



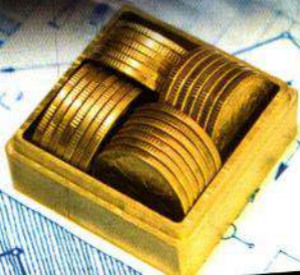
Prof. Dr. Marthen Arie, S.H., M.H

HUKUM PENANAMAN MODAL ASING

58%

64%

85%



MAX

HUKUM PENANAMAN
MODAL ASING

Sanksi Pelanggaran Hak Cipta
**UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA
NOMOR 28 TAHUN 2014 TENTANG HAK CIPTA**

Pemerintah : Perdana

Parad 113

- 1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau denda paling banyak Rp200.000.000 (seratus juta rupiah)
- 2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
- 3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pemrinte atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
- 4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

Prof. Dr. Marthen Arie, S.H., M.H

HUKUM PENANAMAN **MODAL ASING**

Diterbitkan Oleh
Nas Media Pustaka
Tahun 2022

HUKUM PENANAMAN MODAL ASING

Prof. Dr. Marthen Arie, S.H., M.H

Copyright © Marthen Arie 2022

All rights reserved

Layout : Rizqiri Salam
Desain Cover : Muh Taufik
Image Cover : freepik.com

Cetakan Pertama, April 2022

xiv + 274 hlm, 15,5 x 23 cm

ISBN 978-623-351-400-2

Diterbitkan oleh Penerbit Nas Media Pustaka

PT. Nas Media Indonesia

Anggota IKAPI

No. 018/SSL/2018

Jl. Batua Raya No. 3, Makassar 90233

Jl. Kenari Indah No. 2, Yogyakarta 55584

Telp. 0812-1313-3800

redaksi@nasmedia.id

www.nasmedia.id

Instagram : @nasmedia.id

Fanspage : nasmedia.id

Youtube : nasmedia entertainment

Dicetak oleh Percetakan CV. Nas Media Pustaka

isi di luar tanggung jawab percetakan

KATA PENGANTAR

Dalam perjalanan sejarah, penanaman modal di berbagai negara diyakini bahwa penanaman modal asing (*foreign direct investment*) menjadi sangat dibutuhkan negara-negara berkembang karena penanaman modal asing menjadi generator pertumbuhan ekonomi negara penerima modal (*host country*). Penanaman modal asing yang memiliki kinerja yang tinggi (*above potential*) selalu didorong untuk menciptakan ekosistem penanaman modal yang berkelanjutan. Pengembangan iklim penanaman modal yang kondusif merupakan salah satu prioritas dalam pembangunan. Penanaman modal semakin dibutuhkan perannya untuk menggerakkan pertumbuhan ekonomi, menciptakan lapangan kerja dan menurunkan tingkat kemiskinan. Namun tidak dapat dipungkiri bahwa dampak penanaman modal asing dapat menimbulkan kesenjangan yang dapat merugikan negara penerima modal.

Kehadiran penanaman modal asing tidak pernah surut dari pro dan kontra. Bagi yang pro kehadiran penanaman modal asing dipandang sebagai *engine of growth*, dan yang anti kehadiran penanaman modal asing menganggap penanaman modal asing akan menimbulkan ketergantungan ekonomi nasional dari modal asing dan melemahkan kekuatan ekonomi nasional. Indonesia adalah sebuah negara yang kaya dengan sumber daya alam. Potensi yang dimiliki Indonesia ini adalah menjadi salah satu negara di dunia yang mencatat pertumbuhan ekonomi cukup tinggi. Selain itu potensi pasar yang besar, tenaga kerja yang produktif perbaikan infrastruktur yang semakin memadai sebagai faktor pendorong yang dimanfaatkan oleh penanam modal asing untuk menanamkan modal di Indonesia. Arus penanaman modal asing di Indonesia masih rendah jika

dibandingkan dengan negara-negara lain khususnya di kawasan Asia Tenggara. Menurut laporan Bank Dunia berdasarkan kategori *Ease of Doing Business* (EoDB) Indonesia berada pada peringkat 72 dari 190 negara. Arus penanaman modal asing di Indonesia dapat dirujuk dari laporan *World Investment Report 2018*, yang menggambarkan penanaman modal asing langsung (*foreign Direct Investment/FDI*) ke Indonesia menunjukkan potensi penanaman modal asing yang tinggi (*below potential*). Selama triwulan II tahun 2019 realisasi penanaman modal dalam negeri sebesar Rp. 9,6 Trilyun (naik 18,6%) dan realisasi penanaman modal asing sebesar Rp. 195 Trilyun atau naik 9,6% dibanding kuartal 1 tahun 2018. Dengan bertakunya Peraturan Presiden No. 24 Tahun 2019 tentang Pemberian Insentif dan Kemudahan Investasi di Daerah diharapkan akan terjadi kinerja dan potensi penanaman modal asing yang tinggi.

Memperbaiki iklim penanaman modal asing yang kondusif di Indonesia adalah dengan cara melakukan harmonisasi dan sinkronisasi hukum dengan melakukan reformasi regulasi progresif untuk menata banyak peraturan yang berbeda dan saling tumpang tindih. Harmonisasi hukum diyakini berpotensi mendorong pertumbuhan ekonomi di seluruh wilayah Republik Indonesia. Untuk mewujudkan cita-cita itu, perlu sinkronisasi dan konektivitas yang kuat berbagai peraturan perundang-undangan. Mengutip pidato Visi Indonesia Presiden Jokowi di Sentul tanggal 14 Juli 2019 mengatakan kita harus mengundang penanaman modal yang seluas-luasnya dalam rangka membuka lapangan kerja. Jangan ada yang alergi terhadap penanaman modal. Dengan cara inilah lapangan pekerjaan akan terbuka sebesar-besarnya. Oleh sebab itu yang menghambat penanaman modal harus dipangkas, baik perizinan yang lambat, berbelit-belit, apalagi ada pungliunya.

Mengundang penanaman modal yang seluas-luasnya membutuhkan kepastian hukum yang tujuan utamanya adalah untuk meningkatkan ekosistem penanaman modal. Kepastian hukum meliputi

kepastian pengaturan dalam banyak peraturan perundang-undangan dan kepastian atas penegakan hukum. Reformasi regulasi sangat relevan di masa Pandemi Covid-19 untuk menarik penanam modal asing menanamkan modalnya di Indonesia. Diundangkannya UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang pembentukannya melalui metode *omnibus law* merupakan upaya harmonisasi dan unifikasi hukum yang luar biasa dan salah satu strategi menata dan menyesuaikan banyak peraturan perundang-undangan yang saling tumpang tindih dengan membuat satu regulasi baru. Harapan UU No.11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja dapat menciptakan ekosistem penanaman modal berkelanjutan dan kegiatan berusaha yang mudah, perlindungan dan kesejahteraan pekerja, perlindungan Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah disertai dengan sistem perizinan yang sederhana. Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) menegaskan bahwa UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja akan memberikan kesempatan yang sangat besar bagi Usaha Mikro Kecil dan Menengah (UMKM). Dengan 64,2 juta unit usaha atau 99,7% dari total uni usaha, UMKM telah menyediakan lapangan kerja bagi 120 juta dari 133 juta angkatan kerja.

Penataan regulasi secara luar biasa terhadap banyak peraturan tersebut diyakini akan mampu menarik minat para penanam modal asing untuk menanamkan modalnya. Jika hukum berperan sebagai alat untuk mendorong arus penanaman modal, maka hukum harus diperbaiki. Penyelenggaraan penanaman modal sebagai kegiatan ekonomi sangat erat kaitannya dengan hukum. Tugas hukum yang utama, khususnya hukum penanaman modal asing adalah senantiasa menjaga dan mengadakan rambu-rambu hukum sebagai pengaman, agar pelaksanaan penanaman modal mendatangkan keuntungan dan manfaat bagi negara penerima modal maupun negara penanam modal. Hanya dengan cara itu, hukum akan tetap mempunyai peranan dalam meningkatkan pertumbuhan ekonomi. Ketika pertumbuhan ekonomi meningkat, maka kebutuhan masyarakat terhadap barang

dan jasa akan tersedia banyak, sehingga tercapailah kesejahteraan masyarakat. Oleh karena itu, melalui UU No. 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dan UU No. 11 tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang akan menjadi acuan utama penanaman modal di seluruh wilayah Republik Indonesia. Namun demikian, bidang penanaman modal asing merupakan salah satu bidang yang masih sangat problematik terutama terkait dengan keberlanjutan penanaman modal seperti jaminan kepastian hukum dan jaminan kemudahan berusaha.

Indonesia adalah kawasan yang kaya dengan sumber daya alam dan juga merupakan salah satu negara tujuan penanaman modal asing yang sangat potensial dan memiliki banyak keunggulan yakni kemudahan berusaha. Salah satunya adalah bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal terdapat 20 bidang usaha yang tertutup (Lampiran I Daftar Negatif Investasi) dikurangi menjadi 6 (enam) bidang usaha, yaitu (i) budi daya dan industri narkotika golongan I, (ii) segala bentuk kegiatan perjudian dan/atau kasino, (iii) penangkapan spesies ikan yang tercantum dalam *appendix I Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* (CITES), (iv) pemanfaat dan pengambilan koral dan pemanfaatan dan pengambilan karang dari alam yang digunakan untuk bahan bangunan/kapur/kalsium, akuarium, dan suvenir/perhiasan, serta koral hidup atau koral mati dari alam, (v) industri pembuatan senjata kimia, dan (vi) industri bahan kimia industri dan industri bahan perusak lapisan ozon (Pasal 12 ayat (3) UU No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal).

Di sektor kemudahan berusaha, penanaman modal akan mendapat insentif apabila modal tersebut setidaknya memenuhi salah satu kriteria seperti menyerap tenaga kerja banyak, termasuk skala prioritas tinggi, pembangunan infrastruktur, alih teknologi, melakukan industri perintis, berada di daerah terpencil, melaksanakan kegiatan penelitian, pengembangan dan inovasi serta bermitra dengan usaha mikro, kecil, menengah dan koperasi. Kemudahan berusaha perlu

disertai keberlanjutan penanaman modal. Faktor yang tak kalah pentingnya adalah kepastian hukum dan kepastian berusaha. Kedua faktor ini sangat penting agar penanaman modal asing mendatangkan manfaat dan kesejahteraan bagi masyarakat.

Tuntutan liberalisasi dalam perdagangan global saat ini membawa permasalahan pada kegiatan penanaman modal terutama penanaman modal asing baik dalam skala nasional maupun internasional. Sistem ekonomi dunia yang berlaku saat ini tidak sesuai untuk sebagian besar umat manusia di negara-negara berkembang. Apalagi memang, globalisasi ekonomi dan globalisasi korporasi yang menguasai perdagangan global sudah bukan lagi di tangan negara, tetapi berada pada barisan korporasi dan individu pemain global baru. Begitu kuatnya arus energi liberalisasi dan korporasi global mengalirkan arus energinya kepada sistem ekonomi pasar bebas ke negara-negara berkembang, sehingga sistem ekonomi pasar bebas mempunyai kemampuan untuk menetapkan dan merealisasikan tujuan kekuasaan ekonominya.

Buku ini menggambarkan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal asing yang dijadikan landasan untuk memformulasi kebijakan-kebijakan atau ketentuan-ketentuan hukum untuk menata kegiatan penanaman modal asing. Selanjutnya, uraian ini juga mencoba mengangkat salah satu masalah yang kompleks dalam kegiatan penanaman modal terkait modal asing yaitu prinsip non-diskriminasi dalam perdagangan internasional. Dalam konteks perdagangan internasional (global) berlaku prinsip bahwa hukum suatu negara akan berpengaruh terhadap negara lain. UU No. 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal mempunyai latar belakang sejarah yang cukup panjang dan merupakan hasil dari cita-cita harmonisasi hukum dari penanaman modal dalam perdagangan global. Cita-cita harmonisasi hukum juga terlihat setelah diundangkannya UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja. Harmonisasi dan unifikasi ini semakin menunjukkan komitmen pemerintah Republik Indonesia untuk menyelaras-

kan aturan dan kebijakan penanaman modal asing dengan ketentuan hukum yang berlaku dalam perdagangan internasional. Hal yang mendorong pentingnya harmonisasi hukum terutama adalah untuk penataan terhadap banyak peraturan perundang-undangan sehingga memudahkan para penanam modal asing menanamkan modalnya. Penataan regulasi itu adalah strategi pemerintah Indonesia untuk menarik penanam modal asing menanamkan modalnya. Harmonisasi hukum penanaman modal bertujuan untuk memanfaatkan potensi pasar yang besar untuk mencapai tingkat penanaman modal asing tinggi (*front runner*) di Indonesia.

Bagian lain dari buku ini menguraikan akar persoalan *legal infrastructure* yang progresif untuk menciptakan kepastian hukum, kepastian berusaha, keseimbangan, dan kesinambungan serta penerapan prinsip perlakuan sama yang tidak membedakan asal negara. Untuk mengkaji topik ini, penulis juga menguraikan prinsip-prinsip pelayanan penanaman modal dengan memanfaatkan pendekatan analisis ekonomi dalam hukum (*economic analysis of law*), yaitu suatu pendekatan dalam ilmu hukum yang mengkaji hukum berdasarkan prinsip-prinsip dalam ilmu ekonomi seperti nilai, efisiensi dan kemanfaatan (*utility*). Tujuan analisis ekonomi dari hukum adalah untuk menggambarkan bagaimana seharusnya penanaman modal asing itu mendatangkan manfaat bagi rakyat. Selanjutnya, adalah uraian tentang perizinan berusaha dalam kegiatan penanaman modal tentu saja berperan penting dalam kegiatan penanaman modal. Perizinan berusaha merupakan instrumen hukum untuk kemudahan berusaha dengan melakukan penyederhanaan perizinan dan memangkas proses pemberian perizinan penanaman modal yang rumit, panjang dan berbelit-belit.

Buku ini diharapkan dapat memberi manfaat bagi pengkajian konseptual tentang hukum penanaman modal di era global. Kajian ini secara spesifik membahas bagaimana seharusnya penanaman modal

asing itu bisa mendatangkan manfaat bagi rakyat; tidak menimbulkan ketergantungan ekonomi terhadap modal asing. Sebaliknya, bagaimana seharusnya pemerintah Republik Indonesia sebagai negara penerima modal dapat memberikan insentif dan jaminan penanaman modal kepada penanam modal asing/investor asing sehingga mereka tertarik untuk menanamkan modalnya di Indonesia. Indonesia memiliki sumber daya alam yang melimpah banyaknya yang dapat dimanfaatkan oleh penanam modal asing, banyak tenaga kerja yang produktif, potensi pasar yang besar dan infrastruktur yang memadai untuk menjangkau seluruh wilayah Indonesia. Tetapi mengapa tingkat dan kualitas penanaman modal asing di Indonesia masih rendah? Oleh karena itu buku ini bermanfaat bagi mahasiswa, pemerintah, legislatif, akademisi, praktisi hukum dan praktisi bisnis sebagai pengembangan pengetahuan di bidang hukum penanaman modal.

Makassar, Januari 2022

Penulis

Prof. Dr. Marthen Arie, S.H.,M.H

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR.....	v
DAFTAR ISI.....	xii

BAB I

SKETSA HUKUM PENANAMAN MODAL ASING 1

1. Harmonisasi Hukum Dalam Penanaman Modal Asing 8
2. Kerangka Pemikiran 27

BAB II

KONSEP DASAR PENANAMAN MODAL ASING..... 36

1. Pengertian Modal 36
2. Pengertian Penanaman Modal 39
3. Campurtangan Negara dalam Perekonomian 45
4. Peranan Hukum dalam Kegiatan Penanaman Modal 68
5. Hukum yang Berkaitan dengan Penanaman Modal 81
6. Analisis Hukum Ekonomi dalam Hukum Penanaman Modal Asing 105

BAB III

PRINSIP-PRINSIP HUKUM DALAM PENANAMAN MODAL ASING 112

1. Prinsip Mendatangkan Manfaat Bagi Rakyat..... 112
2. Prinsip Ketidaktergantungan Ekonomi Nasional Dari Modal Asing 151
3. Prinsip Insentif Penanaman Modal 169
4. Prinsip Jaminan Penanaman Modal..... 177

BAB IV	
PRINSIP-PRINSIP HUKUM PENANAMAN MODAL ASING DALAM GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE/ WORLD TRADE ORGANIZATION.....	188
1. Perlakuan Nasional.....	191
2. Perlakuan Sama.....	195
BAB V	
HUKUM PERIZINAN PENANAMAN MODAL ASING....	218
1. Perizinan Penanaman Modal Asing.....	218
2. Penyederhanaan Perizinan Penanaman Modal	242
DAFTAR PUSTAKA.....	261
BIODATA PENULIS	274

BAB

I

SKETSA HUKUM PENANAMAN MODAL ASING

Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, kemudian diundangkannya pula Undang-undang No.11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang telah melakukan perubahan beberapa pasal dalam Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut UU Penanaman Modal). Perubahan ini mencakup pelaksanaan UU Penanaman Modal bahwa setelah pengesahan UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (selanjutnya disebut UU Cipta Kerja) maka UU Penanaman Modal juga menjadi acuan utama penanaman modal di seluruh wilayah Republik Indonesia. Esensi perubahan ini ialah cita-cita harmonisasi dan unifikasi hukum bahwa setiap undang-undang dan peraturan sehubungan dengan penanaman modal yang berlaku setelah diundangkannya UU Cipta Kerja harus mematuhi ketentuan mengenai penanaman modal berdasarkan UU Cipta Kerja.

UU Cipta Kerja ini masih menjadi sorotan publik karena undang-undang ini menurut putusan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 25 November 2021 yang menyatakan UU Cipta Kerja cacat formula dan inkonstitusional bersyarat. UU Cipta Kerja harus direvisi selama 2 (dua) tahun sejak dikeluarkannya keputusan Mahkamah Konstitusi. Perubahan itu harus merujuk pada tata cara pembentukan

peraturan perundang-undangan dan perbaikan substansi UU Cipta Kerja secara transparan dan partisipasi publik yang murni (*meaningful participation*). UU Cipta Kerja merupakan upaya reformasi regulasi penanaman modal kedua setelah reformasi regulasi pertama seperti diatur dalam UU Penanaman Modal. UU Penanaman modal masih memiliki kaidah-kaidah hukum yang begitu kompleks. Banyak peraturan perundang-undangan mengatur penanaman modal secara sektoral sehingga membuka peluang tumpang tindih peraturan antara UU Penanaman Modal dengan undang-undang sektoral sangat besar. Misalnya, Undang-undang Pokok Agraria atau Undang-undang Pertambangan Mineral dan Batu bara. Untuk itu terobosan UU Cipta Kerja menjadi sangat bermanfaat untuk menghindari banyak peraturan perundang-undangan yang saling tumpang tindih dalam penyelenggaraan penanaman modal.

Demikian halnya UU Penanaman Modal diberlakukan juga terdapat pendapat pro dan kontra sehingga digugat ke Mahkamah Konstitusi tahun 2007. Pendapat yang menentang sebagian besar ketentuan dalam UU Penanaman Modal itu mengatakan bahwa rezim undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Banyak pasal-pasal dalam ketentuan ini yang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 seperti, Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 4 ayat (2) huruf A bertentangan dengan Pasal 28H ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945. Pasal 8 ayat (1) dan (3) Undang-Undang Penanaman Modal bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar 1945. Pasal 12 ayat (1) dan (3) Undang-Undang Penanaman Modal bertentangan dengan Pasal 33 ayat (2), (3), dan (5) Undang-Undang Dasar 1945. Pasal 21 dan Pasal 22 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Penanaman Modal bertentangan dengan Pasal 33 ayat (3), Pasal 28H ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945. Menurut mereka UU Penanaman Modal berpotensi menimbulkan kembali penjajahan dan imperialisme eko-

nomi. Bahwa keseluruhan pasal-pasal dalam UU Penanaman Modal memberikan banyak kemudahan bagi investor asing. Hal ini dapat menimbulkan ketergantungan ekonomi Indonesia terhadap modal asing.

Selanjutnya pendapat yang pro terhadap pemodal asing, mengatakan bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri perlu diganti karena tidak sesuai lagi dengan kebutuhan percepatan perkembangan perekonomian dan pembangunan hukum nasional saat ini. Selanjutnya, penanaman modal asing yang diselenggarakan menurut undang-undang ini adalah asas kepastian hukum, keterbukaan, akuntabilitas, perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara, kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian dan keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

UU Penanaman Modal pada satu sisi sebenarnya dianggap lebih maju daripada Undang-undang PMA No. 1 Tahun 1967. Karena di dalam UU Penanaman Modal ini mengamanatkan perlindungan lingkungan, penghormatan pada tradisi, *rule of law* dan lain-lain. Hanya saja undang-undang ini tidak menjelaskan secara rinci prosedur dan otoritas pelaksanaannya.¹ Terlepas dari pendapat pro dan kontra tersebut, tidak dapat dipungkiri bahwa kehadiran penanaman modal baik penanaman modal asing langsung atau dikenal dengan

¹ Lihat Theofranus S.Hidayat, *Peningkatan Investasi di Indonesia membutuhkan Konsistensi Reformasi Hukum*, Jurnal Studi Pembangunan Interdisiplin, Vol.XIX, No. 3 Desember 2007-Maret 2008, hal. 145. Lebih lanjut Theofranus S.Hidayat mengemukakan bahwa, di dalam Pasal 4 ayat (2) UU No. 25 Tahun 2007, dirumuskan kebijakan dasar (*basic policy*) penanaman modal di Indonesia, yaitu: (a) memberikae perlakuan yang sama bagi penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional (b) menjamin kepastian hukum, kepastian berusaha dan keamanan berusaha bagi penanam modal sejak proses pengurusan perizinan sampai dengan berakhirnya kegiatan penanaman modal sesuai dengan peraturan perundang-undangan, (c) membuka kesempatan bagi perkembangan dan memberikan perlindungan kepada usaha mikro, kecil menengah dan koperasi.

Foreign Direct Investment (FDI) maupun penanaman modal dalam negeri diakui sebagai *engine of growth* karena peranannya yang penting untuk memacu pertumbuhan ekonomi suatu negara. Hanya saja perlu diatur dengan tegas bagaimana Indonesia dapat memanfaatkan sebesar-besarnya modal asing itu tetapi tidak mematikan modal nasional.

Kebanyakan para ahli ekonomi sependapat bahwa penanaman modal merupakan *driving force* setiap proses pembangunan ekonomi, karena kemampuannya menggerakkan aspek-aspek pembangunan lainnya. Kegiatan penanaman modal di suatu negara, daerah maupun desa dapat diketahui dari kontribusinya terhadap nilai tambah (*value added*) ekonomi dan kesejahteraan masyarakatnya seperti, sumber modal, menciptakan dan memperluas kesempatan usaha dan lapangan kerja, pengetahuan teknologi, meningkatkan devisa serta penumbuhan perusahaan lokal berkelas global.²

Dalam era perekonomian global dewasa ini dan di masa mendatang, persaingan untuk menarik investor tidak hanya terjadi di antara negara-negara berkembang maupun negara-negara maju, tetapi juga antar provinsi dan antar kabupaten. Oleh karena itu, suka atau tidak, hukum seperti “opium” untuk membentuk dan mengakumulasi modal secara cepat, sehingga kajian prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal menjadi sangat penting. Disebut penting karena prinsip-prinsip hukum dijadikan penyangga (*corner stone*) dalam membentuk dan mengakumulasi modal. Hanya saja hal tersebut mendapat perhatian sangat sedikit di negara-negara berkembang, termasuk Indonesia. Modal sulit diperoleh negara berkembang un-

² Sumartono, *Kerja sama Investasi dengan Modal Asing*. Alumnus, Bandung, 1984, hal. 29. Lihat juga Laporan Pembangunan Bank Dunia, *Udin Investasi yang lebih baik bagi Negara Orang*, Selendu Empat, Jakarta, 2015, hal. 5-7. Dalam laporan ini digambarkan bahwa pemerintah harus mengimbangi kesenjangan-kesenjangan aturan/kebijakan dengan penetapannya dan menunggui sumber-sumber kegagalan kebijakan yang dapat melemahkan suatu iklim penanaman modal yang lebih baik secara lebih mendalam.

tuk pembangunan ekonomi *host country* karena lemahnya landasan hukum untuk merepresentasikan kepemilikannya untuk dapat dijadikan modal.

Landasan hukum yang lemah, selain bermakna tidak tersedianya peraturan hukum yang memadai, juga berarti tidak adanya kepastian dalam penerapannya oleh lembaga-lembaga penegak hukum dan birokrasi yang efektif dan efisien. Oleh sebab itu, salah satu strategi yang penting untuk memperbaiki sistem hukum di bidang penanaman modal yang lemah landasannya adalah melalui penyerapan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal. Dengan demikian, rezim hukum penanaman modal yang dibutuhkan Indonesia harus disusun berlandaskan prinsip-prinsip hukum penanaman modal yang menjadi landasannya.

Sebelum berlakunya UU Penanaman Modal, rezim hukum penanaman modal asing seperti diatur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dianggap lebih liberal, dan merugikan kepentingan ekonomi nasional. Undang-undang ini bertujuan untuk mendorong penanam modal asing yang umumnya melalui perusahaan multinasional (*Multi National Corporation/MNC*) menanamkan modalnya di Indonesia. Kegiatan penanaman modal asing didukung pula oleh berbagai kebijakan dan peraturan deregulasi dan debirokratisasi yang gencar dilakukan pemerintah. Tujuannya sama, yaitu menarik para penanam modal asing menanamkan modalnya di Indonesia. Penanaman modal sangat dibutuhkan Indonesia untuk mewujudkan cita-cita dan harapan seluruh rakyat Indonesia, yaitu demokrasi ekonomi dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia seperti terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945.

Tidak dapat dipungkiri bahwa perkembangan penanaman modal di Indonesia baik modal asing maupun modal dalam negeri menurun sangat tajam. Kegiatan penanaman modal selama ini tidak

serta merta mengatasi problema pembangunan ekonomi. Mengapa demikian? *Pertama*, tidak adanya rezim hukum penanaman modal yang kuat dan bertabiat sebagai misi yang berperan untuk menghasilkan modal. Selama ini pemerintah hanya merengsek dan pandai minta bantuan dan pinjaman uang dari luar negeri (*off shore loan*). *Kedua*, kegagalan legalitas, yaitu Indonesia meniru saja sistem hukum yang berlaku di negara maju untuk menghasilkan kekayaan untuk kemajuan masyarakat pada umumnya, tetapi gagal menerapkannya dalam kehidupan bersama. Gagal karena tidak didukung oleh aturan hukum substansi yang kuat bertabiat, tidak didukung oleh lembaga pembuat hukum dan lembaga penerap hukum atau penegak hukum yang efisien, efektif dan jujur. Selain itu, perizinan sengaja dibuat berbelit-belit sehingga banyak penanam modal (terutama penanam modal asing) melakukan cara ilegal dalam melakukan aktivitas bisnisnya, dan kebanyakan dari mereka selalu menyuap penguasa atau pemerintah. *Ketiga*, belum adanya pembakuan prinsip-prinsip hukum yang mengatur tentang penanaman modal yang memperlakukan sama penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri. Hal ini disebabkan karena kurangnya perhatian dan kesadaran yang diuraikan kepada prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal. Prinsip-prinsip tersebut, dapat dipedomani di dalam melakukan reformasi regulasi sehingga dapat dijabarkan menjadi aturan hukum yang konkret, dapat menjadi landasan hukum yang dapat mengubah modal mati (*death capital*) menjadi sumber modal atau kekayaan suatu negara (*wealth of nation*). Penanaman modal juga sebagai sarana dalam pelaksanaan pembangunan ekonomi *host country*, sehingga ironis untuk menyatakan bahwa, bekerjanya landasan hukum yang bertabiat efisien adalah persyaratan bagi masuknya penanaman modal dan pertumbuhan ekonomi yang tinggi.

Bila ditelusuri lebih jauh semangat filosofis pemerintah mengundang penanam modal, terutama penanam modal asing, tampak jelas dan tegas diletakkan dalam landasan pemikiran UU Penanaman

Modal, yaitu (1) Indonesia tidak memiliki modal dan sumber pembiayaan lain yang cukup untuk meningkatkan dan mengembangkan kegiatan ekonomi dan pembangunan nasional. (2) Pemerintah mengakui bahwa jalan menuju proses peningkatan kegiatan ekonomi dan pembangunan hanyalah dengan akumulasi modal. (3) Pembentukan dan akumulasi modal dari penanam modal akan tercapai jika ada landasan hukum yang kuat dan berwibawa yang berperan menjamin proses kelangsungan penanaman modal.

Dalam teori ekonomi pembangunan, negara-negara sedang berkembang sangat membutuhkan aliran penanaman modal sebagai jalan menuju pertumbuhan ekonomi (*economic growth*), dan dalam mencapai pertumbuhan ekonomi tersebut, negara-negara *host country* tidak hanya mengandalkan pada faktor pembiayaan dalam negeri, seperti tabungan masyarakat, tetapi juga diperoleh melalui modal asing. Para ahli ekonomi pembangunan seperti Harrod-Domar mengemukakan bahwa untuk meningkatkan perekonomian suatu negara dibutuhkan modal karena modal dipandang sebagai sumber pembiayaan ekonomi produktif untuk menghasilkan barang dan jasa sebagai pengeluaran yang akan menambah permintaan efektif seluruh masyarakat. Keadaan ini menuntut adanya penanaman modal untuk menambah kemampuan memproduksi barang dan jasa yang dibutuhkan dalam perekonomian. Dengan demikian tampak jelas bahwa penanaman modal memiliki pengaruh yang signifikan untuk memajukan perekonomian suatu negara.

Di sini penanaman modal asing dapat menciptakan lapangan kerja besar ke negara penerima modal, turunnya pengangguran, *saving* naik dan pendapatan lebih baik. Apa yang harus dikerjakan dalam penyelenggaraan penanaman modal asing adalah penanaman modal untuk penciptaan lapangan kerja harus diprioritaskan dan prosedur perizinan berusaha harus disederhanakan³.

³ Terdapat lebih dari 7 juta orang yang belum mendapatkan pekerjaan (pengangguran). Setiap tahun, angkatan kerja baru bertambah sebanyak 2 juta orang. Pemerintah harus

1. Harmonisasi Hukum Dalam Penanaman Modal Asing

Untuk menyesuaikan permasalahan timpang tindh regulasi dan obesitas regulasi bukan cara yang mudah. Namun kebanyakan negara host country berupaya melakukan reformasi regulasi yaitu harmonisasi hukum. Harmonisasi merupakan suatu proses yang dihasilkan melalui usaha penataan regulasi secara sekaligus terhadap banyak peraturan perundang-undangan. Harmonisasi dalam konsep ini adalah UU Cipta Kerja diundangkan untuk mengamendemen beberapa undang-undang sekaligus.

Hal yang mendorong cita-cita harmonisasi hukum dalam penanaman modal asing adalah untuk memenuhi kebutuhan hukum akibat perbedaan sistem hukum maupun akibat globalisasi ekonomi dan perdagangan global yang tidak menentu saat ini. Oleh karena itu, terobosan UU Cipta Kerja dan berbagai peraturan turunannya yang akan menopang UU Penanaman Modal diyakini akan menyelesaikan masalah dalam praktik penanaman modal asing di Indonesia yang sampai saat ini masih sangat kompleks⁴.

Sebagai contoh tataka ada usulan merevisi regulasi di bidang pertambangan maka yang harus direvisi adalah No.4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu bara, tetapi masih mengalami hambatan misalnya UU No.32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup atau UU No. 5 Tahun

menemen pertumbuhan ekonomi 6% atau lebih pertahun untuk membuka lapangan kerja baru yang menampung 2 juta pekerja baru dan 7 juta pengangguran yang ada. Penanaman modal untuk penciptaan lapangan kerja memerlukan penanaman modal sebesar Rp. 4.800 Trilyun. Setiap 1% pertumbuhan ekonomi memerlukan dana investasi Rp. 800 Trilyun. (Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian Republik Indonesia; 2021, hal. 6.

⁴ UU No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja memungkinakan 80 undang-undang dan lebih dari 1200 pasal direvisi dengan Undang-undang Cipta Kerja yang mengatur berbagai sektor. Reformasi regulasi ini diperlukan untuk memperbaiki iklim penanaman modal, memperbaiki kebijakan pusat dan daerah yang sering berbenturan, meningkatkan kinerja dan potensi penanaman modal (asing), meningkatkan indeks regulasi Indonesia yang masih rendah dan mengatasi obesitas regulasi.

1960 tentang Pokok-Pokok Agraria. Undang-undang yang di sebutkan di atas terdapat saling tumpang tindih sehingga menyulitkan pemerintah mengambil kebijakan yang mengandung kepastian hukum. Tampaknya harmonisasi hukum mampu menjawab persoalan tumpang tindih peraturan perundang-undangan seperti dicontohkan di atas.

Selain itu, ada juga berpendapat bahwa harmonisasi melalui metode *omnibus law* seperti dalam UU Cipta Kerja dilakukan dengan cara sedemikian rupa untuk menghindari pertentangan konsep substansi hukum yang sebaiknya harus dihindari dari awal. Dari penjelasan di atas, terlihat bahwa harmonisasi merupakan upaya umum yang dilakukan berbagai negara baik negara maju maupun negara berkembang dalam menarik penanam modal untuk menanamkan modalnya di negaranya. Harmonisasi hukum penanaman modal asing merupakan strategi untuk mendorong para penanam modal asing mau menanamkan modalnya di negara bersangkutan. Selain itu, harmonisasi hukum sangat terhubung dengan sistem hukum suatu negara. Akibat dari perbedaan sistem hukum dari berbagai negara itu akan memudahkan melakukan penanaman modal dan akan memudahkan penyelesaian masalah/sengketa jika ada sengketa. Jadi harmonisasi hukum dianggap mempermudah penyelenggaraan penanaman modal asing dan mempermudah penyelesaian sengketa. Artinya kepastian hukum dapat menjamin hubungan bisnis khususnya dalam penanaman modal asing. Penanam modal asing dan negara penerima modal dapat menyesuaikan dengan hak dan kewajiban sebagaimana diatur dalam Undang-undang dan peraturan-peraturan penanaman modal.

Harmonisasi hukum artinya upaya mencari keselarasan melalui penyempurnaan hukum dengan jalan reformasi/pembaharuan dan penataan aturan-aturan hukum. Tujuan harmonisasi hukum penanaman modal asing dari sudut pembaharuan hukum adalah metode mempertemukan dan mendekatkan keinginan negara penerima

modal dan negara penanam modal asing yang tentu saja mempunyai perbedaan sistem hukum. Jika tidak ada pengaturan hukum yang baik terutama mekanisme penanaman modal maka penanaman modal asing tidak selalu bermanfaat bagi negara penerima modal. Di sinilah pentingnya harmonisasi hukum dilakukan sebagai strategi reformasi regulasi agar penataan dilakukan secara sekaligus terhadap banyaknya peraturan perundang-undangan.

Harmonisasi hukum penanaman modal asing dijabarkan dan diimplementasikan dalam hukum substantif dan berlaku secara keseluruhan, terutama karena; *Pertama*, modal adalah sumber pembiayaan utama pengembangan dan penguatan perekonomian suatu negara. Modal menjadi sumber energi untuk meningkatkan kekayaan suatu negara dan menyejahterakan rakyat. Landasan pemikirannya adalah bahwa tanpa modal tidak ada penanaman modal dan tabungan. Tanpa penanaman modal mustahil ada pertumbuhan ekonomi. *Kedua*, prinsip-prinsip hukum menjadi dasar *guiding principles* landasan hukum penanaman modal untuk mendorong pembentukan modal (*ability to product capital*) dan meningkatkan pertumbuhan ekonomi. *Ketiga*, umumnya negara-negara berkembang seperti, Indonesia tidak mempunyai kemampuan membentuk modal; padahal Indonesia mempunyai sumber kekayaan alam yang kaya dan melimpah, tetapi kekayaan alam itu tetap merupakan modal mati karena mengalami kesulitan mengonversi sumber kekayaan alam (*aset*) yang melimpah itu menjadi modal atau sumber kekayaan melalui landasan hukum yang mantap.

Penanaman modal asing memang penting, tetapi bagaimana caranya memobilisasi modal untuk menghasilkan *self sustaining growth and recovery of economic* di Indonesia. Sejak kemerdekaannya pemerintah Indonesia telah melakukan langkah-langkah untuk menarik penanam modal /investor menanamkan modalnya dengan cara melonggarkan aturan-aturan penanaman modal khususnya modal asing. Selama perjalanan lebih dari empat puluh lima tahun

yang lalu, pemerintah Indonesia telah mengeluarkan kebijakan penanaman modal yang disebut *kebijakan pintu terbuka*, mulai sejak berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU PMA) sampai dengan berlakunya UU Penanaman Modal.

Selanjutnya, landasan hukum penanaman modal yang berbasis pada prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal diharapkan membawa misi penting bagi kemajuan pembangunan ekonomi nasional. *Pertama*, ekonomi potensial di seluruh tanah air belum dioalah untuk dijadikan kekuatan ekonomi riil karena tidak ada modal, pengalaman serta teknologi. *Kedua*, pengolahan kekuatan ekonomi potensial Indonesia menjadi kekuatan ekonomi riil hanyalah melalui penanaman modal, dan *Ketiga*, penutupan modal perlu dilakukan secara maksimal untuk mempercepat pembangunan ekonomi. Belum lagi bidang-bidang usaha yang menguasai hajat hidup orang banyak juga terbuka bagi penanam modal asing walaupun tidak 100 persen modal asing, seperti pelabuhan, listrik, telekomunikasi, air minum, penerbangan, massa media dan lain-lain. Amat disayangkan, kebijakan pintu terbuka ini berlangsung singkat.

Terdapat beberapa ilustrasi, sejak tahun 1974 dengan adanya restriksi atau diperketat mengenai penanam modal asing hanya karena semangat *nasionalisme* waktu itu.⁵ Ketentuan-ketentuan mengenai penanaman modal asing diperketat sebagai akibat peristiwa Malari pada bulan Januari 1974, di mana modal asing dari Jepang misalnya dianggap berkelebihan. Penanam modal asing hanya boleh menanamkan modalnya di Indonesia kalau dalam bentuk *joint venture*. Kebijakan-kebijakan formal pemerintah Indonesia terhadap penanaman modal asing selama ini makin liberal, tetapi sedikit restriktif. Setelah 'boom' minyak bumi dan resesi dunia yang hebat sejak tahun 1982, kebijakan pemerintah Indonesia terhadap pemodal

⁵ Rajagukguk, Izman, et al *Hukum Investasi*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1995, hal. 21

asing mengalami pergeseran lagi ke kebijakan yang makin liberal terhadap penanaman modal asing.

Namun kehadiran modal asing, yang umumnya dikendalikan oleh perusahaan multinasional (MNC) di Indonesia masih berlangsung juga mendapat pro dan kontra sampai saat ini. Kelompok yang pro terhadap penanaman modal asing menganggap bahwa penanaman modal asing adalah *engine of growth*. Sementara bagi yang kontra kehadiran penanaman modal asing dipandang sebagai jalan masuk pihak asing menguasai ekonomi *host country* (negara penerima modal). Sebagai contoh, masalah utang luar negeri (*off shore loan*), Indonesia tercatat sebagai salah satu negara pengutang terbesar di dunia (nomor 4 setelah Brasil, Argentina, dan Meksiko). Krisis utang luar negeri Indonesia mencapai puncaknya ketika krisis mata uang melanda Asia pada tahun 1997 dan sesudahnya.

Pada bagian lain dikemukakan bahwa cita-cita negara Republik Indonesia di Tahun 2045 akan keluar dari jebakan pendapatan kelas menengah dan Indonesia telah menjadi negara maju. Produk Domestik Bruto Indonesia mencapai 7 triliun dollar AS, dan Indonesia sudah masuk 5 besar ekonomi dunia dengan kemiskinan mendekati nol persen. Apa yang harus dilakukan Indonesia untuk mencapai keadaan di era tinggal landas ini? Pemerintah Indonesia harus memacu pertumbuhan ekonomi 6% atau lebih pertahun untuk membuka lapangan kerja baru guna menampung 2 juta Pekerja baru setiap tahun dan lebih dari 7 juta pengangguran. Pertumbuhan ekonomi memerlukan penanaman modal baru sebesar Rp.4.800 Trilyun dengan perhitungan setiap 1% pertumbuhan ekonomi, memerlukan Rp.800 Trilyun. Manfaat penanaman modal terutama modal asing ini perlu dijaga keseimbangan antara kebutuhan perluasan lapangan kerja yang memerlukan penanaman modal dan tentu saja keseimbangan terhadap perlindungan Pekerja. Untuk penciptaan lapangan kerja baru, dan peningkatan perlindungan bagi pekerja diperlukan

harmonisasi hukum secara menyeluruh, termasuk sektor ketenagakerjaan.⁶

Berlakunya UU Cipta Kerja untuk mendukung UU Penanaman Modal menunjukkan *political will* pemerintah Indonesia diharapkan para penanam modal asing mau menanamkan modalnya di Indonesia.⁷ Namun demikian, tidak dapat dipungkiri bahwa arus modal asing di Indonesia tidak serta merta mengatasi Problema pembangunan. Namun, sedikit banyak kehadiran modal asing di Indonesia di era reformasi ini tentu ada manfaatnya. Tetapi adalah sebuah kekeliruan (*fallacies*) bila mengharapkan kebaikan hati dari para penanam modal karena setiap penanaman modal/investor selalu menginginkan imbalan dari negara penerima modal. Oleh karena itu, salah satu faktor untuk mengatasi kesenjangan modal asing dan modal dalam negeri dalam pembangunan ekonomi Indonesia adalah melalui reformasi regulasi kebijakan-kebijakan penanaman modal yang dapat memperkuat landasan hukum penanaman modal. Landasan hukum penanaman modal yang kuat hanya bisa diwujudkan kalau ketentuan-ketentuannya disusun berdasarkan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal. Peraturan Presiden No.10 Tahun 2021 tentang Bidang Usaha Penanaman Modal Peraturan Presiden No. 49 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden

⁶ Data Ketenagakerjaan; Pengangguran -7,05 juta orang, Angkatan kerja baru 2 juta orang;pertahun, Pekerja formal 55,3 juta orang, Pekerja informal = 741 juta orang. Realisasi penanaman modal tahun 2019 = 601 Trilyun. Kondisi ini memayakkai kinerja dan potensi suatu negara terhadap penanaman modal asing, maka perlu upaya ekstra untuk menarik modal asing guna mendorong pertumbuhan ekonomi Indonesia. Pokok-pokok Pidato Presiden Joko Widodo, 20 Oktober 2019. Lihat juga, sejak tahun 1988 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) memasukkan Indonesia under performers, yaitu negara dengan potensi dan kinerja aliran penanaman modal asing yang rendah. UNCTAD, *World Investment Report, FDI from Developing and Transition Economies: Implications for development*, New York and Geneva: United Nations, 2006.

⁷ Lihat Investor Daily 18 Februari 2022, 1/1, No.11 tahun 2020 tentang Cipta Kerja disetujui proslif oleh Penanam modal asing. Realisasi penanaman modal tahun 2021 yang mencapai 100,1% dari target merupakan dampak nyata kehadiran UU No. 11 Tahun 2020 seperti masuknya sejumlah perusahaan besar kelas dunia antara lain LG, CAT, Lotte Chemical dan Foxconn (nga Bermuda dan Swiss).

No.10 Tahun 2021 tentang Bidang Usaha Penanaman Modal yang akan berkontribusi menciptakan dampak besar bagi perekonomian nasional dan membuka aliran penanaman modal asing di Indonesia agar bisa menjadi negara *front runner* atau *above potential* seperti dikategorikan oleh UNCTAD.

Harmonisasi hukum memang perlu dilakukan seperti berlakunya UU Cipta Kerja untuk menciptakan iklim penanaman modal yang baik, tetapi perlu diperhatikan sejumlah prinsip hukum utama dalam harmonisasi atau pembaruan hukum tersebut. Misalnya, seperti prinsip kemudahan berusaha sebagaimana diatur dalam Peraturan Presiden No.49 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden No.10 Tahun 2021 tentang Bidang Usaha. Prinsip kemudahan berusaha hakikatnya sama dengan prinsip kebebasan menanam modal tetapi belum dianggap oleh kebanyakan penanam modal asing sebagai langkah yang tepat untuk melindungi dan menjamin kelangsungan modal dan hak milik mereka. Selain itu, adanya kebijakan dan peraturan ini belum ada kesamaan titik pandang antara pemerintah dengan penanam modal. Misalnya, pengertian tentang penanaman modal asing yang masuk kategori hanya meliputi penanaman modal asing secara langsung digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia. Ternyata dirasakan juga perbedaan penanaman modal asing dengan penanaman modal dalam negeri. Artinya, ada diskriminasi hukum dan perlakuan terhadap penanam modal asing.

Sejalan dengan harmonisasi hukum sebagai suatu strategi dan jaminan untuk menarik penanam modal mau menanamkan modalnya adalah strategi reformasi regulasi sebagaimana diatur dalam salah satu Peraturan Presiden yaitu Peraturan Presiden No.49 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden No.10 Tahun 2021 tentang Bidang Usaha agar penataan dilakukan secara substantif terhadap banyaknya peraturan perundang-undangan yang terkait UU Penanaman Modal.

Untuk mewujudkan reformasi regulasi agar penataan peraturan perundang-undangan dapat dilakukan maka negara penerima modal harus melakukan pembaruan sistem hukumnya, termasuk kewenangan dan prosedurnya. Dengan demikian, kalau Indonesia ingin meningkatkan pertumbuhan ekonomi, misalnya melalui strategi pemupukan modal, maka yang harus dilakukan oleh pemerintah adalah memperbaharui sistem hukum dan menentukan arah pembangunan secara jelas dan terarah. Dalam hubungannya dengan penanaman modal, Cheryl W. Gray mengatakan, sistem hukum yang cocok diterapkan di negara yang sedang berkembang adalah sistem hukum yang bersifat pro-pasar.⁸

Dengan memperhatikan perbedaan tersebut, Indonesia perlu segera menyerap berbagai prinsip hukum dalam penanaman modal untuk melakukan pembaruan landasan hukum penanaman modal, agar iklim penanaman modal yang baik dapat diwujudkan. Dari perspektif penanam modal asing, iklim penanaman modal di Indonesia sekarang ini tidak kondusif disebabkan tidak adanya landasan hukum penanaman modal yang mantap, dan berarti juga tidak adanya pelaksanaan aturan hukum yang konsisten.

Upaya Indonesia untuk menarik penanam modal terutama penanam modal asing untuk menanamkan modalnya, terangkum dalam Pernyataan 15 Butir Kebijakan Pemerintah di Bidang Penanaman Modal (BKPM- Departemen Keuangan RI, 2002: 4-15), yaitu:

1. Pemerintah menyiapkan Undang-undang Penanaman Modal yang menyatukan Undang-undang Penanaman Modal Asing dan Undang-undang Penanaman Modal dalam Negeri. Penyatuan kedua ketentuan ini berarti Indonesia menerapkan prinsip bahwa bentuk hukum penanaman modal asing wajib berbentuk Perseroan Terbatas.

⁸ Cheryl W. Gray, "Reforming Legal System in Developing and Transition Countries", *Finance & Development*, September 1997, hal. 14 - 16.

2. Kebebasan berinvestasi. Pernyataan ini mengandung prinsip semua bidang usaha pada prinsipnya dibuka kecuali yang diatur dalam DNI (Daftar Negatif Investasi).
3. Pembentukan perusahaan, khususnya persetujuan dan perizinan penanaman modal yang diberikan kepada perusahaan didasarkan pada prinsip-prinsip keterbukaan, sederhana, cepat serta melalui mekanisme dan prosedur yang transparan.
4. Perlakuan sama diberikan kepada penanam modal asing tanpa membedakan asal negara, kecuali kepada penanaman modal dari negara tertentu di mana Indonesia terikat dalam perjanjian internasional.
5. Pemerintah memberikan insentif perpajakan berupa pembebasan dan/atau keringanan pajak kepada investor yang menanamkan modalnya di sektor-sektor atau lokasi daerah tertentu.
6. Akses ketersediaan penukaran mata uang asing, dan mempermudah repatriasi modal serta pelaksanaan pembayaran transaksi bisnis.
7. Perusahaan-perusahaan dapat menggunakan tenaga kerja asing pada jabatan tertentu sepanjang jabatan tersebut belum diisi oleh tenaga kerja Indonesia.
8. Penyediaan fasilitas-fasilitas penanaman modal seperti, transportasi, jaringan listrik, saluran air minum dan telekomunikasi yang baik.
9. Menjamin ketersediaan tanah bagi industri dan kegiatan bisnis lainnya.
10. Pemberdayaan usaha kecil dan menengah, misalnya penyederhanaan peraturan dan kebijakan serta meningkatkan akses untuk memperoleh kredit.
11. Meningkatkan kinerja Badan Koordinasi Penanam Modal (BKPM) sebagai badan promosi penanaman modal, termasuk memfasilitasi kegiatan penanaman modal.

12. Menjamin pelayanan penanaman modal, terutama pelayanan perizinan penanaman modal dengan menerapkan prinsip pelayanan satu atap baik pusat maupun di daerah.
13. Perlindungan penanaman modal melalui perjanjian bilateral dengan negara-negara tertentu untuk memberikan jaminan terhadap keamanan dan aset yang dimiliki serta memberikan hak untuk melakukan repatriasi atas modal yang ditanamkan mereka.
14. Penghapusan pajak ganda untuk meningkatkan kepatuhan hukum dan usaha penghindaran pajak berganda dan perlindungan atas usaha pengampunan pajak.
15. Arbitrase di mana para investor dapat memilih forum yang sesuai keinginan mereka termasuk lembaga arbitrase nasional atau internasional.

Jika pernyataan tersebut diperhatikan, tampak upaya Indonesia yang sungguh-sungguh mengundang modal asing sebagai alternatif pembiayaan pembangunan ekonomi. Hal ini tentu saja menunjukkan pengakuan Indonesia bahwa penanaman modal asing terkait dengan pembangunan industri dan kemajuan perdagangan. Bahkan telah mengubah filsafat UU No. 1 Tahun 1967 di mana ditentukan bahwa, modal asing merupakan *pelengkap* dari modal dalam negeri menjadi bukan lagi bersifat komplementer melainkan menjadi *lifeblood* pengembangan perekonomian Indonesia. Dengan demikian, misi yang diemban oleh butir-butir kebijakan pemerintah Indonesia tersebut adalah memberikan perlakuan yang sama terhadap investor Indonesia, yakni kemungkinan bagi penanam modal asing memiliki saham 100 persen dari perusahaan asing atau mengubah daftar negatif investasi (*negative list*). Selain itu, pemerintah Indonesia telah meratifikasi pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (GPI/WTO) melalui Undang-undang No. 7 Tahun 1994 khususnya ketentuan – ketentuan Persetujuan Umum tentang Tarif dan Perdagangan (GATT) Tahun 1994 di bidang penanaman modal yang berhubungan

dengan perdagangan (TRIM's Agreement (*Trade Related Investment Measures*)).⁷

Untuk mendorong penanam modal asing mau menanamkan modalnya di Indonesia, maka pemerintah Indonesia harus mengakomodir pula prinsip atau asas hukum dalam ekonomi/perdagangan internasional. Prinsip itu adalah prinsip *'fair and equitable'* dan prinsip tanggung jawab negara sebagai kerangka acuan dan/atau sebagai dasar pengaturan penanaman modal yang komprehensif. Tujuannya adalah untuk mewujudkan perlakuan yang sama (*most favourable nation*) bagi investor asing dengan investor warga negaranya sendiri. Jaminan terwujudnya perlakuan sama tersebut menghendaki dimasukkannya prinsip-prinsip hukum ekonomi internasional tersebut sebagai dasar pengaturan hukum penanaman modal yang tidak lagi membedakan penanaman modal asing dengan penanaman modal dalam negeri. Para penanam modal asing yang akan menanamkan modalnya di Indonesia terutama di daerah, pada umumnya mengharapkan adanya aturan-aturan hukum penanaman modal yang memberikan kemudahan, perlindungan hukum dan kepastian hukum mengenai hak milik (*property right*) dan tidak akan *didaerhnisasi*. Adanya sistem hukum yang memberi keadilan dan kepastian hukum membuat para penanam modal asing tidak mengalihkan modalnya ke negara lain. Oleh karena itu, makin cepat dihapuskan (tidak menunggu sampai tahun 2020-GATT/WTO- *General Agreement Tariff and Trade/World Trade Organization*) aturan-aturan penanaman modal yang menghambat atau *counter-productive*, berarti makin baik daya tariknya untuk memobilisasi sumber daya modal untuk

⁷ Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal antara lain untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional, menciptakan lapangan kerja, meningkatkan pembangunan ekonomi, berketahanan, meningkatkan kemampuan daya saing usaha nasional, meningkatkan kapasitas dan kemampuan teknologi nasional, mendorong pelepasan ekonomi kerakyatan, mengelola ekonomi potensial menjadi kekuatan ekonomi riil dengan menggunakan dana yang berasal baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

tujuan penanaman modal (*easy of entry* dan *easy of resources mobilization*).

Beberapa aturan hukum di bidang penanaman modal yang tidak sesuai dengan pasar atau perdagangan bebas telah dihapuskan oleh pemerintah Indonesia. Yang paling adalah menghapuskan ketentuan-ketentuan tentang persyaratan pemilikan saham lokal mayoritas seperti diatur di dalam Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994. Jauh sebelum dibertakukan Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994, pemerintah telah melakukan harmonisasi melalui Keppres No. 16 Tahun 1987, yaitu, pembatasan kapasitas produksi telah dilonggarkan di mana penambahan produksi sampai 30 persen tidak perlu izin. Bahkan lebih dari 30 persen juga boleh asal untuk ekspor, dan izin diurus belakangan. Selain itu, upaya pemerintah memasukkan modal asing dari luar negeri ke dalam negeri antara lain berupa kemudahan pemberian pelayanan dan prosedur perizinan penanaman modal. Adanya pembaruan di bidang perizinan (deregulasi substantif) tersebut, tujuannya bukan hanya untuk menciptakan iklim penanaman modal yang baik dan menjamin keberlangsungan kegiatan penanaman modal di lapangan, tetapi juga untuk menciptakan efisiensi, dan keadilan.

Penyerapan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal dalam rangka menciptakan iklim penanaman modal yang baik adalah untuk mewujudkan harmonisasi hukum penanaman modal. Hal ini didasarkan pada pemikiran yang menyatakan, bahwa peraturan yang seragam mengenai penanaman modal akan berdampak baik bagi masyarakat dan pemerintah untuk menyerap penanaman modal, sekaligus mengarahkan pemerintah memberi jalan keluar. Selain itu, peraturan yang seragam tersebut dapat menjamin, dan memberi kemudahan kepada penanam modal atau perusahaan untuk mudah masuk memobilisasi sumber daya, dan mudah keluar pasar.

Selanjutnya, salah satu strategi untuk menciptakan iklim penanaman modal yang baik, adalah diberlakukannya Undang-undang Otonomi Daerah No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah. Salah satu strategi dari ketentuan yang perlu diatur adalah, pemberian kewenangan yang luas dan nyata kepada pemerintah daerah, yaitu kewenangan dalam seluruh bidang pemerintahan, dan kewenangan mengelola sumber daya nasional yang tersedia di wilayahnya, kecuali bidang pertahanan dan keamanan, politik luar negeri, moneter, fiskal, peradilan, agama, serta kewenangan bidang lain. Kewenangan Daerah dalam seluruh bidang pemerintahan dan pengelolaan sumber kekayaan alam adalah faktor yang sangat menentukan dalam rangka penanaman modal apakah penanam modal mau datang menanamkan modalnya di daerah bersangkutan atau tidak.

Dilihat dari penerapan prinsip maksimalisasi di bidang birokrasi, desentralisasi pemerintahan dan desentralisasi ekonomi di daerah terbuka peluang untuk memberikan kewenangan besar kepada pejabat di daerah untuk menggali sumber modal. Namun, tidak kondusifnya iklim penanaman modal disebabkan karena penerapan otonomi daerah terkesan kebablasan. Pada umumnya pejabat daerah berpikir terlalu "daerah sentris" dalam membuat kebijakan di bidang penanaman modal guna mempertebal pendapatan daerah yang sebesar-besarnya dari kewenangan yang diatur dalam undang-undang tersebut. Hal ini membawa dampak kurang baik seperti adanya kebijakan di daerah berbeda-beda, dan mengabaikan kemampuan kepentingan para penanam modal. Bahkan melupakan kepentingan bersama dengan kabupaten lain atau provinsi lain. Pajak berbeda, tarif pungutan retribusinya juga berbeda, dan berbagai pungutan yang tadinya tidak terkena tarif dicarikan berbagai alasan agar bisa dipungut oleh pejabat di daerah dari para penanam modal. Sikap ini sangat tidak proporsional dan tidak produktif, bahkan bisa *counter* produktif karena para penanam modal dapat menarik diri. Sebagai ilustrasi dapat dilihat contohnya berikut ini. Di bidang penanaman

modal ditemukan banyak peraturan daerah yang memberatkan dunia usaha. Peraturan Daerah yang memberatkan dunia usaha itu, misalnya, tentang pungutan terhadap hasil bumi, pajak reklame terhadap label dalam botol minuman. Kemudian ada pula pajak sumbangan seperti retribusi izin bongkar muat barang, retribusi izin dispensasi penggunaan jalan bagi kendaraan bermotor, dan sebagainya. Belum lagi pengambilalihan PT Semen Padang berdasarkan 'Maklumat Masyarakat Sumatera Barat' yang menuntut pemisahan (*spin-off*) PT Semen Padang dari induknya PT Semen Gresik. Demikian pula di Sulawesi Selatan masyarakat juga menolak hak penjualan saham (*put option*), dan menuntut memisahkan PT Semen Tonasa dari PT Semen Gresik. Bahkan karyawan Semen Tonasa mengancam akan mengahil alih pabrik dan kegiatan manajemen PT Semen Tonasa pada hal investor asing, yakni Cemex telah memiliki saham juga di PT Semen Tonasa dan PT Semen Padang.

Kejadian seperti dikemukakan di atas, merupakan suatu perbuatan melanggar hukum. Sebab, selain melanggar hukum kontrak juga melanggar prinsip *equal and fair treatment* dalam ketentuan *Trade Related Investment Measures* TRIMs-GATT 1994. Demikian pula nasionalisasi hanya bisa dilakukan, dan yang berwenang adalah pemerintah pusat bukan pemerintah daerah. Sangat disayangkan bahwa tuntutan tersebut sangat berpikir daerah sentris, tidak proporsional dan dapat menjadi preseden buruk sehingga para penanam modal asing tidak mau masuk menanamkan modalnya di daerah.

Tanpa mengabaikan faktor-faktor lainnya yang menghambat penanaman modal seperti, faktor stabilitas politik, keamanan, birokrasi dan faktor keadaan perekonomian dunia lainnya adalah produk perundang-undangan Indonesia yang tidak mendukung terwujudnya iklim usaha yang kondusif. Produk perundangan itu mengarah pada aturan-aturan perundang-undangan di bidang penanaman modal, yaitu:

Pertama, Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-undang No. 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri selain bersifat diskriminatif juga tidak saling menunjang karena masih membedakan sistem penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri. Masa berlaku izin penanaman modal tidak melebihi 30 tahun (Pasal 18 UU No. 1 Tahun 1967). Dalam Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994 mengatur bahwa jangka waktu 30 tahun tersebut dapat diperpanjang dengan ketentuan bahwa perusahaan itu melakukan kegiatan bisnis yang mendatangkan keuntungan bagi ekonomi dan pembangunan. Masalahnya adalah bagaimana kalau penanam modal asing tidak sanggup melakukan persyaratan itu? Menurut Pakpahan¹⁰ yang berlaku adalah ketentuan Pasal 7 UU Penanaman Modal dalam Negeri, karena ketentuan ini mensyaratkan adanya pengalihan saham kepada penanam modal dalam negeri. Hal ini dapat menimbulkan akibat hukum bagi pemodal/perusahaan asing untuk melakukan reinvestasi karena batas waktu 30 tahun sudah mendekati. *Kedua*, Terdapat ketentuan dalam Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994, yang mengatur bahwa besarnya modal asing untuk sektor telekomunikasi dan teknologi informasi diperkenankan sampai 95 persen. Namun, kemudian diubah dengan Keputusan Presiden No. 96 Tahun 2000, yang justru melarang penanaman modal asing di sektor multimedia dan pembatasan modal asing untuk telekomunikasi. *Ketiga*, BKPM tidak dapat berperan lagi sebagai institusi (*servicing agency*) apalagi sebagai *regulatory body* untuk menangani penanaman modal asing dengan dukungan instansi pemerintah maupun departemen terkait. Fungsi BKPM untuk memberikan fasilitas atau keringanan pajak dan bea masuk sudah diambil alih oleh Departemen Keuangan, sehingga sistem pelayanan penanaman modal tidak satu atap (*one stop service*). *Kempat*, Tidak adanya aturan yang tegas tentang penyelenggaraan kewenangan penanaman modal termasuk pedoman dan

¹⁰ Pakpahan S. Normin, Pokok Pikiran Bagi Pembaharuan Perundang-undangan Investasi, dalam *Buletin Elips*, No. 13-15, Jakarta, 1995, hal. 8.

tata cara permohonan penanaman modal. Hal ini tidak dapat memberi kepastian hukum dalam berusaha, dan tidak dapat diperkirakan karena dapat menciptakan penggunaan kewenangan yang tidak seimbang antara Pemerintah Pusat, Pemerintah Provinsi, dan Pemerintah Kabupaten/Kota. Implikasi dari pelaksanaan kewenangan yang tidak seimbang tersebut, akan menghambat mekanisme pasar sehingga dapat menimbulkan distorsi, yaitu ekonomi biaya tinggi (*high cost economy*). Sebagai contoh, upaya daerah untuk menerapkan berbagai pungutan baru, baik pajak maupun retribusi daerah. Hal ini menimbulkan kadar ketidakpastian tinggi karena para penanam modal baik asing maupun domestik akan khawatir mengenai: (a) adanya peraturan yang bertakut surut, (b) besar kemungkinan pemerintah daerah menaikkan tarif pajak dan retribusi untuk mencapai target Pendapatan Asli Daerah/PAD, dan (c) besar kemungkinan penanam modal/perusahaan penanaman modal mengeluarkan biaya tambahan lain untuk berurusan dengan pemerintah daerah/birokrasi daerah.

Dalam konteks ini, diperlukan terobosan dalam jangka pendek untuk menarik para penanam modal menanamkan modalnya. Terobosan yang perlu segera dilakukan pemerintah Indonesia adalah memperbaiki peraturan perundang-undangan di bidang penanaman modal, termasuk peraturan daerah untuk mendukungnya. Dengan kata lain, tantangan pembangunan nasional yang terus meningkat yang membutuhkan modal yang besar, harus diimbangi pula dengan efektivitas pengaturan hukum pada sektor penanaman modal. Ketentuan-ketentuan hukum yang disiapkan tentu saja harus menunjang kebijakan penanaman modal, agar mekanisme pembangunan mengikuti pola dan dasar yang kita kehendaki. Sedangkan dalam penerapannya, hukum harus dapat menciptakan efisiensi di satu pihak, dan pihak lain efisiensi itu menimbulkan kepastian hukum, keadilan dan dapat diperkirakan (*predictability*).

Sudah tidak perlu dibuktikan lagi bahwa, ketentuan-ketentuan hukum di bidang penanaman modal telah tertinggal jauh dibanding dengan perkembangan di sektor ekonomi global. Belum lagi ketentuan-ketentuan GATT 1994 di bidang penanaman modal yang lazim disebut TRIMs. Beberapa fenomena aturan-aturan hukum penanaman modal, yang sudah tidak memadai lagi, baik bagi Indonesia sebagai *host country* maupun negara penanam modal (*foreign country*) dapat dikategorikan dalam empat hal. *Pertama*, adanya peraturan-peraturan yang tidak lagi mampu memenuhi tuntutan-tuntutan pelaku dunia usaha serta kegiatan usaha yang berkembang saat ini, misalnya mengenai peraturan penanaman modal asing sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dunia bisnis sekarang ini. *Kedua*, tidak adanya peraturan-peraturan yang mampu mengantisipasi dan memprediksi perkembangan dunia usaha yang begitu cepat, termasuk dampak segala aktivitas perusahaan pada masyarakat. Aktivitas tersebut seperti pengeksploitasian dan pemanfaatan aset sosial masyarakat demi kepentingan kelompok masyarakat tertentu di dalam organisasi bisnis. *Ketiga*, adanya beberapa peraturan di bidang penanaman modal, baik undang-undang maupun peraturan daerah yang tumpang tindih dan tidak sinkron satu sama lain, karena dibuat tidak memperhatikan *aturan main* di dalam hukum, misalnya *stuffenbau des recht*. *Keempat*, aspek penegakan hukum, hal mana banyak berkaitan dengan sulitnya merealisasi penanaman modal di lapangan.

Perkembangan hukum merupakan konsekuensi dari perkembangan politik dan ekonomi¹¹. Artinya, harmonisasi hukum sesungguhnya ditujukan untuk memenuhi kebutuhan hidup masyarakat. Nilai-nilai kegiatan politik maupun kegiatan ekonomi selalu seirama dengan hukum yang menjadi landasannya. Charles Himawan,¹² me-

11 Taylor van Meleken, Arthur James Russel Gordly, 1977 *The Civil Law System*, Little, Brown and Company, Boston, 1977, hal. 3-17, lihat juga Norman S. Pakpahan, Pembinaan Hukum Ekonomi Dalam Pembangunan Jangka Panjang II, dalam *Majalah Hukum Trisakti*, Edisi Khusus, Jakarta.

12 Lihat Charles Himawan, 1993, Restrukturisasi Landasan Hukum untuk Menyongsong Era

ngatakan bahwa apabila nilai kegiatan ekonomi didasarkan atas suatu filsafat bahwa pemerintah tidak diperkenankan untuk mencampuri ekonomi rakyatnya, maka landasan hukum yang dibangun juga akan menjamin tercapainya filsafat demikian. Sebaliknya, apabila kegiatan ekonomi itu didasarkan atas suatu filsafat bahwa pemerintah perlu mencampuri kegiatan ekonomi rakyatnya, maka landasan hukum yang dibangun juga diarahkan ke filsafat yang sama¹³. Namun, di dalam kenyataannya tidak dilakukan demikian, bahkan hukum sering kali dipisahkan dari konteks sosialnya sebagaimana dikemukakan oleh Philippe Nonet dan Philip Selznick bahwa "*there had long been a sense that law-making, judging, policing, and regulation were all too easily divorced from realities of social experience and from the ideal of justice itself.*"¹⁴

Pembakuan prinsip-prinsip hukum penanaman modal asing pada hakikatnya merupakan soko guru hukum penanaman modal yang berfungsi dengan baik untuk menyintesis prinsip keadilan sosial dan mekanisme pasar dan sistem ekonomi pasar dalam penyelenggaraan penanaman modal. Para ahli ekonomi meyakini bahwa agar mekanisme pasar dapat berfungsi dengan baik, maka suatu kegiatan penanaman modal harus beroperasi dan dijamin oleh suatu kerangka hukum (*legal frame work*) yang baik. Oleh karena itu, penyerapan prinsip-prinsip hukum penanaman modal asing adalah dalam rangka menciptakan iklim penanaman modal asing yang baik di Indonesia. Dengan adanya pembaharuan hukum iklim penanaman modal menjadi lebih baik dalam arti mendorong, melindungi, dihormati dan dipatuhi baik investor, pemerintah maupun masyarakat karena dipercaya dapat menjadi landasan dan acuan bersama untuk lebih memacu kegiatan usaha dan penanaman modal.

Tinggal Landas Ekonomi, *Pidato Pengukuhan*. Universitas Indonesia, Jakarta, 1993, hal. 6.

¹³ *Ibid*, hal. 6

¹⁴ Nonet Phillipso- Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. Harper Colophon Books, 1978, New York, hal. 1.

Dalam melakukan harmonisasi hukum seyogianya diberi wahana. Pertama, pengertian ruang lingkup dan sumber-sumber harmonisasi landasan hukum. Ruang lingkup harmonisasi hukum meliputi penataan regulasi terhadap bidang-bidang usaha yang terbuka dan tertutup bagi penanam modal asing, baik yang menyangkut substansinya maupun peraturan administratifnya. Bidang-bidang usaha itu yang perlu diharmonisasi adalah yang bersifat prioritas dan strategis misalnya isu penanaman modal, isu ketenagakerjaan, isu kehutanan, isu lingkungan dan isu pertahanan. Sedangkan sumber-sumber harmonisasi hukum tidak hanya peraturan perundang-undangan nasional, tetapi juga peraturan-peraturan ekonomi internasional seperti GATT/WTO, peraturan-peraturan ekonomi regional seperti APEC, AFTA maupun kesepakatan-kesepakatan bilateral penanaman modal (*bilateral investment agreements*) atau perjanjian bilateral penanaman modal (*bilateral investment treaties-BITS*) termasuk perjanjian *joint venture*. Kedua, harmonisasi hukum dapat dilakukan melalui perundang-undangan maupun peradilan. Ketiga, inventarisasi mengenai aspek-aspek mana yang sudah berubah, aspek-aspek yang masih belum berubah atau belum dilepas, aspek-aspek yang masih sulit diubah, dan aspek-aspek mana yang masih perlu dipertahankan.

Dengan memberi wahana terhadap harmonisasi dan unifikasi hukum, maka prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal asing yang terdapat dalam GATT/WTO maupun perjanjian-perjanjian bilateral dan internasional dapat dipakai dalam melakukan harmonisasi hukum penanaman modal di Indonesia. Teori (pertumbuhan) ekonomi, teori peran negara, teori harmonisasi, dan teori hukum terhadap penanaman modal akan dipergunakan dalam menganalisis isu reformasi regulasi dengan cara mencari persamaan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal yang ada untuk menghasilkan landasan hukum yang sejajar dan seragam dari instrumen hukum internasional.

Faktor-faktor yang melatar-belakangi minat penulis untuk mengkaji hukum penanaman modal asing didasarkan pada alasan diundangkannya UU Penanaman Modal dan UU Cipta Kerja yang ditandatangani oleh pemerintah Republik Indonesia sebagai momentum perbaikan atau penataan regulasi secara substansial. Upaya membenahi peraturan perundang-undangan dibidang penanaman modal asing adalah merupakan strategi memanfaatkan peluang melakukan reformasi struktural ekonomi yang lebih inklusif dan berkelanjutan. Walaupun saat ini pemerintah diberi waktu 2 (dua) tahun oleh Mahkamah Konstitusi pada 25 November 2021 untuk merevisi UU Cipta Kerja karena dianggap cacat formal dan inkonstitusional bersyarat.

Dari hasil pengamatan tersebut diperoleh gambaran bahwa Indonesia sangat membutuhkan penanaman modal asing. Pembangunan ekonomi Indonesia harus diharengi pula dengan pertumbuhan akumulasi modal, terutama modal dari luar negeri. Hanya saja landasan hukum di bidang penanaman modal masih sangat tertinggal jauh dibanding dengan perkembangan di sektor ekonomi. Keinginan itu didasarkan pula pada kenyataan bahwa, aturan-aturan hukum di bidang penanaman modal (*capital investment law*), belum sepenuhnya memberi manfaat dan keuntungan ekonomi bagi rakyat, dan juga ada kecenderungan penanaman modal asing menimbulkan ketergantungan ekonomi nasional. Dengan berlakunya UU Cipta Kerja (walaupun sedang direvisi) dapat dijadikan kesempatan untuk membenahi reformasi struktural ekonomi. Harmonisasi hukum dibutuhkan selain menata regulasi dan administrasi juga dibutuhkan untuk menyesuaikan langkah transformasi ekonomi yang inklusif, berkelanjutan dan berperspektif global.

2. Kerangka Pemikiran

Saat ini UU Penanaman Modal masih problematik karena dipandang belum membawa dampak bagi perekonomian nasional, kesejahteraan rakyat dan kelestarian lingkungan. Selain itu UU Pe-

nanaman modal sendiri memiliki peraturan yang begitu kompleks. Hal ini tidak berbanding lurus dengan visi pemerintah Indonesia untuk menarik sebanyak mungkin modal asing masuk ke Indonesia. Saat ini Indonesia sangat membutuhkan modal terutama modal asing dalam membangunkan perekonomian nasional. Pembangunan ekonomi suatu negara memerlukan modal yang sangat besar. Oleh sebab itu, strategi untuk menarik penanam modal asing maupun dalam negeri untuk menanamkan modalnya diyakini sebagai "*jalan tengah*" yang paling tepat dan efektif menuju proses untuk memajukan kegiatan ekonomi dan pembangunan Indonesia. Untuk mewujudkan masyarakat yang sejahtera, Indonesia sangat membutuhkan banyak modal, teknologi, manajemen dan pemasaran dari luar negeri dalam pembangunan ekonomi. Strategi yang sistem atas untuk memperoleh sumber-sumber pembiayaan pembangunan adalah mengundang modal asing masuk ke Indonesia dengan mengunjuk prinsip-prinsip hukum penanaman modal asing.

Terdapat tiga elemen kunci yang dianalisis dalam buku ini, yaitu prinsip-prinsip hukum penanaman modal asing yang harus ada dalam suatu aturan hukum penanaman modal, yaitu (1) mendatangkan manfaat bagi rakyat secara keseluruhan, (2) Penanaman modal asing dalam perspektif perdagangan internasional yang terdapat dalam ketentuan GATT/WTO, dan TRIMs, dan (3) perizinan penanaman modal. Pada tataran prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal yang harus termuat dalam suatu aturan/kebijakan penanaman modal akan dianalisis empat kategori, yaitu (i) prinsip mendatangkan manfaat bagi rakyat, (ii) prinsip ketidaktergantungan ekonomi nasional dari dominasi modal asing, (iii) prinsip insentif penanaman modal dan (iv) prinsip jaminan penanaman modal. Selanjutnya, hukum penanaman modal asing dalam perdagangan internasional yang terdapat dalam ketentuan GATT/WTO, dan TRIMs akan diuraikan dua kategori yaitu (i) perlakuan sama dan (ii) perlakuan nasional. Untuk tataran perizinan penanaman modal asing dipilih tiga kategori

yaitu, (i) prinsip kewenangan penanaman modal, (ii) prinsip kemudahan pelayanan penanaman modal asing dan (iii) perizinan usaha penanaman modal asing.

Perlu juga dijelaskan dalam kerangka berpikir ini adalah makna dari istilah prinsip. Menurut *Black's Law Dictionary* prinsip adalah *a fundamental truth or doctrine, as of law; a comprehensive rule of doctrine which furnishes a basis or drigen for other; a settle rule of actions procedure or legal determination...*¹³ Berdasarkan arti prinsip tersebut, dapat dikemukakan bahwa prinsip hukum adalah dasar atau asas pokok yang utama dari suatu peraturan hukum atau sesuatu yang sangat mendasar dari suatu konsep hukum. Peter van Dijk dalam penjelasannya tentang prinsip-prinsip hukum membedakan secara hakiki tentang prinsip hukum dari peraturan hukum (*a basic rule, law*) dan politik hukum (*legal policy*). Politik hukum adalah suatu kaidah yang secara eksklusif meletakkan suatu tujuan tertentu dari peraturan hukum yang akan dibuat. Sedangkan prinsip hukum dari peraturan hukum adalah norma yang sangat abstrak. Dilihat dari sifatnya, prinsip hukum tidak hanya terletak pada penetapan tujuan, tetapi juga meletakkan suatu kaidah yang harus dipakai sebagai acuan dalam merealisasikan tujuan tertentu atau derajat tertentu. Jika tidak diterapkan lebih lanjut ke dalam kaidah lain atau ke dalam instrumen atau perjanjian internasional, hanya akan berfungsi sebagai petunjuk.

Landasan hukum penanaman modal yang disusun berdasarkan prinsip-prinsip hukum tentu saja sangat baik bagi para penanam modal maupun masyarakat, sehingga diharapkan akan tercipta iklim penanaman modal yang lebih baik (konduusif). Aturan-aturan hukum yang mengatur mengenai penanaman modal sebagai suatu sistem, selain berarti tersedianya substansi hukum yang disusun berdasarkan prinsip-prinsip hukum, juga berarti adanya kepastian hukum (*le-*

¹³ Lihat Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, hnl. 1211.

gel tertentu) serta dalam substansinya maupun struktur hukumnya mengunjuk pada prinsip-prinsip hukum yang ada. Substansi hukum penanaman modal yang disusun berdasarkan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal diasumsikan sebagai faktor terpenting bagi upaya menarik arus penanaman modal dan menjamin kelangsungan kegiatan penanaman modal.

Prinsip pelayanan penanaman modal yang tidak tepat dapat menghambat minat penanam modal menanamkan modalnya. Jika pemerintah mendorong penanam modal mau menanamkan modalnya, maka prinsip ini harus berjalan secara simultan dengan prinsip-prinsip hukum penanaman modal dalam proses penyelenggaraan penanaman modal. Aspek kunci dari prinsip ini digunakan peraturan kebijakan (*policy instrument*) berupa kualitas kepastian hukum pelayanan penanaman modal, kemudahan (prosedur) perizinan, waktu dan biaya-biaya pengurusan perizinan penanaman modal. Prinsip pelayanan penanaman modal lebih mempersoalkan kelembagaan penanaman modal serta perilaku pejabat dalam melaksanakan kebijakan di bidang penanaman modal.

Prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal yang terdapat dalam ketentuan GATT-WTO kemudian dijabarkan dalam ketentuan TRIMs merupakan pasangan yang tidak dapat dipisahkan. Disebut demikian, sebab penanaman modal adalah salah satu pilar dari perdagangan, sehingga terlihat bahwa maju mundurnya perdagangan internasional ditentukan oleh hukum penanaman modal. Dengan perkataan lain, kemajuan perdagangan internasional (barang dan jasa) sangat ditunjang oleh arus penanaman modal internasional. Oleh sebab itu, aturan-aturan hukum di bidang penanaman modal sangat berkaitan dengan aturan-aturan di bidang perdagangan, maka prinsip-prinsip hukum penanaman modal terkait erat dengan prinsip-prinsip hukum perdagangan internasional.

Prinsip dasar yang dijadikan titik tekan dalam hukum perdagangan internasional seperti yang terdapat di dalam GATT/WTO

adalah prinsip liberal, yang difokuskan pada prinsip persaingan bebas. Prinsip ini berakar pada prinsip kebebasan, kesetaraan, dan prinsip timbal balik. Prinsip-prinsip ini diasumsikan sebagai sarana perlindungan penanaman modal, juga bertujuan untuk mempertemukan kepentingan negara-negara yang berbeda sistem hukumnya. Dengan demikian, prinsip-prinsip hukum perdagangan internasional merupakan suatu terobosan penting bagi Indonesia untuk mencapai suatu aturan-aturan hukum yang *uniform* di bidang penanaman modal guna menarik para penanam modal (asing) menanamkan modalnya.

Hasil dari analisis prinsip-prinsip hukum penanaman modal dalam rangka unifikasi hukum yang diharapkan adalah harmonisasi hukum. Upaya harmonisasi dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip persamaan, keadilan, solidaritas antara negara penerima modal (*host country*) dan negara penanam modal (*foreign country*). Pembarnan landasan hukum penanaman modal merupakan suatu strategi yang sangat membantu untuk menyamakan suatu persepsi yang memudahkan negara penerima modal maupun negara penanam modal memenuhi kebutuhan hukum. Akibat dari perbedaan sistem hukum, ekonomi, dan sosial, dan politik diasumsikan sulit bagi negara penerima modal membangun landasan hukum untuk mengintegrasikan nilai-nilai kegiatan ekonomi hasil transformasi budaya dari suatu negara yang berbeda sistem hukumnya.

Untuk menjawab permasalahan ketiga, secara lebih komprehensif, memakai prinsip-prinsip hukum ekonomi/perdagangan internasional menurut penulis merupakan strategi Indonesia melakukan harmonisasi hukum, karena harmonisasi hukum nasional dan hukum (perdagangan) internasional merupakan salah satu faktor kunci untuk menarik penanam modal menanamkan modal di suatu negara. Kebanyakan negara berkembang membuat kebijakan penanaman modal yang berdampak pada perdagangan internasional. Berdasarkan makna prinsip kemanfaatan ekonomi dan prinsip Ketidaktergan-

lungen ekonomi negara penerima modal (*host country*), dominasi modal asing, menyebabkan negara-negara berkembang menggunakan pendekatan preventif terhadap perilaku penanam modal asing, yang utamanya perusahaan multinasional. Atas dasar pendekatan tersebut, *host country* menerapkan prinsip diskriminatif terhadap penanaman modal asing, sedangkan di kalangan penanam modal asing mengharapkan penghapusan perbedaan perlakuan antara penanam modal asing dan penanam modal dalam negeri agar dapat bersaing secara sehat.

Kerangka berpikir yang digunakan dalam penelitian ini bertolak dari asumsi bahwa masuknya penanaman modal asing bisa membawa keuntungan dan bisa juga membawa kerugian bagi negara penerima modal. Oleh karena itu pemerintah negara penerima modal harus mengawasi gerak penanam modal asing atau MNC (*Multi National Corporation*) agar penanaman modal asing dapat bermanfaat bagi rakyat dan perekonomian nasional. Mengenai hal ini disajikan dalam tiga tataran teori, yaitu *grand theory*, *middle-range theory* dan *applied theory*. Pada tataran *grand theory*, ditampilkan teori-teori ekonomi tentang penanaman modal, yakni teori *new institutional economics*. Tataran teori ini memberi dasar pemahaman tentang pertanyaan mengapa negara lain (Indonesia) membutuhkan modal asing. Pada tataran *middle-range theory*, dipilih teori yang dikenal dalam aliran filsafat hukum, yaitu *social engineering*. Tataran teori ini memberi orientasi berpikir yuridis yang membuka pemahaman yang lebih holistik. Pada tataran *applied theory*, dipilih teori *transaction cost*. Tataran teori ini memiliki kedekatan dengan *grand theory* maupun *middle-range theory*.

Untuk mengkaji ketiga teori tersebut, penulis memanfaatkan pendekatan analisis ekonomi dalam hukum (*economic analysis of law*)¹⁶ McLeod, Palgrave mengatakan bahwa *The Economic Analy-*

¹⁶ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Toronto, London: Little, Brown and Company, hal. 7.

sis of Law, which lies in a direct line of descent from utilitarianism, substitutes the more easily measurable criterion of economic efficiency for the felicific calculus's criteria pleasure and pain. Pendekatan ini mengkaji prinsip-prinsip ekonomi terhadap aturan-aturan hukum terutama keuntungan maupun beban yang akan dipikul bila terjadi transaksi ekonomi yang melibatkan biaya-biaya dalam penyelenggaraan penanaman modal. Harmonisasi hukum dalam UU Penanaman Modal harus dipikirkan dengan menggunakan *economic analysis of law*. Penggunaan analisis ekonomi dalam hukum penanaman modal asing adalah menghitung mana yang lebih menguntungkan bagi negara penerima modal yang bertujuan untuk mengatasi masalah ketenagakerjaan seperti pengangguran, kemiskinan atau tidak berdampak buruk pada ketenagakerjaan atau lingkungan dengan melakukan reformasi regulasi yang bertujuan untuk menarik penanam modal asing mau menanamkan modalnya di Indonesia. Agar analisis ekonomi dalam hukum memenuhi tujuannya, harus juga diperhitungkan apakah dengan melakukan reformasi regulasi (harmonisasi hukum) membuat penanam modal asing tidak mengalami kerugian melainkan mendapat keuntungan yang cukup bagi mereka dalam mengembangkan usahanya. Dengan kata lain, analisis ekonomi dalam hukum akan bertanya apakah dengan melakukan harmonisasi hukum atau reformasi regulasi penanaman modal asing (seperti UU Penanaman Modal dan UU Cipta Kerja) membawa manfaat bagi rakyat dengan tidak mengakibatkan penanam modal asing mengalami kerugian atau hambatan (*paveto efficiency*).

Sebagai suatu pendekatan, analisis ekonomi dalam hukum menggunakan prinsip maksimalisasi, prinsip keseimbangan, dan prinsip efisiensi. Dasar pemikiran menggunakan pendekatan ini adalah bahwa pendekatan ini lahir karena hukum dan ekonomi walaupun merupakan dua sistem yang berbeda, bahkan tidak ada sama sekali hubungannya, tetapi saling menunjang. Artinya, kemajuan di

¹² Eui Mc. Lond, Palgrave, *Legal Theory*. New York: Macmillan, 2005, hal. 164.

bidang ekonomi harus ditunjang oleh aturan hukum, karena hukum berperan mengatur, memperlancar, melindungi dan menjamin kepentingan penanaman modal. Oleh karena itu, ketiga prinsip tersebut dapat dijadikan alat untuk menelaah dan mengkaji harmonisasi atau reformasi regulasi secara lebih inklusif dan berperspektif global.

Hasil dari analisis prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal dalam rangka menciptakan sistem hukum penanaman modal yang inklusif bagi negara penerima modal maupun negara penanam modal. Upaya harmonisasi dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip persamaan, keadilan, solidaritas. Strategi reformasi regulasi dapat berfungsi sebagai alat pengaman. Penataan regulasi secara substansial, maka negara penerima modal wajib menyediakan perlindungan bagi penanam modal dalam berbagai kebijakannya. Sekini itu, reformasi regulasi adalah alat untuk menyelesaikan hambatan penanaman modal dan menetapkan kepastian. Dengan demikian tampak jelas bahwa harmonisasi hukum merupakan suatu strategi yang sangat membantu untuk menyamakan suatu persepsi yang memudahkan penanam modal maupun negara penerima modal dapat memenuhi kebutuhan hukum. Akibat dari perbedaan sistem hukum, ekonomi, dan sosial, dan politik diasumsikan sulit bagi negara penerima modal membangun landasan hukum untuk mengintegrasikan nilai-nilai kegiatan ekonomi hasil transformasi budaya dari suatu negara yang berbeda sistem hukumnya. Balbir Bhasin dan Sivakumar Venkataramany mengatakan yang dibutuhkan oleh penanam modal adalah aturan-aturan hukum penanaman modal yang konklusif dan efektif yang tidak berubah-ubah.¹⁸

Dalam perspektif harmonisasi hukum di bidang penanaman modal, prinsip-prinsip hukum ekonomi/perdagangan internasional

¹⁸ Lihat Balbir Bhasin dan Sivakumar Venkataramany, *FDI Law and Policy in Indonesia: Revisiting the Contract of Work System*. Paper presented at the 16th International Conference of the Society for Global Business and Economic Development (SGBED) Kyoto, Japan, August 8-10, 2007, hal. 12.

menjadi salah satu faktor kunci dalam kelangsungan penanaman modal di negara-negara berkembang. Kebanyakan negara berkembang sebagai *host country* membuat kebijakan penanaman modal yang berdampak pada perdagangan internasional. Berdasarkan makna prinsip kemanfaatan ekonomi dan prinsip Ketidaktergantungan ekonomi nasional dari dominasi modal asing, menyebabkan negara-negara berkembang menggunakan pendekatan preventif terhadap perilaku penanam modal asing, yang umumnya dikendalikan oleh perusahaan multinasional. Atas dasar pendekatan tersebut, Indonesia ketika masih berlaku Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing menerapkan prinsip diskriminatif terhadap penanaman modal. Hampir semua penanam modal asing mengharapkan penghapusan perbedaan perlakuan yang sama ini dalam penyelenggaraan penanaman modal agar dapat saling menunjang dan bersaing secara sehat.

KONSEP DASAR PENANAMAN MODAL ASING

1. Pengertian Modal

Modal adalah sumber daya utama pembangunan ekonomi. Tanpa modal tidak ada penanaman modal, dan tanpa penanaman modal mustahil ada pertumbuhan ekonomi. Pengertian modal dapat juga diartikan sebagai sejumlah uang atau barang yang digunakan untuk kegiatan perusahaan yang terdiri atas modal tetap, seperti gedung, pabrik, dan mesin-mesin, dan modal kerja seperti piutang, barang setengah jadi, barang jadi dan lain-lain.

Pasal 1 ayat (7) UU Penanaman Modal mengatur bahwa modal adalah aset dalam bentuk uang atau bentuk lain yang bukan uang yang dimiliki oleh penanam modal yang mempunyai nilai ekonomis. Dalam Undang-undang No. 25 Tahun 2007 juga mengatur tentang modal asing dan modal dalam negeri. Modal asing adalah modal yang dimiliki 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. Sedangkan modal dalam negeri adalah modal yang dimiliki oleh negara Republik Indonesia, perseorangan warga negara Indonesia, atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau tidak berbadan hukum,

Problematikanya adalah apakah yang menjadi ukuran suatu modal adalah modal asing atau bukan. Undang-undang No.25 Tahun 2007 tidak menjelaskan hal tersebut. Menurut penulis, yang menjadi ukuran apakah termasuk modal asing atau bukan, adalah asal kepemilikan modalnya, baik berdasarkan negara, warganegara maupun besarnya jumlah uang maupun barang yang digunakan dalam kegiatan penanaman modal. Oleh karena itu, menurut penulis pemahaman yang baik tentang modal asing dan modal dalam negeri adalah dilihat dari kegiatan penanaman modal.

Rezim Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tidak jelas prinsip-prinsip apa yang dianut untuk menentukan ukuran-ukuran suatu modal asing atau bukan. Menurut pendapat penulis, walaupun Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing sudah tidak berlaku lagi, tetapi untuk memahami karakteristik modal asing secara lebih baik adalah merujuk atau paling tidak membandingkan pemahaman modal asing seperti diatur dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1967 terhadap Undang-undang No. 25 Tahun 2007 yaitu,

- 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, 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.

Menurut Sunarjati Hartono yang menjadi ukuran apakah itu termasuk modal asing atau bukan adalah:

- 1) Dalam hal valuta asing, yakni apakah valuta asing itu merupakan bagian dari kekayaan devisa Indonesia, atau tidak.

- 2) Dalam hal alat-alat dan keahlian, yakni apakah alat, barang atau keahlian tertentu itu merupakan milik orang asing atau bukan.
- 3) Dalam hal penanam modal secara langsung menanggung risiko dari penanaman modal tersebut.¹⁹

Dengan demikian, pengertian modal asing adalah tidak hanya valuta asing, tetapi juga peralatan, bahan dan keahlian yang digunakan dalam kegiatan perusahaan di Indonesia. Dengan perkataan lain, modal asing menurut ketentuan Pasal 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1967 adalah alat pembayaran luar negeri. Undang-undang ini menggunakan prinsip kekayaan devisa Indonesia untuk membedakan secara nyata mengenai modal asing dan modal dalam negeri. Kekayaan devisa adalah bukan hanya alat pembayaran luar negeri, melainkan juga termasuk bagian kekayaan alam yang dikuasai negara atau kekayaan masyarakat Indonesia. Ismail Suny, menjelaskan bahwa alat pembayaran luar negeri, yang bukan merupakan bagian dari kekayaan devisa Indonesia adalah devisa, baik kekayaan alam maupun usaha Indonesia yang dikuasai oleh negara dan dimiliki oleh negara maupun oleh warga negara Indonesia.²¹

Prinsip-prinsip lain yang ternyata dianut oleh Undang-undang No. 1 Tahun 1967 dalam menentukan apakah itu modal asing atau bukan adalah jika alat-alat untuk perusahaan, termasuk benda bergerak, dan jaminan, hak-hak yang diperoleh dari saham atau surat obligasi dan bunga, serta hak-hak atas kekayaan intelektual, proses, teknik dan keahlian adalah merupakan modal asing²¹. Berbeda halnya dengan Ismail Suny, Sunarjati Hartono, Somarajah dan Marie Pangestu, bagi Charles Himawan masih perlu dirumuskan kembali secara jelas apa itu modal asing agar dapat mengkuifikasi-

¹⁹ C.F.G. Sunaryati Hartono, Beberapa Masalah Transnasional Dalam Penanaman Modal Asing di Indonesia, *Dissertasi*, UNPAD, 1972, Bandung, 1972, hal. 80-89

²¹ Ismail Suny & Rechenat Radion *Imporan dan Pembaharuan Undang-undang Penanaman Modal Asing dan Kredit Luar Negeri*, Pustaka Paramita, Jakarta, 1968, hal. 41, 7 *Ibid* hal. 12

kan apakah suatu perusahaan adalah perusahaan penanaman modal asing dan/atau perusahaan penanaman modal dalam negeri.²³

2. Pengertian Penanaman Modal

Secara kategorial, UU Penanaman modal tidak membedakan penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri. Undang-undang ini mencakupi semua kegiatan penanaman modal langsung di semua sektor usaha. Somarajah²⁴ mendefinisikan penanaman modal sebagai berikut *the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets.*

Ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang-undang No. 25 Tahun 2007 mengatur tentang pengertian penanaman modal, yaitu segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di seluruh wilayah negara Republik Indonesia. Kata melakukan usaha tanpa melihat sektor usahanya maupun bentuk usahanya dan asal usul modalnya menunjukkan bahwa karakteristik penanaman modal dalam UU Penanaman Modal adalah penanaman modal langsung (*direct investment*), dan bukan portofolio seperti penanaman modal di dalam pasar modal.

Selanjutnya, UU Penanaman Modal mengatur 2 (dua) kategori penanaman modal, yaitu penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing. Penanaman modal dalam negeri adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri. Sedangkan pena-

²³ Himawan Ch. *The Foreign Investment in Indonesia*, Gunung Agung, Singapore, 1980, hal. 25.

²⁴ Somarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, hal. 4.

anaman modal asing adalah 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.

Walaupun UU Penanaman Modal mengatur dua kategori penanaman modal, yaitu penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing, tetapi undang-undang ini mencakupi semua kegiatan penanaman modal langsung di semua sektor. Undang-Undang ini juga memberikan jaminan perlakuan yang sama dalam rangka penanaman modal. Yang dimaksud dengan "perlakuan yang sama" adalah bahwa pemerintah tidak membedakan perlakuan terhadap penanam modal yang telah menanamkan modalnya di Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan kategori penanaman modal seperti dikemukakan di atas, masih perlu dilakukan pengkajian mendalam tentang pengertian penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing. Secara umum penulis menguraikan kategori pengertian lebih lanjut mengenai penanaman modal di Indonesia.

Berdasarkan Pasal 1 ayat (2) Undang-undang No. 25 Tahun 2007, kategori pengertian penanaman modal asing, yaitu:

1. Penanaman modal secara langsung.
2. Penanaman modalnya (investor) adalah perseorangan warga negara asing, perusahaan asing, atau pemerintah negara asing.
3. Penggunaan modal adalah seluruhnya modal asing atau berpatungan dengan modal dalam negeri.

Organization for European Economic Cooperation menganut prinsip kepemilikan modal yang ditanam dalam perusahaan yang bersangkutan. Defenisi kategori pengertian penanaman modal asing langsung menurut organisasi kerja sama ekonomi Eropa ini diartikan

sebagai ...*acquisition of sufficient interest in an undertaking to ensure its control by the investor.*²⁴

Menurut Ismail Suny dan Rochmat kalau makna penanaman modal asing langsung dihubungkan dengan penggunaan modal untuk menjulankan perusahaan, maka yang dimaksud dengan penanaman modal asing secara langsung adalah suatu lingkungan di mana investor atau penanaman modal mempunyai penguasaan atas modalnya yang ditanam dalam perusahaan yang bersangkutan, dalam arti bahwa penanaman modal mempunyai kebebasan penguasaan atas perusahaan asing itu. Perusahaan asing adalah yang legalitas usahanya yang diatur dalam undang-undang Penanaman Modal, dan harus berbentuk Perseroan Terbatas, lagi pula bidang usahanya di semua sektor usaha yang disetujui pemerintah.²⁵

Selanjutnya, Gerardo P. Sicat mengartikan penanaman modal asing, dengan mengatakan *there are two sources of foreign savings loans and direct investment... Direct investment may take several forms; (a) a purely financial investment, (b) a joint venture, or (c) a fully-owned foreign subsidiary.*²⁶

Sicat juga seirama dengan pendapat Ismail Suny dan Rudi-oro Rochmat, Sicat mengartikan dan memaknai penanaman modal asing berdasarkan prinsip asal atau sumber modal dalam bentuk pinjaman dan penanaman modal langsung. Sicat lebih menekankan bahwa penanaman modal asing langsung dapat terjadi dalam beberapa bentuk, yaitu penanaman modal keuangan murni, dalam hal mana terjadi kalau orang asing membeli saham perusahaan yang terletak di negara asing. Usaha patungan antara negara tuan rumah dan penanaman modal asing mendirikan perusahaan dengan kegiatan tertentu. Prinsip penguasaan atau kepemilikan atas modal dalam sebuah

²⁴ Ismail Suny & Rochmat Rudiorn, *Op. Cit.*, hal. 36.

²⁵ *Ibid.*, hal. 36-37.

²⁶ Gerardo P. Sicat, *Economics*, National Book Store Publisher Metro Manila, Philippines, 1983, hal. 794-795.

usaha patungan adalah faktor yang akan menentukan pengendalian perusahaan, seperti kebebasan menentukan pimpinan atau direksi perusahaan, kebebasan menentukan dan mengendalikan kebijakan sendiri. Berdasarkan prinsip kepemilikan modal dalam suatu perusahaan patungan, biasanya porsi kepemilikan modal maksimum berada pada pihak asing. Demikian halnya pada sebuah anak perusahaan dimiliki sepenuhnya oleh pihak asing yang terletak di luar negeri yang umumnya merupakan anak perusahaan sebuah perusahaan multinasional.

Selain itu, ada juga yang berpendapat bahwa, secara yuridis penanaman modal asing, yang merupakan penanaman modal asing secara langsung, yang dalam kenyataannya mungkin saja dapat merupakan suatu *portfolio investment*, atau sebaliknya.²⁷ Kembali Sunarjati Hartono menjelaskan penanaman modal dipakai dalam arti *direct investment*, yang berarti penanaman modal asing langsung, sedangkan dalam Undang-undang Penanaman Modal Dalam Negeri penanaman modal juga meliputi *portfolio investment*, yang berarti penanaman modal tidak langsung.²⁸ Sesungguhnya kedua bentuk penanaman modal tersebut hanyalah merupakan perbedaan secara yuridis. Dalam kenyataannya suatu *direct investment* mungkin saja dapat merupakan suatu *portfolio* atau sebaliknya.²⁹

Selanjutnya, Marie Pangestu berpendapat bahwa pengertian penanaman modal langsung berbeda dengan portofolio dan arus modal lain, karena penanaman modal misalnya penanaman modal asing berbentuk ekuitas yang dapat diartikan penguasaan terhadap manajemen perusahaan yang bersangkutan. Sebagai suatu ekuitas, penanaman modal asing umumnya juga dianggap sebagai suatu paket dengan penguasaan teknologi, pemasaran, dan manajemen, ak-

²⁷ *Ibid.* hal. 79.

²⁸ *Ibid.* hal. 79-103.

²⁹ *Ibid.* hal. 79.

ses ke pasar ekspor dan modal dari luar negeri.³⁰ Kini sudah tiba saatnya, pembaharuan landasan hukum penanaman modal yang baru untuk menjamin adanya kesamaan persepsi, penafsiran dan pengertian mengenai pengertian penanaman modal asing maupun pengertian penanaman modal dalam negeri. Sebab, menurut UU Penanaman Modal, masa berakhirnya izin usaha penanaman modal tidak dibatasi, selama memenuhi peraturan perundang-undangan. Kemungkinan perusahaan itu mengalihkan modalnya ke bidang usaha lain dan miliki perusahaan dalam negeri. Dengan demikian, penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri tidak mutlak berbeda. Menurut Lubis walaupun nantinya dibedakan antara modal asing dengan modal nasional, namun modal bukanlah satu-satunya faktor penentu bahwa suatu perusahaan itu perusahaan asing atau perusahaan nasional, tetapi harus dipertimbangkan juga faktor-faktor teknis manajerial dan kebijakan atau arah bisnis suatu perusahaan.³¹ Kebanyakan ahli ekonomi sependapat bahwa penanaman modal lebih memberi keuntungan atau *profit* baik kepada negara tuan rumah (*host countries*) maupun kepada negara asal penanaman modal itu (*home countries*). Secara teoritis, tidak ada perbedaan dengan kegiatan-kegiatan penanaman modal dalam negeri.³²

Pengertian penanaman modal asing mengandung pula aspek internasional (*foreign element*) sehingga tidak hanya ditentukan oleh hukum domestik dari *host country*. Bank Dunia (*World Bank*), juga NAFTA (*North American Free Trade Association*), dan *bilateral investment treaties* merumuskan pengertian penanaman modal asing dalam dua kategori yang luas yaitu: a) *types of loan concern the cross-border movement of capital and resources, wheter in view of its control or of its liberalisation. Such instruments usually define FDI in narrow terms, insisting on control over an enterprise as a*

³⁰ Lihat Erman Rajegukguk, et al, 1995, *Op Cit*, hal. 696.

³¹ Saiful Lubis, M, Pengembangan Hukum Tentang Peraturan Perundang-undangan Indonesia, *Makalah*, Seminar Hukum Nasional – BPEIN, Jakarta, 1995, hal. 38.

³² Sunaraja, *Op. Cit*, hal. 64-65.

necessary element of the concept. Since different rules may apply to FDI and to other types of financial (or other) transactions, such instruments stress the differences between various types of investment of capital. b) They can cover not only the capital that has crossed borders with a view to the acquisition of control over an enterprise, but also most other kinds of assets of an enterprise or of an investor, including several s and portfolio transactions.¹³

Perjanjian bilateral mengenai penanaman modal, yakni *Investment Guarantee Agreement (IGA)*, merumuskan pengertian penanaman modal sebagai bentuk aset yang ditanam oleh investor sesuai hukum dan peraturan yang meliputi:

- a. Benda bergerak dan jaminan serta hak serupa lainnya.
- b. Hak-hak yang diperoleh dari saham, surat obligasi atau setiap bentuk lainnya dari hasil bunga dalam perusahaan atau usaha patungan.
- c. Tagihan atas uang atau tagihan pelaksanaan yang mempunyai nilai keuangan.
- d. Hak atas kekayaan intelektual, proses teknik dan keahlian.
- e. Konsesi usaha yang diberikan oleh Undang-undang atau berdasarkan kontrak yang bertalian dengan penanaman modal termasuk konsesi untuk mencari atau mengeksploitasi sumber daya alam.

Dalam penyelenggaraan penanaman modal diperlukan suatu bentuk badan usaha atau perusahaan. Di dalam UU Penanaman Modal dibedakan antara penanam modal asing (investor asing) dan penanam modal dalam negeri (investor dalam negeri). Penanaman modal dalam negeri dapat dilakukan dalam bentuk badan usaha yang berbentuk badan hukum, tidak berbadan hukum seperti dalam bentuk CV atau usaha perseorangan, tetapi penanaman modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas, berdasarkan hukum Indonesia

¹³ *Labat United Nation, International Investment Instruments: A Compendium, Vol. I Multilateral Instruments, 1996, Geneva, hal. xxvi-xxvii.*

dan berkedudukan di Indonesia (Pasal 5 ayat 1 dan 2 UU Penanaman Modal).

Suatu hal penting yang perlu diketahui bahwa proses pendirian dari suatu Perseroan Terbatas yang merupakan penanaman modal asing berbeda dengan pendirian Perseroan Terbatas biasa. Ada prosedur yang harus dilakukan oleh penanam modal asing. Proses untuk mendirikan Perseroan Terbatas versi penanaman modal asing harus berhubungan dengan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) dan Kementerian terkait lainnya, mempersiapkan anggaran dasar perusahaan penanaman modal asing dan diumumkan dalam berita negara Republik Indonesia. Demikian pula badan usaha dalam kegiatan penanaman modal dapat berbentuk perusahaan *joint venture* walaupun bukan suatu keharusan (Pasal 27 UU Penanaman Modal).

3. Campurtangan Negara dalam Perekonomian

Teori mengenai tipologi peranan negara dalam kegiatan ekonomi, terutama dalam negara yang menganut sistem ekonomi campuran (*mixed economy*) diperlihatkan oleh W. Friedmann sebagai berikut *the first state as provider. This is a function commonly associated with the concept of the social welfare. In this capacity, the state makes itself responsible for the provision of social services so as to ensure a minimum standard of living for all. In mitigation of the free play of economic forces* *Second, the state function as regulator. In this role, power to regulate investment in industrial development, the volume and kind of imports and exports through such means as exchange controls, and import and industrial licensing control* *Third, the state functions increasingly as entrepreneur. It operates certain sectors of the economy, either through semi autonomous government department, or through state owned corporations* *Fourth, the state as umpire. The state as the repository of legislative, administrative and judicial power, evolve some standards of justice,*

as which are state enterprises. It must therefore differentiate between the entrepreneurial and the orbital function.¹⁴

Selanjutnya, Zilfira berpendapat bahwa intervensi negara (*state intervention*) dalam kegiatan ekonomi rakyatnya bertindak sebagai regulator (*struierende*) atau wasit dengan memakai instrumen hukum administrasi negara yang heteronom dan otonom, yakni berupa kebijakan pemerintah untuk menyediakan informasi, prognosis dan keputusan yang bersifat pengaturan maupun yang bersifat larangan.¹⁵ Teori ini melihat pentingnya peran negara/pemerintah dalam mengarahkan langkah kebijakan ekonomi termasuk penanaman modal karena peran negara sebagai generator pertumbuhan ekonomi yang bisa mengintervensi pasar untuk mengoreksi ketimpangan pasar dan memberikan perlindungan hukum kepada para pelaku ekonomi.

Tugas negara di bidang perekonomian sejak Proklamasi 1945 telah dirumuskan secara jelas dalam Alinea Keempat Pembukaan UUD 1945, yaitu: melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial.¹⁶

Di sini jelas bahwa tujuan membentuk negara Republik Indonesia adalah perjuangan bangsa Indonesia untuk memperbaiki struktur ekonomi dan menegakkan sendi-sendi perekonomian nasional. Disebutkan pula dalam Pembukaan UUD 1945 bahwa untuk membentuk pemerintahan adalah untuk memajukan kesejahteraan sebesar-besarnya bagi rakyat Indonesia, dan bukan kesejahteraan sekelompok rakyat Indonesia saja.

¹⁴ W. Friedman, *The State and The Rule of Law in Mixed Economy*, Steven & Sons, London, 1971, hal. 3

¹⁵ Lahn Guntoro Hadi, *Peranan Hukum Dalam Pembangunan Ekonomi*, Universitas Almagava, Yogyakarta, 2002, hal. 8

Ketabsahan negara bertindak dalam lapangan perekonomian rakyatnya memperoleh fondasi teori yang kuat seperti dikemukakan oleh John Rawls bahwa dalam negara terdapat dua golongan hak, yakni (1) hak yang harus diberikan secara sama oleh negara, yaitu kesamaan hak-hak dasar mutlak atau hak-hak yang sangat dasar, misalnya hak untuk hidup, dan hak untuk menyatakan pendapat. (2) hak sosial ekonomi yang bisa diperlakukan secara tidak sama kepada setiap individu demi kepentingan dan kemajuan dan kesejahteraan umum, termasuk untuk tiap individu.³⁶

Selanjutnya, dasar konstitusional berdasarkan Pasal 33 UUD 1945, membenarkan negara campur tangan dalam lapangan ekonomi. Kedudukan pemerintah dalam pembangunan ekonomi memikul tanggung jawab besar dari hukum dalam mewujudkan peran hukum dalam kegiatan ekonomi. Dalam sistem ekonomi pasar sekalipun (*market economy*) kegiatan ekonomi tidak dapat sepenuhnya diserahkan kepada mekanisme pasar, yakni berdasarkan permintaan dan penawaran, melainkan juga diserahkan kepada pemerintah untuk mengatur, mengawasi jalannya ekonomi dengan memakai instrumen hukum administrasi negara yang umum dan khusus.

Perdebatan akademis mengenai peran negara masih berlangsung terus sampai saat ini, di mana masing-masing pihak yang membela peran negara atas nama hukum dalam perekonomian, dan pihak-pihak yang tidak sependapat kalau negara berperan dalam lapangan ekonomi. Untuk menarik sintesa dari kelompok pembela dan penentang peran negara dalam perekonomian, adalah kontroversi interpretasi atas sistem perekonomian nasional berdasarkan Pasal 33 (ayat 1) UUD 1945 (Amandemen ketiga) bahwa, perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi, diperhadapkan pada situasi dilema ekonomi liberal versus ekonomi rakyat. Masyarakat Indonesia semakin hari semakin menuntut hak-

³⁶ *Ibid.* hal. 33.

-hak liberal, hak-hak properti yang luas, kebebasan berusaha dan tuntutan untuk otoronomi ekonomi yang bebas dari campur tangan oleh negara.

Menurut Gunarto terdapat tiga konsep dasar mengenai peran negara dalam lapangan perekonomian, yaitu:

1. Keterlibatan minimalis (*minimal state*) yang dipelopori oleh Adam Smith dan kawan-kawan. Aliran ini melahirkan kaum kapitalis yang didasarkan pada asumsi dan keyakinan, bahwa (a) kegiatan ekonomi yang dilakukan dalam persaingan bebas akan jauh lebih bermanfaat bagi masyarakat secara keseluruhan daripada kalau diatur oleh negara, (b) dalam kondisi di mana kegiatan perekonomian tanpa campur tangan negara maka ekonomi akan menjadi efisien karena pelaku ekonomi maupun masyarakat akan dibimbing oleh tangan tak terlihat (*invisible hand*) untuk menjadi yang terbaik atau unggul, dan (c) dalam masyarakat selalu terdapat hubungan harmoni secara alamiah, yakni adanya keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Oleh Karena itu, kalau negara campur tangan dalam proses keseimbangan ini, maka keseimbangan harmonis antara pelaku ekonomi akan terganggu. Misalnya adalah praktik-praktik suap atau sogok oleh pelaku ekonomi kepada pejabat negara tempat mereka berusaha. Sebaliknya korupsi, kolusi dan nepotisme akan semakin banyak karena pejabat pemerintah akan memberikan proteksi, kedudukan monopoli dan lain-lain bentuk-bentuk diskriminasi lainnya.
2. Keterlibatan maksimalis (*maximal state*). Kelompok-kelompok pendukung peran negara secara berlebihan ini muncul sebagai reaksi dari kelompok yang menolak campur tangan negara. Asumsi dasar yang dipakai oleh kelompok ini adalah bahwa dalam kenyataannya sangat sukar tercapai keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Tidak ada per-

baikan nasib sebagian besar rakyat dalam kehidupan ekonomi. Malahan muncul praktik-praktik dari kaum kapitalis memeras tenaga kerja para pekerja dalam proses produksi. Menurut paham maksimalis jalan keluar dari cengkeraman kaum kapitalis sehingga rakyat bisa menjadi maju dan sejahtera, negara harus bertindak menguasai segala aspek kehidupan ekonomi negara.

3. Keterlibatan yang terukur. Aliran ini dipelopori oleh murid Adam Smith, yaitu John Maynard Keynes. Aliran ini dilandasi oleh filsafat bahwa kegiatan ekonomi tidak bisa dibiarkan berjalan sendiri, melainkan harus dikoreksi, yakni koreksi oleh negara atau pemerintah terhadap harmoni keseimbangan di antara pelaku ekonomi. Setiap orang bebas melakukan bisnis apa saja, dan di mana saja, bebas mengumpulkan modal sebanyak-banyaknya sampai menjadi konglomerat tidak dilarang, tetapi kalau aktivitasnya itu mengganggu milik atau kesempatan orang lain atau masyarakat, maka tindakannya itu harus ditiadakan. Dengan demikian, jelas bahwa aliran ini menekankan pada kesempatan kerja penuh (*full employment*) bagi sebanyak mungkin angkatan kerja dalam suatu negara dan kesejahteraan rakyat banyak dalam kegiatan ekonomi.¹⁷

Hubungan antara ekonomi dan politik juga menarik dikaji, karena sangat membawa pengaruh dalam kegiatan ekonomi. Artinya, kemajuan di bidang ekonomi selalu berjalan seiring dengan sistem sosial politik suatu negara. Dua sistem ini saling berhubungan dan tidak bisa dipisahkan. Dalam konteks pembangunan ekonomi Indonesia, Ben Anderson dan Richard Robinson sebagaimana dikutip oleh Fortuna Anwar¹⁸ menggunakan pendekatan yang dipakai

¹⁷ *Ibid.* hal. 12-20.

¹⁸ Lihat Fortuna Anwar, *Pembaharuan Tinggi dan Perubahan Struktural: Proses Demokratisasi Pembangunan*. *Majalah Ilmiah dan Informatika Horatio: Fivere*, Tahun VI, Juni 1994, hal. 90-91

oleh Andrew MacIntyre dalam studinya mengenai sistem ekonomi politik Indonesia, adalah :

1. *The state qua state*. Pendekatan ini pada dasarnya melihat perbedaan kepentingan yang sangat mendasar antara negara dan masyarakat. Pendekatan ini melihat bahwa negara adalah suatu prana yang semata-mata melayani kepentingannya sendiri dengan mengabaikan kepentingan masyarakat. Aspek yang menonjol model ini adalah kebijakan ekonomi yang diambil mencerminkan kepentingan negara, kecuali yang datang dari penanam modal atau pemodal asing. Kecil sekali kemungkinan bagi kekuatan dari masyarakat atau kekuatan di luar struktur kekuasaan untuk ikut berperan dalam pengambilan keputusan.
2. *Bureaucratic polity*. Dalam pendekatan ini, politik adalah alat untuk memperoleh kekayaan atau kesempatan ekonomi dalam mengejar keuntungan ekonomi. Model *bureaucratic polity* ini dijalankan dengan pola *patrimonium* yang menekankan pada hubungan harmoni *patron-client* dan kolusi. Dalam model *patrimonial* ini, politik merupakan kompetisi dalam mengejar keuntungan atau kekayaan antara berbagai kelompok elit. Itulah sebabnya sejak Orde Baru siapa yang dekat dengan kekuasaan adalah yang memperoleh kesempatan mengelola proyek-proyek ekonomi yang besar tanpa dibatasi oleh kepentingan masyarakat banyak. Para birokrat besar hanya terlibat dalam kegiatan ekonomi rente melalui korupsi, kolusi dan nepotisme. Menurut Anderson, kesempatan untuk mempengaruhi pejabat negara atau pemimpin politik hanyalah melalui hubungan *patron-client* yang sifat amat ketat, rahasia, sangat individual dan tidak mempunyai implikasi sosial-politik.
3. *Bureaucratic pluralism*. Dalam model ini tidak melihat banyak peluang bagi munculnya kekuatan di luar negara yang dapat mempengaruhi kebijakan ekonomi atau bisnis secara substansial

dan dapat mendorong proses demokratisasi. Kalau dibandingkan dengan model *bureaucratic polity*, politik hanyalah alat persaingan antar elit politik untuk meraih keuntungan materi atau kekayaan (substansif), sedangkan dengan model *bureaucratic pluralism* terdapat perbedaan yang serius antar badan-badan pemerintah mengenai isu-isu substansif.

4. *Bureaucratic authoritarianism*. Model ini menekankan pada adanya represi politik serta konsentrasi kekuasaan di tangan militer dan elit birokrasi. Negara membangun kelompok bisnis maupun asosiasi-asosiasi bisnis, tetapi hanya sebagai penghubung negara dengan masyarakat. Kecil sekali kemungkinan bagi masyarakat untuk mempengaruhi pembuatan kebijakan ekonomi secara langsung.
5. *Structural approach*. Dalam pendekatan ini Robinson menganalisis perkembangan ekonomi politik Indonesia, bahwa saat ini muncul kalangan bisnis domestik yang mulai semakin mandiri dari negara. Kalangan bisnis semakin berperan dalam perekonomian karena tuntutan ekonomi lokal dan internasional apabila ingin mempertahankan pertumbuhan ekonomi. Namun demikian, menurut Robinson, negara masih terlalu kuat dan memiliki otonomi dari kekuatan masyarakat, sehingga dalam memperjuangkan kepentingan kelompok bisnis (para swasta) harus menggunakan hubungan patron-client dan kolusi untuk mempengaruhi para praktisi pembangunan.
6. *Restricted pluralism*. Dalam model ini, Macintyre melihat bahwa sejak tahun 1980-an sistem politik Indonesia telah menuju pada suatu pluralisme terbatas. Dalam model pluralisme terbatas ini ditandai dengan lahirnya kelompok kapitalis, tetapi kelas kapitalis ini belum mempunyai peranan besar dalam kebijakan ekonomi. Yosihara Kunio berpendapat bahwa kegiatan bisnis di sebagian besar negara-negara Asia Tenggara hanyalah mengha-

sikan *bureaucratic capitalist dan ersatz capitalism*, di mana para elit hanya merupakan parasit agen kepentingan modal asing.³⁹

Dalam keadaan perekonomian global saat ini, khususnya bagi Indonesia di dalam menarik modal asing, selain menghadapi persaingan di antara negara-negara anggota ASEAN maupun dengan negara-negara lainnya, peranan negara dalam perekonomian makin merosot. Para pelaku ekonomi menginginkan aturan-aturan hukum yang menjamin iklim usaha yang lebih sehat dan dipastikan menjamin kelancaran bisnis mereka. Pemilik modal semakin mempunyai peranan besar dalam perekonomian karena mereka dapat membantu negara atau pemerintah untuk pembangunan ekonomi apabila ingin mempertahankan pertumbuhan ekonomi. Menyadari kenyataan bahwa modal tidak mengenal batas negara, yang bersaing dalam pasar adalah perusahaan-perusahaan milik para pemodal dan bukan negara. Munculi pertanyaan, apakah kita masih menginginkan peran negara yang berfungsi secara minimalis atau sebagai "polisi" saja atau ingit maksimalisasi. Atau menghendaki adanya peranan negara yang terukur. Persoalannya adalah syarat-syarat apa saja yang diperlukan kalau menginginkan salah satu dari ketiga formula tersebut di atas?

Dalam konteks ekonomi politik Indonesia saat ini, peranan pemerintah dalam lapangan perekonomian rakyatnya telah merosot. Fenomena kemerosotan peran negara dimaksud misalnya, royalti yang dibayarkan oleh perusahaan-perusahaan asing bidang pertambangan kepada pemerintah hanya sekitar 1 - 3%. Kebanyakan pengamat bahwa peran negara modern dalam lapangan perekonomian telah merosot. Alasannya, *Pertama*, peran negara itu menciut karena negara modern sangat membutuhkan para pemilik modal raksasa untuk pembangunan ekonomi dalam negeri apabila ingin meningkatkan dan /atau mempertahankan pertumbuhan ekonomi. Kedua, negara

³⁹Id

tidak mampu mencegah apalagi melarang para pemilik modal raksasa (*Multi National Corporation*) memindahkan aktivitas ekonomi mereka ke lokasi lain yang lebih murah, menguntungkan dan lebih terjamin. *Ketiga*, kondisi dalam negara sendiri yang berakar pada organisasi negara itu sendiri di mana birokrasi yang tidak efisien dan masih bercirikan patron-client. Pemerintah lebih mementingkan untuk mempertahankan kekuasaannya ketimbang melindungi dan memajukan masyarakat, *Keempat*, negara mengalami kesulitan untuk mengintegrasikan sistem ekonomi negara termasuk bangsanya ke dalam sistem ekonomi dunia yang dimotori oleh akumulasi modal global. Dan *Kelima*, korupsi, kolusi dan nepotisme yang semakin masif, semakin mengakar dan sudah menjadi budaya atau perilaku para elit pemimpin di Indonesia sejak Orde Lama, Orde Baru, Orde Reformasi sampai sekarang. Para Menteri dan pejabat-pejabat lainnya termasuk kepala daerah ikut berbisnis. Model peran negara semacam ini akan terus menerus menyuburkan korupsi, kolusi dan nepotisme. Mereka dengan sangat hati-hati mengambil simpati rakyat dengan dukungan politik pencitraan dan simpati rakyat untuk memudahkan peran mereka.

Masih terdapat lagi satu aspek hukum yang sangat berpengaruh dalam proses penanaman modal, yaitu hukum internasional. Dalam perspektif hukum internasional, terkait dengan hubungan internasional. Hal ini mengingatkan Penanaman modal asing di *host country* dilakukan oleh penanam modal asing atau perusahaan asing multinasional. Jika dikaitkan dengan peranan hukum terhadap penanaman modal, maka hukum internasional memegang peran penting sebagai acuan untuk memberi perlindungan hukum bagi penanam modal asing yang menanamkan modal di Indonesia. Dalam hubungan internasional, Indonesia dan negara-negara lainnya terikat pada perjanjian atau agreement multilateral internasional seperti GATT/WTO, ICSID – *International Convention on the Settlement of Investment Disputes*, MIGA – *Multilateral Investment Guarantee Agreement*.

Sebagai ilustrasi dapat dikemukakan prinsip dalam Konvensi MIGA yang telah disetujui oleh pemerintah melalui Keppres No. 31 Tahun 1986 (*Convention Establishing the MIGA*) dengan tujuan:

1. Memberikan jaminan penanaman modal, misalnya, asuransi atas kerugian anggota yang bersifat *non economic risk*.
2. Menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif bagi negara anggota.
3. Melindungi investor atau perusahaan di negara anggota terhadap tindakan restriksi transfer modal, nasionalisasi, pelanggaran perjanjian, dan adanya kerusuhan atau perang saudara.
4. Mempromosikan penyelesaian sengketa penanaman modal melalui negosiasi, konsiliasi dan arbitrase ICSID.

Dalam hukum internasional terdapat dua macam prinsip yang berkaitan dengan kegiatan penanaman modal, yakni, prinsip tanggung jawab negara sebagai dasar pengaturan hubungan internasional, dan prinsip tanggung jawab negara sebagai dasar pengaturan penanaman modal asing. Adapun prinsip tanggung jawab negara sebagai dasar pengaturan hubungan internasional adalah memperluas kedudukan dan peran individu sebagai subjek hukum internasional dalam hubungan ekonomi.

Di samping itu, kegiatan penanaman modal terkait dengan upaya masyarakat internasional untuk membangun kerja sama ekonomi, maka hukum internasional telah meletakkan prinsip-prinsip dasar berupa tanggung jawab negara untuk memberi perlindungan secara hukum terhadap hak miliknya (*property*). Masalah kepastian hukum, birokrasi dan keamanan semuanya menjadi penting untuk mendorong arus modal asing ke Indonesia. Sedangkan prinsip tanggung jawab negara sebagai dasar pengaturan penanaman modal asing adalah ditujukan kepada orang perorangan dari warganegara suatu negara dengan warganegara lainnya, atau hubungan warganegara asing dengan pemerintah suatu negara. Tanggung jawab negara

dalam hubungan ekonomi internasional terhadap orang asing meliputi beberapa bidang seperti izin usaha harus berbentuk badan hukum Indonesia.

Dalam hubungan ini, Mohammad Zaidun mengutip pendapat Sherif II Seid dari bukunya *Global Regulation of Foreign Direct Investment* (2002) menulis, bahwa pengaruh teori ekonomi terhadap penanaman modal asing langsung berperan penting dan signifikan membentuk karakteristik suatu rejim hukum di bidang penanaman modal.⁴⁰ Selanjutnya, Seid menyatakan sebagaimana dikutip Muhammad Zaidun berikut *Theories, economic or otherwise, play important role in shaping legal attitude. With regard to FDI, the theories to have played a dominant role in shaping the legal regims both nationally and internationally.*⁴¹

Beberapa teori ekonomi yang berpengaruh di bidang penanaman modal, terutama penanaman modal asing, antara lain adalah:

1. *Neo-Classical Economy Theory*

Teori ini berhasil meyakinkan kebanyakan para ahli ekonomi bahwa, penanaman modal asing secara langsung (*Foreign Direct Investment*) akan lebih memberi keuntungan kepada *host country*. Ini dari pandangan teori ini mengatakan bahwa kegiatan penanaman modal di kebanyakan negara berkembang secara teoritis penanaman modal asing secara langsung memberikan kontribusi yang signifikan terhadap pembangunan ekonomi di negara-negara *host country*.

Kebanyakan teori ekonomi, terutama teori ekonomi pembangunan, teori ekonomi *neo-classical* ini bertumpu pada pertumbuhan (*growth*) dipercaya sebagai jalan menuju proses akumu-

⁴⁰ Lihat Zaidun, 2006. *Prinsip-prinsip Hukum Internasional Dalam Penanaman Modal Asing*. Disertasi tidak dipublikasikan Surabaya, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, 2006. Hal. 55.

⁴¹ *Ibid.*

lasi modal. Teori pertumbuhan ekonomi Adam Smith, sebagai salah satu teori ekonomi yang paling penting dan banyak diterapkan pada aktivitas penanaman modal – telah banyak diikuti oleh penganut teori ekonomi neo-klasik seperti, Solow-Swan, Keynes, Harrod Domar, Schumpeter, dan lain-lain. Asumsi dasar dari teori ini adalah pemupukan modal. Menurut Smith, penanaman modal sebagai suatu syarat mutlak bagi pembangunan ekonomi. Penanaman modal sedemikian rupa dapat memberikan penghasilan yang paling besar kepada seluruh masyarakat suatu negara, agar mereka sanggup menabung sebanyak-banyaknya. Akumulasi modal dipercaya oleh teori ini dapat meningkatkan kekayaan suatu negara (*wealth of nations*). Dengan demikian, pemupukan modal merupakan kunci utama dalam pertumbuhan ekonomi.

Akumulasi modal melalui MNCs secara nyata menunjukkan suatu keadaan pembentukan modal yang tidak seimbang, terutama dalam skala nasional pada *host country*. Masalahnya, penanaman modal asing itu kompleks. Terdapat tiga kecenderungan di dalam fenomena ketidakseimbangan ini. *Pertama*, penanam modal asing selalu mengutamakan untung, sedangkan *host country* mengharapkan pemupukan modal dilakukan terus menerus untuk kepentingan dan kemajuan ekonomi nasionalnya. *Kedua*, penanam modal asing relatif memiliki posisi yang lebih kuat, sehingga mereka mempunyai *bargaining* yang kuat pula, termasuk dapat melakukan lobi, melakukan suap serta tekanan politik kepada pemerintah *host country*. *Ketiga*, penanam modal asing melalui MNCs-nya biasanya memiliki jaringan bisnis yang global, sehingga kepentingan pemegang saham negara asal lebih terlayani daripada kepentingan *host country*. Kenyataan ini, didukung oleh pendapat Yosephi Schumpeter, bahwa pembangunan ekonomi merupakan perubahan spontan dan terputus-putus.

Faktor terpenting adalah *entrepreneurship*, yaitu investor yang melakukan penanaman modal secara terus menerus.⁴²

Pendapat neo-klasik tentang penanaman modal dapat dikhtisarkan sebagai berikut:

1. Adanya penanaman modal merupakan faktor penting dalam pertumbuhan ekonomi di *host country*.
2. Pemupukan modal atau akumulasi modal asing merupakan faktor bagi peningkatan tabungan (*saving*) bagi negara dan masyarakat banyak.
3. Adanya pikiran yang optimis terhadap perkembangan ekonomi di *host country*.
4. *The Product Cycle Theory*

Teori lingkaran produksi mendasarkan alasan-alasannya pada teori ekonomi Neo-Klasik.⁴³ Teori ini mulanya dikembangkan oleh Raymond Vernon pada tahun 1996. Asumsi dasar dari teori ini adalah ekspansi perusahaan. Menurut Vernon, teori ini paling cocok diterapkan pada penanaman modal asing secara langsung di bidang *manufacturing*.⁴⁴ Inti pemikirannya adalah setiap teknologi berevolusi melalui tiga tahap, yaitu:

1. Tahap permulaan atau inovasi.
2. Tahap perkembangan proses.
3. Tahap pematangan atau tahap standarisasi.

Pada tahap permulaan atau inovasi, para pemilik modal cenderung beroperasi di negara maju (*developed countries*), yang ditopang kemajuan ekonomi seperti, negara-negara yang terdapat di Eropa dan Amerika Utara, Australia dan New Zealand, serta Jepang dan Korea Selatan pada akhir abad ke-20. Da-

⁴² Suryana, 2002. *Ekonomi Pembangunan: Problematik dan Pendekatan*, Suku-ba Lima, Jakarta, 2002, hal. 55-57

⁴³ Lihat Lincoln Arsyad, *Op. Cit.*, hal. 148-149.

⁴⁴ Lihat Erman Rajagaleguk, et.al. *Op. Cit.*, hal. 3.

lain konteks ini, perusahaan-perusahaan besar di Amerika Serikat telah mengalami transformasi dari perusahaan multinasional (MNC) menjadi perusahaan transnasional (TNCs). Perusahaan induk (*parent company*) biasanya merancang dan memproduksi untuk pasar domestik di negara asal. Sementara itu, anak-anak perusahaannya di luar negeri tidak merancang sama sekali. Perusahaan-perusahaan yang bergerak di bidang *manufacturing* melakukan riset, terutama karena kemajuan teknologinya untuk melakukan inovasi. Asumsi lain yang mendasarinya adalah bahwa pengembangan produk-produk baru dan proses-proses industri adalah adanya permintaan pasar dan proses-proses industri. Oleh karena itu, mereka memproduksi barang-barang di mana memungkinkan untuk berproduksi.

Selanjutnya, pada tahap perkembangan proses, dominasi teknologi menyebabkan persaingan penyebaran teknologi ke negara-negara pesaing lainnya yang potensial di luar negeri. Dalam konteks ini, memaksa diadakannya usaha produksi barang-barang dan serta komponen-komponennya yang sama di luar negeri. Dengan kata lain apa yang diharuskan dalam tahap proses ini harus dipandu oleh proses *manufacturing* yang terus berkembang serta tempat berproduksi, dan apa yang akan diproduksi.

Akhirnya, pada tahap pematangan atau standarisasi merupakan faktor penting yang mendorong investor/perusahaan asing mengalihkan lokasi-lokasi produksi mereka ke negara-negara sedang berkembang, terutama negara-negara industri baru (*Newly Industrializing Countries*), yang mempunyai keunggulan komparatif berupa tingkat upah yang rendah, stabilitas nasional yang baik.

Teori lingkaran produksi tersebut telah memberikan argumen untuk menjawab pertanyaan, mengapa negara maju mau

menanamkan modalnya di negara berkembang. Ada berbagai argumen untuk menjawab pertanyaan ini.

- a. Hasrat untuk mengejar keuntungan maksimal (*the pursuit of maximization/global profits*).
- b. Keinginan mencari dan memperoleh suplai bahan baku (*rare material seekers*).
- c. Melayani pasar secara langsung (*market seekers*).
- d. Meniminimalkan biaya (*cost minimizer*), sehingga mereka melakukan investasi di luar negeri agar tetap kompetitif baik di negara asal maupun luar negeri.
- e. Meminimalkan risiko (*risk minimizer*), agar dapat beroperasi dalam lingkungan asing yang diliputi ketidakpastian (Lihat Litanro, 1998).⁴⁵

2. *The Industrial Organization Theory of Vertical Integration*

Selain teori lingkaran produksi seperti diuraikan singkat di atas, teori ekonomi yang juga sering diadopsi ke dalam sektor penanaman modal adalah *Industrial Organization Theory of Vertical Integration* dengan konsepnya yang terkenal "*New Multinationalism*". Teori ini diterapkan pada penanaman modal yang terintegrasi secara vertikal, yakni produksi barang-barang di beberapa pabrik yang menjadi keluaran bagi pabrik-pabrik lain dari suatu perusahaan.⁴⁶ Teori ini mulanya dikembangkan di sektor bisnis untuk menjelaskan kemungkinan biaya transaksi, termasuk biaya eksternalitas (*externalities*), yaitu tambahan biaya produksi di mana berbagai biaya yang timbul karena kegiatan ekspor barang-barang dari pabrik-pabrik dalam negeri.

Asumsi dasar teori ini adalah biaya (*cost*) untuk melakukan bisnis dari luar negeri melalui penanaman modal asing harus mencakup biaya yang harus dipikul oleh perusahaan lebih

⁴⁵ Lihat Litanro, *Analysis Lingkungan Bisnis*, Program magister Manajemen, Universitas Hasanudin, Makassar, 1998, hal. 253.

⁴⁶ Erman Rastjagokuk, et al., 1995, *Op Cit*, hal. 5.

banyak daripada biaya untuk ekspor barang dari pabrik-pabrik dalam negeri untuk menunjang bisnis mereka. Menurut teori ini, suatu perusahaan harus memiliki beberapa keunggulan kompensasi (*compensating advantages*) atau keunggulan yang spesifik bagi perusahaan, seperti keahlian manajemen, pasar dan teknologi.¹⁷

Menurut teori ini, penyelenggaraan penanaman modal dilakukan dengan cara integrasi secara vertikal, yaitu dengan menempatkan beberapa tahapan produksi di berbagai lokasi yang berbeda-beda di seluruh dunia. Tujuan utamanya adalah untuk mendapatkan keuntungan maksimal, berupa ongkos produksi yang rendah, biaya administrasi yang rendah, tarif pajak dan biaya yang berhubungan dengan proses hukum.

Penerapan teori-teori perdagangan terhadap penanam modal asing seperti diuraikan di atas, memunculkan sejumlah permasalahan. *Pertama*, menyimak fakta bahwa aliran modal asing, teknologi dan keterampilan negara maju bukan hanya faktor-faktor yang terkait dengan aturan-aturan hukum yang kondusif, birokrasi yang efisien, tata kelola pemerintahan yang baik, tetapi juga sangat tergantung iklim penanaman modal yang baik bagi penanam modal maupun masyarakat. Prospek akumulasi modal asing bagi *host country* sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor tersebut.

Kedua, perspektif Neo-Klasik, Lingkaran Produksi serta Organisasi Industri Integrasi vertikal tentang adanya penanaman modal asing kurang meyakinkan. Misalnya, relokasi perusahaan-

¹⁷ *Ibid.* Berdasarkan teori perdagangan yaitu bagaimana memaksimalkan keuntungan atau gain dari proses pelaksanaan penanaman modal, hal itu harus mempertimbangkan semua biaya yang dikurangkan selama proses produksi berjalan termasuk juga menghitung upah buruh. Dengan demikian jelas bahwa pemerintah tidak boleh memberlakukan ketentuan-ketentuan hukum yang menghambat dan harus menghitung biaya yang timbul akibat peraturan dan perizinan yang berbelit-belit. *Ibid.* antara lain Victor Pardo, *Op. Cit.* hal. 269.

-perusahaan asing maupun pergeseran perusahaan-perusahaan lokal justru mengurangi lapangan kerja, bukan mempercepat *full employment* di *host country*.

Ketiga, manfaat ekonomi lain, yang diharapkan dari penanaman modal asing adalah proses alih teknologi, keterampilan dan *know-how*. Faktanya, proses alih teknologi sangat ditentukan oleh: (a) kapasitas negara *host country* dalam menyerap informasi atau teknologi baru sangat ditentukan oleh kemampuan sumber daya manusia yang dimilikinya, (b) kemauan perusahaan-perusahaan asing/MNC untuk mengakomodasi keinginan-keinginan *host country* tentang alih teknologi, dan (c) kebijakan *host country* terhadap alih teknologi.⁴⁸

Dalam konteks ini, Radjagukguk, dkk. berpendapat bahwa faktor yang menentukan tingkat aliran modal, teknologi dan keahlian negara maju, yaitu:

1. Iklim penanaman modal.
2. Tingkat perkembangan ekonomi di *host country*.
3. Stabilitas politik dalam negeri yang kondusif.
4. Tersedianya infrastruktur yang diperlukan oleh investor.
5. Aliran modal cenderung mengalir kepada negara dengan tingkat pendapat nasional per kapita yang tinggi.⁴⁹

Edward K.Y. Chen, seperti dikutip oleh Radjagukguk, dkk. juga mencatat 17 (tujuh belas) faktor yang mendorong investor asing mau menanamkan modalnya, yakni:

1. *lower cost and rent*.
2. *lower labour cost*.
3. *diversification of risk*.
4. *to make fuller use of the technical and production know how developed or adopted by investee*.

⁴⁸ Lincoln Arsyad. *Op. Cit.* Hal. 130-132.

⁴⁹ Ernan Radjagukguk, et al. *Loc. Cit.* hal. 6-7.

5. to avoid or reduce the pressure of competition from other corporation in investee countries.
6. to make use of outdated machinery used in the investee corporation.
7. higher rates of profits.
8. lower capital cost.
9. available of higher level of technology.
10. depending the existing market by directly invation there.
11. to build up a vertically integrated structure.
12. the-circumvent tariffs and quotas imposed by develop countries.
13. establishing a subsidiary overseas is similar to investing in financial market overseas.
14. availability of technical and skilled labor forces.
15. availability of management manpower.
16. to open up new markets by directly investing there.
17. availability of raw materials and/or intermediate products.⁴⁰

3. Dependency Theory

Teori ketergantungan (*dependencia*) dimunculkan sebagai reaksi terhadap dampak penanaman modal asing bagi *host country* itu negatif. Berbeda dengan penganut ekonomi neo-klasik, penanaman modal yang dilakukan oleh pemodal asing, yang bernapaskan *laissez faire* dan *free trade* menyebabkan keterbelakangan (*under development*), dan sifatnya sangat merugikan proses pembangunan di negara-negara sedang berkembang.

Sherif H. Seid berpendapat, bahwa pada dasarnya teori ketergantungan berkaitan erat dengan masalah *development* dan *under development*.⁴¹ Dalam hubungan ini Lincoln Arsyad, menulis: keterbelakangan (*under development*) negara-negara Amerika Latin terjadi pada saat masyarakat prakapitalis tersebut

⁴⁰ *Ibid* hal. 7-8

⁴¹ Lihat Mohammad Zaidan, *Op. Cit* hal. 63.

tergabung (*incorporated*) ke dalam sistem ekonomi dunia kapitalis. Dengan demikian, masyarakat tersebut kehidupan otonominya dan menjadi daerah "pinggiran" dari daerah-daerah metropolitan yang kapitalis.⁵²

Teori ketergantungan yang relatif masih mudah ini, pertama kali dikembangkan di Amerika Latin pada tahun 1960-an. Dengan demikian, teori ini yang berkembang, mula-mula di Amerika Latin. Dari segi asal usul perusahaan transnasional yang berkembang di dunia menarik untuk disimak karena teori ketergantungan memiliki beberapa karakter. Salah satunya adalah karakter imperialismenya Lenin, yang mengatakan bahwa perkembangan sistem kapitalisme (baca ekspansi ekonomi investor asing/MNCs ke luar negeri) dalam bentuk imperialisme dan akan menuju kepada imperialisme. Karakteristik ini sama dengan tradisi Jepang yang tidak peduli tentang aturan-aturan hukum yang penting perusahaan mereka mendapatkan gain. Tradisi Jepang seperti ini menghasilkan perusahaan-perusahaan raksasa dengan ciri *glabal structure* tanpa membedakan asal negara dan terdapat pengawasan terpusat dan kuat.

Asumsi dasar dari teori ini adalah dampak pada pengurusan kekayaan *host country*. Kehadiran penanaman modal asing berdampak tidak hanya pada pengurusan kekayaan negara tersebut, tetapi juga sistem perekonomiannya, yaitu suatu sistem ekonomi yang mandiri menjadi sistem ekonomi yang tergantung pada kekuatan modal asing atau kekuatan ekonomi negara maju.

Dengan adanya ekspansi modal dan/atau perusahaan-perusahaan para investor asing tersebut, jelas sangat berpengaruh terhadap sistem ekonomi *host country*. Meski membawa arus modal yang sangat besar, tetapi penanaman modal asing tidak serta merta mengatasi Problema pembangunan. Penganjur

⁵² Lihat Lincoln Arsyad, *Op. Cit.*, hal. 88.

teori ini berpendapat, bahwa aktivitas penanaman modal asing di negara-negara berkembang tidak terlepas dari motif penguasaan atas sumber kekayaan alam. Dalam perkembangan selanjutnya kegiatan penanaman modal asing ini semakin mearjurus ke arah eksploitasi alam yang berpotensi menghancurkan daya dukung lingkungan dan peminggiran pengusaha lokal serta masyarakat. Oleh karena itu, para penganut teori ini menganjurkan untuk menghindari dominasi modal asing sehingga *host country* dapat melepaskan diri dari ketergantungan ekonomi modal asing.

4. *The Middle Path Theory*

Middle Path theory – sebagai salah satu teori ekonomi yang paling penting dan banyak diterapkan pada upaya negara-negara berkembang untuk mengendalikan dampak penanaman modal asing dalam proses pembangunan ekonominya. Teori ini yang diperkenalkan oleh M. Sornarajah, yang dikenal dengan teori “jalan tengah”. Asumsi dasar dari teori ini adalah dampak positif dan dampak negatif aktivitas penanaman modal asing terhadap *host country*.

Menurut Sornarajah teori ini merupakan pendekatan yang berupaya mendamaikan adanya polarisasi dari dua teori yang saling bersilangan, yaitu teori klasik yang berpendapat bahwa semua penanaman modal asing adalah baik sifatnya, dan teori kedua yaitu teori ketergantungan, yang beranggapan bahwa semua penanaman modal asing sifatnya adalah membahayakan.”

Tidak dapat dipungkiri bahwa dampak positif dari aktivitas penanaman modal asing bagi *host country* sebagaimana diyakini oleh pengajar teori ekonomi neo-klasik yang pro modal asing tidak dapat pungkiri, demikian pula sebaliknya, penganjur teori dependensia yang anti modal asing beranggapan bahwa adanya penanaman modal asing sangat merugikan proses pem-

” M. Sornarajah, *Op. Cit.* hal. 45.

bangunan *host country*. Dua-duanya mempunyai argumen yang sama kuatnya. Namun demikian, yang paling dicieamkan adalah dampak negatif dari aktivitas penanaman modal asing walaupun mereka membawa modal masuk ke *host country* yang sangat besar, tetapi tidak dikhawatirkan ketergantungan ekonomi *host country* atas dominasi kekuatan modal asing itu.

Jalan tengah yang dianjurkan oleh Sornarajah, untuk mendamaikan adanya persilangan dari dua teori tersebut di atas, Huala Adolf mendeskripsikan pendapat Sornarajah itu bahwa dewasa ini umumnya negara-negara berkembang berpendapat bahwa aktivitas atau ruang lingkup usaha perusahaan-perusahaan besar ini perlu dibatasi. Mereka tidak boleh dengan bebas menanamkan modalnya di segala sektor. Negara-negara ini memandang bahwa penanaman modal asing harus diawasi guna mencegah timbulnya aspek-aspek negatif tersebut.⁵⁴

Beranjak dari pendapat di atas, tampak jelas Sornarajah menganjurkan kepada pengambil kebijakan di *host country* ini mampu mengelola dan menjinakkan para penanam modal asing tersebut, sehingga tidak merugikan perekonomian nasionalnya. Dengan kata lain, apa yang harus dilakukan oleh negara-negara berkembang adalah mengatur dan mengawasi aktivitas penanaman modal asing sedemikian rupa sehingga aliran modal asing dapat menjadi jalan yang ampuh untuk mengatasi problema pembangunannya. Dari pandangan teori jalan tengah yang disingkat di atas, polarisasi teori ekonomi klasik dan teori ketergantungan dapat dipahami sebagai fungsi pertumbuhan ekonomi di mana aliran modal asing dapat dipercaya sebagai jalan menuju proses akumulasi modal, dan akan meningkatkan kekayaan *host country*.

⁵⁴ Lihat Huala Adolf, *Parjanya Penanaman Modal dalam Hukum Perdagangan Internasional (WTO)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hal. 8.

5 Teori New Institutional Economics

Beberapa ekonomi kelembagaan generasi baru (*new institutional economics*) juga telah melakukan kajian terhadap hubungan antara globalisasi ekonomi dengan pertumbuhan ekonomi di *host country*, terutama di negara-negara berkembang. Misalnya, Douglas C. North menemukan bahwa ekonomi kelembagaan baru terdapat tiga komponen lembaga, yakni, *informal constraint*, *formal rules*, dan *enforcement of both*.⁵⁵ Menurut North, bahwa kelembagaan dapat diartikan sebagai suatu pranata dan/atau aturan-aturan hukum yang menciptakan sinergi ekonomi dalam membentuk ekspektasi masing-masing pelaku ekonomi, yang mungkin dicapai dengan saling bekerja sama.⁵⁶

Teori ekonomi kelembagaan baru termasuk teori yang lahir karena melihat bahaya besar dari pemusatan kekuatan ekonomi sejumlah korporasi yang menguasai modal, teknologi, manajemen dan pasar. Di samping itu, pasar dan mekanisme pasar tidak selalu mampu mengendalikan akses-akses ekonomi pasar ke arah keseimbangan yang saling menguntungkan antara para pelaku ekonomi. Achmad Erani Yustika meyakini bahwa ekonomi kelembagaan tidak berorientasi untuk membangun manusia ekonomi (*economic man*), tetapi mengenai apa yang manusia lakukan dan pikirkan⁵⁷ Sejalan dengan North, menurut Rachbini kunci adanya ekonomi kelembagaan baru adalah aturan formal dan informal yang bermanfaat di dalam sistem ekonomi dan kegiatan ekonomi, terutama untuk pengembangan kesejahteraan masyarakat, pertumbuhan ekonomi dan kemajuan secara keseluruhan.⁵⁸ Oleh karena itu, kalau kelembagaannya buruk, maka

⁵⁵ Douglas C. North, *Structure and Change in Change in Economic History*, W.W. Norton & Co. New York, 1981, hal. 39-41

⁵⁶ Lihat Cornelis Rintul dan Mar, *Kelembagaan dan Ekonomi Rakyat*, BPEF, Yogyakarta, 2005, hal. 68-69

⁵⁷ Lihat Achmad Erani Yustika, *Ekonomi Kelembagaan, Definisi, Teori dan Strategi*, Bayumedia Publishing, Malang, 2006, hal. 47

⁵⁸ Ditik. I. Rachbini, *Ekonomi Politik dan Teori Pilihan Publik*, Ghalia Indonesia, 2006,

sistem ekonominya tidak akan berkembang baik.

Di Indonesia, teori ekonomi kelembagaan baru memiliki kedekatan dengan konsep pembangunan berkelanjutan (*sustainable development*) dan tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*). Selayaknya juga dipahami bahwa keberadaan teori ekonomi kelembagaan baru menjadi semakin penting dalam pengambilan kebijakan ekonomi negara penerima modal, setidaknya-tidaknya karena tiga alasan yaitu. *Pertama*, teori ini berangkat dari luar kerangka neoklasik tetapi menyediakan solusi yang masif menjadi teka-teki dalam pendekatan teori ekonomi neoklasik. *Kedua*, pada dekade tahun 1990-an banyak kebijakan ekonomi yang dijalankan di negara-negara berkembang tidak berhasil akibat kegagalan pasar, sehingga di sini perlu masuk peran negara untuk mendesain kelembagaan. *Ketiga*, teori ini berpotensi besar dapat menghubungkan dengan banyak faktor lain dalam teori-teori kontemporer.⁹⁹

Dengan demikian jelas bahwa pendekatan teori kelembagaan ekonomi baru dapat dimodifikasi pemerintah Indonesia, agar kebijakan dasar maupun kebijakan pembertakuan terhadap penanaman modal asing tidak menimbulkan antara lain ketergantungan ekonomi nasional dari modal asing. Sebab kontribusi teori ekonomi kelembagaan baru ini menurut penulis dapat mendukung pertimbangan keterkaitan dan kesalingtergantungan pembangunan ekonomi, pembangunan sosial dan pembangunan lingkungan. Dengan kata lain, teori ekonomi kelembagaan baru mendukung tiga pilar pembangunan berkelanjutan di Indonesia, yakni (a) pengentasan kemiskinan, (b) perlindungan dan pengelolaan sumber kekayaan alam sebagai basis pembangunan ekonomi dan sosial, dan (c) pejabat/birokrasi yang bersih. Bagi Indonesia, pengembangan kerangka hukum di bidang ekono-

hal. 215.

⁹⁹ Lihat Achmad Fauzi Yustika, *Op. Cit.*, hal. 39.

mi, terutama hukum penanaman modal yang mendukung pembangunan berkelanjutan, penempatan modal ini juga membuka arah pemahaman ekonomi kelembagaan baru yang lebih holistik.

Cornelius Rintuh dan Miar mengemukakan tiga aspek penting dari pranata ekonomi kelembagaan baru sebagai berikut, *Pertama*, dalam kenyataan, makin banyak keputusan-keputusan ekonomi terjadi di luar pasar, misalnya pertimbangan-pertimbangan sosial, seperti pendidikan, ketenagakerjaan dan kesehatan. *Kedua*, dituntut peran negara dalam lapangan perekonomian rakyatnya untuk mengatur agar swasta yang oligopolistik tidak terlalu kuat dan dapat menghancurkan yang lemah, dan *Ketiga*, menciptakan iklim usaha yang mendorong kerja sama di antara para pelaku usaha ekonomi lemah, seperti sektor informal dan pengusaha kecil dan menengah untuk membentuk koperasi, dan menjaga keseimbangan antara swasta oligopolistik dengan swasta kompetitif agar tercipta efisiensi ekonomi.⁶⁰

4. Peranan Hukum dalam Kegiatan Penanaman Modal

Hukum nasional negara penerima modal (*the law of the host state*) dalam kegiatan ekonomi berperan sangat penting untuk mengawasi masuknya modal asing melalui MNC's misalnya, ke dalam wilayah negaranya. Tujuannya adalah untuk mengantisipasi dampak negatif arus modal asing yang akan muncul. Dalam konteks ini, Somarajah telah menjelaskan hal ini sebagai berikut bahwa *The right of a state to control entry of foreign investment is unlimited, as it is a right that flows from sovereignty. Entry of any foreign investment can be excluded by a state. Once an alien enters a state, both he and his property are subject to*

⁶⁰ Cornelis Rintuh dan Miar *Op. Cit.*, hal. 66-69.

*the law of the host state. This result flows from the fact that the foreign investor had voluntarily subjected himself to the regime of the host state by making entry into it. The absoluteness of the right to exclude the alien prior to entry becomes somewhat modified after entry as the alien then comes to enjoy a status, which is protected by international law.*⁶¹

Menyadari fungsi dan peran utama hukum di bidang penanaman modal, tentunya pranata hukum di *host country* juga harus memberi jaminan dan insentif bagi investor asing. Pemberian jaminan penanaman modal tersebut, tentu saja pemerintah harus bijak mengutamakan manfaat penanaman modal asing bagi rakyat di negara penerima modal, dan tidak menimbulkan ketergantungan ekonomi nasional dari kekuatan modal asing. Dalam perspektif ini diperlukan sosialisasi, edukasi dan advokasi secara intensif kepada para pelaku usaha penanaman modal baik di komunitas penanam modal asing maupun penanam modal dalam negeri serta pejabat publik dan juga masyarakat. Banyak masalah baik di sisi penegakan hukum maupun dalam penyelenggaraan penanaman modal yang sangat dinamis melahirkan banyak bentuk penyimpangan dan persekongkolan.

Menarik juga dikaji perbedaan pendapat Cheryl W. Gray dan Leonard J. Theberge mengenai peranan hukum dalam kegiatan ekonomi. Gray memusatkan perhatiannya pada sistem hukum yang *economic oriented*. Dalam penjelasan Gray bahwa untuk mengoptimalkan peranan hukum dalam pembangunan di negara sedang berkembang adalah melakukan reformasi hukum. Aturan-aturan hukum yang harus dibangun adalah mendesain hukum yang bersifat pro pasar dengan cara transplantasi hukum (*legal transplant*) seperti yang dilakukan negara-negara maju. Sedangkan Theberge lebih berkonsentrasi kepada hukum ber-

⁶¹ M. Sornarajah, *Op Cit* hal. 83

konsentrasi pada budaya hukum negara penerima modal. Theberge mengatakan bahwa antara masyarakat kapitalis Eropa Barat dengan masyarakat negara berkembang terdapat perbedaan kultur yang sama sekali jauh berbeda, sehingga pada akhirnya "hukum di atas kertas" tidak sama dengan kenyataan yang terjadi. Hal ini disebabkan karena adanya transplantasi hukum yang tidak memperhatikan kultur masyarakat setempat. Theberge mengatakan, untuk membangun hukum di suatu negara berkembang, sebaiknya hukum lokal (hukum setempat) dipertahankan untuk kemudian dikembangkan sesuai dengan kebutuhannya.⁶²

Pada prinsipnya terdapat empat bidang utama dari hukum *host country* yang mengatur penanaman modal ini, yakni:

1. Hukum *host country* yang mengatur manfaat modal asing bagi kesejahteraan rakyat.
2. Hukum *host country* yang mengatur secara bijaksana penanaman modal dalam mengatasi kesulitan ekonomi nasional. Aturan ini timbul sebagai langkah preventif untuk mencegah aktivitas modal asing, yang menimbulkan ketergantungan ekonomi dari modal asing.
3. Hukum *host country* yang mengatur pemberian insentif-mengjamin iklim penanaman modal yang lebih baik bagi penanaman modal asing dan MNCs-nya serta masyarakat.
4. Hukum *host country* yang mengatur jaminan perlindungan hukum bagi penanaman modal.

Keempat bidang pengaturan hukum penanaman modal ini perlu didesain melalui pembaruan landasan hukum penanaman modal sebagai upaya jalan tengah terhadap kekhawatiran

Ulah: Novi Susyanti, *Op. Cit.* 20-21. Charles Himawan juga mengatakan pramata hukum dapat dipergunakan untuk meningkatkan kualitas hidup rakyat dan sekaligus juga dapat dipergunakan untuk memberikan tumbuk-tumbuk atas gejala yang mungkin timbul sebagai akibat kemajuan ekonomi yang dicapai. Lihat Charles Himawan, Menerapkan Tujuan Kedua Untuk Mengikis Kemiskinan Peran Hukum Dalam Pembangunan Ekonomi, *Hukum dan Pembangunan* No. 5 Tahun XXV, Oktober 1993, hal. 403.

host country dari dominasi modal asing. Selain itu, pengaturan tersebut juga menjadi sarana untuk menarik pemodal asing menanamkan modal di *host country* dengan menghapuskan kekawatiran mereka terhadap kebijakan-kebijakan penanaman modal asing di negara-negara berkembang.

Namun demikian, kebanyakan penanam modal asing tidak puas dan meragukan sistem hukum penanaman modal di negara-negara berkembang untuk melindungi hak milik dan kepentingan mereka. Dalam konteks ini, Huala Adolf kembali menulis empat bidang utama hukum internasional yang mengatur penanaman modal, yaitu: *Pertama*, hukum internasional yang mengatur perlindungan terhadap investor dan harta miliknya. *Kedua*, hukum internasional yang mengatur hubungan atau transaksi bilateral antara dua negara yang disebut juga sebagai BIT atau *Bilateral Investment Treaty*. Perjanjian seperti ini banyak dibuat di negara maju maupun berkembang. *Ketiga*, hukum internasional yang mengatur upaya-upaya penanaman modal di suatu wilayah (*region*) tertentu. Upaya-upaya ini timbul sebagai reaksi ketidakpuasan terhadap hukum internasional yang melindungi investor dan harta miliknya. Termasuk dalam hal ini adalah prinsip pembayaran ganti rugi manakala terjadi nasionalisasi penanaman modal asing. *Keempat*, berkembang aturan-aturan hukum internasional baru yang mengatur upaya-upaya penanaman modal yang terkait dengan perdagangan internasional (*The Trade-Related Investment Measures* atau TRIMs dalam kerangka perdagangan dunia/WTO (*World Trade Organization*))⁶³

Masalahnya hukum nasional maupun internasional yang mengatur mengenai penanaman modal itu kompleks. Hal inilah yang menyebabkan sulitnya usaha untuk mengatur seluruh aspek hukum penanaman modal. Namun, masuknya investor asing dan

⁶³ Lihat Huala Adolf, *Op. Cit.*, hal. 3-4.

MNC's dalam perekonomian negara lain terdapat kondisi saling bersaing terhadap kepentingan *host country* dan *foreign country*, maka sesungguhnya, baik pemodal asing/MNCs maupun *host country* mempunyai kewajiban yang sama untuk mengatur penanaman modal asing. Dalam rangka melindungi kepentingan nasional serta tidak menciptakan ketergantungan atas dominasi modal asing, maka *host country* menetapkan regim hukum yang berdasarkan pada prinsip untuk mendasarkan kepada kemampuan serta kesanggupan sendiri, dan demikian sebaliknya para penanam modal asing lebih mengutamakan kepastian hukum dan keamanan yang dapat menjamin atau melindungi hak milik dan kegiatan usahanya di mana modal itu ditanamkan.⁶⁴

Hukum yang baik serta dilaksanakan sebagaimana mestinya akan menjadi generator untuk mendorong akumulasi modal untuk menarik investor asing melakukan penanaman modal secara terus menerus. Pembangunan ekonomi dengan cara pemupukan modal, terutama modal asing yang terus menerus tidak mungkin dicapai kalau terdapat kebiasaan buruk melaksanakan hukum. Franz Magnis-Suseno mengingatkan kita bahwa ciri khas hukum yang baik adalah kepastiannya. Tanpa kepastian pelaksanaannya tidak ada hukum. Hukum adalah tata tertib normatif yang dijamin dengan pasti. Kepastian hukum hanya terjamin kalau aturan yang dipergunakan adalah aturan hukum positif. Aturan hukum positif yang dikenal dengan positivisme hukum berakar pada peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku saat ini.⁶⁵

Apabila hukum substantifnya tidak jelas atau tidak mengandung kepastian hukum, penanam modal enggan untuk menanam modal. Hanya penanam modal atau perusahaan spekulasi

⁶⁴ Ismail Suny dan Rudioko Rochmat, *Op. Cit.*, hal. 14.

⁶⁵ Franz Magnis-Suseno, *Franz, Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, P1, Grahaedea, Jakarta, 1987, hal. 106.

saja yang berani mengambil risiko untuk menanam modal di negara yang buruk sistem hukumnya. Bagi penanam modal atau perusahaan seperti ini, mengikuti saja bekerjanya hukum dan proses jalannya hukum. Apakah hukum itu mengandung kepastian hukum atau menuju ketidakpastian hukum (*legal enforceability*) hukanlah masalah. Yang penting bagi mereka adalah, modal yang diinvestasikan itu akan memberi keuntungan baginya maupun bagi negara penerima modal. Karakteristik penanam modal seperti dikemukakan di atas, ditunjukkan oleh karakteristik penanam modal spekulatif/avonturir yang berani menanamkan uangnya karena ia akan memperhitungkan risiko dalam pengambilan keputusannya dengan memasang premi risiko dalam bentuk imbalan yang lebih tinggi. Maksudnya, mereka mau menanamkan modalnya kalau imbalannya lebih tinggi daripada di negara atau daerah lain yang hukum lebih pasti. Berbeda dengan penanam modal yang enggan menaruh modalnya di negara yang hukumnya menghambat dan tidak memadai. Investor semacam ini, biasanya hendak memaksakan hukumnya sendiri yang menguntungkan mereka, karena sudah terbiasa hidup di bawah kebudayaan hukum yang berdasarkan *precedents* yang dianggap lebih responsif terhadap perkembangan masyarakat.

Dalam hubungan ini Sornarajah mengatakan *the power of multinational corporation to ensure that their home states maintain stance favourable to the protection of their global investments is very clear. they are also helped by their home states through international agencies which they control to ensure that states which are hostile to multinational corporations are denied privileges conferred by the agencies. Multinational corporation wield significant power to shape the law on foreign investment to their advantage.*¹⁶ Namun demikian, mereka masih menerima kebudayaan hukum yang berlainan apabila secara hukum di

¹⁶ M. Sornarajah, *Op. Cit.* hal. 51-52.

negara penerima modal masih terdapat antisipasi hukum yang memadai, tetapi sangat bergantung pada posisi tawar menawar antara investor asing dengan negara penerima modal. Ini dapat diperlihatkan misalnya, kerja sama modal melalui *jointventure*.⁶¹

Salah satu cara untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, adalah memperbaiki kualitas hukum dan kualitas pelaksanaan hukum, sistem badan peradilan juga harus diperbaiki. Harus dikatakan bahwa kualitas hukum, termasuk pelaksanaan hukum kita menjadi sumber utama yang menyebabkan orang tidak mau menanam modalnya di Indonesia. Kualitas hukum di sini mempunyai arti khusus, yaitu menyangkut kepastian hukum terhadap perlindungan hukum atas hak milik atas uang atau modal dan aset yang dibeli dengan uang tersebut. Hukum yang tidak jelas dan atau tidak terlaksananya hukum menjadi sumber utama ekonomi biaya tinggi. Bagaimanapun juga para penanam modal atau perusahaan selalu mendambakan adanya kepastian hukum dalam kepastian berusaha sebagaimana dikemukakan juga oleh Perry sebagai berikut *in the context of uncertainty risk cannot be quantified. It is therefore presence or lack of credible information which distinguishes risk, which is not a problem, from uncertainty, which is a problem. In theory, a firm will invest in a high degree of certainty (such that the risk surrounding an investment can be quantified and costed) but the higher the uncertainty, the less likely it is that any investment will be made.*⁶²

Penanaman modal sebagai suatu kegiatan ekonomi dan bisnis selalu terkait dengan hukum. Hukum, yang dikenal juga

⁶¹ Charles Himmawan, *Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum sebagai Sarana Pengendalian Hubungan Hukum*, Jakarta, 1992.

⁶² Lihat Ernan Rajaguru, *Hukum Ekonomi Indonesia: Menjaga Persatuan Bangsa Memulihkan Ekonomi, dan Mempertuas Kesejahteraan Sosial*, *Jurnal Hukum Bisnis*, No. 5 Tahun 2003, Jakarta, hal. 23.

sebagai instrumen kebijakan bertujuan untuk *Pertama*, menyusun kerangka kerja dalam mana bisnis beroperasi. *Kedua*, melindungi para pelaku ekonomi, masyarakat konsumen dan perusahaan. *Ketiga*, melindungi pihak yang dirugikan dalam kontrak ekonomi, hak milik, pertanggung-jawaban produk, profesi dan lingkungan. *Keempat*, mewajibkan pelaku ekonomi dan perusahaan berjalan dalam jalur hukum, dan melindungi diri dari tindakan pelanggar hukum oleh pihak lain.

Berdasarkan pemikiran teori ekonomi bahwa kualitas hukum perlu ditingkatkan agar hukum itu melekat kepada sifat kepastiannya, keadilannya dan kemanfaatannya, maka hukum sebagai pranata sosial, ekonomi dan politik yang mengatur kegiatan penanaman modal haruslah terukur sehingga lebih menjamin keberlanjutan penanaman modal. Pada prinsipnya, bisnis penanaman modal selalu dimulai dengan hukum, yaitu dimulai dengan kontrak. Sebelum penanam modal melakukan kegiatan penanaman modal terlebih dahulu mempelajari kebijakan dan ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur masalah penanaman modal, misalnya, perpajakan, bidang-bidang usaha, ketenagakerjaan, lingkungan hidup dan lain-lain. Jika saja perlu pemikiran ekonomi terhadap hukum seperti dimaksud di atas, Norman S. Pakpahan apabila kebijakan atau aturan-aturan hukum baru diketahui atas suatu tindakan yang sudah berlangsung, maka keberadaan hukum itu dianggap tidak pernah ada. Pengenaan sanksi misalnya, jika tidak dikomunikasikan dengan jelas bukanlah suatu ancaman. Nilai suatu pendekatan ekonomi dari hukum akan mengkomunikasikan atau mensosialisasikan setiap informasi kepada para penanam modal dan masyarakat.⁶⁹ Tanpa kehadiran informasi biaya transaksi ekonomi akan tinggi. Efektivitas dan efisiensi analisis ekonomi dalam hukum sangat tergan-

⁶⁹ Lihat Norman S. Pakpahan, *Arti Penting Informasi Hukum Dalam Transaksi Bisnis, Hukum dan Pembangunan*, No. 4 Tahun XXV, Agustus, 1994, hal. 301-302.

tung pada dengan cara bagaimana hukum itu seharusnya berperan. Kepada siapa hukum itu mendelegasikan perannya dalam kegiatan nyata dari peri kehidupan ekonomi para warganya.

Mengenai hal yang terakhir ini ada baiknya dibahas pula hukum tata negara yang tak kalah pentingnya untuk membantu kita lebih memahami masalah peranan hukum dalam kegiatan ekonomi. Dilihat dari segi orientasi pembaruan hukum penanaman modal asing peranan hukum tata negara sangat diperlukan dalam kegiatan ekonomi. Diperlukan karena, dalam pembaruan hukum masalah yang dihadapi adalah siapa yang hendak dilindungi; dan siapa yang berkepentingan dari pembaruan hukum itu.

Selanjutnya, peranan hukum administrasi negara untuk melengkapi hukum tata negara sangat dibutuhkan untuk mengatur penanaman modal. Aspek hukum administrasi negara menurut penulis adalah aspek hukum yang paling dekat dengan hukum di bidang ekonomi seperti hukum penanaman modal asing. Dilihat dari sudut hukum administrasi negara, kegiatan penanaman modal dapat dilihat dari apa yang menjadi kebijakan hukum (*legal policy*) pemerintah dalam penyelenggaraan penanaman modal. Hukum penanaman modal tidak dapat mendorong penanaman modal di daerah-daerah kalau tidak jelas siapa yang hendak dilindungi, siapa-siapa yang terlibat atau berkepentingan.

Dalam perspektif hukum administrasi, sangat berpengaruh terhadap jalannya kegiatan penanaman modal di lapangan. Hukum administrasi adalah bagian dari peraturan perundang-undangan sangat erat hubungannya dengan kegiatan ekonomi dalam suatu negara maupun di daerah. Menteri, Gubernur, Bupati, Walikota, dan pejabat-pejabat pemerintah lainnya adalah orang yang berwenang membuat kaidah-kaidah di bidang hukum administrasi sangat luas. Hampir semua pejabat administrasi

baik di pusat maupun di daerah berwenang membuat keputusan atau kebijakan di bidang penanaman modal. Soal-soal seperti perizinan prosedur penanaman modal, dan perlindungan hak milik oleh negara, seperti hak paten, hak cipta, dan merek sangat penting untuk kelangsungan penanaman modal.

Fungsi normatif hukum administrasi negara diketahui ada dua macam, yaitu (a) keputusan tata usaha negara yang berentang umum, dan (b) keputusan tata usaha negara yang berentang khusus, personal, final dan memberikan akibat hukum yang bersifat langsung. Yang disebut terakhir inilah yang perlu dipertimbangkan agar negara tidak sewenang-wenang atau bertindak tidak *fair* dalam mengeluarkan suatu keputusan. Pengendalian kewenangan melalui berbagai izin misalnya, menjadi sangat penting dan menentukan karena pengaruhnya langsung kepada implementasi penanaman modal. *Policy* pemerintah sangat ditentukan oleh kebutuhan kepastian hukum, sehingga terlihat maju mundurnya kegiatan ekonomi sangat bergantung pada baik buruknya peranan hukum administrasi.³⁰

Faktor kedudukan pemerintah dalam pembangunan ekonomi memikul tanggung jawab besar dalam mewujudkan peran hukum dalam kegiatan penanaman modal. Dasar kenegaraan Indonesia berdasarkan Pasal 33 UUD 1945, membenarkan negara campur tangan dalam lapangan ekonomi, terutama melalui keputusan tata usaha negara. Dalam sistem ekonomi pasar (*market economy*) kegiatan ekonomi tidak sepenuhnya diserahkan kepada mekanisme pasar (*free trade*), melainkan juga diserahkan kepada pemerintah untuk mengatur dan mengawasi jalannya kegiatan ekonomi yang dilakukan oleh para warganya. Campur tangan negara dalam lapangan perekonomian terutama pengembangan Usaha Mikro, Kecil, menengah justru memainkan peran-

³⁰ Gunanto Hadis, *Op. Cit.* hal. 6.

an yang amat penting dalam mendorong pembangunan ekonomi negara dan warga negaranya. Dasar filsafat campur tangan negara dalam lapangan ekonomi warganegaraanya bahwa hukum tidak bisa menjalankan fungsi dan peranannya sendiri. Oleh karena itu, hukum sebagai tata tertib normatif harus dijamin dalam suatu struktur hukum itu sendiri, yakni melalui aparaturnegara, hakim, jaksa polisi dan lain-lain.

Peranan hukum yang tercermin dalam suatu undang-undang yang efektif di negara-negara sedang berkembang memiliki fungsi yang penting, dan baru dapat dikatakan berfungsi apabila mampu menunjukkan atau mendorong suatu perilaku yang dituju atau diaturnya. Hukum juga hanya dapat membawa perubahan apabila dapat mengubah perilaku lembaga-lembaga yang ada yang selama ini menghambat jalannya pembangunan, dan pejabatnya harus tunduk kepada peraturan perundang-undangan.⁷²

Menurut Charles Himawan, fungsi hukum baru ada apabila terbukti hukum memang berperan dalam proses penanaman modal. Apabila kita bisa membuktikan hukum memang berperan dalam proses pembangunan ekonomi, kita perlu meneropong pranata hukum dalam bentuk dinamikanya, yakni dalam bentuk operasinya atau dalam bentuk *law-in-action*, dan tidak hanya diteropong dalam bentuk statisnya atau dalam bentuk peraturannya atau *law-in-book*. Yang dimaksud dengan hukum menurut

⁷² Pasal 11 ayat (2) dan Pasal 16 ayat (1) & (1) Peraturan Modal mengatur bahwa pemerintah melakukan pembantuan dan pengembangan usaha mikro, kecil, menengah dan koperasi melalui program serempak, peningkatan daya saing, pemberian dorongan motivasi dan perluasan pasar, serta penyediaan informasi yang seluas-luasnya. Pasal 16 ayat (1) mengatiskan setiap penanaman modal bertanggungjawab menjamin tersedianya modal yang berasal dari sumber yang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam UU No. 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas juga sangat mendukung terselenggaranya *good corporate governance* di kalangan dunia usaha.

⁷³ Robert Siedman Ass dan Abeysekere, *Penyusunan Rancangan Undang-undang Untuk Perubahan Sosial yang Demokratis: Sebuah Panduan Untuk Pembuat Rancangan Undang-undang*, Boston, Massachusetts, Amerika Serikat, 2000, hal. 1-13.

Charles Himawan adalah hukum sebagai pranata yang mengatur (*regulatory body*), dan hukum sebagai pranata yang membangun (*development law*).⁷³

Dalam kaitan dengan upaya menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, baik penanaman modal asing maupun penanaman modal dalam negeri hanya dapat dicapai apabila kalau dilandasi oleh landasan hukum yang baik, birokrasi yang bersih, dan efisien, maka penanaman modal dapat memberikan sumbangan akumulasi dan akselerasi pertumbuhan ekonomi. Menurut Charles Himawan sekalipun antara hukum dan kegiatan ekonomi tidak ada hubungannya, hukum tetap diperlukan. Hal mana disebabkan karena para pelaku ekonomi (investor) dalam sistem ekonomi pasar harus mempertahankan sendiri hak miliknya tanpa bantuan pemerintah atau pihak lain, tetapi kalau pemerintah juga mengadakan intervensi terhadap perkembangan ekonomi pasar hukum juga diperlukan, terutama untuk menjaga agar intervensi pemerintah tidak merugikan pelaku ekonomi lainnya.⁷⁴

Dilihat dari segi *output* yang hendak dicapai oleh aturan hukum, dan dalam penerapannya mencerminkan keadilan dan kepastian hukum, adalah efisiensi dan produktivitas. Tidak ada kegiatan bisnis yang dapat dijalankan jika tidak ada pengaturan hukum yang bermutu. Bisnis dengan banyak cara terkait dengan hukum, bahkan herpasangan, mengingat pranata hukum dapat dipergunakan untuk menjamin pemenuhan kebutuhan masyarakat (*maximum of satisfaction of want*). Dalam kaitannya dengan harmonisasi hukum, Erman Rajagukguk menuliskan bahwa globalisasi hukum akan menyebabkan aturan-aturan hukum negara-negara berkembang mengenai investasi, perdagangan, jasa-jasa

⁷³ Charles Himawan, *Restrukturisasi Landasan Hukum untuk Menyongsong Era Tinggi Landas Ekonomi*, *Pidato Pengukuhan*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1993 hal. 6.

⁷⁴ *Ibid.* hal. 8.

dan bidang-bidang ekonomi lainnya mendekati negara-negara maju. Namun, tidak ada jaminan peraturan-peraturan tersebut memberikan hasil yang sama di semua tempat. Hal mana disebabkan perbedaan sistem politik, ekonomi dan budaya.⁷⁵ Oleh karenanya menurut pandangan penulis sejauh manakah liberalisasi, regionalisasi dan globalisasi mampu mendorong para investor mau menanamkan modal di Indonesia maupun di daerah. Serta bagaimana pula kaitannya dengan peranan hukum yang telah mengalami proses pembaruan. Apakah harmonisasi dan unifikasi hukum merupakan faktor-faktor penarik (*pull factors*) dari dalam negeri. Bagaimana menemukan orang-orang baik, dan forum yang akan menegakkan peraturan yang diperbarui itu guna menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif. Pranata hukum juga dapat dipergunakan untuk memberikan rambu-rambu atas perselisihan yang mungkin timbul sebagai akibat peningkatan dan perkembangan penanaman modal, tetapi ada balasnya juga. Artinya, hukum juga belum tentu dapat memberikan kepastian usaha, karena ada faktor lain yang turut berpengaruh seperti ketidaksesuaian antara aturan-aturan hukum dengan cara melaksanakannya. Kondisi hukum yang kondusif bagi penyelenggaraan penanaman modal Leonard J. Theberge mengemukakan sedikitnya memiliki 5 (lima) unsur sebagai berikut :

- (1) *Stability*, yaitu hukum harus dianggap sebagai sarana untuk menjaga keseimbangan kepentingan yang dikehendaki oleh negara penerima modal dengan investor atau perusahaan agar aktivitas penanaman modal tidak menjurus kepada praktik-praktik yang dapat menimbulkan ekonomi biaya tinggi. Misalnya, biaya-biaya resmi maupun tidak resmi, kerusuhan, pemogokan dan lain-lain seperti pungutan liar dan suap.
- (2) *Predictability*, hukum harus dilihat sebagai faktor yang penting untuk menjamin kepastian hukum kelangsungan pena-

⁷⁵ Lihat Erman Rajagukguk, Peranan Hukum dalam Pembangunan pada Era Globalisasi, dalam *Jurnal Hukum*, No. 11, Vol.6, UII-Yogyakarta, hal. 10.

namian modal di lapangan. Kata kunci dapat diprediksi adalah kekuatan, dan kelemahan aturan hukum yang akan atau mungkin dihadapi oleh subjek yang menggunakan hukum.

- (3) *Fairness*, merupakan hal yang diperfukan untuk memberi keadilan, menjaga kesamaan di mata hukum, dan mencegah setiap orang yang akan atau telah melanggar kontrak.
- (4) *Education*, sebagai sebuah mekanisme dan strategi pelembehan nilai-nilai dan perilaku masyarakat. Para penegak hukum, birokrasi, pemerintah dan politisi harus didorong untuk meningkatkan kemampuan, kreativitas, dan imajinasi hukum dalam menyelesaikan berbagai konflik yang dihadapinya.
- (5) *Ability of the lawyer*, yang dilihat sebagai faktor yang penting untuk penataan aparatur hukum melalui peningkatan kemampuan hukum, integritas dan moral para ahli hukum.²⁰

5. Teori Hukum yang Berkaitan dengan Penanaman Modal

Secara definitif, hukum dapat pula dimaknai sebagai suatu sistem. Sistem yang baik dan sistematis merupakan kebutuhan yang mendasar bagi suatu negara. Secara teoritis, hukum sebagai suatu sistem atau pranata hukum tidak berjalan dengan baik maka sistem hukum itu tidak dapat dijadikan fondasi atau pedoman dalam berperilaku. Begitu pun halnya dengan penyelenggaraan penanaman modal sebagai bagian dari kegiatan ekonomi, tanpa didasarkan oleh suatu sistem, tidak akan mungkin dapat berjalan sesuai harapan. Walaupun secara teoritis hukum dan ekonomi merupakan dua sistem yang tidak terkait, namun di dalam kenyataannya hukum dan ekonomi terkait sangat erat dan saling mempengaruhi juga saling mendukung. Hukum berperan untuk mengatur, menjamin, melindungi

²⁰ Lihat Leonard J. Theberge, Law and Economic Development, *Journal of International Law and Policy*, vol. 9, hal. 231-232. Lihat juga Leman Rajagukguk, 1999 *Op Cit* hal. 109

dan memperlancar transaksi ekonomi, hak milik dan distribusi pendapatan.

Tuntutan dari analisis prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal harus memperhatikan konsep-konsep hukum, yang meliputi antara lain, substansi, keabsahan, pembenaran dan hak. Sejumlah teori hukum telah berpengaruh besar pada pendekatan hukum terhadap proses kelangsungan hubungan manusia, termasuk hubungan ekonomi dalam suatu kegiatan ekonomi. Teori hukum berfungsi memadukan hubungan (*combined action*) antara aturan-aturan hukum, pembuat hukum, pelaksana hukum dan masyarakat. Hubungan ini sangat erat, dan selayaknya berjalan secara integral, simultan dan paralel.

a. Teori Positivisme Hukum

Teori positivisme hukum adalah aliran pemikiran yurisprudensi yang mengkaji konsep hukum secara eksklusif. Membahas hukum secara eksklusif berarti semua yang bersifat moral, politis, sosiologis dan psikologi harus dikeluarkan dari ilmu pengetahuan. Dengan kata lain, validasi hukum tidak ada hubungannya dengan hal-hal yang bersifat moral, politis maupun sosiologis. Asumsi dasar teori ini adalah hukum hanya akan berlaku sah (*validity*) jika berbentuk norma-norma yang dapat dipaksakan berlakunya dan ditetapkan oleh sebuah lembaga di dalam sebuah negara. Adapun maksud dari pendekatan ini adalah upaya pemurnian dari objek ilmu hukum.

Mengenai aspek kemurnian ini, Hikmahanto Juwana mendeskripsikan ini pemikiran Hans Kelsen dalam teorinya, yang dikenal dengan *pure theory of law* (teori hukum murni), mengemukakan dua aspek dari kemurnian, yaitu *the Purification of Subject Matter*, dan *the Purification of the Investigation*. Pada aspek pemurnian subjek materiil, hukum sebagai ilmu yang independen khususnya yang berkaitan dengan validitas hukum

dari hal-hal yang bersifat moral, politis, sosiologis dan psikologis. Sedangkan yang disebut terakhir, yaitu pemurnian teori dari penelitian, subjek penelitian ilmu hukum secara efektif merupakan observasi formal yang murni. Jadi, ilmu hukum adalah murni dalam arti bebas nilai.⁷⁷

Teori ini dirintis oleh John Austin, yang dikenal dengan ajaran hukum analitis (*analytical jurisprudence*).⁷⁸ Menurut Austin, yang menjadi pokok yurisprudensi adalah hukum positif, yaitu hukum sebagai hukum yang dibuat oleh penguasa untuk warga negara. Austin berpendapat, istilah hukum memiliki dua makna, yaitu hukum Ilahi atau hukum moral, dan hukum buatan manusia (hukum positif).

Feinberg (1975) mengutip pandangan Austin (dalam Sumaryono⁷⁹) menyatakan hukum kodrat atau Hukum Ilahi, demikian juga hukum moral, adalah hukum-hukum yang sebenarnya tidak layak untuk disebut hukum, sebab: a) kewajiban yang dibebankan oleh hukum-hukum tersebut tidak disertai sanksi yang positif, melainkan hanya sanksi yang memiliki karakteristik meragukan. b) hukum kodrat atau hukum Ilahi, serta hukum moral pada dasarnya tidak berbentuk imperatif dalam karakteristiknya, melainkan hanya menekankan konsep tentang hak, meskipun konsep tentang hak itu memiliki banyak arti dan membingungkan, serta c) jika hukum kodrat dipandang sebagai hukum kebiasaan, hal ini hanya didasarkan atas kesepakatan warga masyarakat yang kemufian dijadikan aturan kehendak, bukan ditetapkan negara.

Etik perhatian Austin pada ajaran hukum positif atau aturan-aturan yang sedang berlaku, atau yang sudah ada adalah

⁷⁷ Juwana Hikmahanto, *Bangsa Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*, Lentera Hati, Jakarta, 2002, hal. 80.

⁷⁸ Theo Huijbers, *Filsafat dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1982, hal. 137.

⁷⁹ Lihat Sumaryono, *Etika Hukum*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2002, hal. 190.

pembedaan antara hukum positif yang senyatanya (*das sein*) dan hukum yang bersifat seharusnya (*das sollen*). Hanya hukum yang terdiri dari tiga unsur, yaitu perintah, kewajiban dan sanksi adalah hukum yang benar.⁸⁰ Jadi, hukum yang benar adalah hukum sebagai perintah atau komando. Ide perintah mensyaratkan kekuasaan dan tujuan dari pihak yang memerintahkan, disertai dengan ancaman sanksi jika tidak ditaati. Hukum sebagai perintah ditetapkan oleh penguasa politik, baik sebagai individu maupun anggota masyarakat secara keseluruhan. Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham dalam Perusahaan yang Didirikan dalam rangka penanaman modal asing, merupakan hukum ciptaan negara, yang dibuat oleh pemerintah untuk mengembangkan iklim usaha yang semakin mantap, lebih menjamin kelangsungan akumulasi modal di Indonesia. Dengan demikian, Peraturan Pemerintah tersebut dianggap sebagai hukum yang benar.

Pada prinsipnya terdapat 3 (tiga) bidang utama dari pemikiran teori positivisme hukum ini.⁸¹

1. Hukum dan moral harus berkaitan satu sama lain, dan hubungan keduanya sangat erat sebab hukum moral memerintahkan hukum positif (berisi kreasi manusia). Jadi hukum positif yang tidak mengandung moralitas dianggap hukum yang tidak adil.
2. Hukum moral dan hukum positif itu tidak berhubungan satu sama lain, sebab masing-masing memiliki area keberlakuannya sendiri, meskipun sebagai hukum yang lebih tinggi, hukum moral menentukan keabsahan keberlakuan hukum positif. Hukum positif menyelenggarakan ketertiban dan kedamaian dalam masyarakat, dan hukum moral justru berpe-

⁸⁰ *Ibid*

⁸¹ *Ibid* hal. 184-185

ran menyempurnakan kehidupan manusia dalam pergaulan hidup manusia.

3. Hukum dan moralitas memiliki otonomi ruang lingkup yang eksklusif. Validitas suatu aturan-aturan hukum tergantung pada kriteria hukum. Menurut teori ini, kriteria validitas suatu aturan hukum positif adalah pengundangannya yang formal. Dalam pandangan hukum moral, validitas moral juga ditentukan oleh penerapan kriteria yang cocok dengan sistem moralitas yang ada seperti, misalnya, prinsip manfaat modal asing bagi rakyat

Di sini perlu dicermati suatu pendekatan fenomenologik, setiap kaidah hukum dalam suatu sistem hukum akan kehilangan keabsahannya, jika sistem hukum secara keseluruhan tidak efektif lagi. Inilah yang oleh Hans Kelsen dalam W. Friedman dimaknakan menjadi struktur peraturan yang berjenjang. Dengan pendekatan di atas, kita dapat mengenali bahwa pembaharuan landasan hukum tidak hanya sekadar memperbaiki ketentuan yang sudah ada, atau mengganti kaidah yang lebih baik, tetapi juga dilandaskan pada tata susunan peraturan hukum yang tepat (*die stufenordnung de Rechtsnormen*). Adalah mustahil memperlakukan suatu peraturan hukum yang telah dibaharui apabila mengabaikan struktur peraturan yang berjenjang atau *stufentheorie* dari Kelsen⁴² dan kalau dipahami dari sudut logika hukum, peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya merupakan *ratio juris* peraturan yang lebih rendah.

Dalam hubungan ini, teori formal Kelsen sebagaimana dikutip oleh Sumaryono (2002: 193)⁴³ mengatakan bahwa dalam setiap jenjang keberlakuan hukum, terdapat struktur "keharusan" yang menghubungkan antara hukum yang lebih tinggi de-

⁴² W. Friedman, *Legal Theory*, Fifth Edition, Columbia University Press, New York, 1970, hal. 14-15

⁴³ Sumaryono, *Op. Cit.* hal. 193.

ngan hukum yang lebih rendah, sehingga masing-masing hukum memperoleh validitas keberlakuannya. Suatu peraturan atau hukum akan berlaku valid jika memiliki norma yang diturunkan dari hukum di atasnya. Dengan demikian, konsep yang dipakai sebagai dasar validitas atau daya keberlakuan hukum ditentukan oleh keharusan atau berasal dari peraturan yang lebih tinggi. Menurut Kelsen, validitas keberlakuan norma yang lebih rendah yang sesuai dengan tata urutannya merupakan syarat validitas (valid secara legal) dari sebuah norma-norma hukum yang lebih rendah. Dalam analisisnya, positivisme yuridis menentukan bahwa (a) hukum diterima sebagai hukum berdasarkan atas bentuk formalnya, dan (b) hukum hanya berlaku kalau ditetapkan oleh lembaga yang berwenang.⁸⁴

Selanjutnya, terdapat dua aliran positivisme hukum, yaitu, (a) "positivisme yuridis", atau "normativisme formalistik". Inti pemikiran pendekatan ini adalah yang disebut hukum bukannya isinya, tetapi bentuk formalnya, dan hukum menjadi berlaku kalau ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Jadi, peraturan perundang-undangan di bidang penanaman modal, yang merupakan hukum ciptaan negara, yang berarti berasal dari lembaga yang berwenang untuk mengatur kepentingan *host country* dan investor asing. b) "*positivisme sosiologis*". Aliran ini tidak mengakui adanya lain selain dari hukum yang telah ditentukan atau ditetapkan oleh masyarakat. Masalah-masalah hukum, sesungguhnya adalah masalah sosial. Oleh karena ini, bagi pengikut positivisme sosiologis mengakui hukum berdasarkan basis sosialnya (Sumaryono, 2002:188),⁸⁵ yang pada dasarnya ini tidak mengakui adanya hukum lain selain dari hukum yang telah ditentukan atau diakui oleh masyarakat.

⁸⁴ *Ibid.*, 187.

⁸⁵ *Ibid.*, hal. 188.

Sejalan dengan aliran positivisme sosiologis ini, pendekatan *Volkgeist* dari von Savigny dapat diasumsikan bahwa hukum bukan merupakan ciptaan penguasa atau lembaga yang berwenang, melainkan timbul dari hubungan-hubungan masyarakat itu sendiri. Pejabat pemerintah tidak menciptakan hukum, melainkan hanya sekadar mengakui hukum yang sedang berlaku (*as it is*). Jadi, menurut von Savigny, jika Undang-undang No. 5 tahun 2007 tentang Penanaman Modal tidak tumbuh dari kesadaran masyarakat tentang perlunya modal asing bagi pertumbuhan ekonomi nasional, dan mempercepat kesejahteraan rakyat, maka peraturan itu harus direvisi kembali.

Pendekatan-pendekatan yang diuraikan singkat di atas, tidak sepenuhnya dapat dipakai di dalam pembahasan mana yang disebut sebagai hukum. Sebab, secara sosiologis tidak ada peraturan hukum yang secara absolut sempurna.⁶⁶ Sebab corak peraturan hukum sangat bergantung pada pembuatnya, dan siapa-siapa yang terlibat atau berkepentingan dalam pembaharuan tersebut. Dalam versi lain, hukum sebagai suatu sistem harus dipandang sebagai suatu sistem yang utuh. Dari segi keberlakuannya, hukum yang berlaku dalam masyarakat tidak sekadar dipandang sebagai seperangkat asas-asas hukum dan aturan-aturan. Hukum harus dilihat secara utuh, yakni mencakup pranata transendental, kultural, sosial dan politik.⁶⁷

Bagaimana kita dapat mengetahui bahwa suatu peraturan yang berasal dari penguasa, agar mempunyai hukum itu mempunyai kekuatan mengikat atau ditaati oleh masyarakat. Eugen Ehrlich, dari aliran *sociological jurisprudence* beranggapan bahwa fokus perkembangan hukum terletak pada masyarakat

⁶⁶ Lihat Satono Kudocho, 2003 *Hukum Progresif: Sebuah Ewangan*, dalam *Jurnal Hukum*, Edisi 2, Jakarta, 2003, hal. 64

⁶⁷ Lihat Achmad A., *Meluruskan Jalan Rejebensi Hukum*, Agatama Press, Jakarta, 2004, hal. 12-36

itu sendiri. Namun, hukum sebetulnya tidak seluruhnya berasal dari budaya masyarakatnya sendiri, melainkan juga berasal dari kemauan pemerintah dalam membarui hukum dalam tataran perundang-undangan di masyarakat. Pandangan ini mengakibatkan munculnya aliran *functional jurisprudence*. Meski begitu, bagi Ehrlich, hukum ciptaan pemerintah secara sosiologis bukan hukum tanpa melewati pengakuan masyarakat, yaitu ditaati oleh masyarakat.⁸⁵

Dalam konteks ini, Hart menjawab dalam teori *Rule of Recognition*-nya, bahwa peraturan hukum diakui keberlakuan atau keabsahannya kalau rakyat menerimanya, meskipun secara hirarki ketentuan itu tidak berlaku. Dengan kata lain, keberlakuan suatu peraturan hukum pada level apa pun tidak berdasarkan atau ditentukan oleh aturan yang lebih tinggi, melainkan oleh penerimaan rakyat, yaitu *keadah primer* dan *keadah sekunder* yaitu kaedah yang menentukan syarat bagi berlakunya peraturan hukum primer tersebut.⁸⁶ Namun, perlu disadari bahwa perkembangan sistem hukum yang ada selama ini terletak pada perundang-undangan. Menurut Harahap (1994: 2-10) sejalan dengan munculnya kasus-kasus baru di bidang ekonomi yang tidak dikenal dalam teori dan praktik atau dalam hukum positif cukup diatur oleh pemerintah melalui pembuatan peraturan berdasarkan *delegated legislation*, sehingga segala aturan yang dikeluarkan pemerintah dalam berbagai deregulasi maupun debirokratisasi dipakai sebagai *statutory instrument*.

b. Teori Social Engineering

Teori lainnya adalah konsep *social engineering* dari Roscoe Pound yang merumuskan hukum dapat digunakan sebagai

⁸⁵ Friedman, W. 1970. *Legal Theory*. Fifth Edition, Columbia University Press, New York, 1970, hal. 14.

⁸⁶ Theo Huijhe's, *Asas-asas dalam Hukum Negara*, Kanisius, Yogyakarta, 1982, hal. 187-190.

alat untuk mengubah masyarakat. Pound lebih memaknakan pusat pembaruan hukum terletak pada peran pemerintah melalui proses perundang-undangan dengan melihat peraturan itu dalam perspektif masyarakat. Pound juga berpendapat bahwa pembaharuan hukum harus melihat kenyataan riil yang ada di masyarakat, dan harus mempunyai dampak positif pada masyarakat. Menurut Soetandyo konsep *social engineering* tersebut tidak hanya melihat hukum berfungsi sebagai pengakomodasi perubahan, melainkan benar-benar sebagai pembaharu.⁹⁰ Robert Seidman menyatakan adanya kenyataan bahwa *the law of the non transferability of law*, yang artinya tidak mungkin negara-negara berkembang dengan tradisi sosio-budaya berbeda bisa menggunakan hukum yang dibingkai oleh tradisi dan konstruksi hukum barat untuk mengatasi permasalahan hukum yang ada di negara lain (Friedman, 1975: 195).⁹¹

Walaupun pandangan konsep *social engineering* dari Pound di atas, lebih memadai untuk mengkaji permasalahan pembaharuan hukum di Indonesia, kebanyakan orang di era globalisasi ini insaf juga bahwa apa yang dikatakan oleh Pound itu tidak salah, bahkan konsep *social engineering* itu justru menguji kemampuan ajaran *analytical legal positivism* atau *analytical jurisprudence* sebagai input harmonisasi hukum di tengah-tengah era dan arus globalisasi sekarang ini. Ciri era dan arus globalisasi bukan hanya perubahan di bidang ekonomi seperti *single economy* atau *global economy one market economy*, tetapi juga di bidang politik, sosial dan budaya seperti isu-isu hak asasi manusia, dan lingkungan hidup. Akan tetapi, setelah masyarakat berubah, diperlukan kembali peranan hukum untuk menyeimbangkan kepentingan-kepentingan yang ada di masyarakat yang telah

⁹⁰ Soetandyo Wigjosoebroto, Sebuah Pengantar Kearah Perbincangan Tentang Pembinaan Penelitian Hukum dalam PIP II, dalam *Atyalah Hukum Triakti*, Edisi Khusus, Jakarta, hal. 39.

⁹¹ W. Friedman, 1975 *Op. Cit.* hal. 175

berubah itu. Normin S. Pakpahan⁹² menyatakan, yang menjadi persoalan dalam masyarakat yang telah berubah itu adalah nilai yang harus dipelihara oleh hukum itu, karena nilai-nilai tersebut menentukan kriteria sistem alokasi yang dilakukan oleh hukum yang akan dibaharui. Misalnya, nilai feodalistis mempersoalkan persamaan hak berdasarkan strata sosial. Sebaliknya nilai demokratis persamaan hak didasarkan pada kemampuan, pendidikan, pajak dan lain-lain.

Tuntutan dari analisis penerapan prinsip-prinsip hukum harus dapat menggambarkan interaksi nilai-nilai baru hasil transformasi budaya maupun lingkungannya baik dalam lingkungan nasional maupun lingkungan internasional.⁹³ Pembaruan hukum merupakan wahana yang berusaha mengatasi benturan-benturan nilai-nilai baru hasil transformasi budaya tersebut. Hukum yang menjadi wahana tersebut adalah hukum yang bersifat responsif. Proses menemukan hukum responsif itu adalah pembaruan hukum yang memungkinkan hukum berfungsi sebagai alat untuk kemajuan sosial - *law is tool of social progress*.⁹⁴ Menurut Nonet dan Selznick agar hukum menjadi responsif hendaknya terbuka, tanggap dan akomodatif terhadap munculnya nilai-nilai baru dan kebutuhan masyarakat yang mengalami perubahan. Mereka membedakan antara Tatanan Hukum Represif, Tatanan Hukum Otonomis, dan Tatanan Hukum Responsif, yaitu ... *repressive law is prior in the sense that it resolves the fundamental problem of establishing political order, a condition without which the legal and political system cannot move on to higher pursuit. Autonomous law presupposes and builds upon that achievement.*

⁹² Normin, S. Pakpahan, Pembinaan Hukum Ekonomi Dalam Pembangunan Jangka Panjang II, dalam *Majalah Hukum Triwika*, Edisi Khusus, Jakarta, hal. 77.

⁹³ I. M. Gandhi, I.M. 1995, Harmonisasi Hukum Menuju Hukum Responsif, *Pidato Pengakhiran Guru Besar Ilmu Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1995, hal. 16-17.

⁹⁴ Thomas J. Emerson, 1985 *Law as a Force for Social Progress*, dalam *Connecticut Law Rev* Vol. 8, 1985, hal. 25.

*just as responsive law builds upon the more limited but basic constitutional cornerstone of the rule of law stage.*⁹⁵

Fungsi utama tipe hukum responsif dipandang sebagai fasilitator dan stabilisator terhadap kebutuhan masyarakat yang sedang berubah dan mencoba menyelesaikan pula nilai-nilai atau kepentingan yang saling berbenturan melalui pembaharuan hukum. Kembali Nonet dan Selznick menyatakan *we call it responsive law, rather than open or adaptive, to suggest a capacity for responsive and hence discriminate and selective, adaptation. A responsive institution retains a grasp on what is essential to its integrity while taking account of new forces in its environment. To do so, it builds upon the ways integrity and openness sustain each other even as they conflict. It perceives social pressure as sources of knowledge and opportunities for self correction. The ensure that posture, an institution requires the guidance of purpose. Purposes set standards for criticizing established practice, thereby opening ways to change. At the same time, taken seriously, they can control administrative discretion and thus mitigate the risk of institutional surrender.*⁹⁶

Jadi, dalam hukum responsif tersebut, prinsip dan tujuannya merupakan kerangka acuan terhadap hukum yang akan diperbarui. Di dalam pembaharuan landasan hukum penanaman modal, hukum responsif tidak hanya mensyaratkan didesain persyaratan penanaman modal yang akan diperbarui, sektor-sektor mana yang belum dibaharui, dan yang tidak perlu dibaharui atau yang perlu dipertahankan, akan tetapi juga mensyaratkan pembaruan landasan hukum penanaman modal didasarkan pada kebutuhan *social demand*, dan bukan hanya pada kepentingan politik negara. Secara tepat Gunther Teubner menyatakan *Le-*

⁹⁵ Nonet Philippe-Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* Harper & Row Books, New York, 1978, hal. 25.

⁹⁶ *Ibid* hal. 77

gol development is not identified exclusively with the founding of norms, principles basic concepts of law. Rather, it is determined by the dynamic interplay of social forces, institutional constraints, organizational structures, and last but not least conceptual potentials”⁹⁷

Pandangan Teubner ini sejalan dengan pandangan Lon Fuller, bahwa agar hukum dapat disebut baik dan berfungsi, harus dipenuhi delapan syarat, yaitu *pertama*, Aturan itu harus bersifat umum, tidak boleh berlaku untuk kasus atau individu tertentu saja. Termasuk dalam syarat ini adalah hukum berlaku untuk semua orang. Apabila ini tidak berlaku untuk yang lain, maka fungsi hukum akan berdampak buruk bagi kelangsungan proses penanaman modal; *kedua*, Setiap peraturan hukum harus dipublikasikan. Termasuk dalam syarat ini seperti disyaratkan oleh Friedman (1975: 56) bahwa hukum harus dapat dikomunikasikan kepada subjek yang diaturnya. Pembaharuan hukum harus dibuat sesuai aspirasi masyarakat dan dunia usaha. Jika sulit mengetahui hukum yang berlaku karena tidak dipublikasikan, bagi kalangan dunia usaha skala besar tidak menjadi masalah, karena mungkin mereka mempunyai *lawyers* yang mengetahui informasi atau akses ke hukum. Sedangkan perusahaan lain terutama pengusaha kecil mungkin tidak memiliki *lawyers*, sehingga mengalami kesulitan dalam akses ke hukum; *ketiga*, Undang-undang dan peraturan hukum tidak boleh berlaku surut. Syarat ini mengandung prinsip bahwa perusahaan tidak boleh dihukum karena melakukan pencemaran lingkungan yang disebabkan ketika undang-undang perlindungan lingkungan belum berlaku; *keempat*, Undang-undang harus bisa dimengerti, yaitu peraturan-peraturan harus dirumuskan dengan bahasa yang

97 Gunter Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law and Society Review*, Vol.17, No.2, hal.247.

mudah dimengerti, sehingga subjek tidak mengalami kesulitan untuk mengetahui tuntutan hukum; *kelima*, Sistem hukum tidak boleh mengandung peraturan yang kontradiktif. Syarat ini tidak mudah dipenuhi jika peraturan hukum yang ada menjadi kompleks. *keenam*, Hukum harus terjangkau kesanggupan semua orang untuk memenuhinya. Aturan hukum atau kebijakan pemerintah yang mengatur sesuatu yang tidak bisa dilaksanakan, tentu tidak baik sebagai landasan hukum. Aturan hukum semacam ini juga dapat mengakibatkan orang tidak terdorong (*reflexible*) untuk mau melaksanakannya. Contoh misalnya investor yang ingin menanamkan modalnya di industri susu hanya diizinkan kalau memiliki peternakan; *ketujuh*, aturan harus memiliki stabilitas tertentu sepanjang waktu tertentu. Kalau aturan hukum sering berubah, sistem hukum tidak bisa berfungsi dengan baik; *kedelapan*, Aturan harus relevan dan konsisten dengan bidang yang diaturnya, yakni harus ada kesesuaian antara hukum dan cara melaksanakannya. Aturan hukum yang ada harus dilaksanakan juga, dan jika ada pelanggaran, maka sanksi harus diterapkan pula dengan baik. Termasuk dalam syarat ini adalah kepastian hukum.

c. *Harmonisasi Hukum Penanaman Modal Asing*

Harmonisasi hukum berperan penting sebagai jalan keluar yang bijaksana untuk menciptakan sistem hukum penanaman modal yang baik bagi penanam modal maupun masyarakat adalah harmonisasi hukum di bidang penanaman modal. Salah satunya adalah integrasi antara penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing. Pengintegrasian kategori penanaman modal tersebut akan mendorong tercapainya kepastian hukum, kebijakan penanaman modal yang tepat, dan penyederhanaan prosedur dan tata cara pelayanan penanaman modal. Selanjutnya, harmonisasi dilakukan untuk menghindari benturan materi hukum (*substantive law*). Dasar dari setiap harmonisasi adalah

tujuan harmonisasi penanaman modal itu sendiri, nilai-nilai, dan prinsip-prinsip hukum serta tujuan hukum, yakni keselarasan hukum dan kesatuan hukum menuju harmoni antara keadilan dan kepastian hukum. L.P. Gandhi maupun Bryan Gardner mencantumkan padanan arti untuk harmonisasi, yakni *agreement or accord, conformity* - dengan penjelasan, *the decision in James is in harmony with earlier Supreme Court precedent*. Harmonisasi dalam hukum mencakup penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, sistem hukum dan asas-asas hukum.⁸

Dalam hubungan ini Zaphiriou menjelaskan bahwa ... *harmonization is short of unification and consist in the approximation of rules and coordination of polices. Systemic harmonization is widespread within the same Civil Law and within the Common Law. It is achieved by legislative reform, the practice of the court and academic teaching and writing. It is not so widespread between civil and common law jurisdictions. The Civil Law and the Common Law traditions and systems take pride in having successfully regulated human relationships for many countries and wish to preserve their integrity...*⁹

Dari penjelasan tersebut di atas, terlihat bahwa harmonisasi hukum melalui pembaruan landasan hukum penanaman modal dapat dilakukan melalui pengelompokan aturan dari suatu sistem hukum. Namun yang perlu dipertimbangkan dalam proses pembaruan adalah sinergismenya yang akan melahirkan budaya, struktur dan substansi materi hukum penanaman modal yang pada gilirannya menemukan input bagi proses harmonisasi selanjutnya.

⁸ Lihat L.P. Gandhi, *Op Cit* hal 9. Lihat juga Bryan Gardner, ed *Op Cit*, hal. 722.

⁹ Lihat Victor Purba, *Op Cit* Hal. 25

Bagi Arthur Rosett, hasil yang paling penting daripada pembaruan hukum adalah terciptanya harmonisasi dan unifikasi sedemikian rupa untuk menghindari disharmoni suatu sistem hukum yang berbeda-beda dari berbagai negara. Selanjutnya, Rosett mengatakan ... *Legal harmonization through unification of the law governing international transactions as a value and as a strategy. The convention does not seek to harmonize the national commercial law of signatory nations. Instead, it tries to isolate from body of commercial law a special sub-set, the international sale, and create a unified set of rules for that group of transactions. This created harmony at one level but new problem at another. Only if it feasible in practice to cordon of the area of international sales from other commercial transactions will it be worthwhile to unify the rules without regard to the effect on transactions that will continue to be governed by domestic law ...*¹⁰⁰

Secara eksplisit dari pendapat Rosett di atas, tampak jelas bahwa harmonisasi hukum merupakan jawaban dari pembaruan hukum. Harmonisasi hukum penanaman modal ini juga sangat penting untuk mencapai suatu nilai dan strategi untuk mencari persamaan dan titik temu dari landasan hukum penanaman modal yang dibutuhkan Indonesia. Pembaruan landasan hukum penanaman modal sangat bernilai karena memperkuat prinsip-prinsip hukum penanaman modal ketika masih banyak mengandung kelemahan dan/atau ketika tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat.

Selain itu, L.P. Gandhi menjelaskan bahwa harmonisasi hukum merupakan strategi untuk mencegah berbagai ketentuan hukum yang berbeda. Dasar harmonisasi adalah nilai-nilai, prinsip-prinsip hukum. Tujuan hukum itu sendiri, yaitu keadilan

¹⁰⁰ *Ibid* hal. 24.

dan kepastian hukum.¹⁶ Harmonisasi merupakan strategi untuk menyusun hukum penanaman modal prinsip-prinsipnya. Posner mengatakan bahwa *"A modernizing nation's economic prosperity requires at least a modest legal infrastructure centered on protection of property and contract right. The essential legal required to create the infrastructure may be the adoptions of system of relatively legal rules, as distinct from more open-ended standards or a heavy investment in upgrading the nation's judiciary. A virtuous cycle can arise in which initially modest expenditures on law reform increase the rate of economic growth, in turn generating resources that will enable more ambitious legal reform to be undertaken in the future."*

Namun, faktor lain yang perlu diperhatikan adalah *law enforcement* oleh suatu negara. Dalam konteks ini, Richard Posner kembali mengemukakan *"...the citizen of wealthy countries take this legal machinery for granted because it works well enough most of the time and because it does not cost a great deal. In its ideal form a important qualification, the machinery consist of competent, ethical, and well-paid professional judge who administer ride that a well designed for the promotion of commercial activity. The judges are insulated from interference by the legislative and executive branch of government. They are advised by competent, ethical, and well-paid lawyers..."*^{16'}

Dalam hubungannya dengan penulapit tersebut di atas, dapat disimpulkan pengertian pembaruan hukum (*law reform*) sangat luas, dan untuk dapat memahaminya tergantung cara kita mengkaji objek atau bidang-bidang yang menjadi titik perhatian kita. Dalam arti sempit, pembaruan hukum penanaman modal diartikan sebagai *law reform*. Arti sempit dari *law reform* merupakan upaya perubahan atau perbaikan terhadap pasal-pasal

¹⁶ Lihat I. P. Ghanda, *Op. Cit.* hal. 12-18

^{16'} Lihat Victor Purbit, *Op. Cit.* hal. 221.

dalam struktur undang-undangnya tanpa mengubah ketentuan aslinya. Sedangkan *law reform* yang luas adalah upaya yang mengubah dan memperbaiki seluruh atau sebagian besar peraturan dengan atau pasal yang baru berkenaan dengan struktur pengaturan dan struktur kelembagaan hukumnya.

Tuntutan dari analisis penerapan prinsip-prinsip hukum harus dapat menggambarkan interaksi nilai-nilai baru hasil transformasi budaya maupun lingkungannya baik dalam lingkungan nasional maupun lingkungan internasional.¹⁰¹ Pembaruan hukum merupakan wahana yang berusaha mengatasi benturan-benturan nilai-nilai baru hasil transformasi budaya tersebut. Hukum yang menjadi wahana tersebut adalah hukum yang bersifat responsif. Proses menemukan hukum responsif itu adalah pembaruan hukum, yang memungkinkan hukum berfungsi sebagai alat untuk kemajuan sosial - *law is tool of social progress*.¹⁰² Menurut Nonet dan Selznick, agar hukum menjadi responsif hendaknya terbuka, tanggap dan akomodatif terhadap munculnya nilai-nilai baru dan kebutuhan masyarakat yang mengalami perubahan.¹⁰³ Mereka membedakan antara Tatahan Hukum Represif, Tatahan Hukum Otonomis, dan Tatahan Hukum Responsif, yaitu ... *repressive law is prior in the sense that it resolves the fundamental problem of establishing political order, a condition without which the legal and political system cannot move on to higher pursuit. Autonomous law presupposes and builds upon that achievement, just as responsive law builds upon the more limited but basic constitutional cornerstone of the rule of law stage*.¹⁰⁴ Fungsi utama tipe hukum responsif dipandang sebagai fasilitator dan stabilisator terhadap kebutuhan masyarakat yang sedang

¹⁰¹ Lihat L.P. Ghandi, *Op. Cit* hal. 16-17

¹⁰² Lihat Thomas J. Emerson, *Op. Cit*, hal. 25.

¹⁰³ Lihat Nonet dan Selznick, *Op. Cit* hal. 25

¹⁰⁴ *Ibid*

berubah dan mencoba menyelesaikan pula nilai-nilai atau kepentingan yang saling berbenturan melalui pembaharuan hukum.

Selanjutnya, Nonet dan Selznick mengatakan *we call it responsive law, rather than open or adaptive, to suggest a capacity for responsible, and hence discriminate and selective, adaptation. A responsive institution retains a grasp on what is essential to its integrity while taking account of new forces in its environment. To do so, it builds upon the ways integrity and openness sustain each other even as they conflict. It perceives social pressure as sources of knowledge and opportunities for self correction. The ensure that posture, an institution requires the guidance of purpose. Purposes set standards for criticizing established practice, thereby opening ways to change. At the same time, taken seriously, they can control administrative discretion and thus mitigate the risk of institutional surrender.*¹⁰⁷ Jadi, dalam hukum responsif tersebut, prinsip dan tujuannya merupakan kerangka acuan terhadap hukum yang akan diperbarui. Di dalam pembaharuan landasan hukum penanaman modal misalnya, hukum responsif tidak hanya mensyaratkan didesain persyaratan penanaman modal yang akan diperbarui, sektor-sektor mana yang belum dibaharui, dan yang tidak perlu dibaharui atau yang perlu dipertahankan, akan tetapi juga mensyaratkan pembaruan landasan hukum penanaman modal didasarkan pada kebutuhan *social demand*, dan bukan hanya pada kepentingan politik negara. Dengan tepat Teubner menyatakan *Legal development is not identified exclusively with the founding of norms, principles, basic concepts of law. Rather, it is determined by the dynamic interplay of social forces, institutional constraints, organizational structures, and last but not least conceptual potentials*.¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Lihat Gunther Teubner, *Op. Cit.* hal. 247

Pandangan Teubner ini sejalan dengan pandangan Lon Fuller, bahwa agar hukum dapat disebut baik dan berfungsi, harus dipenuhi delapan syarat, yaitu *pertama*, Aturan itu harus bersifat umum, tidak boleh berlaku untuk kasus atau individu tertentu saja. Termasuk dalam syarat ini adalah hukum berlaku untuk semua orang. Apabila ini tidak berlaku untuk yang lain, maka fungsi hukum akan berdampak buruk bagi kelangsungan proses penanaman modal; *kedua*, Setiap peraturan hukum harus dipublikasikan. Termasuk dalam syarat ini seperti disyaratkan oleh Friedman yaitu hukum harus dapat dikomunikasikan kepada subjek yang diaturnya.¹⁶⁹ Pembaharuan hukum harus dibuat sesuai aspirasi masyarakat dan dunia usaha. Jika sulit mengetahui hukum yang berlaku karena tidak dipublikasikan, bagi kalangan dunia usaha skala besar tidak menjadi masalah, karena mungkin mereka mempunyai *lawyers* yang mengetahui informasi atau akses ke hukum. Sedangkan perusahaan lain terutama pengusaha kecil mungkin tidak memiliki *lawyers*, sehingga mengalami kesulitan dalam akses ke hukum; *ketiga*, Undang-undang dan peraturan hukum tidak boleh berlaku surut. Syarat ini mengandung prinsip bahwa perusahaan tidak boleh dihukum karena melakukan pencemaran lingkungan yang disebabkan ketika undang-undang perlindungan lingkungan belum berlaku; *keempat*, Undang-undang harus bisa dimengerti, yaitu peraturan-peraturan harus dirumuskan dengan bahasa yang mudah dimengerti, sehingga subjek tidak mengalami kesulitan untuk mengetahui tuntutan hukum; *kelima*, Sistem hukum tidak boleh mengandung peraturan yang kontradiktif. Syarat ini tidak mudah dipenuhi jika peraturan hukum yang ada menjadi kompleks. Contohnya, adalah Paket 4 Juni 1996 yang dituangkan dalam Instruksi Presiden No 2 Tahun 1996, yang memberikan fasilitas pembebasan bea impor barang mewah hanya kepada PT Timor untuk memproduksi

¹⁶⁹ Lihat W. Friedman, 1975, *Op. Cit.* hal. 56.

mobil nasional; *keenam*. Hukum harus terjangkau kesanggupan semua orang untuk memenuhinya. Aturan hukum atau kebijakan pemerintah yang mengatur sesuatu yang tidak bisa dilaksanakan, tentu tidak baik sebagai landasan hukum. Aturan hukum semacam ini juga dapat mengakibatkan orang tidak terdorong (*reflexible*) untuk mau melaksanakannya. Contoh misalnya penanaman modal yang ingin menanamkan modalnya di industri susu hanya diizinkan kalau memiliki peternakan; *ketujuh*, aturan harus memiliki stabilitas tertentu sepanjang waktu tertentu. Kalau aturan hukum sering berubah, sistem hukum tidak bisa berfungsi dengan baik; *kedelapan*. Aturan harus relevan dan konsisten dengan bidang yang diaturnya, yakni harus ada kesesuaian antara hukum dan cara melaksanakannya. Aturan hukum yang ada harus dilaksanakan juga, dan jika ada pelanggaran, maka sanksi harus diterapkan pula dengan baik. Termasuk dalam syarat ini adalah kepastian hukum.

Kerja sama negara atau organisasi internasional merupakan salah satu strategi untuk mempercepat harmonisasi hukum. Norman S. Pakpahan menggambarkan bahwa perkembangan terakhir dari organisasi ekonomi internasional maupun hukum internasional memerlukan perubahan-perubahan dalam sistem hukum nasional di seluruh dunia. Oleh karena kontrak-kontrak yang bersifat internasional itu harus didasarkan hukum nasional tempat dilaksanakannya kontrak itu, terdapat suatu kebutuhan untuk menyesuaikan sistem hukum nasional dengan serangkaian standar internasional yang telah memenuhi kebutuhan masyarakat investor internasional. Seiring dengan meningkatnya secara pesat kegiatan investasi pada akhir dasawarsa 1980-an dan awal 1990-an, pembentukan sistem hukum nasional yang kompatibel dengan norma-norma hukum internasional telah menjadi

fokus organisasi-organisasi ekonomi baik yang bersifat regional maupun global."¹⁰²

Secara lebih rinci, Pakpahan mengemukakan juga bahwa di samping adanya Uruguay Round, adanya kerja sama ekonomi regional seperti EEC, NAFTA, dan ASEAN memerlukan perubahan-perubahan dalam perundang-undangan dan institusi-institusi nasional, seperti penjelasannya sebagai berikut GATT membuat negara-negara penandatanganan mempunyai kewajiban yang mengikat secara internasional untuk melakukan perubahan-perubahan tertentu terhadap perundang-undangan nasional mereka. Perubahan-perubahan itu meliputi syarat-syarat bahwa perundang-undangan nasional harus tersedia dan dengan mudah dapat dipahami dan didapatkan oleh semua pelaku ekonomi dan bahwa investor dijamin untuk mempunyai akses dalam proses penyelesaian sengketa yang adil dan tertib. Konsekuensinya, masing-masing pemerintah di seluruh penjuru dunia melakukan revisi terhadap perundang-undangan dan institusi-institusi ekonomi mereka untuk menyesuaikannya dengan tuntutan regional dan internasional..."¹⁰³ Dalam penjelasan tersebut, terlihat dengan jelas upaya mewujudkan hubungan ekonomi internasional di antara negara-negara berkaitan dengan harmonisasi hukum melalui upaya pembaruan hukum negara-negara, dan pada akhirnya dapat diketahui dasar orientasi pembaruan landasan hukum penanaman modal Indonesia yang kompatibel secara internasional atau setidaknya kompatibel dengan aturan hukum penanaman modal partner dagang kita masing-masing. Harus diberi catatan, untuk menjadi kompatibel secara internasional maupun regional atau bilateral tidak berarti harus identik dengan sistem hukum negara sumber penanaman modal, melainkan ha-

¹⁰² Nurhid S. Pakpahan, Kerja sama Dengan Negara-Organisasi Internasional: Dalam rangka Pembaharuan/pengembangan Hukum Ekonomi, *Makalah*, dalam Seminar Hukum Nasional Ke IV-BPPII, Jakarta, 1995, hal. 3-4

¹⁰³ *Ibid.*, hal. 4-5.

rus seiring dengan aturan-aturan hukum dari negara penerima modal.

Selain itu, Natabaya sekaligus mengingatkan kepada ahli hukum Indonesia dalam melakukan pembaruan hukum, sudah seharusnya mempertimbangkan faktor kepentingan nasional dengan mencerminkan sistem hukum campuran. Selanjutnya, Natabaya menjelaskan penyeragaman (*uniformity*) dari keseluruhan hukum negara-negara memang bukan syarat mutlak yang harus dipenuhi oleh setiap negara dalam pergaulan masyarakat internasional. Oleh karena itu, yang paling memungkinkan adalah harmonisasi, dalam pengertian bahwa meskipun sistem hukum berbeda, namun dalam hal-hal tertentu aturan hukum yang dibuat diupayakan mampu menjembatani perbedaan tersebut bahkan mampu mencerminkan sistem hukum campuran, sehingga dalam pelaksanaannya tidak menimbulkan perbenturan dengan sistem-sistem hukum nasional yang berlaku di masing-masing negara.”¹¹⁹

Dalam menghindari adanya kecenderungan negara-negara asing menanamkan modalnya atau mengalihkan investasinya ke negara lain, seharusnya kita mempelajari prinsip-prinsip atau asas-asas hukum yang berasal dari hukum internasional, kemudian melakukan seleksi terhadap prinsip-prinsip mana yang cocok dengan falsafah, dasar kenegaraan dan cita-cita serta harapan menurut pandangan hidup bangsa Indonesia. Di tingkat regional, khususnya di kawasan APEC, prinsip-prinsip utama penanaman modal yang tidak mengikat harus dipertimbangkan juga. Hal ini penting demi untuk memudahkan harmonisasi hukum penanaman modal di Indonesia. Prinsip itu ada 12 (dua belas) yang disetujui pada pertemuan tingkat Menteri APEC tanggal

¹¹⁹ H.A.S. Natabaya, Kerja sama Dengan Negara-Negara Organisasi Internasional Dalam rangka Ujray Harmonisasi Hukum, *Makalah*, Seminar Hukum Nasional Ke IV- IAP: IS, Jakarta, 1995, hal. 1.

11-12 Nopember 1994 di Jakarta , yakni: Pertama, *Transparency*, berarti setiap anggota APEC harus menyediakan peraturan perundang-undangan, prosedur penanaman modal. Kedua, *Non-discrimination between source economies*, bahwa setiap anggota memberikan perlakuan sama kepada semua investor, tanpa membedakan asal negara yang bersangkutan. Ketiga, *National treatment*, kecuali diatur lain dalam peraturan perundang-undangan dan kebijakan dalam negeri. Keempat, *Investment incentives*, setiap anggota tidak akan mengurangi standar dan peraturan kesehatan, keselamatan kerja dan lingkungan hidup sebagai insentif untuk menarik masuknya modal asing. Kelima, *Expropriation and compensation*, yaitu setiap negara anggota tidak akan mengambil alih penanaman modal atau tindakan sejenisnya, kecuali untuk kepentingan umum, sesuai dengan prinsip-prinsip hukum internasional, dan segera memberikan ganti rugi yang sesuai. Keenam, *Performance requirements*, setiap anggota akan mengurangi penerapan persyaratan pelaksanaan penanaman modal yang dapat menghambat atau membatasi peningkatan perdagangan. Ketujuh, *Settlement of disputes*, setiap anggota menyetujui suatu penyelesaian perselisihan yang timbul pada PMA dengan cara konsultasi, negosiasi antara investor atau perusahaan asing dengan pemerintah. Kalau tidak ada penyelesaian, maka ditempuh dengan cara arbitrase. Kedelapan, *Repatriation and convertibility*, yaitu setiap anggota memberikan kebebasan transfer dana berkenaan dengan penanaman modal seperti, laba, dividen dan royalti, pembayaran pinjaman dan likuidasi. Kesembilan, *Entry and sojourn of personnel*, yaitu setiap negara anggota mengizinkan tenaga kerja asing pada setiap aktivitas penanaman modal. Kesepuluh, *Avoidance of double taxation*, bahwa setiap negara anggota akan melakukan penghindaran pajak berganda atas kegiatan penanaman modal. Kesebelas, *Investor behaviour*, yaitu menuntut investor asing harus mematuhi semua aturan hukum di bidang ekonomi, peraturan administratif, dan

kebijakan penanaman modal seperti yang diberlakukan kepada investor domestik, dan Kedua belas, *Removal of barriers to capital export*, adalah setiap anggota setuju membatasi hambatan-hambatan, baik berupa aturan maupun kelembagaan atas arus keluar penanaman modal.

Untuk Indonesia dengan melakukan pembaruan hukum penanaman modal berdasarkan kedua belas prinsip APEC di atas, akan lebih maju dibanding TRIMs. Prinsip-prinsip utama tersebut digunakan sebagai dasar dan orientasi terhadap rambu-rambu untuk menentukan harmonisasi hukum penanaman modal. Kerja sama hukum APEC ini akan menentukan transparansi dan konsistensi kebijakan di bidang penanaman modal, dan hal ini penting untuk menciptakan kepastian hukum dan iklim penanaman modal yang kondusif.¹¹³

d. *The Critical Legal Studies*

Penerapan prinsip-prinsip hukum penanaman modal perlu mempertimbangkan suatu aliran modern dalam teori hukum, yaitu *Critical Legal Studies* (CLS). Bagi pemerintah Indonesia, pendekatan ini relevan dan cocok untuk diterapkan negara-negara berkembang, karena kepentingan dan kemajuan ekonomi negara-negara tersebut berbeda dengan kepentingan ekonomi negara-negara barat atau negara maju. Aliran CLS tersebut merupakan suatu konsep yang fleksibel dan cocok untuk melakukan harmonisasi hukum melalui pembaruan landasan hukum penanaman modal yang dikehendaki.

Himakhanto Juwana menggambarkan bahwa, aliran CLA dilakukan melalui *trashing*, *deconstruction* dan *genealogy*. Dalam konteks ini, *trashing* dapat diartikan sebagai suatu upaya untuk menolak pemikiran hukum yang telah terbentuk. Sedangkan *deconstruction* adalah membongkar pemikiran hukum yang

¹¹³ Lihat Brian Rapaguskuk, et.al, *Op. Cit.*, hal. 704.

telah terbentuk, lalu dilakukan rekonstruksi pemikiran hukum yang dikehendaki. Selanjutnya, *genealogy* digunakan karena interpretasi sejarah bahwa, negara-negara maju memiliki kekuatan. lalu interpretasi ini digunakan untuk memperkuat suatu konstruksi hukum.¹¹³

Dalam penerapan dari tiga bentuk CLS tersebut di atas, menurut Juwana dapat dilakukan di bidang hukum perdagangan atau perjanjian internasional. *Trashing* digunakan oleh negara berkembang dengan mengatakan bahwa prinsip *Most Favoured Nation (MFN)* yang diatur dalam Pasal 1 ayat (1) GATT 1994 tidak realistis, karena fakta menunjukkan bahwa diantara negara-negara tidak ada kesetaraan. Prinsip ini hanya akan berlaku dan dinikmati oleh negara-negara maju. Dengan demikian, apabila prinsip MFN tetap diberlakukan, akan bertentangan dengan tujuan GATT itu sendiri. Perihal *deconstruction*, diasumsikan bahwa keuntungan ekonomi dalam perdagangan internasional hanya menguntungkan pelaku usaha dari negara maju, tetapi tidak bagi negara berkembang. Penerapan *preferential treatment*, *enabling clause*, dan *non-reciprositas* adalah upaya merekonstruksi prinsip-prinsip perdagangan internasional dalam hukum internasional. Selanjutnya, *genealogy* digunakan oleh negara berkembang dengan asumsi bahwa, hukum perdagangan internasional hanya mengakomodir aspirasi dan kepentingan negara-negara maju.¹¹⁴

6. Analisis Hukum Ekonomi dalam Hukum Penanaman Modal Asing

Ekonomi dan hukum adalah dua sistem yang berbeda, bahkan tidak ada hubungannya, akan tetapi kemajuan yang dicapai di bidang ekonomi harus ditunjang oleh sistem hukum. Hukum yang kuat dan berwibawa apabila dalam pelaksanaan hukum terdapat keadaan yang efisien. Dalam hubungan ini terdapat dua konsep efisiensi yang mendasar dalam analisis

¹¹³ Lihat Himabanto Juwana, *Op. cit.*, hal. 178

¹¹⁴ *Ibid.*, hal. 192

ekonomi dalam hukum. Konsep itu adalah "Pareto efficiency dan Kaldor Hicks efficiency".¹⁷ Substansi Pareto efisiensi mempertanyakan apakah regulasi atau kebijakan pemerintah misalnya UU Penanaman Modal atau UU Cipta Kerja membuat keadaan lebih bertambah baik atau tidak. Sebaliknya konsep Kaldor Hicks efisiensi mempertanyakan apakah perubahan/revisi dari peraturan tersebut akan menguntungkan bagi mereka yang diatur dalam peraturan yang diubah tersebut. Pendekatan lain adalah *cost benefit analysis*. Konsep pendekatan ini selain efisiensi juga memperhatikan keadilan dalam setiap kegiatan ekonomi. Pilihan rasional ini diperkuat oleh para pengamat teori ekonomi dalam hukum. Dikatakan bahwa tidak benar ekonomi tidak memikirkan keadilan, tetapi justru ekonomi menyediakan kerangka di dalam mana keadilan bisa dicapai. Para ekonom telah memperlihatkan bahwa jika kondisi-kondisi untuk adanya pasar yang kompetitif memuaskan, maka hasil yang diperoleh adalah efisiensi Pareto dapat dikeimbangkan dari distribusi aset lebih dulu yang menimbulkan kondisi kompetitif.¹⁸

Menganalisis hukum dapat dilakukan dengan berbagai pendekatan (*approaches*). Salah satunya adalah menganalisis hukum atas dasar analisis ekonomi. Richard A. Posner dalam bukunya *Economic Analysis of Law*, edisi ke lima, berpendapat bahwa penggunaan prinsip-prinsip yang dikenal dalam ilmu ekonomi dapat dijadikan acuan untuk mengkaji efektivitas hukum "... *economic is powerful tool for analyzing a vast range of legal question*". Menurut Posner¹⁹ pendekatan dimaksud harus dilihat dari segi nilai (*value*), kegunaan (*utility*) dan efisiensi (*efficiency*). Coeter dan Elin berpendapat, yakni ada tiga konsep dasar untuk mengkaji hukum dengan menggunakan pendekatan analisis ekonomi, yaitu "... *maximalization, equilibrium, and efficiency-are fundamental to explaining economic behavior* "...

Dalam hubungan ini pula, Mitchell Polinsky mengatakan bahwa pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum dilakukan oleh ahli hukum

¹⁷ Richard Posner, *Op. Cit.* hal 13.

¹⁸ Supriy Adiand, 2016, Pendekatan Economic Analysis of Law dalam RUU Pengampunan Pajak, *Makalah*, disampaikan dalam Seminar RIM, Pengampunan Pajak, Linkas PAB DPR RI, Jakarta.

¹⁹ Richard Posner, *Op. Cit.* hal 12.

²⁰ Coeter, Robert & Thomas E. Len, 2000, *Law and Economics*, Addison-Wesley, Longman Inc, 3rd, New York, 2002, hal. 12.

... in order to focus on how to think like an economists about legal rules. Selanjutnya, Polinsky mengatakan *economics analysis has been used both try to explain the legal system as it is and the recommended change that might improve it. Economists refer to these two approaches respectively as positive (or descriptive) economics and normative (or prescriptive economics).*¹²⁰

Polinsky lebih melihat kepada korelasi antara ekonomi dan hukum yang saling mempengaruhi, yaitu penggunaan prinsip-prinsip dalam ilmu ekonomi dengan unsur normatif maupun unsur positif. Dalam hubungannya dengan penjelasan unsur positif dari hukum, para subjek hukum yang mengadakan hubungan hukum menjadi saling terikat dan saling menghormati hak dan kewajiban di antara mereka. Selanjutnya, dalam kaitannya dengan analisis ekonomi dari hukum, maka dapat diprediksi apa yang dapat dibuat para subjek hukum, misalnya mengadakan suatu transaksi yang mempunyai akibat ekonomi.

Pendekatan yang digunakan oleh Posner tersebut, tentunya dapat digunakan dalam mengkaji hukum penanaman modal. Karena sadar atau tidak, manusia dalam mengambil keputusan selalu menggunakan pertimbangan-pertimbangan atas dasar prinsip-prinsip yang dikenal dalam ilmu ekonomi seperti masalah efisiensi.¹²¹

Melakukan kajian terhadap hukum penanaman modal asing dengan menggunakan pendekatan analisis ekonomi berarti menelaah seberapa jauh prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal dapat mendorong efektivitas hukum yang ada saat ini dalam menjalankan perannya dalam penyelenggaraan penanaman modal. Dalam melakukan pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum penanaman modal, penulis hendak mengaitkannya dengan tujuan dari aturan-aturan hukum sebagaimana dikemukakan oleh Cooter dan Ulen. Berdasarkan pemikiran tersebut, maka ada tiga pertanyaan yang muncul, yaitu (i) apakah hukum penanaman modal (Maksudnya Undang-undang No. 25 Tahun 2007, dan ketentuan terkait lainnya) yang berlaku sekarang telah optimal untuk mendatangkan manfaat ekonomi bagi rakyat? (ii) apakah hukum penanaman modal yang ada sekarang sudah efektif untuk melindungi dan menumbuhkan kembangkan per-

¹²⁰ Lihat Mohammed Zaidun, *Op. Cit.* hal. 39.

¹²¹ Lihat Hikmahanto Lozano, *Op. Cit.* hal. 2-3.

sahaan-perusahaan lokal? dan (iii) apakah hukum penanaman modal yang ada sekarang sudah optimal dalam menciptakan iklim penanaman modal yang lebih baik bagi penanam modal maupun masyarakat?

Pertanyaan-pertanyaan tersebut, dapat dijawab secara khusus dengan mendasarkan pada tiga konsep dasar dalam mengkaji hukum atas dasar analisis ekonomi. Ketiga konsep dasar itu adalah: *Pertama*, konsep maksimalisasi. Kunci pemahaman peran hukum dalam kegiatan penanaman modal dapat dilihat pada penerapan konsep maksimalisasi sebagai tindakan untuk melakukan pilihan (*choice*) atau suatu tindakan pengambilan keputusan yang selalu menggunakan pertimbangan-pertimbangan atas dasar prinsip ekonomi. Konsep maksimalisasi dapat diterapkan oleh manusia di bidang bisnis untuk melakukan perbuatan (*behaviour*) tertentu dengan menggunakan semaksimal mungkin keadaan yang paling menguntungkan baginya. Dasar pemikiran ini sesungguhnya terletak pada hakikat kegiatan bisnis yang mengutamakan profit (*profit oriented*). Markusen sebagaimana dikutip Victor Purba mengatakan bahwa upaya untuk mendapatkan keuntungan melalui perdagangan yang berkaitan dengan penanaman modal berdasarkan suatu analisis dari *the gains-from-trade theorem*. Teori ini yang mengatakan bahwa perlu memaksimalkan keuntungan dari kegiatan bisnis tanpa adanya ketakutan akan adanya pembatasan dan/atau kendala dalam hal ini *free trade*.¹²² Dengan asumsi bahwa penanam modal harus mematuhi semua aturan hukum di bidang ekonomi, peraturan administratif, dan kebijakan penanaman modal seperti yang diberlakukan kepada investor domestik. Dengan *investor behaviour* ini, tidak ada lagi keraguan dari segi hukum dapat diterima oleh baik *host country* maupun *foreign country*.

Dengan demikian, analisis teori dari *the gains-from-trade*, maka bagi *host country* akan memberikan keuntungan sebesar-besarnya dalam memanfaatkan masuknya modal asing itu, dan bagi *foreign country* adalah bagaimana caranya dari penanaman modalnya dan menghindari kendala dan konflik supaya menghasilkan *gains*. Oleh karena itu, sulit untuk diperdebatkan bahwa perusahaan asing dilarang memasuki bidang-bidang usaha yang tergolong penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, selama hukum tidak melarang.

¹²² Lihat Victor Purba, *Kontrol Jual Beli Barang Internasional (Konvensi Vienna 1984)*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002; hal. 267-269.

Kedua, konsep keseimbangan. Dalam keadaan konsep maksimalisasi tidak dipergunakan dengan baik dalam penyelenggaraan penanaman modal, maka konsep ini akan membawa akses-akses yang negatif seperti kerugian dalam transaksi ekonomi. Dampak negatif tersebut biasanya berupa biaya-biaya transaksi yang tidak produktif, yang justru berdampak biaya tinggi (*high cost*), yang dibebankan kepada penanam modal. Pengertian biaya-biaya tidak produktif adalah pungutan-pungutan resmi maupun tidak resmi. Beban biaya ini dapat menyebabkan kerugian kalau tidak diperhitungkan sebelum melakukan penanaman modal. Biaya-biaya ini muncul sangat berkaitan dengan penggunaan konsep maksimalisasi yang mempengaruhi proses kegiatan penanaman modal, misalnya fasilitas perizinan penanaman modal yang tidak dikendalikan dengan baik, maka penerapan konsep ini justru membahayakan proses kelangsungan penanaman modal. Mungkin menjurus pada praktik-praktik suap dan pungutan tidak resmi.

Fenomena ini dikemukakan oleh, Charles Himawan dikemukakan sebagai berikut apabila tidak ada mekanisme yang mengendalikan konsep maksimalisasi, anarki di berbagai bidang akan terjadi. Konsep maksimalisasi karenanya perlu diimbangi dengan konsep keseimbangan demi menjaga kehidupan manusia yang tertib dan bermoral.¹²¹

Pandangan Charles Himawan ini merupakan strategi bagi para ahli hukum dapat mengendalikan konsep maksimalisasi jika digunakan tidak sesuai dengan aturan-aturan hukum. Hanya saja perlu dikemukakan bahwa penerapan konsep keseimbangan ini belum menjamin adanya kepastian hukum, suatu hal yang dikehendaki oleh para ahli ekonomi dan para ahli hukum. Dengan kata lain, hukum penanaman modal belum tentu dapat membuat aktivitas penanaman modal menjadi lebih baik. Hal ini disebabkan karena penggunaan konsep maksimalisasi lebih menonjolkan sifat bisnis daripada perilaku bisnis. Dari segi analisis ekonomi, perilaku bisnis dan sifat bisnis merupakan faktor yang saling bersaing, di mana seseorang sangat menaruh perhatian dalam proses transaksi bisnis. Misalnya, para penanam modal secara rasional selalu mengupayakan kepentingan pribadi, dan dalam konteks penanaman modal dapat diartikan para investor selalu bertujuan meningkatkan profit yang diinginkannya.

¹²¹ Lihat: Charles Himawan, 2003, *Op. Cit.* hal. 18

Normin S. Pakpahan juga mengemukakan bahwa ada dua pendekatan yang dapat ditempuh dalam upaya mengembalikan kondisi pada titik keseimbangan, apakah bagi *host country*, atau apakah bagi *foreign country*, yakni pendekatan kebijakan (institusional) dan pendekatan non-institusional, yakni penata hukum. Faktor penentunya adalah bukan hanya menyangkut mengenai substansinya, melainkan juga mengenai penerapannya. Lantas dilihat apakah telah menghasilkan kepastian, keadilan atau kemanfaatan. Apabila jawabannya "ya" maka dapat dipastikan terjadi proses keseimbangan. Sebaliknya apabila dalam proses tersebut menghasilkan jawaban "tidak" maka terdapat distorsi sehingga tidak mungkin berlanjut ke arah selanjutnya.¹²⁴

Dari pengkajian konsep inaksimalisasi tersebut, terlihat bahwa konsep maksimalisasi perlu diimbangi dengan konsep keseimbangan, agar fungsi hukum benar-benar dapat diandalkan sebagai sarana kemajuan sosial.

Ketiga, konsep efisiensi. Sama halnya dengan konsep maksimalisasi dan konsep keseimbangan, konsep efisiensi ini demikian sangat menonjol, dan dapat dikatakan menjadi barometer maju mundurnya fungsi dan peran hukum dalam mengatur, memperlancar dan menjamin kegiatan ekonomi. Dilihat dari sudut pandang ekonomi pranata hukum juga perlu dilihat sebagai faktor produksi, yang baru menjadi efisien apabila nilai ekonomi barang dan jasa telah dimanfaatkan semaksimal mungkin oleh aturan-aturan hukum.¹²⁵

Hukum sebagai faktor produksi dari sudut analisis ekonomi, selalu memperhatikan dan mengkonkritkan biaya transaksi. Biaya transaksi ini muncul sangat berkaitan dengan misalnya, pelaksanaan perizinan penanaman modal. Untuk mengetahui biaya tersebut, maka peran analisis ekonomi terhadap hukum sangat membantu. Mengkaji biaya transaksi dari pendekatan ekonomi, maka penulis hendak mengaitkannya dengan pendapat R.H Coase yang dikutip oleh yang dikenal sebagai "*Coase Theorem*". Teori ini melakukan analisis terhadap biaya. Teori ini meyakini bahwa jika biaya dilakukan analisis yang cermat dan diobservasi, ternyata tidak ada kesulitan dalam suatu proses tawar dalam kegiatan bisnis dengan memper-

¹²⁴ Lihat Normin S. Pakpahan, 1995, *Op. Cit.* hal. 12.

¹²⁵ Lihat Charles Himawan, *Op. Cit.* hal. 23.

hitungkan sumber biaya dan sumber daya digunakan, sehingga penggunaan pembiayaan akan lebih terlokasi secara efisien.

Selanjutnya, Coase dalam bukunya *The Firm, The market and the law* mengatakan *in order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiation leading up to bargains, to draw up the contract, and to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed. These operation are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.*¹²⁰ Dengan demikian, Coase Theorem tersebut diperlukan untuk memperlancar kegiatan ekonomi dari distorsi yang diciptakan oleh kebijakan dan regulasi yang berjalan lambat dan kaku. Mekanisme hukum harus memberikan pengaman agar dipercaya sebagai instrument untuk mengurangi biaya transaksi dalam setiap kegiatan ekonomi.

¹²⁰ Lihat R.H, Coase, R.H. 1989. *The Firm; the Market and the Law*. University of Chicago Press. Chicago, 1989, hal. 114.



PRINSIP-PRINSIP HUKUM DALAM PENANAMAN MODAL ASING

1. Prinsip Mendatangkan Manfaat Bagi Rakyat

Pandangan Mohammad Hatta tentang penanaman modal, terutama penanaman modal asing masih relevan dan mempunyai pengaruh yang signifikan dalam politik perekonomian Indonesia sampai saat ini. Pokok pemikiran Mohammad Hatta tentang politik perekonomian Indonesia adalah tidak anti modal asing. Maksudnya, penanaman modal asing diperlukan untuk pembangunan ekonomi Indonesia. Menurut Mohammad Hatta, penanaman modal asing diperlukan untuk ikut mengembangkan ekonomi nasional. Pendapat Mohammad Hatta itu sejirama dengan kebijakan dasar atau politik ekonomi Indonesia, seperti dicantumkan dalam Pembukaan UUD 1945, Pasal 27 dan Pasal 33 UUD 1945. Pembukaan UUD 1945 menyatakan sebagai berikut ... untuk membentuk suatu pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 menyatakan bahwa: Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan. Selanjutnya, Pasal 33 UUD 1945 menyatakan:

- (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.
- (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-besarnya kemakmuran rakyat.
- (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip keadilan, kebersamaan, efisiensi, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Spirit hukum yang dikandung dalam Pasal 33 dan Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 harus diemban oleh UU Penanaman Modal, karena perwujudan demokrasi ekonomi dan kesejahteraan rakyat seperti diamanatkan konstitusi mullak diwujudkan melalui UU Penanaman Modal. Untuk mencapai tujuan ini, maka UUD 1945 menekankan prinsip pentingnya peranan negara untuk mengatur dan menyelenggarakan kegiatan ekonomi yang penting dan menguasai hajat hidup rakyat Indonesia secara keseluruhan, juga untuk menjamin kesejahteraan rakyat banyak. Dalam konteks penanaman modal asing, Ismail Suny dan Rudioro Rochmat menyatakan bahwa untuk mencegah dominasi modal asing, maka Pemerintah harus melakukan beberapa strategi, yaitu:

- Tetap menutup perusahaan-perusahaan asing/MNC vital yang menguasai hajat hidup orang banyak.
- Setiap izin penanaman modal asing ditentukan jangka waktu tidak melebihi 30 tahun.
- Mengatur secara ketat bidang-bidang usaha untuk PMA.

- Mengatur daerah-daerah usaha bagi PMA.
- Menetapkan macam perusahaan PMA.¹⁷⁷

Melakukan penelitian terhadap prinsip peranan negara dalam perekonomian rakyatnya, berarti mengkaji teori-teori mengenai *minimal state*, *maximal state*, dan keterlibatan yang terukur yang dikenal dalam *state/government intervention theory*.

Teori *minimal state*, misalnya, menganalisis tentang peran negara dalam keunggulan kompetitif terbuka tidak tepat, karena yang bersaing dalam pasar adalah perusahaan, dan bukan negara. Michael Porter menolak anggapan bahwa, daya saing nasional sangat dipengaruhi oleh kebijakan pemerintah. Malahan justru merusak keragaan daya saing dunia usaha negara itu. Fenomena itu terjadi seperti di Amerika Serikat, Jepang dan Korea Selatan. Hal itu berarti dengan memperhitungkan peranan perusahaan yang disebut dalam teori *minimal state* ini, maka kegiatan ekonomi yang dilakukan dalam sistem ekonomi pasar dan persaingan bebas akan jauh lebih bermanfaat bagi masyarakat pada umumnya daripada kalau diatur seluruhnya oleh negara. Dengan perkataan lain, sektor usaha kecil dan koperasi dalam konsep ekonomi kerakyatan harus dibiarkan berkembang dengan kemampuannya sendiri. Teori ini meyakini bahwa bila sektor ekonomi makro baik atau pulih kembali dalam suatu negara, maka sektor ekonomi kerakyatan dengan sendirinya akan ikut pula berkembang dan maju. Teori ini meyakini pula bahwa di dalam masyarakat selalu terdapat hubungan harmoni secara alamiah, yakni adanya keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Namun masih harus dipertimbangkan adalah aspek hukum, yakni siapa yang berhak atas sumber-sumber ekonomi yang ada termasuk jaminan perlindungan hukum. Selain itu, tentu saja harus diperhitungkan pula aspek efisiensi, karena institusi-institusi ekonomi kerakyatan harus bekerja dalam sistem pasar.

¹⁷⁷ Lihat Ismail Suny dan Rudiono Rochmat, *Op. Cit.* hal. 15-16.

Selain itu, ada juga yang berpendapat bahwa kinerja pemerintahan di bidang perekonomian ternyata belum juga menunjukkan hasil yang memuaskan masyarakat. peran negara dalam perekonomian modern sekarang ini telah menciut karena negara sangat membutuhkan investor asing membawa modalnya masuk ke dalam negeri untuk pembangunan ekonomi. Selain itu, negara tidak mampu mencegah apalagi melarang investor asing dan perusahaan multinasional memindahkan kegiatan ekonomi mereka ke negara lain yang lebih baik sistem hukumnya dan penegakan hukumnya yang lebih mantap.

Berbeda dengan pendekatan *minimal state*, teori *maximal state* menganalisis dengan cermat tentang peranan negara dalam lapangan perekonomian rakyatnya. Pendekatan ini menganalisis bahwa kegiatan ekonomi suatu bangsa merupakan hasil ciptaan bangsa itu sendiri. Kemakmuran ekonomi suatu bangsa tidak muncul akibat adanya sumber daya alam yang besar, tenaga kerja yang murah, pangsa pasar yang besar, dan suku bunga rendah, alokasi perpajakan yang seimbang, tetapi ditentukan oleh berbagai kebijakan pengaturan (*regulative policy*) pemerintah. Teori ini menganalisis pula secara cermat bahwa, dalam kenyataannya ternyata sangat sulit dicapai keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Hal ini berarti bahwa dengan peranan pemerintah sepenuhnya menguasai sumber-sumber ekonomi atau faktor-faktor produksi, maka rakyat pada umumnya, petani, pengusaha kecil, koperasi dan sejenisnya akan lepas dari dominasi perusahaan skala besar, konglomerat dan perusahaan multinasional yang kapitalis global itu.

Sedangkan teori keterlibatan terukur yang dipelopori oleh Keynes, melakukan analisis terhadap peranan negara yang mendasarkan pada filsafat bahwa, di dalam kegiatan ekonomi atau bisnis tidak dapat dibiarkan berjalan sendiri berdasarkan mekanisme pasar (*free fight liberalism*), tetapi tidak pula dibiarkan kegiatan ekonomi berjalan berdasarkan dominasi negara dan aparatur ekonomi nega-

ra (*etatism*) melainkan harus diatur, diawasi, dan dikendalikan oleh negara dan masyarakat. Hukum dan kegiatan ekonomi merupakan pasangan di mana yang satu memerlukan yang lain. Tanpa pranata hukum (aturan, institusi, dan penegakannya) kegiatan ekonomi akan kehilangan kemampuan untuk menghasilkan pertumbuhan, efisiensi, keadilan, efektivitas, profit dan menekan biaya ekonomi sesuai potensi yang dimilikinya.

Dengan perkataan lain, kegiatan ekonomi dibiarkan bergerak sendiri, ia akan kurang bahkan tidak peduli terhadap keadilan, pemerataan ekonomi dan masyarakat. Hak milik diakui dan dimanfaatkan untuk kemajuan masyarakat serta potensi setiap warga negara harus dikembangkan dan dilindungi oleh hukum. Hal ini berarti bahwa dengan memperhitungkan kedua hal yang disebutkan di atas, menurut Keynes, perlu harus dipertimbangkan kesempatan kerja penuh dalam kegiatan ekonomi.

Terlihat sangat perlu, bahwa prinsip menempatkan peranan negara untuk mengatur dan menyelenggarakan perekonomian sangat berperan untuk membantu pendekatan para ahli hukum untuk mendesain landasan hukum penanaman modal, supaya dapat dicapai manfaat modal asing, tidak menimbulkan ketergantungan ekonomi nasional dari modal asing, memberikan berbagai insentif yang seimbang bagi penanam modal sebagai faktor penarik dan memberi jaminan-jaminan dan perlindungan hukum terhadap hak milik dan aset para penanam modal, terutama penanam modal asing.

Selain prinsip peran negara dalam lapangan perekonomian, UUD 1945 mengandung pula prinsip-dasar keadilan sosial dan prinsip demokrasi ekonomi bagi seluruh rakyat Indonesia. Prinsip ini sangat penting sebagai strategi Indonesia untuk memanfaatkan penanaman modal dalam jangka pendek maupun jangka panjang.

Dalam demokrasi ekonomi tidak ada tempat bagi kegiatan ekonomi untuk mengeksploitasi manusia dan bangsa lain (*free fight*

liberalism). Demikian juga, birokrasi ekonomi negara (*etatisme*) tidak boleh mendominasi dan mematikan potensi serta kreasi sektor-sektor ekonomi yang dikelola para swasta. Praktik-praktik monopoli harus dilarang, karena hal ini dapat dijadikan sarana untuk mengeksploitasi sesama manusia, dan tentu saja karena merugikan masyarakat (Pasal 7 Ketetapan MPRS No. XXIII/MPRS/1966).

Untuk mencapai hal itu (baca semangat dan jiwa dari Ketetapan), dapat diintegrasikan ke dalam landasan hukum penanaman modal. Semangat dan jiwa tersebut dikembangkan dan disusun berdasarkan cita-cita Indonesia dan masyarakat pada umumnya, melindungi segenap rakyat Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kebebasan, kesamaan, solidaritas, perdamaian dan keadilan. Ketidakmampuan mengolah sumber-sumber ekonomi yang melimpah menjadi kekuatan ekonomi riil disebabkan karena kita tidak mengembangkan landasan hukum yang mengandung kepastian orientasi. Orientasi merupakan patokan yang sangat menentukan dalam proses pengambilan keputusan oleh negara untuk membangun landasan hukum penanaman modal yang benar-benar dapat diandalkan dalam menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif bagi penanam modal maupun masyarakat.

Beranjak dari prinsip keadilan sosial dan demokrasi ekonomi, sesungguhnya dilatar belakangi oleh semangat dan jiwa Pembukaan UUD 1945, yaitu *komitmen fundamental* dari rakyat Indonesia kepada cita-cita mewujudkan kemakmuran masyarakat secara adil. Hal ini ditunjukkan pula secara yuridis-konstitusional dengan jelas dan tegas dalam Amendemen Pasal 33 UUD 1945.

Prinsip keadilan sosial dan demokrasi ekonomi telah dikembangkan beberapa ahli ekonomi Indonesia, sekitar tahun 1980-1981 yang dikenal dengan Sistem Ekonomi Pancasila. Pelopornya adalah

Mubyarto. Landasan yuridis konstitusional Sistem Ekonomi Pancasila adalah Pasal 33, Pasal 27, Pasal 34 UUD 1945, dan Pokok Pikiran dalam Pembukaan UUD 1945, yang menyatakan bahwa negara hendak mewujudkan *keadilan sosial* bagi seluruh rakyat Indonesia.

Mungkin kita dapat membangun dan memanfaatkan nilai-nilai kegiatan ekonomi yang terkandung dalam Sistem Ekonomi Pancasila dalam melakukan pembaruan landasan hukum penanaman modal, dan nilai-nilai ini terus diuji kembali dalam proses untuk mengkaji apakah landasan hukum yang sudah ada perlu diperbarui. Tentu saja untuk melakukannya, kita harus memahami bagaimana patokannya dari berbagai nilai dalam Sistem Ekonomi Pancasila itu, agar landasan hukum penanaman modal yang hendak diperbarui sejatinya dengan nilai-nilai kegiatan ekonomi Indonesia.

Penerapan prinsip keadilan sosial dan demokrasi ekonomi ke dalam rezim hukum penanaman modal sangat menantang bagi *rule based economy*, tetapi sulit, karena semua pihak dalam hubungannya dengan nilai-nilai kegiatan ekonomi tidak sama pandangannya. Hal ini terlihat secara nyata, terutama kalau menggunakan nilai-nilai kegiatan ekonomi dalam Sistem Ekonomi Pancasila. Ada beberapa pendapat mengenai hal ini. *Pertama*, pendapat yang mengatakan bahwa sistem ekonomi Indonesia bukan sistem kapitalisme maupun sosialisme. Emil Salim mengatakan bahwa Sistem Ekonomi Pancasila adalah sistem ekonomi pasar dengan unsur perencanaan. Dengan perkataan lain, nilai dasar dari kedua sistem ini berada dalam keseimbangan. Mubyarto berpendapat bahwa Sistem Ekonomi Pancasila sangat mungkin berada di antara dua sistem tersebut.¹²⁸

Selanjutnya, Mubyarto menafsirkan sistem ekonomi Indonesia yang berorientasi pada sila-sila dalam Pancasila, yang secara ringkas dapat dikemukakan sebagai berikut: yaitu (*Sila 1*) Roda

¹²⁸ Lihat Cornelis Rintuh dan Miar, *Ketembagaan dan Ekonomi Rakyat*, diterbitkan BPFE-Yogyakarta, 2005, hal. 79-80.

perekonomian digerakkan oleh rangsangan ekonomi, sosial dan moral. (*Sila II*) Ada kehendak kuat dari masyarakat pada umumnya untuk mewujudkan pemerataan sosial sesuai prinsip kemanusiaan. (*Sila III*) Nasionalisme menjiwai setiap kebijakan ekonomi. (*Sila IV*) Koperasi merupakan soko guru dalam kegiatan ekonomi dan merupakan bentuk paling konkrit dari usaha bersama. (*Sila V*) Keseimbangan yang tegas antara perencanaan di tingkat nasional dan desentralisasi dalam kegiatan ekonomi. *Kedua*, melihat sistem ekonomi Indonesia dalam jalur yuridis formal, yang berangkat dari keyakinan bahwa landasan normatif Sistem Ekonomi Pancasila menurut UUD 1945 terutama Pasal 33, 27, dan Pasal 34 seharusnya mengarah pada sistem ekonomi sosialisme.¹²⁹ Kalau dikaji lebih jauh, filsafat Sistem Ekonomi Pancasila adalah sama dengan konsep sistem Ekonomi Kerakyatan atau dikenal dengan kegiatan *ekonomi rakyat banyak*, yang menekankan kesejahteraan bersama. Konsep ekonomi kerakyatan adalah skala usahanya yang kecil-kecil dan dilakukan orang banyak, misalnya usaha petani, peternak atau nelayan kecil, perkebunan dan sejenisnya. Jika dikaitkan dengan perdagangan barang dan jasa, maka yang dimaksud dengan kegiatan ekonomi yang dilakukan oleh orang banyak adalah industri kecil, industri rumah tangga, eceran kecil, dan lembaga keuangan mikro dan sejenisnya, tetapi bukan industri besar, perbankan formal, konglomerat, dan sebagainya.

Konsep ekonomi kerakyatan telah tercantum dalam TAP MPR XIV/1998, TAP MPR IV/1999 dan Undang-undang No. 25 Tahun 2000 tentang Proenas, tetapi tidak disebutkan dengan jelas konsep, dan ciri ekonomi kerakyatan itu. Hanya disebutkan bahwa ekonomi kerakyatan orientasinya berpihak pada peningkatan kesejahteraan rakyat. Selain itu, nilai-nilai kegiatan ekonomi dalam Sistem Ekonomi Pancasila maupun Ekonomi Kerakyatan dijalankan melalui koperasi dan unit usaha kecil, karena dianggap sebagai lembaga ekonomi dan bisnis yang paling cocok dan paling tepat diguna-

¹²⁹ *Ibid.*

kan dalam kegiatan perekonomian untuk membangkitkan ekonomi rakyat. Kegiatan ekonomi Pancasila dan ekonomi kerakyatan dianggap paling sesuai karena di dalamnya terkandung nilai-nilai kekeluargaan, gotong royong, kerjasama, kebersamaan, keadilan dan partisipasi. Inilah sebenarnya makna demokrasi ekonomi.

Namun, dalam perkembangan yang sedang berubah dapatkah nilai-nilai kegiatan ekonomi dalam lembaga koperasi maupun unit usaha kecil yang menekankan kesejahteraan bersama dihidupkan di tengah-tengah kegiatan perekonomian global? Pertanyaan selanjutnya, dapatkah nilai-nilai kegiatan ekonomi dalam sistem koperasi bekerja dalam sistem pasar? Pertanyaan ini dapat dilanjutkan lagi dengan pertanyaan yang konteksnya sama, dapatkah koperasi dan unit usaha kecil yang menekankan nilai-nilai kekeluargaan, diambil sebagai jalan tengah antara sistem kapitalisme dan sistem sosialisme? Pelaku ekonomi dalam sistem ekonomi Indonesia terdiri dari tiga lembaga ekonomi, yaitu swasta, negara dan koperasi. Dalam kenyataannya, koperasi dan unit-usaha kecil ternyata merupakan lembaga ekonomi yang paling lemah dan paling tertinggal atau paling terpinggirkan.

Selanjutnya, di dalam keadaan perekonomian global sekarang ini, peranan negara masih tetap dominan dalam perekonomian rakyatnya. Semakin kuatnya kelompok pengusaha dan munculnya gejala konglomerasi, penanam modal asing dapat melakukan penanaman modal di sektor-sektor yang menguasai hajat hidup orang banyak walaupun kepemilikan oleh pihak Indonesia dengan 5%, peranan swasta baik nasional maupun asing semakin kuat. Ditinjau dari segi ini, agaknya tidaklah salah kalau dikatakan bahwa sistem kapitalisme dan liberalisme telah tumbuh subur di Indonesia. Hal ini sejalan dengan teori neo-klasik bahwa sistem ekonomi kapitalis merupakan suatu sistem ekonomi berdasarkan sepenuhnya pada mekanisme pasar, yang dimotori oleh akumulasi modal global. Persaingan bebas (*laissez faire*) pemilikan individual, keterlibatan pe-

merintah yang minimal (*least government*) dalam kegiatan ekonomi diyakini akan menentukan secara maksimal dan efisien terhadap produksi dalam kegiatan perekonomian. Sedangkan sistem ekonomi sosialis merupakan sistem ekonomi yang menghendaki peranan negara yang besar, baik sebagai pelaku ekonomi maupun berperan mengendalikan pasar. Mekanisme pasar (kekuatan permintaan dan penawaran) harus dikendalikan melalui perencanaan terpusat. Namun, perlu dipahami juga bahwa, sistem ekonomi sosialis tetap memandang penting peranan modal asing dan kaum pengusaha dalam sistem kapitalis.¹³⁰

Bertitik tolak dari sistem ekonomi kapitalis, sistem ekonomi sosialis, sistem ekonomi pancasila dan sistem ekonomi kerakyatan seperti diuraikan di atas, maka landasan hukum penanaman modal yang hendak dibangun diorientasikan pada nilai-nilai ekonomi pasar sosial (*social market economy*). Konsep dasar sistem ekonomi pasar sosial adalah, keadilan sosial dan demokrasi ekonomi yang mendasarkan kepada landasan ideal dan konstitusional dalam mengembangkan sistem ekonomi pasar sosial yang senantiasa harus tercermin dalam pranata hukum penanaman modal yang akan diperbarui, yaitu Pancasila, UUD 1945, terutama Pasal 23, 27, 33 dan 34. Hakikat dari sistem ekonomi pasar sosial ini adalah mengutamakan keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat dalam kegiatan penanaman modal tanpa mengabaikan kebebasan untuk berusaha (*freedom to invest*). Kriteria kebebasan untuk berusaha merupakan persyaratan bagi terwujudnya sistem ekonomi pasar sosial.

Untuk mewujudkan landasan hukum yang menopang iklim penanaman modal yang kondusif, sistem ekonomi pasar sosial mengandung dua dimensi, yang menuntut agar landasan hukum penanaman modal yang hendak dibangun itu diarahkan untuk: (1)

¹³⁰ *Ibid*

mengembangkan perekonomian rakyat global, dan (2) perekonomian kapitalisme global. Nilai kegiatan ekonomi rakyat dan nilai ekonomi kapitalisme global adalah dua sistem ekonomi yang berbeda, bahkan tidak ada hubungannya, tetapi saling menunjang. Artinya, kemajuan ekonomi global atau non-ekonomi rakyat harus bisa memberikan manfaat bagi pelaku ekonomi dan masyarakat, sebab selain ditunjang oleh prinsip persamaan hak-hak dasar warga negara, juga kewajiban negara maupun kewajiban sosial perusahaan untuk melindungi warga negara ekonomi lemah, agar secara bertahap dapat menciptakan kesejahteraan bagi warga masyarakat pada umumnya, usaha-usaha skala kecil pun juga dapat menjadi usaha berskala besar dan dapat mampu bersaing dan bekerja dalam sistem pasar.

Bertitik tolak dari kedua nilai ini, hukum adalah alat untuk baik bagi pengusaha besar, konglomerat, perusahaan multinasional maupun pengusaha kecil serta koperasi memperoleh kekayaan atau kesempatan ekonomi dalam mengejar keuntungan ekonomi. Dengan menggunakan pendekatan pasar sosial dalam membangun landasan hukum penanaman modal, maka penyelenggaraan penanaman modal asing melalui perusahaan multinasional dan perusahaan transnasional tidak menimbulkan ketergantungan ekonomi terhadap perekonomian nasional atau perekonomian rakyat banyak melainkan saling ketergantungan antara usaha kecil dan koperasi ini, usaha kecil, koperasi dan perusahaan multinasional dan perusahaan transnasional tersebut. Prinsip saling ketergantungan ini yang dilandasi oleh semangat *take and give* merupakan wujud tujuan akhir segala upaya investor atau perusahaan adalah profit dan kemakmuran bersama. B.N. Marbun mengatakan segala sesuatu itu tidak ada yang abadi dan mutlak, demikian juga hak perusahaan. Semua serba saling tergantung. Kerja sama yang langgeng dari prinsip saling ketergantungan tersebut hanya bisa terjadi apabila dilandasi kerja sama yang harmonis dan saling menguntungkan dan adil sesuai hak dan kewajiban dalam kehidupan bermasyarakat. Dengan menggunakan

pendekatan nilai kegiatan ekonomi dalam sistem ekonomi pasar sosial, dapat dipakai sebagai acuan.¹¹

Kegiatan ekonomi pasar sosial berisi prinsip-prinsip perekonomian nasional seperti yang diatur dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945, yang berdasar atas prinsip demokrasi ekonomi, keadilan, kebersamaan, efisiensi, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian serta dengan menjaga dan melestarikan keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Prinsip-prinsip ini, menurut pendapat penulis, tercermin dalam Pasal 27 yang mengatur prinsip persamaan hak-hak dasar warga negara, keadilan, dan kewajiban negara untuk melindungi warga negaranya dari eksploitasi ekonomi.

Dengan demikian, nilai-nilai kegiatan ekonomi pasar sosial intinya adalah kekeluargaan juga yang mewadahi prinsip keadilan sosial dan demokrasi ekonomi. Hanya saja perlu diperhatikan bahwa dasar keadilan sosial dan demokrasi ekonomi yang tercermin dalam prinsip atau asas kekeluargaan seharusnya tidak dipahamkan secara sempit yaitu semata-mata dalam bentuk koperasi atau unit usaha kecil. Sebab, koperasi dan usaha kecil harus bekerja dalam sistem pasar, dan bukan untuk menghapuskan atau anti pasar. Landasan pemikirannya adalah bahwa jika kegiatan ekonomi rakyat banyak tidak bekerja dalam mekanisme pasar, maka lembaga tersebut tidak akan dapat berkembang menjadi badan usaha skala besar, yang pada hakikatnya perusahaan skala besar adalah juga rakyat.

Di sinilah suatu hukum berperan progresif dan inovatif untuk mengendalikan dan mampu mengubah perilaku perusahaan-perusahaan asing untuk menanamkan modalnya sesuai dengan prinsip kemanfaatan ekonomi bagi di Indonesia. Mengapa hukum harus berperan progresif dan inovatif supaya penanaman modal asing dapat memberi manfaat bagi kegiatan ekonomi rakyat banyak dan warga masyarakat umumnya.

¹¹ Lihat Legianro, *Op. Cit.*, hal. 92-93.

Secara garis besar ada tiga aspek utama yang akan menentukan orientasi pembaruan landasan hukum penanaman modal, untuk mewujudkan nilai-nilai kegiatan ekonomi demikian. Dalam melakukan pembaruan landasan hukum penanaman modal, ketiga aspek fundamental tersebut harus diberi wahana, dan wahana ini terus diuji kembali apakah landasan hukum penanaman modal yang sudah ada perlu desain besar, dan demikian selanjutnya.

Pertama, diperlukan landasan hukum yang mengatur mengenai penanaman modal yang tidak membedakan penanaman modal asing dengan penanaman modal dalam negeri. Oleh sebab itu, di dalam kegiatan penanaman modal setiap penanam modal atau perusahaan harus diberikan pranata hukum yang memungkinkan mendapat perlakuan sama tanpa melihat negara asal, kecuali penanaman modal berasal dari negara tertentu dimana Indonesia terikat dalam suatu perjanjian atau perjanjian internasional.¹² *Kedua*, landasan hukum penanaman modal yang mengatur dan mengutamakan kerja sama yang harmonis berlandaskan prinsip persamaan, keadilan dan kekeluargaan antara penanam modal atau perusahaan asing dengan penanam modal atau perusahaan dalam negeri. Indonesia sebagai negara hukum lebih mengutamakan kepentingan umum daripada kepentingan individu, tanpa mengabaikan harkat dan martabat manusia.¹³ Sebab, kemakmuran masyarakat pada umumnya lah yang

¹² Hal ini sangat memungkinkan seperti diatur dalam Pasal 1 ayat (4) Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, yang menyatakan "Penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia".

¹³ Pasal 3 Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, mengatakai "penanaman modal diselenggarakan berdasarkan asas:

- a. kepastian hukum;
- b. keterbukaan;
- c. akuntabilitas;
- d. perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara;
- e. kebersamaan;
- f. efisiensi berkeadilan;
- g. berkelampauan;
- h. berkeadilan lingkungan.

diutamakan, bukan kemakmuran orang-seorang. Hak milik perorangan diakui dan dilindungi, tetapi pemantaatannya tidak boleh bertentangan dengan kepentingan masyarakat. Demikian pula potensi, inisiatif, dan daya kreasi setiap orang ditumbuh-kembangkan sepenuhnya, dan negara wajib menjamin hal itu sepanjang tidak merugikan kepentingan umum. Prinsip inilah yang perlu dimasukkan ke dalam aturan-aturan hukum penanaman modal untuk bisa mewujudkan kemakmuran semua orang. Oleh karena itu, mewujudkan iklim penanaman modal yang lebih baik, maka aturan-aturan hukum mengenai penanaman modal harus disusun berdasarkan atas prinsip demokrasi ekonomi keadilan, kebersamaan, efisiensi, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Jimly Asshiddiqie mengatakan Pancasila dan UUD 1945 menghendaki adanya keseimbangan dalam semua aspek kehidupan bernegara, termasuk keseimbangan antara kepentingan masing-masing orang dengan kepentingan bersama dalam kehidupan bersama.¹⁵⁴ Demokrasi ekonomi mengutamakan kemakmuran bersama, dan bukan kemakmuran masing-masing individu. Nilai kemasyarakatan dalam kehidupan ekonomi tersebut adalah kegiatan ekonomi yang dilaksanakan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat.

Ketiga, landasan hukum penanaman modal yang mengatur mengenai prinsip tanggung jawab sosial (*social responsibility*), baik perusahaan-perusahaan asing atau perusahaan multinasional.¹⁵⁵ Dasar pemikiran dari prinsip tanggung jawab sosial perusahaan tersebut, adalah berfungsi untuk mendukung terciptanya harmoni serta pencapaian kemakmuran semua orang dalam arti masyarakat pada

i, kemandirian; dan

j, keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

¹⁵⁴ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2011, hal. 259.

¹⁵⁵ Pasal 15 Undang-undang No. 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal, antara lain diatur bahwa setiap penanam modal berkewajiban menerapkan prinsip tata kelola perusahaan yang baik, dan melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan.

umumnya, dan bukan hanya untuk masyarakat tertentu. Untuk itu diperlukan landasan hukum yang berorientasi kepada upaya-upaya untuk menghemat biaya dan memaksimalkan laba, tetapi juga perusahaan wajib mempekerjakan tenaga kerja Indonesia pada perusahaannya di Indonesia, wajib mengalihkan teknologinya kepada pihak Indonesia, wajib melindungi konsumen, wajib melestarikan alam dan lingkungan dalam membangun dan mengembangkan bisnis atau industrinya. Prinsip-prinsip hukum yang harus melandasi rezim undang-undang penanaman modal asing adalah prinsip mendatangkan manfaat bagi rakyat dari adanya penanaman modal.

Prinsip mendatangkan manfaat bagi rakyat akan dibahas dalam tiga prinsip yaitu. *Pertama*, prinsip Mempertimbangkan Kepentingan Daerah. *Kedua*, Prinsip Skala Prioritas. *Ketiga* Prinsip Mempergunakan Tenaga Kerja Indonesia. Ketiga prinsip ini merupakan batu penyangga dari prinsip mendatangkan manfaat bagi rakyat dalam kegiatan penanaman modal.

a. Prinsip Mempertimbangkan Kepentingan Daerah

Prinsip atau asas ini harus dijabarkan dalam dasar pemikiran rezim UU Penanaman Modal. Dasar pemikiran dibuatnya suatu peraturan perundang-undangan, lazimnya ditemukan dalam konsiderans menimbang. UU Penanaman Modal menyebutkan: untuk mempercepat pembangunan ekonomi nasional dan mewujudkan kedaulatan politik dan ekonomi Indonesia diperlukan peningkatan penanaman modal untuk mengolah potensi ekonomi menjadi kekuatan ekonomi riil dengan menggunakan modal yang berasal, baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri.

Dasar pemikiran ini sebetulnya sejalan dengan dasar pemikiran Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing yaitu mendasarkan kepada kemampuan serta kesanggupan sendiri dan tidak boleh menimbulkan keseganan

untuk memanfaatkan potensi-potensi modal, teknologi dan skill yang tersedia dari luar negeri, selama segala sesuatu benar-benar diabdikan kepada kepentingan ekonomi rakyat tanpa mengakibatkan ketergantungan terhadap luar negeri. Ismail Suny dan Rudioro Rochmat melihat lebih luas kepada dasar pemikiran undang-undang penanaman modal, tampak dalam prinsip-prinsip ekonomi yang rasional dan realistis dalam arti memberikan kepada prinsip kemandirian. Prinsip ini mempertimbangkan manfaat dari modal asing, tetapi tidak mengakibatkan ketergantungan terhadap penanaman modal asing, dan harus serius untuk dimanfaatkan demi kepentingan ekonomi rakyat.¹⁶ Lebih lanjut Ismail Suny dan Rudioro Rochmat mengatakan bahwa prinsip mempertimbangkan kepentingan daerah adalah adanya kebijakan dasar untuk menetapkan daerah berusaha penanaman modal asing yang sangat penting untuk mengusahakan pembangunan dan pemerataan di seluruh daerah di Indonesia.¹⁷

Jadi, prinsip mempertimbangkan kepentingan daerah adalah salah satu upaya untuk mencegah dominasi modal asing terhadap perekonomian nasional. Hal ini tentu saja mencegah aktivitas penanaman modal asing yang tidak terlepas dari motif penguasaan sumber kekayaan alam yang terdapat di daerah.

Dalam penerapan prinsip mempertimbangkan kepentingan daerah sulit diwujudkan. Hal ini disebabkan tidak ada ketentuan yang mengatur dengan jelas akses serta kompetensi daerah untuk memperoleh alokasi sumber daya yang lebih banyak, yang akan menunjang program pembangunan dan pemerataan pembangunan di seluruh daerah di Indonesia, terutama di Kawasan Timur Indonesia. Cakupan kewenangan ini secara yuridis-formal lebih besar dari kewenangan pemerintah daerah, karena kebutuhan penanaman modal hanya memperhatikan kebutuhan pena-

¹⁶ Ismail Suny dan Rudioro Rochmat, *Op. Cit.* hal. 14

¹⁷ *Ibid.* 49.

nam modal di daerah, bukan mencakup kebutuhan penanaman modal di daerah. Akibatnya, pemerintah daerah tidak cukup kuat kewenangannya untuk mengidentifikasi potensi sumber daya daerah, menyusun program pengembangan penanaman modal, dan menetapkan kebijakan pemberian insentif khusus di luar kewenangan fiskal dan moneter sesuai kewenangan daerah kabupaten/kota.

Dalam keadaannya sekarang, pembangunan dan kemajuan suatu daerah tidak merata dan tidak sama pesat dan maju. Beberapa daerah mencapai pertumbuhan cepat, sementara daerah lain mengalami pertumbuhan yang lambat. Pembangunan ekonomi dalam konteks negara yang tidak merata dapat menimbulkan kesenjangan daerah atau wilayah. Dengan kata lain, kemakmuran suatu negara belum tentu suatu daerah akan menjadi makmur. Oleh karena itu, pembaruan daerah usaha bagi penanaman modal asing adalah dibutuhkan kualifikasi dan kuantifikasi kewenangan yang lebih banyak kepada pemerintah daerah dan masyarakatnya untuk mengelola sumber daya yang ada. Selain itu, kegiatan penanaman modal asing di daerah akan membentuk suatu pola kemitraan antara pemerintah daerah dengan swasta untuk menciptakan suatu lapangan kerja, mendorong kegiatan ekonomi dan pertumbuhan ekonomi dan strategi pemerintah daerah untuk mererformulasi sumber pendanaan Anggaran Pendapatan Belanja Daerah.

Selanjutnya, tuntutan pembiruan daerah usaha penanaman modal asing tersebut atau dikenal dengan prinsip memperhatikan kepentingan daerah adalah agar penanaman modal dapat mendatangkan kemanfaatan ekonomi secara langsung kepada rakyat di daerah. Selain itu, prinsip ini tidak menimbulkan kesenjangan wilayah. Arus penanaman modal yang terjadi selama ini hanya terpusat di Kawasan Barat Indonesia. Untuk sekadar ilustrasi, dapat dilihat timpangnya arus penanaman modal di Ka-

wasan Barat Indonesia dan Kawasan Timur Indonesia. Nilai penanaman modal seluruh provinsi di Indonesia pada tahun 2007 tidak proporsional di masing-masing daerah. Tidak jelas penyebab ketimpangan penanaman modal asing maupun penanaman modal dalam negeri yang sangat mencolok di masing-masing daerah kawasan barat dan kawasan timur Indonesia.

Indikasi ini menggambarkan bahwa prinsip memperhatikan kepentingan daerah sangat penting dilakukan, karena kehadiran modal asing hanya dapat memberi manfaat bagi perekonomian dan kesejahteraan rakyat jika pemerintah daerah diberi wewenang dan otoritas dalam bentuk hukum administrasi yang lebih besar, dan tidak seperti yang ada selama ini, yaitu hanya terbatas pada izin lokasi, IMB, izin gangguan/HO dan lain-lain perizinan yang bukan bersifat persetujuan penanaman modal. Seperti diketahui bahwa Indonesia adalah negara yang besar dan kaya sumber daya alam, dan karena itu banyak sekali manfaatnya yang diharapkan dapat diperoleh dari kondisi sumber kekayaan alam ini jika pemerintah daerah dapat memanfaatkan semaksimal mungkin landasan hukum di bidang penanaman modal yang berlandaskan prinsip memperhatikan kepentingan (ekonomi) daerah.

Sehubungan dengan pemberian kewenangan pemerintah daerah yang lebih besar dalam penanaman modal sebagai manifestasi dari penerapan prinsip kemanfaatan ekonomi dari penanaman modal, maka kebutuhan penanaman modal nasional harus menggambarkan kebutuhan penanaman modal daerah. Dengan demikian, kebutuhan penanaman modal nasional mencakup pula kebutuhan penanaman modal di daerah. Menjadi pertanyaan adalah apakah manfaat kehadiran modal asing bagi perekonomian di daerah? Masalah yang kita hadapi sekarang adalah Indonesia belum menjadi negara tuan rumah yang mempunyai kapasitas dan kreativitas dalam membentuk landasan hukum di bidang eko-

nomi melalui cara-cara dipergunakannya konsep maksimalisasi ini untuk memanfaatkan modal asing. Dampak negatif tidak dipergunakannya konsep maksimalisasi dalam kegiatan penanaman modal tampak pada tindakan BKPM mengendalikan proses perizinan penanaman modal. Tindakan pemerintah pada bulan April 1994 telah menutup peluang daerah untuk meningkatkan dan mengembangkan perekonomian melalui penanaman modal. Penanam modal cukup mengurus proses perizinan penanaman modal di BKPM.

Daerah memerlukan kewenangan yang lebih besar melalui reformasi regulasi untuk pengakuan kewenangan itu efektif berlaku. Prinsip memperhatikan kepentingan daerah memperkuat alasan di atas. Apalagi setelah keluarnya UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, maka daerah telah diberi pranata hukum untuk menjamin hal itu dapat terwujud. Daerah telah diberi kewenangan untuk memberdayakan perekonomian di daerah melalui penanaman modal. Hal ini berarti bahwa, kebutuhan penanaman modal nasional harus mencakup pula kebutuhan penanaman modal di daerah. Demikian pula dalam perencanaan penanaman modal nasional harus ada pemetaan perekonomian daerah yang menjadi dasar kebutuhan penanaman modal nasional.

Agar penanaman modal dapat mendatangkan manfaat ekonomi bagi rakyat dapat dijelaskan melalui analisis dari teori mendapatkan keuntungan melalui perdagangan, yaitu *the gains-from-trade theorem*. Teori ini mengatakan bahwa perlu memaksimalkan keuntungan dari perdagangan tanpa ketakutan akan adanya pembatasan dalam hal perdagangan bebas.¹³⁸

Prinsip mempertimbangkan kepentingan daerah merupakan bagian integral dari pembangunan ekonomi nasional. Proses

¹³⁸ Ciba Vietri Parba, *Op. Cit.* hal. 267-270

globalisasi penanaman modal, tidak dapat disangkal lagi telah membuka standar pembangunan daerah sesuai dengan pembangunan ekonomi global. Tujuan utama penetapan daerah usaha penanaman modal adalah untuk menghindari kesenjangan penanaman modal di daerah. Oleh karena itu, penetapan daerah usaha tersebut, untuk mendukung kepentingan ekonomi daerah, maka diperlukan pembaruan *peringkat daerah* berdasarkan kelayakan penanaman modal. Jika pembaruan tersebut diimplementasikan lebih lanjut ke dalam peraturan perundang-undangan, maka penanaman modal dapat mendatangkan manfaat ekonomi yang sesungguhnya bagi daerah. Pembaruan peringkat daerah akan diketahui daerah mana yang memiliki iklim penanaman modal yang baik atau daerah mana yang kurang kondusif iklim penanaman modalnya. Pembaruan peringkat daerah juga akan sangat berguna bagi investor/perusahaan asing yang akan menanamkan modalnya di daerah.

Berbagai perubahan tersebut harus tetap berpegang pada prinsip kemanfaatan. Prinsip kemanfaatan modal asing diperlukan untuk menggerakkan perekonomian, menyediakan lapangan kerja untuk jangka pendek, serta membenahan perekonomian nasional untuk jangka panjang. Bagi daerah-daerah yang belum menyerap penanaman modal yang mendukung perekonomian daerah, terutama di Kawasan Timur Indonesia perlu dibangun infrastruktur hukum yang dapat mendorong arus penanaman modal khususnya penanaman modal asing dan memberi jaminan perlindungan penanaman modal. Pembangunan ekonomi daerah tidak akan berhasil tanpa landasan hukum yang kuat dan responsif. Landasan hukum yang kuat dan kelembagaan penanaman modal yang kuat, hanya dapat dicapai melalui reformasi regulasi.¹²⁹

¹²⁹ Lihat Richard A. Posner, "Creating a Legal Framework for Economic Development", *The World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 1 (February 1998), Makna mendalam

Dalam konteks otonomi daerah, reformasi regulasi terhadap daerah berusaha perusahaan penanaman modal sangat penting bagi pemerintah dan masyarakat di daerah mencapai manfaat ekonomi untuk meningkatkan pelayanan dan menjamin kesejahteraan masyarakat (*social security regency*). Untuk mendukung dilakukannya perubahan mengenai daerah berusaha perusahaan-perusahaan penanaman modal, khususnya di Kawasan Timur Indonesia yang mendasarkan prinsip kemanfaatan. Banyak penanani modal asing akan menanamkan modalnya di Indonesia apabila. *Pertama*, pemerintah terus menerus memperbaiki iklim usaha yang kondusif di seluruh wilayah Indonesia termasuk pemberian insentif kepada penanam modal baik yang skala kecil maupun yang besar. Prinsip ini termasuk pemberian fasilitas fiskal dan non fiskal, kemudahan pembiayaan dalam negeri dan kemudahan berusaha lainnya. *Kedua*, percepatan pembangunan infrastruktur atau prasarana fisik di wilayah Kawasan Timur Indonesia termasuk pembangunan jalan lintas ekonomi, seperti Kalimantan, lintas kereta api Sulawesi, lintas Papua, pelabuhan-pelabuhan di Maluku, Nusa Tenggara Barat dan Nusa Tenggara Timur serta prasarana fisik lainnya seperti teknologi informasi dan telekomunikasi. *Ketiga*, melanjutkan pembangunan dan pengembangan dengan memodifikasi pusat-pusat pertumbuhan ekonomi dan bisnis seperti Kawasan Pengembangan Ekonomi Terpadu (KAPET), dan pengembangan kawasan pelabuhan bebas (*free trade zone*). *Keempat*, melanjutkan dan mendorong pengembangan Kerja sama Ekonomi sub Regional

suatu landasan hukum dalam kegiatan penanaman modal seperti yang dikatakan Posner memberikan peluang bagi negara berkembang untuk melakukan *Legal Borrowing*. *Legal Borrowing* adalah mengadopsi seluruh atau sebagian dari hukum negara lain, untuk kemudian disesuaikan dengan corak hukum yang berlaku di dalam masyarakat negara yang bersangkutan. Dalam konteks penanaman modal, hukum suatu negara akan berpengaruh pula bagi negara lain. Lihat juga Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum dalam Masyarakat, Perkembangannya dan Masalah*. Malang: Hayumedia Publishing, 2008, hal. 98 - 99 yang mempromosikan corak hukum yang bersarakteristik masyarakat.

seperti BIM –EAGA: Brunai Darussalam – Indonesia – Malay-sia – Eastern ASEAN Growth Area, dan AIDA – Australia Development Area. *Kelima*, Percepatan pengembangan sumber daya manusia dan teknologi melalui pembenahan sistem pendidikan, pembangunan sarana pendidikan dan pelatihan yang memadai. *Keenam*, memotivasi percepatan dan peningkatan peran Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah melalui fasilitasi sarana informasi pemasaran dan *business net working*.

Sejalan dengan kebijakan DNI, suatu hal perlu dicatat adalah dibutuhkan selain kemauan politik dari pemerintah pusat untuk mendorong dan memfasilitasi penanaman modal di seluruh daerah di wilayah Indonesia, juga perlindungan hukum, sistem birokrasi dan perlindungan rasa aman dalam negeri (stabilitas politik) selalu harus dijaga supaya menarik bagi penanam modal asing menanamkan modalnya di daerah. Berbagai upaya tersebut mensyaratkan bahwa prinsip memperhatikan kepentingan daerah dari segi hukum harus disusun berdasarkan prinsip kemanfaatan. Namun, perlu diingat bahwa pembentukan peraturan-peraturan daerah di bidang penanaman modal harus sejalan dengan peraturan yang lebih tinggi sebagai landasan pengaturannya, serta adanya hubungan yang serasi antara pusat dan daerah serta antar daerah. Keadaan tersebut hanya akan tercapai apabila regulasi dan kebijakan hukum di daerah dapat menerapkan prinsip kemanfaatan dalam kegiatan penanaman modal.

Disamping prinsip di atas, kebijakan dasar negara penerima modal perlu pula menerapkan beberapa prinsip hukum desentralisasi dalam mendukung pembangunan ekonomi secara makro di bidang penanaman modal, yaitu *Pertama*, Prinsip Proporsional. Prinsip ini diwujudkan melalui pelaksanaan kewenangan pemerintah daerah untuk mengelola sumber-daya alam di wilayahnya, serta perindustrian dan perdagangan, termasuk menentukan struktur organisasi dan aparaturnya sendiri. Prinsip

ini diperlukan untuk mengontrol kebijakan penanaman modal mengingat jangkauan kewenangan pemerintah daerah dalam pelaksanaan otonomi daerah adalah seluas-luasnya, namun tidak tanpa batas. Artinya, ada kewenangan tertentu yang tidak dapat diberikan kepada pemerintah daerah, melainkan menjadi kewenangan pemerintah pusat seperti pemberian izin dan pengendalian untuk kegiatan atau bidang usaha berteknologi strategis serta mempunyai derajat kecanggihannya dan berisiko tinggi, meliputi persenjataan, nuklir, dan rekayasa genetika. Selanjutnya, dalam pelaksanaan kewenangan pemerintah daerah diberi kesempatan untuk mengelola sumber daya alam di wilayahnya, tetapi tidak hanya ditujukan untuk kepentingan daerah saja melainkan juga untuk kepentingan daerah lainnya. Prinsip proporsional ini sangat diperlukan dalam pengelolaan sumber kekayaan modal di daerah adalah untuk mencegah persepsi *exclusive* kedaerahaan.

Prinsip proporsional diperlukan dalam mengatur daerah berusaha bagi penanam modal, baik asing maupun dalam negeri. Prinsip ini muncul sebagai akibat pemberian wewenang pada pemerintah daerah kabupaten/kota untuk mengelola sumber daya alam di wilayahnya masing-masing, yang mendasarkan otonomi daerah. Di dalam kegiatan penanaman modal, pemerintah daerah lebih cenderung membuat kebijakan penanaman modal yang melanggar prinsip desentralisasi. Hal ini diindikasikan melalui berbagai kebijakan atau peraturan daerah, yaitu pemerintah daerah akan memperbanyak objek pajak dan retribusi daerah, menetapkan biaya tambahan dalam berurusan dengan birokrasi, perizinan dan pelayanan penanaman modal. Hal ini membuat investor asing khawatir dan mengurungkan niatnya untuk menanamkan modalnya di daerah. Otonomi-daerah seharusnya dioperasionalkan dalam menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, sehingga daerahnya menjadi wilayah yang menarik bagi para penanam modal untuk menanamkan modalnya.

Iklim penanaman modal yang kondusif serta birokrasi yang sederhana jauh lebih penting dibanding dengan insentif fiskal, seperti *tax holiday* untuk memacu penanaman modal. Dengan kata lain, pelaksanaan otonomi daerah, merupakan alat yang efektif (*full factor*) untuk mengundang investor. Hal ini senada dengan pendapat Mardiasmo yang mengatakan bahwa, pelaksanaan otonomi daerah di Indonesia dapat dipandang sebagai suatu strategi yang memiliki tujuan ganda. *Pertama*, Pemberian otonomi daerah merupakan strategi merespons tuntutan masyarakat daerah terutama distribusi pendapatan. *Kedua*, otonomi daerah dimaksudkan sebagai strategi untuk memperkuat perekonomian daerah dalam rangka memperkokoh perekonomian nasional.¹⁴⁰ Dalam kaitan dengan pembaruan daerah berusaha perusahaan penanaman modal, perlu dipertimbangkan terutama yang menyangkut berbagai faktor berikut ini: (1) membagi wewenang masing-masing secara proporsional tanpa melanggar semangat desentralisasi. Pembagian peran ini diwujudkan dalam pengaturan, pengelolaan sumber daya alam secara proporsional, sehingga daerah dapat mengurus, mengatur, memanfaatkan sumber daya alam tersebut atas prakarsa sendiri, dan tidak merugikan masyarakat dan dunia usaha. (2) Dalam membuat peraturan daerah (legislasi), perlu diperhatikan bahwa pembuatan kebijakan atau pengaturan penanaman modal di daerah baik berbentuk peraturan daerah atau keputusan lainnya tetap mengacu pada kebijakan nasional di bidang penanaman modal pada khususnya dan kebijakan pembangunan nasional umumnya. (3) Dalam membuat peraturan daerah tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum, tidak boleh eksklusif, dan tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, atau melampaui kewenangannya. *Kedua*, Prinsip Pemerataan dan Keadilan. Prinsip ini tidak hanya ditujukan untuk kepentingan daerahnya saja, tetapi juga

¹⁴⁰ Lihat Mardiasmo, *Otonomi dan Manajemen Keuangan Daerah*, ANDI Yogyakarta, 2002, hal. 25

dibagi dan dimanfaatkan bersama antara pemerintah pusat, provinsi dan daerah tetangganya, bahkan seluruh daerah di Indonesia. Pengelolaan sumber daya alam yang dilaksanakan oleh pemerintah daerah dan dunia usaha terutama dimaksudkan untuk sebesar-besarnya kemakmuran dan kesejahteraan rakyat di daerah bersangkutan, tetapi dalam banyak hal dapat saja digunakan untuk kepentingan atau untuk kesejahteraan pejabat-pejabat di daerah dan keluarganya yang diutamakan. *Ketiga*: Prinsip Meningkatkan Peran serta Masyarakat. Prinsip ini meliputi dua hal, yaitu: (1) fungsi dan peranan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah sebagai partner pemerintah daerah untuk mengelola sumber daya alam, sehingga tercapai saling mengawasi dan saling mendukung (*checks and balances*), (2) harus dapat diakses dan dikomunikasikan kepada masyarakat baik langsung maupun tidak langsung. Perhatian terhadap pentingnya peran serta masyarakat untuk menarik investor asing menanamkan modalnya di daerah, muncul sebagai akibat perpaduan orientasi pembangunan dari *capital investment growth model* dan *people centered basic needs approach*, dan bukan pergeseran dari kedua model itu seperti diyakini kehanyakan ahli ekonomi pembangunan. Ketiga prinsip seperti dikemukakan di atas senantiasa saling berkaitan, dengan pengertian bahwa prinsip-prinsip itu mengusahakan agar dalam menarik penanam modal asing haruslah mendatangkan kemanfaatan bagi perekonomian daerah.

b. Skala Prioritas

Prinsip ini tercermin dalam ketentuan Pasal 12 UU: Penanaman Modal yang mewajibkan pemerintah untuk menentukan bidang-bidang usaha bagi penanam modal dengan menentukan berikut:

- (1) Semua bidang usaha atau jenis usaha terbuka bagi kegiatan penanaman modal, kecuali bidang usaha atau jenis usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan.

- (2) Bidang usaha yang tertutup bagi penanam modal asing adalah:
- a. Produksi senjata, mesiu, alat peledak, dan peralatan perang; dan
 - b. Bidang usaha yang secara eksplisit dinyatakan tertutup berdasarkan undang-undang.
- (3) Pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden menetapkan bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal, baik asing maupun dalam negeri, dengan berdasarkan kriteria kesehatan, moral, kebudayaan, lingkungan hidup, pertahanan dan keamanan nasional, serta kepentingan nasional lainnya.
- (4) Kriteria dan persyaratan bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan serta daftar bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan masing-masing akan diatur dengan Peraturan Presiden.
- (5) Pemerintah menetapkan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan berdasarkan kriteria kepentingan nasional, yaitu perlindungan sumber daya alam, perlindungan, pengembangan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi, pengawasan produksi dan distribusi, peningkatan kapasitas teknologi, partisipasi modal dalam negeri, serta kerja sama dengan badan usaha yang ditunjuk Pemerintah.

Selanjutnya, Pasal 13 Undang-undang No. 25 Tahun 2007 mengatur kategori bidang-bidang usaha mikro, kecil, menengah dan koperasi untuk pengembangan penanaman modal menyatakan:

- (1) Pemerintah wajib menetapkan bidang usaha yang dicadangkan untuk usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi serta bidang usaha yang terbuka untuk usaha besar dengan syarat harus bekerja sama dengan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi.
- (2) Pemerintah melakukan pembinaan dan pengembangan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi melalui program ke-

mitraan, peningkatan daya saing, pemberian dorongan inovasi dan perluasan pasar, serta penyebaran informasi yang seluas-luasnya.

Berdasarkan ketentuan Pasal 12 dan 13 UU Penanaman Modal, pada dasarnya menganut prinsip kebebasan untuk menanamkan modal (*freedom to invest*), di setiap sektor ekonomi, termasuk jumlah modal yang akan ditanam oleh investor asing, kecuali apabila kegiatan di sektor-sektor tersebut dilarang oleh pemerintah. Demikian juga, para penanam modal asing diberikan kebebasan menanamkan modalnya di bidang-bidang usaha yang dibolehkan dapat dilakukan dengan kerja sama dengan investor/perusahaan *host country*.

Keppres No. 96 Tahun 2000 jo. No. 118 Tahun 2000 tentang Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan Tertentu Bagi Penanaman Modal Asing mengatur empat bentuk atau jangkauan dari bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka, yaitu:

1. Daftar bidang usaha yang tertutup mutlak bagi penanam modal, meliputi sebelas bidang usaha. Misalnya, di sektor pertanian adalah budidaya dan pengolahan ganja dan sejenisnya.
2. Daftar bidang usaha yang tertutup untuk penanam modal yang dalam modal perusahaan ada pemilik warga negara asing dan/atau badan hukum asing, yang meliputi delapan bidang usaha. Misalnya, di sektor Perhubungan adalah angkutan taksi/bis dan pelayaran rakyat.
3. Daftar bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan patungan antara modal asing dan modal dalam negeri. Misalnya, kepemilikan saham asing 95%, dan nasional 5% adalah pembangunan dan pengusahaan pelabuhan, kereta api, produksi, transmisi dan distribusi listrik.

4. Daftar bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan tertentu. Misalnya, di sektor kelautan dan perikanan adalah bekerja sama dengan perikanan rakyat.

Dengan demikian, tampak bahwa, tujuan utama dari kebijakan DNI tersebut mencerminkan upaya pemerintah untuk memperhatikan kepentingan daerah terhadap penanaman modal. Hal ini tentu saja dimaksudkan untuk mendukung pembangunan ekonomi secara makro di daerah. Manfaatnya adalah, memberikan peluang yang lebih besar kepada penanam modal asing dengan cara mengurangi bidang usaha yang tertutup mutlak. Serta memberikan kepastian dan transparansi bagi calon penanam modal asing memilih bidang usaha yang diminati.

UU Penanaman Modal mengatur bidang usaha lebih liberal dibanding Undang-undang Penanaman Modal Asing No. 1 Tahun 1967, tetapi tidak mengatur secara tegas mengenai larangan bagi penanam modal asing dan/perusahaan asing terhadap penguasaan sepenuhnya dari cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak. Undang-undang hanya mengatur mengenai kategori bidang-bidang usaha yang dilarang atau tertutup bagi penanam modal asing, tetapi kriteria dan persyaratan mengenai bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka ditetapkan oleh Presiden¹⁴ secara penguasaan penuh, yakni pelabuhan-pekabupaten, produksi, transmisi, dan distribusi listrik untuk umum, telekomunikasi, pelayaran, penerbangan, air minum, kereta api, pembangkit tenaga atom, dan mass media.

Selain itu, guna menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, maka diperlukan reformasi regulasi terutama terkait dengan prinsip penyusunan skala prioritas atau prinsip *negotif list*, yaitu:

¹⁴ Lihat Pasal 12 ayat (3) dan (4) Undang-undang No. 25 Tahun 2007.

1. Bidang usaha yang tertutup untuk penanam modal asing.
2. Bidang usaha yang tertutup bagi penguasaan penuh, yaitu sektor usaha yang menguasai hajat hidup orang banyak.
3. Bidang usaha yang dilarang bagi penanam modal asing, yaitu sektor yang menduduki peranan penting dalam pertahanan negara.
4. Bidang usaha yang tidak boleh untuk penanam modal asing.

Bertitik tolak pada formula bidang-bidang usaha penanam modal asing seperti diatur dalam Pasal 12 UU Penanaman Modal, terlibat kewenangan Presiden sangat besar dalam menetapkan bidang-bidang usaha bagi penanam modal asing. Pencapaian kriteria dan persyaratan bidang usaha yang tertutup maupun yang terbuka merupakan kebijakan yang mempergunakan prinsip maksimalisasi, yaitu memanfaatkan semaksimal mungkin landasan hukum yang mempunyai dampak dalam bidang penanaman modal. Selain itu, kebijakan dasar dan pemberlakuan persyaratan dan kriteria terhadap bidang-bidang usaha tersebut menjadi salah satu metode dan strategi untuk melindungi kepentingan ekonomi nasional dari dominasi modal asing. Hal ini perlu dipertimbangkan lebih mendalam, sebab secara eksplisit Indonesia melalui UU Penanaman Modal akan diakui oleh banyak ahli bahwa Indonesia adalah negara modern menganut kebijakan pintu terbuka (*pragmatic open door approach*) terhadap penanam modal asing. Penanam modal asing tidak dilarang memiliki saham 100% (*freedom to invest*) kecuali sektor-sektor usaha (*field and activity for foreign investment*), yang menyangkut hajat hidup orang banyak dilarang memiliki seluruh saham dalam perusahaan. Dengan perkataan lain, semua bidang usaha pada dasarnya terbuka untuk penanam modal asing, kecuali yang ditetapkan dalam Peraturan Presiden.

Hal lain yang perlu dipertimbangkan dalam pembaruan bidang berusaha penanam modal asing adalah persyaratan modal

asing minimum tidak perlu lagi dipersyaratkan, dan tidak perlu lagi ada batasan-batasan jumlah penanaman modal. Persyaratan ini sudah saatnya dilepas, agar iklim penanaman modal menjadi lebih baik. Bagi penanam modal asing yang sudah ada boleh melakukan perluasan bidang usaha kecuali yang dilarang dalam daftar negatif investasi.

Reformasi bidang berusaha tersebut terkait dengan perlunya prinsip skala prioritas dievaluasi, diperbaiki dan disempurnakan, yakni bidang-bidang usaha ekonomi mana yang bisa dilepas, yang masih belum boleh dilepas, dan yang masih sulit dilepas atau bidang-bidang usaha yang masih perlu dipertahankan. Tujuannya adalah untuk memberi peluang dan perlakuan yang sama kepada investor asing. Prinsip skala prioritas juga sangat bermanfaat untuk memberikan kepastian usaha dan transparansi bagi pelayanan penanaman modal.

Ke semua bidang ini tertutup bagi penanam modal asing dengan penguasaan penuh, tetapi tidak ada pembatasan mengenai berapa persentase kepemilikan pihak Indonesia sehingga asing diperbolehkan. Hanya Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham Dalam Perusahaan yang Didirikan Dalam rangka Penanaman Modal Asing yang mengatur secara tegas mengenai diperbolehkannya penanam modal asing menanamkan modalnya pada bidang-bidang usaha yang tergolong penting bagi negara, dan dipersempit lagi pada bidang-bidang usaha yang menguasai hajat hidup orang banyak dengan syarat apabila ada saham peserta Indonesia minimal 5% dari seluruh modal disetor perusahaan pada saat pendirian. Bahkan materi muatan Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994 masih sangat interpretatif, yakni apakah bertentangan atau tidak dengan Undang-undang Penanaman Modal 2007, karena regulasi ini hanya menyebut kata "bidang-bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka" dan bukan menetapkan bidang-bidang usaha "terbuka dengan pengu-

nsaan sepenuhnya oleh asing dilarang". Apakah misalnya hanya dengan pemilikan saham peserta Indonesia dan/atau swasta nasional sekurang-kurangnya 5% lalu dianggap tidak bertentangan. Apakah dengan kandungan Indonesia 5% tersebut sudah dapat bermanfaat bagi sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat Indonesia sebagaimana dicita-citakan oleh UUD 1945.

Bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal menurut Daftar Negatif Investasi terdapat 20 (dua puluh) bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal baik asing maupun dalam negeri.¹⁴² Setelah UU Cipta Kerja, bidang usaha yang tertutup dikurangi menjadi 6 (enam) bidang usaha, yaitu sebagai berikut: (a) budi daya dan industri narkotika golongan I, (b) segala bentuk kegiatan perjudian dan/atau kasino, (c) penangkapan sepiis ikan yang tercantum dalam *Appendix I Convention on International trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES)*, (d) pemanfaatan atau pengambilan koral dan pemanfaatan atau pengambilan karang dari alam yang digunakan untuk bahan bangunan/kapur/kalsium, akuarium, dan suvenir/perhiasan, serta koral hidup atau koral mati (*recent death coral*) dari alam, (e) industri pembuatan senjata kimia dan (f) industri bahan kimia industry bahan perusak lapisan ozon¹⁴³. Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan penanaman modal diatur dalam peraturan presiden¹⁴⁴.

Mengenai pengembangan Usaha Mikro, Kecil Menengah dan Koperasi UU Cipta Kerja mencahuti kewajiban pemerintah pusat mencahuti bidang usaha yang dicadangkan kalau prinsip skala prioritas tersebut dianalisis dari segi pendekatan ekonomi

¹⁴² Lampiran 1 Peraturan: Presiden No. 44 Tahun 2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan persyaratan di Bidang Penanaman Modal

¹⁴³ Pasal 12 ayat (2) UU Penanaman Modal sebagaimana telah diubah dengan UU Cipta Kerja

¹⁴⁴ Pasal 12 ayat (4) UU Penanaman Modal sebagaimana telah diubah dengan UU Cipta Kerja.

dalam hukum, tuntutan pengurangan bidang-bidang usaha yang tercantum dalam Pasal 12 UU Penanaman Modal ini merupakan Pareto efisiensi dengan mempergunakan prinsip maksimalisasi, yaitu memanfaatkan semaksimal mungkin prinsip skala prioritas bidang-bidang usaha bagi penanam modal asing untuk mendatangkan manfaat ekonomi bagi rakyat. Selain itu, penyempurnaan dengan cara melakukan pengurangan bidang-bidang usaha tersebut menjadi salah satu metode dan strategi untuk melindungi kepentingan ekonomi nasional dari dominasi modal asing. Hal ini perlu dipertimbangkan, sebab secara eksplisit Indonesia melalui rezim undang-undang penanam modalnya diyakini banyak ahli menganut kebijakan pintu terbuka (*pragmatic open door approach*) terhadap penanaman modal asing. Berdasarkan prinsip maksimalisasi penanam modal asing tidak dilarang memiliki saham 100 % (*freedom to invest*) kecuali sektor-sektor usaha (*field and activity for foreign investment*), yang menyangkut hajat hidup orang banyak dilarang memiliki seluruh saham dalam perusahaan. Dengan perkataan lain, semua bidang usaha pada dasarnya terbuka untuk penanaman modal asing, kecuali yang ditetapkan dalam daftar negatif investasi. Kebijakan ini menekankan kepada *cost-benefit ratio* yang bisa mendatangkan keadilan.

Hal lain yang perlu dipertimbangkan adalah prinsip persyaratan modal asing minimum sudah saatnya dilepas, agar iklim penanaman modal menjadi lebih baik. Bagi penanam modal asing yang sudah ada boleh melakukan perluasan bidang usaha kecuali yang dilarang dalam daftar negatif investasi. Dalam konteks mendatangkan manfaat ekonomi bagi rakyat, prinsip skala prioritas perlu senantiasa dievaluasi, diperbaiki dan disempurnakan. Hal ini dimaksudkan untuk mengetahui bidang-bidang usaha ekonomi mana yang bisa dilepas, yang masih belum boleh dilepas, dan yang masih sulit dilepas atau bidang-bidang usaha

yang masih perlu dipertahakan. Tujuannya adalah untuk memberi peluang dan perlakuan yang sama kepada penanam modal asing. Prinsip skala prioritas juga sangat bermanfaat untuk memberikan kepastian usaha dan transparansi bagi pelayanan penanaman modal.

c. Prinsip Mempergunakan Tenaga kerja Indonesia

Prinsip atau asas ini menekankan pada terpenuhinya kebutuhan tenaga kerja warga negara Indonesia dalam penyelenggaraan penanaman modal. Perusahaan-perusahaan penanaman modal modal asing wajib memakai tenaga kerja Indonesia. Tujuan prinsip ini adalah selain meningkatkan sumber daya manusia warga negara Indonesia, juga dipercaya sebagai jalan masuk untuk mengatasi pengangguran dan membuka lapangan kerja baru. Pasal 10 UU Penanaman Modal menyatakan:

- (1) Perusahaan penanaman modal dalam memenuhi kebutuhan tenaga kerja harus mengutamakan tenaga kerja warga negara Indonesia.
- (2) Perusahaan penanaman modal berhak menggunakan tenaga ahli warga negara asing untuk jabatan dan keahlian tertentu sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Perusahaan penanaman modal wajib meningkatkan kompetensi tenaga kerja warga negara Indonesia melalui pelatihan kerja sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (4) Perusahaan penanaman modal yang mempekerjakan tenaga kerja asing diwajibkan menyelenggarakan pelatihan dan melakukan alih teknologi kepada tenaga kerja warga negara Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 10 UU Penanaman Modal, pada prinsipnya memprioritaskan penggunaan tenaga kerja warga negara Indonesia bekerja pada perusahaan-perusahaan asing.

Namun demikian, penanam modal asing berwenang sepenuhnya menentukan direksi perusahaan di mana modalnya ditanam. Ketentuan Pasal 10 ini tidak menyebutkan secara eksplisit jabatan-jabatan dalam perusahaan yang akan diisi oleh tenaga ahli orang asing. Ketentuan ini hanya menyebutkan jabatan dan keahlian tertentu. Apakah tenaga kerja seperti jabatan ahli bagi warga negara Indonesia tersebut sama maknanya dengan direksi atau tenaga-tenaga pimpinan perusahaan? Ismail Suny berpendapat, bahwa, pengertian direksi dan tenaga pimpinan memang dibedakan atas dasar fungsional. Oleh sebab itu, tenaga asing yang boleh masuk ke Indonesia dalam rangka penanaman modal asing adalah tenaga direksi dan tenaga pimpinan administratif serta tenaga ahli, baik di bidang teknik maupun administratif kalau kedua macam tenaga ini belum dapat dipenuhi oleh tenaga kerja warga negara Indonesia.¹⁴¹

Hal lain yang perlu dicermati adalah belum adanya ketentuan mengenai diperbolehkannya tenaga ahli Indonesia oleh investor asing di perusahaan penanaman modal asing maupun di Perusahaan Patungan. Tidak diatur pula mengenai kewajiban para penanam modal asing menyelenggarakan pendidikan dan latihan untuk tujuan mempercepat alih teknologi. Bahkan tidak ada aturan hukum yang mengatur kapan perusahaan penanaman modal asing atau perusahaan patungan mempergunakan tenaga ahli Indonesia. Aturan hukum semacam itu dapat menghambat upaya pemerintah Indonesia untuk memanfaatkan penanaman modal asing dalam rangka meningkatkan kemampuan sumber daya manusia, sumber daya modal dan meningkatkan lapangan kerja bagi rakyat Indonesia.

Agar kehadiran penanaman modal dianggap sebagai mesin pertumbuhan bagi perekonomian Indonesia dapat

¹⁴¹ Ismail Suny dan Rudoni Rochimat, *Op. Cit.* hal. 61

benar-benar terwujud, adalah merupakan tantangan bagi para ahli hukum untuk dapat membangun landasan hukum progresif agar dapat menjamin adanya manfaat penanaman modal asing terhadap ekonomi nasional, bahkan bermanfaat bagi kesejahteraan seluruh rakyat Indonesia. Namun perlu dipertimbangkan sebagaimana diinginkan oleh Jules Coleman bahwa untuk mencapai manfaat ekonomi dari penanaman modal asing, ahli hukum perlu menggunakan pendekatan ekonomi terhadap landasan hukum untuk dapat melihat suatu masalah yang sudah diatur, atau akan dirubah aturannya sebagai gejala sosial yang mencerminkan keseimbangan. Itulah sebabnya Coleman, mengkualifisir reformasi regulasi sebagai *normative law and economics* dalam arti *existing legal rules are evaluated and new ones fashioned in terms of their economic efficiency*. Keseimbangan antara kepentingan modal asing dan kepentingan nasional dibutuhkan dalam penerapan prinsip mempergunakan tenaga kerja Indonesia pada perusahaan-perusahaan asing.¹⁶

Selain itu, adalah juga merupakan tantangan bagi para ahli hukum untuk mempergunakan suatu strategi yang harus dipakai untuk mencapai hal itu, yakni menghartuskan penanam modal/investor untuk mempergunakan sebanyak mungkin tenaga ahli maupun tenaga kerja warga negara Indonesia. Penerapan dalam bidang ini memerlukan pendekatan prinsip keseimbangan yang dapat berperan sebagai sarana pengendalian dalam proses penanaman modal. Prinsip keseimbangan ini sangat penting untuk mengatasi dominasi asing di Indonesia melalui perusahaan multinasionalnya yang masih didominasi tenaga ahli; kemampuan dan manajemen oleh tenaga kerja asing sangat merugikan kepentingan sosial dan ekonomi Indonesia. Merugikan, karena hasil keuntungan besar yang diperoleh dari kegiatan penanam-

¹⁶ Lihat Charles Himawan, *Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum sebagai Sarana Pengendalian Wilayah Hukum*, 24 April, Jakarta, hal. 439

an modal tidak dipergunakan untuk membantu negara penerima modal untuk mengatasi masalah social dan ekonomi negara tersebut. Keadaan seperti itu persis seperti ungkapan Bung Karno di dalam bahasa Belanda bahwa *Een natie van koelies en een keelie onder de natie*. Ungkapan ini bertujuan memperbaiki keadaan tersebut, yakni memaksimalkan tenaga kerja, modal dan penyebaran kemampuan warga negara Indonesia dari dominasi modal asing yang dialami Indonesia selama ini.¹⁴⁷

Sebagaimana diketahui bahwa, distribusi pendapatan dalam ekonomi terutama ditentukan oleh kepemilikan atas aset, baik aset fisik berupa harta dan kekayaan yang dapat menghasilkan pendapatan maupun aset non fisik.¹⁴⁸ Selanjutnya, aspek non-fisik berupa keterampilan dan keahlian adalah aset pula yang bisa menghasilkan pendapatan. Dengan demikian, jelaslah bahwa mengharuskan penanam modal asing untuk melibatkan warga negara Indonesia dalam hal tenaga ahli maupun tenaga kerja, dan penyebaran kemampuan pada perusahaannya di Indonesia merupakan strategi distribusi pendapatan. Peningkatan produktivitas atau nilai tambah (*additional value*) melalui distribusi pendapatan akan berdampak sangat baik terhadap pembangunan ekonomi *host country*.

Prinsip mempergunakan tenaga kerja Indonesia, terkait dengan perlunya dipergunakan metode memaksimalkan penggunaan Tenaga Kerja Indonesia atau yang disebut Charles Himmawan *quantity participation* yang sesuai dengan prinsip kemanfaatan modal asing. Pendekatan *quantity participation* ini cukup populer, misalnya, berfokus pada penggunaan sebanyak mungkin tenaga kerja Indonesia pada perusahaan-perusahaan

¹⁴⁷ Lihat Kwik Kian Gie, *Analisis Ekonomi Politik Indonesia*, Pt. Gramedia Pustaka Utama Jakarta, 1994, hal. 260.

¹⁴⁸ Lihat Sri Eey Swaseno, *Pelita Hati Duni diantar Jantaka ke dalam Rakyat*, edisi kedua, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1992, hal. 183-184.

asing. Hal ini sejalan dengan pendapat Charles Himawan yang menyatakan bahwa tetap ada keharusan bagi tenaga kerja Indonesia menduduki jabatan eksekutif atau manajemen dalam perusahaan asing jika hal itu memenuhi kecakapan atau keahlian untuk jabatan itu.¹⁴⁹

Penggunaan paradigma *quantity participation* tersebut menimbulkan beberapa konsekuensi bagi pemerintah, diantaranya adalah perubahan dalam penggunaan Tenaga Kerja Asing menjadi penggunaan Tenaga Kerja Indonesia yang luas dan proporsional terhadap keharusan menggunakan Tenaga Kerja Indonesia secara kuantitas pada perusahaan-perusahaan asing yang beroperasi di wilayah Indonesia. Selain reformasi regulasi maupun ketenagakerjaan pada perusahaan asing, untuk mendukung terciptanya pendekatan *quantity participation* atau Indonesia-nisasi Tenaga Kerja, maka diperlukan pula perbaikan aturan hukum yang berorientasi pada upaya memaksimalkan partisipasi Tenaga Kerja Indonesia secara kuantitas, yaitu meliputi:

1. Pengaturan mengenai jabatan yang tertutup dan jabatan yang terbuka untuk tenaga kerja Indonesia pada perusahaan penanaman modal asing maupun perusahaan patungan.
2. Pengaturan pengawasan oleh pemerintah (Departemen Tenaga Kerja) baik Pusat maupun di daerah terhadap perusahaan-perusahaan penanaman modal asing dan perusahaan patungan.
3. Pengaturan mengenai jabatan yang terbuka dan tertutup bagi tenaga kerja asing pada perusahaan penanaman modal asing maupun perusahaan patungan.
4. Menetapkan syarat-syarat untuk memaksimalkan penggunaan Tenaga Kerja Indonesia sendiri, sehingga pandangan negatif terhadap penggunaan Tenaga Kerja Indonesia bagi investor asing dapat dikurangi.

¹⁴⁹ Charles Himawan, *Op. Cit.* hal. 268.

Seiring dengan semakin tingginya tuntutan penerapan prinsip mempergunakan tenaga kerja Indonesia bagi perusahaan asing yang menanamkan modalnya di Indonesia, berarti, masuknya penanaman modal asing ini bisa turut membantu memulihkan kondisi perekonomian nasional, terutama untuk menciptakan lapangan kerja maupun pertumbuhan perusahaan kecil/lokal yang masih terabaikan. Strategi ini sangat baik di tengah makin terbukanya Indonesia terhadap penanaman modal asing. Hal ini dikatakan suatu strategi yang sangat baik, karena penanam modal asing masih mengabaikan hal ini. Mereka selalu mempertimbangkan penggunaan tenaga kerja Indonesia di dalam keputusan bisnisnya, dan kurang memperhitungkan partisipasi Indonesia dalam hal kuantitas maupun kualitas.

Di dalam kegiatan penanaman modal, umumnya penanam modal atau perusahaan akan menghitung upah buruh dan teknologi yang akan digunakan, karena di dalam bisnis penanaman modal, penanam modal asing membawa masuk modal dan teknologi adalah bisnis yang risikonya tinggi. Dikatakan berisiko tinggi karena hanya dua pilihan, yaitu dapat memperoleh keuntungan/laba atau mengalami kerugian dari modal yang ditanamkan. Dengan demikian, penataan regulasi penanam modal menjadi semakin penting karena tujuan penataan ketenagakerjaan pada perusahaan penanaman modal asing adalah untuk meminimalkan risiko. Kebanyakan penanam modal asing menganggap bahwa keharusan mempergunakan Tenaga Kerja Indonesia mengandung risiko, karena adanya fakta bahwa kecakapan dan keahlian tenaga kerja lokal tersebut tidak sesuai dengan ekspektasi mereka.

Selanjutnya, pada persepsi penanam modal asing itu terhadap keharusan memaksimalkan penggunaan tenaga kerja Indonesia, secara negatif mempengaruhi keputusannya menanamkan modalnya di Indonesia. Suatu hal yang paling prinsip sekali

sangat menghambat upaya mereka untuk memperoleh keuntungan, karena adanya unjuk rasa, pemogokan, dan tuntutan menaikkan upah pekerja memengaruhi keputusan mereka mempergunakan sebanyak mungkin tenaga kerja lokal di perusahaan mereka. Bagi penanam modal asing yang menggunakan teknologi tinggi mungkin tidak menjadi masalah lagi, tetapi dalam banyak hal muncul pembiayaan pihak ketiga seperti pendapat Calabresi yang mengatakan bahwa peraturan hukum menciptakan pembiayaan pihak ketiga, dan akan dihitung sebagai *cost*. Isu yang muncul di kebanyakan negara berkembang seperti Indonesia adalah tuntutan kepada pemerintah untuk mewajibkan para penanam modal menggunakan tenaga kerja dalam negeri sebagai solusi yang tepat untuk mengatasi pengangguran dan kemiskinan. Di sinilah peran hukum menjadi sangat penting sebagai suatu misi untuk memaksimalkan penggunaan tenaga kerja Indonesia di dalam perusahaan asing. Hukum sebagai misi untuk memajukan masyarakat dibutuhkan dalam penerapan prinsip kemanfaatan ekonomi dari modal asing. Manfaat menggunakan Tenaga Kerja Indonesia pada perusahaan penanam modal asing diharapkan dapat membantu meningkatkan kesejahteraan rakyat.

Dilihat dari segi perlindungan tenaga kerja, memaksimalkan tenaga kerja Indonesia dianggap suatu penyelesaian masalah pengangguran yang cepat dan tepat Selanjutnya, dilihat dari segi perlindungan hukum dan hak asasi manusia, penataan ketenagakerjaan pada perusahaan asing merupakan suatu metode perlindungan pekerja Indonesia agar tidak dieksploitasi oleh kaum pemodal. Penanam modal asing adalah kawan sesamanya, yaitu partner yang dapat membantunya semakin manusiawi. Demikian pula dari segi perlindungan ekonomi dan sosial, penataan tersebut dapat membantu meningkatkan kesejahteraan pekerja, dan dari segi teknis dapat pula membantunya meningkatkan keterampilan menggunakan teknologi serta sekaligus melindungi pekerja dari dampak negatif penggunaan teknologi yang ada.

2. Prinsip Ketidaktergantungan Ekonomi Nasional Dari Modal Asing

a. Wajib Menyelenggarakan Fasilitas Pendidikan

Dalam konteks penanaman modal asing prinsip menyelenggarakan fasilitas pendidikan dan pelatihan bagi penanam modal sangat penting dalam rangka mengatasi ketergantungan ekonomi, teknologi dan manajerial nasional dari modal asing. Karena kemampuan, manajerial, dan teknologi yang lebih baik dari suatu negara ini, dalam jangka panjang bisa menimbulkan ketergantungan ekonomi nasional negara lain. Tujuannya adalah agar secara bertahap tenaga kerja asing dapat digantikan oleh tenaga kerja Indonesia. Prinsip ini menghendaki *human investment* dalam penyelenggaraan penanaman modal. Karena itu, Indonesia sewajarnya memberikan pranata hukum kepada investor asing dengan mengubah landasan hukum penanaman modal yang memungkinkan partner Indonesia terhadap akses penguasaan kemampuan teknologi atau *know how* dari luar negeri melalui masuknya modal asing.

Prinsip keharusan penanaman modal asing menyelenggarakan pendidikan dan pelatihan kepada tenaga Indonesia bukan hanya sekadar pemindahan teknologi ke dalam produksi barang dan jasa, tetapi harus diadaptasi ke dalam lingkungan yang baru, dan selanjutnya harus terjadi asimilasi dan inovasi dari teknologi tersebut, dan akhirnya menjadi budaya bangsa yang menerima teknologi itu.⁵⁰

Dari segi analisis ekonomi, penataan regulasi mengenai kerja sama modal asing dan modal nasional, khususnya pengalihan teknologi tetap penting untuk diperhitungkan mengingat kebanyakan investor asing tidak berkeinginan mengalihkan tek-

⁵⁰ Lihat Ridwan Khairandy, *Peranan Perusahaan Penanaman Modal Asing Joint Venture dalam Alih Teknologi di Indonesia*, *Jurnal Hukum Bisnis*, Jakarta, 2003, hal. 54.

nologinya kepada Indonesia. Contoh yang paling jelas adalah, kecenderungan mereka tidak memasukkan teknologi sebagai bagian dari modal bersama. Teknologi dianggap sebagai beban atau biaya yang timbul dari pengelolaan perusahaan patungan tersebut.¹⁵¹

Tuntutan menyelenggarakan fasilitas pendidikan, khususnya pendidikan dan pelatihan adalah agar *host country* suatu saat dapat meningkatkan dan memperluas pembangunan ekonomi nasionalnya dengan memberikan peranan yang semakin besar kepada masyarakat dan dunia usaha dalam pembiayaan pembangunan, meningkatkan penanaman modal, meningkatkan produktivitas dan perluasan pasar ekspor, serta perluasan kesempatan kerja. Frederick Harbison mengatakan suatu negara yang tidak mampu mengembangkan keterampilan dan pengetahuan serta kecakapan bagi rakyatnya dalam memanfaatkan modal, teknologi, manajemen dan pemasaran dari luar negeri ke dalam pembangunan ekonomi nasionalnya, maka itu berarti tidak akan mampu mengembangkan apa pun juga.¹⁵² Sejalan dengan pendapat Harbison di atas, Michael P. Todaro (1994:358) menyatakan bahwa hanya melalui pengembangan pendidikan dan keterampilan terutama dalam bidang teknik melalui penanaman modal negara-negara berkembang dapat dengan singkat dan mudah mengatasi kemiskinan dan keterbelakangan ekonomi.¹⁵³

b. Jangka Waktu Penanaman Modal

Prinsip jangka waktu usaha penanaman modal dapat dipahami dari kebijakan pemberian hak atas tanah kepada para penanam modal. Dengan kata lain, pemberian hak atas tanah merupakan jaminan kepastian hukum terhadap kelangsungan

¹⁵¹ *Ibid.* hal. 56

¹⁵² Victor Purba, *Op. Cit.* hal. 291.

¹⁵³ Lihat Michael P. Todaro-Bachanuddin Abdullah, *Pembangunan Ekspor Di Dunia Ketiga*, edisi ketiga, jilid 1, tanpa penerbit, dan tahun penerbit, hal. 358.

usaha penanam modal. Filsafat jangka waktu penanaman modal ini adalah pemberian hak atas tanah kepada penanam modal adalah untuk memudahkan melakukan pengawasan dan evaluasi pemerintah terhadap kegiatan penanaman modal. Penetapan pengawasan dan evaluasi terhadap hak-hak atas tanah yang diberikan kepada para penanam modal adalah formula untuk melaksanakan peran negara dalam lapangan perekonomian rakyatnya.¹⁵⁴ Sebaliknya, bagi penanam modal, pemberian hak atas tanah selain menunjukkan keberadaan suatu perusahaan penanam modal juga merupakan jaminan hukum keberlangsungan usaha penanam modal untuk mendapatkan waktu yang cukup guna pengembalian modalnya.

Pasal 21 UU Penanaman Modal mengatur bahwa pemerintah memberikan kemudahan pelayanan dan/atau perizinan kepada perusahaan-perusahaan penanam modal untuk memperoleh hak atas tanah. Selanjutnya, wujud kemudahan pelayanan atau kemudahan perizinan memperoleh hak atas tanah berupa pemberian Hak Guna Usaha selama 60 tahun dan dapat diperpanjang selama 35 tahun.¹⁵⁵

Dari aspek jangka waktu penanaman modal, menurut pendapat penulis penataan UU Penanaman Modal ini memberikan jangka waktu penanaman modal bagi semua penanam modal adalah suatu kebijakan pemberlakuan yang sangat bebas. Hakikat prinsip ketidaktergantungan ekonomi nasional terhadap modal asing adalah untuk menghindari dominasi modal asing, maka jangka waktu usaha yang diberikan kepada perusahaan asing paling lama 35 dan dapat diperpanjang selama 25 tahun. Kebijakan

¹⁵⁴ Landasan konstitusionalnya adalah *hak menguasai negara* sebagaimana diatur dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 menyatakan: Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kepentingan rakyat.

¹⁵⁵ Lihat Pasal 22 ayat (1) huruf a Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

ini sangat beralasan karena jangka waktu tersebut telah cukup memberikan keuntungan bagi penanam modal. Tujuan utama dari penerapan prinsip ketidaktergantungan ekonomi nasional terhadap modal asing itu adalah untuk menghindari munculnya penjajahan ekonomi dan menghapus ketergantungan ekonomi nasional dari dominasi modal asing.

Terdapat beberapa pendapat yang pro dan kontra mengenai masalah kemudahan memperoleh hak atas tanah. Pemberian Hak Guna Usaha kepada semua penanam modal dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Alasannya adalah *Pertama*, penguasaan hak atas tanah kepada penanam modal dalam bentuk HGU selama 90 tahun, HGB selama 80 tahun, dan Hak Pakai selama 70 tahun, mengakibatkan hilangnya kesempatan untuk meningkatkan kualitas hidup dan demi kesejahteraan umat manusia. *Kedua*, ketentuan ini akan membatasi akses petani untuk mendapatkan tanah garapan yang berakibat pada meningkatnya jumlah petani gurem yang tidak mendapatkan jaminan untuk mengembangkan diri. Jangka waktu yang sangat lama akan mengakibatkan masyarakat terjaahkau dari peluang untuk mengakses tanah untuk pertanian atas tanah negara, sementara pertumbuhan dan tingkat populasi masyarakat terus bertambah. *Ketiga*, ketentuan ini lebih lama daripada atas tanah yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria bahkan lebih lama dari hak atas tanah yang diberikan Pemerintah Kolonial Belanda dalam *Agrarische Wet 1870* yang hanya membolehkan jangka waktu penguasaan selama 75 tahun. Sebagai perbandingan HGU dan HGB yang diberikan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 selama 60 tahun untuk HGU dan 50 tahun untuk HGB sedangkan untuk HGU dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 HGU diberikan paling lama 95 tahun dan untuk HGB diberikan paling lama 80 tahun dan Hak Pakai paling lama 7

tahun. *Keempat*, tanah sebagai cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak, harus mengacu pada Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 33. Ketentuan ini memberikan perlindungan hukum bagi rakyat terhadap cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak. *Kelima*, menimbulkan ketidak pastian hukum karena bertentangan dengan Politik Pertanahan Nasional dan aturan perundang-undangan lainnya. *Keenam*, menempatkan Hak Guna Usaha dan Hak Guna Bangunan menjadi individualistik dan melupakan fungsi sosialnya serta meniadakan kedaulatan rakyat.¹⁹⁰

Selanjutnya, yang pro terhadap kemudahan pelayanan atau kemudahan perizinan penanam modal mendapatkan Hak Guna Usaha berpendapat bahwa pemberian hak guna usaha kepada semua penanam modal tidak bertentangan dengan UUD 1945. Alasannya *Pertama*, perpanjangan sekaligus pada waktu pemberian hak atas tanah tersebut bagi penanam modal adalah merupakan insentif Pelaksanaannya harus memenuhi syarat sebagaimana disebutkan dalam Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. *Kedua*, hak atas tanah tersebut Baru dapat diperbaharui setelah dilakukan evaluasi. Evaluasi ini meliputi, apakah tanah tersebut digunakan dan diusahakan dengan baik sesuai dengan keadaan, sifat dan tujuan pemberian hak. Pemerintah menegaskan, tidak benar bahwa pemberian, perpanjangan dan pembaharuan hak atas tanah tersebut diberikan sekaligus, sehingga tidak otomatis Hak Guna Usaha (HGU) berjangka waktu 95 (sembilan puluh lima tahun) tahun, Hak Guna Bangunan (HGB) 80 (delapan puluh) tahun dan Hak Pakai 70 (tujuh puluh) tahun. *Ketiga*, hak atas tanah tersebut setiap saat dapat dihentikan atau dibatalkan oleh Pemerintah. Pembatalan hak atas tanah ini, jika perusahaan penanaman ma-

¹⁹⁰ Idris Supriji, *Penanaman Modal Asing Di Indonesia: Insentif, V. Pembatasan, Efektifitas Hukum* Universitas Al-Azhar Indonesia, 2008, hal. 263-264

dal menelantarkan tanah, merugikan kepentingan umum, menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya. *Keempat*, perpanjangan yang diberikan dimuka adalah berupa jaminan dari negara bagi penanam modal untuk mendapatkan jangka waktu yang cukup guna pengembalian modalnya. Ini berlaku untuk penanam modal asing dan dalam negeri.¹⁵⁷

Selubungan dengan pendapat yang berbeda ini, Mahkamah Konstitusi memberikan formulasi baru mengenai masalah kemudahan pemberian hak atas tanah kepada semua penanam modal sebagai berikut: Pasal 22 ayat (1) dan ayat (2), menyatakan pemberian hak-hak atas tanah yang dapat diperpanjang di muka sekaligus maupun kata-kata "sekaligus di muka" telah mengurangi, memperlemah, atau bahkan dalam keadaan tertentu menghilangkan kedaulatan rakyat di bidang ekonomi.¹⁵⁸ Dalam usaha menemukan pendapat yang sama, Mahkamah Konstitusi berpendapat:

1. Ketentuan yang memungkinkan negara, *in casu* Pemerintah, untuk menghentikan atau membatalkan hak-hak atas tanah menghadapi kesulitan, karena sudah ada perpanjangan di muka sekaligus.
2. Kewenangan negara yang terdapat dalam Pasal 22 Ayat (4) Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal tersebut bersifat sangat eksepsional dan terbatas. Dikatakan eksepsional dan terbatas karena negara tidak boleh menghentikan atau membatalkan hak-hak atas tanah tersebut di luar alasan-alasan yang secara terbatas (*limitatif*) telah ditentukan dalam Pasal 22 Ayat (4) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Dengan kata lain,

¹⁵⁷ Lihat Suparji, *Ibid.*, hal. 264

¹⁵⁸ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, No.23-22/PUU-V/2007 tentang Pengujian Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Lihat juga Suparji, *Op Cit* hal. 269.

negara tidak lagi bebas menjangkakan kehendaknya untuk menghentikan atau tidak memperpanjang hak-hak atas tanah sebagaimana jika perpanjangan hak atas tanah itu tidak diberikan secara di muka sekaligus.

3. Negara akan menghadapi persoalan hukum, karena perusahaan penanaman modal akan mempersoalkan keabsahan tindakan negara, yang menghentikan atau membatalkan perpanjangan hak-hak atas tanah yang sudah diberikan perpanjangan di muka sekaligus.
4. Pemerintah tidak dapat menggunakan alasan pemerataan kesempatan, untuk menghentikan atau membatalkan hak-hak atas tanah.
5. Berkurang atau melemahnya kedaulatan rakyat di bidang ekonomi sebagai akibat dan adanya kata-kata "dapat diperpanjang di muka sekaligus" makin jelas jika dihubungkan dengan ketentuan tentang penyelesaian sengketa, di antaranya melalui arbitrase.¹¹⁹

Ketentuan masalah kemudahan pelayanan atau perizinan kepada perusahaan penanaman modal asing mengindikasikan bahwa negara dalam hal ini pemerintah ingin menciptakan iklim penanaman modal yang benar-benar kondusif dan mampu menarik penanam modal asing menanamkan modalnya di Indonesia. Kebijakan dasar seperti ini dapat menciptakan efisiensi dalam kegiatan penanaman modal. Dibandingkan dengan pemerintah Vietnam yang menetapkan jangka waktu penanaman modal di negaranya sampai 90 tahun lamanya. Hal ini jelas para penanam modal lebih tertarik menanamkan modalnya di Vietnam dari pada Indonesia.

Terdapat juga kebijakan pemberlakuan sebagai patokan untuk menetapkan kemudahan pelayanan atau perizinan bagi

¹¹⁹ Lihat Suparn, *Ibid* hal. 260

perusahaan penanaman modal untuk mendapatkan hak atas tanah adalah berdasarkan Anggaran Dasar perusahaan penanaman modal. Kebijakan ini bisa disebut kebijakan *pro pasar terkendali* karena. *Pertama*, Pemerintah sangat berkepentingan terhadap eksistensi penanaman modal sebagai sarana pembiayaan untuk meningkatkan kegiatan ekonomi dan menanggulangi masalah lapangan kerja. *Kedua*, Konsisten dengan komitmen pemerintah mengizinkan perusahaan penanaman modal menanamkan modalnya di setiap sektor ekonomi tanpa batas waktu, termasuk sektor-sektor usaha yang menguasai hajat hidup orang banyak sekalipun, meski kepemilikan saham Indonesia hanya 5 persen. *Ketiga*, kemudahan memperoleh hak atas tanah bagi penanam modal asing dibutuhkan dalam penerapan prinsip insentif penanaman modal. Putusan ini dapat digunakan pemerintah untuk memberikan pelayanan atau perizinan penanaman modal yang baik kecuali ada undang-undang lain yang melarang hal tersebut.

Tujuan utama menetapkan jangka waktu penanaman modal adalah untuk mencegah Ketidaktergantungan ekonomi nasional dari dari kegiatan perusahaan-perusahaan penanaman modal. Hal ini harus dipertimbangkan dengan saksama, sebab kalau tidak dipertimbangkan dengan saksama maka dampak kerugiannya lebih besar daripada keuntungannya. Kerugiannya lebih besar karena: (1) untuk melakukan penanaman modal pelaku penanam modal harus melihat dan memperhitungkan keuntungan-keuntungan yang akan diperoleh, yakni berapa lama waktu yang diperlukan untuk mengoperasikan kegiatan usahanya, dan berapa lama waktu yang diperlukan untuk menghasilkan barang yang diproduksi sesuai dengan jangka waktu izin usahanya. (2) dari segi kepentingan (sosial, ekonomi) Indonesia, kurang kesempatan bagi Indonesia (pekerja-pekerja) Indonesia untuk menimba pengetahuan baik dari segi teknologi, manajemen, dan pemasaran dalam dan luar negeri dan lainnya yang dibawa penanam

modal asing itu. Keinginan Indonesia agar para penanam modal asing mentransfer teknologinya kepada pekerja-pekerja warga negara Indonesia tidak akan mudah terpenuhi. dan (3) penanam modal asing lebih memilih menanamkan modalnya di daerah perkotaan dari pada di daerah terpencil, karena harus melihat potensinya dulu dan risiko-risiko ekonomis yang mungkin akan dihadapi.

Sejalan makna prinsip jangka waktu penanaman modal yang berlaku sepanjang kegiatan perusahaannya masih ada atau berlaku sesuai anggaran dasar, tidak boleh menimbulkan akibat ketergantungan ekonomi nasional dan rakyat dari masuknya modal asing. Perusahaan penanaman modal diberi kesempatan seluas-luasnya untuk berusaha dan mengembangkan usahanya sesuai mekanisme pasar, sistem yang kompetitif berdasarkan aturan hukum yang berlaku. Namun dalam perkembangan investor atau perusahaan asing harus bermanfaat bagi pembangunan ekonomi nasional maupun pembangunan ekonomi daerah serta mendorong dan menumbuh-kembangkan usaha-usaha.

c. Prinsip Kerja sama Penanaman Modal

Prinsip kerja sama penanaman modal merupakan salah satu prinsip hukum dalam kegiatan penanaman modal. Maksud dan tujuan prinsip ini adalah untuk mencegah ketergantungan ekonomi nasional dari perusahaan-perusahaan besar. UU Penanaman Modal tidak mengatur dengan jelas prinsip kerja sama penanaman modal.

Dalam usaha menemukan prinsip kerja sama penanaman modal, dapat dipakai patokan yang diatur dalam Pasal 13 UU Penanam Modal yaitu:

- (1) Pemerintah wajib menetapkan bidang usaha yang dicadangkan untuk usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi serta bidang usaha yang terbuka untuk usaha besar dengan syarat

harus bekerja sama dengan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi.

- (2) Pemerintah melakukan pembinaan dan pengembangan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi melalui program kemitraan, peningkatan daya saing, pemberian dorongan inovasi dan perluasan pasar, serta penyebaran informasi yang seluas-luasnya.

Ketentuan Pasal 13 UU Penanaman Modal yang mengatur mengenai keharusan bekerja sama perusahaan penanaman modal dengan usaha kecil masih perlu dikaji manfaat kerja sama bagi kemajuan pembangunan ekonomi. Untuk memahami secara jelas macam-macam bentuk usaha kerja sama modal dengan modal asing, Ismail Suny mengemukakan ada tiga macam kerja sama antara modal asing dengan modal nasional yaitu: (a) *joint venture*, (b) *joint enterprises*, dan (c) kontrak karya. Dalam hal *joint venture*, para pihak sesungguhnya menjalankan *partnership*, yang didasarkan pada hubungan kontraktual saja, tanpa membentuk badan hukum baru. Subjek dalam kontrak *Joint venture* ini adalah orang pribadi maupun badan hukum swasta/ pemerintah asing, sedangkan pihak Indonesia sesuai pengertian modal nasional adalah badan swasta, pemerintah, perusahaan negara maupun koperasi.¹⁶¹ Mengenai *joint enterprises*, adalah kerja sama pihak asing dan Indonesia dalam bentuk menggabungkan modal mereka ke dalam suatu badan hukum Indonesia. Sedangkan kerja sama dalam bentuk kontrak karya adalah kerjasama para pihak di bidang pertambangan minyak gas dan bumi.

Dalam hubungan ini terdapat beberapa kelemahan mendasar dalam substansi hukum UU Penanam Modal yang berkaitan dengan prinsip kerja sama modal asing dan modal nasional, yakni;

¹⁶¹ Lihat Ismail Suny dan Rudiono Rochman, *Op. Cit.* hal. 106-107

1. Persyaratan kerja sama modal antara pihak asing dan pihak Indonesia adalah kerja sama dalam taraf dianjurkan, dan bukan disyaratkan.
2. Tidak mengatur jangka waktu, bentuk, dan cara-cara kerja sama modal, yakni apakah kerja sama dalam bentuk *joint venture*, atau *joint enterprises* antara modal asing dan modal nasional
3. Perbandingan jumlah saham pada waktu pendirian perusahaan di dalam perusahaan patungan tidak ditentukan.
4. Apakah bentuk kerjasama, terutama *joint enterprises* pihak asing menanamkan modalnya dalam bentuk valuta asing.

Prinsip kerja sama penanaman modal akan diikuti oleh prinsip pengalihan saham (*transfer of share*) kepada partner Indonesia. Berbeda halnya dengan pengalihan teknologi misalnya, pengalihan saham kepada partner Indonesia tetap ada keharusan, tetapi harus diatur secara tegas dalam undang-undang, bukan berdasarkan pada kontrak atau kesepakatan para pihak seperti yang dipraktikkan sejak pertengahan tahun tujuh puluhan.¹⁶¹ Tujuannya adalah untuk mencegah agar perusahaan besar yang posisinya lebih kuat daripada usaha-usaha kecil, mikro menengah dan koperasi tidak melakukan tindakan yang merugikan kepentingan ekonomi nasional¹⁶²

Jalan paling ampuh untuk mengatasi ketergantungan ekonomi Indonesia dari usaha besar adalah mewajibkan penanam modal terutama penanam modal asing mengalihkan sahamnya kepada partner Indonesia. Persyaratan pengalihan saham melalui penjualan saham kepada partner Indonesia atau dapat dilakukan dalam rangka restrukturisasi perusahaan adalah merupakan inti dan nilai dari demokrasi ekonomi berdasarkan Pancasila dan

¹⁶¹ Lihat Yozua Makus: *Investasi pada Perusahaan PMA: beberapa Masalah*, dalam *New Letter* 13:VI/Juni, Jakarta, 1993, hal. 1.

¹⁶² Lihat Ernan Radjagukguk dkk. *Op. Cit.*, hal. 6.

UID 1945, yaitu kebersamaan, solidaritas, keadilan dan efisiensi ekonomi. Charles Himawan menyebut inti dan nilai tersebut adalah *equity participation*.¹⁶² dan Erman Radjagukguk menyebutnya domestikasi dalam penanaman modal asing atau Indone-sianisasi saham¹⁶³ atau Yozua Makes menyebutnya divestasi.¹⁶⁴

Di dalam kegiatan penanaman modal, kebanyakan penanam modal asing selalu mempertimbangkan persyaratan pengalihan saham kepada partnernya di negara penerima modal untuk berpartisipasi dalam perusahaannya. Mereka sangat ingin mempertimbangkan hal ini melalui penggunaan dari kontrak yang ada, dan tidak menginginkan diatur di dalam undang-undang karena alasan-alasan globalisasi, perdagangan bebas, perlakuan nasional dan lain-lain. Hal ini berarti penanam modal asing tidak menginginkan negara penerima modal untuk mengatur, mensyaratkan dan mewajibkan mereka mengalihkan sahamnya kepada partnernya di Indonesia.

Aspek lain dari penataan kerja sama modal antara modal asing dan modal nasional adalah perbaikan pengaturan mengenai prosedur, jangka waktu, dan persentase dari pengalihan saham itu sendiri bahwa pihak penanam modal asing lah yang diwajibkan untuk mengalihkan saham atas pemilikan sahamnya dalam perusahaan mereka. Hanya saja perlu dipertimbangkan bahwa kewajiban pengalihan saham kepada partner Indonesia tidak hanya dipertimbangkan dari sudut kepentingan nasional atau partner nasional semata, tetapi juga pengalihan saham tersebut seyogianya dilihat pula dari kepentingan pihak penanam modal asing. Sebab dalam banyak hal, dapat dikemukakan bahwa kebijakan negara penerima modal untuk mengharuskan penanam modal asing mengalihkan sahamnya kepada partner lokalnya

¹⁶² Lihat Charles Himawan, *Op. Cit.* hal. 278.

¹⁶³ Lihat Erman Radjagukguk, *Op. Cit.* hal. 6-8.

¹⁶⁴ Lihat Yozua Makes, *Op. Cit.* hal. 1.

dapat menimbulkan persoalan tersendiri bagi penanam modal asing, sehingga dapat merusak iklim penanaman modal, bahkan justru dapat menghambat arus penanaman modal asing ke negara bersangkutan. Dalam hubungan ini, Yozua Makes memberikan alasan-alasan yang perlu diperhatikan dalam rangka adanya keharusan mengalihkan saham kepada partner Indonesia, sebagai berikut: (1) Masalah kepastian hukum atas pelaksanaan pengalihan saham. Misalnya, ada perubahan kebijakan sebelum habis masa berlakunya pengalihan saham. (2) Masalah kepemilikan dan penguasaan peserta asing sebagai pemegang saham minoritas. Hal ini menjadi masalah tersendiri karena ketentuan hukum mengenai badan hukum Indonesia belum dapat menjamin hak pemegang saham minoritas. (3) Masalah penjualan saham-saham asing kepada partner Indonesia, yang mencakup masalah prosedur, harga dan kondisi penjualan. (4) Masalah pembelian saham peserta asing oleh partner Indonesia tidak disetujui oleh partner Indonesia. (5) Masalah penjatuhan sanksi atas pelanggaran terhadap pengalihan saham.¹⁰⁰

Pendapat Yozua Makes tersebut, masih perlu ditelaah lebih jauh terhadap keadaan bahwa: *Pertama*, tidak semua investor asing ingin memiliki 100% saham tetap berada pada perusahaannya karena alasan modal, teknologi, tenaga kerja dan pemasaran sehingga harus berpartner dengan penanam modal atau perusahaan lokal. *Kedua*, tidak semua partner Indonesia mempunyai kemampuan keuangan untuk membeli saham yang ditawarkan partner asingnya sehingga menjadi mayoritas (51%). *Ketiga*, pengalihan saham kepada partner lokal itu bisa dilakukan melalui pasar modal. *Keempat*, pengalihan saham kepada partner lokal baru dapat dilakukan kalau dipastikan adanya keuntungan yang diinginkan.

¹⁰⁰ *Ibid.* hal. 3.

Doktrin kerja sama dalam penanaman modal dapat dikatakan sangat diinginkan oleh pemerintah termasuk menetapkan bentuk-bentuk dan cara-cara kerja sama antara perusahaan besar dan perusahaan kecil, mikro menengah dan koperasi. Dalam hal ini pemerintah menetapkan terlebih dahulu bidang-bidang usaha, dan bentuk-bentuk dan cara-cara kerja sama dalam kegiatan penanaman modal secara komprehensif.

Salah satu strategi Indonesia sebagai negara bebas penanaman modal asing tetapi tetap menghindari dominasi modal asing. Oleh karena itu, dalam praktik kerja sama penanaman modal dilakukan dengan cara alih teknologi. Alih teknologi sangat bermartabat untuk kepentingan ekonomi nasional. Hal ini tentu saja dapat dilaksanakan dalam praktik kalau dijamin oleh aturan hukum dan dilaksanakan dengan itikad baik (*good faith*). Alih teknologi itu sangat bagus karena merupakan kesempatan yang baik untuk pengembangan sumber daya manusia. Hanya saja kemungkinan dalam proses alih teknologi kemampuan penerima teknologi untuk menggunakan teknologi secara efektif tidak dapat dicapai apabila pihak pengalih teknologi tidak mendasarkan pada prinsip umum, yaitu itikad baik. Misalnya, pengalih teknologi membekali pihak penerima teknologi hanya dengan keterampilan teknik saja. Dengan demikian, alih teknologi itu harus diwajibkan oleh hukum.

Selanjutnya, apakah kerja sama penanaman modal otomatis terjadi suatu proses pengalihan teknologi dari pihak usaha besar kepada partner lokalnya sebagai penerima teknologi? Sebab secara harfiah, *joint venture* berarti usaha bersama atau bekerja sama dalam suatu kegiatan usaha. Kerja sama tersebut dapat terjadi dalam berbagai bentuk, tetapi umumnya kerja sama usaha terselenggarakan atas dasar persetujuan bersama para partner. Pendapat Ismail Suny dan Rudjoro Rochmat membedakan kerja sama dalam penanaman modal asing atas *joint venture*,

joint enterprises, dan kontrak karya. *Joint venture* merupakan kerja sama melalui suatu perjanjian penanaman modal tanpa membentuk perusahaan baru.¹⁶⁷ Kalau hal ini yang terjadi, maka perlu perbaikan pranata hukum bahwa perusahaan dalam rangka penanaman modal yang 100 % sahamnya dimiliki oleh penanam modal asing, wajib mengalihkan sahamnya kepada pihak (perusahaan swasta) nasional. Sedangkan di dalam *joint enterprises* pihak asing dan pihak nasional secara bersama-sama dengan modalnya membentuk perusahaan baru.

Dalam praktik *joint enterprises* alih teknologi tidak selalu berlangsung lancar, bahkan sulit dilaksanakan karena pihak investor asing cenderung tidak mau memasukkan alih teknologi sebagai bagian dari modal bersama. Dasar filosofinya adalah bahwa teknologi dianggap sebagai *cost* yang dibebankan kepada pihak asing. *Joint venture* hanya akan bermanfaat kalau kerja sama penanam modal asing dengan partner lokalnya ada kewajiban memasukkan teknologi sebagai modal bersama. WIPO (*World Intellectual Property Rights*), mendefinisikan teknologi sebagai penerapan ilmu pengetahuan untuk menghasilkan barang dan jasa (*knowledge for the manufacture, the application of process rendering a service*). Istilah teknologi dapat pula diperluas dengan mengacu kepada (1) tidak hanya terdiri dari *scientific of knowledge*, tetapi juga pengetahuan bisnis atau organisasi bisnis, (2) teknologi dapat berupa teknologi yang herwujud (*tangible*) maupun teknologi yang tidak herwujud (*intangible*). Dengan demikian, alih teknologi sesungguhnya tidak terbatas pada penyerahan teknologi berupa paten produk maupun paten proses, desain industri, varietas tanaman baru, rahasia dagang, tetapi juga mencakup proses mengajar belajar tentang pengetahuan teknis yang khas dalam bidang industri (*know how*) atau proses pengembangan sumber daya manusia di pihak penerima teknologi

¹⁶⁷ Lihat Smail Souy dan Radioto Ruchmat, *Op. Cit.* hal. 108

itu. Makna pengetahuan teknis yang khas mengandung pengertian, bahwa secara bertahap pihak penerima teknologi akan: (a) belajar kenal dengan peralatan dan bagaimana mengoperasikannya, (b) memantapkan prosedur dan keterampilan pemeliharaan teknologi itu, (c) memperoleh keterampilan memperbaiki, (d) mampu mendesain teknologi itu, dan (e) mampu mengembangkan teknologi secara mandiri teknologi tersebut.

Dengan demikian, pembaruan kerja sama modal asing dan modal nasional bukan hanya berguna bagi negara penerima modal saja, tetapi sesungguhnya sangat menguntungkan juga penanam modal, karena dapat mengurangi risiko ekonomi, mendapatkan pembiayaan dari dalam negeri, memperoleh pengetahuan pemasaran dari partner lokal serta mengatasi masalah ketenagakerjaan. Kerja sama dalam kegiatan penanaman modal dianggap bermanfaat bagi bukan hanya pihak Indonesia sebagai negara penerima teknologi, tetapi juga pihak penanam modal asing sebagai negara pengalih teknologi. Hal ini sangat bagus kalau kerja sama ini mencerminkan saling menguntungkan bagi para mitra di mana aspek alih teknologi dimasukkan sebagai bagian dari kerja sama modal. Dikatakan sangat menguntungkan karena alih teknologi merupakan salah satu cara untuk memperoleh kemampuan dan mengembangkan teknologi.

Manfaat alih teknologi hanya dapat tercapai apabila ada jaminan hukum mengenai adanya tujuan saling menguntungkan kedua belah pihak dengan memperhatikan dua aspek: (1) Aspek kepentingan negara pengalih. Aspek ini antara lain meliputi, saling menguntungkan, ada kompensasi waktu, tenaga dan sumber daya, pemilik teknologi harus diberi balas jasa, misalnya royalti atau lisensi, penerima teknologi harus mampu memanfaatkan teknologi itu secara optimal, ada jaminan hukum mengenai hak milik intelektual, dan harus jelas pembagian kerja, misalnya 60-40% untuk penerima teknologi. (2) Aspek kepentingan negara

penerima teknologi, yaitu antara lain, ada jaminan bahwa teknologi itu kompetitif dan baru, akses memperoleh informasi, sumber daya manusia perlu diikutsertakan dan kerja sama saling menguntungkan, sejak berproduksi harus dapat bersaing di pasar internasional, dan proses pengembangan teknologi yang dialihkkan lebih terjamin.

Di sinilah faktor alih teknologi perlu dijamin dalam hukum penanaman modal sehingga tidak menimbulkan ketergantungan ekonomi Indonesia dari modal, teknologi, manajemen dan pemasaran yang dikuasai oleh investor atau perusahaan multinasional. Faktor hukum sangat menentukan untuk mengatasi kesulitan yang dihadapi Indonesia, berkaitan dengan kemampuan menggunakan teknologi atau penguasaan teknologi (*technological mastery*). Hal ini sangat wajar mengingat adanya kebebasan menanam modal bagi investor asing di setiap sektor ekonomi, jumlah modal yang ditanam tidak dibatasi, dan diperbolehkannya pemilikan saham 100% kecuali bidang usaha tersebut dilarang dalam daftar negatif investasi.

Pada dasarnya pembangunan ekonomi suatu negara dilakukan atas usaha dan kekuatan sendiri berdasarkan atas dasar kenegaraan dan cita-cita bangsa itu sendiri. Ahli-ahli ilmu sosial di negara maju umumnya mencatat bahwa negara-negara yang sekarang disebut negara maju telah menempuh pembangunan ekonominya melalui tiga tahap pembangunan, yaitu (1) unifikasi, industrialisasi, dan negara kesejahteraan. Sebagai contoh, Inggris menjalani tahap unifikasi pada pertengahan abad ke 12

Raja Henry II tahun 1154 - 1189 melakukan pembaruan pajak dan menetapkan hukum nasional mengganti hukum feodal. Baru pada tahun 1990-an, Inggris memasuki era kesejahteraan dan melakukan pembaruan hukum dan memperkuat institusi-institusi hukum dengan lahirnya undang-undang perlindungan buruh. Demikian pula, Amerika Serikat memasuki era negara kesejahtera-

raan pada tahun 1950-an setelah menjalani industrialisasi hampir satu abad lamanya.¹⁶⁸

Menurut Sritua Arief dan Adi Sasono bahwa proses pembangunan ekonomi Indonesia yang telah berlangsung selama ini, yang dilandasi oleh suatu kerangka strategi pertumbuhan dan keterlibatan pihak asing yang luas dalam proses pembangunan ekonomi akan mendorong Indonesia ke dalam posisi ketergantungan yang semakin tahun semakin menbelenggu ekonomi Indonesia. Keterlibatan dari pihak asing melalui masuknya perusahaan-perusahaan multinasionalnya tersebut, merupakan proses internasionalisasi ekonomi Indonesia.¹⁶⁹

Prinsip Ketidaktergantungan ekonomi atau industri nasional muncul sebagai solusi atas dampak kerugian maupun keuntungan terhadap ekonomi nasional sehingga internasionalisasi ekonomi Indonesia yang dikemukakan di atas dapat diantisipasi melalui pembaruan landasan hukum penanaman modal dengan mewajibkan penanam modal atau perusahaan besar berkerja sama modal dengan usaha kecil, mikro menengah dan koperasi. Ketergantungan ekonomi Indonesia dari penanaman modal asing merupakan prinsip yang monumental. Artinya, arus penanaman modal dapat membawa dampak yang merugikan perekonomian nasional karena tidak mendorong kemajuan dan pengembangan penanaman modal bagi usaha kecil dan usaha menengah. Tetapi dampak negatif tersebut dapat diatasi asalkan diikuti dengan perubahan-perubahan yang komprehensif seperti adanya jaminan hukum yang mewajibkan usaha besar menyelenggarakan pendidikan dan pelatihan, dan alih teknologi. Jadi tidak sekadar

¹⁶⁸ Lihat Enkan Radjaguguk, *dkk. Op. Cit.* hal. 108.

¹⁶⁹ Lihat Sritua Arief dan Adi Sasono, *Modal Asing, Beban Hutang Luar Negeri dan Ekonomi Indonesia*. Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1987, hal. Xiv. Ciri internasionalisasi ekonomi Indonesia terjadi karena dominasi modal asing dalam proses pembangunan Indonesia mengandung ciri proses yang eksploitatif secara sistematis seperti pada zaman kolonial Belanda.

menetapkan bidang usaha yang dicadangkan untuk usaha-usaha kecil dan menengah saja.

Selanjutnya, dalam hubungannya dengan penanaman modal asing, maka untuk merealisasikan pemahaman mengenai prinsip Ketidaktergantungan ekonomi nasional, harus dijiwai oleh penerapan prinsip *kekeluargaan antar bangsa* yang mencerminkan kebersamaan atau solidaritas dalam hubungan ekonomi antara negara maju dan negara berkembang. Dalam hal inilah faktor hukum sebagai suatu variabel sangat menentukan untuk membumikan prinsip ini ke dalam perilaku penanam modal asing melalui perusahaan multinasional.

3. Prinsip Insentif Penanaman Modal

a. Kemudahan Pemakaian Tanah

Tersediannya tanah untuk keperluan penanaman modal menjadi strategis, karena di samping fungsinya sebagai *social asset* dan *capital asset*, tetapi juga termasuk tanahnya maupun jangka waktu penggunaannya terbatas. Hak-hak perorangan atas tanah tidak bersifat mutlak, tetapi selalu ada batasnya, yakni kepentingan orang lain, masyarakat dan negara.

Kemudahan memperoleh hak atas tanah kepada perusahaan penanaman modal adalah perekat penerapan prinsip insentif penanaman modal.⁷⁶ Kemudahan memperoleh hak-hak atas tanah untuk keperluan penanam modal merupakan insentif dan memberikan harapan baru pula bagi investor asing terutama hak-hak atas tanah bagi penanaman modal, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang.

Maksud dan tujuan prinsip kemudahan memiliki tanah (*availability of land*) adalah penanam modal atau perusahaan

⁷⁶ Ternyata kebijakan ini cukup komprehensif, lihat Pasal 21 huruf (a) Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

penanaman modal hanya dapat menguasai tanah untuk keperluan usahanya dengan hak guna usaha, hak guna bangunan, dan hak pakai Pasal 33 UU Pokok Agraria Tahun 1960 (selanjutnya disebut UUPA) menyatakan bahwa, Hak Guna Bangunan adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan atas tanah yang bukan milik sendiri, dengan jangka waktu maksimum 30 tahun dan dapat diperpanjang selama 20 tahun. Selanjutnya Pasal 28 ayat (1) UUPA menyatakan; Hak Guna Usaha adalah hak untuk mengusahakan tanah yang dikuasai langsung oleh negara dalam jangka waktu 25 tahun guna perusahaan pertanian, perikanan dan peternakan. Selanjutnya, jangka waktu ini dapat diperpanjang selama 25 tahun lagi (Pasal 29 ayat 2).

Berdasarkan uraian di atas, hampir semua negara yang memertukan modal asing untuk pengembangan ekonomi negara itu lebih menekankan pada jangka waktu penggunaan tanah yang fleksibel bagi kegiatan penanaman modal. Hal yang serupa juga terjadi di China, memberikan pranata hukum kepada investor asing atau perusahaan asing sampai jangka waktu 100 tahun lamanya, dan kenyataannya negara tersebut berhasil mengundang investor asing menanamkan modalnya di negaranya. Demikian pula Malaysia, orang asing diizinkan untuk membeli tanah di Malaysia, sedangkan kepemilikan tanah antara 30 sampai dengan 99 tahun.¹⁷¹

Beritik tidak dari perbandingan di atas, jelas bahwa pembaruan sistem pertanahan, terutama pemberian hak-hak atas tanah untuk keperluan penanaman modal merupakan suatu strategi yang cepat dan tepat untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif. Selain pembaruan pemaknaan tanah dan pemberian hak-hak atas tanah kepada perusahaan penanaman modal, untuk mendukung terciptanya iklim penanaman modal

¹⁷¹ Lihat Erman Rajagukguk dkk, 1995, *Op. Cit.* hal. 538.

yang kondusif, maka diperlukan pula pembaruan mengenai prosedur perolehan tanah, dan pembaruan perizinan dalam rangka penanaman modal.

Pembaruan pemakaian tanah dan/atau hak-hak atas tanah bagi perusahaan penanaman modal terkait dengan perlunya diberikan kemudahan pemberian hak-hak atas tanah (*available of land*). Konsepsi filosofis yang mendasari reformasi regulasi pemakaian tanah atau hak-hak atas tanah untuk penanaman modal perlu ditunjang oleh kemudahan memperoleh dan menggunakan tanah dan bangunan. Tanah terkait langsung dengan kegiatan penanaman modal, sehingga semua kegiatan penanaman modal memanfaatkan tanah baik langsung maupun tidak langsung sebagai tempat usaha atau mendirikan pabrik.

Selain penataan hukum mengenai pemakaian tanah dan hak-hak atas tanah untuk perusahaan penanaman modal, untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, maka diperlukan pembaruan mengenai jaminan kepastian hukum terhadap penggunaan tanah serta bangunan, terutama terkait dengan kepastian atau fleksibilitas mengenai jangka waktu pemakaian tanah untuk menjamin kelangsungan penanaman modal. Tuntutan pembaruan kemudahan terhadap pemakaian tanah dan hak-hak atas tanah tersebut merupakan pengaplikasian dari prinsip insentif penanaman modal. Banyak negara penerima modal menerapkan prinsip insentif ini ke dalam sistem hukum penanaman modal negara mereka. Landasan pemikiran prinsip ini dituangkan dalam sistem hukum penanaman modal adalah karena kebanyakan investor asing atau perusahaan asing cenderung memilih negara yang memberikan kemudahan pemakaian tanah dan bangunan serta hak-hak atas tanah. Pemberian insentif penanaman modal dengan mendasarkan pada prinsip pemberian hak-hak atas tanah secara lebih mudah merupakan suatu metode dan stra-

tegi yang cepat dan tepat, sehingga penanam modal lebih tertarik menanamkan modalnya di negara tersebut.

Penerapan prinsip kemudahan pelayanan atau perizinan untuk memperoleh hak atas tanah perusahaan perusahaan penanaman modal dapat menimbulkan dampak, yaitu UU Penanaman Modal nantinya menjadi *lex specialis* dari undang-undang lainnya. Hal ini tentu saja menarik keluar semua ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur pemakaian tanah dalam rangka penanaman modal, yang selama ini diatur dalam Undang-undang Pokok Agraria maupun ketentuan-ketentuan lain. Pemakaian tanah yang lebih lama sangat membantu Indonesia dalam rangka mewujudkan iklim penanaman modal yang kondusif.

Sejalan dengan perlunya penataan hukum mengenai jangka waktu pemakaian tanah atau hak-hak atas tanah bagi investor asing, maka perbaikan dan penyempurnaan pemakaian tanah dan hak-hak atas tanah untuk perusahaan penanaman modal adalah bervariasi. Artinya, penanam modal asing diizinkan menggunakan Hak Guna Usaha maupun Hak Guna Bangunan sepanjang perusahaan masih beroperasi di Indonesia.

b. Prinsip Kelonggaran Perpajakan

Pada hakikatnya prinsip kelonggaran-kelonggaran perpajakan dalam penyelenggaraan penanaman modal adalah; (a) pembebasan, dan (b) keringanan atas pengenaan pajak. Selain itu, hakikat prinsip ini tercermin dari pemberian fasilitas penanaman modal. Hanya saja fasilitas penanaman modal harus ditetapkan dengan jelas kepastiannya. Misalnya, bentuk-bentuk fasilitas fiskal, hak atas tanah, imigrasi dan fasilitas perizinan impor.¹²² Maksud dan tujuan diberikannya kelonggaran perpajakan kepada penanam modal adalah untuk meningkatkan daya saing

¹²² Lihat Dhaniswari K. Harjono, *Hukum Penanaman Modal: Tinjauan Terhadap Pemberlakuan Undang-undang No 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, hal. 136.

perekonomian dan kondisi keuangan negara dan harus promotif dibanding dengan fasilitas yang diberikan negara lain.¹²⁷

Pengaturan mengenai pemberian fasilitas penanaman modal diatur dalam Pasal 18, 19, 20, 21, 22, 23 dan 24 UU Penanaman Modal. Kemudian dalam hal kelonggaran perpajakan diatur dalam Pasal 18 ayat (4), (5), (6) dan (7) berikut:

- (4) Bentuk fasilitas yang diberikan kepada penanaman modal sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) dapat berupa:
- a. pajak penghasilan melalui pengurangan penghasilan neto sampai tingkat tertentu terhadap jumlah penanaman modal yang dilakukan dalam waktu tertentu;
 - b. pembebasan atau keringanan bea masuk atas impor barang modal, mesin, atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri;
 - c. pembebasan atau keringanan bea masuk bahan baku atau bahan penolong untuk keperluan produksi untuk jangka waktu tertentu dan persyaratan tertentu;
 - d. pembebasan atau penangguhan Pajak Pertambahan Nilai atas impor barang modal atau mesin atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri selama jangka waktu tertentu;
 - e. penyusutan atau amortisasi yang dipercepat; dan
 - f. keringanan Pajak Bumi dan Bangunan, khususnya untuk bidang usaha tertentu, pada wilayah atau daerah atau kawasan tertentu.
- (5) Pembebasan atau pengurangan pajak penghasilan badan dalam jumlah dan waktu tertentu hanya dapat diberikan kepada penanaman modal baru yang merupakan industry pionir, yaitu industri yang memiliki keterkaitan yang luas, memberi

¹²⁷ *ibid.* hal. 136

nilai tambah dan eksternalitas yang tinggi, memperkenalkan teknologi baru, serta memiliki nilai strategis bagi perekonomian nasional.

- (6) Bagi penanaman modal yang sedang berlangsung yang melakukan penggantian mesin atau barang modal lainnya, dapat diberikan fasilitas berupa keringanan atau pembebasan bea masuk.
- (7) Ketentuan lebih lanjut mengenai pemberian fasilitas fiskal sebagaimana dimaksud pada ayat (4) sampai dengan ayat (6) diatur dengan Peraturan Menteri Keuangan.

Berdasarkan ketentuan dalam pasal-pasal tersebut di atas, UU Penanaman Modal belum cukup memuat prinsip insentif atau prinsip fasilitas penanaman modal bagi modal asing. Kelonggaran-kelonggaran perpajakan dan pungutan-pungutan lainnya hanya terdiri dari pajak perseroan atas keuntungan dan pajak atas deviden yang diperoleh selama tidak melebihi lima tahun. Aturan hukum yang mengatur masalah seperti itu, tampaknya sudah kurang ampuh sebagai faktor penarik bagi penanam modal. Kebanyakan penanam modal menginginkan restitusi pajak. Pembatasan mengenai waktu pembebasan pajak selama lima tahun tidak berperan besar dalam menarik penanam modal asing. Ketentuan Pasal 18 ayat (4), (5), (6) dan (7) hanya mengatur secara umum bentuk insentif, tetapi tidak jelas mengatur perbedaan antara pembebasan dari bea masuk bagi pertasukan barang modal yang diperlukan untuk mengoperasikan kegiatan penanaman modalnya dengan pembebasan bea masuk dan bea masuk tambahan yang diperlukan untuk menghasilkan barang yang diproduksi sesuai dengan izin usahanya.

Selanjutnya, UU Penanaman Modal juga tidak memuat aturan mengenai batas minimal dan jangka waktu terhadap fasilitas penanaman modal bagi penanam modal asing. Tidak pula

diatur mengenai sektor-sektor usaha seperti apa yang diberikan pengurangan atau pembebasan atas impor barang modal, bahan baku dalam negeri, PPh badan, dan PPh dalam negeri. Dalam berbagai hal, rezim Undang-undang Penanaman Modal seharusnya memuat pembebasan atau keringanan berupa pajak penghasilan atas laba bagi perusahaan asing yang melakukan kegiatan penanaman modal di Kawasan Timur Indonesia, pembebasan/keringanan PPN pembelian barang dalam negeri, PPh BM atas impor dan pembebasan Pajak Bumi dan Bangunan atas tanah dan bangunan yang digunakan dalam kegiatan penanaman modal sampai perusahaan tersebut melakukan produksi komersial.

Dalam rangka menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif untuk menarik modal asing itu, harus dibarengi dengan pemberian landasan hukum di mana fasilitas penanaman modal diberikan pembebasan atau pengurangan atas pungutan impor barang modal atau bahan baku bukan buatan dalam negeri, PPh badan, PPN pembelian barang dalam negeri kepada penanam modal asing.

Selanjutnya, hasil kajian sebuah tim dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Proyek Elips pada bulan Desember 1995 mengemukakan bahwa modal asing cenderung lebih banyak memasuki negara-negara yang menerapkan insentif dalam penanaman modal daripada ke negara-negara yang penerapan insentifnya sama sekali atau kurang menarik.¹⁷

Prinsip kelonggaran fasilitas perpajakan sebagai pencerminan prinsip insentif penanaman modal, adalah pembebasan dan pengurangan pajak seperti dikemukakan di atas dianggap suatu strategi yang ampuh untuk menarik modal asing secepat-cepatnya. Sebagai contoh, keberhasilan Cina dalam menarik modal asing sebesar 15 billion US dollar pada tahun 1992 di-

¹⁷ Lihat Erman Radjagukguk, *Idk. Op. Cit.* Hal. 244

sebabkan karena faktor pemberian fasilitas yang menggiurkan bagi penanam modal, seperti keringanan dan pembebasan pajak, pembebasan *import duties* dan lain-lain sejenisnya. Demikian pula di kawasan industri *Jabel Ali Free Zone* diberlakukan aturan hukum yang membebaskan para penanam modal asing dari kewajiban membayar pajak perusahaan, pajak pendapatan dan pajak ekspor- impor selama 15 tahun.¹⁷⁵ Penanam modal asing memperoleh berbagai kemudahan dan fasilitas pajak seperti, bebas pajak perusahaan, pajak penghasilan dan pajak ekspor-impor selama waktu tertentu.

Indonesia masih diyakini oleh negara-negara maju sebagai salah satu negara tujuan investasi dan menjadi negara primadona untuk menarik penanam modal asing. Merupakan primadona bagi negara penanam modal karena kebijakannya yang progresif melalui pemberian insentif yang menarik berupa pembebasan atau pengurangan pajak dan pungutan-pungutan lainnya. Dalam kerangka melakukan tindakan nyata seperti itu, maka pembaruan fasilitas penanaman modal, seharusnya penanam modal asing maupun penanam modal dalam negeri diberikan fasilitas fiskal dalam bentuk: (1) Pembebasan atau pengurangan atas pungutan impor barang modal atau bahan baku penolong. (2) Pembebasan atau pengurangan PPh badan dan PPh pembelian barang modal dalam negeri. (3) Memberikan tambahan modal kepada penanam modal yang ingin menanam modal di sektor-sektor usaha yang bersifat pionir, seperti manufaktur, teknologi tinggi, industri pertanian, infrastruktur terutama di Kawasan Indonesia Timur atau penanam modal yang bergerak dalam industri pembuatan material dan suku cadang dan barang-barang modal. Namun tentu saja pembaruan fasilitas penanaman modal ini dilakukan secara bervariasi. Artinya, harus ditentukan secara jelas dan tegas berapa batas minimal yang dibebaskan atau diku-

¹⁷⁵ *Ibid*, hal 2-13.

rangi pajak atau pungutannya, berapa lama jangka waktu pemberian insentif, dan sektor-sektor usaha yang mana yang diberikan insentif penanaman modal.

4. Prinsip Jaminan Penanaman Modal

Penerapan prinsip jaminan penanaman modal merupakan suatu proses yang dihasilkan melalui usaha harmonisasi hukum yang dilaksanakan oleh negara yang menganut sistem penanaman modal terbuka. Secara kategorial, prinsip jaminan penanaman modal adalah (a) transfer keuntungan dalam valuta asing, (b) Jaminan nasionalisasi dan kompensasi. Pembahasan mengenai kedua kategori itu adalah sebagai berikut:

a. Transfer Keuntungan dalam Valuta Asing

Prinsip ini diatur dalam Pasal 8 ayat (3), (4) dan (5) UUP Penanaman Modal yang berbunyi:

- (3) Penanam modal diberi hak untuk melakukan transfer dan repatriasi dalam valuta asing, antara lain terhadap:
- modal;
 - keuntungan, bunga bank, dividen, dan pendapatan lain;
 - dana yang diperlukan untuk:
 - pembelian bahan baku dan penolong, barang setengah jadi, atau barang jadi; atau
 - penggantian barang modal dalam rangka melindungi kelangsungan hidup penanaman modal;
 - tambahan dana yang diperlukan bagi pembiayaan penanaman modal;
 - dana untuk pembayaran kembali pinjaman;
 - royalti atau biaya yang harus dibayar;
 - pendapatan dari perseorangan warga negara asing yang bekerja dalam perusahaan penanaman modal;
 - hasil penjualan atau likuidasi penanaman modal;
 - kompensasi atas kerugian;

- j. kompensasi atas pengambilalihan;
 - k. pembayaran yang dilakukan dalam rangka bantuan teknis, biaya yang harus dibayar untuk jasa teknik dan manajemen, pembayaran yang dilakukan di bawah kontrak proyek, dan pembayaran hak atas kekayaan intelektual; dan
 - l. hasil penjualan aset sebagaimana dimaksud pada ayat (1).
- (4) Hak untuk melakukan transfer dan repatriasi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (5) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi:
- a. kewenangan Pemerintah untuk memberlakukan ketentuan peraturan perundang-undangan yang mewajibkan pelaporan pelaksanaan transfer dana;
 - b. hak Pemerintah untuk mendapatkan pajak dan/atau royalti dan/atau pendapatan Pemerintah lainnya dari penanaman modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
 - c. pelaksanaan hukum yang melindungi hak kreditor; dan
 - d. pelaksanaan hukum untuk menghindari keragian negara.

Pasal 8 ayat (3), (4) dan (5) pada intinya selain mengatur mengenai hak transfer untuk tujuan mendorong arus penanaman modal asing ke Indonesia. Juga menetapkan semua transfer selain yang diperbolehkan dipandang sebagai repatriasi modal asing, dan tidak dapat diizinkan selama kelonggaran-kelonggaran perpajakan dan pungutan-pungutan lain.

Ketentuan mengenai hak transfer dan repatriasi tersebut di atas, perlu dikaji lebih jauh, karena sesungguhnya aturan-aturan hukum yang mengatur tentang hak transfer sudah berkelebihan hukum (*over regulation*). Adapun realisasi transfer dalam

valuta asing yang diperbolehkan dengan beberapa pembatasan, yaitu: (1) Keuntungan yang diperoleh selama proses produksi sesudah dikurangi pajak dan kewajiban-kewajiban pembayaran lain di Indonesia. (2) Biaya-biaya yang berhubungan dengan tenaga asing yang dippekerjakan di Indonesia. (3) Penyusutan atas alat-alat perlengkapan tetap. (4) Kompensasi dalam hal nasionalisasi.

Dalam penerapan prinsip transfer dan repatriasi, timbul masalah, yaitu ketentuan ini dipandang berlebihan, karena jauh lebih awal sudah dilakukan Indonesia, yakni sejak tahun 1970, yang menganut rezim devisa bebas, sehingga pembatasan transfer devisa dihapuskan di Indonesia. Semua transaksi uang asing, misalnya keuntungan bersih, modal fisik teknik, manajerial dan biaya promosi dapat dilakukan secara bebas ke negara asal.

Sehubungan dengan prinsip jaminan penanaman modal yang pelaksanaannya dilakukan dengan transfer yang bersifat repatriasi menurut pendapat penulis harus dibebaskan saja, karena pembatasan transfer devisa telah lama dihapuskan Indonesia. Investor asing harus dijamin bahwa deviden, bunga dan keuntungan lainnya dari uang mereka yang diinvestasikan itu selama perusahaannya masih beroperasi di Indonesia dapat ditransfer ke negara asalnya. Hal ini merupakan salah satu prinsip jaminan penanaman modal, dan apabila diterapkan ke dalam proses penanaman modal terutama penanaman modal asing akan dapat menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif di Indonesia. Namun harus dipertimbangkan aspek lainnya, karena praktik-praktik seperti ini sangat merugikan Indonesia. Merugikan karena praktik-praktik repatriasi modal direpatriasikan ke negara asal, bahkan jumlahnya dapat lebih besar dari nilai penanaman modal yang masuk ke Indonesia. Dengan demikian, seharusnya ada ketentuan hukum yang mengatur secara tegas dan jelas bahwa repatriasi modal atau repatriasi profit diperkenankan asal di-

gunakan untuk pengembangan atau perluasan penanaman modal kembali (*reinvestasi*) ke Indonesia dan/atau untuk digunakan dalam proses alih teknologi.

Namun harus dipertimbangkan pula aspek lainnya, karena praktik-praktik seperti ini sangat merugikan Indonesia. Merugikan karena praktik-praktik repatriasi modal direpatriasikan ke negara asal, bahkan jumlahnya dapat lebih besar dari nilai penanaman modal yang masuk ke Indonesia. Dengan demikian, seharusnya ada ketentuan hukum yang mengatur secara tegas dan jelas bahwa repatriasi modal atau repatriasi profit diperkenankan asal digunakan untuk pengembangan atau perluasan penanaman modal kembali (*reinvestasi*) ke Indonesia dan/atau untuk digunakan dalam proses alih teknologi.

Untuk itu perlu dipertegas pengaturannya dalam pembauran landasan hukum penanaman modal, bahwa hak repatriasi modal sudah waktunya dibebaskan, tetapi pengawasan pemerintah tetap penting, sehingga kepentingan penanaman modal, dan Indonesia saling menguntungkan. Dalam hubungan ini, terlihat sangat perlu, bahwa para ahli hukum menggunakan pendekatan ekonomi sangat bermanfaat, supaya dapat diterapkan prinsip jaminan penanaman modal. Terutama dalam hal keuntungan yang dapat peroleh Indonesia pada waktu penanam modal asing melakukan repatriasi. Bila hal ini diperhitungkan dengan teliti, maka yang mengakibatkan kerugian bagi Indonesia akan menjadi kecil. Hal ini berarti kerugian dan keuntungan dari praktik-praktik repatriasi dapat diketahui atau diprediksi. Kerugian dalam proses repatriasi modal atau profit yang berhubungan dengan proses hukum, maka hal ini disebut dengan pendekatan *positive transaction cost*. Sebaliknya, keuntungan yang besar diperoleh dalam pelaksanaan repatriasi modal baru diketahui atau dirasakan kalau (1) repatriasi modal baru diperbolehkan apabila modal tersebut sudah diinvestasikan di Indonesia selama lima tahun sejak perti-

sahaannya beroperasi secara komersial. (2) repatriasi modal harus direpatriasikan kembali ke Indonesia selama waktu tertentu. Tanpa mengikuti kedua pembatasan ini, keuntungan yang besar diperoleh dari aktivitas penanaman modal di Indonesia tidak dapat dicapai. inilah yang disebut *negative transaction cost*.¹⁷⁶

Geraldo P. Sicut mengemukakan keyakinannya mengenai repatriasi modal dalam kegiatan penanaman modal bahwa praktik-praktik seperti itu tidak perlu dikuatirkan. Yang penting adalah ciptakan kepastian usaha sehingga penanam modal mempercayai sistem, kebijakan dan aturan hukum serta birokrasi negara bersangkutan.¹⁷⁷ Sesungguhnya penanam modal tidak akan melakukan repatriasi modal, melainkan menanamkan kembali keuntungan yang diperolehnya itu untuk memperluas penanaman modalnya kalau ada jaminan kepastian hukum.

Prinsip jaminan penanaman modal dalam penentuan hak transfer dan repatriasi memiliki fungsi yang sangat penting dimasukkan ke dalam landasan hukum penanaman modal yang akan dirombak atau diperbaiki sehingga dapat mewujudkan iklim penanaman modal yang kondusif. Prinsip jaminan tersebut kalau diaplikasikan ke dalam praxita hukum penanaman modal yang hendak diperbaiki, maka (1) dari segi analisis ekonomi, fungsi prinsip ini merupakan alat untuk mendorong penanam modal memaksimalkan keuntungan atau meminimalkan risiko usaha bagi perusahaannya. Prinsip ini merupakan pula suatu pe-gangan atau alat perlindungan dari pemerintah untuk mengantisipasi kemungkinan adanya perselisihan atau jalan keluar kalau misalnya ada kesulitan dalam pelaksanaan proyek penanaman modal. (2) dari segi peran dan kedudukan pemerintah, prinsip ini mempunyai fungsi sebagai *protector* atau pengayom maupun sebagai *problem solver* terhadap penanaman modal. Negara yang

¹⁷⁶ Lihat Victor Purba, *Op. Cit.* hal 223.

¹⁷⁷ Lihat Geraldo P. Sicut *Op. Cit.* hal 804

diwakili oleh pemerintah dipandang identik dengan sebuah tertib hukum sebagai pengayom dan *regulator* yang memberikan pranata hukum dan memperlakukan penanam modal atau perusahaan asing sebagai *business friendly*.

b. Jaminan Nasionalisasi dan Kompensasi

Untuk memberikan perlindungan hukum dan jaminan hukum atas hak milik penanam modal asing, maka prinsip nasionalisasi dan kompensasi menjadi penting, yang mencerminkan itikad baik *host country* terhadap penanam modal. Bentuk jaminan hukum ini adalah melarang negara mengambil alih perusahaan penanaman modal asing dan harta milik atau aset milik perusahaan asing tanpa alasan hukum yang diterima bersama. Prinsip jaminan nasionalisasi pada hakikatnya merupakan pencerminan prinsip non diskriminatif seperti yang diatur dalam hukum ekonomi Internasional.

Pembaruan penyelesaian sengketa adalah untuk mendukung terciptanya iklim penanaman modal yang kondusif, khususnya penanam modal asing, maka diperlukan harmonisasi hukum mengenai forum yang sesuai untuk penyelesaian sengketa penanaman modal. Pasal 33 UU Penanaman Modal hanya mengatur penyelesaian sengketa. Dalam hal terjadi sengketa dan kalau kedua belah pihak pun tidak tercapai persetujuan mengenai jumlah, macam, dan cara pembayaran kompensasi, maka akan diadakan arbitrase yang putusannya mengikat kedua belah pihak. Tetapi ketentuan ini tidak secara jelas memberi batasan mengenai penyelesaiannya melalui musyawarah, dan tidak pula secara jelas memberi batasan mengenai arbitrase mana yang harus menyelesaikan sengketa. Hal ini dapat dimasukkan sebagai salah satu kekurangan UU Penanaman Modal.

Proses ini secara inheren melihat kecenderungan umum para pelaku usaha terhadap pranata musyawarah yang diukur

melalui persepsi mereka bahwa penyelesaian sengketa di bidang penanaman modal melalui musyawarah lebih cocok dan tata cara lebih informal dibanding pengadilan. Tanpa melibatkan proses hukum yang lebih formal dan biaya yang dikeluarkan tidak sulit diperhitungkan, bahkan diyakini lebih murah karena prosesnya lebih cepat. Hanya jika musyawarah tidak tercapai diselesaikan melalui arbitrase. Hal ini sesuai dengan pendapat Calubresi yang menyatakan bahwa hukum dapat juga diperhitungkan sebagai *tertiary cost*, jika terjadi penyelesaian sengketa melalui lembaga-lembaga di luar pengadilan.

Cara-cara penyelesaian sengketa terhadap masalah nasionalisasi ini perlu digunakan model musyawarah sebagai forum yang sesuai untuk penyelesaian sengketa yang timbul di bidang penanaman modal yang menyangkut modal asing. Jika timbul sengketa antara pemerintah Republik Indonesia dengan penanam modal asing akibat adanya nasionalisasi, kompensasi dan anti rugi, atau sengketa-sengketa tertentu di bidang penanaman modal yang timbul antara perusahaan asing dengan pengusaha dalam negeri, misalnya risiko transfer mata uang, keterlambatan pemberian izin permohonan penanaman modal diupayakan melalui cara-cara musyawarah. Model musyawarah sebagai forum penyelesaian sengketa-sengketa di bidang penanaman modal sangat konstruktif, integratif dan efisien, karena esensinya tidaklah sekadar semua pihak menang-menang, namun juga sarana kelangsungan hubungan bisnis berdasarkan perdamaian dan harmoni. Itu yang termuat dalam prinsip bahwa musyawarah bukannya menentukan siapa yang menang dan siapa yang kalah, tetapi kemenangan dan kepuasan semua pihak. Hal ini sejalan dengan prinsip hukum yang adil menurut pendapat Stammer dan Stone yang mengatakan bahwa tujuan atau fungsi hukum adalah harmonisasi berbagai maksud, tujuan dan kepentingan antara in-

dividu dengan individu yang lain dengan masyarakat.¹⁷⁸ Prinsip hukum yang adil dalam kaitannya dengan model musyawarah di atas, berorientasi pada harmoni antara kepentingan perorangan dengan kepentingan umum. Model musyawarah yang diintegrasikan dalam konsep harmoni ini meliputi dialog, konsultasi, mediasi, konsiliasi dan negosiasi atau dikenal dengan istilah keselarasan, keserasian dan kesepadanan. Dalam ilmu hukum konsep harmoni dimanifestasikan dalam nilai dasar dari hukum yaitu, kesamaan, kebebasan dan solidaritas.¹⁷⁹

Penerapan model musyawarah membutuhkan arah yang jelas dan saling menghormati maksud dan tujuan antara para pihak. Kehendak seseorang tidak boleh bergantung pada pemaksaan kehendak individu orang lain atau pihak lain. Stone mengemukakan bahwa prinsip saling menghormati adalah tuntutan hukum berdasarkan hak seseorang, tetapi hanya dapat dipertahankan dengan cara-cara yang selalu memperlakukan orang yang dituntut sebagai sesama manusia. Seseorang hanya dapat dipaksa untuk bertindak sesuai dengan hukum¹⁸⁰ Pilihan ini menurut pendapat penulis bahwa model musyawarah dalam penyelesaian sengketa penanaman modal bisa dipakai untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif di Indonesia, bisa juga dipakai untuk *harmonization targeting* yang perlu diperkenalkan ke dunia internasional bahwa Indonesia lebih mengutamakan perdamaian dan harmoni jika bersengketa dengan para mitra dagangnya dari negara lain.

Apabila musyawarah tidak tercapai, maka forum yang sesuai untuk penyelesaian sengketa dilakukan melalui arbitrase nasional maupun internasional. Dalam rangka pembaruan, pe-

¹⁷⁸ Lilis L. M. Gardbi, *Harmonisasi Hukum Menuju Hukum Responsif, Pidato Pengukuhkan Guru Besar from Fakultas Hukum Universitas Indonesia*, Jakarta, 1995 hal. 4

¹⁷⁹ Frans Magnis Suseno, *Etika Politik, Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, [?], Gramedia, Jakarta, 1987, Hal. 114-119.

¹⁸⁰ Lilis L. M. Gardbi, *Op. Cit.*, hal. 4.

nyelesaian sengketa penanaman modal hendaknya ditentukan arbitrase nasional, sehingga investor asing mendapat akses langsung pada yurisdiksi nasional. Apabila arbitrase nasional tidak mungkin lagi menyelesaikannya dapatlah diselesaikan melalui forum Arbitrasi Bank Dunia atau dikenal dengan ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) setelah disetujui secara tertulis (*in writing from*) oleh kedua belah. Hal ini sesuai dengan prinsip kedaulatan negara seperti yang dikemukakan oleh Lauterpacht, yang mengatakan bahwa pada umumnya negara yang diwakili pemerintahnya tidak dapat dipaksa untuk menyelesaikan perselisihannya di muka peraditan internasional, dan tidak semua persoalan dapat diajukan di hadapan pengadilan internasional. Esensi pemikiran ini terletak pada dua sumber bahwa (1) hak dari negara untuk menentukan di masa depan kaidah hukum internasional mana yang dapat mengikatnya, dan (2) Hak untuk menentukan isi dari kaidah hukum internasional dalam suatu persoalan tertentu.¹⁵¹

Palokan mengenai masalah yurisdiksi dalam peselisihan ekonomi yang dikemukakan di atas sejalan dengan esensi pemikiran yang terkandung dalam teori *Critical Legal Studies* (CLS) untuk menjelaskan upaya negara-negara berkembang untuk mencegah dominasi modal asing yang memasuki negaranya dengan jalan mengubah kaidah hukum internasional sesuai dengan kepentingan ekonominya. Esensi pemikiran CLS menurut Hikmahanto Juwana hal tersebut terletak pada kenyataan bahwa hukum adalah politik. Hukum internasional adalah produk politik dan sebagian merupakan hasil tarik ulur Negara Berkembang dengan Negara Maju, sehingga dalam proses penyelesaian sengketa ekonomi kadang-kadang para penanam modal meminta du-

¹⁵¹ Lihat D. Sidik Saputra, ICSID Dan MIGA, Lembaga Internasional Untuk Meningkatkan Arus Penanaman Modal, dalam *Gagasan Pemikiran Tentang Pembaharuan Hukum Nasional*, Tim Pakar Hukum Departemen Kehakman dan HAM, Jakarta, 2002, hal. 52.

kungan dari negaranya.¹⁶² Di dalam Undang-undang Penanaman Modal Thailand, didapati ketentuan yang menyebutkan, penyelesaian sengketa yang timbul dalam bidang penanaman modal diupayakan melalui cara musyawarah (*settlement of disputes shall be done through deliberation*). Apabila musyawarah tidak tercapai diselesaikan melalui lembaga peradilan atau lembaga penyelesaian sengketa di luar peradilan baik nasional atau internasional. Di Malaysia terdapat ketentuan yang menyebutkan bahwa penyelesaian sengketa pertama menggunakan *local administrative and judicial facilities*, kemudian ICSD atau arbitrase atau arbitrase *International Arbitral Tribunal (UNCITRAL)*. Lain halnya dengan Singapura, didapati ketentuan yang menyebutkan bahwa Singapura telah mendirikan badan arbitrase sendiri (*establish their own arbitration*) untuk sebagai forum yang sesuai untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal asing dan sengketa-sengketa komersial lainnya.

Dalam rangka mendorong arus penanaman modal ke Indonesia dan menjamin kegiatan dan kelangsungan dan perkembangan penanaman modal di Indonesia, penggunaan model musyawarah maupun arbitrase, terutama arbitrase nasional perlu diperkenalkan kepada penanam modal asing. Tentu saja selain pengetahuan mengenai prinsip murah dan cepat dengan cara musyawarah, juga dapat menjalankan hubungan hukum berdasar pada prinsip persahabatan, kesamaan, solidaritas, dan kebebasan di dalam kegiatan bisnis untuk mencapai harmoni. Sudah sejak lama penekanan efisiensi (*cost-less*) dari penyelesaian sengketa penanaman modal melalui musyawarah dan arbitrase dengan pendekatan ekonomi dikaitkan dengan hukum. Hal ini disebabkan karena masalah ini sangat mempengaruhi risiko usaha dan tingkat pengembalian investasi. Para investor asing melalui

¹⁶² Juwana Hikmahanto, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*, Lentera Hati, Jakarta, 2002, hal. 32-33.

MNC-nya, yang umumnya *rent seekers*, maka dasar pemikirannya adalah dengan menggunakan pendekatan ekonomi yaitu, faktor pilihan atas risiko yang lebih kecil daripada penggunaan prosedur hukum formal di hadapan badan peradilan.

Metode penyelesaian sengketa penanaman modal seperti dikemukakan di atas, dapat mengubah perilaku pemerintah *host country* dan penanam modal asing untuk lebih efisien, dan tidak larut dalam konflik terbuka. Eksistensi musyawarah dan arbitrase hanya efisien dan efektif apabila hukum menjamin prinsip persamaan, prinsip kebebasan, prinsip solidaritas, dan prinsip perdamaian menuju harmoni dalam kegiatan proses penyelesaian sengketa yang menguntungkan penanaman modal asing, negara dan masyarakat.

PRINSIP-PRINSIP HUKUM PENANAMAN MODAL ASING DALAM GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE/ WORLD TRADE ORGANIZATION

Prinsip dasar yang melandasi *General Agreement on Tariffs and Trade* dan *World Trade Organization* ialah prinsip Non Diskriminatif. Prinsip non diskriminasi tertuang dalam dua prinsip yaitu:

1. Prinsip Perlakuan Nasional (*National Treatment*).
2. Prinsip Perlakuan Sama (*Most Favoured Nation Treatment*).

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) didirikan pada tahun 1947, dimana sebagian besar pendirinya adalah negara maju. Salah satu persetujuan perdagangan internasional yang berkaitan dengan penanaman modal adalah *Agreement on Trade Related Investment Measures* (TRIMs), yang merupakan bagian yang tak terpisahkan dari pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (*Agreement Establishing the World Trade Organization*), dan telah diratifikasi Indonesia melalui Undang-undang No. 7 Tahun 1994.

Hakikat GATT adalah aturan-aturan hukum yang mengatur masalah tarif dan perilaku perdagangan internasional yang menjadi pedoman perilaku bagi negara-negara peserta GATT. Tujuannya adalah menciptakan perdagangan bebas bagi barang dan jasa antar negara agar tidak mengalami hambatan. Inilah filosofis suatu kegiatan perdagangan yang dilakukan dalam suatu negara diharuskan tidak

melakukan praktik-praktik diskriminatif. Sebab, berlakunya suatu hukum negara penerima modal, akan berpengaruh juga terhadap hukum negara lain.

Prinsip dasar GATT yang dijadikan titik tolak perdagangan internasional adalah prinsip "liberal", yang difokuskan pada prinsip persaingan bebas. Prinsip ini berakar pada prinsip kebebasan (*freedom*), prinsip persamaan hak (*equality*) serta prinsip timbal balik (*reciprocity*). Prinsip-prinsip ini selain bertujuan sebagai sarana perlindungan hukum, juga bertujuan untuk mempertemukan kepentingan negara-negara yang berbeda sistem hukumnya. Prinsip-prinsip hukum perdagangan internasional ini merupakan suatu terobosan penting bagi suatu kompromi antara kedua kepentingan yang berbeda tersebut, sehingga membawa manfaat bagi perdagangan internasional. Dalam kaitannya dengan penanaman modal, GATT merupakan suatu loncatan penting untuk mencapai suatu peraturan yang *uniform* dalam menarik penanaman modal asing menanamkan modalnya di *host country*. Menurut Huala Adolf terdapat empat aspek utama dari hukum (perdagangan) internasional yang mengatur Penanaman modal asing, yaitu: *Pertama*, hukum internasional yang mengatur perlindungan terhadap investor dan harta miliknya, *Kedua*, hukum internasional yang mengatur hubungan atau transaksi bilateral antara dua negara yang disebut juga sebagai BIT atau *bilateral investment treaty*. Perjanjian seperti ini banyak dibuat baik negara maju maupun berkembang. *Ketiga*, hukum internasional yang mengatur upaya-upaya penanaman modal di suatu wilayah (*region*) tertentu. Upaya ini timbul sebagai reaksi ketidakpuasan terhadap hukum internasional yang melindungi investor dan harta miliknya. Termasuk dalam hal ini adalah prinsip pembayaran ganti rugi manakala terjadi nasionalisasi penanaman modal asing. *Keempat*, Berkembangnya aturan-aturan hukum internasional baru yang mengatur upaya-upaya penanaman modal yang terkait dengan perdagangan

internasional (*The Trade-Related Investment Measures* atau TRIMs dalam kerangka WTO).¹⁸³

Keempat aspek tersebut di atas, muncul sebagai reaksi negara-negara maju terhadap semakin banyaknya pemerintahan *host country* membuat kebijakan-kebijakan penanaman modal yang memengaruhi iklim penanaman modal yang berdampak pada perdagangan internasional. Kebijakan penanaman modal di negara-negara berkembang yang memengaruhi iklim penanaman modal melalui dampak dari kebijakan dan perilakunya atas biaya, risiko dan pembatasan bagi persaingan yang dihadapi oleh penanam modal asing atau perusahaan perusahaan multinasional.¹⁸⁴

Berdasarkan makna prinsip kemanfaatan ekonomi, Indonesia sebagai negara berkembang, tentu saja menganut sikap preventif terhadap perilaku penanam modal, terutama penanam modal asing. Berdasarkan pula pada alasan kedaulatan dan menekankan pada prinsip ketidaktergantungan ekonomi nasional dari modal asing, maka prinsip diskriminasi terhadap penanaman modal dapat dilakukan dengan alasan sebagaimana dikemukakan Sherif H. Seid (dalam Zaidun mengatakan sebagai berikut, *Discrimination between nationals and foreigners is said to be lawful under international law if it is based on retional economics grounds. The discrimination will, however, become unlawful if it is based on racial grounds or if it is in breach of bilateral agreements made between the host country and the investor's home country (when these stipulate national treatment).*¹⁸⁵

¹⁸³ Huma Akrif dan Chandrawulan, 1994. *Masalah-masalah Hukum dalam Perdagangan Internasional*. Rajawali Pers, Jakarta, 1994, hal. 3-4.

¹⁸⁴ Lihat Laporan Bank Dunia, *Op Cit*, hal. 7.

¹⁸⁵ Lihat Muhammad Zaidun, 2006, *Prinsip-prinsip Hukum Internasional Dalam Penanaman Modal Asing* (tidak dipublikasikan), Surabaya, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, 2006, hal. 152.

Pendapat ini menyimpulkan bahwa, sikap preventif negara-negara berkembang mengundang modal asing bukan dimaksudkan kebijakan restriktif atau masuknya modal asing sebagai suatu ancaman, melainkan menekankan kepada kebutuhan penanaman modal untuk kemajuan pembangunan nasional *host country* itu sendiri. Hal ini menunjukkan bahwa sistem perdagangan (*internasional*) dan sistem penanaman modal asing langsung adalah dua sistem yang saling menunjang dan melengkapi. Artinya, maju mundurnya perdagangan seperti memperoleh akses pasar sangat ditunjang oleh kegiatan penanaman modal asing.

Untuk melihat lebih lanjut penerapan prinsip non-diskriminatif dari GATT berkenaan dengan masalah penanaman modal asing akan dikaji dua prinsip utama dari prinsip non diskriminasi, yaitu :

1. Perlakuan Nasional

Prinsip perlakuan nasional atau lebih dikenal dengan prinsip *National Treatment* yang diatur dalam Pasal 3 GATT yang berjudul *National Treatment on International Taxation and Regulation*. Berdasarkan pasal ini setiap negara anggota Organisasi Perdagangan Dunia/WTO tidak diperkenankan menyelenggarakan penanaman modal yang tidak selaras dengan prinsip tersebut.¹⁵⁰

Hakikat prinsip perlakuan nasional adalah perlakuan yang sama kepada semua penanam modal dari negara manapun yang

¹⁵⁰ Pasal III ayat (1) dan (2) tersebut menyatakan: | *The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the international sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulation requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.*

2. *The products of territory of any contracting party imported into the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*

menanamkan modalnya di Indonesia. Pada hakikatnya prinsip ini mengharuskan negara atau pemerintah memberikan perlakuan yang sama antara penanam modal dalam negeri (investor nasional) dan penanam modal asing (investor asing). Dengan kata lain, Pemerintah harus memperlakukan penanam modal asing sama seperti memperlakukan penanam modal dalam negeri. Dari segi penanaman modal, prinsip perlakuan nasional adalah prinsip yang bukan hanya memberikan perlakuan dan kebijakan yang sama dengan produk dalam negeri, tetapi juga memberikan perlakuan sama terhadap akses pembiayaan dalam negeri kepada penanam modal asing seperti yang diberikan kepada penanam modal nasional. Peraturan penanaman modal di beberapa negara ASEAN, Malaysia misalnya, perlakuan nasional diberikan kepada penanaman modal asing, yaitu memberikan akses pendanaan dalam negeri yang sama kepada investor nasional. Singapura juga tidak membatasi akses pendanaan bagi perusahaan asing. Di Thailand, memberikan akses pendanaan yang sama. Namun, dibatasi untuk investor atau perusahaan asing maksimum 50 juta Bath per orang.

Dalam penerapan prinsip perlakuan nasional seperti digariskan dalam ketentuan Pasal III GATT 1994 tersebut di atas, maka landasan hukum penanaman modal *host country* tidak boleh mengandung aturan-aturan hukum yang diskriminatif terhadap produk impor seperti pajak dalam negeri, beban-beban tertentu, persyaratan-persyaratan yang akan mempengaruhi penjualan, penawaran, penjualan, pengangkutan, distribusi, dan penggunaan produk sehingga menimbulkan perlakuan protektif terhadap produk asing. Selain itu, landasan hukum penanaman modal, termasuk di dalam perjanjian-perjanjian penanaman modal secara bilateral (*bilateral investment agreements*) tidak diperkenankan mengatur pengaturan kuota dalam negeri yang bersifat diskriminatif, pengawasan harga dalam negeri harus memperhatikan kepentingan ekspor peserta lainnya untuk menghindari kerugian negara peserta.

Dalam pandangan negara berkembang, prinsip perlakuan nasional terlihat sebagai pembatasan kedaulatan negara. Oleh karena itu, prinsip diskriminatif dalam kebijakan dan aturan-aturan hukum di bidang penanaman modal adalah sah sepanjang tidak melanggar perjanjian bilateral. Dengan kata lain, Kewenangan *host country* untuk mengatur masuknya penanaman modal asing hanya tunduk kepada perjanjian-perjanjian internasional yang telah ditandatangani oleh negara yang bersangkutan.¹⁸⁷ Hal ini sangat penting dilaksanakan bagi *host country* untuk memenuhi tujuan pembangunan ekonomi negaranya. Mengenai hal ini, Somnarajah menyatakan, *the right of a state to control entry of foreign investment is unlimited, as it is a right that flows from sovereignty. Entry of foreign investment can be excluded by a state.*¹⁸⁸

Tampak bahwa hukum internasional adalah regulasi yang sangat komprehensif mengakui hak-hak *host country* untuk mengatur dan membatasi masuknya penanaman modal asing ke negara mereka, tanpa mengabaikan kepentingan penanam modal asing.¹⁸⁹ Dampak negatif dari aliran penanaman modal asing di *host country* menjadi alasan yang rasional untuk membatasi aktivitas usaha perusahaan-perusahaan multinasional. Alasan ini sejalan dengan pendekatan teori jalan tengah (*middle path theory*) serta penerapan prinsip skala prioritas. Negara-negara maju harus diawasi agar tidak menimbulkan dampak negatif bagi *host country*. Dengan demikian,

¹⁸⁷ Lihat Pasal 6 ayat (2) Undang-undang No. 25 Tahun 2007.

¹⁸⁸ Lihat Somnarajah *Op Cit*, hal. 83.

¹⁸⁹ Di Indonesia hak-hak negara penerima modal (*host country*) diatur dalam Pasal Pasal 16 Undang-undang No. 25 Tahun 2007 menyebutkan bahwa, setiap penanaman modal bertanggung jawab menjamin tersedianya modal yang berasal dari sumber yang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, menanggung dan menyelesaikan segala kewajiban dan kerugian jika penanam modal menghentikan, meninggalkan, menelantarkan kegiatan usahanya secara sepihak, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; menciptakan iklim usaha persaijangan yang sehat, mencegah praktik monopoli, dan hal lain yang merugikan negara; menjaga kelestarian lingkungan hidup; menipatkan kesefahaman, kesetiaan, kenyamanan, dan kesejahteraan pekerja, dan mematuhi semua ketentuan peraturan perundang-undangan

tampak jelas bahwa prinsip perlakuan nasional adalah semata-mata urusan hukum nasional yang termasuk yurisdiksi *host country*. Oleh karena itu, sukar dituntut berdasarkan hukum *internasional public*.

Perkecualian terhadap *national treatment* diberikan terhadap produk-produk untuk kepentingan pemerintah, dan dalam hal tertentu terhadap produk sinematografi.¹⁰⁰ Dengan demikian, dalam perdagangan internasional, barang-barang impor tidak boleh diberlakukan secara diskriminatif dalam pasar domestik suatu negara anggota. Pengecualian dari keharusan terhadap prinsip non diskriminasi adalah adanya perjanjian perdagangan regional dalam bentuk *customs union* atau *free trade area*, kasus pengecualian terhadap negara-negara berkembang (Pasal XXIV). Menurut prinsip ini sistem yang diciptakan dalam rangka *free trade area* dan *costums union* tidak boleh melakukan diskriminasi terhadap negara-negara yang tidak berada dalam satu kelompok dengan mereka.

Selanjutnya, ketentuan ayat (2) dari pasal tersebut mengatur mengenai adanya jaminan bahwa baik langsung maupun tidak langsung terhadap barang-barang impor tidak boleh dikenakan pajak-pajak intern yang lebih besar daripada pajak-pajak intern atau biaya-biaya lainnya yang dikenakan pada produk yang sama yang diproduksi di dalam negeri.

Selanjutnya, penerapan prinsip perlakuan nasional di bidang yang tidak sejalan dengan prinsip perlakuan nasional sebagaimana dimaksud dalam Pasal III ayat (4) GATT 1994 mencakup kaidah-kaidah yang mewajibkan atau memaksa berdasarkan hukum nasional, atau peraturan administratif, yang mensyaratkan sebagai berikut:

- a. Pembelian atau penggunaan produk-produk yang berasal dari dalam negeri atau dari sumber lainnya dirinci menurut produk-produk tertentu, volume atau nilai barang produk, atau menurut perbandingan dari volume atau nilai produksi lokal, atau;

¹⁰⁰ Lihat Normu S. Pakpala, Pembinaan Hukum Ekonomi Dalam Pemertumbuhan Bangsa Bangsa, dalam *Majalah Hukum Nasional*, Edisi Khusus, Jakarta, hal.116-117.

- b. Pembelian atau penggunaan produk impor oleh perusahaan dibatasi sampai jumlah tertentu dikaitkan dengan volume atau nilai produk yang diekspor.

Secara khusus prinsip perlakuan sama (*equal treatment*) atau dikenal dengan prinsip non-diskriminasi (*most favored nation*) adalah suatu prinsip hukum penanaman modal yang sangat penting demi kelangsungan penanaman modal itu sendiri. Landasan hukum penanaman modal harus memberikan perlakuan sama kepada penanam modal tanpa membedakan asal negara, kecuali kepada penanaman modal dari negara tertentu dimana Indonesia terikat dalam perjanjian internasional. Dalam perspektif John H. Jackson, prinsip utama yang menjadi dasar dari hukum perdagangan internasional seperti diatur dalam Persetujuan Umum tentang Tarif dan Perdagangan 1994 (GATT) adalah prinsip non diskriminasi. Oleh karena itu, konsesi yang diberikan kepada satu negara partner dagang harus berlaku pula bagi semua negara lainnya. Satu negara tidak boleh diberikan perlakuan baik atau lebih buruk dari pada negara lain. Prinsip ini mengharuskan semua negara diperlakukan sama, dan semua negara harus turut menerima dan menikmati peluang usaha dalam kegiatan perdagangan internasional, serta memenuhi kewajiban yang sama pula.¹⁹¹

2. Perlakuan Sama

Prinsip perlakuan sama atau lebih dikenal dengan prinsip *Most Favoured Nation Treatment* (MFN) terdapat dalam Pasal I GATT, yang menyatakan:

“with respect to customs duties and charge of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer for payments for im-

¹⁹¹ Lihat Kartadjoesema H. *GATT dan WTO Sistem, Forum dan Lembaga Internasional di Bidang Perdagangan*, GIP, 1994 Jakarta, hal. 109

ports or exports and with respects to the method levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article II, any advantage, favour, privilege, or immunity granted by contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded, immediately and unconditionally to like product originating in or destined for territories of all other contracting parties”.

Selanjutnya, menyatukan kedua undang-undang itu memberikan harapan kepada Indonesia untuk merevitalisasi pemberlakuan prinsip non-diskriminatif nasional untuk menghindari inkonsistensi. Penyatuan Undang-undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman modal Asing dan Undang-undang No. Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri menjadi Undang-undang Penanaman Modal kiranya dapat menghilangkan keragu-raguan dari segi hukum bagi penanam modal yang ingin menanamkan modalnya di Indonesia dan/atau ingin melakukan kerja sama penanaman modal. Langkah penyatuan ini benar-benar terjadi dengan diberlakukannya UU Penanaman Modal. Bagi Indonesia, langkah ini merupakan jaminan kebijakan dasar pemerintah Indonesia untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, transparan dan akuntabilitas.¹⁹² Prinsip perlakuan nasional (*national treatment*) diberikan oleh *host country* kepada sesama penanam modal yang menanamkan modalnya di negara itu, kecuali peraturan perundang-undangan mengatakan lain. Pemerintah sudah sewajarnya menerapkan prinsip

¹⁹² Pembaruan hukum sangat penting karena berfungsi meningkatkan kemajuan ekonomi suatu negara. Posner dengan pendapatnya mengatakan, *The essential legal reform required to create that infrastructure may be the adoption of a system of relatively precise legal rules, as distinct from more open-ended standards or a heavy investment in upgrading the nation's judiciary. A virtuous cycle can arise in which initially modest expenditures on law reforms increase the rate of economic growth ...* Lihat: Richard A. Posner, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, The World Bank Research Observer, Vol.13, 1998, No.1 hal. 11.

ini dalam pembaruan landasan hukum penanaman modal dengan menyatukan undang-undang tersebut mengingat adanya persaingan yang semakin tajam dari negara-negara lain untuk menarik penanam modal menanamkan modal di negaranya.

Konsepfi filosofis yang mendasari penyatuan ini adalah. *Pertama*, menyatukan dan menyempurnakan kedua landasan hukum ini adalah agar landasan hukum memadai dan dapat berperan untuk memberikan jaminan yang mendasar, yaitu memberikan perlakuan sama dan perlakuan nasional kepada penanam modal asing. *Kedua*, persyaratan kinerja hukum untuk tolok ukur tertentu yang mendukung pencapaian sinergi prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal. *Ketiga*, perlu pula adanya jaminan perlindungan atas kelangsungan dan pengambilalihan penanaman modal, akses pendanaan dalam negeri yang sama kepada penanam modal asing dan penanam modal dalam negeri dalam negeri, dan pengurangan bidang-bidang usaha yang tercantum dalam daftar negatif investasi. *Keempat*, penyatuan kedua undang-undang ini sangat mungkin memudahkan pelayanan bagi para penanam modal asing.

Tidak dapat dipungkiri bahwa globalisasi penanaman modal global sekarang ini telah memengaruhi Indonesia seperti umumnya negara-negara berkembang lainnya untuk memacu penanam modal asing memasuki negaranya. Sebaliknya negara-negara maju, seperti Amerika Serikat, Uni Eropa, Jepang dan Cina segera mengintegrasikan prinsip-prinsip hukum perdagangan internasional yang berkaitan dengan penanaman modal ke dalam hukum penanaman modal negaranya. Kalau pemerintah lebih berani meliberalisasikan pengaturan penanaman modal dengan menerapkan prinsip perlakuan sama dan prinsip perlakuan nasional ke dalam Undang-undangan Penanaman Modal, maka hal ini merupakan salah satu strategi atau metode untuk menghindarkan dominasi dominasi asing terhadap perekonomian nasional.

Dengan perkataan lain, ketakutan pemerintah dan berbagai kalangan terhadap masuknya modal asing atau perusahaan asing akan mendominasi perekonomian Indonesia tidak perlu terjadi. Karena. *Pertama*, suatu negara mempunyai hak mengatur penanaman modal asing di negaranya. *Kedua*, penanam modal asing /perusahaan asing harus tunduk pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sendiri. *Ketiga*, dengan alasan ekonomi dan sosial, suatu negara dapat melakukan tindakan diskriminatif dalam proses penanaman modal. *Keempat*, suatu negara berkewajiban melindungi dan memberikan berbagai kemudahan dan fasilitas yang menarik bagi para penanam modal.

Dengan demikian, pembaruan landasan hukum penanaman modal yang tidak membedakan lagi semua penanam modal akan menghilangkan persepsi buruk terhadap iklim penanaman modal di Indonesia. Dengan demikian, diharapkan produk-produk Indonesia dari hasil penanaman modal akan memasuki pasar internasional dan meningkatkan devisa negara.¹⁶³

Dasar pemikiran menyesuaikan ketentuan hukum penanaman modal suatu negara dengan prinsip-prinsip dan ketentuan internasional adalah bahwa: (1) Umumnya negara beranggapan bahwa bahwa campur tangan pemerintah negara-negara berkembang untuk menarik modal asing dapat menimbulkan distorsi pasar yang dapat menghambat perdagangan. Negara-negara pengekspor modal seperti Amerika Serikat beranggapan bahwa hambatan arus modal tidak berbeda dengan hambatan masuk pasar (*access to market*) melalui proteksi tarif. Kebijakan perdagangan yang berkaitan dengan penanaman modal di negara-negara berkembang seperti persyaratan kandungan lokal, persyaratan ekspor, keseimbangan perdagangan, pembatasan kapasitas produksi, dan keharusan membuat produk tertentu adalah masuk kategori tindakan *non-tariff barrier*. Kebijakan

¹⁶³ Lihat Cheryl W. Gray, "Reforming Legal Systems in Developing and Transition Economies", *Finance & Development*, September, Vol 94, 1997, hal. 3-4.

tersebut ditentang oleh negara maju seperti Amerika Serikat. Bagi negara maju, ketentuan TRIMs justru diterapkan untuk menghilangkan aturan-aturan hukum di bidang penanaman modal yang dapat menimbulkan distorsi dalam perdagangan internasional. (2) Indonesia sebagai negara penandatanganan GATT 1994 harus sudah menghapuskan semua aturan-aturan penanaman modal yang tidak sesuai dengan aturan GATT 1994. Konsekuensi penting penandatanganan suatu perjanjian internasional atau keanggotaan suatu organisasi internasional seperti Organisasi Perdagangan Dunia, mewajibkan Indonesia melakukan harmonisasi hukum di bidang penanaman modal yang kompatibel dengan hukum perdagangan internasional. Kebanyakan ahli hukum meyakini bahwa, undang-undang yang serupa dari berbagai negara tersebut akan saling mendekati (*convergence*) dan bertambah kuat, bergerak ke arah standarisasi. Sebetulnya sejak tahun 2002 Indonesia sudah harus memiliki undang-undang penanaman modal yang memenuhi standar internasional sebagaimana disyaratkan oleh TRIMs, seperti halnya ketentuan TRIPs (*trade related intellectual property*) di bidang hukum hak atas kekayaan intelektual. (3) perdagangan bebas (*free trade*) akan lebih memberi keuntungan kepada semua negara sehingga di dalam kegiatan perdagangan internasional untuk barang dan jasa telah membawa saling ketergantungan antar bangsa. Karena, perdagangan internasional sebagai sub sistem kegiatan ekonomi dapat dilihat sebagai suatu proses produksi dimana barang dan jasa, termasuk modal yang relatif murah dalam suatu negara, secara relatif juga dapat menjadi barang-barang, jasa-jasa, dan modal yang mahal.

Ketentuan-ketentuan GATT di bidang penanaman modal atau TRIMs, yang seluruhnya diperlakukan sebagai satu kesatuan (*as a single undertaking*) di bawah Organisasi Perdagangan Dunia sebagai aturan main dalam perdagangan internasional. Dalam melaksanakan ketentuan TRIMs tersebut telah digariskan prinsip-prinsip hukum yang perlu diperhatikan oleh setiap negara penerima

modal. Tujuannya adalah mendorong perkembangan perdagangan internasional, dan memudahkan arus penanaman modal antar negara untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi semua mitra dagang, terutama negara sedang berkembang diharapkan dapat memelihara dan menjamin perdagangan bebas.

Dalam hal inilah sangat perlu dipertimbangkan manfaat yang diperoleh Indonesia apabila memperlakukan prinsip-prinsip hukum perdagangan internasional, yang akan mendorong penanam modal menanamkan modalnya. Dalam hal ini faktor harmonisasi hukum sebagai variabel yang sangat menentukan. Suatu kebijakan pemerintah dari negara penerima modal, misalnya untuk pembangunan industri nasionalnya tidak bisa dilepaskan dari kepentingan negara lain. Contoh kasus Mobil Nasional Timor (Mohnas) tahun 1996-1997, digugat oleh Amerika Serikat, Jepang dan Uni Eropa ke forum WTO, dan menuntut pemerintah Indonesia menghentikan program Mohnas Timor karena melanggar perjanjian TRIMs, dan gugatan itu dikabulkan.

Penerapan prinsip hukum dalam perdagangan internasional perlu diperhitungkan dari segi analisis ekonomi, terutama yang menyangkut berbagai faktor seperti sifat bisnis para penanam modal asing, manfaat ekonomi dari penanaman modal bagi masyarakat, dan hal-hal yang menyangkut peranan hukum dalam kegiatan penanaman modal. Aturan-aturan hukum penanaman modal yang berkaitan dengan perdagangan tidak terpisahkan dengan persetujuan dalam GATT/WTO. Konsekuensinya, Indonesia harus menerapkan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal yang terdapat dalam TRIMs (persetujuan tentang Ketentuan Penanaman Modal yang Berkaitan dengan Perdagangan) ini. Tujuan kesepakatan tersebut adalah mengurangi dan menghapus segala kebijakan penanaman modal yang dapat menghambat kegiatan perdagangan. Hal ini berarti Indonesia harus membuka wilayahnya untuk dimasuki oleh penanam modal asing dengan menerapkan prinsip kebebasan untuk

menanamkan modal (*freedom to invests*) di setiap sektor ekonomi, kecuali sektor-sektor usaha yang terlarang dalam Daftar Negatif Investasi. Dalam pandangan negara berkembang, TRIMs adalah bukan semata-mata persoalan perdagangan, tetapi menyangkut pula masalah kebijakan pembangunan ekonomi nasional *host country*. Sedangkan bagi negara-negara maju (*foreign country*), TRIMs dimaksudkan untuk menghilangkan restriksi-restriksi dalam bidang penanaman modal yang dapat menimbulkan distorsi dalam perdagangan internasional.^{19*}

Pada hakikatnya, penerapan TRIMs dalam aturan-aturan hukum tentang penanaman modal bagi Indonesia adalah sebagai sarana pembangunan ekonomi nasional untuk meminimalkan dampak buruk dari penanaman modal, yaitu agar penanaman modal dapat memberi kemanfaatan bagi rakyat secara keseluruhan, termasuk upaya-upaya Indonesia mengatasi ketergantungan ekonomi Indonesia dari penanaman modal.

Jenis TRIMs, yang bertentangan dengan (*National Treatment*) Pasal III GATT 1994, dapat diidentifikasi dalam tiga macam, yaitu :

1. *Local content requirements*, yaitu persyaratan bagi investor atau perusahaan untuk membeli bahan baku, komponen yang diproduksi sendiri, atau yang bersumber dari dalam negeri (*in house*).
2. *Trade balancing requirements* atau persyaratan keseimbangan perdagangan, yaitu persyaratan bahwa investor atau perusahaan dalam memenuhi kebutuhannya hanya diperkenankan melakukan impor barang apabila perusahaan tersebut telah melakukan ekspor produk dalam negeri dalam jumlah dan volume tertentu. Dengan kata lain, penanam modal atau perusahaan diperkenan-

^{19*} Beberapa regulasi di yang dianggap distorsi terhadap prinsip perlakuan sama antara lain adalah Surat Keputusan Menteri Perindustrian No. 114/SK/VI/1993 tentang Penetapan Tingkat Kandungan Lokal Kendaraan Bermotor atau Komponen Binaan Dalam Negeri

kan melakukan impor apabila perusahaan tersebut dapat menunjukkan dokumen bahwa dia telah melakukan ekspor,

3. *Larangan dari Restriksi Kuantitatif*. Prinsip larangan terhadap restriksi yang bersifat kuantitatif adalah kuota dan jenis pembatasan yang serupa. Perkecualian yang dibolehkan dalam GATT, terutama bagi negara-negara berkembang adalah apabila suatu negara menghadapi masalah dalam neraca pembayarannya (Pasal XVII), yang menentukan bahwa restriksi kuantitatif boleh diperlakukan oleh suatu negara berkembang untuk mencegah mengecilnya cadangan devisa yang dimilikinya akibat meningkatnya impor negara tersebut.

Selanjutnya, ketentuan Pasal XI ayat (1) GATT 1996 tersebut berbunyi : *No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, wheter made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.*

Sebagai penjelasan, bahwa TRIMs yang tidak sejalan dengan penghapusan restriksi kuantitatif seperti diatur dalam Pasal XI ayat (1) di atas, mencakup hal-hal yang mewajibkan atau memaksa berdasarkan hukum nasional atau peraturan-peraturan administratif atau memenuhi persyaratan untuk memperoleh insentif atau fasilitas, dan yang membatasi sebagai berikut :

- a. Impor produk-produk yang dipakai dalam proses produksi atau terkait dengan produksi lokalnya secara umum atau senilai produk yang diekspor oleh perusahaan yang bersangkutan (*import restriction related to trade balancing*).
- b. Impor produk-produk yang dipakai dalam atau terkait produksi lokal dengan membatasi aksesnya terhadap devisa luar negeri sampai jumlah yang terkait dengan devisa yang dimasukkan oleh

perusahaan bersangkutan (*import restriction related to trade balancing atau foreign exchange*).

- c. Ekspor atau penjualan untuk ekspor apakah dirinci menurut produk-produk khusus menurut volume atau nilai produk-produk atau menurut perbandingan volume atau nilai dari produksi lokal perusahaan yang bersangkutan (*local production*).

Ketentuan TRIMs yang bertentangan dengan Pasal XI ayat (1) GATT, dapat diidentifikasi dalam 10 (sepuluh) macam :

1. *Trade balancing requirements constituting restriction on import*, yaitu suatu persyaratan yang membatasi perusahaan atau investor untuk melakukan impor sesuai dengan volume dan nilai produk yang diekspornya.
2. *Exchange restrictions resulting in restriction on imports* atau pembatasan transfer devisa, yaitu persyaratan yang membatasi suatu perusahaan atau investor untuk mendapatkan devisa dan akses untuk devisa dalam melakukan impor hanya diberikan sesuai kebutuhan.
3. *Domestic sales requirements involving restrictions on export*, yaitu persyaratan suatu perusahaan atau investor untuk menjual sejumlah tertentu produknya di pasar dalam negeri.
4. *Manufacturing requirements* atau keharusan membuat produk-produk tertentu, yaitu persyaratan bahwa produk-produk tertentu harus dibuat di dalam negeri.
5. *Export performance requirements* atau persyaratan ekspor, yaitu suatu kebijakan yang mensyaratkan bahwa sejumlah produk tertentu dari produk yang dihasilkan harus diekspor.
6. *Products mandating requirements*, yaitu kebijakan yang mensyaratkan bahwa perusahaan atau investor harus menyuplai pasar-pasar tertentu dengan suatu produk yang ditetapkan atau produk yang diproses dengan fasilitas tertentu.
7. *Technology transfer requirements*, yaitu kebijakan yang mensyaratkan perusahaan atau investor untuk melakukan alih teknologi

atas dasar *non-commercial terms*, bahkan *research and development* tertentu harus dikembangkan dan dilaksanakan di dalam negeri.

8. *Licensing requirements*, yaitu keharusan penggunaan lisensi dalam produksi.
9. *Remittance restrictions*, yaitu larangan bagi perusahaan atau investor untuk mengembalikan keuntungan atau laba yang diperoleh dari penanaman modal ke negara asalnya.
10. *Local equity requirements* atau persyaratan pemilikan saham lokal, yaitu suatu kebijakan yang mensyaratkan bahwa sebagian saham harus diberikan kepada perusahaan partner lokal.

Prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal yang tak kalah pentingnya sehubungan dengan prinsip-prinsip hukum penanaman modal dalam GATT/WTO maupun TRIMs adalah prinsip-prinsip yang tidak mengikat (*APEC Non-binding Investment Principles*). Prinsip-prinsip itu adalah:

1. *Transparency*, yaitu setiap anggota menyediakan semua peraturan perundang-undangan dan prosedur administratif maupun kebijakan secara transparan yang berkaitan dengan penanaman modal.
2. *Non-discrimination Between Source Economies*, yaitu memberikan perlakuan sama kepada semua investor tanpa membedakan asal negara.
3. *National Treatment*, yaitu perlakuan nasional diberikan pula kepada investor asing.
4. *Investment Incentives*, yaitu setiap anggota tidak akan melonggarkan peraturan kesehatan, keselamatan dan lingkungan sebagai suatu insentif untuk menarik arus penanaman modal.
5. *Expropriation and Compensation*, yaitu tidak mengambil alih penanaman modal atau tindakan serupa terkecuali untuk kepentingan umum, sesuai prinsip hukum internasional yakni kewajiban negara melindungi hak-hak negara asing dalam bisnis, tanpa mengabaikan hukum nasional.

6. *Performance Requirements*, yaitu tindakan mengurangi penerapan persyaratan penyelenggaraan penanaman modal yang dapat menghambat peningkatan perdagangan dan penanaman modal.
7. *Repatriation and Convertability*, yaitu setiap anggota memberikan kebebasan atas transfer dana seperti, laba, dividen atau bunga yang berkaitan dengan hasil dari penanaman modal asing.
8. *Settlement of Disputes*, yakni diperlukannya suatu forum penyelesaian sengketa yang timbul pada penanaman modal dengan cara konsultasi, negosiasi, atau prosedur arbitrase.
9. *Entry and Sojourn of Personnel*, yaitu mengizinkan masuknya tenaga kerja asing yang penting seperti tenaga teknis maupun tenaga manajerial dalam penanaman modal.
10. *Avoidance of Double Taxation*, yaitu setiap anggota melakukan penghindaran pajak berganda atas hasil aktivitas penanaman modal.
11. *Investor of Behaviour*, yaitu investor atau perusahaan asing harus mematuhi semua undang-undang, kebijakan, peraturan administrative seperti yang diberlakukan bagi investor domestik.
12. *Removal of barriers to Capital Exports*, yaitu setiap anggota setuju mengurangi atau menghilangkan hambatan-hambatan terutama hambatan peraturan dan kelembagaan atas arus penanaman modal.

Tampak bahwa prinsip-prinsip yang disepakati dalam APEC berperan penting di dalam kegiatan penanaman modal. Indonesia sebagai salah satu negara anggota kerja sama Ekonomi Asia-Pasifik mau tidak mau harus membuka diri terhadap realitas pasar bebas, dan dituntut untuk menghilangkan hambatan-hambatan terhadap arus penanaman modal.

Berlitik tolak dari prinsip-prinsip tersebut, tampak dipengaruhi oleh teori ekonomi neo-klasik bahwa dengan pasar bebas akan menaikkan produktivitas usaha, yakni penanaman modal, produksi distribusi dan alokasi serta konsumsi, sehingga dapat menciptakan

kemakmuran rakyat secara keseluruhan. Dengan demikian, kalau Indonesia cepat-cepat menghapuskan aturan-aturan penanaman modal yang menghambat atau mengganggu perdagangan bebas (*free trade*) seperti yang diharuskan oleh GATT/WTO, TRIMs maupun APEC, iklim penanaman modal Indonesia akan semakin baik yang akan membawa dampak kepada masyarakat dan pemerintah. Dalam hal inilah sangat perlu dipertimbangkan kerja sama internasional melalui aktivitas harmonisasi hukum yang memperlakukan peraturan yang sama dan sejajar. Dalam hal ini faktor instrumen internasional sebagai suatu variabel yang sangat menentukan. Hasil survei Bank Pembangunan Asia (*Asian Development Bank*) terhadap 700 perusahaan menengah dan besar di 11 provinsi di Indonesia menunjukkan tiga kendala utama penanaman modal di Indonesia, yaitu (1) ketidakstabilan ekonomi makro seperti, kebijakan moneter, (2) ketidakpastian kebijakan ekonomi, dan regulasi.¹⁹⁵ Oleh karena itu, isu mendasar yang perlu dipertimbangkan dalam perbaikan dan penyempurnaan landasan hukum penanaman modal, adalah menciptakan iklim penanaman modal yang lebih baik dengan formula:

1. Keserasian antara jaminan kepastian substansi hukum dengan kebijakan administratif untuk menyesuaikan dengan liberalisasi-globalisasi ekonomi.
2. Materi hukum penanaman modal harus mengandung deregulasi substansial kewajiban multilateral, kewajiban bilateral dan perlakuan nasional

Perlu juga dikemukakan di sini bahwa, masa transisi untuk menghapuskan TRIMs yang tidak sejalan dengan prinsip perlakuan nasional dan hambatan kuantitatif seperti dibahas di atas, yakni hanya 2 tahun sejak persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia efektif untuk Negara maju, lima tahun untuk Negara berkem-

¹⁹⁵ Lihat, Teddy Rener Sondaka, *Implementasi Prinsip Transparansi dalam Praktik Penanaman Modal di Indonesia*, Bayu media Publishing, 2009, Jakarta, hal. 190.

bang. serta tujuh tahun untuk Negara berkembang terbelakang.¹⁹⁶ Dasar pemikiran perlunya Indonesia mematuhi prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal adalah karena prinsip-prinsip tersebut berfungsi untuk meningkatkan, memperluas dan melindungi aktivitas penanaman modal di dalam negaranya. Prinsip-prinsip ini berfungsi juga untuk mengembalikan Indonesia ke penanaman modal global. Untuk itu, ada suatu prinsip hukum internasional publik yang patut diperhatikan, yaitu bahwa suatu negara diberikan kekuasaan, yurisdiksi atau hak-hak berdaulat untuk mengatur setiap aktivitas ekonomi, termasuk penanaman modal di wilayah teritorialnya. Suatu negara berhak mengatur atau mengawasi masuknya penanam modal asing di wilayahnya berdasarkan prinsip kedaulatan negara. Prinsip ini perlu digunakan untuk mengantisipasi aktivitas penanaman modal asing yang dapat memperburuk atau merugikan kondisi perekonomian *host country*.

Semua prinsip-prinsip yang mendasar ini perlu dipraktikkan oleh *host country* tanpa mengabaikan sistem hukum yang berlaku di negaranya. Legalitas penanaman modal asing yang dapat mengganggu dan menghambat perdagangan dapat dikategorikan menjadi:

- a. Persyaratan penggunaan kandungan lokal, yaitu penggunaan barang jadi, bahan baku, bahan setengah jadi, komponen dan *spare parts* buatan dalam negeri.
- b. Persyaratan ekspor.
- c. Persyaratan keseimbangan perdagangan.
- d. Persyaratan kapasitas produksi.
- e. Persyaratan jenis produksi.
- f. Persyaratan membuat produk tertentu.
- g. Pembatasan transfer devisa.
- h. Persyaratan alih teknologi.
- i. Kewajiban penggunaan lisensi dalam produksi.

¹⁹⁶ I. Pat Erman Rajagukguk, *Comparative Legal System*, Pascasarjana Universitas Indonesia, 1994, Jakarta, hal. 658-659.

- j. Persyaratan kepemilikan saham lokal.
- k. Insentif.

Kesebelas aspek yang disebutkan di atas, dianggap sebagai hambatan penanaman modal oleh TRIMs. Menghambat karena dianggap tidak berorientasi pada prinsip-prinsip fundamental dalam penanaman modal, yaitu prinsip perlakuan nasional dan prinsip perlakuan yang sama dalam penyelenggaraan penanaman modal. Untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif di Indonesia, maka pemerintah Indonesia harus menata semua peraturan perundang-undangan di bidang penanam modal dan berorientasi pada nilai-nilai kegiatan ekonomi dunia yang terkandung dalam prinsip-prinsip GATT 1994 maupun ketentuan-ketentuan yang termuat dalam TRIMs.

Indonesia perlu menerapkan prinsip perlakuan sama seperti diharuskan oleh GATT ke dalam landasan hukum penanaman modal yang akan dibentuk, tetapi harus tetap diperhitungkan faktor kepentingan ekonomi nasional dan kebutuhan seluruh rakyat Indonesia atas modal asing. Oleh sebab itu, Indonesia perlu mempertahankan secara optimal aspek pada huruf (a), yaitu persyaratan kandungan lokal, huruf (b) tentang persyaratan ekspor, persyaratan alih teknologi seperti pada huruf (h) untuk menopang tatanan hukum bagi *rule based investment* dalam jangka panjang, dan persyaratan kepemilikan saham lokal seperti pada huruf (j). Tujuannya adalah agar penanaman modal tidak mendominasi perekonomian Indonesia dan bisa mendorong perkembangan dan kemajuan perusahaan kecil dan menengah.

Persyaratan kandungan lokal belum dapat dibebaskan walaupun dapat mengganggu dan menghambat perdagangan bebas terhadap barang. Sebab, sesungguhnya dilihat dari segi kepentingan ekonomi nasional dan kepentingan seluruh rakyat Indonesia, kegiatan penanaman modal bukan semata-mata masalah perdagangan ba-

rang dagangan dalam kegiatan perdagangan seperti diharuskan oleh TRIMs. Di satu sisi, kebijakan tentang penanaman modal berkaitan erat dengan masalah ekonomi makro, stabilitas politik, sosial dan demokrasi di dalam negeri. Di sisi lain, produksi barang bagi negara berkembang, seperti Indonesia terletak pada produksi barang primer, yang meliputi produk pertanian, hasil hutan, minyak mentah dan produk-produk barang mentah lainnya, bukan pada produk sekunder yang meliputi manufaktur, produksi mesin dan produk sejenisnya.¹⁹⁷

Persyaratan ekspor masih sulit dilepaskan di dalam perdagangan barang dagangan seperti digariskan dalam TRIMs, karena sebagian besar negara berkembang, seperti Indonesia ekspor justru menjadi tujuan utama penanaman modal. Ekspor merupakan pilar penting bagi pengembangan ekonomi nasional, terutama memelihara neraca pembayaran (*balance of payment*). Upaya Indonesia dalam meningkatkan ekspor merupakan solusi yang dianggap paling ampuh dan cepat untuk mengurangi ketergantungan Indonesia terhadap negara maju, dan perusahaan multinasional terutama terhadap produk-produk yang seharusnya sudah dapat diolah di Indonesia.

Selanjutnya, persyaratan alih teknologi belum boleh dilepaskan atau dibebaskan, dan justru harus dipercepat. Tujuannya adalah untuk mempercepat Indonesia keluar dari ketergantungan ekonomi kepada modal asing atau negara maju. Salah satu jalan keluar mengatasi ketergantungan ekonomi dari aktivitas penanaman modal asing adalah kesediaan perusahaan multinasional melakukan proses alih teknologi pada pihak Indonesia. Rakyat Indonesia sudah seharusnya dididik menjadi tenaga ahli agar mempunyai kemampuan dan skill (*transfer of knowledge*) untuk membuat produk tertentu yang memadai dan dapat dijual di pasar dunia dan mampu bersaing dari segi harga dan kualitasnya.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Laha, Victor Purba, *Op. Cit* hal 306-307.

¹⁹⁸ *Ibid*, hal. 307.

Dapat dikemukakan bahwa dari segi analisis ekonomi, upaya mendorong arus masuk penanaman modal asing dapat membawa keuntungan atau kerugian bagi negara penerima modal merupakan salah satu faktor yang perlu diperhitungkan. Dalam kegiatan penanaman modal, terutama penanaman modal asing selalu muncul kepentingan ekonomi yang berbeda. Kepentingan yang berbeda ini muncul sangat berkaitan dengan sifat dan tujuan menanamkan modal bagi penanam modal asing dan negara yang membutuhkan modal asing. Supaya dapat mengerti kepentingan tersebut secara komprehensif, maka peran analisis ekonomi terhadap hukum sangat membantu. Analisis ekonomi terhadap sifat dan tujuan negara menanam modal di negara lain dimulai dengan asumsi bahwa menanam modal ke luar negaranya sangat menguntungkan karena tersedianya sumber daya alam yang besar, tenaga kerja yang murah dan pasar yang besar buruh. Sebaliknya, penanaman modal yang besar yang mempunyai risiko tinggi dan berdampak luas terhadap perekonomian negara penerima modal selalu membutuhkan landasan hukum yang progresif.

Dengan menggunakan analisis ekonomi terhadap implementasi TRIMs untuk menyempurnakan dan memperbaiki landasan hukum penanaman modal, maka dapat dipakai teori *critical legal studies* sebagai acuan dengan cara melakukan *trashing*, atau *deconstruction* atau *genealogy*. Oleh karena itu, upaya mengatur masuknya modal asing perlu memperhitungkan ketiga hal yang telah disebutkan dalam teori ini. Seharusnya keseimbangan antara keuntungan dan kerugian terhadap Indonesia dapat terakomodir. Pengalaman dari sebagian besar negara maju, untuk memobilisasi modal dapat digerakkan oleh faktor hukum yang sama dan setara. Hal ini menjadi catatan bahwa implementasi TRIMs, termasuk perjanjian bilateral melalui pembaruan hukum secara simultan akan dapat mendorong para penanam modal ingin menanamkan modalnya kembali di Indonesia.

Dalam kaitannya dengan kebijakan dan regulasi penanaman modal yang terbuka dan tidak kaku, dipengaruhi oleh hubungan ekonomi dan perdagangan internasional yang semakin meningkat mensyaratkan harmonisasi hukum dilakukan melalui pendekatan dengan cara pengelompokan sebagian atau keseluruhan aturan dari ketentuan TRIMs bukan dengan cara subyektif yaitu dilakukan melalui paket-paket pengaturan atau deregulasi seperti Keputusan Presiden, Peraturan Menteri dan sebagainya. Pembaruan landasan hukum penanaman modal yang mengunjuk pada ketentuan TRIMs dilakukan dengan cara sedemikian rupa untuk menghindari pertentangan konsep substansi hukum yang sebaiknya sejak awal dihindari. Oleh sebab itu, Indonesia sebaiknya membuat suatu *legal framework* yang kompatibel dengan kegiatan penanaman modal dalam negeri maupun internasional sebagaimana diinginkan oleh Theberge mengenai tiga syarat sistem hukum modern, yaitu keseimbangan, keadilan dan kepastian ke depan yang jelas.

Mengingat hubungan ekonomi dan perdagangan dalam era globalisasi yang bercorak *moving quickly*, maka pembaruan hukum memang tidak mungkin diharapkan semuanya kepada lembaga pembuat undang-undang (DPR). Yang dapat diandalkan untuk menyiapkan dan melengkapinya adalah kekuasaan eksekutif. Pembaruan hukum dilakukan melalui cara pendekatan *discretionary rule making* dan atau dilakukan melalui jalur *executive power*⁹³

Dalam hal ini, jika, masing-masing negara masih berpegang teguh pada kepentingan nasionalnya sendiri, sukar sekali untuk mencapai harmonisasi dan unifikasi hukum. Banyak negara mencari jalan sendiri-sendiri dengan membentuk blok-blok perdagangan eksklusif seperti, APEC (*Asia Pacific Economic Corporation*), AFTA (*Asean Free Trade Area*) dan lain-lain sebagainya. Bahkan Indonesia, Malaysia dan Thailand membentuk kesepakatan IMT - GII-Project (In-

⁹³ Lihat Nurmu N. Palpa dan, Pembaruan Hukum Ekonomi Dalam Pembangunan Jangka Panjang II, dalam *Majalah Hukum Tesaka*, Edisi Khusus, Jakarta, hal. 82.

Jonesia - Malaysia - Thailand Growth Triangle Project) tahun 1993, di bidang ekonomi khususnya perdagangan dan industri, kemudian ditindaklanjuti oleh Pemerintah daerah Sumatera Utara dan Daerah Istimewa Aceh untuk menghindari pertentangan substansi hukum.²⁰⁰

Unsur penting untuk mewujudkan harmonisasi hukum yang kompatibel secara internasional, adalah kebutuhan untuk memasukkan pramata-pranata hukum asing ke dalam landasan hukum yang akan diperbarui di negara penerima modal. Akan tetapi, tidak berarti harus identik atau menyontek ketentuan-ketentuan serupa dengan sistem hukum asing²⁰¹ (Pakpahan, 1994: 8).

Hal yang penting untuk dapat memanfaatkan harmonisasi hukum melalui pembaruan hukum adalah agar landasan hukum penanaman tidak memuat substansi hukum yang bertentangan atau *convergence* dengan ketentuan TRIMs. Oleh karena itu, penerapan ketentuan TRIMs dalam membangun landasan hukum penanaman modal tidak sama sekali bertujuan mengubah sistem hukum penanaman modal dari suatu hukum negara lain.

Orientasi pembaruan hukum dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip persamaan antara negara-negara anggota Organisasi Perdagangan Dunia. Implementasi ketentuan TRIMs yang dilakukan melalui pembaruan hukum merupakan suatu konsep yang fleksibel dan diletakkan menurut isi dan konteks ketentuan-ketentuan hukum yang perlu diperbarui. Dalam isinya, penerapan TRIMs mudah diketahui dan dapat dilakukan setelah diketahui derajat persamaan suatu substansi hukum dan prinsip-prinsipnya yang mendasar, bukan ketentuan-ketentuan yang rinci dan detail. Dalam hubungannya

²⁰⁰ Liliat Natabaya, H.A.S. 1995. Kerja sama Dengan Negara/Organisasi Internasional Dalam rangka Upaya Harmonisasi Hukum. *Makalah*, Seminar Hukum Nasional Ke IV-BPHN, 1995, Jakarta, hal. 7-8

²⁰¹ Liliat Natabaya S. Pakpahan, Kerja sama Dengan Negara/Organisasi Internasional; Dalam rangka Pembaharuan/pengembangan Hukum Ekonomi. *Makalah*, dalam Seminar Hukum Nasional Ke IV-BPHN, Jakarta, 1995, hal. 8

dengan penerapan pranata TRIMs terhadap landasan hukum penanaman modal yang dilakukan melalui pembaruan dan harmonisasi hukum harus memperhatikan adanya norma-norma hukum yang dapat menciptakan adanya saling ketergantungan antara penanam modal dan pemerintah serta masyarakat. Selain itu perlu juga dicari norma-norma yang dapat menjamin penanaman modal yang semakin bertambah kuat. Langkah selanjutnya adalah mencari ketentuan-ketentuan hukum dalam TRIMs yang lebih detail diantara ketentuan hukum yang ada. Hal tersebut di atas, kalau dicarikan jalan keluarnya, sehingga dengan demikian mudah dimengerti, maka dengan cara kerja sama organisasi internasional atau bantuan *expert* asing pada awal pembentukan hukum untuk sekadar sumbang saran dengan mengadakan konsultasi, training atau membangun jaringan sistem informasi hukum terpadu. Harmonisasi hukum penanaman modal yang diorientasikan pada prinsip-prinsip hukum maupun konsep substansi hukum yang digariskan dalam GATT di bidang penanaman modal mempercepat penataan hukum. Salah satu bentuk kerja sama internasional tersebut adalah memberi masukan dan saran dengan mengadakan konsultasi, training atau membangun jaringan sistem informasi hukum, tetapi untuk proses pembentukannya lebih baik ditangani oleh ahli hukum Indonesia.

Hal ini dianggap perlu karena dalam melakukan kerja sama hukum dengan negara maju menduduki posisi yang sama pentingnya dengan upaya pembaruan hukum. Dalam hal ini faktor kepentingan nasional sangat menentukan. Selain itu, prinsip-prinsip hukum yang berasal dari hukum asing di sini perlu mengindahkan standar-standar yang dipakai oleh sistem hukum negara dan dunia internasional. Hanya saja perlu diperhitungkan pula bahwa kepentingan ekonomi negara maju lebih dominan dibanding negara berkembang. Bahkan para pelaku usaha negara maju banyak mendapat perlindungan dari

perjanjian internasional maupun regional yang dinegosiasikan antara negara maju dan negara berkembang.²⁰²

Dengan meningkatnya kerja sama hukum negara maju dan negara berkembang, manfaatnya dapat dilihat jika kerja sama ekonomi internasional dianalisis dari segi ekonomi, yaitu meliputi beberapa faktor berikut ini :

- a. *Faktor yang menyangkut sifat dan tujuan bisnis penanam modal asing dalam kaitannya dengan pungutan-pungutan resmi maupun tidak resmi:*

Dari segi analisis ekonomi tentang perilaku pelaku usaha dan sifat bisnis itu sendiri, dimana setiap pengusaha yang akan menanamkan modalnya selalu meningkatkan keuntungan maksimal yang diinginkannya. Bagi calon penanam modal/investor pungutan-pungutan yang memberatkan tidak dapat memberikan manfaat ekonomi. Dampak langsung yang dirasakan adalah apa yang dikenal sebagai ekonomi biaya tinggi. Bagaimana menghitung profit yang diinginkan? Hal itu dapat diperkirakan dari hubungan antara waktu yang dihabiskan pengusaha melobi birokrasi dengan biaya atau uang yang harus dikeluarkan.

Jika cenderung terjadi distorsi dan mengganggu kelancaran suatu bisnis, ada kemungkinan praktik pungutan liar atau penyuapan dapat menjadi faktor yang menentukan untuk memperlancar urusan bisnis, sehingga akan meningkatkan efisiensi. Di dalam literatur ekonomi, proses ini dinamakan *efficient grease hypothesis*, dapat juga diidentifikasi pada konsep maksimisasi. Seseorang sangat penting memastikan proses mengenai urusan bisnis yang dilakukannya. Oleh karena itu, ia bersedia membayar sejumlah tertentu kepada birokrasi untuk memperlancar kegiatan usahanya. Semakin besar suap yang dibayarkan,

²⁰² Lihat Juwana Hikmahanto. 2002. *Bagai Rongpal Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*. Lentera Hati. 2002. Jakarta. hal. 3-4

maka semakin berkurang hambatan yang mereka hadapi. Dalam hal ini besarnya uang pungutan dan suap yang dibayarkan tersebut mencerminkan *opportunity cost* bagi pengusaha bersangkutan, sehingga biaya transaksi dapat diprediksi.

Dalam keadaan dimana asumsi bahwa pungutan liar atau suap itu terbukti memperlancar kegiatan ekonomi dan meningkatkan efisiensi ekonomi, maka hal ini justru membahayakan proses kelangsungan penanaman modal, dan cenderung menurunkan efisiensi ekonomi. Oleh karena itu, solusinya adalah perlu diimbangi dengan konsep keseimbangan agar kegiatan penanaman modal dapat diprediksi dan meningkatkan efisiensi.

b. *Faktor yang menyangkut keunggulan kepemilikan dari dalam bisnis;*

Dalam konteks penanaman modal asing, keunggulan kepemilikan calon penanam modal sangat spesifik, dan diasumsikan bahwa, peranan hukum sangat penting untuk meningkatkan profit dengan memberi perlindungan hukum. Keunggulan kepemilikan ini dapat berupa monopoli atas suatu produk. Misalnya, merek tertentu, proses produksi yang lebih efisien, keahlian dan manajemen, termasuk pilihan untuk pasar domestik maupun pasar ekspor. Keunggulan ini merupakan tujuan utama penanam modal asing atau perusahaan asing untuk menanamkan modalnya. Bagaimana harus diatur, karena sering tidak sesuai dengan ketentuan hukum.

c. *Faktor yang menyangkut perlunya perangkat hukum yang memberi manfaat ekonomi;*

Dari segi analisis ekonomi dalam hukum, hampir semua penanam modal, terutama investor atau perusahaan asing sangat ragu menanamkan modalnya, jika mereka mengetahui bahwa negara mitra dagangnya belum mengakui konvensi-konvensi internasional. Hal ini harus dipenuhi, karena determinan ini

merupakan keunggulan lokasional suatu negara untuk menarik calon penanam modal asing menanamkan modalnya. Misalnya, pelayanan perizinan satu pintu, muka biaya kelancaran pelayanan perijinan, dan biaya-biaya lain sudah dapat dihitung.

- d. *Hal-hal yang menyangkut pramata-pramata sosial yang sangat menentukan sistem pengaturan dan perundang-undangan di bidang perkonomian menjadi sangat relevan;*

Sistem ekonomi maupun sistem hukum sesungguhnya adalah salah satu subsistem sosial yang lebih luas. Kegiatan ekonomi mensyaratkan jaminan tertib sosial, karena dalam ketertiban sosial itulah kegiatan ekonomi dapat dilakukan. Sebaliknya, sumber daya modal atau sumber daya alam menjadi faktor kebutuhan masyarakat. Interaksi ekonomi dengan kebutuhan masyarakat menimbulkan sikap dan perilaku ekonomi seseorang. Kegiatan ekonomi dalam masyarakat kalau tidak diatur oleh aspek hukum akan menimbulkan konflik atau kekacauan. Di sini hukum sangat dibutuhkan untuk mengatur kegiatan ekonomi.

Menurut teori sibernetika dari Talcott Parsonis bahwa, masyarakat itu terdiri dari sub-sistem budaya, sosial, politik dan ekonomi. Sub-sistem ekonomi beradaptasi dengan sub-sub-sistem yang lebih dominan pada norma-norma yakni, sub-sistem budaya dan sub-sistem sosial. Dalam melakukan kegiatan ekonomi, norma hukum tugasnya bukan hanya berfungsi menata ekonomi, tetapi juga terwujud dalam kegiatan ekonomi itu sendiri. Sub-sistem ekonomi tidak bisa diserahkan kepada mekanisme pasar saja, melainkan harus berdasarkan pada aturan hukum. Dalam hal ini dapat dipahami pentingnya prinsip-prinsip hukum perdagangan internasional diintegrasikan dengan prinsip-prinsip hukum penanaman modal nasional. Pengintegrasian ini terletak pada lingksi primer dari sub-sistem sosial suatu sistem hukum. Artinya, sub-sistem sosial yang memberikan legitimasi bagi tindakan-tindakan ekonomi suatu negara.

Penggunaan hukum sebagai sarana kemajuan masyarakat (*social progress*) terkait langsung dengan perangkat peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh pembuat hukum.²⁰ Umumnya para pembuat hukum selalu mempertimbangkan akibat sosial, ekonomi dan politik yang ditimbulkan oleh peranan yang dilakukan oleh anggota masyarakat. Hal ini dikenal sebagai “mekanisme pengendalian sosial” yang antara lain bertujuan untuk mempengaruhi atau memaksa anggota masyarakat mematuhi norma-norma hukum yang berlaku.

Penerapan prinsip-prinsip hukum yang tercermin dalam TRIMs dimaksudkan untuk memperkokoh substansi hukum penanaman modal agar benar-benar aturan ini menjadi *the supreme law of the investment* untuk memperbaiki menciptakan iklim penanaman modal dan bisnis merupakan faktor penting dalam penyelenggaraan penanaman modal.

²⁰ Lihat Emerson, Thomas J. 1985. Law as a Force for Social Progress, dalam *Connecticut Law Rev.* Vol. 8, Hal. 215.

HUKUM PERIZINAN PENANAMAN MODAL ASING

1. Perizinan Penanaman Modal Asing

Hukum perizinan dalam pelayanan penanaman modal asing semakin penting peranannya karena perizinan adalah instrumen yuridis paling mendasar dalam kegiatan ekonomi. Tujuan perizinan penanaman modal adalah untuk mendorong penanaman modal, memberikan kemudahan berusaha dan mengatasi masalah regulasi di pusat dan daerah yang saling tumpang tindih. Melalui UU Penanaman Modal dan UU Cipta Kerja serta peraturan-peraturan hukum terkait lainnya hadir untuk mendorong penanaman modal melalui kemudahan perizinan berusaha bagi para penanam modal. Selama ini, persoalan tumpang tindih dalam perizinan usaha, kewenangan perizinan antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah serta Kementerian/Lembaga telah menyebabkan sulitnya proses perizinan bagi penanam modal. Tidak hanya itu para penanam modal harus berhadapan dengan rimba perizinan panjang, lama, rumit dan berbelarut-larut. Hal inilah yang harus dibenahi pemerintah untuk memberikan kemudahan berinvestasi kepada para penanam modal asing maupun dalam negeri.

Perizinan dasar (*basic*) yang memerlukan penataan adalah perizinan lokasi, perizinan lingkungan dan perizinan bangunan. Ke-

tiga perizinan dasar ini memerlukan penataan, penyederhanaan aturan dan prosedur secara progresif sehingga dapat mendorong perkembangan ekonomi negara penerima modal. Persyaratan dan pelayanan penanaman modal menjadi lebih mudah dan biaya lebih murah.

Izin adalah perkenan terhadap sesuatu yang dilarang oleh peraturan perundang-undangan tetapi diperkenan oleh pemerintah. Hakikat izin dalam hukum administrasi adalah wujud dari keputusan administrasi, yaitu keputusan yang memberikan legalitas kepada seseorang atau pelaku usaha. Izin adalah instrumen yuridis yang paling mendasar dalam hukum administrasi. Hukum administrasi adalah hukum yang dibuat oleh administrasi negara atau pejabat pemerintah baik yang bersifat mengatur maupun yang bersifat menetapkan. Hakikat izin adalah persetujuan yang merupakan dasar kekecualian. Izin digunakan sebagai alat pengendali kepatuhan masyarakat yang dapat dipergunakan sebagai instrumen perundang-undangan bagi pemerintah untuk menjalankan misi pengendalian dan kepatuhan warganya. Secara hukum administrasi, pemberi izin wajib memastikan apakah pemegang izin mematuhi kewajiban-kewajibannya yang melekat pada izin itu.

Hukum perizinan yang akan dianalisis dalam buku ini berdasarkan pada tiga prinsip dasar yaitu: (a) Prinsip pelayanan penanaman modal (b) prinsip kemudahan pelayanan penanaman modal, dan (c) prinsip pelayanan perizinan penanaman modal. Ketiga prinsip ini sangat erat sekali hubungannya, sebab aspek kewenangan pelayanan penanaman modal sangat dipengaruhi oleh kemudahan pelayanan dan perizinan. Pemerintah telah mengadakan pedoman penyusunan dan penerapan standar pelayanan minimal, pedoman penyelenggaraan pelayanan terpadu satu pintu, dan petunjuk teknis penyusunan dan penetapan standar pelayanan minimal.²⁴ Dalam praktik para

²⁴ Lihat Peraturan Pemerintah No. 65 Tahun 2005 tentang Pedoman Penyusunan dan Penerapan Standar Pelayanan Minimal, Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 24 Tahun 2006 tentang Pedoman Penyelenggaraan Pelayanan Terpadu Satu Pintu dan Peraturan

penanam modal mengharapkan adanya perlakuan baik sehingga pelayanan penanaman modal lebih cepat, murah, dan terjangkau dari pemerintah.

Masalah pelayanan penanaman modal terkait dengan penerapan otonomi daerah. Tetapi UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah tidak memberikan porsi kewenangan yang besar kepada pemerintah daerah untuk mengelola sumber daya alam di daerahnya, terutama di sektor pertambangan. Posisi ini jelas kurang memberikan peluang bagi daerah untuk melakukan inovasi dan menggunakan semaksimal mungkin kewenangan untuk mengatur kegiatan-kegiatan penanaman modal. Tetapi dalam konteks ini berjalan kontra produktif dengan penciptaan iklim penanaman modal yang kondusif. Dalam praktiknya, pemerintah daerah cenderung memperlambat perijinan pendirian perusahaan. Aspek kelembagaan penanaman modal, hubungan antar instansi terkait seperti Badan Koordinasi Penanaman Modal, Departemen Perindustrian dan Perdagangan, Departemen Dalam Negeri, Departemen Keuangan dan dinas-dinas di daerah seolah-olah berjalan sendiri-sendiri, dan kurang adanya koordinasi yang sinergis.²⁶⁵

Kewenangan pelayanan penanaman modal di negara-negara berkembang telah menjadi isu utama di sejumlah negara-negara maju. Aspek pelayanan penanaman modal terkait erat dengan aspek *opportunity cost*, dimana penanam modal akan meraperehitungkan secara pasti berapa biaya yang harus dikeluarkan karena permasalahan pengurusan perizinan yang dianggap berbelit-belit, tidak efisien, perilaku birokrasi yang diwarnai korupsi dan kolusi. Berbagai perilaku tersebut para penanam modal menuntut adanya transparan-

Menteri Dalam Negeri No. 6 Tahun 2007 tentang Petunjuk Teknis Penyusunan dan Penetapan Standar Pelayanan Minimal. Ketentuan-ketentuan ini diadatkan dengan tujuan untuk memudahkan pembiayaan dan perizinan penanaman modal yang selama ini dikeluarkan para penanam.

²⁶⁵ Lihat Plien Chalid, *Kewenangan Daerah: Investasi dan Desentralisasi-Tantangan dan Hambatan*, Komitran Partnersip, 2005. Jakarta, hal. 113.

si, akuntabilitas dan keadilan (*fairness*) terhadap pelayanan penanaman modal.

Semakin banyak negara berkembang menyadari bahwa fungsi pemerintah saat ini lebih banyak difokuskan kepada pembuatan kebijakan-kebijakan sebagai konsekuensi dari peranan pemerintah yang penting dalam mencapai iklim penanaman modal yang baik bagi masyarakat secara keseluruhan dan perusahaan-perusahaan asing. Kunci untuk membentuk iklim penanaman modal yang baik itu adalah sangat tergantung pada sektor otoritas pemerintahan. Untuk itu, diperlukan upaya-upaya perbaikan di sektor kebijakan penanaman modal (*investment policy*), Komitmen upaya perbaikan (reformasi) di sektor kebijakan penanaman modal harus menghasilkan struktur dan peran yang jelas untuk masing-masing lembaga penanaman modal di pusat maupun di daerah.

Hakikat prinsip kewenangan pelayanan penanaman modal adalah suatu upaya yang dilakukan oleh internal pemerintah. Tujuannya adalah untuk mendorong arus masuk penanaman modal asing, yang sangat menginginkan adanya proses pelayanan perizinan penanaman modal yang mudah dan murah (*low cost settelement policy*). Prinsip pelayanan penanam modal yang mudah dan murah tersebut akan semakin mendorong para penanam modal asing untuk menanamkan modalnya, sebab pelayanan seperti itu akan menciptakan keuntungan bagi penanam modal dalam mencapai tujuan bisnisnya. Selain itu, bertujuan pula untuk menjamin kegiatan penanaman modal, agar tidak merugikan kepentingan ekonomi nasional. Prinsip ini mencerminkan prinsip efisiensi dalam kegiatan penanaman modal sebagaimana dikemukakan oleh Cooter dan Uien, di mana prinsip ini memainkan peranan penting sebagai pertimbangan keputusan bagi para penanam modal menanamkan modalnya di *host country*. Semakin jelas proses dan peran birokrasi atau administrasi pena-

naman modal maka penanam modal dapat memprediksi keuntungan yang akan diperoleh dari modal yang ditanam.²⁶

Dilihat dari aspek kelembagaan pemerintahan, kunci utama perbaikan kewenangan penanaman modal dapat dijelaskan dengan 3 (tiga) konsep dasar dalam hukum ekonomi, yaitu: (i) konsep maksimalisasi, (ii) konsep keseimbangan, dan (iii) konsep efisiensi di bidang birokrasi pemerintahan. Konsep maksimalisasi misalnya, ada dua asumsi yaitu, terjadi maksimalisasi dan/atau tidak terjadi maksimalisasi. Maksimalisasi terjadi dapat diasumsikan bahwa setiap dikeluarkan kebijakan (*strategy formulation*), maka di satu pihak orang atau beberapa pejabat pemerintah akan berkurang wewenangnya, dan dengan demikian akan berkurang pendapatannya, sedangkan pada pihak lain akan bertambah besar wewenangnya, dan tentu saja akan besar pula pendapatannya. Sebaliknya, tidak terjadi maksimalisasi diasumsikan bahwa kalau kualitas pelayanan birokrasi tidak mendukung kemudahan dan percepatan pelayanan penanaman modal.

Implementasi Undang-undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, terdapat pengaturan yang tidak jelas mengenai hubungannya wewenang pemerintah daerah provinsi maupun kabupaten/kota di bidang penanaman modal. Struktur peran dan pembagian kerja yang tidak jelas antar institusi penanaman modal menyebabkan terjadinya tumpang tindih kewenangan terhadap efisiensi dan efektivitas dari kebijakan pemerintah.²⁷

²⁶ Coator, Robert & Thomas Lion, 2000, *Law and Economics*, Addison-Wesley; Longman Inc. 3rd, New York.

²⁷ Komite Pertanahan Pelaksanaan Otonomi Daerah tertinggal mengungkapkan salah satu penyebab terhambatnya pembangunan di daerah adalah sikap resistansi terhadap masuknya penanam modal yaitu kebijakan pemerintah daerah atau peraturan daerah. Terdapat 500 peraturan daerah yang terkait langsung atau tidak langsung di bidang penanaman modal atau 31 persen menghambat masuknya penanam modal di daerah. Hal tersebut selain tidak mendukung implementasi prinsip mempertimbangkan kepentingan daerah, juga menimbulkan ketidakpastian hukum. Lihat Teddy Romer Sontakh, *Op. Cit.*, hal. 195-196.

Dilihat dari segi peran institusi secara langsung juga berdampak pada perlunya dilakukan perbaikan hubungan legislasi. Perbaikan hubungan legislasi meliputi proses pembuatan kebijakan atau pengaturan penanaman modal di daerah baik yang berbentuk peraturan daerah atau keputusan lainnya tetap mengacu pada kebijakan nasional. Dengan perkataan lain, kebijakan atau peraturan daerah mengenai penanaman modal di daerah harus sinkron dengan kebijakan atau peraturan pemerintah. Prinsip kewenangan pelayanan penanaman modal mengisyaratkan adanya suatu perbaikan struktur kelembagaan dan perbaikan peran kelembagaan ekonomi terhadap pelayanan penanaman modal. Perbaikan terhadap struktur kelembagaan dilakukan untuk mengubah struktur wewenang yang bersifat uniformitas dan sentralistik. Perubahan struktur kelembagaan tersebut akan meningkatkan kepastian usaha. Dengan struktur kelembagaan yang baru tersebut akan tampak secara jelas wewenang pemerintah, terutama fungsi legislasi di bidang penanaman modal. Format baru hubungan legislasi tersebut akan memudahkan dalam membuat dan menyelenggarakan kewenangan yang menjadi bagian pemerintah daerah kabupaten/kota, provinsi dan pusat. Hal tersebut juga memastikan bagi penanam modal kemana mereka akan mengurus investasinya. Pemerintah daerah juga dimungkinkan untuk membuat kebijakan atau pengaturan penanaman modal baik dalam bentuk peraturan daerah maupun keputusan lainnya yang sesuai dengan kebijakan nasional.

Penerapan prinsip kewenangan pelayanan penanaman modal menjadi relevan dan bernilai ketika kepastian penerapan hukum oleh lembaga-lembaga penegak hukum masih dalam tingkatannya yang kurang memadai. Faktor birokrasi terutama yang berkaitan dengan perizinan persetujuan penanaman modal yang berbelit-belit, lambat, dan biaya mahal dianggap menimbulkan ketidakpastian hukum dalam proses penanaman modal. Persoalan makin rumit ketika otonomi daerah diterapkan sehingga tidak jelas struktur, wewenang dan

fungsi kelembagaan penanaman modal. Terjadi tidak adanya standar pelayanan yang jelas, dan kebijakan yang berbelit-belit ini dapat dimanfaatkan demi mencari keuntungan. Dari segi analisis ekonomi, ketiadaan efisiensi dan efektivitas dari kebijakan berdampak terhadap: (a) terjadinya pengeluaran ekstra (*externalities*), yaitu tambahan biaya transaksi yang tidak perlu, (b) investor asing tidak mendapat akses pelayanan penanaman modal yang dibutuhkan, karena birokrasi yang berbelit-belit dan sukar dimengerti penanam modal, dan (c) Indonesia tidak dapat bersaing dengan negara lain untuk menarik investor asing menanamkan modalnya.

Selanjutnya, tidak efisien dan efektivitinya kebijakan penanaman modal disebabkan karena sistem pelayanan penanaman modal dipegang oleh satu lembaga secara terpusat (*sentralisasi*) serta sistem pengambilan keputusan secara seragam (*uniformitas*). Peningkatan pelayanan penanaman modal seperti ini adalah sumber utama tingginya biaya transaksi dan investor berupaya mengatasinya. Hal ini telah mendorong terjadinya keterkaitan antara hukum, ekonomi dan kelembagaan. Oleh karena itu, pembaruan landasan hukum penanaman modal tidaklah akan dianggap sebagai supremasi, kalau aparat pemerintah birokrasi masih terkontaminasi praktik-praktik suap, kolusi, korupsi dan nepotisme dalam penyelenggaraan penanaman modal.

Beberapa alternatif yang cukup strategis untuk mewujudkan prinsip kewenangan pelayanan penanaman modal, antara lain adalah diperlukan penataan kerja aparat penanaman modal yang melayani, dan bukan meminta untuk dilayani. Alternatif ini sangat diperlukan agar aparat penanaman modal menjadi aparat penanaman modal yang profesional dan mampu menjadi pemberi layanan yang memuaskan pada penanam modal.

Penataan kerja aparat penanaman modal dalam kenyataannya sangat sulit dilaksanakan di bidang pemerintahan, karena

masalah efisiensi, dan efektivitas bukanlah hal yang fokus dalam lingkungan aparaturnegara. Hubungan pokok antara efisiensi dan efektivitas dari kebijakan penanaman modal dan kelembagaan penanaman modal adalah, pemahaman bahwa perbaikan terhadap struktur dan peran otoritas penanaman modal adalah bagian dari proses kelembagaan, nilai-nilai, norma dan perilaku lembaga yang ditugaskan hukum untuk melaksanakan fungsi dan perannya. Oleh karena itu, penerapan prinsip kewenangan pelayanan penanaman modal bukan sekadar memperbaiki atau menyempurnakan aturan-aturan kebijakan, tetapi meliputi pula perbaikan segala institusi yang ada.

Perbaikan terhadap institusi penanaman modal adalah faktor kunci menjalankan hukum dan penegakan hukum yang responsif dalam proses penanaman modal. Hal itu persis seperti dikemukakan oleh Achmad Ali yang menyatakan bahwa hukum tidak boleh dipahami sebagai seperangkat aturan-aturan hukum. Hukum harus dilihat secara integral, utuh dan senantiasa dipahami sebagai suatu sistem yang utuh, dan karenanya tidak boleh dilihat secara parsial.²⁰⁸ Hukum tidak hanya berupa peraturan-peraturan, tetapi merupakan sistem yang terdiri dari budaya hukum, aparat hukum sumber daya manusia termasuk juga proses dan mekanisme pelayanan penanaman modal. Oleh karena itu, yang perlu dibangun dan diperbaiki dalam rangka menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif adalah pelayanan penanaman modal yang baik. Salah satu aspek yang sangat mempengaruhi bahkan menentukan berjalannya pelayanan penanaman modal adalah lembaga hukum (*legal institution*) termasuk prosedur dan mekanisme hukum. Lembaga hukum yang berkaitan dengan penanaman modal merupakan salah satu syarat berjalannya kegiatan penanaman modal di suatu negara atau di daerah. Hukum yang mengatur penanaman modal adalah suatu proses yang berkelanjutan di mana diarahkan untuk menjamin kegiatan penanaman

²⁰⁸ Lihat Achmad Ali, *Mengapa Tidak Hukum, Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Candra Pratomo, 1996, Jakarta, hal. 12-36.

modal. Kepastian dan keadilan hukum yang diperoleh dari pembaruan hukum substansif (*the substance of law*) harus dilaksanakan oleh lembaga hukum. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Hanya karena ditopang oleh lembaga hukum yang kuat, hukum yang adil dapat dilaksanakan dengan pasti.²⁰⁷ Dari sisi perbaikan terhadap kelembagaan penanaman modal masih diatur dalam peraturan kebijakan. Misalnya, tentang Penyelenggaraan Penanaman Modal dalam rangka Penanaman Modal Asing dan Penanaman Modal dalam Negeri. Sesuai dengan sifatnya, sesuatu peraturan kebijakan itu tidak memuat kaidah yang substansif, namun mengikat warga masyarakat. Peraturan kebijakan merupakan kebijaksanaan dari Administrasi Negara yang umumnya dibuat berlandaskan kewenangan tertentu. Misalnya, kewenangan BKPM sebagai satu-satunya lembaga yang berperan sentral mengatur dan memberikan izin persetujuan penanaman modal.

Pengendalian perizinan maupun promosi penanaman modal tidak dilaksanakan secara terkoordinasi dan tersinkronisasi secara baik dengan departemen atau instansi terkait dalam membuat perizinan persetujuan penanaman modal. Akibatnya, realisasi penanaman modal di lapangan sulit dicapai, tidak tepat waktu dan tidak tepat sasaran, karena prosedur perizinan terlalu berbelit-belit, tidak efisien dan memakan biaya yang cukup besar. Selain itu, ada retensi dari hampir semua pemerintah daerah terhadap sistem perizinan penanaman modal karena merasa kewenangannya terganggu.

UU Penanam Modal tidak mengatur mengenai siapa yang berwenang memberikan dan/atau mengeluarkan izin persetujuan penanaman modal. Hal ini dapat dimasukkan pula sebagai salah satu kekurangan dari undang-undang penanaman modal yang berlaku saat ini. Menarik perhatian adalah Keputusan Presiden No. 29 Tahun 2004 tentang Penyelenggaraan Penanaman Modal dalam Rang-

²⁰⁷ E. H. Franz Magnis Suseno, *Etika Publik, Prinsip-prinsip Moral Dasar Keorganisasian Masyarakat*, P.1, Gramedia, 1987, Jakarta, hal. 79.

ka Penanaman Modal Asing dan Penanaman Modal Dalam Negeri melalui *Sistem Satu Atap*,²¹⁰ yang menetapkan bahwa BKPM sebagai satu-satunya lembaga yang memberi pelayanan satu atap bagi penanaman modal dalam negeri maupun dari luar negeri.²¹¹ Problematikanya adalah apakah pemerintah daerah mau menyerahkan kewenangan itu atau tidak, dan sebaliknya, apakah bisa dianggap pemerintah pusat melalui BKPM menarik seluruh perizinan dari pemerintah daerah. Kebijakan dan regulasi ini berpengaruh besar dalam pelayanan penanaman modal di daerah. Selanjutnya, disebutkan pula bahwa pelimpahan wewenang di bidang pelayanan penanaman modal dari pemerintah daerah kepada BKPM dilakukan karena Undang-undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah tidak mengatur kewenangan pemerintah, kewenangan Provinsi dan kewenangan daerah otonom mengenai penanaman modal asing. Alasan lainnya ditegaskan dalam Pasal 7 Keppres itu menyebutkan: segala penerimaan yang timbul dari pemberian pelayanan persetujuan, perizinan dan fasilitas penanaman modal sesuai peraturan perundang-undangan yang membidangi usaha penanaman modal. Dengan menata perizinan pelayanan penanaman modal asing dengan metode menggabungkan beberapa prosedur dan perizinan diharapkan dapat memangkas waktu pengurusan maupun biaya yang harus dikeluarkan. Contoh indikator *starting a business* yang saat ini rata-rata pengurusan izinnya harus melalui 11 prosedur dengan waktu sekitar 24 hari dan biaya Rp. 2.5 juta. Pemerintah memangkas prosedur hingga menjadi 9 prosedur, maka lama pengurusannya 9 hari dan biaya menjadi Rp. 1.5 juta

Seperti diketahui bahwa berlakunya UU Penanaman Modal yang menggantikan UU Penanaman Modal Asing (UU No. 1 Tahun

²¹⁰ Lihat Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 24 tahun 2006 yang mendesain kembali Sistem Satu Atap (*one stop service*) menjadi Sistem Pelayanan Terpadu Satu Pintu. Regulasi dan redesign ini mendorong pemerintah daerah membentuk pelayanan perizinan satu pintu.

²¹¹ Pasal 4 Keppres No. 29 Tahun 2004 menyatakan: Gubernur, Bupati serta Walikota, dapat melimpahkan kewenangan pelayanan persetujuan, perizinan, dan fasilitas penanaman modal kepada BKPM melalui sistem pelayanan satu atap.

1967 dan UU No. 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri adalah untuk memudahkan penanam modal untuk menanamkan modalnya di Indonesia. Tujuan ini dikemas dengan kebijakan kemudahan berusaha di Indonesia (*ease of doing business*). Seorang penanam modal asing misalnya, yang akan menanamkan modalnya di Makassar (belum lagi di kabupaten/kota), harus bolak-balik Jakarta - Makassar. Hal ini jelas menghabiskan waktu dan biaya yang tidak sedikit. Alasan mereka sampai berulang-ulang kali ke Jakarta mengurus perizinan persetujuan penanaman modal adalah karena; (a) persyaratan hukum dalam suatu izin tidak dipenuhi, (b) izin sudah harus diberikan sesuai waktunya, tetapi belum juga keluar, dan (c) pejabat yang menangani izin persetujuan penanaman modal sering tidak berada ditempat atau ingin mempelajari secara detail perkembangan permohonannya. Dengan demikian, tampak jelas bahwa pelayanan pelayanan modal tidak sejalan dengan prinsip efisiensi.

Kalau Anda atau perusahaan Anda ingin menanamkan modal di Indonesia saat ini maka Anda harus berhadapan dengan rimbun perizinan. Misalnya ingin membuka usaha di kawasan industri itu hanya perlu izin lokasi dan kemudian membangun di kawasan itu beserta fasilitasnya. Tetapi dalam proses dan praktik tidak sederhana itu. Sebagai ilustrasi dikemukakan; Pertama, Anda harus mendapat izin dari BKPM, kemudian izin itu harus ditindaklanjuti ke tingkat daerah dan instansi terkait. Anda harus mendapatkan izin lokasi dari pemerintah daerah dan kita ketahui bahwa pemerintahan daerah berjenjang ada provinsi, daerah/kota dan desa semua harus dilewati oleh penanam modal. Kedua, meskipun sudah mendapatkan izin lokasi tidak otomatis langsung bisa membangun karena harus mendapatkan izin lingkungan dan ada beberapa lapis perizinan lingkungan mulai dari Menteri sampai Bupati/Walikota. Kalau izin lingkungan sudah diperoleh, Anda belum bisa membangun, masih ada lagi izin IMB.

Umumnya penanam modal hanya mau menanamkan modalnya di suatu negara/daerah kalau syarat-syarat dan mekanisme pelayanan penanaman modal yang progresif dan inovatif. Perlu dikemukakan bahwa, para penanam modal asing ingin memastikan apakah proses pelayanan perizinan menghambat proyeknya atau tidak. Apakah dapat memberikan legalitas untuk merealisasi tujuan-tujuan bisnisnya. Di sinilah kembali dikemukakan pentingnya peranan hukum, yaitu peraturan daerah yang pro pasar tanpa menafikan kearifan lokal. Regulasi yang pro pasar sangat bermanfaat dalam proses perizinan persetujuan penanaman modal, karena dapat memberi kepastian usaha. Jika aturan pengendalian perizinan penanaman modal tidak legalistik dan tidak efisien lagi, penanam modal tidak mempunyai pegangan untuk melakukan kegiatan penanaman modal. Apalagi bila pelayanan perizinan itu dilakukan secara sentralistik. Sebagai contoh, jumlah jam kerja yang diberikan dalam suatu permohonan izin perlu dihitung dari permohonan, persetujuan sampai dircalisaskannya penanaman modal yang bersangkutan, dan apabila ada hambatan sampai hambatan ini diselesaikan secara cepat, tepat, efisien dan pasti. Dengan cara ini para ahli hukum dapat melihat peran suatu aturan hukum (administratif) untuk mewujudkan iklim penanaman modal yang benar-benar kondusif.

Beberapa kriteria digunakan untuk menganalisis prinsip kewenangan pelayanan penanaman modal, misalnya, prinsip kemudahan dan percepatan pelayanan, transparansi biaya, total biaya perizinan dan transparansi dalam proses pelayanan. Prinsip kewenangan pelayanan di bidang penanaman modal yang dibutuhkan itu terletak pada spektrum penetapan standar pelayanan dalam proses penanaman modal untuk menghindari mahalanya ongkos modal (*cost of capital*). Berdasarkan pendapat Posner seperti sudah dikemukakan terdahulu, realisasi penanaman modal dapat meningkat kalau hukum dapat berfungsi sebagai alat perlindungan hukum, menjamin hak milik dan memperlancar aktivitas penanaman modal. Dengan menggu-

nakan pendekatan Ronald Coase, bahwa *transaction cost* atau biaya transaksi dalam kegiatan bisnis seperti, total biaya perizinan, biaya atau pungutan resmi maupun tidak resmi sangat menentukan.²² Jika prinsip ini diterapkan secara konsekuen (*law enforcement*) dapat mendukung pengembangan budaya pemerintahan yang bersih. Kalau prinsip ini juga diterapkan di bidang penanaman modal, investor akan mudah memperhitungkan biaya transaksi berkaitan dengan setiap kegiatan bisnis dari modal yang ditanam. Dalam hal ini investor dapat memprediksi atau mengetahui dan sekaligus dapat mengalokasikan penggunaan biaya secara efisien.

Di sinilah letak pentingnya penerapan prinsip pelayanan penanaman modal untuk menjadi acuan bagi aparatatur untuk menjalankan wewenangnya mencapai tujuan ekonomi negara dengan taraf rasionalitas yang tinggi sebagai pemberi layanan memuaskan kepada penanam modal. Melalui penyesuaian kewenangan, tata kerja, pengetahuan dan profesionalisme tersebut akan membentuk suatu pelayanan penanaman modal terpadu, proporsional, efisien dan efektif yaitu dapat meminimalkan biaya-biaya penanaman modal.

Kunci analisis prinsip pelayanan penanaman modal adalah prinsip pelayanan terpadu terhadap kewenangan mengendalikan proses perizinan persetujuan penanaman modal. Penafsiran strategi "pelayanan satu atap" atau "penyelenggaraan pelayanan terpadu satu pintu" sesungguhnya bukan terletak pada satu lembaga atau birokrasi yang seluruhnya memberikan pelayanan termasuk pemberian perizinan penanaman modal, melainkan memperbanyak pusat badan, unit pelayanan melalui pelimpahan kewenangan. Hakikat dari strategi tersebut meliputi empat unsur. *Pertama*, sistem pelayanan penanaman modal terpadu hanya bisa tercapai kalau pelimpahan kewenangan pemberian izin penanaman modal kepada yang menerima pelimpahan oleh lembaga/badan yang semula mempunyai kewe-

²² R.H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988, Chicago.

nangan pemberian izin. *Kedua*, pelayanan penanaman modal dilakukan di satu tempat yang tersebar menurut wilayah di mana proyeknya berada. *Ketiga*, pengambilan keputusan dengan cara memperbanyak pusat pelayanan melalui kebijakan pelimpahan kewenangan. *Keempat*, pembentukan pelayanan terpadu tergantung kebutuhan daerah. Kebijakan pendukung pelayanan penanaman modal, hendaknya dilakukan penataan kewenangan aparatur penanaman modal, yaitu :

Pertama, fungsi dan peran BKPM sebagai *regulatory body* diubah (dilepas) menjadi satu-satunya badan yang membuat kebijakan, perencanaan, dan promosi penanaman modal (*investment promotion agency*). Penyelenggaraan kewenangan di bidang kebijakan dan perencanaan pengembangan penanaman modal menjadi sangat bermanfaat ketika menentukan kebijakan Daftar Negatif Investasi, kebijakan pemilikan saham dalam penanaman modal maupun kebijakan insentif fiskal. Materi muatan kebijakan penanaman, perencanaan, dan promosi penanaman modal mengandung sifat sebagai substansi untuk dimasukkan ke dalam Undang-undang Penanaman Modal. Pemberian izin dan pengendalian izin untuk bidang usaha berteknologi strategis, mempunyai derajat teknologi canggih dan berisiko tinggi, seperti persenjataan, nuklir dan rekayasa genetika tetap dipertahankan (masih sulit dilepaskan), sehingga tetap merupakan wewenang dari pemerintah pusat.

Dalam rangka mendorong kegiatan ekonomi dan pembangunan nasional, pemerintah sangat berperan pada waktu mengendalikan kegiatan atau bidang-bidang usaha berteknologi strategis itu. Suatu *performance of obligation* bagi BKPM sudah seharusnya menjalin koordinasi dengan departemen teknis maupun pemerintah daerah dalam membuat perizinan penanaman modal melalui sistem pelayanan terpadu satu pintu. Biasanya yang diartikan pengendalian penanaman modal adalah pengendalian dalam arti luas, yaitu mendorong lancanya kegiatan penanaman modal, sehingga menghasilkan dampak pada kemanfaatan ekonomi bagi rakyat serta tidak me-

nimbulkan dampak ketergantungan ekonomi Indonesia dari pelaksanaan penanaman modal. Pengendalian penanaman modal dalam arti sempit bermakna membantu penanam modal agar implementasi pembangunan proyek berjalan lancar, cepat dan aman. Sedangkan ruang lingkup kegiatan pengendalian kegiatan penanaman modal meliputi aspek formulasi, aspek merencanakan, aspek mempromosikan, aspek pengawasan dan aspek mengevaluasi kebijakan-kebijakan penanaman modal. Tujuannya adalah mendorong perkembangan realisasi penanaman modal secara nasional serta memfasilitasi penyelesaian hambatan dan permasalahan dalam pelaksanaan proyek-proyek agar tidak menyimpang dari ketentuan yang ada.

Anjuran untuk menggalakkan promosi penanaman modal sangat beralasan, karena di Singapura, Malaysia, Thailand dan Vietnam kegiatan promosi sangat menentukan dalam kelangsungan penanaman modal terutama dalam jangka panjang. Meskipun suatu negara memiliki sumber kekayaan alam yang cukup, pasar besar dan tenaga kerja murah belum tentu dapat mendorong arus penanaman modal kalau tidak dibarengi dengan perencanaan yang terarah, terpadu dan realistis, dan tentu saja ditangani berdasarkan wewenangannya disatukan dalam satu lembaga yang telah ditentukan untuk itu.

Pertimbangan dikembalikannya posisi BKPM sebagai satu-satunya lembaga promosi fasilitator dan regulator penanaman modal adalah (a) permasalahan penanaman modal di daerah tidak bisa diselenggarakan sebagai bagian yang substansial untuk acuan tanpa membenahi permasalahan penanaman modal di tingkat pemerintah pusat, (b) kelemahan utama landasan hukum penanaman modal di Indonesia adalah tidak adanya kewenangan membuat kebijakan dan perencanaan penanaman modal yang jelas, (c) peran BKPM sebagai badan promosi, dan mengendalikan perizinan persetujuan penanaman modal membawa dampak positif ketika investor mengurus izin penanaman modal, mengidentifikasi bidang-bidang usaha, dan tempat usaha sampai pada tahap implementasi begitu persetujuan

izin diperoleh. Penanam modal membutuhkan informasi, dan arahan yang jelas dari pemerintah. Selain itu dibutuhkan kepastian usaha, transparansi, perlindungan penanaman modal serta upaya mengurangi birokrasi atau regulasi yang terlalu panjang dan banyak, dan (d) sangat berguna untuk lebih menjamin kepastian usaha bagi penanam modal menanamkan modalnya di daerah, dapat mengakomodasi keinginan investor untuk mendapatkan pelayanan yang mudah, murah, dan cepat.

Dikaitkan dengan peran pemerintah sebagai fasilitator dan regulator penanaman modal, suatu kehijjakan dan perencanaan pengembangan penanaman modal meliputi dua aspek yang mendasar, yaitu: (1) membuat kebijakan yang jelas di bidang penanaman modal dengan menekankan pada pendekatan ekonomi, identifikasi bidang-bidang usaha yang diperkirakan dapat dimobilisasi untuk penanaman modal, dan bukan pada pertimbangan politis seperti yang terjadi selama ini. (2) membuat kebijakan penanaman modal yang menjamin adanya kepastian hukum. Jaminan adanya jaminan kepastian hukum diupayakan melalui kebijakan pemenggalan risiko yang mungkin dihadapi para penanam modal dan mendorong partisipasi pemerintah daerah untuk secara bersama-sama memikul risiko. Risiko dapat terjadi dalam bentuk banyaknya aturan-aturan hukum di daerah yang tumpang tindih. Hanya kebijakan yang jelas serta adanya kepastian hukum yang dapat menumbuhkan kepercayaan penanam modal asing menanam modal jangka panjang di Indonesia adalah aman dan menguntungkan.

Kedua. Pemerintah mengalihkan sebagian kewenangan perizinan persetujuan penanaman modal kepada pemerintah daerah, yakni Izin Usaha Tetap, Izin Usaha Perluasan dan Perbaruan Izin Usaha Tetap kepada pemerintah daerah. Sebagai konsekuensi, substansi Undang-undang Penanaman Modal harus diatur lebih rinci dan jelas mengenai bentuk dan cakupan dari pengalihan sebagian wewenang tersebut. Mengenai pengalihan sebagian kewenangan berdasarkan

pada prinsip hukum Tata Negara yang mengatakan bahwa pendelegasian wewenang (*delegation of authority*) dapat juga terjadi pendelegasian sebagian kewenangan (*subdelegation*) dalam pemerintahan. Mustamin Dg. Matutu, berpendapat bahwa manakala pejabat yang mengalihkan wewenang secara total itu sudah tidak dapat lagi turut serta berperan dalam lembaga yang bersangkutan. Mendelegasikan keseluruhan wewenang secara total sama halnya bagaikan seseorang melakukan bunuh diri, sehingga diapun mengakhiri eksistensi kehidupannya sendiri. Oleh karena itu, menurut Mustamin Dg. Matutu, pendelegasian wewenang secara total di dalam suatu lembaga sewajarnya tidak boleh dilakukan.²¹³

Selanjutnya, mengenai manfaat pendelegasian sebagian wewenang dalam penyelenggaraan penanaman modal adalah sebagai berikut:

- a. Pendelegasian sebagian wewenang dari suatu lembaga merupakan salah satu prinsip yang berlaku universal bagi setiap lembaga, kebijakan, perencanaan penanaman modal dapat terlaksana dengan efektif. Pendelegasian sebagian wewenang terletak pada prinsip perumusan yang heterogenitas guna menghindari uniformitas (keseragaman) yang beresibikan tertadap penyelenggaraan kewenangan.
- b. Pendelegasian sebagai kewenangan terletak pada prinsip efisiensi, yaitu mengurangi atau meringankan beban kerja setiap pejabat dalam lingkungan lembaga, sehingga mempermudah dan mempercepat pelayanan.
- c. Pendelegasian sebagian wewenang akan terhindar dari kemungkinan terjadinya benturan, yakni antara pelaksanaan yang lebih gampang dan lebih cepat dicapai terhadap proses pengambilan keputusan dengan kecenderungan mengabaikan perbedaan kondisi yang ada di lembaga setempat.

²¹³ Lihat Mustamin Dg. Matutu dkk., *Manajemen Delegrasi, Atribusi dan Implementasinya di Indonesia*, UII Press, 2004, Yogyakarta, hal. 14-15.

Ketiga, Pemerintah berperan sebagai mediator dalam menyelesaikan sengketa-sengketa penanaman modal antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah, dan atau antara pemerintah daerah dengan penanam modal, jika hal itu menyangkut otonomi daerah. Misalnya, proyek-proyek penanaman modal biasanya membutuhkan sebidang tanah untuk mendirikan pabrik atau industri. Apabila tanah tersebut tidak dijual oleh pemiliknya dengan sukarela, dapat menimbulkan sengketa. Misalnya, proses pembebasan tanah biasanya menghabiskan waktu lama dan menyebabkan *cost*-nya tinggi, belum lagi dampak negatif terhadap lingkungan di sekitarnya. Permasalahan ini tidak sederhana, bahkan bisa digugat di pengadilan. Agar proses penanaman modal itu tidak menimbulkan permasalahan, dibutuhkan peran negara atau pemerintah sebagai mediator untuk mencegah terjadinya sengketa atau gugatan. Selain mengikuti kelaziman, mencegah sengketa dianggap penyelesaian yang paling cepat dan tepat dibanding pengadilan atau arbitrase. Artinya, kepastian hukum dapat menjamin hubungan bisnis, khususnya keamanan menanamkan modal.

Dilihat dari segi analisis ekonomi, fungsi dan peran pemerintah dalam konteks pembaruan landasan hukum penanaman modal sangat berguna ketika penanam modal dapat menghitung dan menetapkan biaya-biaya yang harus dikeluarkan selama proses menanamkan modalnya. Dari segi analisis kekuatan hukum, kebijakan dan regulasi sebagai sarana lebih kondusif, cepat, dan biaya tidak sulit diperhitungkan berkaitan dengan proses penanaman modal. Hal ini sesuai dengan pendapat Calabresi yang mengatakan bahwa hukum juga dapat diperhitungkan sebagai *tertiary cost*, jika terjadi penyelesaian sengketa di luar pengadilan.³⁴

Berdasarkan uraian di atas, hendaknya menempatkan kembali struktur, wewenang dan fungsi kelembagaan penanaman modal

³⁴ Lihat Victor Purba, *Op. Cit.*, hal. 272.

baik di pusat maupun di daerah meliputi: (1) merumuskan kebijakan dalam promosi penanaman modal secara nasional dan internasional dalam berbagai kerja sama internasional, regional maupun bilateral, (2) menyelenggarakan program-program promosi yang mengkoordinasikan, dan mengintegrasikan serta mensinkronisasikan semua kegiatan promosi yang dilakukan lembaga promosi penanaman modal di pusat, provinsi dan daerah kabupaten, dan (3) Membantu penanam modal memperoleh perizinan sampai pada implementasi ketika izin persetujuan penanaman modal diperoleh.

Kebijakan pelayanan satu atap dalam penyelenggaraan penanaman modal menunjukkan pemerintah mengabaikan konsep biaya transaksi. Dalam perspektif Coase, dia mengakui bahwa dalam kegiatan ekonomi dan perdagangan selalu muncul biaya transaksi (*transaction costs*). Biaya transaksi ini sangat berkaitan dengan pelaksanaan kebijakan yang mempengaruhi proses perizinan penanaman modal. Selain itu, pemerintah juga tidak menggunakan konsep efisiensi yang tidak kalah pentingnya. Efisiensi berarti *input* (sumber daya) minimum, tetapi dalam prosesnya menghasilkan *output* yang maksimal. Konsep ini di bidang ekonomi, muncul dalam bentuk, misalnya biaya resmi maupun biaya tidak resmi.

Makna pertama dari efisiensi terhadap hukum berarti keputusan pendelegasian wewenang dalam perizinan. Menggunakan konsep efisiensi dalam pelimpahan kewenangan perizinan seperti dikemukakan di atas, sangat mendukung keputusan yang menciptakan pelayanan penanaman modal satu atap dengan menerapkan prinsip pelayanan dengan prosedur yang singkat, cepal, lancar, terbuka dan tidak berbelit-belit. Efisiensi juga berarti keputusan menghapuskan prosedur yang tidak perlu, menggabungkan prosedur yang tumpang tindih, dan penyederhanaan prosedur perizinan.

Dalam pemikiran prinsip memperhatikan kepentingan daerah, maka dalam rangka pembaruan landasan hukum penanaman

modal, pembaruan kewenangan perizinan penanaman modal hendaknya menggunakan pendekatan konsep maksimalisasi, pemerintah daerah memanfaatkan semaksimal mungkin aturan-aturan hukum dalam bidang perizinan persetujuan penanaman modal. Konsep maksimalisasi membawa dampak positif untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif di daerah. Kalau ini dilakukan, perencanaan penanaman modal akan lebih efisien dan terarah. Jika daerah diberi kewenangan untuk mengurus perizinan persetujuan penanaman modal dalam mekanisme pelayanan satu atap, tentunya investor semakin tertarik menanamkan modalnya. karena para investor sudah dapat memperhitungkan semua biaya dalam proses perizinan itu.

Selanjutnya, dampak positif dipergunakannya konsep maksimalisasi dari pelimpahan kewenangan perizinan penanaman modal kepada daerah akan mendorong perekonomian di daerah-daerah akan lebih menguntungkan. Dampak negatif tidak dipergunakannya konsep ini tampak pada tindakan pemerintah yang mengeluarkan regulasi yang kuat dan komprehensif. Kebijakan dan regulasi penanaman modal saat ini yang cukup banyak dan tumpang tindih menyebabkan tidak jelasnya kebijakan pelayanan penanaman modal, tidak menjamin kepastian hukum, dan birokrasi perizinan yang berbelit-belit, sehingga para penanam modal tidak mendapatkan pelayanan yang mudah, murah cepat dan transparan. Prosedur perizinan yang berbelit-belit sangat berkaitan dengan korupsi dalam birokrasi, karena menyebabkan pengurusan perizinan penanaman modal menjadi cukup lama dan mengeluarkan biaya yang tidak sedikit. Jika suatu negara memiliki prosedur perizinan penanaman modal yang tidak jelas dan berbelit-belit, maka penanam modal asing cenderung menanamkan modalnya di negara lain yang relatif lebih murah, dan bebas korupsi.²¹⁴

²¹⁴ Hasil penelitian *Foreign Investment Advisory Service (FIAS)* mengungkapkan bahwa untuk berinvestasi di Indonesia membutuhkan 12 prosedur dan memakan waktu 161

Agar aktif dan nyata, kepada siapa hukum normatif itu mendelegasikan peranannya dalam proses penanaman modal. Hal ini harus jelas betul, karena hukum normatif tersebut tidak hanya tampak sebagai hukum dalam peraturan perundang-undangan saja yang disusun menurut prinsip-prinsip atau konsep-konsepnya, tetapi hukum sebagai suatu sistem tidak dapat melaksanakan dirinya sendiri. Permasalahan siapa, serta peran dan kewenangan apa memainkan peranan yang amat penting untuk memperbaiki dan mendorong iklim penanaman modal yang kondusif. Tentu saja tidak terbatas pada manusia, tetapi juga meliputi lembaga yang ditunjuknya. Oleh karena itu, dalam konteks harmonisasi hukum penanaman modal hendaknya pemerintah daerah tidak hanya mempunyai peran mengeluarkan izin pelaksanaan penanaman modal, seperti izin lokasi, izin undang-undang gangguan/IO, dan izin mendirikan bangunan, melainkan dimasukkan pula kewenangan mengeluarkan (1) izin usaha tetap, izin usaha perluasan dan pembaruan, (2) izin persetujuan tentang izin tenaga kerja warga negara asing pendatang, dan (3) keputusan tentang rencana penggunaan tenaga kerja warga negara asing pendatang. Materi muatan perizinan persetujuan penanaman modal mengandung asas atau prinsip hukum dimasukkan ke dalam Undang-undang Penanaman Modal yang baru.

Mengenai pelimpahan kewenangan pemberian pemberian izin persetujuan penanaman modal ini kepada pemerintah daerah pada hakikatnya mencerminkan empat pokok pikiran:

Pertama, kemajuan di bidang ekonomi tidak dapat diimbangi dengan sistem hukum, terutama lambatnya perkembangan proses legislasi. Hukum tertinggal jauh dari kemajuan dan perkembangan di bidang ekonomi. Akibatnya, Undang-Undang cenderung dipergu-

hari, biaya perizinan dan registrasi sekitar 120% lebih mahal dari rata-rata negara lain. Penyelesaian sebuah kontrak investasi membutuhkan waktu 370 hari, padahal di negara lain seperti Turki hanya 27 hari dan Singapura hanya 20 hari. Lihat Teddy Reiser Sondakh, *Op. Cit.* hal. 189.

nakan sebagai instrumen kebijakan. Dari segi proses terjadinya, hukum ekonomi, terutama yang mengatur penyelenggaraan penanaman modal didasarkan pada *delegated legislation*, yaitu pembentukan peraturan perundang-undangan berdasarkan kewenangan tertentu. Apabila *delegated legislation* digunakan secara eksekutif, hukum menjadi tidak sinkron dengan bidang-bidang yang akan diaturinya.

Kedua, pelaksanaan pemberian persetujuan perizinan penanaman modal terjadi tarik menarik kepentingan ekonomis dan politis antara upaya menarik modal antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Tarik menarik tersebut, di satu pihak mendorong pemerintah pusat mengabaikan hukum dengan tidak melimpahkan kewenangan perizinan penanaman modal kepada pemerintah daerah, dan di sisi lain pemerintah daerah merasa berwenang mengurus penanaman modal di wilayahnya berdasarkan tujuan otonomi daerah. Tarik-menarik ini dimungkinkan karena ciri-ciri kompromistis dan pragmatis lebih dominan daripada mengikuti aturan-aturan hukum yang ada. Keadaan seperti ini tidak mendukung makna pendekatan ekonomi terhadap hukum. Kalau pendekatan ini dilakukan, misalnya kewenangan pemberian izin persetujuan berada di daerah, tentunya banyak penanam modal mau menanamkan modalnya. Mereka mau berbuat demikian karena mereka yakin bahwa dalam suatu sistem perizinan yang baik, pembangunan proyek dapat berjalan lancar. Aspek pembiayaan terutama yang berkaitan dengan hukum selama proses perizinan dapat diperhitungkan, yakni bisa ditekan serendah mungkin. Dengan perkataan lain, biaya dalam proses perizinan tersebut dalam kegiatan penanaman modal dapat dilakukan secara efisien setelah diperhitungkan jumlah waktu dan biaya yang dikeluarkan selama proses perizinan sampai pada saat pelaksanaan begitu persetujuan dan izin diperoleh.

Ketiga, para penanam modal (kebanyakan penanam modal asing) mengikuti saja peraturan-peraturan kebijakan penanaman modal (*sing a song*), apakah peraturan-peraturan itu menghambat

atau tidak, yang penting memberi manfaat ekonomi bagi investasinya. Jika ini benar, maka akan mendukung pernyataan bahwa, sekalipun antara hukum dan kegiatan ekonomi tidak ada hubungannya, hukum tetap diperlukan, karena para penanam modal dalam suatu sistem ekonomi pasar harus mempertahankan kepentingan dan hak yang ada padanya tanpa bantuan pemerintah.²¹⁶

Kemudian, seringkali pemerintah menerapkan suatu pendekatan *trial and error*, yang setelah beberapa bulan ditinjau atau dirubah kembali dengan mengeluarkan suatu peraturan baru. Sikap ini diduga sebagai pencerminan ketidaktegasan hukum perizinan penanaman modal. Ketegasan hukum yang baik harus mampu memangkas birokrasi yang berbelit dan biaya tambahan yang membebani pelaku usaha. Aspek pertama yang paling diperhatikan penanam modal adalah kepastian hukum mengenai peran dan prosedur persetujuan perizinan penanaman modal yang diatur dalam undang-undang penanaman modal.

Mengenai pemikiran untuk menjadikan sistem pelayanan penanaman modal satu atap sebaiknya diserahkan kepada pemerintah daerah, dan pemerintah pusat lebih memfokuskan pada peran sebagai satu-satunya lembaga yang membantu penanam modal untuk mengidentifikasi dan memperoleh persetujuan perizinan. Alasannya, apabila pemerintah pusat mengeluarkan perizinan, hal ini tidak sejirama dengan prinsip memperhatikan kepentingan daerah.

Manfaat prinsip pelayanan penanaman modal satu atap ditangani oleh pemerintah daerah juga membutuhkan analisis konsep keseimbangan. Penerapan konsep maksimalisasi di bidang birokrasi, bahwa setiap dikeluarkan peraturan hukum maupun peraturan administratif, maka di satu pihak pejabat atau beberapa pejabat akan bertambah besar kewenangannya, dan pejabat atau beberapa peja-

²¹⁶ Lihat Charles Himawan, 1993. Restrukturisasi Landasan Hukum untuk Menyongsong Pra Oligal Landas Ekonomi. *Publikasi Pengabdian*, Universitas Indonesia, 1993, Jakarta, hal. 15-16.

bat di pihak lain akan semakin kecil kewenangnya. Hal ini tentu saja pendapatannya akan berkurang pula. Namun demikian, konsep maksimalisasi tetap dibutuhkan agar hukum berperan dalam pembangunan ekonomi.

Konsep keseimbangan dibutuhkan karena penanganan perizinan dalam mekanisme pelayanan satu atap baru dalam tahap awal. Dalam perkembangannya, sangat mungkin birokrasi menggunakan konsep maksimalisasi ini tidak dilaksanakan dengan baik, sesuai aturan yang ada. Oleh karena itu, konsep keseimbangan dibutuhkan untuk mengendalikan praktik-praktik kolusi dan korupsi. Charles Himawan mengemukakan bahwa apabila tidak ada mekanisme yang mengendalikan konsep maksimalisasi, anarki di berbagai bidang akan terjadi. Konsep maksimalisasi karenanya perlu diimbangi dengan konsep keseimbangan demi menjaga kehidupan manusia yang tertib dan bermoral.¹¹⁷

Untuk menjetaskan proses konsep keseimbangan ini pada birokrasi, menurut Charles Himawan, sekalipun konsep ini tidak berusaha menghilangkan benturan yang ada, tetapi berusaha menekannya serendah mungkin benturan tersebut. Secara relatif keseimbangan sudah tercapai apabila gangguan atau disequilibrium berada pada tingkat minimum.¹¹⁸ Dalam hubungan ini, pencapaian penggunaan konsep keseimbangan dapat memiliki bobot akurasi yang tinggi, apabila sudah didesain dalam undang-undang. Misalnya, penyusunan kerangka dasar sistem perizinan penanaman modal. Pada sistem perizinan yang menghasilkan sistem pelayanan penanaman modal satu atap dianggap sebagai sistem yang terbaik. Penggunaan konsep keseimbangan mengalami kegagalan atau tidak mengendalikan konsep maksimalisasi apabila tidak dimasukkan dalam undang-undang sebagai suatu prinsip. Sifat konsep keseimbangan memiliki

¹¹⁷ Lihat Charles Himawan, *Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum sebagai Sarana Pengendalian Wibawa Hukum*, 24 April, Jakarta, hal. 437-438.

¹¹⁸ *Ibid*

langkah-langkah yang kompleks dan tergantung keadaan, dan dapat digunakan dalam berbagai bidang seperti bidang politik, bidang perkawinan maupun dalam bidang peperangan. Selain itu, konsep ini tidak dapat mencapai keseimbangan walaupun dalam bobot minimum, karena konsep maksimalisasi merupakan representasi dari pelaksanaan otonomi daerah.

2. Penyederhanaan Perizinan Penanaman Modal

Prinsip ini dikenal pula dengan prinsip "penyederhanaan pelayanan penanaman modal". Tujuan yang hendak dicapai dari prinsip ini adalah: (1) penyederhanaan tata cara dan kewenangan pelayanan, sehingga baik kewenangan pemberian izin yang ada pada berbagai institusi maupun persyaratan-persyaratan penanaman modal yang tidak relevan dapat didesain sedemikian rupa, dan (2) mendesain koordinasi dan hubungan kewenangan untuk mencegah dan menghilangkan tumpang tindih dan ketidakpastian wewenang antar institusi penanaman modal. Kebijakan dalam penyederhanaan pelayanan penanaman modal tersebut dilakukan sebagai salah satu terobosan hukum yang diperlukan untuk memperbaiki iklim berusaha, memperbaiki kebijakan pemerintah pusat dan pemerintah daerah yang saling berbenturan. Tujuan utama dari penyederhanaan pelayanan penanaman modal adalah mendorong penanaman modal, memberikan kemudahan berusaha, menyelaraskan kebijakan-kebijakan daerah dan memberikan pengaruh perkembangan ekonomi yang lebih baik.

Terobosan yang dilakukan oleh UU Penanaman Modal terutama setelah pengesahan UU Cipta Kerja mendorong perbaikan pelayanan perizinan penanaman modal dengan sistem perizinan yang sederhana.²¹⁹ Perizinan penanaman modal/kegiatan usaha telah diubah dari berbasis risiko yang bisa diperoleh secara daring melalui

²¹⁹ Lihat ketentuan Pasal 22 UU Penanaman Modal

one single submission risk based approach. Perizinan berbasis risiko merupakan sistem perizinan berdasarkan tingkat risiko kegiatan usaha. Tingkat risiko dibagi menjadi rendah, menengah rendah, menengah tinggi, dan tinggi. Selain itu, beberapa faktor lain juga dipertimbangkan seperti peringkat skala kegiatan usaha dan luas lahan sebagaimana tercantum dalam lampiran peraturan pemerintah tentang penyelenggaraan Perizinan Berusaha Berbasis Risiko.

Penyederhanaan perizinan berusaha pasca UU Cipta Kerja mengubah konsepsi kegiatan usaha dari berbasis izin (*license approach*) menjadi penerapan standar dan berbasis risiko (*Risk Based Approach/RBA*). Pada kegiatan usaha berisiko tinggi penanam modal wajib memiliki izin. Kegiatan usaha berisiko tinggi adalah yang berdampak terhadap kesehatan (*health*), keselamatan (*safety*) dan lingkungan (*environment*) serta kegiatan pengelolaan sumber daya alam. Kegiatan usaha berisiko tinggi tersebut dilakukan pengawasan dan inspeksi yang ketat. Selanjutnya, pada kegiatan usaha risiko menengah menggunakan standar. Penilaian standar dilakukan oleh profesi yang bersertifikat, sedangkan kegiatan usaha berisiko rendah cukup melalui pendaftaran.

Penataan kewenangan perizinan diatur dalam Norma Standar Prosedur Kriteria. Adapun cakupan perizinan sektor usaha pada Klaster I terdiri dari 15 sektor, yaitu, pertanian, kehutanan, kelautan dan perikanan, energi dan sumber daya mineral, ketenaganukliran, perindustrian, perdagangan, kesehatan obat dan makanan, pariwisata, pendidikan, keagamaan, transportasi, PUPUR, pos dan telekomunikasi dan penyiaran serta pertahanan dan keamanan. Pada Klaster II, terdapat 6 (enam) kegiatan usaha yang tertutup untuk penanaman modal berdasarkan kepentingan nasional, asas kepatutan dan konvensi internasional, yaitu perjudian dan kasino, budidaya dan produksi narkotika golongan I, industri pembuatan senjata kimia, industri pembuatan perusak lapisan ozon, penangkapan spesies ikan

yang tercantum dalam Appendix 1. pemanfaatan/pengambilan koral/karang dari alam.

Menyimak bidang penyederhanaan perizinan ini pada satu sisi dapat berimplikasi pada arus penanaman modal terutama maod-al asing karena dengan penyederhanaan ini akan berimplikasi pula pada dihapuskannya berbagai prosedur perizinan usaha yang selama ini menghambat arus penanaman modal. Pada sisi lain, penyederhanaan perizinan berusaha akan terjadi pusat perizinan berusaha atau sentralisasi perizinan, kewenangan perizinan pemerintah daerah akan terpankaskan dan proses pemberian izin usaha itu di lapangan dikuatirkan tidak transparan.

Penerapan perizinan usaha yang baik dalam kegiatan pelayanan penanaman modal. Panjang rumitnya perizinan tidak menjadi masalah asalkan dilaksanakan dengan standar kemampuan dan moral yang baik dari pelaksana perizinan. Bagaimanapun semua perizinan itu adalah standar kepatuhan bagi kepentingan negara. Yang menjadi masalah adalah standar perizinan yang diperbaiki, tetapi juga standar moral aparat, skill aparat dan integritas para pelaksana perizinan di lapangan. Ada 4 (empat) cara mengatasi perizinan usaha yang rumit dan berbelit-belit yaitu, (1) penyederhanaan proses untuk memungkinkan pelayanan diperoleh dalam waktu yang lebih pendek, (2) membutuhkan standar pelayanan yang umum seperti yang diberlakukan kepada layanan publik, (3) diperlukan keterbukaan birokrasi untuk mau dinilai kelayakan atau ketidaklayakan pelayanan yang diberikan oleh masing-masing instansi penanaman modal, serta (4) komitmen penuh dari aparatur penanaman modal untuk melengkapi standar pelayanan penanaman modal di setiap tahapan proses.

Berkaitan dengan prinsip penyederhanaan perizinan berusaha, U.U. Penanaman Modal mewajibkan setiap penanaman modal baik asing maupun dalam negeri untuk menerapkan prinsip tata ke-

lola perusahaan yang baik (*good corporate governance*)²¹ dan melaksanakan tanggungjawab sosial perusahaan (*corporate social responsibility*) sebagai kepedulian penanam modal kepada masyarakat. Dalam konteks penyederhanaan perizinan usaha dapat pula digunakan prinsip *good governance* untuk mengetahui gambaran tentang prinsip kemudahan pelayanan penanaman modal yang dilakukan oleh pemerintah. Menurut prinsip *good governance*, tata pelayanan yang baik berkaitan erat dengan tata kelola pemerintahan yang baik. Dalam bahasa normatif prinsip ini sejajar dengan konsep *rechmatig bestuur*. Konsep ini berisikan pedoman pengujian keabsahan perbuatan seorang pejabat administrasi negara. Sedangkan dalam bahasa normatif konsep tata kelola yang baik sejajar dengan sifatnya sebagai suatu asas atau prinsip, dan tentu saja tidak berlaku universal, karena sangat tergantung pada waktu, tempat dan situasi tertentu.

Dalam perspektif konsep tata kelola pemerintahan yang baik, *United Nation Development Programme* (UNDP) mendefinisikan *governance* sebagai *the exercise of political, economic, and administrative authority to manage a nation's affairs at all level*. UNDP lebih menekankan esensi *good governance* pada aspek politik, ekonomi dan administratif. Aspek politik mengacu pada proses pembuatan kebijakan. Aspek ekonomi mengacu pada proses pembuatan keputusan di bidang ekonomi yang berimplikasi pada masalah kesempatan berusaha yang sama. Sedangkan aspek administratif mengacu pada penerapan kebijakan. Terkait dengan pembaruan pelayanan penanaman modal, prinsip tata kelola pelayanan yang baik pada dasarnya bertumpu atas dua landasan utama pada hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Dengan demikian, penerapan prinsip ini dalam pelayanan penanaman modal meliputi: (1) prinsip kepastian hukum; dan (2) prinsip keterbukaan birokrasi.

²¹ Pasal 15 UU Penanaman Modal huruf (a) dan (b). Lihat juga ketentuan Pasal 16 UU Penanaman Modal yang mewajibkan setiap penanaman modal harus memenuhi kewajiban tanggungjawab sosial bagi perusahaan penanam modal.

Prinsip kepastian hukum atau prinsip negara hukum sangat berkaitan dengan penggunaan wewenang lembaga pemerintahan, khususnya penyelenggaraan wewenang pemerintah daerah di bidang perizinan penanaman modal. Alasan utama digunakannya prinsip negara hukum dalam hubungannya dengan pelayanan penanaman modal adalah menghilangkan rasa kekhawatiran para penanam modal terhadap perilaku birokrasi yang berbelit-belit dan tidak independen dalam menjalankan tugas dan wewenangnya. Penerapan prinsip *good governance* secara benar dan konsisten diharapkan dapat meningkatkan mutu pelayanan birokrasi yang terkesan memiliki budaya kerja yang negatif di lingkungan para pengusaha/dunia usaha. Faktor budaya ini tidak kalah penting dalam memacu penanaman modal asing masuk ke Indonesia. Faktor pemicu ini sangat tergantung cara berpikir dan mentalitet birokrasi pemerintahan Menurut ahli kebudayaan, Koentjaraningrat (dalam LAN-SANKRI, 2004: 8-9) bangsa Indonesia umumnya memiliki beberapa mentalitet negatif yang tidak mendukung pembangunan bangsa Indonesia menjadi bangsa yang maju dan sejahtera, termasuk birokrasi atau aparatur negara. Dilihat dari segi mentalitet tersebut di atas, adalah mentalitet menerabas, yang berarti ingin cepat selesai. Sedangkan mentalitet yang lain adalah asal jadi, yang penting adalah hasilnya tanpa memperhatikan kualitasnya dan kelangsungan jangka panjang dalam kegiatan penanaman modal. Jika mentalitet di atas diarahkan untuk mewujudkan iklim penanaman modal yang kondusif. Dengan demikian, sangat diperlukan pembaruan dalam budaya hukum, khususnya birokrat. Prinsip kemudahan pelayanan penanaman modal yang disusun pula berdasarkan prinsip tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) seperti adanya keterbukaan (transparansi) dalam pengambilan kebijakan.²¹ Tata kelola pemerintahan yang baik, sangat membantu penyelenggaraan pelayanan penanaman modal yang

²¹ Lubis, J. Salusu. *Pengambilan Keputusan Strategik untuk Organisasi Publik dan Organisasi Swasta*. Grasindo, PT Gramedia Widayarsana Indonesia, 1996. Jakarta. hal 47

efisien dan efektif terhadap kebijakan penanaman modal. Prinsip ini menjadi sangat penting bukan hanya bagi penanam modal, tetapi juga sangat penting bagi pemerintah daerah untuk menciptakan iklim penanaman modal yang bermanfaat bagi setiap orang.

Philipus M. Hadjon (Meritokrasi, 2002: 12-16) berpendapat bahwa, prinsip negara hukum atau dalam ketatanegaraan Belanda menjadi asas spesialisitas (*specialiteits beginsel*) disebutkan sebagai prinsip yang sangat spesifik berkenaan dengan wewenang pemerintahan. Prinsip spesialisitas ini menurut Philipus M. Hadjon, mengandung makna bahwa setiap kewenangan mengandung tujuan tertentu, dan tujuan-tujuan itu harus ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.²²²

Dengan demikian, prinsip negara hukum, khususnya prinsip spesialisitas tersebut, juga berkaitan erat dengan kewenangan pengambilan keputusan administrasi publik, yaitu suatu pemikiran yang hasilnya berupa penentuan pilihan-pilihan dari berbagai pilihan cara bertindak dengan metode yang efisien dan efektif.²²³ Prinsip atau asas spesialisitas dikaitkan dengan adanya berbagai kewenangan yang dimiliki oleh aparatur penanaman modal, dan didasarkan pada prosedur aturan hukum. Oleh karena itu, dalam hal seorang pejabat pemerintah bertindak, kewajiban bertindak tidak boleh melakukan penyimpangan dari aturan hukum yang ada. Hal itu berarti bahwa dengan memperhitungkan asas tersebut, seharusnya penggunaan asas spesialisitas akan lebih ditekankan pada keseimbangan antara keinginan para penanam modal dengan ketentuan hukum atau pelayanan yang baik. Penerapan prosedur hukum merupakan suatu yang esensial dalam penyelenggaraan penanaman modal.

²²² Lihat Philipus M. Hadjon & Tatik Sri Djatmanti, Good Governance dalam Penyelenggaraan Pemerintah Daerah, *Jurnal Meritokrasi*, Vol. 1 No. 1 Agustus 2002, hal. 12-16.

²²³ Lihat J. Siregar, *Op. Cit.*, hal. 47.

Hal tersebut dipertegas kembali oleh Hadjon (Meritokrasi, 2002: 13) bahwa, kalau prosedur hukum tentang tujuan itu tidak ada, maka akan lahiriah suatu keadaan di mana pemerintah bertindak di luar ketentuan hukum yang menjadi landasannya bertindak, yaitu pemerintah menggunakan wewenangnya untuk tujuan yang lain (*détournement de pouvoir*).²²⁴ Hal inilah yang menjadi fokus tata pelayanan yang baik. Secara teoritis, sistem tata pelayanan yang baik akan mempengaruhi kinerja pemerintah dalam melaksanakan fungsi-fungsi dasarnya, sehingga setiap kewenangan yang mengandung tujuan-tujuan tertentu dapat dicapai

Selanjutnya, prinsip keterbukaan, yang berarti prinsip demokratis birokrasi. Keterbukaan merupakan aspek yang penting dan harus dimiliki dalam penyelenggaraan tata pelayanan yang baik. Keterbukaan dapat berarti bahwa setiap orang mengetahui proses pengambilan keputusan oleh pemerintah serta mau dinilai kelayakan atau tidaklayakan terhadap pelayanan yang diberikan. Menurut Philipus M Hadjon dan Tatiek Sri Djatmika terdapat beberapa unsur utama keterbukaan pemerintah yang memungkinkan masyarakat berpartisipasi, dapat mencakup, (1) mengetahui proses pengambilan keputusan; (2) memikirkan bersama pemerintah mengenai keputusan yang dilakukan pemerintah; dan (3) memutuskan bersama pemerintah.²²⁵

Prinsip partisipasi masyarakat memberikan kepada pemerintah akses informasi penting tentang kebutuhan dan prioritas bagi setiap investor. Unsur mengetahui proses pengambilan keputusan misalnya, yang melibatkan tiap penanam modal atau dunia usaha, pemerintah akan berada dalam posisi yang lebih baik dalam mengambil keputusan karena akan memperoleh dukungan dan kepercayaan yang lebih besar ketika keputusan dilaksanakan. Dengan demikian, jelas bahwa prinsip keterbukaan dalam setiap pengambilan

²²⁴ Philipus M Hadjon & Tatiek Sri Djatmiki, *Op. Cit.*, hal. 13

²²⁵ *Ibid.*, hal. 19

keputusan merupakan pendukung kualitas pelayanan birokrasi.

Selain prinsip kepastian hukum dan prinsip keterbukaan, masalah tata pelayanan yang baik juga meliputi masalah sumber daya manusia. Birokrasi yang efisien dan efektif harus juga dibangun berdasarkan kualitas kelembagaan disertai kualitas sumber daya manusia sehingga pelayanannya dilakukan secara profesional, dan bukan berdasarkan kemauan dan selera pejabat. Inilah bidang yang belum masuk ke dalam pengaturan pembaruan landasan hukum penanaman modal meskipun sudah dilakukan dengan berbagai deregulasi dan de-birokratisasi. Karenanya diperlukan perombakan dan penataan kembali agar kelembagaan penanaman modal lebih independen dan profesional memberikan layanan kepada penanam modal dan mencegah penyimpangan kekuasaan termasuk penyimpangan administrasi.

Kualitas aparaturnya pemerintah bukan hanya memiliki legitimasi, tetapi harus bisa melaksanakan wewenang yang dimilikinya itu sesuai tujuannya. Hanya otoritas penanaman modal yang memiliki jajaran pegawai atau pejabat yang terampil, dan mempunyai kapasitas memanfaatkan keterampilan dan kemampuan ini sebaik-baiknya, dapat melaksanakan prinsip tata pelayanan penanaman modal yang baik. Untuk mempercepat pemberian pelayanan penanaman modal yang lebih mudah, dan sederhana, maka harus dijalankan oleh orang-orang yang profesional, terampil dan menguasai bidangnya, termasuk kemampuan teknis dan manajerial kelembagaan, sehingga pelaksanaan fungsi dan peran mereka lebih memadai. Bila mutu sumber daya manusia masih rendah, tentu saja dapat mempengaruhi kinerja dalam memberikan pelayanan penanaman modal.

Profesionalisme aparaturnya penanaman modal mempunyai peranan yang penting, diikuti dengan kewenangan yang jelas. Oleh sebab itu, profesionalitas merupakan faktor produksi aktif yang dapat mengakumulasi modal, mengelola sumber daya alam dan mendorong penanam modal menanamkan modalnya. Kemampuan profes-

sionalisme merupakan faktor kunci untuk menyiapkan pelayanan yang berkualitas bagi kepentingan dunia usaha maupun masyarakat serta untuk menyiapkan kondisi bagi upaya perbaikan iklim penanaman modal.

Selain arah yang dicapai oleh pelayanan satu atap tersebut di atas, keuntungan pelayanan satu atap menjadi kewenangan pemerintah daerah adalah (a) pelayanan penanaman modal menjadi tempat awal dan akhir dari rangkaian proses perizinan; (b) pelayanan perizinan terutama penanaman modal asing menjadi efisien dan efektif terutama kepastian biaya maupun kepastian lamanya waktu pengurusan perizinan; (c) mencegah berbagai pungutan, baik resmi maupun tidak resmi yang harus dibayar oleh penanam modal kepada aparatur penanaman modal.

Disadari bahwa telah banyak dilakukan penataan dan daya guna aparatur penanaman modal, yang secara teoritis sangat ideal untuk memperlancar aktivitas-aktivitas penanaman modal di lapangan, tetapi pada kenyataannya masih banyak pelayanan penanaman modal yang tidak berjalan dengan baik. Persoalan mendasar yang dihadapi lembaga-lembaga penanaman modal saat ini adalah kelembagaan penanaman modal selama ini tidak memiliki standar pelayanan yang jelas, termasuk ketidakjelasan wewenang di bidang perizinan penanaman modal. Hal ini dikarenakan sistem pelayanan penanaman modal selama ini terlalu didominasi oleh pemerintah pusat. Pelayanan penanaman modal sebagai bagian dari fungsi pemerintahan adalah kegiatan yang fundamental, yang juga berarti meliputi wewenang dasar dari birokrasi melaksanakan tujuannya dan/atau wewenangnya. Dengan demikian, suatu pelayanan yang baik harus diawali dari wewenang yang jelas.

Pelayanan penanaman modal dalam bentuknya yang paling signifikan adalah pemberian izin penanaman modal. Dasar pemikiran pelayanan di bidang penanaman modal adalah pelaksanaan ke-

wajiban bertindak birokrasi dalam manajemen pemerintahan dan pembangunan berdasarkan wewenang yang ada padanya. Tujuannya adalah untuk mendorong dan menjamin dilakukannya pelayanan yang benar, cepat, sederhana, efisien dan efektif. Dengan demikian, pemberian pelayanan penanaman modal yang prima merupakan jawaban logis dari berbagai masalah struktur kelembagaan penanaman modal yang ada. Logis, karena kemudahan pelayanan dan perizinan adalah bagian integral dari landasan hukum penanaman modal dan dianggap salah satu faktor kunci untuk mewujudkan prinsip insentif penanaman modal.

Selanjutnya, pelayanan penanaman modal dianggap menjadi faktor yang sangat menentukan setiap kebijakan penanaman modal di Indonesia terutama di daerah. Menurunnya minat penanam modal asing menanamkan modalnya di Indonesia seperti telah dikemukakan pada bab pendahuluan disebabkan oleh beberapa hambatan utama, yaitu :

1. Pelayanan penanaman modal di daerah, meski tidak seluruh daerah mengalami kendala, yaitu mengurangi *red tape* dan birokrasi yang tidak efisien.
2. Prosedur perizinan berbelit-belit, tidak efisien, dan memakan biaya tidak sedikit.
3. Perilaku birokrasi masih ingin dilayani daripada melayani pelaku usaha.
4. Lemahnya sumber daya manusia dianggap sebagai faktor penghambat dalam memberikan pelayanan yang efektif.
5. Koordinasi antar lembaga penanaman modal dalam mengendalikan proses perizinan tidak berjalan dengan baik.
6. Adanya kecenderungan praktik-praktik pungutan biaya tidak resmi untuk pengurusan perizinan yang dibayarkan kepada petugas maupun pejabat.

Prinsip kemudahan pelayanan penanaman modal sangat diinginkan oleh para penanam modal dalam praktik. Karena itu, per-

baikan pelayanan penanaman modal diharapkan dapat mendorong pengendalian atau pengawasan di bidang penanaman modal baik secara makro maupun mikro. Secara makro, pengendalian dapat berarti mendorong arus penanaman modal, mencegah timbulnya kerugian, hambatan bagi penanam modal, mencegah pelanggaran terhadap berbagai peraturan perundang-undangan. Sedangkan secara mikro, pengendalian dapat bermakna membantu investor asing memperoleh perizinan penanaman modal secara cepat, murah dan tidak bertele-tele; membantu penanam modal mengimplementasikan pembangunan proyek dengan lancar, cepat, aman, efisien dan efektif; mencegah kerugian, hambatan atau gangguan akibat dibangunnya atau beroperasinya kegiatan bisnis penanam modal.

Mengacu pada prinsip pelayanan penanaman modal hendaknya "prinsip pelayanan terpadu satu pintu" ditangani masing-masing oleh pemerintah daerah sesuai kebutuhan, dan bukan ditangani atau dikendalikan oleh pemerintah pusat (dalam hal ini BKPM). Dengan demikian, pelayanan penanaman modal menjadi wewenang dasar (*regulatory and screening measures*) dari pemerintah daerah. Pengertian pelayanan terpadu satu pintu tersebut bukan berarti penyelenggaraan wewenang yang disatukan dan ditangani secara bersamaan dimana wewenang pemberian izin persetujuan penanaman modal diintegrasikan dalam BKPM seperti yang ditetapkan dalam Permendagri No. 24 Tahun 2006 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Terpadu Satu Pintu. Menurut Strohik pelayanan integral dalam banyak hal memang efisien dan menguntungkan banyak pihak, tetapi tidak selalu demikian, karena hal itu berkaitan dengan keputusan yang sangat bebas dan sangat terikat. Dalam kaitannya dengan wewenangan pemerintah daerah di atas, tetap perlu menjalin koordinasi dengan departemen teknis dalam membuat perizinan persetujuan penanaman modal melalui sistem pelayanan satu atap.^{22b}

^{22b} Lihat Philipus M. Hadjon & Yanick Sri Djaemali, *Op. Cit.* hal. 14.

Harus disadari betul, bahwa penerapan prinsip-prinsip hukum dalam penanaman modal dalam rangka reformasi regulasi penanaman modal yang dibutuhkan Indonesia sebaiknya harus diubah dari berbasis izin menjadi berbasis risiko. Bila pelayanan penanaman modal bagus, lancar, cepat dan murah, maka penanam modal bisa memperoleh akses yang lebih baik daripada yang sebelumnya, dan biaya untuk memperoleh perizinan menjadi lebih murah karena pendeknya rantai birokrasi.²²⁷

Selanjutnya, penyelenggaraan wewenangan penanaman modal, baik di daerah maupun di pusat yang akan besar itu sangat berkaitan dengan penerimaan atau sumber penghasilan dan harta benda seseorang pejabat atau sesuatu lembaga. Iklim penanaman modal pun terganggu ketika pelayanan penanaman modal dianggap sebagai peluang mendatangkan pendapatan cepat dan mudah bagi birokrasi. Karena itu, harus diatur secara rinci, jelas dan tegas mengenai bentuk, dan cakupan dari pelayanan penanaman modal dalam hukum substantif, bukan diatur dalam peraturan kebijakan seperti yang tersebar di dalam berbagai Keputusan Presiden atau Keputusan Menteri yang berlaku sekarang ini.

Prinsip kemudahan pelayanan penanaman modal mempunyai fungsi dan peranan yang penting dalam proses penanaman modal, yaitu memberikan kepastian hukum. Dalam pelayanan perizinan penanaman modal baik di daerah maupun di pusat diperlukan standar pelayanan yang heterogenitas. Dengan standar pelayanan yang heterogenitas, dan bukan standar pelayanan yang disatukan dalam tangan seorang pejabat, kemudian ditangani secara seragam dianggap sebagai suatu penyelesaian paling cepat dan tepat untuk meningkatkan kemampuan kelembagaan penanaman modal. Dalam pelaksanaannya, pejabat pemerintah dapat lebih mudah melayani para penanam modal. Namun demikian, standar pelayanan penanaman

²²⁷ Lihat Mudrajat Kuzorn, *Daerah & Pembangunan Daerah: Reformasi, Penanaman, Strategi dan Peluang*. Penerbit Erlangga, Jakarta, 2004, hal. 268.

modal dasarnya dan sistemnya berbeda-beda pada setiap daerah seperti, prosedur kerja atau cakupan kewenangan. Namun demikian, pola maupun tujuannya adalah sama, yaitu menyederhanakan birokrasi perizinan sehingga birokrasi menjadi lebih efektif dan efisien.

Pelayanan penanaman modal diperoleh dari filosofi umum dari "pelayanan satu pintu" yang difokuskan dari hubungan pemerintah, pengusaha (badan usaha) dan masyarakat. Karakteristik pemikiran pelayanan penanaman modal terpadu satu pintu ini mewajibkan bahwa penyelenggaraan kewenangan penanaman modal harus menerapkannya secara meniadai. Dengan perkataan lain, menyelenggarakan pelayanan penanaman modal satu pintu harus ada dalam kepastian hukum. Dalam rangka menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif dan meningkatkan daya tarik para penanam modal menanamkan modal, maka pemerintah perlu melakukan pembaruan hukum dengan cara *legal borrowing* yaitu meniru seluruh atau sebagian dari hukum negara lain, untuk kemudian disesuaikan dengan sistem hukum yang berlaku di dalam masyarakat. Oleh karena itu, kebijakan dari regulasi yang masih bersifat *state-oriented* diubah menjadi kebijakan dan aturan-aturan hukum penanaman modal yang bersifat *economic-oriented*. Hal ini menjadi sangat penting dipertimbangkan oleh pemerintah agar tercipta kepastian hukum dan kemudahan pelayanan dan perizinan penanaman modal, rantai birokrasi tidak panjang, tidak berbelit-belit, dan juga tidak mahal, maka disarankan perlunya segera dilakukan pembaruan kelembagaan Badan Koordinasi Penanaman Modal dan pemerintah daerah serta perilaku birokrasi untuk menyamakan suatu persepsi atau titik pandang terutama antara penanam modal asing dan pemerintah tidak berbeda. Persepsi yang sama ini sangat penting agar dalam praktik tidak menimbulkan kesulitan dan kesalahpahaman dalam memanfaatkan kebutuhan hukum dan pelayanan penanaman modal akibat dari perbedaan sistem hukum suatu negara.

Jika demikian, fungsi pelayanan satu pintu akan mengandung daya prediktibilitas. Salah satu syarat bagaimana seharusnya hukum dapat berperan dalam kegiatan ekonomi adalah apabila hukum di bidang penanaman modal mengandung daya prediktibilitas, di samping juga bermakna tersedianya peraturan hukum yang memadai, dan juga berarti kepastian dalam penerapannya oleh lembaga-lembaga penanaman modal. Investor asing akan menanamkan modalnya kalau *return on investment* (ROI) dapat diprediksi. Untuk itu jelas diperlukan kepastian hukum, karena adanya jaminan kepastian hukum, perlindungan hukum dan prediktibilitas hukum bagi kegiatan penanaman modal dapat menciptakan persaingan pasar secara efektif sekaligus juga mendorong pasar yang besar bagi negara penerima modal.

Untuk memperoleh suatu gambaran yang lebih konkrit mengenai proses pelayanan penanaman modal adalah pemberian informasi atau data realisasi tiap proyek penanaman modal yang dapat menjadi masukan bagi pertimbangan penyelesaian pemberian izin persetujuan perizinan penanaman modal maupun sebagai umpan balik bagi perbaikan dan penyempurnaan kebijakan penanaman modal. Selanjutnya, arah kebijakan perizinan adalah prosedur aplikasi para investor tidak perlu terlebih dahulu harus mendapatkan beberapa persetujuan atau perizinan. Untuk itu fasilitasi pemerintah bagi realisasi penanaman modal menjadi sangat relevan, karena fasilitasi tersebut bertujuan bukan hanya mendorong kelancaran penyelesaian kegiatan penanaman modal, tetapi juga efektivitas dari kegiatan penanaman modal mendatangkan dampak positif benar-benar bisa terwujud. Selain itu, prinsip kemudahan pelayanan penanaman modal bertujuan agar mudah melakukan deteksi kemungkinan terjadinya penyimpangan atau pelanggaran-pelanggaran dalam kegiatan penanaman modal yang dapat merugikan negara.

Salah satu aspek yang erat kaitannya dengan penyederhanaan perizinan adalah pelayanan penanaman modal. Pelayanan peri-

zinaan berusaha bagi penanam modal asing juga memegang peran yang sangat penting dan memiliki tujuan ganda. *Pertama*, perizinan merupakan strategi untuk merespons kebutuhan dan keinginan penanam modal yang sangat menginginkan adanya kepastian dan stabilitas berusaha. *Kedua*, perizinan dimaksudkan sebagai strategi untuk mendorong dan mewujudkan iklim penanaman modal yang kondusif di dalam negeri agar Indonesia dapat bersaing di dunia internasional dalam menarik modal asing., terutama dalam abad ke 21 yang diprediksi oleh banyak ahli sebagai abad Asia Pasifik.

Dalam banyak hal para penanam modal yang akan memperoleh izin dapat memperhitungkan berbagai aspek pembiayaan, terutama yang berkaitan dengan aspek hukum selama proses perizinan dan persetujuan penanaman modal. Secara spesifik dirumuskan bahwa perizinan penanaman modal merupakan keputusan administrasi negara, yang berarti: (a) memberikan legalitas kepada para penanam modal untuk melakukan kegiatan usahanya, (b) memberikan dispensasi daripada suatu larangan oleh undang-undang, sehingga kegiatan penanaman modalnya dapat berjalan secara komersial, (c) merupakan penetapan untuk memanfaatkan hak atas fasilitas yang diperoleh dari pemerintah, dan (d) sebagai kewajiban untuk mematuhi ketentuan hukum yang berlaku. Sedangkan bagi pemerintah, perizinan penanaman modal memiliki fungsi dan peran sebagai sarana kontrol untuk melakukan pengendalian, evaluasi, pengawasan.

Untuk mewujudkan iklim penanaman modal yang kondusif diperlukan penataan perizinan penanaman modal, terutama penanaman modal asing. Penataan perizinan itu menyangkut perbaikan semua izin-izin di bidang penanaman modal dengan cara:

1. Penataan isi dan sasaran yang diatur dalam perizinan, sehingga tidak menimbulkan berbagai penafsiran dalam pelaksanaannya.
2. Penataan persyaratan, prosedur, biaya dan waktu perolehannya.
3. Penataan perpanjangan waktu berlakunya izin.

4. Penataan bentuk-bentuk dan jenis-jenis izin.
5. Penataan pengendalian dan pengawasan pelaksanaan izin.

Dalam konteks penataan landasan hukum penanaman modal, unsur terpenting untuk pembaruan kerangka dasar sistem perizinan penanaman modal dalam upaya mewujudkan iklim penanaman modal yang kondusif seperti di atas, hendaknya memenuhi unsur-unsur pokok berikut ini:

1. *Persyaratan hukum.* Unsur ini inheren pada tujuan dari izin penanaman modal agar lebih menjamin kepastian hukum keputusan dapat menekankan prosedur yang jelas, tidak berbelit-belit, persyaratan yang jelas serta sejumlah biaya yang jelas. Dengan mengikuti prinsip pelayanan satu atap, kewajiban ditekankan pada satu badan/lembaga untuk memberikan pelayanan kepada penanam modal mulai dari pendaftaran sampai pada pelaksanaan penanaman modal. Di samping itu, prinsip ini menekankan pada keterpaduan dan koordinasi pelayanan antara instansi Kabupaten/Kota, Provinsi dan tingkat Pusat, sehingga jelas kewenangan dan tanggungjawab masing-masing lembaga yang ditunjuk.
2. *Persyaratan informasi yang konsisten.* Unsur ini menjamin bahwa proses yang konsisten diadakan untuk pengendalian praktik-praktik yang merugikan penanam modal dalam proses perizinan. Untuk membantu birokrasi dalam memproses pendaftaran dan permohonan izin persetujuan penanaman modal, maka persyaratan informasi pada tingkat minimum harus diatur dalam Undang-undang, yaitu:
 - Sifat kegiatan penanaman modal;
 - Lokasi dan luasnya proyek penanaman modal;
 - Penyelesaian permohonan persetujuan, perubahan dan atau perizinan lainnya;
 - Realisasi atau kegiatan penanaman modal yang telah mendapatkan persetujuan;

- Penggunaan fasilitas fiskal :
 - Hal-hal yang menyangkut kondisi keamanan, tenaga kerja, lingkungan hidup dan pertanian.
3. *Peran serta Masyarakat.* Unsur ini memastikan bahwa dampak yang mungkin timbul dari suatu kegiatan penanaman modal telah diperhitungkan. Hal ini berarti masyarakat dalam arti warga berdekatan dari suatu kegiatan usaha dilibatkan dalam proses perizinan persetujuan penanaman modal. Tujuannya, adalah agar penanam modal memastikan mengenai realisasi atas kegiatan penanaman modalnya yang telah mendapat persetujuan. Secara spesifik bentuk dan cara peran serta masyarakat dalam proses perizinan penanaman modal mencakup :
- Pemberitahuan mengenai rencana mendirikan, mengoperasikan atau memperluas suatu kegiatan usaha;
 - Akses bagi warga masyarakat terhadap dampak sosial dan lingkungan;
 - Akses bagi masyarakat untuk mengajukan keberatan-keberatan atau persyaratan-persyaratan sebelum izin dikeluarkan.
 - Akses terhadap keputusan pemberian izin persetujuan penanaman modal;
 - Akses untuk melakukan banding atas keputusan pemberian izin persetujuan penanaman modal.
4. *Pelanggaran.* Unsur ini membebaskan secara hukum kewajiban-kewajiban terinci bagi penanam modal setelah memperoleh izin persetujuan penanaman modal maupun pelaksanaan proyeknya. Tujuannya, memudahkan pemerintah melakukan pengawasan kalau terjadi pelanggaran, dan penindakan atas pelanggaran terhadap ketentuan hukum yang berlaku. Misalnya, mengubah atau memperluas tempat usaha tanpa izin.
5. *Sanksi-sanksi.* Unsur ini merupakan sarana untuk mengambil tindakan sanksi yang efektif bagi penanam modal yang tidak

mentaatl aturan yang berlaku. Hukuman-hukuman administratif meliputi antara lain: hukuman denda, penghentian sementara atau pembatalan izin, dan tidak boleh memperoleh tender-tender dari pemerintah.

Bagi penanam modal yang ingin menanamkan modalnya, mereka terlebih dahulu akan mengetahui kebijakan dan regulasi pemerintah. Apakah proses pelayanan perizinan menghambat proyeknya di lapangan. Apakah ada jaminan hukum yang mantap untuk merealisasikan proyeknya secara komersial. Terkait dengan biaya transaksi dalam perizinan penanaman modal, para penanam modal sangat memperhitungkan aspek birokrasi yang berwenang memberi izin, aspek berapa biaya yang harus dikeluarkan, dan keuntungan yang dapat diperoleh.

Aspek perizinan untuk penanam modal yang ingin menanamkan modalnya merupakan faktor penting untuk dapat mendorong arus penanaman modal di Indonesia. Sebab, umumnya para penanam modal menginginkan perizinan penanaman modal yang memuat dan menjamin persyaratan-persyaratan yang jelas, tegas dan transparan, yaitu dapat diketahui oleh penanam modal mengenai bentuk dan macam perizinan; syarat-syarat yang harus dipenuhi; kepastian kapan selesai serta kepastian siapa yang berwenang mengeluarkan izin. Para penanam modal memerlukan perizinan usaha yang cepat dan semua persyaratan dan prosedur pengurusan dapat transparan, taat hukum dan taat atau tepat waktu. Dalam praktik, perizinan bagi penanam modal memiliki fungsi dan peranan yang sangat penting, yaitu memberikan kepastian usaha. Ketidakpastian yang ditimbulkan dalam perizinan dan legalitas dapat menghambat upaya-upaya pemerintah menarik penanam modal masuk ke Indonesia untuk menanamkan modalnya di daerah. Salah satu strategi utama suatu negara berhasil menarik penanam modal adalah memperbaiki kualitas pelayanan perizinan. Hal ini sejalan dengan prinsip insentif penanaman modal. Kualitas pelayanan perizinan merupakan

salah satu aspek yang dapat dipakai dalam menilai kondusifitas iklim penanaman modal di Indonesia.

Sebaliknya, masalah buruknya pelayanan pemerintah, syarat-syarat perizinan menjadi lebih kaku, prosedur berbelit-belit dan rumit, dan sering tidak berfungsi, ketidakpastian biaya bahkan menimbulkan biaya tinggi bagi penanam modal yang akan menanamkan modalnya merupakan salah satu faktor negatif yang lain berhubungan dengan iklim penanaman modal. Kecenderungan demikian mempunyai berbagai dampak seperti, pungutan tidak resmi yang harus dibayarkan kepada pejabat pemerintah, aparat keamanan dan kelompok lain.²²⁸

Di sinilah pentingnya kerangka dasar hukum perizinan sebagai sarana pengendalian di bidang penanaman modal perlu diatur dalam sistem hukum penanaman modal yang responsif dan progresif. Dengan perkataan lain, untuk mewujudkan iklim penanaman modal yang baik diperlukan reformasi regulasi di bidang pelayanan perizinan berusaha. Penataan atau perbaikan kerangka dasar perizinan penanaman modal idealnya harus meliputi seluruh komponen di dalam izin itu sendiri, baik struktur maupun infrastrukturnya. Fungsi perizinan sangat besar pengaruhnya untuk mengurangi ketidakpastian hukum. Aturan-aturan hukum yang tidak sinkron dan relevan dengan bidang yang akan diaturinya menyebabkan ketidakpastian hukum. Oleh sebab itu, dalam kegiatan penanaman modal harus dilandasi oleh aturan-aturan hukum (perizinan) progresif yang sangat diperlukan untuk mendorong penanam modal asing menginvestasikan dananya untuk membangun perekonomian Indonesia.

²²⁸ Lihat Mudrajat Kusumo, *Op. Cit.* hal. 289.

DAFTAR PUSTAKA

- Achmad Ali. 1996. *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*. Chandra Pratama, Jakarta.
- 2004. *Mehraskan Jalan Reformasi Hukum*. Agatama Press, Jakarta.
- Adoff, Huda dan Chandrawulan. 1994. *Masalah-masalah Hukum dalam Perdagangan Internasional*. Radjawali Pers, Jakarta.
- 1997. *Hukum Ekonomi Internasional*. PT Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- 2004. *Perjanjian Penanaman Modal dalam Hukum Perdagangan Internasional (WTO)*. PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta.
- Ali Budiardjo, et al., 1999. *Assesment of Legal Development in Indonesia* (Terjemahan). Siber Konsultan, Jakarta.
- Arief Sritua dan Adi Sasono, 1987. *Modal Asing, Beban Hutang Luar Negeri dan Ekonomi Indonesia*. Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta.
- Asshiddiqie, Jimly. 2010. *Konstitusi Ekonomi*. Penerbit Kompas, Jakarta.
- Arsyad, Lincoln. 1992. *Ekonomi Pembangunan*, edisi ke-2. Bagian Penerbitan STIE-YKPN, Yogyakarta.
- Bagir Manan. 1992. *Dasar-dasar Perundang-undangan Indonesia*. Ind-Hil, Co.
- Bhasin Balbir dan Sivakumar Venkataramany. *FDI Law and Policy in Indonesia: Replacing the Contract of Work System* Paper presented at the 10 International Conference of the Society

- for Global Business and Economic Development (SGEED) Kyoto, Japan, August 8-11, 2007.
- Bell, I. Gary. 2003. The Regional Autonomy Laws, Two Years Later, *Makalah*, dalam Seminar To Seek a New Format on Investment Law in Indonesia, Jakarta.
- Bertens, K. 1993. Etika Bisnis Menjadi Urusan Siapa, (dalam *Majalah Usahawan*) No. 7, Juli, Jakarta.
- 1987. *Fenomenologi Eksistensial*, Gramedia, Jakarta.
- Black, H.C. 1990. *Black's Law Dictionary*, Ed. 6, St. Paul : West Publishing Co.
- Budiardjo, Ali. et.al. 1999. Reformasi Hukum di Indonesia (terjemahan: *Diagnostic Assessment of legal Development in Indonesia*), PT. Siber Konsultan, Jakarta.
- Calabresi, Guido. 1970. The Costs of Accident, *Yale Law Review*, Volume 79.
- Chalid, Pheni. 2005. *Kuangan Daerah: Investasi dan Desentralisasi-Tantangan dan Hambatan*. Kemitraan Partnership, Jakarta.
- Coase, R.H. 1989. *The Firm; the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago.
- Cohen, Marris, L. 1996. *How to Find the Law*, St. Paul Minn, West Publishing Co.
- Cooter, Robert & Thomas Ulen. 2000. *Law and Economics*. Addison-Wesley : Longman Inc. 3 rd, New York.
- Dhaniswara K. Harjono, 2007. *Hukum Penanaman Modal: Tinjauan Terhadap Pemberlakuan Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta.

- Dasgupta, Bilpal. 1998. *Structural Adjustment, Global Trade and the New Political Economy of Development*. London: Zed Books.
- Davidson, V. Daniel. 1987. *Comprehensive Business Law: Principles and Cases*, Kent Publishing Company, Massachusetts.
- Departemen Perdagangan Direktorat Hubungan Perdagangan Luar Negeri. 1995/1996. *World Trade Organization sebagai Lembaga Pelaksana dalam Mewujudkan Liberalisasi Perdagangan Dunia*.
- Elips Project. 1999. *Persaingan Usaha dan Hukum yang Menguasainya*, Jakarta.
- Emerson, Thomas J. 1985. Law as a Force for Social Progress, dalam *Connecticut Law Rev.* Vol. 8.
- Farrar, John H dan Anthony M. Dugdale. 1990. *Introduction to Legal Method*, Third Edition. Sweet & Maxwell, London.
- Faundez, Julio. (ed.). 1997. *Good Government and Law. Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, Macmillan Press Ltd. London.
- Friedman. M. Lawrence. 1986. *American Law*. W.W. Norton & Co New York.
- Friedman, W. 1970. *Legal Theory*, Fifth Edition, Columbia University Press, New York.
- , 1971. *The State and The Rule of Law in Mixed Economy*. Steven & Sons. London.
- Fugate, Wilbur L. 1982. *Foreign Commerce and the Antitrust Law*, Vol. II. Little, Brown and Company, Boston and Toronto.
- Fukuyama, Francis. 2006. *Memperkuat Negara: Tata Pemerintahan dan Tata Dunia Abad 21*. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.

- Gandhi, I.M. 1995. *Harmonisasi Hukum Menuju Hukum Responsif, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Universitas Indonesia*, Jakarta.
- Gardner, Bryan A. ed. 1999. *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, St.Paul, Minn. Dallas, Texas.
- Garvey, George, E. 1990. *Economic Law and Economic or Growth*. West Publishing, St. Paul, Minn.
- Gautama, Sudargo: 1994. *Arbitrase Bank Dunia Tentang Penanaman Modal Asing dan Jurisprudensi Indonesia dalam Perkara Hukum Perdata*, Alumni, Bandung.
- Gilpin, Robert. 1987. *The Political Economy of International Relation*, Princeton University Press, New Jersey.
- Gray, Cheryl W. 1997. "Reforming Legal System in Developing and Transition Economies", *Finance & Development*, September.
- Gulo, W. 1999. *Modul Pelatihan Metodologi Penelitian Ilmiah*, Salatiga.
- Gunanto Hadi. 2002. *Peranan Hukum Dalam Pembangunan Ekonomi*. Universitas Atmajaya, Yogyakarta.
- Hadjon, Philipus M. 1994. Fungsi Normatif Hukum Administrasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih, *Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Airlangga*.
- , at. al. 1993. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Gadjah Mada University Press.
- Hadjon, Philipus. M. & Tatiek Sri Djatmiati, Good Governance Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, *Jurnal Meritokrasi*. Vol.1. No. 1, 2002.

- Hamid S. Attamimi, A. 1994. Pengembangan Peraturan Perundang-undangan Indonesia, *Makalah, Seminar Hukum Nasional Ke IV*, BPHN, Jakarta.
- Harris, Phil. 1995. *An Introduction to Law*. Fourth Edition, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh.
- Head, John W. 1997. *Pengantar Umum Hukum Ekonomi*, Elips-Project, Jakarta.
- Himawan, Charles. 1980. *The Foreign Investment in Indonesia*, Gunung Agung, Singapore.
- 1991. *Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum sebagai Sarana Pengendalian Wibawa Hukum*, 24 April, Jakarta.
- 1993. *Restrukturisasi Landasan Hukum untuk Menyongsong Era Tinggal Landas Ekonomi*. *Pidato Pengukuhan*, Universitas Indonesia, Jakarta.
- Hotchkiss, Carolyn. 1994. *International Law of Business*, Mc Graw-Hill, Inc. New York.
- Huijbers, Theo. 1982. *Filsafat dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta.
- Hunter, Rosemary, ed. 1995. *Thinking About Law*, Allen & Unwin Pty. Ltd, Australia.
- Jackson, John H. et al. 1995. *Legal Problem of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, third Edition, West Publishing Co. St. Paul Minn.
- Juoro, Umar, 1990. The Gap Between Rich and Poor in Indonesia is Widening, *Far Eastern Economic Review*.
- Juwana Hikmahanto. 2002. *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*. Lentera Hati, Jakarta.

- Khairandy, Ridwan. 2003. *Peranan Perusahaan Penanaman Modal Asing Joint Venture dalam Alih Teknologi di Indonesia*. *Jurnal Hukum Bisnis*. Jakarta.
- Kartadjaemena H.s. 1996. *GATT dan WTO: Sistem, Forum dan Lembaga Internasional di Bidang Perdagangan*. UIP, Jakarta.
- Kuncoro, Mudrajad. 2004. *Otonomi & Pembangunan Daerah: Reformasi, Perencanaan, Strategi, dan Peluang*. Penerbit Erlangga. Jakarta.
- Korten, David C. 1996. *Bila Korporasi Menguasai Dunia*. Terjemahan oleh Agus Maulana. 1997. 1997. Jakarta. Professional Books.
- Kusumaatmadja, Mochtar. 1998. *Beberapa Pemikiran Hukum Memasuki Abad XXI*. Angkasa, Bandung.
- Kwik Kian Gie. 1994. *Analisis Ekonomi Politik Indonesia*. Pt. Gramedia Pustaka Utama Jakarta.
- Latanco. *Analisis Lingkungan Bisnis*. Program magister Manajemen. Universitas Hasanuddin. 1998. Makassar.
- Lev, Daniel S.. 1990. *Hukum dan Politik Indonesia*. LP3ES. Jakarta.
- Litay, Theofransus. *Peningkatan Investasi di Indonesia membutuhkan Konsistensi Reformasi Hukum*. *Jurnal Studi Pembangunan Interdisiplin*, Vol.XIX, No. 3 Desember 2007-Maret 2008.
- Lotulung Effendi Paulus. 1994. *Himpunan Makalah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (A.A.U.P.B)*. PT. Citra Aditya Bakti. Bandung.
- Lubis, Solly. M.. 1995. *Pengembangan Hukum Tertulis Peraturan Perundang-undangan Indonesia*. *Makalah*. Seminar Hukum Nasional BPTN. Jakarta.

- Makes, Yozua, 1993. Divestasi pada Perusahaan PMA: beberapa Masalah, dalam *News Letter* 13/V/ Juni, Jakarta.
- Magnis-Susono, Franz, 1992. *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis*, Kanisius, Yogyakarta.
- 1992. *Filsafat Kebudayaan Politik*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- 1987. *Etika Politik. Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*. PT. Gramedia, Jakarta.
- Moh. Mahfud MD. 1998. *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta.
- Mubiyarto. 1988. *Sistem Ekonomi dan Moral Ekonomi Indonesia*. LP3ES, Jakarta.
- Muljadi, Kartini. 1991. Perjanjian Usaha Patungan/Joint Venture Agreement. *Makalah* disampaikan pada Upgrading Course Para Notaris 22 – 24 Agustus 1991, Jakarta.
- Naisbitt, John. 1994. *Global Paradox*, William Monrow and Company, Inc. NY.
- Nasution, Anwar. 1990. *Demokratisasi Sistem Ekonomi Indonesia*, LP3ES, Jakarta.
- Natabaya, H.A.S. 1995. Kerja sama dengan Negara: Organisasi Internasional Dalam rangka Upaya Harmonisasi Hukum. *Makalah*, Seminar Hukum Nasional Ke IV- BPHN, Jakarta.
- North, Douglas C. 1981. *Structure and Change in Change in Economic History*, W.W. Norton & Co. New York.
- Nonet Phillippe- Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper Colophon Books, New York.

- Pakpahan S. Normin. 1995. Pokok Pikiran Bagi Pembaharuan Perundang-undangan Investasi, dalam *Bulletin Elips*, No. 15-15, Jakarta.
- 1995. Kerja sama Dengan Negara/Organisasi Internasional: Dalam rangka Pembaharuan/pengembangan Hukum Ekonomi, *Makalah*, dalam Seminar Hukum Nasional Ke IV-BPHN, Jakarta.
- Pembinaan Hukum Ekonomi Dalam Pembangunan Jangka Panjang II, dalam *Majalah Hukum Trisakti*, Edisi Khusus, Jakarta.
- 1994. The Indonesian Perspective on Law Reform, *Hukum dan Pembangunan*, No.6, Jakarta.
- 1994. Arti Penting Informasi Hukum Dalam Transaksi Bisnis, *Hukum dan Pembangunan* No. 4 Tahun XXIV, Agustus, Jakarta.
- Patterson, Dennis ed. 1999, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers.
- Posner, Richard. A. 2001, *Economic Analysis of Law*, 2 d Edition, Little, Brown and Company, Boston and Toronto.
- 1998. Creating a Legal Framework for Economic Development, *The World Bank Research Observer*, Volume 13.
- Priyatna, Abdurrasyid, 2003, Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Alternative Dispute Resolution ADR), *Jurnal Newsletter*, Jakarta.
- Purba, Victor. 1993/1994. *Hukum Ekonomi Sektor Perdagangan*, UKI Jakarta.

- 2002. *Kontrak Jual Beli Barang Internasional : Konvensi Vienna 1980*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.
- Rajagukguk, Erman, et.al. 1995. *Hukum Investasi*, Universitas Indonesia, Jakarta.
- 1985. *Indonesianisasi Saham*, Bina Aksara, Jakarta.
- Peranan Hukum dalam Pembangunan pada Era Globalisasi, dalam *Jurnal Hukum*, No. 11, Vol.6, UII-Yogyakarta.
- 1994. *Comparative Legal System*, Pascasarjana, Universitas Indonesia, Jakarta.
- 2003. Hukum Ekonomi Indonesia: Menjaga Persatuan Bangsa, Memulihkan Ekonomi, dan Memperluas Kesejahteraan Sosial, *Jurnal Hukum Bisnis*, No. 5 Tahun 2003, Jakarta.
- Rachbini, Didik J. 2006. *Ekonomi Politik dan Teori Pilihan Publik*, Ghalia Indonesia.
- Rintuh, Cornelis dan Miar. 2005. *Kelembagaan dan Ekonomi Rakyat*, BPF, Yogyakarta.
- Said Sudirman ed, 2003. *Mencegah Kebangkrutan Bangsa: Pelajaran dari Krisis –Kumpulan Tulisan Pradjojo*, Masyarakat Transparansi Indonesia, Jakarta.
- Salim, Emil. 1998. Demokrasi dalam Pembangunan. *Modul haccan wajib program Magister Manajemen UNHAS*.
- Salusu, J. 1998. *Pengambilan Keputusan Stratejik untuk Organisasi Publik dan Organisasi Nonprofit*, Grasindo. PT Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta.

- Sunda Abuu, ed. 2003. *Hukum Sebagai Panglima*. Buku Kompas, Jakarta.
- Suputra Sidik, D. 2002. ICSTD Dan MIGA: Lembaga Internasional Untuk Meningkatkan Arus Penanaman Modal, dalam (*Gagasan Pemikiran Tentang Pembaharuan Hukum Nasional*), Tim Pakar Hukum Departemen Kehakiman dan HAM, Jakarta.
- Sutjipto Rahardjo. 1991. *Ilmu Hukum*. Alumni, Bandung.
- 2003. *Hukum Progresif: sebuah tawaran*, dalam *Jentera-Jurnal Hukum*. Edisi 2, Jakarta.
- Siedman Ann, et al. 2000. *Penyusunan Rancangan Undang-undang Untuk Perubahan Sosial yang Demokratis: Sebuah Panduan Untuk Pembuat Rancangan Undang-undang*, Boston, Massachusetts, Amerika Serikat.
- Setiawan. 2003. Beberapa Catatan Hukum Tentang Klausula Arbitrase. *Newsletter*, 52/Maret 2003. Jakarta.
- Sondakh, Renier, Teddy. 2009. *Implementasi Prinsip Transparansi dalam Praktik Penanaman Modal di Indonesia*, Bayumedia Publishing, Malang.
- Somarajah, M. 1994. *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Soto, Hernando de. 1991 *Masih Ada Jalan Lain*. Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.
- Sri Edy Swasono. 1992. *Pelita Hati Dari daulat Tuanku ke daulat Rakyat*, edisi kedua, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta.
- Sumantoro. 1984. *Kerja sama Patungan dengan Modal Asing*, Alumni, Bandung.

1984. *Bunga Rampai Permasalahan Penanaman Modal dan Pasar Modal/Problems of Investment in Equities and Securities*. Bina Cipta. Jakarta.

Sumaryono, 2002. *Etika Hukum*. Penerbit Kanisius, Yogyakarta.

Sunaryati Hartono, C.F.G. 1972. Beberapa Masalah Transnasional dalam Penanaman Modal Asing di Indonesia. *Disertasi*. UNPAD, Bandung.

----- 1982. *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*, Binacipta, Bandung.

----- 1988. Tentang Pengembangan dan Pembinaan Ilmu Hukum Nasional, dalam *Percikan Gagasan tentang Hukum*, Fakultas Hukum UNPAR, Bandung.

Suparji. 2008. *Penanaman Modal Asing Di Indonesia: Insentif V. Pembatasan*, Fakultas Hukum Universitas Al Azhar Indonesia, Jakarta.

Suryana. 2002. *Ekonomi Pembangunan: Problematik dan Pendekatan*. Salemba Empat, Jakarta.

Taylor von Mehren, Arthur – James Russel Gordly. 1977. *The Civil Law System*, Little, Brown and Company, Boston.

Teubner Gunther. 1983. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law and Society Review*, Vol.17, No.2.

Todaro, Michael. P-Burhanuddin Abdullah. *Pembangunan Ekonomi di Dunia Ketiga*. Edisi Ketiga, Jilid 1. Tanpa Penerbit, dan Tahun Penerbit.]

Joemion F. Theo. 2003. Investment Climate in Indonesia. *Makalah*, dalam Seminar To Seek for a New Format on Investment Law in Indonesia, Jakarta.

- United Nations. 1996. *International Investment Instruments: A Compendium*. Volume I. Multilateral Instruments. Geneva.
- Uwiyono; Aloysius. 2003. Implikasi Undang-undang Ketenagakerjaan No. 13 Tahun 2003 Terhadap Iklim Investasi, *Jurnal Hukum Bisnis*, No. 5 Tahun 2003. Jakarta.
- Watni Syaiful, et al. 2004. *Analisis dan Evaluasi Hukum Tentang Persaingan Usaha Industri Kecil di Era Pasar Bebas*, BPHN-Departemen Kehakiman dan HAM RI, Jakarta.
- Wignjosoebroto, Soetandyo. Sebuah Pengantar Kenah Perbincangan Tentang Pembinaan Penelitian Hukum dalam PPP II, dalam *Majalah Hukum Trisakti*, Edisi Khusus, Jakarta.
- , 2003. Konsep Negara Hukum dalam Konteks Pembaharuan Hukum, dalam *Jentera - Jurnal Hukum*, Edisi 2. Jakarta.
- , 2008. *Hukum dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah*. Bayumedia Publishing, Malang.
- Zaidun. 2006. *Prinsip-prinsip Hukum Internasional Dalam Penanaman Modal Asing*. Disertasi tidak dipublikasikan. Surabaya. Program Pascasarjana Universitas Airlangga.

Peraturan Perundang-undangan, Seminar, dan Majalah/Jurnal Ditiah

UUD 1945 setelah Amandemen.

Undang-undang Penanaman Modal.

Undang-undang Cipta Kerja

Undang-undang Pemerintahan Daerah

Peraturan-peraturan HAKI

Peraturan-peraturan Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Peraturan-peraturan Otonomi Daerah.

Peraturan-peraturan Pertanahan.

Peraturan-peraturan Perpajakan.

Peraturan-peraturan Ketenagakerjaan.

Peraturan-peraturan Pertambangan –Migas.

Peraturan-peraturan Lingkungan.

Badan Pembinaan Hukum Nasional dari Masa ke Masa, BPHN, 1995.

Seminar Nasional Pengembangan KTI Dalam Perspektif Pertumbuhan Ekonomi. UNHAS, 1996.

Seminar Nasional Otonomi Daerah Dalam Perspektif Baru. FH-UNHAS dan Gubernur Sulawesi Selatan, 1999.

Seminar Nasional Pemberdayaan Peraturan Daerah Untuk Meningkatkan Iklim Investasi di Kawasan Indonesia Timur. IHB1 Makassar – *Partnership for Economic Growth – USAID*, 2001.

BIODATA PENULIS

Marthen Arie, lahir di Palopo 30 April 1958, Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum UNHAS (1983), Magister Hukum Universitas Indonesia (1993) dan Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana UNHAS (2006), Guru Besar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara (2008). Dosen tetap Fakultas Hukum UNHAS sampai sekarang. Pengalaman kerja antara lain: Dosen Program Pascasarjana S2 dan S3 Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin, Universitas Sam Ratulangi, Universitas Cendrawasih dan Universitas Pattimura (2006 – sekarang), Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum (S2) Fakultas Hukum UNHAS (2010-2014), Ketua Departemen Hukum Administrasi Negara Fakultas Hukum UNHAS (2015-2019). Karya ilmiah dan penelitian antara lain: Pendekatan *Legisprudence* dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (2017), *The Institutional Arrangement of Special Autonomy Fund Management of Papua Province*, *Journal of Law, Policy and Globalization* (2018), *The Social Responsibility of State-Owned Enterprises Through the Partnership Program with Micro, Small, and Medium Enterprises (MSMEs)*, *Journal of Law, Policy and Globalization* (2021).

Rezim penanaman modal di berbagai negara diyakini bahwa penanaman modal asing (*foreign direct investment*) menjadi sangat dibutuhkan negara-negara berkembang karena menjadi generator pertumbuhan ekonomi negara penerima modal (*host country*). Penanaman modal asing yang memiliki kinerja yang tinggi (*above potential*) selalu didorong untuk menciptakan ekosistem penanaman modal yang berkelanjutan. Kajian buku ini menerangkan akar persoalan dalam *legal infrastructure* yang kuat dan progresif untuk menciptakan kepastian hukum, kemudahan berusaha, keadilan dan kemanfaatan penanaman modal. Pada level internasional, buku ini mengkaji prinsip-prinsip hukum dalam perdagangan internasional dengan memanfaatkan pendekatan analisis ekonomi dalam hukum penanaman modal (*economic analysis of law*) dan memanfaatkan pula pendekatan *legal borrowing*, yaitu meniru seluruh atau sebagian dari hukum negara lain yang dapat dimanfaatkan sebagai bahan dalam penataan regulasi di bidang penanaman modal. Untuk mengundang investor asing mau menanamkan modalnya di Indonesia hukum harus diperbaiki dengan melakukan penataan regulasi seluruh peraturan dengan *review* secara komprehensif berbagai peraturan daerah provinsi dan kabupaten/kota. Sedangkan pada level nasional dikaji pula prinsip-prinsip dalam pelayanan penanaman modal dengan memangkas birokrasi perizinan berbelit-belit untuk menciptakan efisiensi. Buku ini diharapkan dapat memberi manfaat bagi pengkajian konseptual tentang hukum penanaman modal di era global. Kajian ini secara spesifik membahas bagaimana seharusnya penanaman modal asing itu bisa mendatangkan manfaat bagi rakyat dan tidak menimbulkan ketergantungan ekonomi terhadap modal asing. Oleh karena itu buku ini bermanfaat bagi mahasiswa, pemerintah, legislatif, akademisi, praktisi hukum dan praktisi bisnis untuk mengembangkan ilmu pengetahuan di bidang hukum penanaman modal.

TENTANG PENULIS

Marthen Arie, lahir di Palopo 30 April 1958, Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum UNHAS (1983), Magister Hukum Universitas Indonesia (1993) dan Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana UNHAS (2006), Guru Besar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara (2008). Dosen tetap Fakultas Hukum UNHAS sampai sekarang. Pengalaman kerja antara lain: Dosen Program Pascasarjana S2 dan S3 Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin, Universitas Sam Ratulangi, Universitas Cendrawasih dan Universitas Pattimura (2006 – sekarang). Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum (S2) Fakultas Hukum UNHAS (2010-2014), Ketua Departemen Hukum Administrasi Negara Fakultas Hukum UNHAS (2015-2019). Karya ilmiah dan penelitian antara lain: *Pendekatan Legisprudence dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan* (2017). *The Institutional Arrangement of Special Autonomy Fund Management of Papua Province, Journal of Law, Policy and Globalization* (2018). *The Social Responsibility of State-Owned Enterprises Through the Partnership Program with Micro, Small, and Medium Enterprises (MSMEs), Journal of Law, Policy and Globalization* (2021).

nasmedia

Penerbit Anggota IKAPI

Batua Raya No.3 Makassar 90233
Kenari Indah No.2 Yogyakarta 55584
+62812 1313 3800
redaksi@nasmedia.id
www.nasmedia.id

9786233514002



7 786233 514002