

December 2022

TRANSPLANTASI HUKUM PRINSIP NATIONAL TREATMENT DALAM UNDANG-UNDANG PENANAMAN MODAL INDONESIA

Desky Setiawan

deskysetiawan@ui.ac.id works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/dharmasiswa>



Part of the Administrative Law Commons, Banking and Finance Law Commons, Bankruptcy Law Commons, Business Organizations Law Commons, Civil Law Commons, Civil Procedure Commons, Computer Law Commons, Conflict of Laws Commons, Constitutional Law Commons, Construction Law Commons, Contracts Commons, Courts Commons, Criminal Law Commons, Criminal Procedure Commons, Family Law Commons, Government Contracts Commons, Health Law and Policy Commons, Human Rights Law Commons, Insurance Law Commons, International Law Commons, International Trade Law Commons, Internet Law Commons, Jurisprudence Commons, Law and Economics Commons, Law and Philosophy Commons, Law and Politics Commons, Law of the Sea Commons, Legal History Commons, Legislation Commons, Marketing Law Commons, Military, War, and Peace Commons, Oil, Gas, and Mineral Law Commons, Organizations Law Commons, Other Law Commons, Privacy Law Commons, Public Law and Legal Theory Commons, Religion Law Commons, Rule of Law Commons, Social Welfare Law Commons, State and Local Government Law Commons, Supreme Court of the United States Commons, Taxation-Federal Commons, Taxation-Federal Estate and Gift Commons, Taxation-Transnational Commons, Tax Law Commons, Torts Commons, Transnational Law Commons, Transportation Law Commons, Water Law Commons, and the Workers' Compensation Law Commons

Recommended Citation

Setiawan, Desky (2022) "TRANSPLANTASI HUKUM PRINSIP NATIONAL TREATMENT DALAM UNDANG-UNDANG PENANAMAN MODAL INDONESIA," *"Dharmasiswa" Jurnal Program Magister Hukum FHUI*: Vol. 2, Article 12.

Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/dharmasiswa/vol2/iss1/12>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in "Dharmasiswa" Jurnal Program Magister Hukum FHUI by an authorized editor of UI Scholars Hub.

TRANSPLANTASI HUKUM PRINSIP NATIONAL TREATMENT DALAM UNDANG-UNDANG PENANAMAN MODAL INDONESIA

Cover Page Footnote

Gunawan Widjaya, "Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal", (Jakarta:PT. RajaGrafindo Persada,2008. hlm. 21 Sulistyowati Irianto, "Pluralisme Hukum dalam Perspektif Global", dalam Hukum Yang Bergerak Tinjauan Antropologi Hukum, ed. Sulistyowati Irianto (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2009), hlm. 32 Jan Knorich and Axel Berger, "Friends or Foes? Interactions between Indonesia's Investment Agreements and National Investment Law", German Development Institute, (Bonn: 2014), hlm. 25 UNCTAD, "National Treatment" UNCTAD Series on issues in International Investment Agreement, (Geneva: UNCTAD, 1999), hlm. 1 Ibid. hlm.1 World Bank Group, "Comparative gap analysis: Indonesia's current obligations under international investment agreements (IIAs) vs. the obligations under the investment chapter of the Trans Pacific Partnership Agreement (TPP)", hlm.10 United Nations Conference on Trade and Development. "Investment laws: A widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment". (s.l: Investment Policy Monitor: 2016). Badan Pembinaan Hukum Nasional, Laporan Akhir Analisis dan Evaluasi Hukum Mengenai Mekanisme Perizinan Dalam Rangka Mendukung Kemudahan Berinvestasi di Indonesia, (s.l: Pusat Analisis dan Evaluasi Hukum Nasional, 2016), hlm.27. Tri Budiyo "Transplantasi Hukum, Harmonisasi dan Potensi Benturan" (Salatiga: Griya Media 2009), hlm. 3. Indonesia, Undang-undang tentang Penanaman Modal, UU No.25 Tahun 2007, LN No.67 tahun 2007, TLN No.4724, Pasal 3 ayat 1 huruf d Indonesia, Undang-undang tentang Penanaman Modal, UU No.25 Tahun 2007, LN No.67 Tahun 2007, TLN No.4724, Pasal 4 ayat 2. UNCTAD, "National Treatment" UNCTAD Series on issues in International Investment Agreement, (Geneva: UNCTAD, 1999). hlm 3-4 Nicholas DiMascio dan Joost Pauwelyn, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?", The American Journal of International Law (Januari:2008) hlm.80 Jessica S. Karich, "Cultivating Legitimacy for Sustainable Human Rights Rule of Law Reform: A Spotlight on Poland's Successful Use of International Legal Transplants to Combat Domestic Violence" (West Virginia University: 2012), hlm.17 C. Brants, "Legal Culture and Legal Transplants" Electronic Journal of Comparative Law, vol. 14.3 (December 2010), hlm.5 Merryl Dean, "Legal Transplants and Jury Trial in Japan", Legal Studies, Vol. 31 No. 4, December 2011, hlm. 570-590 J. D. Frantzeska Papadopoulou., Legal Transplants and Modern Law-making in the Field of Pharmaceutical Patents – A Way to Achieve International Harmonisation or the Source of Deeper Divergences. Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich 2016, hal. 893 Karich, "Cultivating Legitimacy for Sustainable Human Rights Rule of Law Reform: A Spotlight on Poland's Successful Use of International Legal Transplants to Combat Domestic Violence" hlm.19 William Twining, "Social Science and Diffusion of Law", Journal of Law and Society (Cardiff University:2005) hlm.9 Lukas A. Mistelis, "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform—Some Fundamental Observations" The International Lawyer vol. 32 (American Bar Association:2000) hlm.1066 Louis F. Del Duca dan Alain A. Levasseur, "Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S Legal System", The American Journal of Comparative Law, vol.58 (Oxford University Press:2010) hlm. 1 Daniel Berkowitz, Katharina Pistor dan Jean Francois Richard, "The Transplant Effect" The American Journal of Comparative Law Vol. 51 (Oxford University Press: 2003). Hlm. 188 Kacper Van Wallendael, "Legal Transplants: profitable borrowing or harmful dependency? The use of the legal transplant framework for the adoption of EU Law: the case of Croatia" dalam Evolving dependency relations, edited by: A. Filipiak, E. Kania, J. Van den Bosch, R. Wiśniewski, Revolutions Research Center, Poznań, (2014), Hlm. 75-98 Leshner, M. "The OECD Regulatory Reform Review of Indonesia: Market Openness", OECD Trade Policy Working Papers, No. 138, OECD Publishing (2012) hal.27. Badan Pembinaan Hukum Nasional, "Laporan Akhir Analisis dan Evaluasi Hukum Mengenai Mekanisme Perizinan Dalam Rangka Mendukung Kemudahan Berinvestasi di Indonesia," (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2016) hlm.123 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan No. 21-22/PUU-V/2007, hlm.82 Suparji,

Penanaman Modal Asing di Indonesia, Insentif dan Pembatasan, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Al Azhar Indonesia, 2008) hlm.254 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan No. 21-22/PUU-V/2007, hlm. 221 Gaetan Verhoosel, *National Treatment and WTO Dispute Settlement, Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*, Hart Publishing (Oregon:2002) hal.12 UNCTAD, "National Treatment" UNCTAD Series on issues in International Investment Agreement, (Geneva: UNCTAD, 1999) hal.1 Indonesia, Undang-undang Penanaman Modal, UU No.25 Tahun 2007, LN No.67 tahun 2007, TLN No. 4724, Pasal 3 ayat 1 (d). Daniel Berkowitz, Katharina Pistor dan Jean Francois Richard, "The Transplant Effect" *The American Journal of Comparative Law* Vol. 51 (Oxford University Press: 2003). Hlm. 179 Jeremy J. Kingsley, *Legal Transplantation: Is this what the doctor ordered and are the blood types compatible? The application of interdisciplinary research to law reform in the developing world – a case study of corporate governance in Indonesia*. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, (2004), Vol. 21, No. 2, Hlm. 495

TRANSPLANTASI HUKUM PRINSIP *NATIONAL TREATMENT* DALAM UNDANG-UNDANG PENANAMAN MODAL INDONESIA

Desky Setiawan

Fakultas Hukum Universitas Indonesia
Korespondensi: deskysetiawan@gmail.com

Abstrak

Penanaman modal asing merupakan salah satu elemen pendukung pembangunan yang penting bagi negara berkembang. Indonesia sebagai negara berkembang harus melakukan upaya untuk menarik penanaman modal asing ke Indonesia. Salah satu upaya dalam menarik penanaman modal asing tersebut adalah dengan mentransplantasikan prinsip-prinsip hukum internasional yang bertujuan untuk melindungi penanam modal asing, seperti prinsip "*National Treatment*" yang memberikan perlindungan kepada penanam modal asing dengan memberikan perlakuan yang sama antara penanam modal asing dan penanam modal dalam negeri dalam peraturan perundang-undangannya, karenanya, memberikan kondisi persaingan usaha yang sama antara penanam modal asing dan penanam modal dalam negeri di Indonesia. Transplantasi hukum atas prinsip hukum internasional harus juga mempertimbangkan norma dan peraturan hukum yang ada di Indonesia. Tesis ini membahas tentang transplantasi hukum, prinsip *National Treatment* dalam hukum internasional, dan prinsip *National Treatment* sebagaimana termuat dalam UU Penanaman Modal di Indonesia.

Kata Kunci: Penanaman Modal Asing, Transplantasi Hukum, Prinsip *National Treatment*

Abstract

Foreign investment is one of the important elements of development for developing countries. Indonesia as a developing country needs to make efforts to pull foreign investment into the country. One of the efforts is by transplanting international legal principles aimed at foreign investor protection, such as National Treatment Principle which gives protection to the foreign shareholder by providing the same treatment to the foreign investor and domestic investor; therefore, creating a level playing field for business in the country for foreign and domestic investors alike. The legal transplant of international legal principles must also consider the existing legal rules and norms in Indonesia. This thesis discusses about legal transplantation, National Treatment principle in international law and National Treatment Principle in Indonesian Investment Law.

Keywords: Foreign Investment, Legal Transplantation, National Treatment principle.

I. PENDAHULUAN

Globalisasi di sektor ekonomi membawa perubahan paradigma hukum karena setiap perubahan dalam bidang ekonomi, pasti membawa perubahan dalam hukum dan praktik hukum¹. Globalisasi tidak hanya diindikasikan oleh *borderless state*, tetapi juga *borderless law*. Hukum dari wilayah tertentu dapat menembus kewilayah lain yang tanpa batas. Hukum internasional dan transnasional dapat menembus ke wilayah negara-negara mana pun, bahkan wilayah lokal yang mana pun di akar rumput.²

Dalam menyikapi tren globalisasi ini, Indonesia banyak melakukan transplantasi hukum dari ketentuan-ketentuan asing kedalam peraturan perundangan-undangannya seperti dalam Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal telah melakukan transplantasi hukum atas prinsip-prinsip utama dalam perjanjian investasi internasional seperti; *expropriation*, *fair and equitable treatment*, *National Treatment*, *MFN treatment*, *transfer of funds* dan *ISDS (Investor State Dispute Settlement)*.³

Dari beberapa prinsip di atas, prinsip *National Treatment* mungkin merupakan prinsip yang paling penting yang ada dalam perjanjian investasi internasional. Disaat yang sama prinsip ini mungkin juga menjadi prinsip yang paling sulit untuk dipenuhi dikarenakan prinsip ini menyangkut hal-hal yang sensitif secara ekonomis dan politis.⁴

¹ Gunawan Widjaya, "*Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal*", (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2008). hlm. 21

² Sulistyowati Irianto, "Pluralisme Hukum dalam Perspektif Global", dalam *Hukum Yang Bergerak Tinjauan Antropologi Hukum*, ed. Sulistyowati Irianto (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2009), hlm. 32

³ Jan Knorich and Axel Berger, "*Friends or Foes? Interactions between Indonesia's Investment Agreements and National Investment Law*", German Development Institute, (Bonn: 2014), hlm. 25

⁴ UNCTAD, "*National Treatment*" UNCTAD Series on issues in International Investment Agreement, (Geneva: UNCTAD, 1999), hlm. 1

Prinsip *National Treatment* didefinisikan sebagai prinsip dimana negara tuan rumah memberikan perlakuan yang sama kepada investor asing sebagaimana yang diberikan kepada investor domestik dalam situasi yang sama. Dengan cara ini prinsip *National Treatment* bertujuan untuk memberikan tingkat persaingan yang sama antara investor asing dan domestik.⁵

Hal ini menjadikan prinsip *National Treatment* sebagai salah satu perlindungan yang diberikan oleh negara terhadap investor asing untuk menciptakan persaingan usaha yang setara antara investor asing dan investor domestik.⁶

Dikarenakan pentingnya prinsip ini, sebanyak tujuh puluh undang-undang penanaman modal dari negara-negara diseluruh dunia memuat peraturan yang tidak membedakan perlakuan (*National Treatment*) antara investor asing dan investor domestik.⁷

Prinsip-prinsip hukum ekonomi internasional harus diterapkan di Indonesia guna menarik para investor asing menanamkan modalnya. Prinsip-prinsip itu di antaranya prinsip "*fair dan equitable*" dan prinsip tanggung jawab negara sebagai kerangka acuan dan/atau sebagai dasar pengaturan penanaman modal asing. Tujuannya untuk mewujudkan perlakuan yang sama antara investor asing dan investor dalam negeri⁸.

Penerapan dari prinsip hukum asing ini di Indonesia dapat dilakukan dengan melakukan transplantasi hukum yaitu proses untuk memindahkan aturan hukum dan/atau doktrin dan atau institusi hukum dan/atau struktur hukum dari suatu masyarakat ke masyarakat yang lain, dari satu negara ke negara lain atau dari satu rumpun sistem hukum ke rumpun sistem hukum yang lain.⁹

Muatan dalam prinsip *National Treatment* ini yang menyamakan perlakuan antara investor domestik dan asing, jika dilihat secara sepintas lalu adalah menempatkan investor domestik dalam keadaan yang menyulitkan dikarenakan harus bersaing dengan investor asing yang lebih maju dalam bidang modal, teknologi dan relasi internasional. Selain itu juga bahwa prinsip ini dapat dianggap bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945.

Muatan prinsip *National Treatment* ini terkandung dalam Pasal 3 ayat 1 huruf d perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara dan penjelasannya yaitu Yang dimaksud dengan "asal perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara" adalah asas perlakuan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal dari satu negara asing dan penanam modal dari negara asing lainnya;¹⁰ dan Pasal 4 ayat (2) a yang berbunyi "Dalam menetapkan kebijakan dasar sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah:

1. memberi perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional; dengan penjelasannya sebagai berikut:

⁵ *Ibid.* hlm.1

⁶ World Bank Group, "*Comparative gap analysis: Indonesia's current obligations under international investment agreements (IIAs) vs. the obligations under the investment chapter of the Trans Pacific Partnership Agreement (TPP)*", hlm.10

⁷ United Nations Conference on Trade and Development. "*Investment laws: A widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment*". (s.l: Investment Policy Monitor: 2016).

⁸ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Laporan Akhir Analisis dan Evaluasi Hukum Mengenai Mekanisme Perizinan Dalam Rangka Mendukung Kemudahan Berinvestasi di Indonesia*, (s.l: Pusat Analisis dan Evaluasi Hukum Nasional, 2016), hlm.27.

⁹ Tri Budiyo "Transplantasi Hukum, Harmonisasi dan Potensi Benturan" (Salatiga: Griya Media 2009), hlm. 3.

¹⁰ Indonesia, *Undang-undang tentang Penanaman Modal*, UU No.25 Tahun 2007, LN No.67 tahun 2007, TLN No.4724, Pasal 3 ayat 1 huruf d

Penjelasan Pasal 4 Ayat (2) Huruf a: 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 perundangan."¹¹

Pada tahun 2019, sistem *Online Single Submission* diberlakukan di Indonesia yang berlaku untuk pelayanan perizinan perusahaan penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri. Menurut penulis, hal ini merupakan salah satu pengejawantahan dari prinsip *National Treatment* yang memberikan perlakuan yang sama pada investor asing dan investor domestik.

Pemberlakuan sistem OSS ini, yang menurut penulis selaras dengan prinsip "*National Treatment*" karena mempersamakan perlakuan antara investor asing dan investor domestik, membuat penulis berkeinginan untuk mengetahui apakah makna/pengertian dari prinsip *National Treatment* yang ada dalam UU Penanaman Modal. Hal ini menjadi penting karena apabila penanam modal asing dan penanam modal domestik dipersamakan dalam semua sektor maka besar kemungkinan akan menciptakan kondisi persaingan yang tidak menguntungkan untuk penanam modal domestik.

II. PEMBAHASAN

A. Prinsip *National Treatment*

Dalam konteks hukum internasional, prinsip *National Treatment* ini dapat ditemukan dalam:

1. Perlakuan kepada warga negara asing dan propertinya harus diperlakukan sama dengan warga negara biasa berdasarkan hukum nasionalnya, hal ini dikenal sebagai "*Calvo Doctrine*" dan biasanya diterapkan di negara-negara Amerika Latin.
2. Dalam praktik perjanjian perdagangan terdapat prinsip *National Treatment* yang tidak membedakan perlakuan antara pedagang asing dan pedagang domestik.
3. Begitu juga dalam konvensi paten dan hak cipta, prinsip *National Treatment* juga telah menjadi standar sebagaimana dicontohkan dalam Pasal 2 Konvensi Paris mengenai Perlindungan Hak Milik Industrial (1883) menetapkan prinsip bahwa warga negara dari negara Anggota "harus memiliki perlindungan yang sama" seperti warga negara tuan rumah dimana perlindungan atas hak cipta tersebut dimintakan.
4. Dalam hal perdagangan internasional, *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) telah mengatur prinsip *National Treatment* dalam Pasal III ("*National Treatment on Internal Taxation and Regulation*") yang mana dirancang untuk memastikan bahwa peraturan "internal" tidak akan dikenakan pada produk impor atau produk domestik yang bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada produsen domestik. Hal ini juga memenuhi tujuan untuk memastikan bahwa aturan internal tidak digunakan untuk merugikan dampak dari konsesi tarif dan aturan multilateral lainnya yang berlaku pada aturan perbatasan. Peran prinsip *National Treatment* dalam Pasal III GATT harus dipahami dalam kerangka perbedaan antara aturan perbatasan dan aturan internal.
5. Dalam Investasi Asing Langsung (FDI), prinsip *National Treatment* meliputi tujuan ekonomis yang serupa dalam perjanjian dagang: investor asing dan domestik, harus tunduk pada kondisi kompetisi yang sama dalam pasar negara tuan rumah dan karenanya tidak ada aturan yang dibuat oleh pemerintah yang akan lebih menguntungkan investor domestik.¹²

Dalam tulisan ini, penulis ingin fokus pada prinsip *National Treatment* dalam perdagangan internasional dan investasi asing langsung. Hal ini disebabkan adanya pandangan bahwa prinsip

¹¹ Indonesia, *Undang-undang tentang Penanaman Modal*, UU No.25 Tahun 2007, LN No.67 Tahun 2007, TLN No.4724, Pasal 4 ayat 2.

¹² UNCTAD, "*National Treatment*" UNCTAD Series on issues in International Investment Agreement, (Geneva: UNCTAD, 1999). hlm 3-4

National Treatment yang ada dalam UU Penanaman Modal berasal dari GATT 1994 sementara penulis lebih condong pada prinsip *National Treatment* yang ada dalam hukum investasi internasional.

Nicholas DiMascio dan Joost Pauwelyn memberikan perbedaan prinsip *national treatment* dalam hukum perdagangan internasional dan hukum investasi internasional, sebagaimana dijelaskan dalam tabel berikut:¹³

Latar Belakang	<i>National Treatment</i> dalam Perdagangan (GATT Article III:4)	<i>National Treatment</i> dalam Investasi (NAFTA Pasal 1102 dan BIT)
Tujuan dari Perjanjian	Liberalisasi dan akses pasar untuk barang	Perlindungan investor dan promosi investasi
Tujuan dari <i>national treatment</i>	Mencegah pengurangan tarif internal; Kesempatan persaingan yang sama untuk produk impor dan domestik.	Melindungi investor individu terhadap diskriminasi dari negara tuan rumah.
Kedudukan Hukum (Legal Standing)	Penyelesaian Sengketa antar negara	Investor swasta memiliki kedudukan hukum untuk menggugat
Pengecualian	GATT Pasal XX – XXI	Tidak ada pengecualian seperti GATT Pasal XX
Ganti Rugi	Kewajiban untuk menghentikan diskriminasi; tidak ada ganti rugi untuk kerugian yang dialami	Kompensasi atas kerugian individu; tidak ada kewajiban untuk mengganti peraturan
TES AKTUAL		
Lingkup Penerapan	Segera setelah “ketentuan” berdampak pada produk.	Ketentuan harus “terkait dengan” (memiliki “hubungan hukum langsung” dengan) investasi (<i>Methanex</i>)
Pembandingan/K emiripan	“Tes persaingan”: Produk impor dan domestik haruslah “produk yang serupa” yang didefinisikan sebagai produk yang bersaing berdasarkan kriteria obyektif (karakteristik fisik, klasifikasi tariff, penggunaan akhir, pilihan konsumen)	“Tes konteks peraturan”: investasi asing dan domestic harus dalam “keadaan yang serupa”--- yaitu investasi yang Dalam bidang usaha atau sektor ekonomi yang sama (kebanyakan kasus NAFTA) Eksporter (<i>Occidental</i>) Identik (<i>Methanex</i>) Justifikasi kepentingan umum dapat membantah anggapan diskriminasi
“Perlakuan yang tidak sama”	Tidak ada persyaratan untuk tujuan diskriminasi; ketentuan harus mempengaruhi kondisi persaingan dari satu kelompok impor asing sebagai lawan dari sekelompok	Tidak ada persyaratan adanya tujuan diskriminasi; investor asing berhak untuk mendapatkan perlakuan yang terbaik yang didapatkan oleh satu investor

¹³ Nicholas DiMascio dan Joost Pauwelyn, “*Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?*”, *The American Journal of International Law* (Januari:2008) hlm.80



	produk domestic yang serupa (<i>EC-Asbestos</i>)	domestik dalam keadaan yang serupa (<i>Pope & Talbot</i>)
Justifikasi Kepentingan Umum	Ada sebagai pengecualian terbatas dalam GATT Pasal XX-XXI	Ada sebagai bantahan “kondisi yang serupa” setiap kebijakan domestik yang tidak didasarkan secara langsung atau tidak langsung, berdasarkan diskriminasi asal negara.
Beban Pembuktian	Berdasarkan pengecualian, terhadap tergugat.	Apabila investor menunjukkan bahwa ada perlakuan yang tidak sama dengan satu investor domestik dalam sektor yang sama, beban untuk membuktikan bahwa diskriminasi tersebut tidak berdasarkan asal negara berpindah ke tergugat.
Review	Hubungan antara ketentuan dan kepentingan umum adalah “kebutuhan”(misal, Kesehatan manusia) atau “terkait dengan”(misal, konservasi sumberdaya alam yang tidak terbarukan)	Hubungan antara ketentuan dan kepentingan umum adalah hubungan yang “beralasan” atau “rasional”

Berdasarkan keterangan di atas, jelaslah bahwa prinsip *national treatment* dalam bidang investasi internasional memiliki karakteristik tersendiri yaitu bertujuan untuk melindungi investor dan investasinya terhadap diskriminasi di negara tuan rumah yang berbeda dengan prinsip *national treatment* dalam bidang perdagangan internasional yang bertujuan untuk melindungi produk impor dari diskriminasi dengan produk domestik di suatu negara.

B. Transplantasi Hukum

Teori mengenai Transplantasi Hukum, secara umum terbagi menjadi tiga bagian besar yang mencerminkan pendapat apakah hukum dapat ditransplantasikan atau tidak. Pada satu sisi terdapat pandangan yang menyatakan bahwa hukum adalah sesuatu yang otonom yang memungkinkan dirinya untuk ditransplantasikan dari suatu masyarakat ke masyarakat yang lainnya. Disisi lain ada pandangan yang menyatakan bahwa hukum adalah berakar dari faktor sosial, ekonomi dan politik suatu masyarakat dan karenanya, transplantasi hukum tidak dapat dilakukan dari suatu masyarakat ke masyarakat lainnya. Di antara kedua pandangan yang sangat berbeda ini terdapat suatu posisi hibrid yang menyatakan bahwa sebagian hukum dapat ditransplantasikan secara langsung, akan tetapi mayoritasnya harus melalui transformasi yang bergantung pada kondisi sosial, ekonomi dan politis.¹⁴

Secara spesifik, teori-teori mengenai pandangan-pandangan diatas adalah Teori Otonomi, Teori Cermin dan Teori Hibrid sebagaimana diterangkan dibawah ini:

1. Teori Otonomi (*Autonomous Theory*)

¹⁴ Jessica S. Karich, “*Cultivating Legitimacy for Sustainable Human Rights Rule of Law Reform: A Spotlight on Poland’s Successful Use of International Legal Transplants to Combat Domestic Violence*” (West Virginia University: 2012), hlm.17

Anton Friedrich Justus Thibaut, seorang professor hukum pada abad ke-19 dari Heidelberg, Jerman, mengatakan bahwa hukum sebagai produk dari penalaran manusia dapat memiliki elemen yang sama di negara-negara yang berbeda karenanya memungkinkan terjadinya transplantasi hukum. Pendapat ini diamini oleh Alan Watson yang berpendapat bahwa hukum tidak harus tumbuh dari perkembangan suatu masyarakat, akan tetapi bisa diadaptasikan oleh pengacara untuk digunakan dinegara lain. Oleh karenanya, yang berpindah bukanlah hukum itu sendiri melainkan “ide-ide” yang dapat berguna sebagai alat dan digunakan saat dibutuhkan.

Secara umum, Watson mengatakan bahwa sejarah menunjukkan perubahan hukum terjadi karena transplantasi hukum yang dilakukan oleh ahli hukum. Karenanya hukum seringkali tidak terkait dengan perubahan ekonomi dan sosial.

Lebih lanjut lagi, Alan Watson menyatakan bahwa transplantasi hukum adalah “pengambilalihan suatu aturan [...] dari suatu negara ke negara lain, atau dari suatu masyarakat ke masyarakat lain dan perubahan hukum adalah tidak terpengaruh oleh adanya sub-strata sosial, historis atau budaya, sehingga faktor historis dan kebiasaan berfikir tidak membatasi atau mengkualifikasi kemampuan transplantasi suatu aturan.¹⁵ Lebih jauh, Watson mengatakan perubahan dalam hukum adalah proses mentransplantasikan suatu aturan dari pemberi/donor ke penerima, dalam menjelaskan hal ini, ia menggambarkan bahwa suatu transplantasi hukum yang berhasil adalah seperti transplantasi organ manusia, ia akan berkembang dalam diri yang baru dan menjadi bagian dari diri tersebut sebagaimana suatu aturan atau institusi akan terus berkembang ditempat asalnya.¹⁶

Alan Watson memberikan suatu pendapat yang ekstrim, ia menganggap bahwa suatu aturan hukum berevolusi secara mandiri dari masyarakat yang menciptakannya. Watson beranggapan bahwa aturan hukum tidak terkait dengan mentalitas masyarakat tertentu dan karenanya transfer atas suatu aturan hukum tidak berarti suatu pelanggaran atas budaya hukum nasional. Menurut Watson, sistem hukum negara penerima tidak membutuhkan pengetahuan atas konteks sosial, ekonomi, geografis dan politis dari asal dan perkembangan suatu aturan asal. Ia memberikan contoh Hukum Romawi yang mempengaruhi seluruh *civil law* yang utama di Eropa meskipun faktanya Hukum Romawi berkembang dalam konteks sosio-politik yang berbeda dari negara-negara yang kemudian menerapkannya.¹⁷

2. Teori Cermin (*Mirror Theory*)

Teori Cermin mengatakan bahwa Teori otonomi ini berlawanan dengan asumsi hukum tradisional yang mengatakan bahwa hukum adalah cerminan langsung dari masyarakatnya. Fredrich Von Savigny membantah Thibaut dengan mengatakan bahwa transplantasi secara keseluruhan tidak dapat dilakukan karena hukum harus merefleksikan budaya dan atribut tertentu dari suatu masyarakat. Pandangan von Savigny ini mendapatkan dukungan dari Pierre Legrand yang berpendapat bahwa aturan-aturan dan hukum tidak dapat berpindah dikarenakan mereka harus dimengerti sesuai dengan konteks sosialnya. Senada dengan Legrand, Lawrence Friedman mengatakan bahwa sistem hukum suatu masyarakat akan terus berkembang mengikuti keinginan dan kebutuhan dari masyarakat tersebut. William Ewald mengikuti pandangan ini dengan mengatakan bahwa hukum

¹⁵ C. Brants, “*Legal Culture and Legal Transplants*” *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3 (December 2010), hlm.5

¹⁶ Merryll Dean, “*Legal Transplants and Jury Trial in Japan*”, *Legal Studies*, Vol. 31 No. 4, December 2011, hlm. 570–590

¹⁷ J. D. Frantzeska Papadopoulou., *Legal Transplants and Modern Law-making in the Field of Pharmaceutical Patents – A Way to Achieve International Harmonisation or the Source of Deeper Divergences*. Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich 2016, hal. 893

mencerminkan hubungan sosial, ekonomi dan politik dari suatu masyarakat atau dengan kata lain hukum tidak dapat berdiri sendiri, hukum membutuhkan disiplin lainnya seperti sosiologi, antropologi, sejarah atau ekonomi.¹⁸

Montesquieu mengatakan bahwa hukum adalah mahluk yang sesuai dengan lingkungannya dan merupakan suatu kebetulan yang luar biasa (*“un grand hazard”*) apabila politik dan hukum perdata dari suatu negara dapat diterapkan pada negara lain.¹⁹

3. Teori Hibrid (*Hybrid Theory*)

Teori ini merupakan posisi tengah dari kedua kutub diatas, teori hibrid mengatakan bahwa transplantasi hukum dan/atau tekanan sosial dari masyarakat dapat melakukan perubahan hukum.

Kahn-Freund beranggapan bahwa hukum tidak dapat dipisahkan dari tujuannya atau keadaan dimana hukum itu dibuat. Ia berpendapat bahwa ada aturan atau institusi yang dapat ditransplantasikan dan tingkatan kesulitan untuk mentransplantasikan. Kahn-Freund mengidentifikasi proses dua langkah untuk menentukan kemungkinan transplantasi yang diajukan.

Langkah pertama adalah untuk menentukan hubungan antara aturan hukum yang akan ditransplantasikan dan struktur sosio-politik dari negara tempat asal aturan hukum yang akan ditransplantasikan. Langkah kedua adalah membandingkan lingkungan sosio-politik dari negara asal aturan hukum dan negara penerima aturan hukum.²⁰

Agar dapat berhasil, suatu transplantasi hukum harus dapat diterima oleh umum dan budaya hukum dimana ia dimasukkan. Berkowitz, Pistor, dan Richard secara jelas menerangkan persyaratan ini sebagai berikut: “Agar hukum dapat berfungsi efektif, hukum tersebut harus berarti dalam konteks dimana ia diterapkan sehingga warga negara mendapatkan insentif akan penggunaannya dan untuk menuntut institusi untuk bekerja dan mengembangkan hukum tersebut”.²¹

Lebih lanjut Berkowitz, Pistor dan Richard menyatakan bahwa ketentuan-ketentuan hukum yang kompatibel dengan norma sosial yang telah ada mempunyai kesempatan baik untuk diterima dan diberlakukan. Kami menyarankan bahwa transplantasi hukum dapat berhasil, apabila transplantasi tersebut diadaptasikan, atau apabila masyarakat tersebut telah mengenali prinsip dasar dari ketentuan hukum tersebut.²²

C. Motivasi Terjadinya Transplantasi Hukum

Jonathan M. Miller dalam *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process* membuat klasifikasi atas transplantasi hukum berdasarkan motivasi dari negara yang melakukan transplantasi hukum, sebagai berikut:

1. Transplantasi untuk menghemat biaya (*Cost Saving Transplant*)

Transplantasi ini merupakan peraturan yang dipinjam dari sistem hukum negara lain yang tujuannya untuk menghindari proses yang mahal untuk mengembangkan solusi yang orisinal. Hal ini dapat dicontohkan dimana negara berkembang sangat jarang

¹⁸ Karich, “*Cultivating Legitimacy for Sustainable Human Rights Rule of Law Reform: A Spotlight on Poland’s Successful Use of International Legal Transplants to Combat Domestic Violence*” hlm.19

¹⁹ William Twining, “*Social Science and Diffusion of Law*”, *Journal of Law and Society* (Cardiff University:2005) hlm.9

²⁰ Lukas A. Mistelis, “*Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform—Some Fundamental Observations*” *The International Lawyer* vol. 32 (American Bar Association:2000) hlm.1066

²¹ Louis F. Del Duca dan Alain A. Levasseur, “*Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S Legal System*”, *The American Journal of Comparative Law*, vol.58 (Oxford University Press:2010) hlm. 1

²² Daniel Berkowitz, Katharina Pistor dan Jean Francois Richard, “*The Transplant Effect*” *The American Journal of Comparative Law* Vol. 51 (Oxford University Press: 2003). Hlm. 188

mengembangkan peraturannya sendiri dalam bidang hukum lingkungan atau peraturan kesehatan dan keselamatan.

Secara umum, setiap peraturan yang memfasilitasi kewirausahaan, investasi dan menyederhanakan prosedur pajak dapat dianggap sebagai contoh dari *Cost-Saving Transplant*.

2. **Transplantasi Atas Perintah Pihak Lain (*Externally Dictated Transplant*)**

Transplantasi atas perintah pihak lain mungkin merupakan motivasi yang paling umum untuk penerapan peraturan hukum asing sepanjang sejarah. Contoh dari tipe transplantasi ini adalah Konstitusi negara Jepang setelah perang dunia ke 2 yang didiktakan oleh Jendral MacArthur atau syarat bantuan keuangan dari International Monetary Fund dengan persyaratan adanya reformasi pasar bebas dan demokrasi. Fitur umum dari Tipe Transplantasi atas perintah Pihak lain adalah adanya hubungan ketergantungan yang aktual antara donor dan penerima.

Hubungan ini dapat terjalin dalam bentuk, termasuk namun tidak terbatas pada:

- a. hubungan antara pemenang dan yang kalah dalam suatu konflik militer;
- b. hubungan antara anggota yang lebih kuat dan lebih lemah dalam suatu organisasi politik atau militer;
- c. hubungan antara negara anggota dari suatu organisasi internasional atau supranasional dan organisasi itu sendiri;

hubungan antara pemberi dan penerima dukungan finansial

3. **Transplantasi *Entrepreneurial***

Tipe ketiga adalah transplantasi entrepreneurial yaitu transplantasi yang dimotori oleh individu atau suatu kelompok (biasanya organisasi non pemerintah atau perusahaan) untuk memperkenalkan dan mendorong berlakunya suatu ketentuan hukum asing.

Individu atau kelompok ini bisa jadi merupakan masyarakat dari negara berkembang yang mendapatkan Pendidikan di luar negeri dan kemudian kembali. Mereka kemudian dianggap sebagai ahli dan karenanya, mereka dapat mempengaruhi perubahan hukum, meskipun sebenarnya mereka tidak memiliki kekuasaan formal. Insentif yang mereka dapatkan mungkin berbeda-beda- dari yang tulus seperti solusi legal yang diterapkan diluar negeri diperlukan untuk pembangunan negara sampai membuat suatu cabang hukum baru yang mana hanya sedikit yang menguasainya pada saat baru diterapkan dan mereka menjadi ahli dalam bidang tersebut

4. **Transplantasi *Legitimacy-Generating***

Bentuk transplantasi ini adalah ketika suatu negara donor melakukan transplantasi hukum dari negara maju dikarenakan adanya wibawa (*prestige*) bahwa hukum di negara maju lebih baik daripada di negaranya.²³

D. **Transplantasi hukum atas prinsip *National Treatment* dalam UU Penanaman Modal**

Pada bulan Maret tahun 2007, Indonesia mengesahkan Undang-undang mengenai Penanaman Modal (UU No.25/2007). Undang-undang ini membuka seluruh bidang usaha terbuka untuk investasi asing terkecuali yang sebagaimana diatur dalam Peraturan Presiden mengenai Daftar Negatif Investasi. Undang-undang investasi ini mempersempit jarak antara investor asing dan lokal dengan memberikan perlakuan "*National Treatment*" dan

²³ Kacper Van Wallendael, "Legal Transplants: profitable borrowing or harmful dependency? The use of the legal transplant framework for the adoption of EU Law: the case of Croatia" dalam *Evolving dependency relations*, edited by: A. Filipiak, E. Kania, J. Van den Bosch, R. Wiśniewski, Revolutions Research Center, Poznań, (2014), Hlm. 75-98

memperpanjang waktu izin kerja yang tersedia untuk orang asing. Undang-undang baru ini memiliki fitur-fitur penting sebagai berikut:

1. Menggantikan UU yang berbeda atas investasi asing dan investasi lokal yang berlaku sejak tahun 1960 dan menyatukan dua tipe investasi menjadi satu kerangka;
2. Memberikan perlakuan *National Treatment* kepada investor asing;
3. Membuka seluruh bidang usaha untuk investasi terkecuali dilarang sebagaimana diatur dalam Daftar Negatif Investasi;
4. Memberikan mandat untuk pembentukan perijinan investasi satu pintu di Indonesia;
5. Mengandung klausa kepentingan nasional yang menyiratkan bahwa pembatasan hanya akan dilakukan hanya untuk kepentingan nasional Indonesia; dan
6. Menawarkan perselisihan sengketa lewat arbitrase internasional.²⁴

Dalam masukannya ke pemerintah mengenai UU Penanaman Modal, Universitas Airlangga menyebutkan bahwa UU Penanaman Modal juga terikat kepada prinsip-prinsip penanaman modal internasional dari WTO dan TRIMs. Prinsip-prinsip tersebut antara lain adalah:

1. Prinsip Non-Diskriminasi. Prinsip ini mengharuskan negara tuan rumah *Country* untuk memperlakukan secara sama setiap penanam modal dan penanaman modal dinegara mana tempat penanaman modal dilakukan.
2. Prinsip *Most Favoured Nations* (MFN). Prinsip ini menuntut perlakuan yang sama dari negara tuan rumah terhadap penanaman modal dari negara asing yang satu dengan penanaman modal dari negara asing lainnya yang melakukan aktifitas penanaman modal dinegara dimana penanaman modal tersebut dilakukan.
3. Prinsip *National Treatment*. Prinsip ini mengharuskan negara tuan rumah untuk tidak membedakan perlakuan antara penanaman modal asing dengan penanaman modal dalam negeri di negara tuan rumah tersebut.

Dalam UU Penanaman Modal, prinsip *National Treatment* ini disebutkan dalam Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) huruf d yang berbunyi, “Yang dimaksud dengan ‘*asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara*’ adalah *asas pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal dari suatu negara asing dan penanam modal dari negara asing lainnya*” dan Pasal 4 Ayat (2) huruf a yang berbunyi: “Dalam menetapkan kebijakan dasar penanaman modal sebagaimana dimaksud pada Ayat (1), Pemerintah a. memberi perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional”.

Keberlakuan dari prinsip *National Treatment* sebagaimana diatur dalam UU Penanaman Modal ini berlaku setelah penanaman modal mendirikan badan usahanya di Indonesia. Hal ini tersirat dalam Penjelasan Pasal 4 ayat 2 huruf a sebagai berikut: “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 perundangan.”

Frasa tidak membedakan perlakuan terhadap penanam modal yang telah menanamkan modalnya di Indonesia menunjukkan bahwa persamaan perlakuan ini hanya berlaku untuk para penanam modal yang telah menanamkan modalnya di Indonesia. Dengan demikian berarti Indonesia menganut pemberlakuan prinsip *National Treatment post establishment* yaitu setelah penanaman modal dilakukan di Indonesia maka diberikan perlakuan yang sama ini.

²⁴ Leshner, M. “*The OECD Regulatory Reform Review of Indonesia: Market Openness*”, OECD Trade Policy Working Papers, No. 138, OECD Publishing (2012) hal.27.

Selain itu, dari bahasa yang digunakan dalam Pasal 4 ayat (2) “dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional ini” yang mana kriteria kepentingan nasional ini diatur dalam Pasal 12 ayat 5 dari UU Penanaman Modal yang mencakup 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.

Dengan demikian, kaedah dalam Pasal tersebut mengandung 2 variabel yang harus dimaknai secara utuh, yakni kewajiban memberikan perlakuan yang sama dan mengacu kepada kepentingan nasional. Hal ini berarti perlakuan sama tersebut tidak bisa dipisahkan dengan kepentingan nasional. Artinya, dalam keadaan tertentu perlakuan tersebut dapat tidak diterapkan kepada penanam modal asing²⁵.

Transplantasi hukum atas prinsip *National Treatment* dalam Undang-Undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal menimbulkan kontra dalam masyarakat. Hal ini dikarenakan prinsip *National Treatment* dianggap memberikan perlakuan yang sama antara investor asing dan investor domestik dan hal ini membuka peluang bagi investor asing untuk berusaha/berinvestasi disegala bidang sehingga melanggar amanat konstitusi mengenai pengelolaan perekonomian nasional²⁶.

Lebih jauh lagi, persamaan perlakuan antara penanam modal domestik dan penanam modal asing dianggap sebagai bertentangan dengan kedaulatan rakyat, jaminan atas kesejahteraan dan kemakmuran rakyat, perlindungan terhadap hak-hak rakyat atas kehidupan, keadilan dan akses ekonomi.

Penolakan oleh mahasiswa dan lembaga swadaya masyarakat mengenai UU Penanaman Modal ini kemudian dilanjutkan dengan lembaga swadaya masyarakat mengajukan peninjauan kembali (*judicial review*) kepada Mahkamah Konstitusi.

Pasal-pasal yang dituntut diatas dapat dilihat bahwa pasal-pasal yang mengandung prinsip *National Treatment* yaitu:

1. Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) huruf d yang berbunyi, “Yang dimaksud dengan ‘asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara’ adalah asas pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal dari suatu negara asing dan penanam modal dari negara asing lainnya”
2. Pasal 4 Ayat (2) huruf a yang berbunyi, “Dalam menetapkan kebijakan dasar penanaman modal sebagaimana dimaksud pada Ayat (1), Pemerintah: a. memberi perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional”.

Dalil Penggugat bahwa Prinsip *National Treatment* bertentangan dengan UUD 1945:

1. Pemohon I mendalilkan bahwa Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) UU Penanaman Modal bertentangan dengan Pasal 33 Ayat (2) dan Ayat (3) UUD 1945 dengan alasan bahwa Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) UU Penanaman Modal tersebut memberi perlakuan yang sama antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing. Menurut Pemohon I, seharusnya penanam modal dalam negeri diberi prioritas utama. Atas dasar itu, Pemohon I berkesimpulan bahwa ketentuan Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) UU Penanaman Modal tersebut mengarah pada liberalisasi ekonomi dan karenanya bertentangan dengan Pasal 33 UUD

²⁵ Badan Pembinaan Hukum Nasional, “*Laporan Akhir Analisis dan Evaluasi Hukum Mengenai Mekanisme Perizinan Dalam Rangka Mendukung Kemudahan Berinvestasi di Indonesia*,” (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2016) hlm.123

²⁶ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan No. 21-22/PUU-V/2007, hlm.82



1945, terutama dengan hak penguasaan negara sebagaimana tercantum dalam Pasal 33 Ayat (2) dan Ayat (3) UUD 1945.

Pemerintah dalam Opening Statement Pemerintah Atas Permohonan Pengujian Undang Undang No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal Terhadap Undang Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 menyebutkan bahwa Indonesia tidak perlu anti modal asing. Pemerintah mengutip kata-kata Mohammad Hatta, proklamator dan bapak bangsa Indonesia, yang juga perumus Pasal 33 tersebut ketika UUD 1945 dirancang, pada sebuah pertemuan dengan wakil-wakil organisasi rakyat di Gedung Sono Suko di Solo pada tahun 1951 ia mengatakan:

“Untuk membangun negara Kita, Kita tidak mempunyai kapital, karena itu kita pakai kapital asing untuk kepentingan Kita. Kita anti kapitalisme tetapi tidak anti Kapital. Kita djuga tidak segan2 memakai tenaga bangsa asing, karena kita memang kekurangan tenaga ahli. Mereka itu kitab ajar, menurut ukuran pembajaran internasional jang memang tinggi, djika dibanding dengan pembajaran kepada tenaga2 ahli kita. Hal itu djangan diirikan, karena mereka itu tidak mempunyai kewadjiban terhadap Negara kita, sedang kita mempunyai kewadjiban terhadap Negara dan bangsa....

Ada sementara golongan dalam masyarakat kita jang kawatir, bahwa dgn memakai kapital asing itu, kita akan djatuh kembali kedalam pendjadjahan. Demikian Hatta selanjutnya. Terhadap mereka itu Bung Hatta katakan, bahwa mereka masih dihinggapi oleh restan2 zaman colonial yang minderwaardigheids complex dari zaman colonial dahulu. Sebagai bangsa jang telah merdeka, kita harus mempunyai kepertjajaan atas diri kita sendiri.”

Selanjutnya pemerintah memberikan jawaban, bahwa Penjelasan Pasal 3 ayat (1) huruf d merupakan penjabaran dari ketentuan dalam GATT/WTO dimana Indonesia telah meratifikasi perjanjian ini dengan Undang Undang Nomor 7 Tahun 1994 tentang Ratifikasi Pengesahan *Agreement Establishing the World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia). Disamping itu Pemerintah menyatakan bahwa pasal tersebut tidak bertentangan dengan Pasal 33 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Dasar 1945 karena Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal telah mengatur mengenai bidang-bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal asing maupun dalam negeri. Selain itu, Pemerintah juga menegaskan bahwa Undang Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal memberi perlakuan yang sama bukan kesempatan yang sama, bagi investor dari dalam dan luar negeri.

Jawaban pemerintah diperkuat oleh Asril Noer, yang menyebutkan bahwa, perlakuan yang sama merupakan pengertian yang dianut oleh semua pengusaha di Indonesia, baik pengusaha asing maupun nasional. Selain itu, perlakuan yang sama tidak dapat dianggap sebagai perlakuan sama secara keseluruhan.

Asril Noer lebih lanjut menyatakan bahwa pada kenyataannya penanam modal asing dan penanam modal dalam negeri tetap diperlakukan tidak sama. Hal ini dapat dilihat dari, Pasal 5 ayat (2), yang menyebutkan bahwa, penanaman modal asing wajib dalam bentuk Perseroan Terbatas berdasarkan hukum di Indonesia. Sedangkan, penanaman modal dalam negeri dapat dilakukan dengan badan usaha yang berbentuk badan hukum, tidak berbadan hukum atau usaha perseorangan. Disamping itu, Pemerintah juga telah mengeluarkan Peraturan Presiden Nomor 77 Tahun 2007 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Terbuka dengan Persyaratan di bidang Penanaman Modal. Pada Peraturan Presiden ini terdapat 48 bidang usaha yang diizinkan apabila saham perusahaan penanaman modal

tersebut dimiliki oleh pengusaha nasional 100%. Artinya 48 bidang usaha tersebut tertutup untuk penanam modal asing.

Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Penjelasan Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal adalah tidak bertentangan dengan UUD 1945. Alasannya, pertama, Penjelasan Pasal 33 Ayat (1) huruf d, tidak ada hubungannya dengan prinsip penguasaan oleh negara. Karena ketentuan ini hanya menekankan pada perlakuan layanan non diskriminasi, baik antara pemodal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal asing dari satu negara dan penanam modal asing dari negara lainnya. Kedua ketentuan itu merupakan asas umum untuk menghindari kemungkinan adanya perlakuan pelayanan yang mendiskriminasi.²⁷

2. Pemohon II mendalilkan bahwa Pasal 1 angka 1 dan Pasal 4 Ayat (2) huruf a UU Penanaman Modal bertentangan dengan UUD 1945. Alasannya, menurut Pemohon II, Pasal 1 angka 1 harus dibaca satu nafas dengan Pasal 1 angka 2, Pasal 4 Ayat (1) dan Pasal 4 Ayat (2), sehingga dengan cara itu didapat benang merah berupa adanya “semangat mempersamakan” penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri. Oleh Pemohon II, hal itu dianggap sebagai *privilege* karena hanya memberikan kemudahan khusus kepada penanam modal asing dan karenanya bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945 yang menurut Pemohon II, menganut sistem ekonomi kerakyatan yang jiwa dan semangatnya adalah kedaulatan rakyat, menjamin kesejahteraan serta kemakmuran rakyat Indonesia dan melindungi hak-hak rakyat atas kehidupan, keadilan, serta akses ekonomi.

Dari pertimbangan-pertimbangan Mahkamah dalam putusan Mahkamah Konstitusi dapat diambil ringkasan sebagai berikut²⁸:

1. Untuk Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) huruf d yang berbunyi, Yang dimaksud dengan asas "perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara" adalah asas perlakuan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal dari satu negara asing dan penanam modal dari negara asing lainnya" dan hal ini tidak bertentangan dengan Pasal 33 Ayat (2) dan (3) UUD 1945, karena untuk melaksanakan Pasal 33 Ayat (2) dan (3) UUD 1945, UU Penanaman Modal mengatur mengenai bidang-bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal asing maupun dalam negeri, bidang usaha yang hanya untuk penanam modal dalam negeri, bidang usaha yang terbuka untuk asing dengan persyaratan, antara lain harus bekerja sama dengan penanam modal dalam negeri, usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi. Di samping itu, terdapat bidang-bidang usaha yang hanya boleh diusahakan oleh penanam modal dalam negeri.
2. Untuk Pasal 1 ayat 1 dan Pasal 4 ayat 2. Terdapat beberapa poin yang menyatakan bahwa Prinsip *National Treatment* tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 dikarenakan:
 - a. Perlakuan yang sama tersebut tidak diartikan sebagai perlakuan yang sama secara keseluruhan dikarenakan. Hal ini dapat dilihat dari kewajiban berbentuk perseroan terbatas untuk penanaman modal asing dan ketentuan daftar negatif investasi (DNI).
 - b. Terdapat frasa penegasan “dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional” dalam Pasal 4 Ayat (2) huruf a *a quo* telah dengan sendirinya (*ipso facto*) menunjukkan adanya kendali negara atas implementasi dari prinsip *National Treatment* ini. Sedangkan perihal apa yang menjadi substansi “*kepentingan nasional*” itu dirinci dalam Pasal 12 Ayat (5),

²⁷ Suparji, *Penanaman Modal Asing di Indonesia, Insentif dan Pembatasan*, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Al Azhar Indonesia, 2008) hlm.254

²⁸ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan No. 21-22/PUU-V/2007, hlm. 221

yaitu, perlindungan sumber daya alam, perlindungan, pengembangan usaha mikro kecil, menengah, dan koperasi; pengawasan produksi dan distribusi.

Lebih lanjut lagi Pasal 4 ayat (2) menetapkan perlakuan sama antara penanam modal asing (PMA) dan penanam modal dalam negeri (PMDN) dengan tetap mengacu kepada kepentingan nasional.

3. Terdapat asas-asas dalam UU Penanaman Modal yang pada dasarnya memberikan perbedaan perlakuan terhadap penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri.

Dari ringkasan tersebut diatas dapat dilihat bahwa prinsip *National Treatment* yang dimasukkan dalam UU Penanaman Modal adalah memberikan perlakuan yang sama antara investor asing dan investor domestik dengan pembatasan lingkup:

1. Persamaan perlakuan pelayanan antara investor asing dan investor domestik;
2. Persamaan perlakuan ini tidak berlaku secara keseluruhan yaitu dengan adanya kendali negara dalam hal kepentingan nasional atau dengan kata lain, perlakuan yang sama akan diberikan kepada penanam modal yang telah menanamkan modalnya di Indonesia kecuali ditentukan lain oleh ketentuan peraturan perundangan.

Berdasarkan keterangan diatas maka dapat dilihat bahwa prinsip *National Treatment* dalam UU Penanaman Modal di Indonesia maknanya tidaklah sama dengan prinsip *National Treatment* sebagaimana dimaksudkan dalam hukum internasional baik hukum perdagangan internasional maupun hukum investasi internasional.

Lingkup perbedaannya adalah sebagai berikut:

1. Tujuan *National Treatment* pada Hukum Perdagangan Internasional

Bertujuan untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap produk impor seperti yang diberikan kepada produk lokal terkait dengan undang-undang, peraturan dan persyaratan²⁹.

2. Tujuan *National Treatment* pada Hukum Investasi Internasional

Bertujuan untuk menciptakan kondisi persaingan yang sehat untuk investor dan investasi asing dengan investor lokal.³⁰

3. Tujuan *National Treatment* pada Undang Undang Penanaman Modal No.25 Tahun 2007

Bertujuan untuk memberikan pelayanan yang sama seperti yang diberikan kepada investor lokal terkait dengan pelayanan perizinan badan usaha di Indonesia.³¹

Berdasarkan keterangan diatas, apabila dikaitkan dengan teori mengenai transplantasi hukum, dapat dilihat bahwa teori Hibrid adalah sesuai dengan kenyataan yang ada di Indonesia.

Terkait dengan Teori Hibrid dalam Transplantasi Hukum, menurut Berkowitz, Pistor dan Richard:

*“Our argument is that a voluntary transplant increases its own receptivity when it makes a significant adaptation of the foreign formal legal order to initial conditions, in particular to the preexisting formal and informal legal order. Changes in the transplanted rules or legal institutions indicate that the appropriateness of these rules has been considered and modifications were made to take into account domestic legal practice or other initial conditions.”*³²

²⁹ Gaetan Verhoosel, *National Treatment and WTO Dispute Settlement, Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*, Hart Publishing (Oregon:2002) hal.12

³⁰ UNCTAD, “*National Treatment*” UNCTAD Series on issues in International Investment Agreement, (Geneva: UNCTAD, 1999) hal.1

³¹ Indonesia, Undang-undang Penanaman Modal, UU No.25 Tahun 2007, LN No.67 tahun 2007, TLN No. 4724, Pasal 3 ayat 1 (d).

³² Daniel Berkowitz, Katharina Pistor dan Jean Francois Richard, “*The Transplant Effect*” *The American Journal of Comparative Law* Vol. 51 (Oxford University Press: 2003). Hlm. 179

Transplantasi hukum atas prinsip *National Treatment* dalam UU Penanaman Modal Indonesia merupakan suatu tindakan sukarela dari Indonesia dengan mengadakan beberapa perubahan sesuai dengan keadaan Indonesia saat ini. Prinsip *National Treatment* yang pada sumber hukum investasi internasional dimaksudkan untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap investor asing dan investor domestik, disesuaikan dengan keadaan di Indonesia menjadi perlakuan yang sama terhadap investor asing dan investor asing dalam bidang pelayanan investasi.

Mungkin hal ini dapat tercermin dari pendapat Jeremy Kingsley yang menyatakan bahwa, perubahan hukum di Indonesia akan gagal apabila perubahan tersebut hanya ditujukan untuk melindungi kepentingan asing, menggunakan kerangka kerja dari barat tanpa melalui adaptasi dan akan terus gagal apabila tidak menggunakan pendekatan yang lebih pluralistik yang mengakui keragaman budaya dari masyarakat Indonesia.³³

III. KESIMPULAN

Indonesia sebagai negara berkembang tidak dapat menghindarkan diri dari pengaruh globalisasi, yang mana dalam globalisasi ini hukum internasional memiliki peranan penting dan terlebih lagi dalam pembangunannya Indonesia membutuhkan investasi dari pihak asing. Investasi asing ini diharapkan dapat menggerakkan perekonomian dan pembangunan di Indonesia. Untuk menarik investasi asing, Indonesia harus memiliki poin-poin yang menarik para investor untuk menanamkan modalnya di Indonesia.

Salah satu poin tersebut adalah prinsip *National Treatment* yang dalam hukum perdagangan internasional ditujukan untuk melindungi pihak asing dalam transaksinya dalam suatu negara dan hukum investasi internasional dimana investor asing dilindungi dan diberikan kesempatan yang sama dalam negara tempat investasi, pada saat dimasukkan dalam Undang-undang Penanaman Modal No.25 tahun 2007 menjadi hanya bermakna perlakuan yang sama dalam bidang perizinan.

Transplantasi hukum atas prinsip *National Treatment* ini, diikuti dengan perubahan makna yang mana pada awalnya terasa sangat berpihak kepada pihak asing menjadi suatu prinsip yang hanya memberikan pelayanan yang sama atas investor asing dan investor domestik.

Perubahan makna ini juga yang membuat transplantasi hukum atas prinsip *National Treatment* ini menjadi dapat diterima di Indonesia karena dianggap tidak menyalahi ketentuan Pasal 33 Undang-undang Dasar 1945 sebagaimana diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi.

Daftar Pustaka

Buku

- Gaetan Verhoosel, *National Treatment and WTO Dispute Settlement, Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*, Hart Publishing (Oregon:2002).
- Gunawan Widjaya, “*Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal*”, (Jakarta:PT. RajaGrafindo Persada,2008).
- Kacper Van Wallendael, “*Legal Transplants: profitable borrowing or harmful dependency? The use of the legal transplant framework for the adoption of EU Law: the case of Croatia*” dalam *Evolving*

³³ Jeremy J. Kingsley, *Legal Transplantation: Is this what the doctor ordered and are the blood types compatible? The application of interdisciplinary research to law reform in the developing world – a case study of corporate governance in Indonesia*. Arizona Journal of International & Comparative Law, (2004), Vol. 21, No. 2, Hlm. 495

- dependency relations*, edited by: A. Filipiak, E. Kania, J. Van den Bosch, R. Wiśniewski, Revolutions Research Center, Poznań, (2014)
- Sulistiyowati Irianto, “Pluralisme Hukum dalam Perspektif Global”, dalam *Hukum Yang Bergerak Tinjauan Antropologi Hukum*, ed. Sulistiyowati Irianto (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2009).
- Tri Budiyo “*Transplantasi Hukum, Harmonisasi dan Potensi Benturan*” Griya Media (Salatiga:2009).

Artikel

- Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Laporan Akhir Analisis dan Evaluasi Hukum Mengenai Mekanisme Perizinan Dalam Rangka Mendukung Kemudahan Berinvestasi di Indonesia*, (Pusat Analisis dan Evaluasi Hukum Nasional;2016).
- Badan Pembinaan Hukum Nasional, “*Laporan Akhir Analisis dan Evaluasi Hukum Mengenai Mekanisme Perizinan Dalam Rangka Mendukung Kemudahan Berinvestasi di Indonesia*,” (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2016).
- Daniel Berkowitz, Katharina Pistor dan Jean Francois Richard, “*The Transplant Effect*” *The American Journal of Comparative Law* Vol. 51 (Oxford University Press: 2003).
- Jan Knorich and Axel Berger, “*Friends or Foes? Interactions between Indonesia’s Investment Agreements and National Investment Law*”, German Development Institute, (Bonn: 2014).
- Nicholas DiMascio dan Joost Pauwelyn, “*Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?*”, *The American Journal of International Law* (Januari:2008).
- J. D. Frantzeska Papadopoulou., *Legal Transplants and Modern Law-making in the Field of Pharmaceutical Patents – A Way to Achieve International Harmonisation or the Source of Deeper Divergences*. Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich 2016.
- Jeremy J. Kingsley, *Legal Transplantation: Is this what the doctor ordered and are the blood types compatible? The application of interdisciplinary research to law reform in the developing world – a case study of corporate governance in Indonesia*. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, (2004), Vol. 21, No. 2.
- Leshner, M. “*The OECD Regulatory Reform Review of Indonesia: Market Openness*”, OECD Trade Policy Working Papers, No. 138, OECD Publishing (2012).
- Louis F. Del Duca dan Alain A. Levasseur, “*Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S Legal System*”, *The American Journal of Comparative Law*, vol.58 (Oxford University Press:2010)
- Merryl Dean, “*Legal Transplants and Jury Trial in Japan*”, *Legal Studies*, Vol. 31 No. 4, December 2011.
- UNCTAD, “*National Treatment*” UNCTAD Series on issues in International Investment Agreement, (Geneva: UNCTAD, 1999).
- United Nations Conference on Trade and Development. “*Investment laws: A widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment*”. (Investment Policy Monitor:2016).
- William Twining, “*Social Science and Diffusion of Law*”, *Journal of Law and Society* (Cardiff University:2005)
- World Bank Group, “*Comparative gap analysis: Indonesia’s current obligations under international investment agreements (IIAs) vs. the obligations under the investment chapter of the Trans Pacific Partnership Agreement (TPP)*”.

Putusan Pengadilan

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan No. 21-22/PUU-V/2007, hlm.82.

Peraturan Perundang-undangan

Indonesia, *Undang-undang tentang Penanaman Modal*, UU No.25 Tahun 2007, LN No.67 tahun 2007, TLN No.4724.