga ratus juta dolar Amerika) kepada pihak asing yakni Credit Suisse Singapore. Kasus ini mencerminkan bahwa peserta Indonesia akan mencari pinjaman kepada pihak lain untuk dapat membeli saham divestasi yang ditawarkan oleh PMA.

Pasal 2 ayat (7) PERMEN ESDM No. 9 tahun 2017 ini memberikan celah pula bagi pemegang saham mayoritas, dalam kasus Newmont di atas adalah NNT BV, untuk mengurangi perolehan dividen bagi peserta Indonesia selaku pemegang saham minoritas yang dapat mengakibatkan pembayaran dividen yang tidak memenuhi ekspektasi investor Indonesia. Seperti yang terjadi di kasus Newmont, DMB tidak memperoleh keuntungan sama sekali karena dividen yang diterima digunakan untuk membayar hutangnya kepada Credit Suisse Singapore. NNT BV sebagai pemegang saham mayoritas dalam hal ini dapat memastikan bahwa perusahaan meminjam dana dari pemegang saham terkait atau entitas yang sejenis dan dapat mengalihkan pendapatan dari pemegang saham lainnya, seperti pemegang saham Indonesia kepada perusahaan yang berafiliasi dengannya.²⁴⁶

Faktor kedua yang dapat menjadi penghambat pemerintah dalam mencapai tujuan utama kebijakan wajib divestasi saham di sektor pertambangan adalah kepemilikan saham oleh peserta Indonesia justru dapat mengurangi jumlah tenaga kerja Indonesia serta peluang usaha bagi masyarakat Indonesia. Akuisisi saham yang berdampak pada pemegang kontrol di perusahaan tambang dapat menimbulkan peluang bagi peserta Indonesia untuk membuka bisnis-bisnis baru serta menciptakan lapangan pekerjaan di sektor pertambangan bagi masyarakat Indonesia. Jaringan yang dimiliki oleh perusahaan asing sebelumnya dapat mengembangkan koneksi domestik setelah adanya transfer kepemilikan dan kontrol perusahaan kepada peserta Indonesia.²⁴⁷

²⁴⁵ Peraturan Menteri ESDM No. 9 Tahun 2017, *Loc.Cit.*, Pasal 2 ayat (7).

²⁴⁶ David Manley dan Emanuel Bria, *Loc.Cit.*

²⁴⁷ *Ibid.*

Namun, hal ini kemungkinan akan sulit terjadi karena PMA tidak akan melepaskan koneksi yang mereka miliki sebelumnya secara cuma-cuma. Perusahaan asing telah mengeluarkan sebagian besar biaya proyek pertambangan pada saat proses pengembangan dan 10 tahun pertama produksi. Selama kedua proses tersebut, perusahaan asing telah membentuk jaringan pemasok yang tetap dapat digunakan oleh perusahaan asing demi menjaga perolehan dividen yang maksimal dari sisa saham yang mereka miliki, serta pasokan yang berlanjut dapat menghasilkan bisnis baru bagi perusahaan asing.

Kemungkinan untuk mencapai tujuan dalam meningkatkan jumlah tenaga kerja Indonesia di sektor pertambangan juga akan sulit dicapai, sebab perubahan kepemilikan tidak selalu menjamin meningkatnya jumlah pekerja domestik. Logikanya, apabila ketentuan divestasi ini menyebabkan kegiatan investasi di sektor pertambangan menurun secara signifikan, maka lapangan pekerjaan untuk masyarakat Indonesia juga ikut menurun.

5.2.2.2. Mewajibkan Divestasi Akan Membebankan Biaya yang Besar bagi Indonesia

Ketentuan mengenai wajib divestasi bagi PMA di sektor pertambangan tentunya tidak akan jauh dari kemungkinan bahwa akan terjadi diskon harga saham yang cukup signifikan, mengingat kemampuan peserta Indonesia di sektor pertambangan tidak akan mampu memenuhi harga saham divestasi yang ditawarkan oleh PMA. Dengan kata lain, aturan divestasi dapat menghalangi investasi asing dan dengan demikian juga perkembangan keseluruhan di sektor pertambangan. Analoginya, investor asing akan sulit mengharapkan apapun untuk menerima imbal hasil yang cukup untuk membayar biaya dan kreditor serta memuaskan pemegang saham, apabila di akhir saham mereka harus didivestasi dengan harga yang mungkin lebih rendah dari yang mereka harapkan.

Hal ini dapat disebabkan oleh beberapa faktor, seperti biaya yang sangat besar dan potensi menurunnya kegiatan investasi asing di sektor pertambangan secara signifikan di masa depan. Biaya yang sangat besar ini akan bertabrakan dengan kepentingan pemerintah pula dalam hal membangun infrastruktur di dalam negeri. Pengurangan anggaran belanja negara demi membeli saham divestasi memiliki manfaat yang jauh lebih sedikit bagi masyarakat Indonesia secara umum.

Hal ini juga ditulis oleh Michael Agustinus, pemerintah Indonesia telah mencapai kesepakatan divestasi saham dengan PT Freeport Indonesia sebanyak 51%.²⁴⁸ Peserta

²⁴⁸ Michael Agustinus, 'Holding BUMN Pertambangan Mau Beli Saham Freeport, Bisakah?', 30 Agustus 2017, <https://finance.detik.com/energi/3621451/holding-bumn-pertambangan-mau-beli-saham-freeport-bisakah>, dikunjungi pada tanggal 19 September 2017.

Indonesia yang akan membeli divestasi tersebut merupakan holding BUMN tambang yang terdiri dari PT Inalum, PT Aneka Tambang Tbk, PT Timah Tbk, dan PT Bukit Asam Tbk.²⁴⁹ Permasalahan yang timbul dari kesepakatan ini adalah tidak cukupnya jumlah aset dari holding BUMN tambang tersebut untuk memenuhi harga divestasi saham yang ditawarkan oleh PT Freeport Indonesia.

Menurut Yustinus Prastowo selaku *Executive Director Center for Indonesia Taxation Analysis*, melalui hutang pun aset holding BUMN tambang nantinya belum bisa membeli saham divestasi Freeport.²⁵⁰ Hal itu menurutnya tidak *feasible* karena akan melanggar aturan *debt to equity ratio*. Berdasarkan artikel yang ditulis oleh Amy Gallo, *debt to equity ratio* secara umum haruslah seimbang.²⁵¹ Berdasarkan rumus perhitungan *debt to equity ratio*, apabila nilai hutang suatu perusahaan lebih tinggi daripada nilai aset yang dimiliki, maka akan makin tinggi nilai *debt to equity ratio* perusahaan tersebut.²⁵² Semakin tinggi *debt to equity ratio* suatu perusahaan akan menunjukkan bahwa perusahaan mengalami kesulitan keuangan atau *financial distress*, di mana terdapat kemungkinan bahwa perusahaan tersebut tidak akan mampu membayar hutangnya.²⁵³ Oleh karena itu, apabila holding BUMN tambang mengajukan hutang yang nilainya lebih tinggi dari nilai asetnya demi memenuhi harga saham divestasi Freeport, maka *debt to equity ratio* akan bernilai tinggi dan berdampak pada keadaan finansial holding BUMN tambang.

Di sisi lain, sulitnya pelaksanaan kewajiban divestasi saham terjadi dalam kasus Newmont. Berdasarkan kontrak karya antara pemerintah Indonesia dengan Newmont Nusa Tenggara BV (selanjutnya disebut sebagai 'NNT BV') tahun 1986, NNT BV wajib melakukan divestasi saham kepada peserta Indonesia paling sedikit sepertiga dari jumlah seluruh saham.²⁵⁴ Pelaksanaan kewajiban divestasi saham inipun dilakukan setelah keluar putusan arbitrase internasional pada tanggal 31 Maret 2009. Arbitrase United Nations

²⁴⁹*Ibid.*

²⁵⁰ Michael Agustinus, 'Berapa Harga 51% Saham Freeport? Ini Hitung-hitungannya', <https://finance.detik.com/energi/3620963/berapa-harga-51-saham-freeport-ini-hitung-hitungannya>, dikunjungi pada tanggal 19 September 2017.

²⁵¹ Amy Gallo, 'A Refresher on Debt to Equity Ratio', <https://hbr.org/2015/07/a-refresher-on-debt-to-equity-ratio>, dikunjungi pada tanggal 19 September 2017 (selanjutnya disingkat 'Amy Gallo').

²⁵² Perhitungan *debt to equity ratio* ditentukan oleh total nilai hutang dibagi dengan total nilai aset suatu perusahaan, di mana kedua nilai tersebut diperoleh dari neraca keuangan perusahaan tersebut.

²⁵³ Amy Gallo, *Op.Cit.*

²⁵⁴ David Manley dan Emanuel Bria, *Loc.Cit.*, h.7.

Commission on International Trade Law (selanjutnya disebut sebagai 'UNCITRAL') memutuskan bahwa PT Newmont Nusa Tenggara wajib untuk melakukan tindakan-tindakan sebagai berikut:²⁵⁵

- a. Divestasi saham kepada pemerintah Republik Indonesia sesuai dengan Pasal 24.3 dari *Contract of Work* (selanjutnya disebut sebagai 'CoW') yang ditawarkan tanpa syarat apapun, atau setidaknya-tidaknya tanpa syarat bahwa saham divestasi tersebut tidak dijanjikan kepada *Senior Lenders* setelah peralihan terjadi;
- b. Mengalihkan 3% saham divestasi tahun 2006 dan 7% saham divestasi tahun 2007 kepada pemerintah daerah yakni pemerintah provinsi Nusa Tenggara Barat (NTB), kabupaten Sumbawa, atau badan usaha yang ditunjuk oleh pemerintah provinsi atau kabupaten kota. Proses pembiayaan pembelian saham divestasi oleh pemerintah daerah ataupun badan usaha yang ditunjuk oleh pemerintah daerah tidak menjadi urusan dari PT Newmont Nusa Tenggara;
- c. Berkaitan dengan 7% saham divestasi tahun 2008, PT Newmont Nusa Tenggara wajib mengalihkan saham tersebut kepada pemerintah Indonesia, baik pemerintah pusat/daerah atau badan usaha yang ditunjuk oleh pemerintah Indonesia, jika setelah kesepakatan harga peralihan saham terjadi pemerintah Indonesia memenuhi hak PT Newmont Nusa Tenggara yang tertuang dalam Pasal 24.3 CoW;
- d. PT Newmont Nusa Tenggara memiliki waktu 180 hari setelah notifikasi putusan arbitrase ini (*Notification of Award*) diberikan kepada pemerintah Indonesia untuk membayar kelalaiannya dengan perintah yang telah disebut di atas;
- e. PT Newmont Nusa Tenggara wajib membayar kepada pemerintah Indonesia sebesar US\$ 194.306,25 (seratus sembilan puluh empat ribu tiga ratus enam dan dua lima sen dolar Amerika) dalam waktu 30 hari setelah notifikasi putusan arbitrase ini dikeluarkan sebagai biaya arbitrase, dengan bunga 6% per tahun terhitung sejak 12 November 2008;
- f. PT Newmont Nusa Tenggara wajib membayar sejumlah US\$ 1.658.243 (satu juta enam ratus lima puluh delapan ribu dua ratus empat puluh tiga dolar Amerika) kepada pemerintah Indonesia dalam waktu 30 hari setelah notifikasi putusan arbitrase ini dikeluarkan sebagai biaya perwakilan dan bantuan hukum (*legal representation and assistance*);
- g. seluruh tuntutan di luar putusan di atas ditolak oleh arbitrase.

Pada tahun 2009, sebuah perusahaan saham gabungan (*joint stock company*) yang bernama Daerah Maju Bersama (selanjutnya disebut sebagai 'DMB') mengakuisisi 24% saham NNT BV.²⁵⁶ DMB dimiliki oleh pemerintah provinsi Nusa Tenggara Barat dan perusahaan swasta bernama Multicapital, dengan 75% saham DMB dimiliki oleh Multicapital dan 25% saham dimiliki oleh pemerintah provinsi Nusa Tenggara Barat. Hal ini menyebabkan Multicapital memiliki 18% dan pemerintah provinsi Nusa Tenggara Barat memiliki 6% saham di NNT BV. Namun, untuk dapat membeli harga 24% saham divestasi

²⁵⁵ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Case between the Government of the Republic of Indonesia vs PT Newmont Nusa Tenggara, Final Award, http://www2.bkpm.go.id/images/uploads/ppid/file_upload/FINAL_AWARD_31_03_09_-_Part_4_NEWMONT.pdf, dikunjungi pada tanggal 2 Oktober 2017, p. 130-131.

²⁵⁶ David Manley dan Emanuel Bria, *Loc.Cit.*

NNT BV, Multicapital harus meminjam uang kepada Credit Suisse Singapore sebesar US\$ 300.000.000 (tiga ratus juta dolar Amerika) atau sekitar Rp 3,9 triliun. Berdasarkan kesepakatan pihak Multicapital dan Credit Suisse Singapore, angsuran pembayaran hutang dilakukan melalui jumlah dividen yang diterima Multicapital dari NNT BV per tahun 2014, di mana NNT BV telah menyerahkan dividen kepada DMB sejumlah US\$ 35.750.000 (tiga puluh lima juta tujuh ratus lima puluh ribu dolar Amerika) atau sekitar Rp 475 triliun.²⁵⁷

5.2.3. Refomasi Kebijakan Divestasi Saham Demi Tercapainya Negara Kesejahteraan:

Public Choice Theory (Teori Pilihan Publik) dan *Rational Choice Theory* (Teori Pilihan Rasional) Sebagai Mekanisme dalam Reformasi Kebijakan Divestasi Saham

Skema divestasi saham sektor pertambangan minerba merupakan permasalahan yang sangat esensial di dalam perekonomian. Dominasi penguasaan industri pertambangan minerba oleh perusahaan asing lebih mengutamakan unsur keuntungan daripada *welfare state* sebagai tujuan negara. Akibatnya, masyarakat lokal hanya menanggung kerugian terkait dengan dampak lingkungan yang disebabkan oleh kegiatan pertambangan, dibandingkan dengan keuntungan yang diperoleh dari hasil minerba. Seperti halnya pertambangan sektor pertambangan migas, biaya kerusakan lingkungan yang diakibatkan oleh tambang minerba juga perlu diikuti dengan kompensasi (*mitigation program*).²⁵⁸

Masih relatif rendahnya tingkat partisipasi masyarakat lokal dalam aktivitas pertambangan minerba mengakibatkan timbulnya konflik yang juga merupakan risiko bagi perusahaan pertambangan minerba. Keterkaitan antara pertambangan minerba dengan lingkungan, *sustainability* dan *social justice* sangat potensial untuk menimbulkan konflik kepentingan. Dalam perkembangannya, kasus divestasi saham belum juga menemui ujung penyelesaiannya. Hal ini menunjukkan masih terdapat permasalahan dalam skema divestasi saham yang hanya menitikberatkan pada unsur moneter/keuangan dari sisi investor asing dan belum secara keseluruhan mencakup peningkatan kesejahteraan masyarakat lokal, *sustainable development* maupun lingkungan (*eco social justice*) dalam rangka mewujudkan ketahanan energi nasional. Oleh karena itu, penulis dalam penelitian ini menciptakan suatu skema divestasi saham sektor pertambangan minerba dengan cara: menentukan mekanisme yang lebih jelas tentang penentuan harga saham divestasi, menghilangkan aturan divestasi

²⁵⁷*Ibid.*

²⁵⁸ The World Bank, 'The Context of Benefit Sharing in the Mining Industry', available at http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/336099,1288881181404/eifd21_sharing_mining_benefits_2.pdf, accessed on 5 January 2017, p. 6.

saham, dan divestasi saham tanpa pembelian. Mekanisme ini sejalan dengan upaya untuk meningkatkan control negara terhadap SDA khususnya minerba, serta upaya untuk mewujudkan *welfare state*, demokrasi ekonomi dan ketahanan energi nasional sebagaimana diamanatkan oleh pasal 33 UUD NRI 1945.

Dalam menentukan kebijakan, khususnya yang berkaitan dengan politik ekonomi suatu negara, digunakan dua pendekatan teori yaitu Teori Pilihan Publik (*Public Choice Theory*) dan Teori Pilihan Rasional (*Rational Choice Theory*). Kedua teori ini terbentuk karena rezim politik dan ekonomi yang bertolak belakang dalam menentukan kebijakan. Pada intinya, *Public Choice Theory* menggunakan ilmu ekonomi dalam mempelajari ilmu politik.²⁵⁹ *Public Choice Theory* membahas berbagai peluang dan kendala perilaku dalam ranah publik dengan cara yang serupa dengan bagaimana ekonomi melakukannya dalam mekanisme pasar.²⁶⁰ Para ahli ekonomi dalam *Rational Choice Theory* menggunakan rasionalitas untuk mempelajari perilaku konsumen, produsen, dan perusahaan dalam berbagai jenis pasar.²⁶¹ *Public Choice Theory* menggabungkan perilaku agen politik ke dalam model ekonomi, seperti pemilih dan politisi, yang dianggap ahli ekonomi sebagai faktor eksternal.²⁶²

Sebagaimana telah dijelaskan dalam penjelasan dalam paragraf sebelumnya, *Public Choice Theory* secara sederhana dapat didefinisikan sebagai disiplin ilmu yang menganalisis ilmu politik dengan kerangka berpikir ilmu ekonomi yang kemudian dapat ditindaklanjuti dengan pengaplikasiannya ke dalam ilmu hukum. *Public Choice Theory* menerapkan pendekatan ekonomi ke dalam institusi politik yang relevan sebelum kemudian digunakan untuk menganalisis doktrin hukum²⁶³. *Public Choice Theory* dapat dikatakan merupakan perkembangan lebih lanjut dari aliran Hukum & Ekonomi (Law & Economics), yang memanfaatkan analisis ekonomi dalam menjawab tiga pertanyaan mengenai: 1) definisi

²⁵⁹D. Daniel Sokol, "Explaining the Importance of Public Choice for Law", *University of Florida Law Scholarship Repository*, Vol 109 No 1029, 2011, h. 1029.

²⁶⁰*Ibid.*

²⁶¹ Guido Pincione, "Should Law Professors Teach Public Choice Theory?", *Chicago-Kent Law Review*, Issue 2 No. 79, 2004, h. 451.

²⁶²*Ibid.*

²⁶³Pramudia A. Oktavinanda, *Public Choice Theory dan Aplikasinya dalam Sistem Legislasi Indonesia*, yang diakses dalam https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2158542, h.4, pada 21 Februari 2018, pada pukul 14.34, dikutip dari Maxwell L. Stearns dan Todd J. Zywicki, 2009, *Public Choice Concepts and Applications in Law*, St. Paul, West – Thomson Reuters, h.1-2

hukum; 2) asal-muasal hukum dan cara hukum memperoleh keberlakuannya; 3) kriteria hukum yang baik.²⁶⁴

Public Choice Theory dapat digunakan untuk menganalisis pemerintah dan perilaku politik berdasarkan bentuk pilihan individu.²⁶⁵ *Public Choice Theory* dimaksudkan untuk menggambarkan perilaku agen politik (politisi, birokrat, pemilih, dan *rent-seeker*) dalam asumsi bahwa mereka rasional secara instrumental. Seorang agen akan mengejar tujuan subjektifnya dengan memilih tindakan yang menurutnya kondusif dan upayanya paling sedikit.²⁶⁶ Dengan kata lain, Dalam *Public Choice Theory*, salah satu agen politik yang berandil besar adalah para anggota legislator. Legislator sebagai agen politik diasumsikan sebagai makhluk rasional yang berpotensi untuk mengutamakan atau menggalakan kepentingannya sendiri (*self interested*) dengan jalan memaksimalkan manfaat atau utilitas yang dapat diterima oleh agen politik sesuai dengan kondisi sumber daya yang tersedia.

Public Choice Theory kemudian menyusun berbagai model yang dapat digunakan untuk memperkirakan pilihan-pilihan yang akan diambil oleh legislator selaku agen politik sesuai dengan institusi politik dimana mereka berada dengan berdasarkan pada asumsi tersebut. Konsep rasionalitas dalam *Public Choice Theory* adalah instrumentalis, dimana suatu tindakan dilakukan karena tindakan tersebut dapat memberi hasil yang diinginkan, bukan karena nilai yang ada dalam tindakan tersebut.²⁶⁷ *Public Choice Theory* pada hakikatnya akan sangat membantu dalam mengembangkan institusi politik.

Rasionalitas instrumental memberi ruang bagi aturan hukum yang harus diasumsikan oleh pengacara dan hakim ketika mereka menafsirkannya.²⁶⁸ Rasionalitas instrumental mungkin telah mendorong untuk mengadopsi suatu aturan itu sebagai dasar pemikiran praktis dalam situasi tertentu.²⁶⁹ Rasionalitas dalam politik dapat berbeda dengan rasionalitas dalam mekanisme pasar. Dalam politik, ada ketidakpedulian pemilih yang signifikan, karena mereka tahu bahwa peluang suara akan mempengaruhi hasil pemilihan atau debat kebijakan tertentu akan kecil. Mereka akan cenderung untuk mengabaikan masalah tersebut.²⁷⁰ Sedangkan

²⁶⁴*Ibid.*

²⁶⁵Daniel A. Farber, "Public Choice Theory and Legal Institutions", 2014, h. 1.

²⁶⁶Guido Pincione, *Loc.Cit.*

²⁶⁷Daniel A. Farber, *Op.Cit.*, h. 2 (seperti dikutip dari Shepsle 2010, pp. 23-27.)

²⁶⁸Guido Pincione, *Op.Cit.*, h. 453.

²⁶⁹*Ibid.*

²⁷⁰D. Daniel Sokol. *Op.Cit.*, h. 1039.

dalam mekanisme pasar, pasar memberi imbalan perilaku rasional dan menghukum perilaku buruk.²⁷¹

Public Choice Theory menggunakan *collective behavior*²⁷² atau tindakan kolektif untuk pengambilan keputusan. Hal tersebut dilakukan dengan cara menerapkan wawasan yang didapat dari perilaku ekonomi pada masalah tindakan kolektif (*collective action problems*).²⁷³ Kajian *Public Choice Theory* saat ini berfokus kepada bagaimana institusi dapat membendung tindakan kolektif yang menjadi pembenaran atas berkurangnya peran pemerintah, yang diyakini pada kajian *Public Choice Theory* yang telah terdahulu.²⁷⁴

Ada tiga strategi dalam menentukan kebijakan berdasarkan *Public Choice Theory*, yaitu: (1) penggunaan model yang disempurnakan untuk mendeskripsikan *collective behavior*; (2) pemecahan *collective behavior* menjadi *individual behavior*; dan (3) analisis *individual behavior* berdasarkan rasionalitas instrumental (*instrumental rationality*).²⁷⁵ Tujuan dari strategi ini adalah untuk mendapatkan pemahaman yang ketat dan realistis tentang pengambilan keputusan di lembaga pemerintah.²⁷⁶

Terdapat dua unsur utama untuk mewujudkan *Public Choice Theory*, yaitu *Rent-Seeking Behaviour* dan *Interest Group*. Dua unsur utama ini muncul sebagai konsekuensi logis dari sebuah sistem yang demokratis, dimana perang pengaruh antar para pihak memiliki posisi yang sangat penting dalam mencapai tujuan suatu keputusan politik. Teori kelompok kepentingan (*Interest Group*) sering diperlakukan sebagai uraian singkat untuk *public choice*. *Interest Group* merupakan kelompok tertentu di luar *decision-maker* dalam politik yang membawa dan memperjuangkan kepentingan kelompoknya secara

²⁷¹*Ibid.*, h. 1040.

²⁷²*Collective behavior* adalah objek kajian dalam ilmu politik, yang juga digunakan dalam *Public Choice Theory* sebagai teori dalam ilmu politik. (*Ibid.*, seperti dikutip dari Shepsle 2010, p. 355.)

²⁷³Paul B. Stephan III, "Barbarians Inside the Gate: Public Choice Theory and International Economic Law", *American University International Law Review*, Vol 1 Issue 2, 1995, h. 746.

²⁷⁴Daniel A. Farber, *Op.Cit.*, h. 3.

²⁷⁵*Ibid.*, h. 2.

²⁷⁶*Ibid.*

terorganisir²⁷⁷Permasalahan dalam *Interest Group* yang menjadi titik fokus dalam *Public Choice Theory* adalah partisipasi yang selektif.²⁷⁸

Rent-Seeking Behaviour adalah tindakan yang diartikan sebagai tindakan yang dilakukan oleh suatu pihak yang berorientasi untuk mendapatkan manfaat tertentu dengan cara mempengaruhi para pembuat keputusan politik.atau disebut juga dengan *Rent-Seeking Behaviour*.²⁷⁹Kelompok kepentingan (*Interest Group*) melakukan *rent-seeking behaviour* untuk keuntungan mereka dengan mengorbankan masyarakat luas.*Interest Group* yang lebih kecil dan terorganisasi dengan baik dapat mencari redistribusi melalui proses pengaturan.²⁸⁰Mengingat bahwa proses persaingan untuk mendapatkan suara sangat sulit bagi agen politik, eksistensi *Interest Group*berperan penting bagi para agen politik. Dengan adanya *Interest Group*, agen politik yang akan selalu berusaha untuk dapat memaksimalkan manfaat yang diperoleh, termasuk juga keuntungan yang didapatkan untuk memenuhi keinginan *Interest Group*.Selain itu, *Interest Group* dengan keunggulan sebagai pihak yang terorganisir, memberikan manfaat bagi agen politik dalam efisiensi biaya mengingat biaya untuk berkoordinasi di antara mereka menjadi jauh lebih kecil dibandingkan dengan masyarakat secara keseluruhan yang tersebar dan sulit untuk berkoordinasi.²⁸¹ Karena kecenderungan sifat *Interest Group* yang mengorbankan kepentingan publik, maka peran pemerintah sangat penting dalam menyalurkan kesejahteraan dari publik kepada kelompok-kelompok bertujuan khusus tersebut.²⁸²

Konsep dasar *public choice* meliputi perumusan keputusan kolektif, teori kelompok kepentingan (*Interest Group theory*), *rent-seeking*, *social choice theory*, dan *game theory*.²⁸³*Social choice theory* berfokus pada pengaturan suara untuk pengambilan keputusan kolektif.Premisnya adalah bahwa *voting* mayoritas tidak hanya merupakan kumpulan dari

²⁷⁷Pramudia A. Oktavinanda, *Op.Cit.* h. 9, dikutip dari Gordon Tullock, 2005,*The Rent-Seeking Society*, Indianapolis, Liberty Fund, h. 46-47

²⁷⁸*Ibid.*, h. 4.

²⁷⁹ Gordon Tullock, 2005,*The Rent-Seeking Society*, Indianapolis, Liberty Fund, h. 9-10 sebagaimana dikutip dalam Pramudia A. Oktavinanda, *Op.Cit.*h. 9.

²⁸⁰D. Daniel Sokol, *Op.Cit.* h. 1034. (Seperti dikutip dari George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell J. Economic and Management Science 3, 1971, h. 49-51.)

²⁸¹Charles Wheelan, *Naked Economics: Undressing the Dismal Science*, New York, W.W. Norton & Company, 2002, h. 138.

²⁸²Daniel A. Farber, *Op.Cit.*, h. 4.

²⁸³D. Daniel Sokol, *Op.Cit.* h. 1033.

kepentingan individu untuk mencapai hasil kolektif. Sebaliknya, masing-masing aktor memiliki agenda sendiri dalam menetapkan keputusan kelompok. *Social choice* menunjukkan keterbatasan pada gagasan aturan mayoritas berdasarkan pada kepentingan individu.

Public Choice Theory mengeksplorasi dua kontribusi teoritis penting untuk *social choice theory*. Teori pertama adalah Marquis de Condorcet dengan *Condorcet's Theory*²⁸⁴ atau *binary voting paradox*²⁸⁵ Semakin bertambahnya pilihan alternatif, atau semakin bertambahnya individu yang memberi suara, maka kemungkinan *cycling* dan mengansumsikan preferensi secara acak akan semakin meningkat.²⁸⁶ Meskipun metodologi pemungutan suara dibuat sebaik mungkin, paradoks ini tidak akan berhenti apabila pilihan-pilihan yang ada identik, dalam hal semua informasi yang tersedia, yang berarti bahwa tidak ada satu pun pilihan yang dapat dipilih sebagai pemenang.²⁸⁷

Teori kedua adalah *Arrow's Impossibility Theorem* yang menyatakan bahwa preferensi individu dalam pemungutan suara mungkin tidak diterjemahkan ke dalam preferensi kolektif.²⁸⁸ *Arrow's Theorem* memberikan bukti yang lebih kuat bahwa *cycling* tidak dapat dihindari dalam sekumpulan metode keputusan yang lebih luas.²⁸⁹ Paradoks dalam kekuasaan mayoritas bukan semata-mata karena kegagalan dalam sistem pemilihan tertentu, namun lebih kepada ciri-ciri umum dari keputusan kelompok.²⁹⁰ Tidak ada sistem pemungutan suara yang dapat memenuhi empat kondisi dasar, yaitu domain universal, optimalitas Pareto, independent dari alternatif yang tidak relevan, dan kediktatoran. Dengan kata lain, tidak ada sistem pemungutan suara yang dapat mematuhi semua kondisi di atas dengan memberikan kemungkinan urutan preferensi atau menghindari siklus preferensi.²⁹¹

Dalam menapai tujuan rasionalitas dalam suatu kebijakan, akan ada *rent-seeking* dan *free ride*. *Rent-seeking* adalah situasi yang dimanfaatkan oleh golongan tertentu dari kebijakan

²⁸⁴Daniel A. Farber, *Op.Cit.*, h. 5.

²⁸⁵D. Daniel Sokol, *Op.Cit.*, h. 1035.

²⁸⁶Daniel A. Farber, *Loc.Cit.*

²⁸⁷*Ibid.*

²⁸⁸D. Daniel Sokol, *Loc.Cit.*

²⁸⁹Daniel A. Farber, *Op.Cit.*, h. 6.

²⁹⁰*Ibid.*

²⁹¹D. Daniel Sokol, *Loc.Cit.*

yang ditujukan untuk kepentingan umum.²⁹² *Free ride* adalah situasi yang dimanfaatkan golongan tertentu dari berubahnya suatu kebijakan yang diusahakan oleh golongan lainnya (*Interest Group*).²⁹³ Jika semua anggota kelompok mendapat manfaat dari kebijakan tertentu, beberapa anggota grup akan “menumpang” (*free ride*) dari anggota grup lain yang telah bekerja untuk memberlakukan kebijakan. Untuk mengatasi masalah *free rider* ini, kelompok yang sukses menyingkirkan *free rider* dari manfaat grup. Maka dari itu, kelompok yang lebih kecil dengan anggota lebih sedikit yang terdiri dari individu-individu yang lebih kuat akan lebih efektif daripada kelompok yang lebih besar yang anggotanya terdiri dari banyak individu, namun hanya beberapa yang dapat memberlakukan kebijakan.²⁹⁴ *Free ride* ini muncul akibat mudahnya koordinasi dalam *Interest Group*. Koordinasi tersebut dimanfaatkan oleh *Interest Group* sebagai kesempatan dari *Free ride*. *Free ride* adalah pemilik suara yang berasumsi bahwa dirinya kemungkinan besar adalah posisi mayoritas sehingga dirinya tidak perlu untuk memberikan suaranya karena akan ada orang lain yang akan melakukan hal tersebut untuk mewakili mereka. Pada akhirnya, *Interest Group* menjadi perwakilan suara dari *Free ride*.²⁹⁵

Game theory dalam *Public Choice Theory* biasa mendeskripsikan permainan dasar dengan *prisoner's dilemma*. Para ahli *game theory* menyebut *prisoner's dilemma* sebagai suatu situasi strategis di mana kerja sama universal dalam upaya kolektif menghasilkan imbalan individu yang lebih tinggi daripada pembelotan universal, tetapi imbalan individual dari pembelotan lebih tinggi daripada imbalan individu dari kerja sama, terlepas dari bagaimana perilaku orang lain.²⁹⁶ Pembelotan ini pun dianggap rasional secara instrumental.²⁹⁷ Kekuatan *Public Choice Theory* adalah *public choice* menjelaskan bahwa *prisoner's dilemma* bukanlah satu-satunya solusi untuk masalah tindakan kolektif. Analisis

²⁹² Sebagai ilustrasi, seleksi advokat dengan cara *bar exam* menentukan standar tertentu untuk menjaga kualitas advokat. Apabila hanya berfokus pada kualitas advokat, maka *passage rate* dari *bar exam* per tahunnya akan bervariasi, sedangkan kenyataannya *passage rate* tetap sama. Namun, selain kualitas, *bar exam* juga dibuat untuk menjaga kuantitas advokat, sehingga tarif advokat tetap tinggi. Ilustrasi ini adalah contoh *rent-seeking* dan salah satu dari teori dalam *public choice*, yaitu *Interest Group theory*. (*Ibid.*, h. 1034.)

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Maxwell L. Stearns dan Todd J. Zywicki, *Op.Cit.* h. 14-15 sebagaimana dikutip dalam Pramudia A. Oktavinanda, *Op.Cit.* h.18.

²⁹⁶ Guido Pincione, *Op.Cit.*, h. 455.

²⁹⁷ *Ibid.*

masalah dengan permainan yang salah dan preskripsi kebijakan yang berasal dari analisis akan menjadi salah.²⁹⁸

Ada banyak hal yang dapat mempengaruhi perilaku atau *behavior*, baik *collective behavior* maupun *individual behavior*. Dua diantara banyak faktor tersebut adalah hukum dan kelembagaan. Hukum mampu membentuk perilaku, dan perilaku dapat membentuk hukum.²⁹⁹ Sedangkan lembaga dapat mempengaruhi pengambilan keputusan dan dapat mempengaruhi perilaku.³⁰⁰ Maka dari itu, penggunaan *Public Choice Theory* dalam memandang rezim hukum diperlukan untuk menentukan kebijakan. *Public Choice Theory* sangat bermanfaat untuk menganalisis berbagai isu hukum³⁰¹ dan perilaku institusi dalam pengambilan keputusan.³⁰²

Dalam rezim hukum, *public choice* menyoroti masalah kelembagaan khususnya di bidang pengambilan keputusan kolektif pada lembaga legislatif, cabang eksekutif, lembaga administratif, lembaga peradilan, serta struktur konstitusional.³⁰³ Hukum publik, berdasarkan pandangan *Public Choice Theory*, merupakan struktur kelembagaan yang ditujukan untuk menangani kesulitan tindakan kooperatif antara individu-individu rasional instrumental.³⁰⁴ *Public choice* berpotensi untuk menambah pemahaman tentang institusi hukum dan mengusulkan perbaikan hukum publik.³⁰⁵

Penerapan *Public Choice Theory* dalam pengambilan keputusan dapat menimbulkan *voting paradox* sebagai kemungkinan terburuk dalam pengambilan sebuah keputusan. *Voting paradox* adalah suatu kondisi atau situasi dimana dalam suatu proses voting selalu terbuka kemungkinan terjadinya permasalahan dalam hierarki preferensi yang mengakibatkan tidak tercapainya kesepakatan baik secara mutlak maupun secara mayoritas. Peraturan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2014 tentang Tata Tertib (selanjutnya disebut sebagai Peraturan DPR No.1 Tahun 2014) mengatur sebagai berikut:

Pasal 279

²⁹⁸D. Daniel Sokol, *Op.Cit.*, h. 1037.

²⁹⁹*Ibid.*, h. 1029.

³⁰⁰*Ibid.*, h. 1033.

³⁰¹Paul B. Stephan III, *Op.Cit.*, h. 745.

³⁰²D. Daniel Sokol, *Op.Cit.*, h. 1033.

³⁰³*Ibid.*

³⁰⁴Daniel A. Farber, *Loc.Cit.*

³⁰⁵*Ibid.*, h. 19.

(1) Pengambilan keputusan dalam rapat DPR pada dasarnya dilakukan dengan cara musyawarah untuk mufakat.

(2) Dalam hal cara pengambilan keputusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak terpenuhi, keputusan diambil berdasarkan suara terbanyak

Pasal 282

Keputusan berdasarkan suara terbanyak diambil apabila keputusan berdasarkan mufakat sudah tidak terpenuhi karena adanya pendirian sebagian anggota rapat yang tidak dapat dipertemukan lagi dengan pendirian anggota rapat yang lain.

Pasal 273 Peraturan DPR No.1 Tahun 2014 menyatakan bahwa proses pengambilan keputusan Dewan Perwakilan Rakyat yang berperan sebagai legislator di Indonesia, Dewan Perwakilan Rakyat menggunakan prinsip musyawarah untuk mufakat. Namun, dalam hal tidak tercaainya musyawarah untuk mufakat, Dewan Perwakilan Rakyat mengambil keputusan berdasarkan pada suara terbanyak sebagaimana diatur dalam Pasal 282 Peraturan DPR No. 1 Tahun 2014. Peraturan mengenai tata cara pengambilan putusan tersebut merupakan salah satu upaya untuk mencegah terjadinya *voting paradox* dalam pengambilan putusan oleh Dewan Perwakilan Rakyat. Namun, tidak menutup kemungkinan bahwa *voting paradox* tetap terjadi ketika suatu pengambilan putusan jatuh pada situasi *deadlock*.³⁰⁶ *Voting Paradox* menunjukkan bahwa sistem demokrasi pasti masih memiliki celah inheren yang dapat dimanfaatkan oleh pihak-pihak tertentu untuk memenangkan kepentingannya sendiri. Hal inilah yang juga menyebabkan munculnya perilaku *Rent-Seeking Behaviour* dari para *Interest Group*.

Konsekuensi dari eksistensi *Rent-Seeking Behaviour* dan *Interest Group* dalam pengambilan sebuah keputusan berdasarkan *Public Choice Theory* dapat berdampak kepada masyarakat. Terdapat empat dampak terhadap dijalankannya keputusan berdasarkan *Public Choice Theory*, yakni: 1) kondisi dimana manfaat atau utilitas dan biaya yang timbul atas terbitnya sebuah keputusan tersebut akan sama-sama terdistribusi secara luas terhadap masyarakat; 2) kondisi dimana manfaat sebuah keputusan hanya akan didistribusikan kepada golongan tertentu atau *Interest Group* namun biaya yang timbul atas terbitnya sebuah keputusan tersebut akan terdistribusi secara luas kepada masyarakat umum; 3) kondisi dimana manfaat atau utilitas sebuah keputusan akan didistribusikan secara luas kepada masyarakat umum namun biaya yang timbul atas terbitnya sebuah keputusan tersebut akan dibebankan hanya kepada golongan tertentu atau *Interest Group*; 4) kondisi dimana manfaat sebuah keputusan hanya akan terdistribusi kepada kelompok tertentu atau *Interest Group* dan

³⁰⁶Pramudia A. Oktavinanda, *Op. Cit.*, h. 10-13

biaya yang timbul atas terbitnya sebuah keputusan tersebut akan ditanggung oleh kelompok lainnya.³⁰⁷

Penerapan *Public Choice Theory* dalam menentukan kebijakan memunculkan dua pilihan. Pertama, keputusan yang diambil oleh pemerintah akan bermanfaat bagi masyarakat luas dengan tidak mengubah peraturan perundang-undangan dengan dampak kondisi dimana manfaat atau utilitas sebuah kebijakan dan biaya yang timbul atas terbitnya sebuah kebijakan tersebut akan sama-sama terdistribusi secara luas terhadap masyarakat. Kedua, keputusan yang diambil akan bermanfaat bagi golongan tertentu atau *Interest Group* dengan mengubah peraturan perundang-undangan yang berdampak pada kondisi dimana manfaat sebuah kebijakan hanya akan didistribusikan kepada golongan tertentu namun biaya yang timbul atas terbitnya sebuah kebijakan tersebut akan terdistribusi secara luas kepada masyarakat umum.

Dalam perspektif kebijakan divestasi saham bagi Freeport, akan terdapat dua kemungkinan bagi pemerintah dalam menentukan kebijakan berdasarkan *Public Choice Theory*, yaitu: (1) tidak mengubah kebijakan divestasi saham yang berpihak pada kepentingan umum namun menentukan mekanisme yang lebih jelas tentang penentuan harga saham divestasi, atau (2) merubah aturan divestasi saham untuk mengakomodasi kepentingan Freeport yang dalam hal ini berperan sebagai *Interest Group*. Kedua pilihan tersebut dapat menyebabkan *voting paradox*, sehingga Freeport sebagai *Interest Group* dapat melakukan *rent-seeking behaviour* untuk memutus siklus preferensi tersebut. Apabila usaha Freeport berhasil, maka besar probabilitas pemerintah dapat menerapkan kemungkinan yang kedua. Dapat disimpulkan dari kedua pilihan tersebut, penerapan PCT dalam kebijakan divestasi saham adalah mengambil keputusan yang akan bermanfaat bagi masyarakat luas, dengan tidak mengubah kebijakan divestasi saham namun menentukan mekanisme yang lebih jelas tentang penentuan harga saham divestasi, sehingga manfaat atau utilitas dari kebijakan tersebut akan sama-sama terdistribusi secara luas terhadap masyarakat.

Public choice memungkinkan orang-orang yang memiliki preferensi normatif tertentu untuk memilih aturan mana yang lebih memungkinkan.³⁰⁸ *Public Choice Theory* menunjukkan bahwa seseorang dengan preferensi ini harus mendukung aturan (1) atau (2) lebih dari (3) atau (4), karena yang terakhir memberikan pengaruh yang lebih besar terhadap veto *Interest Group*.³⁰⁹ Jika seseorang fokus secara eksklusif pada maksimisasi kesejahteraan dan

³⁰⁷ Maxwell L. Stearns dan Todd J. Zywicki, *Op.Cit.* h. 69 sebagaimana dikutip dalam Pramudia A. Oktavinanda, *Op.Cit.* h. 19-20.

³⁰⁸ Paul B. Stephan III, *Op.Cit.*, h. 759.

³⁰⁹ *Ibid.*

penindasan *rent-seeking*, maka seseorang harus memilih (2) atau (3) menjadi (1) atau (4), karena memberikan wewenang pembuatan aturan eksklusif di kedua cabang pemerintahan menurunkan upaya *rent-seeking*.³¹⁰ Apabila dipandang dari segi rasionalitas, pilihan untuk tidak mengubah UU Minerba dan tetap menjalankan Kontrak Karya adalah pilihan yang efisien, karena tidak menggunakan banyak upaya untuk mengubah UU Minerba hanya untuk mengkomodasi kepentingan *Interest Group*.

Sebelumnya, Pemerintah sudah sangat adaptif kepada Freeport³¹¹ dengan membuat UU Minerba sesuai dengan kebutuhan Freeport.³¹² Penyesuaian tersebut adalah berupa kelonggaran pada ketentuan Pasal 103 dan Pasal 107 UU Minerba yang ditindaklanjuti dengan Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 yang memberi jangka waktu 5 tahun (sejak tahun 2009) untuk membangun *smelter* serta melakukan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri terlebih dahulu terhadap hasil tambang yang hendak diekspor, namun hingga tahun 2017 tak kunjung dilaksanakan oleh Freeport.³¹³ Lumpuhnya pelaksanaan UU Minerba tersebut menyebabkan pemasukan pajak yang seharusnya ada menjadi berkurang. Potensi pemasukan pajak pun semakin berkurang apabila menghitung perusahaan pertambangan lainnya yang menjadi *free rider* atas penyesuaian UU Minerba terhadap Freeport. Selain itu, upaya adaptif yang dilakukan Pemerintah dengan membuat peraturan di bawah UU Minerba yang justru membentur ketentuan dalam UU Minerba demi tetap dapat ekspor konsentrat dan mendapat perpanjangan operasi tambang dua kali sepuluh tahun, ditolak mentah-mentah oleh Freeport dengan ancaman arbitrase.³¹⁴

Dari segi ekonomi, tambang bukan termasuk dalam barang publik. Barang publik harus memenuhi unsur (1) non-eksklusif dan (2) bebas.³¹⁵ Para ekonom menyebutkan bahwa keamanan nasional, budaya politik dan hukum yang bersifat deliberatif, dan udara bersih dan jalan raya sebagai contoh barang yang non-eksklusif dan gratis.³¹⁶ Barang publik tidak dapat dengan mudah diubah menjadi kepentingan properti. Produksi barang publik tunduk pada

³¹⁰*Ibid.*

³¹¹Ahmad Redi, *Op.Cit.*, h. 41.

³¹²*Ibid.*, h. 49.

³¹³*Ibid.*, h. 41.

³¹⁴*Ibid.*, h. 54.

³¹⁵Paul B. Stephan III, *Op.Cit.*, h. 749.

³¹⁶*Ibid.*

prisoner's dilemma yang dilebih-lebihkan, yaitu bahwa setiap orang yang berpotensi menjadi konsumen akhirnya menjadi lebih buruk dibandingkan dengan situasi di mana barang-barang publik dalam jumlah yang lebih besar diproduksi dengan biaya setiap konsumen.³¹⁷

Pentingnya teori barang publik adalah bahwa teori tersebut kerap memberikan hipotesis yang bersaing untuk tindakan pemerintah yang akan dikategorikan *Public Choice Theory* sebagai *rent-seeking*. Banyak contoh peraturan yang diberlakukan pemerintah dapat dibenarkan sebagai upaya untuk menyediakan barang publik, meskipun mereka juga mungkin memiliki efek pengurangan persaingan di antara produsen barang pribadi lainnya.³¹⁸ Meskipun tidak termasuk dalam barang publik, sektor pertambangan tetap disediakan dan dikelola oleh negara karena ketentuan yang ada dalam konstitusi, yaitu Pasal 33 UD NRI 1945. Maka, keberadaan *free-rider* dan *rent-seeking* dalam sektor pertambangan juga dapat terjadi.

Pembangunan ekonomi, teknologi, maupun kesetaraan pendapatan per kapita yang masih belum tinggi menandakan bahwa Indonesia masih tergolong negara berkembang. Oleh karenanya, Indonesia melakukan kerjasama dengan negara lain di berbagai sektor dengan alasan bahwa Indonesia belum mampu dalam pengelolaan dan pendistribusian. Pada awal masuknya Freeport pada era Soeharto sumberdaya alam kandungan biji besi yang ditemukan di Papua, tidak dapat dikelola secara maksimal oleh negara Indonesia. Maka dari itu, pilihan untuk melakukan perjanjian kerjasama dengan *Freeport* adalah pilihan yang paling rasional untuk Indonesia pada saat itu.³¹⁹

Hal tersebut merupakan pilihan yang paling rasional dan dibutuhkan oleh kepentingan nasional. *Pertama*, negara membutuhkan dana dan teknologi untuk memaksimalkan efisiensi pemakaian SDA. *Kedua*, memperbaiki iklim investasi asing di Indonesia dan mendorong adanya persaingan usaha yang sehat, inovasi serta pertumbuhan ekonomi. *Ketiga*, pemerintah ingin memperkuat kedudukannya mengingat baru dimulainya pemerintahan orde baru.³²⁰ Namun demikian, walaupun terlihat banyak membawa dampak positif, sebenarnya keberadaan Freeport juga membawa dampak negatif, diantaranya: adanya kerusakan lingkungan dan pelanggaran HAM.

³¹⁷Guido Pincione, *Op.Cit.*, h. 457.

³¹⁸Paul B. Stephan III, *Op.Cit.*, h. 750.

³¹⁹ Tri Ratna Rinayuhani, 'Rational Choice Dalam Kerjasama Pemerintah Indonesia dengan PT.Freeport Indonesia' (2017) Vol.13 No.1 Jurnal Politik, h.1922.

³²⁰*Ibid.*

Kurangnya teknologi, ilmu pengetahuan, ahli-ahli ataupun modal merupakan alasan utama Indonesia seringkali memutuskan untuk bekerjasama dengan para investor asing. Indonesia cenderung menggunakan *rational theory* dalam pendekatan investasi. Hal itu berarti bahwa tolak ukur kerjasama Indonesia berdasarkan untung dan rugi. Namun, dewasa ini keputusan Indonesia menggunakan *rational theory* dalam hal pendekatan ekonomi cenderung mengakibatkan dampak yang buruk bagi Indonesia sendiri. Ketidak mandirian Indonesia dalam pengelolaan sumberdaya hingga eksploitasi besar-besaran yang terjadi di Indonesia. PMA khususnya dalam hal ini mengenai kebijakan divestasi saham pada akhirnya dapat menjadi resiko bagi Indonesia, jika tidak segera dilakukan pengambilalihan saham secara cuma-cuma.

Pada dasarnya kebijakan divestasi saham adalah untuk melindungi kepentingan nasional dari negara yang bersangkutan. Namun dalam menetapkan kebijakan divestasi saham khususnya Freeport, Pemerintah harus melakukan pertimbangan atau penilaian rasional mengenai seberapa besar keuntungan serta kerugian (*cost and benefit*) yang kelak akan diterima negara apabila divestasi saham tersebut dilaksanakan. Pertimbangan atau penilaian rasional yang dilakukan oleh pemerintah mengenai untung atau rugi terhadap divestasi saham merupakan penjabaran dari *Rational Choice Theory* atau yang dikenal dengan sebutan teori pilihan rasional. Pada hakikatnya, *Rational Choice Theory* diartikan sebagai teori tentang cara manusia dalam memutuskan pilihan menurut kecenderungan pribadi mereka. Tujuan utama dari teori ini adalah untuk menjelaskan perilaku sistem-sistem sosial, baik dalam skala kecil maupun besar.³²¹

Rational Choice Theory pertama kali dikemukakan oleh George Homas, seorang sosiolog pada tahun 1961 dengan berdasarkan pada kelakuan psikologis manusia.³²² Teori ini kemudian berkembang menjadi salah satu prinsip ekonomi yang menyatakan bahwa setiap individu selalu membuat keputusan yang berpikir ke depan dan logis. Keputusan ini memberikan manfaat atau kepuasan maksimal (*utility maximation*) bagi setiap individu. Teori ini menyimpulkan bahwa semua orang mencoba untuk memaksimalkan keuntungan di segala situasi, sehingga semua orang secara konsisten juga mencoba untuk meminimalkan

³²¹ Nicholas Abercrombie, Stephen Hil, dan Bryan S Turner, *Kamus Sosiologi*, Pustaka Belajar, Yogyakarta, 2010, h. 456.

³²² John Scott, *Rational Choice Theory from Understanding Contemporary Society: Theories of The Present*, Sage Publications: 2000, h.2.

kerugian.³²³ Simpulan ini didasarkan pada pemikiran bahwa semua manusia membuat suatu keputusan dari perhitungan yang rasional, bertindak secara rasional saat memilih, dan bertujuan untuk mendapatkan kepuasan ataupun keuntungan.

Rational Choice Theory pada dasarnya juga merupakan prinsip dalam teori ekonomi klasik. Dasar pemikiran dalam teori ini adalah *cost and benefit* atau untung dan rugi. Sebagai contoh adalah satu kilo jeruk di pasar berharga Rp 12.000,- sedangkan di supermarket berharga Rp 15.000,-. Orang akan membeli jeruk di pasar untuk menghemat pengeluaran atau bisa juga membeli jeruk di supermarket untuk menghemat biaya perjalanan. Dalam kasus ini orang akan menimbang pilihan-pilihan untuk menemukan keputusan yang paling rasional yang memberikan keuntungan terbesar bagi dirinya.³²⁴ *Rational Choice Theory* sering digunakan dalam pengambilan keputusan dalam memilih suatu kebijakan, hal ini dikarenakan teori rasional ini mengutamakan pengambilan kebijakan yang menguntungkan dan berjangka waktu panjang.

Terdapat dua unsur penting dalam *Rational Choice Theory*, yaitu aktor dan sumber daya. Aktor dipandang sebagai manusia yang mempunyai tujuan tertentu yang segala tindakannya mengarah pada upaya untuk mewujudkan tujuan yang diharapkan. Aktor juga dipandang memiliki pilihan dan pilihan yang dipilih oleh aktor tersebut merupakan tindakan untuk mencapai tujuannya. Aktor akan memilih tindakan akan sesuatu yang nantinya akan menghasilkan keuntungan. Aktor juga pasti akan menggunakan sebagian haknya untuk mengendalikan diri sendiri dan sebagian hak lainnya untuk mengendalikan aktor lain.³²⁵

Sedangkan sumber daya merupakan suatu obyek yang dapat di kendalikan oleh aktor. *Rational Choice Theory* tidak menghiraukan apa yang menjadi sumber pilihan aktor, yang penting adalah kenyataan bahwa tindakan yang dilakukan untuk mencapai tujuan telah sesuai dengan pilihan aktor.³²⁶ Adapun unsur lain yang juga penting yang harus ada dalam *Rational Choice Theory* adalah kenyataan bahwa adanya tindakan yang dilakukan oleh aktor untuk mencapai tujuan yang sesuai dengan pilihannya.³²⁷

³²³ Robert Nozick, *Nature of Rationality*, Princeton University Press: 1993, h. 17.

³²⁴ Thomas S. Ulen, *Rational Choice Theory in Law and Economics*, 1999, h. 710.

³²⁵ Rendy R. Wrihatmolo dan Riant Nugroho Dwidjowijoto, *Manajemen Pemberdayaan Sebuah Pengantar dan Panduan untuk Pemberdayaan Masyarakat*, PT Elex Media Komputindo, Jakarta, 2007, h. 103.

³²⁶ Ritzer George dan Douglas J. Goodman, *Teori Sosiologi Modern*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2004, h. 550.

³²⁷ James S. Coleman, *Dasar-Dasar Teori Sosial, Foundations of Social Theory (Edisi Revisi)*, Jakarta, Nusamedia, 2009, h. 179.

Dalam menentukan pilihan, setiap individu memiliki pemikiran dan pertimbangan yang berbeda-beda secara rasional mengenai nilai. Tidak hanya manusia sebagai aktor saja yang memiliki pertimbangan nilai untung rugi dalam melakukan investasi, suatu negara dalam menentukan kebijakannya juga memiliki pertimbangan-pertimbangan secara rasional mengenai kebijakan mana yang mempunyai nilai lebih menguntungkan dalam kegiatan investasi. Tidak semua pilihan yang memiliki keuntungan paling besar akan selalu menguntungkan walaupun pertimbangan atas nilai dari setiap pilihan telah dilakukan, karena bisa jadi keuntungan yang besar memiliki resiko yang besar pula.

Apabila ditinjau dari aspek hukum investasi, aktor yang dijadikan perhatian utama dalam *Rational Choice Theory* adalah pemerintah serta tindakan pemerintah yang berkaitan dengan pembuatan keputusan mengenai kebijakan investasi asing dalam suatu negara. Misalnya dalam hal divestasi saham, pemerintah hendaknya melakukan penilaian secara rasional dengan cara memperhatikan baik dan buruk atau untung dan rugi (*cost and benefit*) dengan adanya kebijakan tersebut. Pemerintah dapat mengendalikan sumber daya yang ada dalam suatu Negara untuk dikelola dengan tujuan untuk kemakmuran rakyat, begitupun dalam kebijakan divestasi saham, pemerintah memiliki andil untuk mengendalikan kebijakan investasi suatu Negara untuk mencapai tujuan negara.

Dengan adanya *Rational Choice Theory* ini, maka untuk menentukan kebijakan divestasi saham, pemerintah harus terlebih dahulu menimbang seberapa besar dampak positif serta dampak negatif yang kelak akan diterima oleh negara yang bersangkutan apabila kebijakan tersebut dilaksanakan. Dasar hipotesis yang diperoleh dengan penerapan teori ini dibentuk dari pengalaman empiris individu tersebut³²⁸ serta analisis secara menyeluruh terhadap data-data yang tersedia. Data yang dimaksud adalah keseluruhan fakta yang mempengaruhi *cost* dan *benefit* dari tindakan investor. Apabila setelah dilakukan pertimbangan dan menghasilkan penilaian bahwa skema divestasi saham dengan cara dibeli sesuai dengan harga pasar tidak memberi manfaat yang besar bagi Negara, dan cenderung merugikan negara, maka pemerintah harus merubah skema kebijakan divestasi saham tersebut.

Hakikat utama dari *Rational Choice Theory* adalah dengan adanya keterikatan dan hubungan kerjasama antar negara *host country* dan *home country*, akan menghasilkan keuntungan semaksimal mungkin. Teori pilihan rasional menjadi dasar bawasanya pemerintah dalam pengambilan kebijakan investasi harus membawa keuntungan yang sebesar-besarnya

³²⁸ Thomas, Thomas S. Ulen, *Rational Choice Theory in Law and Economics*, 1999, h. 793.

bagi *host country*, baik dari segi ekonomi dan sosial. Kebijakan dan keputusan yang diambil pemerintah haruslah berdasarkan rasionalitas, dengan adanya rasionalitas dalam sebagai acuan kebijakan hukum maka akan mencegah adanya irasionalitas dan inefisiensi yang nantinya akan merugikan. Teori pilihan rasional ini juga dapat dikaitkan dengan teori *State/government intervention theory*. Penerapan *Rational Choice Theory* harus bersinergi dengan *State/government intervention theory*. Peran pemerintah yang dapat mengintervensi pasar diperlukan untuk mengoreksi ketidakseimbangan pasar agar dapat melindungi sektor domestik di negaranya. Sebagai negara yang sedang berkembang, Indonesia masih memerlukan campur tangan pemerintah untuk mengontrol *infant industries* yang berkompetisi dengan industri di negara-negara maju.³²⁹

Dengan demikian dapat disimpulkan, kerjasama antara pemerintah dengan investor asing hanya akan terjadi apabila terdapat peluang lahirnya keuntungan yang besar bagi kepentingan suatu negara yang bersangkutan. Sebagai negara berkembang yang juga merupakan *host country*, Pemerintah Indonesia sudah seharusnya melakukan kajian secara komprehensif terkait dengan *cost* dan *benefit* ketika menentukan kebijakan divestasi saham. Skema kebijakan divestasi saham yang diambil harus tegas, tidak hanya menguntungkan *host country* dalam jangka pendek tapi juga jangka panjang. Perhitungan untung dan rugi juga harus mempertimbangkan dampak yang mungkin akan timbul, supaya tidak berimbas pada generasi sekarang, juga pada generasi yang akan datang.

Berpijak dari *Rational Choice Theory* dan juga *state/government intervention theory*, untuk melindungi kepentingan nasional pemerintah seharusnya mengambil langkah kebijakan secara tegas mengenai batas-batas tindakan apa saja yang dapat dilakukan oleh Freeport agar tidak merugikan Negara. dengan menentukan kebijakan divestasi saham Freeport secara tegas, tidak dengan cara dibeli, namun secara langsung dimiliki oleh Pemerintah Indonesia. "*Salus Populi Suprema Lex*", Kemakmuran dan Kesejahteraan Rakyat Adalah Hukum yang Tertinggi Pada Suatu Negara.

5.2.4. Rekomendasi Bagi Divestasi Saham Pertambangan

5.2.4.1. Menentukan Mekanisme yang Lebih Jelas tentang Penentuan Harga Saham Divestasi

Terdapat berbagai metode penentuan harga saham divestasi, sehingga pemerintah Indonesia maupun PT Freeport Indonesia tidak harus terpaku pada dua metode yang selama

³²⁹Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia* (Ringkasan Disertasi), Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga Surabaya, 2005.

ini diperdebatkan. Berikut adalah macam-macam metode penentuan harga saham divestasi yang dapat diadopsi.

5.2.4.1.1. Penentuan Harga Saham Divestasi Menurut Penelitian NRG I

NRGI dalam laporan analisisnya berpendapat bahwa pendekatan yang digunakan oleh pemerintah Indonesia dalam menentukan harga saham divestasi kemungkinan besar akan menghambat kegiatan investasi asing di sektor pertambangan untuk masa yang akan datang. Oleh karena itu, NRG I memberikan tiga saran utama dalam laporannya dengan rincian sebagai berikut³³⁰

- a. Penentuan harga saham divestasi perlu mencakup komponen biaya modal ekuitas perusahaan PMA. Tanpa perubahan ini, aturan divestasi secara efektif akan menjadi beban fiskal yang cukup besar bagi investor yang akan berdampak pada penurunan investasi asing di masa yang akan datang;
- b. Perlunya mempertimbangkan beberapa metode lain dalam menentukan harga saham divestasi, seperti metode yang didasarkan pada pemasukan (arus kas diskonto) atau biaya penggantian. Hal ini sesuai dengan praktek di industri pertambangan pada umumnya serta memberikan cerminan bahwa pemerintah Indonesia tidak hanya mengacu pada satu metode tertentu.

Pemerintah Indonesia dapat mengikuti aturan penilaian internasional yang berbeda dalam setiap kasus-kasus yang ada. Beberapa negara penghasil mineral telah memiliki aturan baku dan rinci terkait valuasi aset pertambangan seperti VALMIN (the Australian Institute of Mining and Metallurgy), CIMVAL (Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum), dan SAMVAL (South African Mining Associations). Dengan menerapkan salah satu aturan internasional ini dimungkinkan akan mengurangi potensi konflik antar berbagai pihak terkait dan mengurangi ketidakpastian dalam penentuan harga saham divestasi di sektor pertambangan.

5.2.4.1.2. Penentuan *Fair Market Value* Menurut ICSID (Berdasarkan Kasus *CMS Gas v. Argentina*)

Sebelum suatu putusan arbitrase diterbitkan, arbitrase tentunya melakukan analisa penilaian kasus berdasarkan prosedur-prosedur terbaik yang umumnya diterapkan dan mengkombinasikannya dengan diskresi yang dimiliki oleh arbitrase.³³¹ Pendekatan analisa penilaian yang diterapkan oleh ICSID secara *ad hoc* terilustrasi dalam kasus *CMS Gas v.*

³³⁰ David Manley dan Emmanuel Bria, *Loc.Cit.*, h. 16.

³³¹ Jason Pan, *Valuation Standards for Calculating ICSID Awards*, 14 *Pepp.Disp.Resol. L.J. Iss.3* (2014), <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol14/iss3/3>; dikunjungi pada tanggal 20 Oktober 2017, h. 358.

Argentina.³³² Kasus *CMS Gas v. Argentina* dilatarbelakangi oleh kejadian di era 1980-an, di mana Argentina melakukan privatisasi terhadap industri distribusi gas.³³³ Kemudian perusahaan CMS Gas yang berdomisili di Amerika Serikat membeli 29,42% saham di perusahaan gas Argentina yang bernama Transportadora de Gas del Norte (selanjutnya disebut sebagai 'TGN').³³⁴ Namun, pada awal tahun 2000 ketika terjadi krisis ekonomi, pemerintah Argentina membekukan tarif yang seharusnya dibayar dan disesuaikan setiap enam bulan berdasarkan *United States Producer Price Index* (US PPI).

Dalam kasus ini, arbitras memutuskan untuk menggunakan disrkesinya dalam menentukan perhiutngan *fair market value*, sebab BIT Amerika Serikat-Argentina tidak mengatur secara spesifik bagaimana perhitungan *fair market value* seharusnya dilakukan. Majelis arbitrase dalam kasus ini menggunakan 5 (lima) pendekatan yang berbeda untuk menentukan nilai aset yang dimiliki oleh *CMS Gas*, yakni:

a. *Asset Value Approach*

Pendekatan ini dilakukan dengan menilai aset perusahaan dari biaya penggantian (*replacement cost*). Dalam kasus ini, majelis arbitrase memutuskan untuk tidak menerapkan metode ini karena *CMS Gas* merupakan pemegang saham minoritas dari TGN;³³⁵

b. *Comparable Transaction Approach*

Pendekatan ini merupakan triangulasi nilai dari aset perusahaan dengan cara memeriksa transaksi dengan karakteristik yang sama yang terjadi di masa lampau. Dalam kasus ini, majelis arbitrase memutuskan untuk tidak menerapkan metode ini atas dua pertimbangan. Pertama, tidak adanya bukti transaksi yang signifikan. Kedua, pendekatan ini akan menjadi usaha yang paling spekulatif untuk dicoba dalam menentukan kompensasi yang harus dibayarkan kepada *CMS Gas*;³³⁶

c. *Option Valuation Approach*

Pendekatan ini menilai aset perusahaan berdasarkan '*highest possible use*'. di mana majelis arbitrase memutuskan untuk tidak menerapkan metode ini karena pendekatan ini

³³²*Ibid.*

³³³ *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005 (selanjutnya disingkat '*CMS Gas v. Argentina*'), paragraph 53.

³³⁴*Ibid*, paragraph 58.

³³⁵*Ibid*, paragraph 413.

³³⁶*Ibid*, paragraph 414.

dirasa tidak sesuai dengan keadaan yang membawahi kasus ini. Dalam hal ini, majelis arbitrase mengungkapkan bahwa sangat sulit untuk membayangkan fungsi atau opsi apa yang ada untuk jalur transmisi gas selain untuk mengangkut gas;³³⁷

d. *Exchange Approach*

Pendekatan penentuan nilai aset ini ditentukan dengan cara membandingkan aset tersebut dengan aset lain yang memiliki karakteristik yang sama dan *publicly traded*. Dalam kasus ini, majelis arbitrase memutuskan untuk tidak menerapkan pendekatan ini atas beberapa pertimbangan. Pertama, seluruh saham TGN tidak secara publik dijual di pasar modal atau *public market* lainnya. Menurut pemerintah Argentina, dalam mengestimasi nilai TGN perlu dilakukan referensi terhadap TGS, pengangkut gas alam lainnya, dan tiga distributor gas alam yang terdaftar di pasar modal Argentina. Namun, majelis arbitrase dalam hal ini mengutip pernyataan Mr. Bello bahwa kapitalisasi pasar dalam pasar tidak likuid (*illiquid markets*) seperti Argentina bukan metode penilaian aset yang sesuai untuk diterapkan. Selain itu, terdapat perbedaan yang signifikan antara TGN dengan perusahaan yang disebutkan oleh pemerintah Argentina di atas dalam konteks level aset yang dimiliki, segmentasi usaha, kebijakan finansial, dan isu lainnya;³³⁸

e. *Discounted Cash Flow Approach (DCF)*

Pendekatan ini merupakan penilaian aset yang dilakukan dengan cara menentukan *present value* dari prediksi arus kas di masa depan yang didiskon pada angka (*discounted at a rate*) yang mencerminkan berbagai macam kategori resiko dan ketidakpastian. Dalam kasus ini, majelis arbitrase memutuskan bahwa pendekatan ini merupakan metode yang paling sesuai untuk diterapkan. Majelis arbitrase mengungkapkan bahwa teknik penilaian DCF telah diadopsi secara universal, termasuk di beberapa putusan arbitrase, untuk menentukan nilai aset bisnis.³³⁹ Selain itu, data yang tersedia dirasa cukup untuk melakukan penilaian aset TGN dengan metode DCF ini.

5.2.4.1.3. Penentuan *Fair Market Value* Perusahaan Tambang Emas Rusoro (Kasus *Rusoro v. Venezuela*)

Di sisi lain, terdapat metode lain dalam menentukan nilai aset suatu investasi asing yang diterapkan oleh ICSID dalam kasus *Rusoro v. Venezuela*. Dalam putusannya, ICSID menetapkan terdapat tiga metode penentuan nilai aset *Rusoro Mining Limited* untuk

³³⁷*Ibid*, paragraph 415.

³³⁸*Ibid*, paragraph 412.

³³⁹*Ibid*, paragraph 416.

menentukan besar kompensasi yang harus dibayar oleh Venezuela atas tindakan ekspropriasi pada bulan September 2011 yang dilakukan berdasarkan kebijakan pemerintah Venezuela di sektor ekspor emas pada tahun 2009 dan 2010. Tiga metode tersebut adalah dilakukan berdasarkan *adjusted investment valuation*, *maximum market valuation*, dan *book valuation*.

Sebelum membahas tiga metode di atas, penulis akan menjelaskan secara singkat latar belakang dari kasus *Rusoro v. Venezuela*. Berdasarkan klaim dari *Rusoro*, tindakan ekspropriasi Venezuela terhadap perusahaan *Rusoro* di Venezuela melanggar ketentuan dalam Art.VII BIT Kanada-Venezuela.³⁴⁰ Pemerintah Venezuela mengumumkan kebijakannya pada tahun 2009 dan 2010 bahwa akan dilakukan pengaturan ketat dalam hal ekspor emas yang ditambah di wilayah Venezuela.³⁴¹ Kebijakan ini, ditambah dengan resiko politik yang semakin meningkat (ditunjukkan dengan meningkatnya jumlah obligasi pemerintah yang beredar) memiliki dampak yang signifikan bagi calon pembeli perusahaan tambang emas *Rusoro* di Venezuela.

Art.VII BIT Kanada-Venezuela mewajibkan Venezuela untuk membayar kompensasi kepada investor dalam jumlah yang ‘memadai’ (*‘adequate’*), berdasarkan ‘nilai investasi yang sesungguhnya’ (*‘genuine value of investment’*).³⁴² Dalam hal ini, arbitrase menemukan bahwa dalam menyelesaikan penentuan *fair market value* dari perusahaan *Rusoro* ini BIT Kanada-Venezuela memberikan satu standar yang harus dipenuhi, yakni nilai aset perusahaan yang diekspropriasi harus ditentukan tepat sebelum ekspropriasi itu terjadi atau tepat pada saat rencana ekspropriasi tersebut diketahui oleh publik.³⁴³ Tujuan dari adanya standar ini adalah untuk menghindari timbulnya harga aset yang terkontaminasi dengan informasi yang berasal dari negara penerima investor (*host state*). Arbitrase mengungkapkan bahwa *fair market value* dalam hal ini harus mengacu pada harga yang akan dibayar oleh pihak ketiga yang tidak memiliki informasi apapun mengenai tindakan ekspropriasi yang dilakukan oleh Venezuela terhadap perusahaan *Rusoro*.³⁴⁴ Selain itu, kebijakan yang diberikan oleh pemerintah Venezuela pada tahun 2010 tidak sesuai dengan ketentuan dalam BIT Kanada-

³⁴⁰*Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award of 22 August 2016 (selanjutnya disingkat ‘*Rusoro v. Venezuela*’), paragraph 357.

³⁴¹*Ibid*, paragraph 144-159.

³⁴² Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/644>, dikunjungi pada tanggal 13 Oktober 2017, Art.VII.

³⁴³*Rusoro v. Venezuela*, paragraph 756.

³⁴⁴*Ibid*.

Venezuela, sehingga dampak yang timbul dari kebijakan tersebut harus dikesampingkan dari penentuan nilai perusahaan Rusoro.

Nilai investasi yang sesungguhnya dapat diinterpretasikan dengan berbagai metode. Namun, sebelum mempertimbangkan metode mana yang paling tepat untuk menentukan nilai investasi perusahaan Rusoro di Venezuela yang sebenarnya, arbitrase beserta para pihak telah menyepakati bahwa istilah '*genuine value*' dari investasi investor dalam konteks Art.VII selaras dengan konsep tradisional *fair market value*.³⁴⁵ Selanjutnya, arbitrase mendefinisikan *fair market value* sebagai berikut.³⁴⁶

...price that a willing buyer would buy given goods at and the price at which a willing seller would sell it at on the condition that none of the two parties [is] under any kind of duress and that both parties have good information about all relevant circumstances involved in the purchase.

Langkah-langkah yang dilakukan oleh arbitrase sebelum menentukan apa yang dimaksud dengan *fair market value* adalah sebagai berikut:³⁴⁷

- memberikan pendahuluan tentang pasar emas internasional dan nilai perusahaan penghasil emas secara singkat (selanjutnya disebut sebagai '*the Investment Valuation*');
- menemukan besaran nilai investasi sesungguhnya yang telah dilakukan oleh Rusoro di Venezuela berdasarkan harga secara historis;
- kemudian menilai ulang nilai perusahaan Rusoro di Venezuela berdasarkan perkembangannya (selanjutnya disebut sebagai '*the Adjusted Investment Valuation*');
- nilai pembukuan aset investasi Rusoro di Venezuela (selanjutnya disebut sebagai '*the Book Valuation*');
- kapitalisasi pasar perusahaan Rusoro di Venezuela (selanjutnya disebut sebagai '*Maximum Market Valuation*'); dan
- penentuan nilai aset investasi menurut ahli yang diajukan oleh Rusoro (selanjutnya disebut sebagai '*Navigant Valuation*').

Setelah menempuh dua langkah awal, arbitrase sampai pada kesimpulan bahwa nilai investasi perusahaan Rusoro di Venezuela yang sesungguhnya adalah US\$ 774,3

³⁴⁵*Ibid*, paragraph 647.

³⁴⁶*Starret Housing Corp and ors v The Government of the Islamic Republic of Iran and ors* (1987) 16 Iran-US CTR 112, h.18

³⁴⁷*Rusoro v. Venezuela, Op.cit.*, paragraph 648.

juta.³⁴⁸ Setelah itu, barulah arbitrase memulai analisis nilai aset Rusoro dengan tiga metode sebagai berikut.

a. Adjusted Investment Valuation

Metode penilaian ini dimulai dari besaran investasi awal yang dilakukan Rusoro melalui akuisisi 5 perusahaan pertambangan emas di Venezuela, yakni sejumlah US\$ 774.3 juta pada saat harga emas rendah (namun sedang dalam proses meningkat).³⁴⁹ Arbitrase mengatakan bahwa harga emas akan berpengaruh terhadap nilai perusahaan penghasil emas. Hal ini berarti bahwa jika harga emas naik, maka nilai perusahaan penghasil emas juga akan naik. Investasi yang dilakukan oleh Rusoro di Venezuela ada dalam momen yang sangat tepat, sebab investasi dimulai ketika harga emas rendah yang kemudian meningkat terus menerus seiring dengan berkembang dan berjalannya perusahaan. Pada saat harga emas sedang pada puncaknya, tepatnya pada bulan September 2011, Venezuela melakukan ekspropriasi terhadap perusahaan Rusoro di wilayahnya. Keadaan saat itu memungkinkan investasi Rusoro bernilai sebesar US\$ 1.128,7 milyar.

b. Book Valuation

Per tanggal 30 September 2011, Rusoro membawahi perusahaannya di Venezuela dengan nilai pembukuan sebesar US\$ 959 juta.³⁵⁰ Kemudian nilai pembukuan tersebut mengalami depresiasi sebesar US\$ 51 juta yang menyebabkan nilai pembukuan menjadi US\$ 908 juta. Rusoro mengungkapkan bahwa nilai pembukuan aset perusahaan menjadi elemen sangat penting dalam menentukan besaran kompensasi atas tindakan ekspropriasi yang dilakukan Venezuela, karena pada dasarnya segala bentuk penentuan nilai perusahaan hasil ekspropriasi juga berasal dari nilai pembukuan aset perusahaan tersebut. Secara singkat, arbitrase akhirnya menyimpulkan bahwa nilai pembukuan bersih aset perusahaan Rusoro di Venezuela per tanggal 30 September 2011 adalah US\$ 908 juta.

c. Maximum Market Valuation yang diperoleh dari Kapitalisasi Pasar (Market Capitalization) Rusoro

Penghitungan dengan metode *maximum market valuation* dan *final market valuation* didasarkan pada kapitalisasi pasar (*market capitalization*) perusahaan Rusoro di Venezuela. Secara umum, kapitalisasi pasar dari suatu perusahaan yang terdaftar di pasar modal dihitung dengan cara mengalikan harga pasar per saham dengan jumlah dari saham beredar

³⁴⁸*Ibid*, paragraph 678.

³⁴⁹*Ibid*, paragraph 682.

³⁵⁰*Ibid*, paragraph 683 dan 684.

(*outstanding shares*). Kapitalisasi pasar ini mencerminkan nilai seluruh saham suatu perusahaan menurut pasar modal.

Dilihat dari sudut pandang finansial, kapitalisasi pasar dari suatu perusahaan yang terdaftar di pasar modal tidak setara dengan nilai dari perusahaan itu sendiri. Untuk menentukan nilai dari perusahaan, perlu dilakukan penjumlahan atau pengurangan hutang bersih yang beredar (*the outstanding net debt*) dengan nilai dari kapitalisasi pasar perusahaan tersebut. *Navigant*, sebuah perusahaan konsultasi bisnis, memberikan perhitungan bahwa per tanggal 28 Februari 2008 nilai perusahaan Rusoro di Venezuela mencapai US\$ 700,6 juta (dalam keadaan hutang bersih perusahaan bernilai negatif (*negative net debt*)), di mana nilai yang timbul dari metode penilaian ini disebut dengan *Maximum Market Valuation*. Nilai tersebut kemudian mulai turun dengan cepat, hingga pada tanggal 6 Agustus 2011 Presiden Chavez mengumumkan bahwa pemerintah Venezuela akan melakukan nasionalisasi terhadap perusahaan di sektor pertambangan emas dan menyebabkan nilai perusahaan Rusoro sampai pada harga US\$ 125,6 juta (dalam keadaan hutang bersih perusahaan bernilai positif (*positive net debt*)), di mana nilai yang timbul dari metode penilaian ini disebut dengan *Final Market Valuation*.³⁵¹

Perlu diketahui bahwa ketika nilai perusahaan Rusoro turun secara berlarut-larut, harga emas dan nilai perusahaan-perusahaan tambang emas di seluruh dunia meningkat secara signifikan. Dalam hal ini, penurunan kapitalisasi pasar Rusoro tidak mencerminkan prinsip ekonomi dan harga dari tambang emas secara umum, melainkan disebabkan oleh ketidakpastian politik yang timbul dari kebijakan pemerintah Venezuela pada tahun 2009 dan 2010 serta meningkatnya resiko politik nasional (pada saat itu obligasi pemerintah yang tersebar naik dari 2% ke 12% di tahun 2007 sampai 2011).

Satu pendekatan penilaian yang harus dianalisa majelis arbitrase adalah metode penilaian yang dilakukan oleh *Navigant* sebagai ahli yang direkrut oleh Rusoro. Dalam hal ini, *Navigant* menerapkan tiga metode untuk menentukan *genuine value* dari perusahaan Rusoro di Venezuela yakni *Comparable Publicly Traded Companies (CPTC Valuation)*, *Comparable Transactions (CT Valuation)*, dan *Discounted Cas Flow (DCF Valuation)*. Namun, pada akhirnya arbitrase memutuskan untuk mengkombinasikan tiga metode penilaian saja, yakni *maximum market valuation*; *book valuation*; dan *adjusted investment valuation*. Secara

³⁵¹*Ibid*, paragraph 713.

singkat, alasan majelis arbitrase tidak menjadikan *Navigant Valuation* sebagai metode penentuan nilai perusahaan Rusoro di Venezuela adalah sebagai berikut³⁵²:

- Pertama, *Navigant* mengutamakan penggunaan metode penilaian CT dan CPCT yang mencakup teknik “*market multiple*”, yang menurut majelis arbitrase tidak dapat berdiri sendiri untuk diterapkan sebagai metode penilaian perusahaan Rusoro di Venezuela. Hal ini disebabkan oleh situasi di Venezuela secara umum, situasi di sektor pertambangan emas Venezuela secara khusus, dan situasi yang sangat spesifik dalam perusahaan Rusoro di Venezuela (perusahaan Rusoro di Venezuela merupakan perusahaan yang dikendalikan oleh Rusia yang beroperasi di lingkungan politik Venezuela);
- Kedua, meskipun kedua belah pihak telah sepakat bahwa DCF adalah metode penilaian yang dapat berdiri sendiri, majelis arbitrase menganggap bahwa yang dilakukan oleh *Navigant* tidak dapat dikatakan sebagai metode penilaian DCF secara utuh. Hal ini disebabkan oleh penilaian yang dilakukan oleh *Navigant* sebagian besar hanya mengandalkan metode penilaian lainnya untuk memperoleh nilai akhir (70% dari perhitungan *Navigant* didasarkan pada metode CT dan CPCT, sedangkan metode DCF hanya diberikan beban 30%).

Arbitrase mengungkapkan bahwa pendekatan terbaik yang dapat diterapkan untuk menentukan *fair market value* dari perusahaan Rusoro di Venezuela adalah dengan mengkombinasikan ketiga metode penilaian di atas, yang menghasilkan nilai US\$ 966,5 juta. Dalam menentukan *genuine value* ini, arbitrase mempertimbangkan kelebihan dan kelemahan masing-masing metode penilai, yakni:³⁵³

- Kelebihan dari metode *maximum market valuation* adalah tidak adanya subyektivitas dalam proses perhitungan. Melalui metode ini perhitungan dilakukan secara sederhana, yakni dengan menjumlahkan total kapitalisasi pasar Rusoro pada saat puncak dengan hutang bersih dalam keadaan negatif (*negative net debt*). Kelemahannya adalah metode ini dilakukan terhadap kondisi perusahaan dalam jarak waktu yang singkat, tepatnya tiga tahun sebelum tanggal ekspropriasi dilakukan. Dengan mempertimbangkan kelebihan dan kelemahan tersebut, arbitrase memutuskan untuk memberikan beban 25% dari nilai perusahaan yang dihitung dengan metode ini;
- Kelebihan dari metode *book valuation* terletak pada nilai perusahaan yang berasal dari pembukuan perusahaan Rusoro yang telah diaudit. Nilai yang timbul dari metode ini mencerminkan kriteria konservatif dalam penentuan nilai perusahaan. Kelemahannya adalah nilai yang timbul dari metode ini tidak mencerminkan meningkatnya harga emas dan perusahaan tambang emas pada saat investasi dilakukan sampai ekspropriasi terjadi maupun perkembangan aset pertambangan yang dimiliki oleh Rusoro. Dengan mempertimbangkan kelebihan dan kelemahan tersebut, arbitrase memutuskan untuk memberikan beban 25% dari nilai perusahaan yang dihitung dengan metode ini;
- Kelebihan metode *adjusted investment valuation* terletak pada hasil penilaian yang mencerminkan nilai investasi pada saat ekspropriasi terjadi sebagai konsekuensi secara langsung dari meningkatnya harga emas dan harga perusahaan produsen emas pada saat investasi dilakukan sampai dengan ekspropriasi terjadi. Nilai yang timbul dari metode ini

³⁵²*Ibid*, paragraph 782, 781 dan 784.

³⁵³*Ibid*, paragraph 789.

mencerminkan nilai minimum yang harus dibayarkan oleh Venezuela sebagai kompensasi atas tindakan ekspropriasi yang dilakukan terhadap perusahaan Rusoro. Dalam kasus ini, arbitrase memberikan beban 50% dari nilai perusahaan yang dihitung dengan metode ini.

Apa yang diterapkan oleh arbitrase dalam kasus *Rusoro v. Venezuela* di atas juga dapat diterapkan sebagai solusi bagi pemerintah Indonesia dalam menentukan harga saham divestasi. Dalam kasus divestasi saham Freeport, pemerintah Indonesia dan PT Freeport Indonesia dapat menerapkan gabungan pendekatan penentuan harga saham divestasi menurut masing-masing pihak, yakni pendekatan *replacement cost* dari pemerintah Indonesia dan pendekatan *fair market value* dari PT Freeport Indonesia. Setelah itu didapatkan nilai tengah dari gabungan pendekatan di atas yang dapat digunakan sebagai acuan harga saham divestasi.

5.2.4.2. Menghilangkan Aturan Divestasi Saham

Pada dasarnya, pelaksanaan ketentuan wajib divestasi saham tidak mudah untuk dilakukan. Dalam hal ini, penulis merekomendasikan bahwa aturan divestasi sebaiknya dihilangkan dan menggantinya dengan mekanisme lain. Tujuan utamanya adalah untuk memenuhi cita-cita bangsa Indonesia yang tercantum dalam UUD 1945, yakni agar penguasaan sumber daya di wilayah Negara Republik Indonesia berada di tangan bangsa sendiri sehingga masyarakat dapat mengambil manfaat secara langsung dari penguasaan sumber daya tersebut.

Dalam hal ini, penulis ingin merekomendasikan agar pemerintah Indonesia dapat memberlakukan ketentuan yang dapat meningkatkan jumlah setoran royalti dari perusahaan PMA yang diterima setiap tahun. Khusus di sektor pertambangan mineral dan batubara, istilah royalti lebih dikenal dengan iuran pertambangan. Iuran pertambangan yang dimaksud terdiri dari iuran eksplorasi dan iuran eksploitasi.³⁵⁴ Namun, ketentuan mengenai royalti di sektor pertambangan diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1969 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (selanjutnya disebut sebagai PP No. 32 tahun 1969³) tidak hanya mencakup iuran eksplorasi dan eksploitasi, melainkan juga iuran tetap (*landrent*) sampai ketentuan ini

³⁵⁴ Indra Syahputra Lubis, *Pendapatan Negara Bukan Pajak Sub Sektor Mineral dan Batubara*, <http://bdtbt.esdm.go.id/index.php/file/file/PNBP.pdf>, dikunjungi pada tanggal 2 Oktober 2017, h.2.

diubah pada tahun 2000. Dalam PP No. 32 tahun 1969, masing-masing iuran memiliki definisi sebagai berikut:³⁵⁵

- a. Iuran Tetap adalah iuran yang dibayarkan kepada Negara sebagai imbalan atas kesempatan Penyelidikan Umum, Eksplorasi atau Eksploitasi pada suatu wilayah Kuasa Pertambangan;
- b. Iuran Eksplorasi adalah Iuran Produksi yang dibayarkan kepada Negara dalam hal pemegang Kuasa Pertambangan Eksplorasi mendapat hasil berupa bahan galian yang tergali atas kesempatan eksplorasi yang diberikan kepadanya;
- c. Iuran Eksploitasi adalah Iuran Produksi yang dibayarkan kepada Negara atas hasil yang diperoleh dari usaha pertambangan eksploitasi sesuatu atau lebih bahan galian.

Jumlah iuran harus dibayarkan untuk tiap hektar wilayah Kuasa Pertambangan dengan bagian sebesar 30% kepada pemerintah pusat dan 70% kepada pemerintah daerah.³⁵⁶ Ketentuan mengenai pembagian iuran-iuran ini kemudian diubah melalui Peraturan Pemerintah Nomor 79 Tahun 1992, di mana 20% dari penerimaan hasil pungutan negara terhadap iuran-iuran wajib di sektor pertambangan menjadi bagian pemerintah pusat dan 80% menjadi bagian pemerintah daerah dengan pembagian pemerintah daerah tingkat I sebesar 16% dan pemerintah daerah tingkat II sebesar 64%.³⁵⁷ Selain itu, penerimaan pungutan iuran yang disalurkan oleh pemerintah pusat tidak langsung diterima oleh pemerintah daerah tingkat II, tetapi disalurkan terlebih dahulu kepada pemerintah daerah tingkat I.³⁵⁸

Kemudian, ketentuan mengenai pembagian pungutan iuran wajib di sektor pertambangan ini diubah lagi dalam Peraturan Pemerintah Nomor 104 Tahun 2000 tentang Dana Perimbangan (selanjutnya disebut sebagai 'PP No. 104 tahun 2000') dengan pembagian sebagai berikut.³⁵⁹

- a. 16% untuk daerah Propinsi yang bersangkutan;
- b. 32% untuk daerah Kabupaten/Kota penghasil;
- c. 32% untuk daerah Kabupaten/Kota lainnya dalam Propinsi yang bersangkutan.

³⁵⁵ Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1969 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1969 Nomor 60, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2916), Pasal 52.

³⁵⁶ *Ibid*, Pasal 53 s.d. Pasal 56 jo. Pasal 62 ayat (2)

³⁵⁷ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 79 Tahun 1992 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1969 tentang Ketentuan-Ketentuan pokok Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 130), Pasal 62 ayat (2), (3), dan (4).

³⁵⁸ Indra Syahputra Lubis, *Loc.Cit.*, h.3.

³⁵⁹ Peraturan Pemerintah Nomor 104 Tahun 2000 tentang Dana Perimbangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 201), Tambahan Lembaran), Pasal 10 ayat (3).

Royalti yang dimaksud dalam PP No. 104 tahun 2000 hanya mencakup iuran eksplorasi dan iuran eksploitasi yang dipisahkan dari iuran tetap.³⁶⁰ Pengaturan pembagian royalti tersebut juga dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah, di mana penerimaan pertambangan umum yang dihasilkan dari wilayah Daerah yang bersangkutan dibagi dengan imbalan 20% untuk pemerintah pusat dan 80% untuk pemerintah Daerah dengan rincian yang sama seperti yang diatur dalam PP No. 104 tahun 2000.³⁶¹

Ketentuan tersebut diubah lagi dalam Peraturan Pemerintah Nomor 55 Tahun 2005 tentang Dana Perimbangan yang mencabut keberlakuan PP No. 104 tahun 2000, di mana Dana Bagi Hasil (DBH) di sektor pertambangan umum diatur sebagai berikut.³⁶²

- a. 16% untuk provinsi yang bersangkutan;
- b. 32% untuk kabupaten/kota penghasil;
- c. 32% untuk kabupaten/kota lainnya dalam provinsi yang bersangkutan dengan porsi yang sama besar untuk seluruh kabupaten/kota lainnya dalam provinsi yang bersangkutan.

Apabila disusun dalam suatu tabel, maka urutan pembagian royalti (iuran eksplorasi dan eksploitasi) di sektor pertambangan mineral dan batubara menurut Peraturan Pemerintah Nomor 55 Tahun 2005 adalah sebagai berikut:³⁶³

No.	Penerimaan	Pusat	Provinsi	Kab/Kota Penghasil	KabKota Sekitar dalam Provinsi	Total
1.	a. Izin Usaha Pertambangan (IUP)	20%	16%	32%	32%	100%
		20%	26%	-	54%	100%
	b. Provinsi sebagai Daerah Penghasil					
2.	Kontrak Karya	20%	16%	32%	32%	100%
3.	PKP2B* Dana					

³⁶⁰*Ibid*, Pasal 10 ayat (1).

³⁶¹ Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 126, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4438), Pasal 14 huruf c jo. Pasal 17 ayat (3).

³⁶² Peraturan Pemerintah Nomor 55 Tahun 2005 tentang Dana Perimbangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4575), Pasal 18 ayat (2) dan (3).

³⁶³ Indra Syahputra Lubis, *Loc.Cit.*, h.4.

Hasil Produksi Batubara (13,5%)					
1) Royalti (3-7%)	20%	16%	32%	32%	100%
	100%	-	-	-	100%
2) Penjualan Hasil Tambang (3-7%)					
4. Panas Bumi	20%	16%	32%	32%	

*PKP2B adalah Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara.

Setelah UU Minerba tahun 2009 berlaku, kewajiban pembayaran royalti ditentukan berdasarkan izin usaha pertambangan yang dimiliki oleh pelaku usaha pertambangan di sektor mineral dan batubara. Pengaturan jumlah royalti di sektor pertambangan mineral dan batubara dituangkan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 2012 dengan rincian sebagai berikut:³⁶⁴

Jenis Izin	Satuan	Tarif
Penerimaan dari royalti:		
1. Batubara (<i>open pit</i>) dengan tingkat kalori (Kkal/kg, <i>airdried</i> basis):		
a) ≤ 5.100	Per ton	3% dari harga jual
b) $> 5.100 - 6.100$		5% dari harga jual
c) > 6.100		7% dari harga jual
2. Batubara (<i>underground</i>) dengan tingkat kalori (Kkal/kg, <i>airdried</i> basis):		
a) ≤ 5.100	Per ton	2% dari harga jual
b) $> 5.100 - 6.100$		4% dari harga jual
c) > 6.100		6% dari harga jual
3. Emas	Per kilogram	3,75% dari harga jual

³⁶⁴ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2012 tentang Jenis dan Tarif atas Jenis Penerimaan Negara Bukan Pajak yang Berlaku pada Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 16, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5276).

Selanjutnya, pengaturan royalti kontrak karya dituangkan dalam rincian sebagai berikut:³⁶⁵

- 1) Pemegang KK harus membayarkan Iuran Eksplorasi dan Iuran Eksploitasi/Produksi dari wilayah pertambangannya, sepanjang hasil produksi tersebut merupakan produk yang nilainya sesuai kebiasaan umum dibayar atau dapat dibayar kepada pemegang KK oleh pembeli. Iuran Eksploitasi/Produksi akan dibayar dalam Rupiah atau mata uang lain yang disetujui bersama dan harus dibayar pada atau sebelum hari terakhir dari bulan setelah setiap triwulan. Setiap pembayaran harus disertai dengan suatu pernyataan yang cukup terperinci yang merupakan dasar perhitungan iuran eksploitasi/produksi untuk produksi yang dihasilkan selama triwulan sebelumnya;
- 2) Iuran Eksploitasi/Produksi dihitung dengan tarif yang ditetapkan dalam kontrak sebagai berikut,
 - a. Tonase atau jumlah berat yang digunakan di dalam perhitungan adalah didasarkan atas produksi akhir yang dihasilkan dari pemegang KK. Dalam hal ini konsentrat atau *dore bullion*, jumlah setiap mineral yang dikenakan ditetapkan secara tepat dengan metode perhitungan yang dapat diterima secara internasional,
 - b. Pemerintah akan (atas permintaan tertulis dari pemegang KK) merinci besarnya tarif Iuran Eksploitasi/Produksi untuk tarif mineral yang tidak ada patokannya.
- 3) Pemegang KK akan berkewajiban agar setiap penambangan, pengolahan atau penanganan bijih sebelum penjualan domestic atau pengapalan ekspor dilakukan sesuai norma-norma internasional yang dapat diterima serta layak secara ekonomis dan teknis dan sesuai norma tersebut pemegang KK wajib untuk meningkatkan perolehan bijih ditimbang seoptimal mungkin dari cadangan terukur dan perolehan produksi secara metalurgi dari bijih, sepanjang secara ekonomis dan teknis dapat dilaksanakan dan harus menyerahkan pembuktiannya kepada Pemerintah;
- 4) Pemegang KK harus membayar setiap bahan galian golongan C yang ditambang secara terpisah dari wilayah pertambangannya. Kecuali untuk mineral industri untuk pengembangan wilayah. Setiap limbah/material pengotor yang dipindahkan untuk melakukan operasi penambangan dikecualikan dari pembayaran Iuran Eksploitasi/Produksi.

Emanuel Bria dari Natural Resource Governance Institute mengungkapkan dalam siaran pers bahwa pelaksanaan divestasi saham yang didasarkan pada aturan yang ada saat ini akan

³⁶⁵ Indra Syahputra Lubis, *Loc.Cit.*, h.15.

menguras aset negara dalam jumlah yang besar, yang jika dipaksa akan ada sektor lain yang harus dikorbankan.³⁶⁶ Padahal, pemerintah Indonesia memiliki kepentingan lain seperti pembangunan rumah sakit dan infrastruktur yang juga membutuhkan dana besar, yakni sekitar Rp 1.843 triliun hingga tahun 2025.³⁶⁷ Emanuel Bria menambahkan bahwa pengalaman di berbagai negara dan juga Indonesia menunjukkan bahwa kebijakan divestasi tidak akan mendatangkan keuntungan yang berarti bagi negara serta masyarakat.³⁶⁸

Semestinya Indonesia dapat memaksimalkan penerimaan hasil tambang melalui royalti. Besaran tarif royalti dan peningkatannya dapat diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini akan lebih mudah prosesnya dibandingkan dengan divestasi saham yang memerlukan proses penentuan harga saham divestasi. Hal ini dibuktikan oleh penemuan Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) RI dari hasil audit pemeriksaan Kontrak Karya PT Freeport Indonesia sepanjang tahun 2013-2015, di mana faktanya terjadi potensi kekurangan penerimaan iuran tetap dan royalti selama tahun 2009-2015 senilai US\$ 445,96 juta.³⁶⁹ Hal ini disebabkan oleh keterlambatan PT Freeport Indonesia dalam menyesuaikan kontrak karyanya dengan UU Minerba tahun 2009 dan peraturan pemerintah pelaksanaannya, yang seharusnya paling lambat dilakukan satu tahun setelah peraturan pemerintah pelaksana diberlakukan.³⁷⁰ Namun, PT Freeport Indonesia baru menyesuaikan kontrak karyanya melalui MoU pada tanggal 25 Juli 2014, sehingga terdapat potensi kekurangan penerimaan iuran tetap dan royalti tahun 2009-2014 senilai US\$ 445,96 juta.³⁷¹

5.2.4.3. Divestasi Saham Tanpa Pembelian

Penentuan harga saham divestasi yang akan ditawarkan oleh PMA di sektor pertambangan kepada peserta Indonesia merupakan satu faktor yang sangat krusial dalam keberhasilan untuk mencapai kesepakatan divestasi saham. Telah dibahas secara singkat di

³⁶⁶ Arief Sinaga, 'Divestasi 51% Saham Tambang Disebut Mengancam Investasi', 15 Juni 2017, <https://ekbis.sindonews.com/read/1213944/34/divestasi-51-saham-tambang-disebut-mengancam-investasi-1497524293>, dikunjungi pada tanggal 3 Oktober 2017.

³⁶⁷*Ibid.*

³⁶⁸*Ibid.*

³⁶⁹ Ramadhani Prihatini, 'BPK Rilis Enam Dosa Besar Freeport di Indonesia, 3 Oktober 2017, <http://nasional.kontan.co.id/news/bpk-rilis-enam-dosa-besar-freeport-di-indonesia>, dikunjungi pada tanggal 21 Oktober 2017.

³⁷⁰*Ibid.*

³⁷¹*Ibid.*

atas bahwa Peraturan Menteri ESDM No. 9 tahun 2017 mengatur penentuan harga saham divestasi, di mana harga saham divestasi dari pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi yang ditawarkan kepada peserta Indonesia ditetapkan berdasarkan harga pasar yang wajar (*fair market value*) dengan tidak memperhitungkan cadangan mineral atau batubara pada saat dilaksanakannya penawaran divestasi saham.³⁷² Namun, menurut Yustinus Prastowo, penggunaan metode *fair market value* dalam menentukan harga saham divestasi dianggap tidak cocok untuk diterapkan khususnya terhadap kasus divestasi saham Freeport.³⁷³ Hal ini disebabkan karena metode *fair market value* hanya diterapkan terhadap aset yang memiliki nilai perbandingan, sedangkan aset pertambangan mineral di bawah tanah (*underground mining*) yang dilakukan oleh Freeport tidak memiliki nilai perbandingan dengan aset lain pada umumnya.³⁷⁴

Selain itu, Michael Agustinus pun menyampaikan bahwa penggunaan metode *fair market value* dalam menentukan harga saham divestasi PT Freeport Indonesia akan tidak memungkinkan bagi holding BUMN Indonesia untuk dapat membeli 51% saham divestasi tersebut. Apabila dihitung dengan metode *fair market value*, penentuan harga saham divestasi juga akan mencakup cadangan mineral tambang sampai masa Kontrak Karya Freeport berakhir, yakni tahun 2041. Sampai waktu tersebut, nilai 100% saham PT Freeport Indonesia adalah US\$ 15,9 miliar atau sekitar Rp 211 triliun, maka nilai 51% sahamnya sekitar Rp 107 triliun. Yustinus Prastowo menyampaikan bahwa aset yang dimiliki holding BUMN pertambangan hanya mencapai Rp 58 triliun, dengan kata lain bahwa aset peserta Indonesia tidak menyanggupi harga 51% saham divestasi PT Freeport Indonesia.

Di sisi lain, menurut laporan analisis yang dilakukan oleh NRGi, penggunaan istilah *fair market value* yang dituangkan oleh pemerintah Indonesia dalam Peraturan Menteri ESDM No. 9 tahun 2017 memiliki interpretasi yang tidak berbeda dengan metode biaya penggantian (*replacement cost*) yang pernah Indonesia tuangkan dalam peraturan sebelumnya.³⁷⁵ Menurut teori, nilai saham yang diharapkan oleh para pialang untuk diperdagangkan di pasar mencakup nilai yang dihasilkan perusahaan dari menjual hasil produksi yang akan datang

³⁷² Peraturan Menteri ESDM No. 9 Tahun 2017, *Loc.Cit.*

³⁷³ Dunia Energi, 'Metode Replacement Cost untuk Divestasi Saham Freeport Tidak Fair', <http://www.dunia-energi.com/metode-replacement-cost-untuk-divestasi-saham-freeport-tidak-fair/>, dikunjungi pada tanggal 3 Oktober 2017.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ David Manley dan Emanuel Bria, *Loc.Cit.*, h. 10.

dikurangi dengan pajak (nilai pajak yang setara dengan nilai cadangan dikurangi biaya dan pajak).³⁷⁶

Namun, Pasal 14 ayat (1) Peraturan Menteri ESDM No. 9 tahun 2017 mengecualikan kemungkinan hasil produksi di masa yang akan datang, di mana penilaian yang diperbolehkan adalah dengan menghitung aset di atas tanah yang dimiliki perusahaan tambang saat ini (seperti infrastruktur dan modal yang telah dikembangkan, dikurangi penyusutan aset-aset tersebut).³⁷⁷ Hasil dari penghitungan yang diharapkan oleh pemerintah Indonesia ini setara dengan penerapan metode *replacement cost* yang didefinisikan di aturan sebelumnya.³⁷⁸

Namun, Yustinus Prastowo pun menyatakan bahwa penggunaan metode *replacement cost* dalam menentukan harga saham divestasi Freeport tidaklah *fair*, sebab harga saham divestasi nantinya hanya akan didasarkan pada biaya yang sudah dikeluarkan oleh Freeport saja dalam melakukan pertambangan mineral di Indonesia dengan tidak mencakup ekspektasi dari pemegang saham PT Freeport Indonesia sendiri selaku investor.³⁷⁹ NRGi menambahkan, meskipun investor tidak harus menerima secara penuh penghasilan pajak bersih dari produksi masa depan untuk berinvestasi, mereka biasanya akan mengharapkan imbal hasil yang sebanding dengan penggunaan modal mereka.³⁸⁰ Dalam hal ini, imbal hasil yang dimaksud memang tidak memiliki suatu besaran tertentu, akan tetapi menurut hasil analisis yang dilakukan di sektor pertambangan investor cenderung menggunakan patokan dekat dengan imbal hasil sebesar 12,5% dari modal yang digunakan.³⁸¹

Penolakan PT Freeport Indonesia terhadap penggunaan metode *replacement cost* dalam menentukan harga saham divestasi oleh pemerintah Indonesia nampaknya benar terjadi. Pada tanggal 29 September 2017 telah beredar surat dari Richard Adkerson selaku Direktur dari PT Freeport Indonesia yang isinya menolak proposal pemerintah Indonesia terkait divestasi

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Peraturan Menteri ESDM No. 9 Tahun 2017, *Loc.Cit.*, Pasal 14 ayat (1).

³⁷⁸ David Manley dan Emanuel Bria, *Op.cit.*

³⁷⁹ Peraturan Menteri ESDM No. 9 Tahun 2017, *Loc.Cit.*

³⁸⁰ David Manley dan Emanuel Bria, *Loc.Cit.*

³⁸¹ Wood Mackenzie, *Upstream Valuation Survey 2015*, https://www.woodmac.com/content/portal/energy/highlights/wk2_May_15/Wood%20Mackenzie%20-%20Upstream%20Valuation%20Survey%202015%20Results%20-%20published%20Jan%202016.pdf, dikunjungi pada tanggal 3 Oktober 2017.

51% saham.³⁸² Hal ini disebabkan karena pemerintah Indonesia hanya memberikan valuasi harga saham divestasi sebesar 51% berdasarkan manfaat kegiatan pertambangan yang diperoleh sampai tahun 2021, yakni ketika keberlakuan Kontrak Karya PT Freeport Indonesia akan berakhir.³⁸³ PT Freeport Indonesia berpendapat bahwa divestasi saham harus mencerminkan *fair market value* dari bisnis yang dijalankan oleh mereka sampai tahun 2041, yang mereka katakan sesuai dengan standar internasional dalam menilai bisnis pertambangan serta konsisten dengan hak-hak mereka yang tercantum dalam Kontrak Karya.³⁸⁴

Pada intinya, pelaksanaan divestasi saham akan sangat sulit dilaksanakan mengingat bahwa baik pemerintah Indonesia maupun perusahaan PMA di sektor pertambangan tidak kunjung mencapai kesepakatan dalam menentukan harga saham divestasi yang sesuai dengan kepentingan masing-masing pihak. Oleh karena itu, divestasi sebaiknya diatur di awal pemberian Izin Usaha sebagai kewajiban langsung tanpa kompensasi finansial apapun. Pelaku usaha sektor pertambangan dapat melakukan penilaian kelayakan usaha dengan ketentuan 'divestasi langsung' ini. Pelaku usaha dapat mempertimbangkan apakah investasi yang dilakukan akan menguntungkan atau tidak pada saat awal rencana operasi kegiatan usaha pertambangan dilakukan, termasuk dengan menghitung biaya (*cost*) yang timbul dengan kewajiban 'divestasi langsung' ini.

5.3. Luaran yang Dicapai

5.3.1. Publikasi Ilmiah

NO	JUDUL PAPER	JURNAL YANG DITUJU	QUARTIL	STATUS
1	<i>Social Justice as The Goal of The Reformation of Mining Shares Divestment Policy in Indonesia</i>	Astra Salvensis	Scopus Q4	Sudah dikirim ke jurnal

³⁸² Hans Henricus BS Aron, 'Heboh Bocornya Surat Sri Mulyani dan Bos Besar Freeport', 2 Oktober 2017, <https://finance.detik.com/energi/3666274/heboh-bocornya-surat-sri-mulyani-dan-bos-besar-freeport>, dikunjungi pada tanggal 3 Oktober 2017.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*

2	<i>The Reformation of Mining Shares Divestment Policy: Public Choice Theory and Rational Choice Theory as a Mechanism To Reform Shares Divestment Policy</i>	Astra Salvensis	Scopus Q4	Sudah dikirim ke jurnal
3	<i>Shares Divestment Scheme in Indonesian Mining Law</i>	SciTePress (Prosiding Internasional)	-	Sudah dikirim ke jurnal
4	<i>Rational Choice Theory in the Scheme of Mining Shares Divestment Based on National Interest Protection</i>	International Journal of Business and Society (IJBS)	Scopus Q3	Sudah dikirim ke jurnal
5.	<i>Rational Choice Theory Dalam Skema Divestasi Saham Pertambangan Mineral Dan Batu Bara Berdasarkan Prinsip Perlindungan Kepentingan Nasional</i>	<i>Legal Research Exposure Airlangga Law Festival 2018</i> (Prosiding Nasional ber-ISBN)	-	Sudah dikirim ke jurnal

5.3.2. PERTEMUAN ILMIAH

NO	JUDUL MAKALAH	NAMA PERTEMUAN ILMIAH	TEMPAT & WAKTU	STATUS
1	<i>Social Justice as The Goal of The Reformation of Mining Shares Divestment Policy in Indonesia</i>	The 2nd International Conference on Law, Governance and Globalization (ICLGG 2018)	Surabaya, 28-29 Agustus 2018	Sudah dilaksanakan (sebagai Presenter)
2	<i>The Reformation of Mining Shares Divestment Policy: Public Choice Theory and Rational Choice Theory as a Mechanism To Reform Shares Divestment Policy</i>	The 2nd International Conference on Law, Governance and Globalization (ICLGG 2018)	Surabaya, 28-29 Agustus 2018	Sudah dilaksanakan (sebagai Presenter)

3	<i>Shares Divestment Scheme in Indonesian Mining Law</i>	International Law Conference 2018 (i-NLAC2018)	Kuala Lumpur, Malaysia, 4-5 September 2018	Sudah dilaksanakan (sebagai Presenter)
4	<i>Rational Choice Theory in the Scheme of Mining Shares Divestment Based on National Interest Protection</i>	International Conference on Law and Globalisation (ICLG 2018)	Kuala Nerus, Malaysia, 21-22 Oktober 2018	Sudah dilaksanakan
5.	<i>Rational Choice Theory Dalam Skema Divestasi Saham Pertambangan Mineral Dan Batu Bara Berdasarkan Prinsip Perlindungan Kepentingan Nasional</i>	<i>Legal Research Exposure Airlangga Law Festival 2018</i>	Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 13 November 2018	Sudah dilaksanakan (sebagai Presenter)



BAB VI

KESIMPULAN DAN SARAN

6.1. Simpulan

Skema divestasi saham di sektor pertambangan Indonesia masih menyimpan permasalahan utama, yaitu mengenai bagaimana harga saham divestasi seharusnya ditetapkan. Regulasi mengenai divestasi saham yang masih bermasalah ini menimbulkan beberapa dampak negatif. Dari kasus divestasi saham PT Newmont Nusa Tenggara dan yang terakhir divestasi PT Freeport Indonesia, dapat diambil beberapa pelajaran penting.

Pertama, pemerintah Indonesia selalu terlambat dalam melakukan pembelian atau pelaksanaan divestasi. Jadwal periode divestasi yang sudah ditentukan oleh peraturan perundang-undangan seringkali dilewati. Kedua, meskipun divestasi dilakukan seringkali pemerintah Indonesia kesulitan untuk mendapatkan pendanaan pembelian saham divestasi. Ketiga, bahkan jika dana divestasi berhasil didapatkan, maka divestasi dilakukan melalui proses sindikasi dengan uang dari pinjaman ke pihak ketiga (dalam divestasi saham PT Newmont Nusa Tenggara, peserta Indonesia meminjam kepada pihak asing). Ketiga permasalahan di atas terjadi dalam divestasi PT Newmont Nusa Tenggara.

Permasalahan yang hampir sama juga terulang di kasus divestasi saham PT Freeport Indonesia. Namun, saat ini kesulitannya bertambah tinggi karena divestasi ini dikaitkan dengan negosiasi perpanjangan konsesi PT Freeport Indonesia sampai dengan 2041, kewajiban mendirikan smelter dan permintaan stabilisasi perpajakan. Namun, pada prinsipnya permasalahannya masih tetap sama dengan kasus sebelumnya. Pertama, pemerintah terlambat menjalankan divestasi, karena berdasarkan Kontrak Karya 1991 seharusnya divestasi 51% saham sudah selesai pada tahun 2021. Kedua, pemerintah tidak memiliki *bargaining position* yang kuat dalam menentukan harga dari saham yang akan didivestasikan. Ketiga, harga yang ditawarkan oleh PT Freeport Indonesia dirasa sangat tinggi, dan sulit bagi pemerintah maupun badan usaha milik negara untuk dapat melakukan pembelian saham.

Oleh karena itu, diperlukan reformasi/perubahan hukum dalam mekanisme divestasi saham dalam sektor pertambangan ini. Penelitian ini menunjukkan bahwa sengketa penentuan harga saham divestasi dan potensi kerugian antara negara dan investor asing bukanlah hal yang tidak biasa. Dari beberapa kasus yang terjadi, pemerintah dan investor asing seringkali berbeda pendapat mengenai bagaimana menghitung harga saham ataupun

nilai perusahaan pada saat ekspropriasi dilakukan, atau pada saat izin usaha dicabut. Namun, sayangnya praktik dan putusan pada sengketa *investor-state dispute settlement* (ISDS) belum menunjukkan keseragaman. Majelis arbitrase mengambil pendekatan yang berbeda-beda. Namun setidaknya, pemerintah Indonesia dapat mengambil pelajaran dari kasus-kasus terdahulu.

Penerapan PCT dalam kebijakan divestasi saham adalah mengambil keputusan yang akan bermanfaat bagi masyarakat luas, dengan tidak mengubah kebijakan divestasi saham namun menentukan mekanisme yang lebih jelas tentang penentuan harga saham divestasi, sehingga manfaat atau utilitas dari kebijakan tersebut akan sama-sama terdistribusi secara luas terhadap masyarakat. Sedangkan RCT menjadi dasar bawasannya pemerintah dalam pengambilan kebijakan investasi harus membawa keuntungan yang sebesar-besarnya bagi *host country*, baik dari segi ekonomi dan sosial. Apabila setelah dilakukan pertimbangan dan menghasilkan penilaian bahwa skema divestasi saham dengan cara dibeli sesuai dengan harga pasar tidak memberi manfaat yang besar bagi Negara, dan cenderung merugikan negara, maka pemerintah harus merubah skema kebijakan divestasi saham tersebut.

6.2. Saran

Penelitian ini menemukan 3 alternatif bagi mekanisme divestasi di sektor pertambangan, yaitu:

1. Menentukan Mekanisme yang Lebih Jelas tentang Penentuan Harga Saham Divestasi

Terdapat berbagai metode penentuan harga saham divestasi, sehingga pemerintah Indonesia maupun PT Freeport Indonesia tidak harus terpaku pada dua metode yang selama ini diperdebatkan. Dimulai dari rekomendasi yang diberikan oleh NRGi dalam hasil penelitiannya bahwa pemerintah Indonesia dapat mengikuti aturan penilaian internasional yang berbeda dalam setiap kasus-kasus yang ada. Beberapa negara penghasil mineral telah memiliki aturan baku dan rinci terkait valuasi aset pertambangan seperti VALMIN (the Australian Institute of Mining and Metallurgy), CIMVAL (Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum), dan SAMVAL (South African Mining Associations). Dengan menerapkan salah satu aturan internasional ini dimungkinkan akan mengurangi potensi konflik antar berbagai pihak terkait dan mengurangi ketidakpastian dalam penentuan harga saham divestasi di sektor pertambangan.

Kemudian, merujuk pada standar yang diterapkan oleh ICSID dalam kasus *CMS Gas v. Argentina*, pemerintah Indonesia dan PT Freeport Indonesia dapat mempertimbangkan metode *Discounted Cash Flow Approach* (DCF), di mana DCF adalah metode penilaian aset

perusahaan yang dilakukan dengan cara menentukan *present value* dari prediksi arus kas di masa depan yang didiskon pada angka (*discounted at a rate*) yang mencerminkan berbagai macam kategori resiko dan ketidakpastian.³⁸⁵

Selain itu, dalam kasus *Rusoro v. Venezuela*, majelis arbitrase memutuskan untuk mengkombinasikan tiga metode penilaian, yakni *maximum market valuation*; *book valuation*; dan *adjusted investment valuation* dalam menentukan nilai sesungguhnya (*genuine value*) dari investasi yang dilakukan oleh Rusoro di Venezuela. Apa yang diterapkan oleh arbitrase dalam kasus *Rusoro v. Venezuela* di atas juga dapat diterapkan sebagai solusi bagi pemerintah Indonesia dalam menentukan harga saham divestasi. Dalam kasus divestasi saham Freeport, pemerintah Indonesia dan PT Freeport Indonesia dapat menerapkan gabungan pendekatan penentuan harga saham divestasi menurut masing-masing pihak, yakni pendekatan *replacement cost* dari pemerintah Indonesia dan pendekatan *fair market value* dari PT Freeport Indonesia. Setelah itu didapatkan nilai tengah dari gabungan pendekatan di atas yang dapat digunakan sebagai acuan harga saham divestasi.

2. Menghilangkan Aturan Divestasi Saham

Pelaksanaan ketentuan wajib divestasi saham tidak mudah untuk dilakukan. Dalam hal ini, penulis merekomendasikan bahwa aturan divestasi sebaiknya dihilangkan dan menggantinya dengan mekanisme lain. Tujuan utamanya adalah untuk memenuhi cita-cita bangsa Indonesia yang tercantum dalam UUD 1945, yakni agar penguasaan sumber daya di wilayah Negara Republik Indonesia berada di tangan bangsa sendiri sehingga masyarakat dapat mengambil manfaat secara langsung dari penguasaan sumber daya tersebut. Semestinya Indonesia dapat memaksimalkan penerimaan hasil tambang melalui royalti. Besaran tarif royalti dan peningkatannya dapat diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini akan lebih mudah prosesnya dibandingkan dengan divestasi saham yang memerlukan proses penentuan harga saham divestasi.

3. Divestasi Saham Tanpa Pembelian

Pelaksanaan divestasi saham akan sangat sulit dilaksanakan mengingat bahwa baik pemerintah Indonesia maupun perusahaan PMA di sektor pertambangan tidak kunjung mencapai kesepakatan dalam menentukan harga saham divestasi yang sesuai dengan kepentingan masing-masing pihak. Oleh karena itu, divestasi sebaiknya diatur di awal

³⁸⁵*Ibid*, paragraph 403.

pemberian Izin Usaha sebagai kewajiban langsung tanpa kompensasi finansial apapun. Pelaku usaha sektor pertambangan dapat melakukan penilaian kelayakan usaha dengan ketentuan 'divestasi langsung' ini. Pelaku usaha dapat mempertimbangkan apakah investasi yang dilakukan akan menguntungkan atau tidak pada saat awal rencana operasi kegiatan usaha pertambangan dilakukan, termasuk dengan menghitung biaya (*cost*) yang timbul dengan kewajiban 'divestasi langsung' ini.

DAFTAR PUSTAKA

- Allison, Graham, and Robert D. Blackwill.(2011). *Russia and U.S. National Interests, Why Should Americans Care?*. Cambridge: Belfer Center for Science and International Affairs and Center for the National Interest.
- Agustinus, Michael. (2017). *Berapa Harga 51% Saham Freeport? Ini Hitung-hitungannya*. Retrieved from <https://finance.detik.com/energi/d-3620963/berapa-harga-51-saham-freeport-ini-hitung-hitungannya>.
- _____. (2017). *Holding BUMN Pertambangan Mau Beli Saham Freeport, Bisakah?*. Retrieved from <https://finance.detik.com/energi/3621451/holdingbumn-pertambangan-mau-beli-saham-freeport-bisakah>.
- Abercrombie, Nicholas, Stephen Hil, and Bryan S Turner. (2010). *Kamus Sosiologi*. Yogyakarta: Pustaka Belajar.
- Aron, Hans Henricus BS. (2017). *Heboh Bocornya Surat Sri Mulyani dan Bos Besar Freeport*. Retrieved from <https://finance.detik.com/energi/3666274/heboh-bocornya-surat-sri-mulyani-dan-bos-besar-freeport>.
- Baker, James C., and Lois J. Yoder. (1989). *ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs*. Volume 5.1. Journal on Dispute Resolution
- Bath, Vivienne. (2012). *Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China*. Sydney Law School Legal Studies Research Paper (No. 12/31).
- _____. (2013). *National Security and Chinese Investment Policy*. Volume 3. Harvard: Harvard Business Law Review Online
- Cambou, Dorothee, and Stefaan Smis. (2013). *Permanent Sovereignty Over Natural Resources From A Human Rights Perspective: Natural Resources Exploitation And Indigenous Peoples' Rights In The Arctic*. Volume 22.1. Michigan: Michigan State International Law Review
- Chambers, Robin H. (2006). *An Overview of the Australian Legal Framework for Mining Projects in Australia*. Australia: Chambers and Company International Lawyers.
- Coleman, James S. (2009). *Dasar-Dasar Teori Sosial, Foundations of Social Theory (Edisi Revisi)*. Jakarta: Nusamedia.
- Enyew, Endalew Lijalem. (2017). *Application of the Right to Permanent Sovereignty over Natural Resources for Indigenous Peoples: Assessment of Current Legal Developments*. Volume 8. Arctic Review on Law and Politics.
- Gallo, Amy. (2015). *A Refresher on Debt to Equity Ratio*. Retrieved from <https://hbr.org/2015/07/a-refresher-on-debt-to-equity-ratio>.
- George, Ritzer, and Douglas J. Goodman (2004). *Teori Sosiologi Modern*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group

- Held, David. (2012). *Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty*. Cambridge. Volume 8. Cambridge: Cambridge University Press
- Ho, Owen C.H. (2004). *Determinants of Foreign Direct Investment In China: A Sectoral Analysis*. Australia: Discussion Paper University of Western Australia
- Hofbauer, Jane A.(2009). *The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications*. Islandia: Thesis University of Iceland
- Ilhan, Ebru.(2007). *Resource Curse Or Resource Blessing: Effective Management of Resource Wealth in Democratizing Countries*. Volume 6. Istanbul: Turkish Policy Quarterly
- Ingram, Col. Lionel R. (2010). *A Useful Concept of National Interests and Goals*.
- Juillard, Patrick. (2015). *Calvo Doctrine/Calvo Clause*. Oxford: Max Planck Oxford University Press
- Kiyono, Ken. (1969). *A Study On The Concept Of The National Interest Of Hans J. Morgenthau: As The Standard Of American Foreign Policy*. Nagasaki: Nagasaki University's Academic Output Site
- Klager, Roland. (2011). *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. New York: Cambridge University Press
- Lubis, Indra Syahputra. (2017). *Pendapatan Negara Bukan Pajak Sub Sektor Mineral dan Batubara*, Retrieved from <http://bdtbt.esdm.go.id/index.php/file/file/PNBP.pdf>
- Mackenzie, Wood. (2015). *Upstream Valuation Survey 2015*, https://www.woodmac.com/content/portal/energy/highlights/wk2_May_15/Wood%20Mackenzie%20%20Upstream%20Valuation%20Survey%202015%20Results%20%20published%20Jan%202016.pdf
- Manley, David, and Emanuel Bria. (2017). *Memperkuat Kebijakan Divestasi Saham Tambang di Indonesia*. Natural Resource Governance Institute. <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/memperkuat-kebijakan-divestasi-saham-tambang-di-indonesia.pdf>
- Nozick, Robert. (1993). *Nature of Rationality*. New Jersey: Princeton University Press
- Pan, Jason. (2014). *Valuation Standards for Calculating ICSID Awards*, Vol. 14. Malibu: Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
- Paradell, Andrew NewcombeLuis. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment*. Netherland: Kluwer Law International
- Pham, J. Peter. (2008). *What Is in the National Interest? Hans Morgenthau's Realist Vision and American Foreign Policy*. Vol. 30. American Foreign Policy Interests. NCAFP.
- Pincione, Guido. (2004). *Should Law Professors Teach Public Choice Theory?*. Issue 2. Chicago: *Chicago-Kent Law Review*
- Prihatini, Ramadhani. (2017). *BPK Rilis Enam Dosa Besar Freeport di Indonesia*, <http://nasional.kontan.co.id/news/bpk-rilis-enam-dosa-besar-freeport-di-indonesia>

- Putra, Nanda Narendra. (2017). *Meneropong Bisnis Tambang Pasca PP Minerba: Mencermati Posisi Freeport dari UU Minerba, Kontrak Karya, serta MoU*. <http://www.hukumonline.com/berita/baca/1f58d8b4379df18/mencermati-posisi-freeport-dari-uu-minerba--kontrak-karya--serta-mou>
- Rinayuhani, Tri Ratna. (2017). *Rational Choice Dalam Kerjasama Pemerintah Indonesia dengan PT.Freeport Indonesia*. Volume 13. Jurnal Politik
- Scott, John. (2000). *Rational Choice Theory from Understanding Contemporary Society: Theories of The Present*. New York: Sage Publication
- Sokol, D. Daniel. (2009). *Explaining the Importance of Public Choice for Law*. Volume 109. Florida: University of Florida Law Scholarship Repository
- Stephan III, Paul B. (1995). *Barbarians Inside the Gate: Public Choice Theory and International Economic Law. Volume 1*. Washington DC: American University International Law Review
- Trachtman, Joel P. (1994). *Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility*. Volume 24. Canada-United States Law Journal
- Wrihatnolo, Rendy R., and Rian Nugroho Dwidjowijoto. (2007). *Manajemen Pemberdayaan Sebuah Pengantar dan Panduan untuk Pemberdayaan Masyarakat*. Jakarta: PT Elex Media Komputindo
- Xuetong, Yan.(2018). *Analysis of China's National Interest*.
- Zaidun, Muchammad. (2005). *Penerapan Prinsip-prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*. Surabaya: Ringkasan Disertasi Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga Surabaya

Regulation:

- Australia's Foreign Investment Policy*. (2016). The Government of Australia.
- China's Mining Industry at Home and Overseas: Development, Impacts and Regulation*. (2014). China: The Climate and Finance Policy Centre Greenovation Hub.
- China's Mining Industry in 2015: Developments and Policies*. (2016). The Government of China.
- Indonesia Foreign Direct Investment 2010-2018*. (2018). Trading Economic. <https://tradingeconomics.com/indonesia/foreign-direct-investment>
- Mineral Commodity Summaries 2018*. (2018). Virginia: U.S. Department of the Interior U.S. Geological Survey.
- Minerals and Metals Fact Book*. (2016). Canada: Natural Resources Canada
- Mining in Indonesia Investment and Taxation Guide*.(2017). 9th Edition. PricewaterhouseCoopers (PwC)

OECD.(2009). Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies. France

Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*.

_____, Staatsblad 1847 Nomor 23 tentang *Burgerlijk Wetboek Voor Indonesie*, terjemahan R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, cet.xii, Pradnya Paramitha, Jakarta, 1980.

_____, *Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 Tentang Penanaman Modal Asing*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2818.

_____, *Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2831.

_____, *Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 136, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4152.

_____, *Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanamam Modal*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724.

_____, *Undang-Undang Nomor 4 tahun 2009tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4959.

_____, *Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2010 Nomor 29, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5111.

_____, *Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2014, tentang Perubahan Kedua Atas PP Nomor 23 tahun 2010tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5489.

_____, *Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2014, tentang Perubahan Ketiga Atas PP Nomor 23 tahun 2010tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 263, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5597.

_____, *Peraturan Pemerintah Nomor 1 tahun 2017tentang Perubahan Keempat Atas PP Nomor 23 tahun 2010tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6012.

_____, *Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 9 Tahun 2017, tentang Tata Cara Divestasi Saham dan Mekanisme Penetapan Saham Divestasi pada Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba*, Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 147.

Konvensi Internasional :

Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO).

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID).

The General Agreement on Tariff and Trade (GATT).

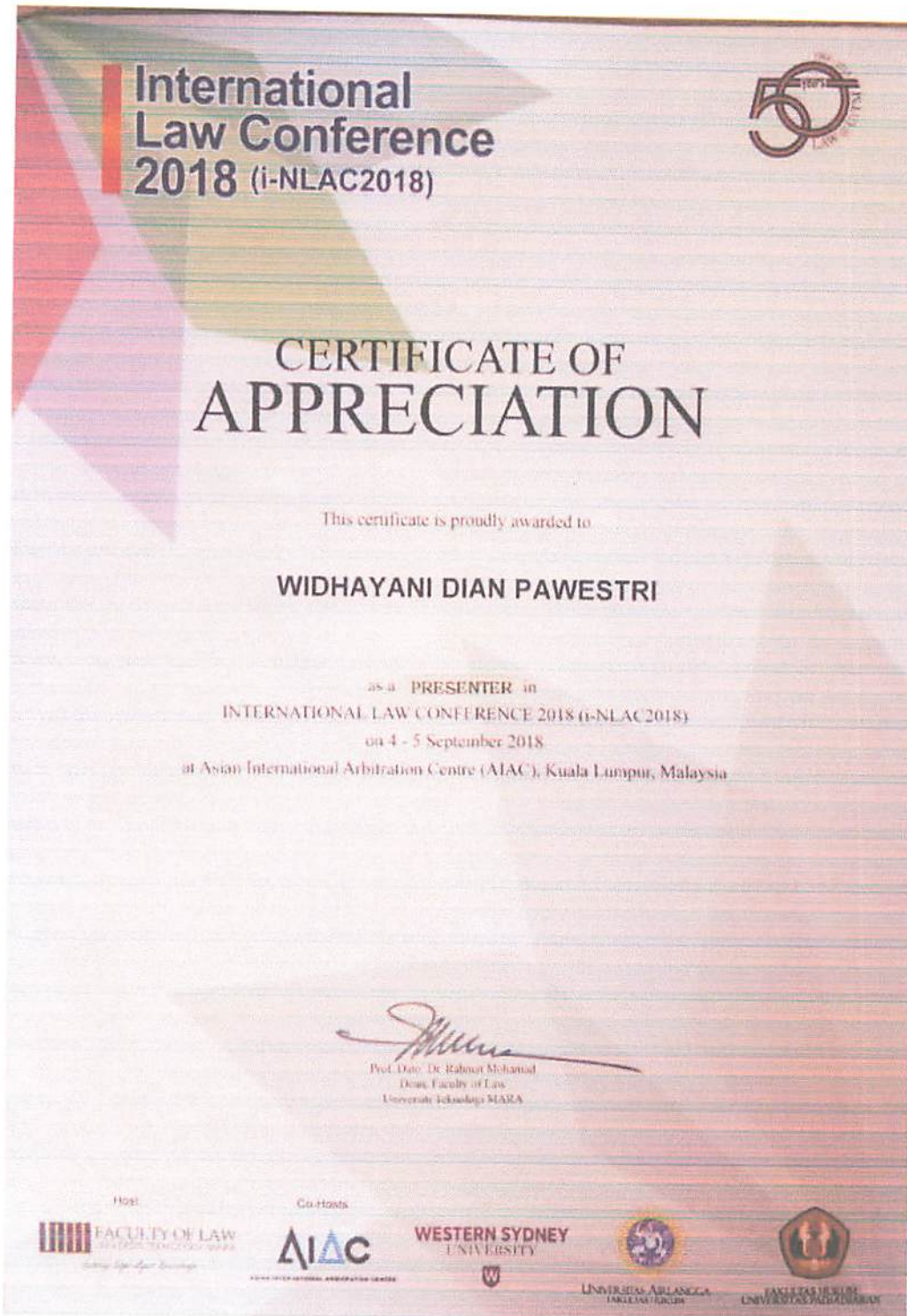
Trade Related Investment Measures (TRIMs)

LAMPIRAN

Bukti Sertifikat Sebagai Presenter pada *The 2nd International Conference on Law, Governance and Globalization (ICLGG 2018)*, Surabaya, 28-29 Agustus 2018



Bukti Sertifikat sebagai Presenter dalam International Law Conference 2018 (i-NLAC2018), Kuala Lumpur, Malaysia, 4-5 September 2018



Surat Keterangan keikutsertaan dalam International Conference on Law and Globalisation (ICLG 2018), diselenggarakan oleh Universiti Sultan Zainal Abidin (UniSZA), Kuala Nerus, Malaysia, 21-22 Oktober 2018



Fakulti Undang-Undang, dan Hubungan Antarabangsa | Faculty of Law and International Relations

Subject : Abstract Confirmation
No UniSZA.1/2-9-3/5 (69)(LOA 048)
Date : 1 November 2018

To:

Ms Widhayani Dian Pawestri
Mr Muchammad Zaidun
Mr Iman Prihandono
Ms Mas Rahmah
Faculty of Law,
Universitas Airlangga,
Campus B Dharmawangsa Dalam,
Selatan Surabaya,
Indonesia.
widhayani.dian@fv.unsra.ac.id

Dear Colleague,

We are pleased to inform you that based on our Committee's decision, your abstract **RATIONAL CHOICE THEORY IN THE SCHEME OF MINING SHARES DIVESTMENT BASED ON NATIONAL INTEREST PROTECTION [ARTICLE ID #048]** has been accepted for presentation at the **INTERNATIONAL CONFERENCE ON LAW & GLOBALIZATION (ICLG2018)** which was held at Gong Badak Campus, Universiti Sultan Zainal Abidin, Kuala Terengganu, Terengganu on 21-22 October 2018.

We confirmed that your paper has been published as part of the Conference proceedings with registered ISBN number 978-967-2231-05-9. If your paper is subsequently selected for publication in a selected journal to be finalized by the Committee (either SCOPUS/ERA ranking or equivalent), it will entail additional publication fee.

Should you have any other queries, do not hesitate to contact us through our email iclg2018@unisza.com; Madam Murshamshut Kamariah Musa at msham@unisza.edu.my or Madam Sharifah Nuridah Aishah Syed Nong Muhammad at aishah@unisza.edu.my.

We thank you for your interest in our Conference and look forward to your future attendance to our next Conference in 2019.

Best Wishes,

DR. NAZLI ISMAIL@NAWANG (inazli@unisza.edu.my)
Conference Chair, ICLG 2018

Note: This is a computer generated document. No signature is required.