

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Masalah

Ide penelitian ini bertitik tolak pada pemikiran akan pentingnya menemukan prinsip¹ kepentingan nasional berlandaskan konstitusi, yang selanjutnya menjadi parameter standar dalam menginterpretasikan 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, dengan logika dan sistematika berfikir yang runtut memaknai kepentingan nasional dengan beranjak dari tujuan dibentuknya Negara Republik Indonesia

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* 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]. *Principle* juga dapat diartikan sebagai “*a basic rule, law, or doctrine; esp., one of the fundamental tenets of a system*”. Periksa: Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black’s Law Dictionary*, Tenth Edition (Thomson Reuters, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 2014). [h.1386]. 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, *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, *Hukum Divestasi di Indonesia (Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 2/SKLN-X/2012)* (PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013). [h.124].

(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 terpresuposisikan dari Pancasila sebagai *staatsfundamentalnorm* Bangsa Indonesia.⁴

Tujuan bernegara dapat tercapai dengan cara memaksimalkan pembangunan nasional. Salah satu upaya untuk memaksimalkan pembangunan nasional adalah dengan meningkatkan pendapatan negara melalui kegiatan penanaman modal⁵,

³ Tujuan 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. 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 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].

⁴ Oleh 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 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), dimana 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 disebut PMDN). Peristilahan FDI dan *portfolio*

khususnya PMA, 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 ekonomi⁶, memaksimalkan perlindungan kepentingan ekonomi nasional untuk sebesar-besar 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 yang terkandung dalam 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 hayat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;

investment dapat ditelusuri dalam Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Ed. (Cambridge University Press, Cambridge, 2004). [h.7].

⁶ 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 Statute* bertujuan untuk menyelaraskan sistem ekonomi dalam european community dan sistem konstitusional 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].

- (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.⁷

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.⁸ 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 tersebut tercermin bahwa negara tidak dapat mengabaikan keadilan dan prinsip kebersamaan dalam mengelola perekonomian Indonesia.⁹

Berbeda halnya dengan konsep konstitusi ekonomi negara-negara penganut paham sosialis yang selalu mengatur aspek-aspek perekonomian dalam

⁷ Aminuddin Ilmar, *Hak Menguasai Negara dalam Privatisasi BUMN* (Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012). [h.53].

⁸ *Ibid.* [h.63].

⁹ 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.

konstitusinya. Hal ini dapat terlihat dalam pasal 9 Konstitusi Republik Rakyat China 1982 yang berbunyi:¹⁰

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.

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, karena Indonesia mempunyai kekayaan alam yang melimpah yang menjadi faktor penarik utama bagi 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

¹⁰ *Ibid.*

peraturan dan undang-undang (selanjutnya disebut UU) saja, akan tetapi divestasi memiliki manfaat yang lebih besar lagi, yaitu tujuan dan kepentingan nasional.

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 Republik Indonesia 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 disebut UU Minerba) dan wajib melakukan divestasi saham sebesar 51% (lima puluh satu persen).¹¹ Kewajiban tersebut diatur dalam 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) (selanjutnya disebut PP No.1 Tahun 2017).

Kewajiban divestasi saham juga diperkuat dengan dikeluarkannya 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 disebut Permen

¹¹ Dalam Pasal 97 ayat (2) PP No.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.

ESDM No.9 Tahun 2017). Lebih detailnya, menurut aturan ini Pemegang IUP Operasi Produksi dan IUPK Operasi Produksi dalam rangka PMA wajib melakukan divestasi 5 (lima) tahun setelah berproduksi dengan total 51% (lima puluh satu persen).¹²

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.

Kebijakan divestasi saham 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)¹³ terkait kasus-kasus divestasi saham¹⁴, diantaranya:

¹² Sejalan dengan ketentuandalam Pasal 97 ayat (2) PP No.1 Tahun 2017, dalam Pasal 2 ayat (4) Permen ESDM No.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.

¹³ Melalui Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 1968, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2832), 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 (ICSID)*, 2016. [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*

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 USD 776 juta untuk potensi kerugian yang telah ditimbulkan oleh KPC dengan adanya kegagalan divestasi sebesar 51% 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 litigasi.

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.1]. Sebagaimana dijelaskan dalam *Black's Law Dictionary* bahwa: "*Convention is an agreement or compact, esp. One among nations; a multilateral treaty*". Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition (West Group, St. Paul, Minnesota, 2009). [h.355]. *Convention* juga diartikan sebagai "*an agreement or compact, esp. one among countries; a multilateral treaty*". Periksa: Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition (Thomson Reuters, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 2014). [h.405].

¹⁴ Iman Prihandono, 'The Shift of Indonesian Government Response To Investor-State Arbitration Claim In Public Interest-Related' (2012) *Int. J. Public Law and Policy*, Vol. X, No. Y. [h.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.

Pemerintah pusat menawarkan solusi mengenai alokasi 51% 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.

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).¹⁵ 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.

¹⁵ *Burgerlijk Wetboek Voor Indonesie* (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) (*Staatsblad* 1847 Nomor 23, cet.xii, Pradnya Paramitha, Jakarta, 1980).

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% saham KPC akan dialokasikan 20% untuk pemerintah pusat, 18,6% untuk Pemkot Kutai Timur seharga USD 104 juta dan 12,4% untuk Pemprov Kaltim.

Kasus KPC cukup menarik karena Pemprov Kaltim seakan lebih percaya diri daripada pemerintah pusat dalam memaksa divestasi 51% 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 Asia Holding Ltd (2004)

Cemex Asia Holding Ltd (selanjutnya disebut CAHL) sebuah cabang perusahaan dari produsen semen yang berbasis di Negara Meksiko-mendaftarkan pemerintah Indonesia ke ICSID pada tahun 2004. Perusahaan tersebut mengklaim bahwa pemerintah telah melanggar perjanjian *Conditional Sale and Purchase* yang akan membuat CAHL sebagai pemilik saham mayoritas pada PT Semen Gresik (selanjutnya disebut PT SG), sebuah perusahaan semen negara. Pada tahun 1998, CAHL mendapat 24,9% saham

di PT SG, selanjutnya CAHL memiliki kesempatan untuk mendapat hingga 51% dari saham PT SG di tahun 2001. Perjanjian ini dilakukan untuk membuat PT SG tetap hidup saat menghadapi masalah finansial imbas dari krisis finansial Asia.

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

Sebagai upaya untuk 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)

Pemerintah Indonesia berinisiatif untuk mengajukan arbitrase melawan PT Newmont Nusa Tenggara (selanjutnya disebut PT NNT) pada tahun 2008. Pengajuan tuntutan ini berdasarkan kegagalan PT NNT untuk mendivestasikan sahamnya sebesar 10% ke Indonesia pada Desember 2007.

Kegagalan ini melanggar perjanjian tahun 1986 antara Pemerintah dan PT NNT. Negosiasi mengenai divestasi ini sebenarnya telah berlangsung sejak awal 2006, namun kedua pihak gagal menemui kesepakatan.

Pemerintah beranggapan bahwa PT NNT 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 PT NNT gagal bayar karena telah melanggar kewajibannya. Pada akhirnya putusan dikeluarkan dengan memenangkan pihak Pemerintah Indonesia, PT NNT dinyatakan gagal bayar dan harus mendivestasikan sahamnya dalam 180 hari, serta harus membayar pada Pemerintah Indonesia sekitar USD 2 juta sebagai denda karena telah melanggar perjanjian.

Respon pemerintah mulai berubah dengan adanya keberhasilan di kasus PT NNT pada tahun 2008. Kemungkinan dengan adanya kasus KPC, pemerintah mengerti bahwa dalam hal divestasi saham, pemerintah memiliki kesempatan yang cukup besar untuk menang. Kasus PT NNT 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% saham PT Freeport Indonesia atau dikenal dengan Saham Dwi Warna (Saham Merah Putih).¹⁶ Berdasarkan kebijakan sebelumnya, sebagaimana diatur dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 77 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga Atas Peraturan Pemerintah Republik Indonesia 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 disebut PP No.77 Tahun 2014), Freeport yang memiliki kegiatan pertambangan bawah tanah (*underground mining*) berkewajiban untuk melakukan divestasi sebesar 30%. Freeport harus melepas 20% sahamnya mulai Oktober 2015. Lantaran pemerintah telah memiliki 9,36%, maka Freeport melepas 10,64% saham. Sedangkan 10% sisanya ditawarkan pada tahun kelima.

Freeport menawarkan divestasi 10,64% saham atau senilai USD 1,7 miliar dari total valuasi 100% sahamnya yang sebesar USD 16,2 miliar pada awal Januari 2016. Angka itu turut memasukkan asumsi investasi perusahaan yang digelontorkan jika pemerintah memperpanjang operasional Freeport hingga 2041. Kewajiban Freeport untuk melepas 51% sahamnya-pun bertenggat waktu hingga tahun ini saja. Jika mengacu KK, kontrak Freeport berakhir pada tahun 2021. Akan tetapi, pemerintah belum pernah menyetujui

¹⁶ Periksa: <http://www.esdm.go.id/post/view/pt-freeport-indonesia-tawarkan-saham-1064>, diakses pada tanggal 13 Februari 2017.

perpanjangan kontrak Freeport. Ini artinya, cadangan tembaga dan emas perusahaan ini sejak kontrak berakhir tahun 2021 hingga 2041 adalah milik Pemerintah Indonesia.

Penetapan harga saham divestasi nilainya harus bersifat harga pasar yang wajar (*fair market value*), hal tersebut diatur dalam Permen ESDM No.9 Tahun 2017. 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 dapat dilakukan lagi karena *fair market value* tidak memasukkan cadangan yang ada di bawahnya.

Terdapat satu hal yang sangat penting terkait divestasi saham dari beberapa kasus diatas, 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; dan
- b. Saham yang tadinya untuk pemerintah akhirnya jatuh pada pemegang saham swasta yang memungkinkan dimiliki oleh pihak asing.

Dengan demikian, 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 Mineral dan Batubara”. Adapun rincian permasalahan yang akan diteliti dan dikaji dibatasi pada:

1. Kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi pada Penanaman Modal Asing di Indonesia sektor pertambangan mineral dan batubara.
2. Prinsip kebijakan divestasi saham sektor pertambangan mineral dan batubara.

1.3. Tujuan Penelitian

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

1.4. Manfaat Penelitian

1. Dari segi teoretis, 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 kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi pada Penanaman Modal Asing di Indonesia sektor pertambangan minerba, serta menemukan prinsip divestasi saham sektor pertambangan minerba sebagai upaya perlindungan kepentingan nasional.

2. Dari segi praktis, penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi yang berharga bagi Pemerintah Republik Indonesia dan juga *stakeholders* terkait 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 divestasi saham pertambangan di Indonesia, demi tercapainya tujuan negara.

1.5. Orisinalitas Penelitian

Berikut disajikan tabel daftar penelitian, buku dan juga *paper* terdahulu yang terkait dengan penelitian disertasi ini untuk menjamin orisinalitas:

Table 1.1. Daftar Orisinalitas Penelitian

No.	Penulis	Judul	Keterangan Pustaka	Perbedaan
1.	Ahmad Redi	Divestasi Saham di Bidang Pertambangan Mineral dan Batubara dalam Rangka Penanaman Modal Asing di Indonesia	Disertasi, Program Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2013	Isu hukum yang diangkat berbeda dengan isu hukum dalam disertasi ini, diantaranya: <ol style="list-style-type: none"> 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; dan 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.
2.	Dyah Kusumastuty	Aspek Hukum Internasional dari Undang-Undang Penanaman Modal	Disertasi, Program Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2009	Disertasi tersebut meneliti aspek hukum internasional yang dikaitkan dengan UU Penanaman Modal. Sedangkan disertasi ini meneliti perlindungan kepentingan nasional berlandaskan konstitusi.
3.	Naga Lakshmi Damaraju	<i>Why and How Do Firm Divest?</i>	<i>Dissertation</i> , The Ohio State University, USA, 2008	Disertasi tersebut meneliti prediksi sejauh mana <i>real option theory</i> menjadi pilihan dalam divestasi unit usaha, sedangkan disertasi ini meneliti <i>public choice theory</i> dan <i>rational choice theory</i> dalam divestasi saham sektor pertambangan minerba.

4.	Lalu Wira Pria S.	Prinsip Hukum Investasi Pertambangan Umum	Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2008	Disertasi tersebut meneliti prinsip dan teori hukum investasi sektor pertambangan secara umum, dimana istilah pertambangan umum merupakan suatu istilah yang membedakan dengan pertambangan Minyak dan Gas (selanjutnya disebut Migas). Sedangkan disertasi ini meneliti perlindungan kepentingan nasional dalam UU Penanaman Modal, UU Minerba, serta peraturan perundang-undangan terbaru yang terkait dengan kebijakan divestasi saham.
5.	Stefan Povaly	<i>Private Equity Exits: An Analysis of Divestment Process Management in Relation to Leveraged Buyouts</i>	<i>Disertation, University of St. Gallen, Graduate School of Business Administration, Economics, Law and Social Sciences (HSG), Doctor of Business Administration, Austria, 2006</i>	Disertasi tersebut meneliti investasi dan divestasi saham yang dikaji hanya terbatas pada penanaman modal tidak langsung (<i>indirect investment</i>), sedangkan disertasi ini meneliti divestasi saham pada penanaman modal langsung (<i>direct investment</i>).
6.	Muchammad Zaidun	<i>Penerapan Prinsip- Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia</i>	Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005	Disertasi tersebut meneliti prinsip-prinsip hukum internasional, antara lain: <i>basic principle, sovereignty principle</i> dan <i>operational principle</i> , penerapan prinsip-prinsip tersebut dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2818) (selanjutnya disebut UU PMA). Sedangkan fokus disertasi ini meneliti UU Penanaman Modal dan UU

				Minerba, serta peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kebijakan divestasi saham.
7.	Putu Edgar Tanaya	Akibat Hukum Tidak Dipenuhinya Kewajiban Divestasi Saham Dalam Bidang Pertambangan Oleh Penanam Modal Asing Kepada Negara	Tesis, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2015	Tesis tersebut meneliti akibat dari tidak dipenuhinya 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.
8.	Jane A. Hofbauer	<i>The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications</i>	Tesis, University of Iceland, Islandia, 2009	Tesis tersebut meneliti asal dan perkembangan atas prinsip kedaulatan permanen atas SDA, hak dan kewajiban dalam pelaksanaan kedaulatan permanen atas SDA, masyarakat ada dan kedaulatan permanen atas SDA.
9.	Yan Xuotong	<i>Analysis of China's National Interest</i>	China, 2018	Buku tersebut membahas kepentingan nasional China mulai dari <i>confusion</i> awal atas kepentingan nasional, pembentukan kepentingan nasional, evaluasi kepentingan nasional, kriteria dalam kepentingan nasional China, ketertarikan China dalam ekonomi internasional, kepentingan keamanan di China, kepentingan politik dan budaya China, serta penerapan pandangan Deng Xiaoping untuk menjaga penerapan kepentingan nasional. Yan Xuotong berfokus secara mendalam pada kepentingan nasional China. Fokus disertasi ini menerangkan perlindungan kepentingan nasional sebagai dasar kebijakan divestasi saham investor asing dalam kegiatan pertambangan di Indonesia.

10.	Roland Klager	<i>Fair and Equitable Treatment in International Investment Law</i>	Cambridge University Press, New York, 2011	Buku tersebut membahas konsep dan konstruksi <i>fair and equitable treatment</i> , serta posisi <i>fair and equitable treatment</i> dalam sistem hukum internasional. Sedangkan disertasi ini tidak hanya menggunakan prinsip <i>fair and equitable treatment</i> tapi juga prinsip lainnya sebagai <i>legal reasoning</i> kebijakan divestasi saham di Indonesia.
11.	Graham Allison and Robert D. Blackwill	<i>Russia and U.S. National Interests, Why Should Americans Care?</i>	Belfer Center for Science and International Affairs and Center for the National Interest, Cambridge, 2011	Buku tersebut membahas hal-hal pokok yang dilindungi dalam kepentingan nasional USA, bagaimana pengaruh Rusia terhadap kepentingan nasional dan potensi kerja sama antara USA dan Rusia, serta hanya berfokus pada kepentingan nasional USA dan Rusia. Sehingga berbeda dengan apa yang dipaparkan dalam disertasi ini yang bertumpu pada kepentingan nasional pada divestasi saham.
12.	Aminuddin Ilmar	Hukum Penanaman Modal di Indonesia	Kencana Media Grup, Jakarta, 2010	Buku tersebut membahas kebijakan penanaman modal oleh pemerintah daerah setelah pemberlakuan otonomi daerah dan bentuk-bentuk kerja sama dalam penanaman modal. Buku tersebut tidak membahas tentang perlindungan kepentingan nasional khususnya dalam kebijakan divestasi saham, sehingga hal tersebut berbeda secara substansial dengan penelitian disertasi ini.
13.	Stephen D. Krasner	<i>Defending the National Interest</i>	Princeton University Press, Princeton, 1978	Buku tersebut membahas penerapan kepentingan nasional, nasionalisasi dan perlindungan kegiatan investasi sebelum dan setelah tahun 1950. Disertasi ini meneliti dan menitikberatkan pada kepentingan nasional Indonesia dalam kegiatan investasi oleh investor asing terutama pada pertambangan mineral yang dituangkan dalam bentuk divestasi saham.

14.	Endalew Lijalem Enyew	<i>Application of the Right to Permanent Sovereignty over Natural Resources for Indigenous Peoples: Assessment of Current Legal Developments</i>	Arctic Review on Law and Politics, Vol. 8, 2017	Paper tersebut menjelaskan kedaulatan permanen atas SDA, dasar hukum kedaulatan permanen dan juga revolusi penerapan kedaulatan permanen atas SDA. Endalew juga menjelaskan mengenai posisi masyarakat adat dalam konsep kedaulatan permanen atas SDA.
15.	Vivienne Bath	<i>National security and Chinese Investment Policy</i>	Harvard Business Law Review Online, Harvard, Vol. 3, 2013	Paper tersebut menjelaskan <i>national security</i> dan kebijakan investasi di China. Selain itu dalam jurnal tersebut dijelaskan mengenai kemiripan konsep investasi asing yang diterapkan oleh Pemerintah China dan Australia. Disertasi ini menghubungkan kepentingan nasional, kebijakan investasi yang dianut oleh Indonesia dan gagasan penerapan divestasi saham sebagai bentuk penguasaan negara atas SDA yang digunakan sebesar besarnya untuk kepentingan rakyat.
16.	David Held	<i>Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty</i>	Cambridge University Press, Vol. 8, 2012	Paper tersebut menjelaskan beberapa jenis teori kedaulatan diantaranya teori kedaulatan klasik, teori kedaulatan liberal internasional, pencapaian kedaulatan liberal, penilaian atas penerapan kedaulatan liberal. Disertasi ini tidak hanya semata menjelaskan mengenai kedaulatan secara umum, namun juga menitikberatkan kedaulatan negara atas SDA sebagai dasar kebijakan divestasi saham pertambangan minerba.
17.	Vivienne Bath	<i>Foreign Investment, the National Interest and National security - Foreign Direct Investment in</i>	Sydney Law School Legal Studies Research Paper, No. 12/31, 2012	Paper tersebut menjelaskan perbandingan sejarah kepentingan nasional di China dan Australia, perbandingan pengaturan investasi asing di China dan Australia, serta menjelaskan mengenai perbedaan sistem pengujian atas investasi asing yang akan dilakukan di China dan Australia.

		<i>Australia and China</i>		Disertasi ini berfokus pada pembahasan kepentingan nasional di Indonesia dalam penerapan divestasi saham atas investasi pada bidang pertambangan.
18.	J. Peter Pham	<i>What Is in the National Interest? Hans Morgenthau's Realist Vision and American Foreign Policy</i>	American Foreign Policy Interests, NCAFP, Vol. 30, 2008	Paper tersebut menjelaskan sejarah kepentingan nasional dengan membandingkan pandangan Hans Morgenthau dan kebijakan yang dianut <i>United States of America</i> (selanjutnya disebut USA). Sedangkan disertasi ini membandingkan kepentingan nasional di Indonesia dan di beberapa negara lainnya.
19.	Owen C.H. Ho.	<i>Determinants of Foreign Direct Investment in China: A Sectoral Analysis</i>	School of Economics & Commerce University of Western Australia, 2002	Paper tersebut menjelaskan perubahan kebijakan China terkait investasi asing, perkembangan FDI sejak tahun 1979 hingga tahun 2002 dan pengkajian mengenai investasi asing di China. Sedangkan disertasi ini membahas pengaturan tentang investasi di Indonesia dan prinsip-prinsip divestasi saham sebagaimana diatur dalam UU Penanaman Modal.
20.	Joel P. Trachtman	<i>Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility</i>	Canada-United States Law Journal, Vol. 24, 1994	Paper tersebut menjelaskan teori retorika kedaulatan dan prinsip ekstrateritorial dalam kedaulatan secara umum. Disertasi ini lebih spesifik menjelaskan mengenai kedaulatan Indonesia dalam melindungi SDA yang esensial bagi negara dan masyarakat.
21.	Ken Kiyono	<i>A Study on the Concept of the National Interest of Hans J. Morgenthau: As the Standard of American Foreign Policy</i>	Nagasaki University's Academic Output Site, 1969	Paper tersebut menjelaskan 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. Sedangkan disertasi ini lebih menitikberatkan kepentingan nasional khususnya dalam divestasi saham di Indonesia.

22.	Dorothee Cambou dan Stefaan Smis	<i>Permanent Sovereignty Over Natural Resources From A Human Rights Perspective: Natural Resources Exploitation And Indigenous Peoples' Rights In The Arctic</i>	Michigan State International Law Review, Vol. 22:1	Paper tersebut menjelaskan tiga perspektif atas kedaulatan permanen terhadap SDA yang ditinjau dari sudut pandang tradisional, sudut pandang hak asasi manusia dan sudut pandang masyarakat adat. Sedangkan disertasi ini menitikberatkan pada konsep kedaulatan permanen atas SDA secara umum berdasarkan hukum dan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.
23.	Robin H Chambers	<i>An Overview of the Australian Legal Framework for Mining Projects in Australia</i>	Chambers and Company International Lawyers, Australia	Paper tersebut menjelaskan kebijakan dalam melaksanakan pengelolaan atas hasil tambang, serta jenis dan perolehan izin atas pengelolaan hasil tambang di Australia.

1.6. Metode Penelitian

1.6.1. Tipe Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum (*legal research*)¹⁷ yang sesuai dengan karakter khas dari ilmu hukum (*jurisprudence*)¹⁸ sebagai suatu disiplin yang *sui generis*.¹⁹ Sebagai penelitian hukum, maka penelitian ini dapat dikategorikan kedalam tipe *theoretical research* karena bertujuan untuk menemukan kepentingan nasional, serta menemukan prinsip divestasi saham dalam pertambangan mineral di Indonesia dengan menggunakan teori²⁰ yang mendukung, yang akan menjadi rujukan dalam pengambilan kebijakan dan menjadi landasan dalam pengembangan dan pembangunan hukum.²¹

¹⁷ 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].

¹⁸ *Ibid.* [h.19]. *Jurisprudence* berasal dari kata Latin *iuris* yang berarti hukum dan *prudentia* yang berarti kebijaksanaan atau pengetahuan. Robert L. Hayman mengatakan bahwa *jurisprudence* mempunyai arti yang luas sebagai segala sesuatu yang bersifat teoretis tentang hukum.

¹⁹ *Ibid.* [h.20].

²⁰ 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]. Dikutip dari W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum* (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: Periksa: Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition (West Group, St. Paul, Minnesota, 2009). [h.1616].

²¹ 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, Department of Law, 2012/2013). [h.13].

1.6.2. 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*), pendekatan sejarah (*historical 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 ditemukan dalam pandangan-pandangan para sarjana atau doktrin hukum.²² Dalam penelitian ini menjadi sangat penting untuk mengetahui prinsip-prinsip hukum yang dikemukakan oleh para sarjana, untuk memudahkan dalam menemukan kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi pada PMA di Indonesia dan menemukan prinsip kebijakan divestasi saham sektor pertambangan minerba.

Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan membuat pengkajian terhadap *reasoning* atas suatu UU 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.

²² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Prenada Media, Jakarta, 2005). [h.138].

Pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan menelaah berbagai kasus yang berkaitan dengan kebijakan investasi di bidang pertambangan khususnya kasus mengenai divestasi saham, baik kasus yang sedang berjalan (seperti PT Freeport Indonesia), juga kasus yang simile pada forum arbitrase internasional seperti ICSID, baik di Indonesia maupun di negara lain. Yang menjadi objek kajian dalam pendekatan kasus adalah permasalahan pada kebijakan mengenai divestasi saham dan *ratio decidendi*²³ dalam putusan-putusan dalam arbitrase internasional seperti ICSID. Pentingnya menganalisis kasus-kasus yang terkait dengan permasalahan adalah untuk menemukan prinsip baru pada divestasi saham sektor pertambangan minerba.

Pendekatan perbandingan dilakukan untuk membandingkan hukum antara satu negara dengan negara lain. Watson²⁴ 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*". Menurut Mireille Delmas-Marty²⁵, perbandingan hukum adalah "*gaining knowledge of foreign systems, allowing criticism and*

²³ *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*".

²⁴ Peter de Cruz, *Comparative Law in Changing World*, Second Edition (Cavendis Publishing Limited, London, 1999). [h.6].

²⁵ 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]. Dikutip dari Mireille Delmas-Marty, *Comparative Law and The Internationalisation of Law in Europe*.

improvement of each system, whereas universalists dream of using it as an instrument for unifying the law”.

Perbandingan yang digunakan adalah perbandingan mikro berupa perbandingan pranata, konsep atau aturan hukum dalam sistem hukum yang berbeda.²⁶ Perbandingan dilakukan dengan maksud mengidentifikasi persamaan dan perbedaan dan sebagai refleksi bagi pengembangan sistem atau konsep hukum tertentu. Studi perbandingan hukum dalam penelitian ini dilakukan dengan membandingkan antara Indonesia dengan USA, China dan Australia dalam merumuskan dan menerapkan perlindungan kepentingan nasional masing-masing negara, termasuk juga dalam hal penyelesaian sengketa.

China dipilih sebagai pembanding karena China merupakan salah satu negara penghasil mineral dan batubara terbesar di dunia.²⁷ Indonesia dapat banyak belajar dari China dalam hal perlindungan kepentingan nasional, mengingat China merupakan salah satu negara yang mengalami pertumbuhan ekonomi yang sangat signifikan.²⁸ Sedangkan USA dan Australia juga dipilih sebagai pembanding, karena USA merupakan salah satu negara maju

²⁶ Radian Salman, ‘Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi’, Disertasi, Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya (2017). [h.29]. Dikutip dari K. Zweigart dan H. Kotz, *An Introduction to Comparative Law* (3rd Edition, Oxford, 1998). [h.2].

²⁷ Periksa: Figure 2.2. *World Coal Production, by Country, 2014*. Source: International Energy Agency, *Coal Information*, 2015. Periksa juga: Figure 2.4. *World Mine Production of Nikel, by Country, 2015*. Source: International Nickel Study Group.

²⁸ 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, Vol. 34:5, April, 2012) [h.6] <http://ssrn.com/abstract=2042318>.

penghasil batubara dan emas terbesar di dunia²⁹ dan Australia juga merupakan salah satu negara maju penghasil mineral, batubara dan emas terbesar di dunia.³⁰ Sehingga Indonesia dapat mengadopsi kebijakan perlindungan kepentingan nasional khususnya pada pertambangan minerba, yang dapat membantu penyelesaian isu hukum pada disertasi ini.

Pendekatan sejarah (*historical approach*) dilakukan untuk menelaah sejarah kebijakan divestasi saham sektor pertambangan minerba setelah Indonesia merdeka hingga sekarang. Pembahasan mengenai sejarah divestasi saham diperlukan untuk meminimalisir justifikasi kebijakan divestasi saham yang terkesan ‘menjebak’ investor asing.

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

²⁹ Periksa: Figure 2.2. *World Coal Production, by Country, 2014*. Source: International Energy Agency, Coal Information, 2015. Periksa juga: Figure 2.3. *World Gold Reserves, by Country, 2015*. Source: U.S. Geological Survey, ‘U.S. Department of the Interior U.S. Geological Survey’, Mineral Commodity Summaries 2018, USGS, Virginia (2018).

³⁰ Periksa: Figure 2.2. *World Coal Production, by Country, 2014*. Source: International Energy Agency, Coal Information, 2015. Periksa juga: Figure 2.3. *World Gold Reserves, by Country, 2015*. Source: U.S. Geological Survey, ‘U.S. Department of the Interior U.S. Geological Survey’, Mineral Commodity Summaries 2018, USGS, Virginia (2018) dan Figure 2.4. *World Mine Production of Nickel, by Country, 2015*. Source: International Nickel Study Group.

masyarakat yang adil, makmur dan sejahtera.³¹ Selain itu, dipengaruhi pula oleh teori yang bersumber pada teori ekonomi. Namun demikian, oleh karena penelitian ini merupakan penelitian hukum, sedangkan pendekatan ekonomi terhadap hukum mempunyai kecenderungan menggunakan pendekatan yang rasional empiris (menggunakan analisis yang cenderung kuantitatif dengan menggunakan data), maka penggunaan pendekatan ini hanya sebagai “alat bantu” untuk mendukung dan membangun argumentasi.

1.6.3. 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 Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724) (selanjutnya disebut UU Penanaman Modal) dan UU

³¹ Muchammad 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 (Aspen Publishers, New York, 2007). [h.3, 249-256].

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)³² khususnya tentang *Trade Related Investment Measures* (selanjutnya disebut TRIMs) dan putusan pengadilan adalah putusan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut MK) dan 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.

1.6.4. Prosedur Pengumpulan 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 salju³³ untuk

³² Melalui Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing the World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1994 Nomor 57, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3564), 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 (*hgpa (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 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 Q.C., *International Law* (Cambridge University Press, 2008), diterjemahkan oleh Derta Sri Widowatie, dkk, *Hukum Internasional* (Nusa Media, Bandung, 2013). [h.1305-1306].

³³ *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: Aan Efendi, ‘Penyelesaian Sengketa Lingkungan Melalui Gugatan Administratif di

memperoleh sumber informasi yang lebih luas yang berawal dari satu bahan pokok. Setelah bahan hukum dikumpulkan, metode lainnya adalah menginventarisir bahan hukum yang didapatkan dengan melakukan identifikasi dan klasifikasi secara sistematis untuk selanjutnya melakukan analisis bahan hukum dan penulisan.

1.6.5. Analisis Bahan Hukum

Adapun analisis bahan hukum adalah menggunakan penafsiran hukum untuk menelaah konsep, landasan filosofis, prinsip dan teori-teori hukum terkait perlindungan kepentingan nasional pada kebijakan divestasi saham pertambangan minerba. Langkah selanjutnya adalah menyusun argumentasi hukum dan dilakukan penemuan hukum yang berkaitan dengan isu hukum, yang kemudian ditarik sebuah simpulan terhadap setiap isu hukum.

Mengingat disertasi ini berkaitan erat dengan hukum investasi dan hukum pertambangan yang sangat berkaitan dengan pihak asing (baik negara maupun privat) juga sangat dipengaruhi oleh perkembangan ekonomi dunia, maka prinsip hukum internasional juga menjadi landasan argumentasi dalam disertasi ini. Melalui pendekatan komparatif, hasil penelitian ini dianalisis untuk menemukan kepentingan nasional secara filosofis, serta prinsip kebijakan divestasi saham pertambangan minerba.

Peradilan Tata Usaha Negara', Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya (2015). [h.50]. Dikutip dari Erasmus University Rotterdam, 'Snowball Method', www.eur.nl, diakses pada tanggal 27 Juli 2013.

1.7. Sistematika Penulisan

Penulisan ini dimulai dengan Bab I, yakni bab pendahuluan yang membahas mengenai latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, orisinalitas penelitian, metode penelitian (tipe penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum, prosedur pengumpulan bahan hukum dan analisis bahan hukum) dan sistematika penelitian yang diharapkan dapat menjelaskan tentang arti penting dan perlunya penelitian terkait dengan perlindungan kepentingan nasional pada kebijakan divestasi saham PMA sektor pertambangan minerba.

Pada Bab II menganalisis kepentingan nasional berlandaskan Konstitusi. Untuk selanjutnya akan dilakukan perbandingan mengenai kepentingan nasional di beberapa negara. Setelah kepentingan nasional ditemukan, maka selanjutnya akan membahas mengenai konsep perlindungan kepentingan nasional pada kebijakan investasi dan pertambangan minerba.

Pada Bab III membahas dan menganalisis mengenai perlindungan kepentingan nasional pada konteks yang lebih khusus, yakni divestasi saham sektor pertambangan minerba. Dalam bab ini juga menganalisis kasus-kasus yang terkait dengan isu hukum, guna menemukan prinsip pada divestasi saham sektor pertambangan minerba berdasarkan prinsip penguasaan negara atas SDA.

Bab IV, bagian akhir dari penelitian ini merupakan bab penutup yang terdiri dari simpulan dan saran. Pada simpulan berisi tentang hasil analisis yang merupakan jawaban dari rumusan masalah yang ada, sedangkan saran berisi tentang sumbangsih pemikiran atas hasil penelitian dalam simpulan.