

Ahmad Redi

HUKUM PENYELESAIAN SENGKETA

PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA



SINAR BARU ALFABETA

**HUKUM PENYELESAIAN
SENGKETA
PERTAMBANGAN
MINERAL DAN
BATUBARA**



Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H.

**HUKUM PENYELESAIAN
SENGKETA
PERTAMBANGAN
MINERAL DAN
BATUBARA**

Penerbit
 **SINAR GRAFIKA**

SG. 02.16.1130

**HUKUM PENYELESAIAN SENGKETA
PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA**

Oleh:

Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H.

Editor:

Tarmizi

Diterbitkan oleh Sinar Grafika
Jl. Aren III No. 25, Rawamangun
Jakarta Timur-13220
Telp: 021-4895803



Hak cipta dilindungi undang-undang. Dilarang memperbanyak buku ini sebagian atau seluruhnya, dalam bentuk dan dengan cara apa pun juga, baik secara mekanis maupun elektronik, termasuk fotokopi, rekaman, dan lain-lain tanpa izin tertulis dari penerbit.

Cetakan pertama, November 2016
Perancang kulit, Diah Purnamasari
Layouter, Surya Ely S.

Dicetak oleh Sinar Grafika Offset

Sumber gambar cover:

http://indialegalonline.com/wp-content/uploads/2014/12/Strip_coal_mining.jpg

ISBN 978-979-007-681-5

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

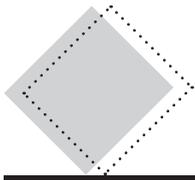
Ahmad Redi

Hukum penyelesaian sengketa pertambangan mineral dan batubara / oleh Ahmad Redi, editor, Tarmizi. -- Cet. 1. -- Jakarta: Sinar Grafika, 2016. xii, 218 hlm.; 23 cm

ISBN 978-979-007-681-5

1. Hukum Pertambangan. I. Judul. II. Tarmizi.

380.7172



Prakata

Perubahan paradigma perusahaan pertambangan mineral dan batubara dari komoditas ekonomi ke modal pembangunan nasional menjadi arah kebijakan penyelenggaraan mineral dan batubara yang ideal. Keterbatasan sumber daya alam berpengaruh bagi ketersediaan dan keberlanjutannya untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia tidak hanya pada saat ini namun juga pada saat yang akan datang. Inilah sebuah konsekuensi sumber daya alam yang tidak dapat diperbarui.

Paradigma penyelenggaraan mineral dan batubara sebagai modal dasar pembangunan nasional menempatkan sumber daya alam untuk dikelola secara arif dan bijaksana. Namun, secara realitas tentu paradigma ini akan menjadi persoalan bagi banyak pihak, utamanya perusahaan pertambangan tertentu yang hanya mengutamakan kepentingan ekonomi kelompoknya semata. Mengeruk sumber daya alam dan dijual sebanyak-banyaknya kemudian mendapatkan uang berlimpah. Bahkan hasil tambang tersebut tidak perlu diolah dan/atau dimurnikan di dalam negeri sehingga langsung diekspor untuk dijual. Rantai perusahaan mineral, yaitu dikeruk, diangkut, dan dijual.

Namun, paradigma perusahaan yang seolah berbentuk bisnis jual beli tanah itu berubah secara frontal, yaitu dengan adanya kewajiban mengolah dan/atau memurnikan di dalam negeri sebelum diekspor dalam peraturan perundang-undangan di sektor pertambangan mineral dan batubara serta sektor industri, membuat kenyamanan perusahaan-perusahaan tertentu terganggu. Kenyamanan yang terganggu ini memunculkan sengketa. Munculnya sengketa pertambangan antara perusahaan pertambangan tertentu dengan pemerintah. Keduanya memiliki argumentasi hukum, sosial, ekonomi, ekologis, dan tentunya geologis.

Selain permasalahan tersebut, desentralisasi kewenangan penyelenggaraan pertambangan mineral dan batubara sampai ke tingkat kabupaten/kota melahirkan persoalan baru pula. Kewenangan perizinan, kewilayahan pertambangan, pembinaan dan pengawasan, serta sanksi sampai ke pemerintah kabupaten/kota membuat perizinan di bidang pertambangan mineral dan batubara masif terjadi. Ia menjadi pedang bermata dua. Manfaat desentralisasi bagi upaya pemakmuran rakyat di tingkat lokal berhadapan dengan potensi penyimpangan aparatur pemerintahan daerah dalam penyelenggaraan kegiatan usaha pertambangan. Penyelenggaraan dalam hal ini, yaitu peran pemerintah daerah sebagai regulator, pembina dan pengawas, termasuk pelayanan publik sektor pertambangan mineral dan batubara.

Faktanya, banyak daerah yang menjadi produsen izin usaha, baik izin usaha pertambangan maupun izin pertambangan rakyat. Sektor pertambangan mineral dan batubara dijadikan instrumen pendapatan asli daerah. Celaknya bentang alam diubah sedemikian rupa akibat kegiatan penambangan, izin-izin bahkan diberikan tanpa memenuhi syarat lingkungan, teknis, administrasi, dan finansial, bahkan izin dapat tumpang tindih dengan izin lain, berbenturan dengan rencana tata ruang wilayah dan kawasan hutan. Tidak hanya itu, perselisihan atau konflik sosial ekonomi antara pelaku penambangan dengan masyarakat hukum adat dan masyarakat lokal di sekitar wilayah pertambangan, pun terjadi. Konflik sosial terjadi di mana-mana, gugatan ke pengadilan tata usaha negara, kepala daerah tertangkap tangan korupsi oleh aparat penegak hukum dalam memuluskan izin yang diajukan oleh perusahaan. Sengketa pertambangan terjadi di hampir seluruh kabupaten/kota yang memiliki potensi pertambangan mineral dan batubara. Belum lagi permasalahan pertambangan tanpa izin oleh penambang skala kecil yang merusak lingkungan hingga akhirnya harus dihadapkan ke meja hijau karena melakukan perbuatan pidana penambangan tanpa izin.

Sengketa pun terjadi bahkan sampai ke tingkat lembaga kepresidenan ketika Presiden melalui Menteri Keuangan bersengketa kewenangan lembaga negara dengan DPR RI dan Badan Pemeriksa Keuangan dalam perkara kewenangan pembelian 7% (tujuh persen) saham divestasi PT Newmont Nusa Tenggara. Ketiga lembaga negara tersebut bersengketa di Mahkamah Konstitusi mengenai apakah rencana pembelian saham itu harus mendapat persetujuan DPR RI atau tidak. Sengketa kewenangan lembaga negara Presiden ini bahkan sengketa pertama lembaga ini dalam sejarah sengketa kewenangan lembaga negara di yang diselesaikan di Mahkamah Konstitusi.

Sengketa lain pun muncul sampai ke uji materiil berbagai legislasi dan regulasi, sudah sekitar 9 (sembilan) kali Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara diuji materiil ke Mahkamah Konstitusi, belum lagi peraturan operasional mulai dari peraturan pemerintah hingga peraturan menteri yang tidak luput diuji materiil ke Mahkamah Agung.

Sengketa pertambangan mineral dan batubara menjadi salah satu sengketa yang masif terjadi, baik sengketa antara sesama pelaku usaha, sengketa pelaku usaha dengan pemerintah daerah dan/atau pemerintah pusat, sengketa pelaku usaha dengan masyarakat, bahkan sengketa antara negara dengan investor. Sengketa akhir-akhir ini terjadi misalnya ketika Pemerintah Indonesia menggugat PT Newmont Nusa Tenggara ke *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), Pemerintah Indonesia digugat ke ICSID oleh Churchill Mining Plc, dan Pemerintah Indonesia juga digugat ke forum pengadilan arbitrase internasional oleh India Metals and Ferro Alloys Limited (IMFA).

Berdasarkan hal di atas, sengketa pertambangan mineral dan batubara terjadi di semua lini kehidupan berbangsa dan bernegara, baik sengketa antarpelaku usaha, sengketa pelaku usaha dengan masyarakat sekitar lokasi penambangan, sengketa pelaku usaha dengan pemerintah, sengketa kewenangan lembaga negara, bahkan sengketa masyarakat dengan pemerintah. Sengketa ini terjadi di forum peradilan tata usaha negara, forum peradilan pidana, forum peradilan perdata, forum peradilan tata negara (sengketa kewenangan lembaga negara dan uji materiil undang-undang di Mahkamah Konstitusi serta uji materiil peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang di Mahkamah Agung), maupun forum arbitrase baik nasional maupun internasional.

Fakta di atas menjadi catatan betapa kompleksnya sengketa pertambangan mineral dan batubara. Buku ini mengulas mengenai penyelesaian sengketa di bidang pertambangan mineral dan batubara yang kompleks itu. Buku ini hadir sebagai referensi penyelesaian sengketa pertambangan mineral dan batubara yang saat ini hampir belum ditemukan karena sebagai disiplin ilmu di bidang hukum yang sangat spesifik, akan membantu para pihak terkait pertambangan mineral dan batubara dalam memahami teori dan konsep penyelesaian sengketa di bidang pertambangan mineral dan batubara, termasuk kasus-kasus sengketa pertambangan mineral dan batubara yang menjadi perhatian publik.

Akhirnya, syukur alhamdulillah penulis haturkan atas segala karunia, rahmat, dan bimbingan dari Tuhan alam semesta, Allah ﷻ. Terima kasih sebesar-besarnya pula penulis ucapkan kepada orang tua (Arhandi Tabroni dan Rohani), mertua

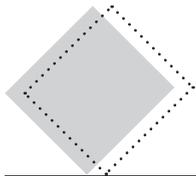
(Trisnov Jaya Bestarri dan Ati Suryati), istri tercinta (Nila Anesia), anak-anak tercinta (Jeisia Niyosha Jurist Resia dan Meuzaa Safatiha Falasifa Resia), seluruh saudara kandung dan ipar, Dekan Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara (Dr. Ahmad Sudiro, S.H., M.H., M.M.), Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S., Prof. Dr. Martono, S.H., LL.M., Dr. Tundjung Herning Sitabuana, S.H., C.N., M.Hum., Mia Hadiati, S.H., M.Hum., dan rekan-rekan pengajar di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, rekan-rekan di Kementerian Sekretariat Negara, para mahasiswa kebanggaan di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, serta semua pihak yang terlibat secara langsung maupun tidak langsung dalam penyusunan buku ini yang tidak dapat penulis sebut satu per satu.

Semoga buku ini bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan dan menjadi sedikit ilham bagi pengelolaan mineral dan batubara yang berkeadilan, berkelanjutan, untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat Indonesia baik saat ini maupun saat generasi anak cucu. Semoga kita selalu sadar bahwa ketika sumber daya alam yang tidak dapat diperbarui habis, kita tidak terlambat untuk pula sadar bahwa uang yang tidak seberapa yang diperoleh dari eksploitasi sumber daya alam sudah tidak berarti lagi karena sumber daya alam itu sudah habis. Sebelum tragedi itu terjadi, semoga kita semakin bijak dan arif mengurus sumber daya alam Indonesia, khususnya mineral dan batubara secara baik dan benar. Akhirnya, semoga Tuhan yang Maha Esa melindungi bangsa kita dari kutukan sumber daya alam yang akan memusnahkan manusia.

Jakarta, Agustus 2016

Penulis,

Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H.



Daftar Isi

PRAKATA	v
BAB 1 KONFLIK SUMBER DAYA ALAM PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA: A TRAGEDY OF THE COMMON	1
A. Konflik Paradigma Pengusahaan Sumber Daya Alam ...	1
B. <i>Tragedy of Common</i> dalam Konsensi Pembagian Hak Pengusahaan Sumber Daya Alam	4
C. Konsepsi Pembagian Hak Pengusahaan Sumber Daya Alam di Indonesia	16
BAB 2 LATAR BELAKANG SENGKETA PERTAMBANGAN ...	23
A. Pelanggaran Kontrak	26
B. Tumpang Tindih Wilayah Tambang	32
C. Perusakan Lingkungan	37
D. Benturan Keberadaan Masyarakat Adat	44
BAB 3 JENIS SERTA BENTUK SENGKETA PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA	46
A. Jenis Sengketa	46
1. Sengketa Antar negara	47
2. Sengketa Antara Pemerintah (<i>Host Country</i>) dan Investor (Badan Usaha)	49

3. Sengketa Antara Pemerintah dengan Pemerintah Daerah	50
4. Sengketa Antara Badan Usaha dengan Masyarakat Sekitar Tambang	51
B. Bentuk Sengketa	54
1. Sengketa Pidana	54
2. Sengketa Administrasi Negara	56
3. Sengketa Tata Negara	63
4. Sengketa Perdata	64
C. Sengketa Antarsektoral Penyelenggara Pemerintahan ...	65

BAB 4 SUMBER HUKUM PENYELESAIAN SENGKETA PERTAMBANGAN	67
A. Ketentuan Hukum Nasional	67
1. UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial	67
2. UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara	72
3. <i>Herziene Indonesisch Reglement</i>	76
4. UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal	78
5. UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa	81
6. UU No. 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perse- lisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal	86
7. Keputusan Presiden Nomor 34 Tahun 1981 tentang Pengesahan <i>Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards</i>	88
8. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing	89
9. KK dan PKP2B (Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara)	91
B. Ketentuan Hukum Internasional	92

1.	Konvensi New York 1958	92
2.	Konvensi Eropa 1961	98
3.	Konvensi <i>International Centre for the Settlement of Investment Disputes</i> (ICSID) 1965	99
BAB 5	ANALISIS PENYELESAIAN SENGKETA DIVESTASI DI BIDANG PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA	103
A.	Kasus Churchill Mining vs Pemerintah Indonesia	103
B.	Sengketa IMFA dengan Pemerintah Indonesia	107
C.	Sengketa di Mahkamah Konstitusi	111
BAB 6	DILEMA PENYELESAIAN SENGKETA MELALUI PENE- GAKAN HUKUM DALAM PENAMBANGAN TANPA IZIN PADA PERTAMBANGAN SKALA KECIL	120
A.	Faktor-Faktor Penyebab PETI	132
1.	Faktor Masalah Regulasi	132
2.	Faktor Kapasitas Birokrasi Perizinan	136
3.	Faktor Pembinaan dan Pengawasan yang Normatif	138
4.	Faktor Kendala Penegakan Hukum	139
5.	Faktor Sosial Ekonomi	139
B.	Dampak PETI	140
1.	Dampak Kerusakan Lingkungan Hidup	140
2.	Dampak Penerimaan Negara	141
3.	Dampak Konflik Sosial	142
4.	Dampak Kesehatan, Keselamatan, dan Keamanan Kerja (K3)	143
C.	Solusi Kebijakan Penegakan Hukum PETI	144
1.	PETI dan Kebijakan <i>The Greatest Happiness of Greatest Number Principle</i>	144
2.	Kebijakan Pemidanaan sebagai <i>Ultimum Remedium</i>	145
BAB 7	SENGKETA PERTAMBANGAN DI BEBERAPA NEGARA	148
A.	Venezuela	149
B.	Bolivia	154
C.	Peru	156

BAB 8 JERAT BILATERAL INVESTMENT TREATY DI SEKTOR PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA	164
A. Kerangka Umum <i>Bilateral Investment Treaty</i>	164
1. Definisi	167
2. Ruang Lingkup dan Cakupan (<i>Scope and Coverage</i>)	168
3. <i>National Treatment</i>	168
4. Prinsip <i>Most-Favored-Nation Treatment</i>	168
5. <i>Minimum Standard of Treatment</i>	169
6. <i>Expropriation and Compensation</i>	170
7. <i>Investor-State Dispute Settlement</i> dan <i>Governing Law in Dispute Settlement</i>	171
8. <i>Period in Force, Duration, and Termination</i>	171
B. Dilema BIT Bagi Pemerintah Indonesia	171
 DAFTAR PUSTAKA	 179
LAMPIRAN	185
PROFIL PENULIS	217

Konflik Sumber Daya Alam Pertambangan Mineral dan Batubara: *A Tragedy of The Common*

A. KONFLIK PARADIGMA PENGUSAHAAN SUMBER DAYA ALAM

Sumber daya alam khususnya yang tidak dapat diperbarui seperti mineral dan batubara, memiliki peranan penting bagi eksistensi suatu bangsa baik pada masa dahulu, masa sekarang, dan masa akan datang. Suatu negara yang memiliki kekayaan alam yang melimpah, di masa lalu menjadi buruan negara-negara adidaya untuk tidak hanya membelinya, namun juga merampasnya. Di masa lalu, timbul berbagai penjajahan dari negara imperialis¹ ke negara-negara yang memiliki kekayaan alam melimpah ruah, termasuk Indonesia.

Bermoto *Gold, Glory, dan Gospel*, imperialis Belanda melakukan perluasan kekuasaan ke Indonesia. Terorganisasi menjadi persekutuan dagang dengan nama *Vereenigde Oostindische Compagnie* atau VOC² kemudian bermetamorfosis

- 1 Istilah "imperialisme" pertama kali muncul di Inggris pada abad ke-XIX. Istilah ini berasal dari *empire* yang merujuk pada gerakan perluasan kerajaan Inggris oleh Perdana Menteri Disraeli ke seluruh dunia. Politik perluasan kekuasaan ini mendapatkan perlawanan dari golongan oposisi karena akan timbul suatu krisis internasional apabila politik perluasan kerajaan Inggris ini dilakukan.
- 2 VOC didirikan pada tanggal 20 Maret 1602 sebagai persekutuan dagang Belanda yang memiliki hak monopoli aktivitas perdagangan di Asia. Tidak hanya sebagai persekutuan dagang, VOC juga oleh *Staten Generaal* di Belanda, diberikan wewenang antara lain:
 - (1) memiliki tentara yang harus mereka biayai sendiri;
 - (2) VOC juga mempunyai hak atas nama Pemerintah Belanda untuk membuat perjanjian kenegaraan dan menyatakan perang terhadap suatu negara;
 - (3) bertindak seperti layaknya satu negara.

sebagai kolonial yang menjadikan Indonesia sebagai negara koloni atau jajahan. Tidak hanya tujuan dagang murni, namun VOC pun dibentuk dalam rangka politik dagang, yaitu untuk memonopoli perdagangan di Asia yang saat itu juga didominasi oleh Spanyol, Portugis, Prancis, dan Inggris. Komoditas yang menjadi sasaran utamanya, yaitu rempah-rempah. Eksistensi VOC ini kemudian menjadi momentum penjajahan kedaulatan Hindia Belanda (Indonesia) atas kekayaan alamnya. Dimulai dari rempah-rempah kemudian berlanjut ke komoditas perkebunan lainnya, pertambangan mineral dan batubara, serta minyak bumi.

Sumber daya alam merupakan modal dasar pembangunan suatu negara. Ia memiliki nilai ekonomi yang tinggi karena sumber daya alam menjadi bahan bagi kehidupan manusia, mulai dari kebutuhan pangan sampai dengan industri. Sumber daya alam dari masa ke masa mengalami perubahan paradigma pengelolaan, dari komoditas ekonomi berubah menjadi komoditas modal dasar pembangunan. Tidak hanya upaya eksploitasi besar-besaran sumber daya alam namun menjadi komoditas konservasi untuk diwariskan pada generasi akan datang. Namun, terhadap sumber daya alam terdapat beberapa paradigma dalam memandang eksistensinya.



Sumber: World Economic Forum, "The Future Availability of Natural Resources A New Paradigm for Global Resource Availability", 2014

VOC pun memiliki hak, antara lain:

- memelihara angkatan perang,
- memaklumkan perang dan mengadakan perdamaian,
- merebut dan menduduki daerah-daerah asing di luar negeri Belanda,
- memerintah daerah-daerah tersebut,
- menetapkan atau mengeluarkan mata uang sendiri, dan
- memungut pajak.

Paradigma terhadap sumber daya alam, meliputi:

1. *threats of material exhaustion*;
2. *concern about rising costs*;
3. *long-term abundance*;
4. *social injustice focused on distributional challenges*.

Cara pandang sumber daya alam tersebut memiliki makna yang berbeda. *Pertama*, paradigma *threats of material exhaustion* merujuk pada adanya ancaman habisnya bahan (sumber daya alam). Sumber daya alam terbagi menjadi yang dapat diperbarui dan tidak dapat diperbarui, serta memiliki karakteristik yang berbeda. Sumber daya alam yang tidak dapat diperbarui, tentu memiliki ancaman akan habis cadangannya. Misalnya, mineral dan batubara yang merupakan sumber daya alam yang tidak dapat diperbarui maka potensi habisnya komoditas kedua jenis tersebut terus mengancam. Padahal, mineral sebagai bahan baku industri dan batubara sebagai bahan baku energi memiliki peranan sangat penting bagi kehidupan manusia.

Kedua, paradigma *concern about rising costs* merujuk pada sumber daya alam sebagai komoditas yang memiliki nilai ekonomi. Sebagai sumber daya alam yang juga merupakan produk perdagangan barang, tentu dinamika harganya menjadi faktor berpengaruh dalam eksistensinya. Sumber daya alam yang tidak dapat diperbarui akan mengikuti dinamika *supply and demand*, yaitu prinsip permintaan dan penawaran dalam hukum ekonomi. Apabila permintaan terjadi terus-menerus padahal persediaan sumber daya alam berkurang, maka akan berpengaruh pada harga. Apabila terjadi peningkatan harga maka biaya yang dikeluarkan untuk membeli produk sumber daya alam semakin meningkat. Paradigma *concern about rising costs* merujuk pada kekhawatiran akan meningkatnya biaya untuk memperoleh akses sumber daya alam apabila ancaman habisnya bahan sumber daya alam (*threats of material exhaustion*) terjadi.

Ketiga, paradigma *long-term abundance* merujuk pada ketersediaan sumber daya alam untuk jangka panjang. Di negara-negara yang memiliki prinsip konservasi sumber daya alam, strategi yang dilakukan dalam rangka menjaga ketersediaannya untuk jangka panjang dilakukan melalui konservasi yang ada di negaranya dan dalam rangka pemenuhan kebutuhan dalam negeri, penyediaannya dilakukan dengan impor sumber daya alam, khususnya dari negara-negara berkembang. Sebagaimana negara Amerika Serikat dan Tiongkok yang saat ini menyimpan sumber daya alamnya dengan sangat baik, sedangkan dalam rangka

pemenuhan kebutuhan dalam negerinya, mereka mengimpor dari negara-negara berkembang, termasuk Indonesia. Produk hasil sumber daya alam dari Indonesia pun sebagian besar masih dalam keadaan barang mentah atau belum diolah.

Keempat, paradigma *social injustice focused on distributional challenges* merujuk pada kenyataan adanya ketidakadilan sosial khususnya pada tantangan distribusi sumber daya alam. Saatnya terjadi ketimpangan distribusi sumber daya alam. Berkembangnya kapitalisme mempengaruhi penguasaan dan pemilikan sumber daya alam di suatu negara, khususnya negara-negara berkembang. Masuknya korporasi asing yang melakukan eksploitasi besar-besaran sumber daya alam, berakibat pada terbatasnya akses untuk rakyat. Sebagai entitas bisnis, perusahaan eksploitasi sumber daya alam tentu menjadikan keuntungan sebesar-besarnya dengan pengeluaran semurah-murahnya sebagai prinsip berusaha. Hal ini mendorong masyarakat tidak memiliki akses yang mudah dan murah untuk dapat mengeksploitasi sumber daya alam. Sebagai contoh, masyarakat adat Anak Dalam di Provinsi Jambi kehilangan lahan mereka karena lahan yang dihuni secara turun temurun telah berganti dengan perkebunan kelapa sawit yang tidak hanya merusak keanekaragaman hayati, namun berdampak secara sosial bagi kelangsungan hidup masyarakat adat Suku Anak Dalam tersebut.

B. TRAGEDY OF COMMON DALAM KONSENSI PEMBAGIAN HAK PENGUSAHAAN SUMBER DAYA ALAM

Ketidakadilan distribusi sumber daya alam ini sebagaimana yang dikemukakan oleh Garret Hardin dengan *Tragedy of the Common*. Menurut Hardyn, ketika sumber daya alam terbatas jumlahnya dimanfaatkan semua orang maka setiap individu mempunyai rasionalitas untuk memanfaatkannya secara intensif yang berakibat pada ketersediaan sumber daya alam akan menurun dan semua pihak akan merugi.³

Tragedy of the Common merupakan keadaan ketika setiap manusia berusaha mengambil kekayaan alam yang menjadi milik bersama untuk kepentingan pribadinya sehingga merugikan makhluk hidup lain. Tragedi kepemilikan

3 Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons" New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), American Association for the Advancement of Science, 13 Desember 1968, hlm. 1243-1248.

bersama adalah situasi mengenai keinginan manusia untuk meraih untung yang banyak untuk kepentingan pribadi daripada membagi-bagikannya kepada manusia lain dan masing-masing mendapat jatah sedikit. Hal ini berdampak pada berkurangnya atau habisnya ketersediaan sumber daya alam.

Penggagas teori ini Garrett Hardin menggunakan contoh penggembalaan lahan terbuka untuk semua pendatang yang baru datang di lahan terbuka tersebut. Para penggembala hewan mencoba untuk menjaga banyak hewan di sana. Hewan gembalaan pun semakin banyak dan akhirnya menghancurkan padang rumput.

Menurut Hardin:⁴

“The rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd and another But this is the conclusion reached by each and every herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.”

Berkurangnya ketersediaan sumber daya alam terlihat, misalnya di sektor kehutanan yang mengalami degradasi dan deforestasi. Kerusakan atau degradasi sumber daya hutan yang paling mungkin terjadi pada akses terbuka pada hutan:⁵

1. *who is allowed to appropriate forest products;*
2. *the timing, quantity, location, and technology of appropriation;*
3. *who is obligated to contribute labour or funds to provide or maintain the forest;*
4. *how appropriation and obligation activities are to be monitored and enforced;*
5. *how conflicts over appropriation and obligation activities are to be resolved; and*
6. *how the rules affecting the above will be changed over time with changes in the extent and composition of the forest and the strategies of participants.*

4 *Ibid.*, hlm. 1244.

5 Elinor Ostrom, “Self-Governance and Forest Resources”, Occasional Paper No. 20, 1999, Center For International Forestry Research, hlm. 2.

Untuk menghindari *Tragedy of the Common*, Elinor Ostrom mendeskripsikan delapan prinsip desain yang berisikan elemen atau kondisi penting yang perlu dipenuhi untuk mencapai kesuksesan keberlanjutan sumber daya bersama dan menjamin ketaatan (*compliance*) dari satu generasi ke generasi berikutnya. Kedelapan prinsip ini adalah sebagai berikut.⁶

- a. *Define clear group boundaries.*
- b. *Match rules governing use of common goods to local needs and conditions.*
- c. *Ensure that those affected by the rules can participate in modifying the rules.*
- d. *Make sure the rule-making rights of community members are respected by outside authorities.*
- e. *Develop a system, carried out by community members, for monitoring members behavior.*
- f. *Use graduated sanctions for rule violators.*
- g. *Provide accessible, low-cost means for dispute resolution.*
- h. *Build responsibility for governing the common resource in nested tiers from the lowest level up to the entire interconnected system.*

Pertama, dalam mengelola sumber daya alam prinsip tata kelola yang perlu diperhatikan, yaitu mengenai definisi yang jelas terhadap tiap-tiap kelompok pengguna sumber daya alamnya. Definisi yang jelas tidak hanya terkait pengguna akses atau pemilik akses (*user*) namun juga terkait sumber daya alam apa yang digunakan oleh tiap-tiap individu dan kelompoknya. Melalui batasan yang jelas maka standar kepemilikan dan penggunaan serta ketersediaan sumber daya alam dapat diidentifikasi secara baik.

Kedua, dalam mengelola sumber daya alam prinsip tata kelola yang perlu diperhatikan, yaitu kesesuaian aturan mengenai penggunaan barang umum terhadap kebutuhan lokal dan kondisi setempat. Prinsip ini merujuk pada adanya kongruens antara aturan yang membatasi dan kondisi pemanfaatan serta kondisi lokal. Aturan penggunaan menyatakan pembatasan waktu, tempat, teknologi, dan/atau jumlah yang disesuaikan dengan kondisi lokal.⁷ Aturan kondisi pemanfaatan menjelaskan tenaga kerja, material, dan dana yang diperlukan.⁸

6 Elinor Ostrom, "Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action", New York: Cambridge University Press, hlm. 90.

7 Elinor Ostrom, "Design Principles and Threats to Sustainable Organizations That Manage Commons", Workshop In Political Theory And Policy Analysis, Indiana University, 1990, hlm. 2.

8 *Ibid.*

Ketiga, memastikan bahwa mereka yang terkena aturan dapat berpartisipasi dalam memodifikasi aturan. Setiap pihak yang terkena aturan pengelolaan sumber daya alam dapat berpartisipasi dalam memodifikasi aturan. Hal ini dilakukan agar mereka yang merupakan sasaran norma hukum dapat memastikan bahwa hak-hak mereka sebagai pihak yang terkena aturan dilindungi secara hukum.

Keempat, pastikan hak pembuatan aturan dari anggota masyarakat dihargai oleh otoritas di luar. Hal ini dilakukan untuk memastikan keberlakuan aturan tersebut tidak hanya di dalam, namun juga di luar masyarakat yang membuat aturan. Melalui keberlakuan di luar masyarakat yang memiliki hak sebagai pembuat aturan (*rule making by community member*) maka tata kelola sumber daya alam untuk menghindari *tragedy of the common* terwujud.

Kelima, pengembangan suatu sistem monitoring atau pengawasan yang dilakukan oleh anggota masyarakat untuk memantau perilaku anggota. Sistem pengawasan dilakukan oleh orang-orang yang terlibat dalam pengawasan dan secara aktif melakukan audit kondisi sumber daya serta perilaku pengguna, termasuk bertanggung jawab terhadap pengguna atau merupakan pengguna itu sendiri.

Keenam, penggunaan sanksi secara berjenjang kepada para pelanggar. Penerapan sanksi ini dilakukan sebagai upaya pengendalian agar setiap orang bertata laku seperti aturan yang telah disepakati. Pemberian sanksi dilakukan secara gradual sesuai dengan tingkat keseriusan pelanggaran dan dampak pelanggaran yang dibuatnya.

Ketujuh, adanya mekanisme serta akses penyelesaian konflik yang cepat dan murah. Setiap pihak dalam suatu masyarakat dapat menyelesaikan konflik yang terjadi dalam akses sumber daya alamnya melalui mekanisme *low cost* resolusi konflik. Sebagai kelompok sosial, dalam interaksi antara individu tentu potensi konflik dapat terjadi. Untuk itu, harus ada akses dan mekanisme penyelesaian sengketa apabila konflik itu terjadi.

Kedelapan, membangun tanggung jawab untuk mengatur sumber daya bersama dari tingkatan terendah ke seluruh sistem interkoneksi. Seluruh tahapan mulai dari penggunaan, pengaturan, monitoring, penegakan aturan, resolusi konflik, dan kegiatan-kegiatan pengaturan, dikelola dalam beragam lapisan.

Tragedy of the Common menjadi muara dari diskursus hak kepemilikan atas sumber daya alam. Hak kepemilikan terbangun dalam sistem sosial dan ekonomi. Sebagai manusia yang melakukan interaksi antara manusia yang

satu dengan manusia yang lain, tentu interaksi itu berlanjut pada hubungan yang lebih luas, termasuk di dalamnya hubungan transaksional untuk saling memenuhi kebutuhan. Hubungan transaksional ini melahirkan hubungan ekonomi dan di dalamnya ada hak kepemilikan atas suatu benda.

*“Property rights establish relationships among participants in any social and economic system. “Property” is actually the stream of benefits from a particular resource. The “right” to that stream of benefits is an expression of the relative power of the bearer.”*⁹

Hak kepemilikan di dalamnya termasuk juga adanya pengakuan dari orang lain atas hak yang dimiliki oleh orang lain (*property rights are a function of what others are willing to acknowledge*). Pengakuan dari orang lain atas suatu kepemilikan orang lain menempatkan posisi kepemilikan seseorang menjadi kuat yang pada akhirnya melalui kepemilikan tersebut merepresentasikan pemilik hak untuk melakukan hal apa pun atas barang yang dimilikinya. Melalui hak kepemilikan, maka: (1) *property is a benefit that a society and a culture agree to protect*; (2) *a property right is a claim to the benefits or stream of benefits derived from the property.*¹⁰

Selain hak kepemilikan pribadi, Neil Meyer membagi kepemilikan menjadi *open access, communal, and state or governmental.*¹¹ *Open acces* merujuk pada adanya akses kepada setiap pihak untuk menggunakan dan mengambil manfaat dari sumber daya. Tipe rezim ini tidak memiliki pemerintahan sebagai otoritas pengendali akses sumber daya. Kondisi *open acces* ini berdampak adanya deteriorasi (kemerosotan) karena tidak terkontrolnya pemanfaatan sumber daya. Selanjutnya tipe kepemilikan komunal yang merujuk pada kepemilikan bersama atas sumber daya yang secara bersama-sama pula melakukan kontrol atas sumber dayanya. Kepemilikan bersama tersebut dibatasi dalam akses penggunaan dan pemanfaatannya melalui pengawasan secara bersama oleh komunitas.

Tipe kepemilikan oleh negara atau pemerintah merujuk pada *“governmental managers make decisions and rules for access and use of benefit streams to state owned property”*. Tipe ini memberikan kuasa kepada negara untuk membuat

9 Neil Meyer, “Introduction to Property Rights”, *Property Rights: A Primer*, Western Rural Development Center, University of Idaho, hlm. 4.

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

kebijakan dan aturan terhadap akses (penggunaan) serta pemanfaatan terhadap sumber daya milik negara. Neil Meyer membuat tabel perbedaan kepemilikan sebagai berikut.

Perbedaan Karakteristik Hak Kepemilikan

Type of Property	Ownership	Management	Access	Enforcement
<i>Private</i>	<i>Individual</i>	<i>Individual</i>	<i>Closed</i>	<i>Society/Law</i>
<i>Public</i>				
<i>Open Access</i>	<i>All Members</i>	<i>No One</i>	<i>All Members</i>	<i>No One</i>
<i>Open Access</i>	<i>Group Members</i>	<i>Group Members</i>	<i>Group Members</i>	<i>Group Members</i>
<i>Government</i>	<i>Government</i>	<i>Government</i>	<i>All</i>	<i>Government</i>

Sumber: Neil Meyer, "Introduction to Property Rights", *Property Rights: A Primer*, Western Rural Development Center, University of Idaho, hlm. 5

Selain Neil Meyer, Lynch pun membagi hak kepemilikan menjadi 4 (empat) tipe berikut.¹²

1. *Private-individual. A private, individual property right is the lodestone of capitalist (Western) property rights and concepts. It includes a Torrens title or a fee simple absolute. A private, individual property right is widely believed to be the best possible type of property right. One reason is that individual private owners tend to have the greatest freedom to use resources as they see fit.*
2. *Public-individual. This type of property typically refers to a lease to an individual (or a corporation which in some nations is deemed to be the legal equivalent of an individual) of legal rights over land that is ostensibly government owned. Timber concessions are a classic example. Over the past decade in Asia, as the plight of rural peoples has garnered more attention, several countries such as Thailand and the Philippines have also developed programs for conditionally leasing public-individual rights to small-scale forest farmers, usually for a fairly short period of time ranging from two to twenty-five years.*

12 Owen J. Lynch, "Promoting Legal Recognition of Community-Based Property Rights, Including the Commons: Some Theoretical Considerations", Symposium of the International Association for the Study of Common Property and the Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, Bloomington, Indiana, June 7, 1999.

3. *Public-group. This category refers to legal arrangements where a government conditionally leases or otherwise delegates property rights, usually for a specific period of time, to a local community or user group. With the growing emphasis on such concepts as community forestry and community-based natural resource management the range of new types of public-group rights is increasing and would include the CAMPFIRE program in Zimbabwe (which is still limited to wildlife) as well as the Joint Forest Management program in India.*
4. *Private-group. The best (although the most rare and difficult to acquire) option for protecting community-based property rights, including the commons, especially for original long-term occupants of a specific area, would be to acquire legal recognition of private-group rights, a concept that should encompass individual and common property rights within the perimeter of a community-based property regime.*

Hak kepemilikan pribadi-individual (*private-individual*) merupakan konsep yang ada dalam ajaran pemikiran kapitalisme¹³ yang memiliki hak yang sangat kuat dan terbaik. Salah satu alasannya, yaitu bahwa pemilik hak milik pribadi cenderung memiliki kebebasan terbesar untuk menggunakan sumber daya yang mereka mau. Negara pun tidak dapat mengintervensi kepemilikan hak pribadi seseorang terlalu jauh. Artinya, pemilik hak milik pribadi memiliki keleluasaan akan sumber daya yang dimilikinya.

Hak publik-individual (*public-individual*) merupakan jenis kepemilikan yang biasanya mengacu pada tindakan seseorang atau suatu korporasi yang setara secara hukum dengan individu untuk menyewa/mengusahakan tanah/ lahan milik pemerintah. Konsesi kayu dalam kawasan hutan merupakan contoh klasik. Selama satu dekade terakhir di Asia, seperti di pedesaan beberapa negara seperti Thailand dan Filipina dikembangkan program penyewaan hak publik-individu bagi petani hutan skala kecil, biasanya untuk jangka waktu yang cukup singkat waktu antara 2 (dua) sampai dengan 25 (dua puluh lima) tahun. Di Indonesia, kepemilikan ini dapat disamakan dengan konsep Hak Pengusahaan Hutan (HPH). HPH adalah hak untuk mengusahakan hutan

13 Dalam sistem kapitalisme yang diusung oleh Adam Smith, Bapak Ekonomi Dunia, hak-hak kepemilikan individu terhadap sumber daya ekonomi harus dijunjung tinggi walaupun hak individu ini dalam keadaan bertentangan dengan hak sosial sekalipun. Kepemilikan privat (pribadi) atas alat-alat produksi dan distribusi pada sistem ekonomi kapitalis dan pemanfaatannya untuk mencapai keuntungan dalam kondisi-kondisi yang sangat kompetitif. Sebaliknya, dalam pandangan sosialisme justru meniadakan hak kepemilikan individu.

di dalam kawasan hutan produksi, yang kegiatannya terdiri dari penanaman, pemeliharaan, pengamanan, pemanenan hasil, pengolahan, dan pemasaran hasil hutan.¹⁴

Hak publik-komunitas (*public-group*) yang kategori ini mengacu pada adanya pengaturan mengenai tindakan pemerintah dalam keadaan tertentu menyewakan secara bersyarat hak miliknya, biasanya untuk jangka waktu tertentu, kepada kelompok masyarakat atau pengguna lokal. Kategori ini dilaksanakan, misalnya pada konsep-konsep kehutanan masyarakat dan pengelolaan sumber daya alam berbasis masyarakat. Beberapa program yang merupakan pelaksanaan dari kategori hak ini, misalnya Program *Campfire* di Zimbabwe (yang masih terbatas pada satwa liar) serta *Joint Program* Pengelolaan hutan di India. Di Indonesia, konsep ini dapat disamakan dengan Hutan Kemasyarakatan. Penyelenggaraan hutan kemasyarakatan dimaksudkan untuk pengembangan kapasitas dan pemberian akses terhadap masyarakat setempat dalam mengelola hutan secara lestari guna menjamin ketersediaan lapangan kerja bagi masyarakat setempat untuk memecahkan persoalan ekonomi dan sosial yang terjadi di masyarakat.¹⁵ Hutan kemasyarakatan bertujuan meningkatkan kesejahteraan masyarakat setempat melalui pemanfaatan sumber daya hutan secara optimal, adil, dan berkelanjutan dengan tetap menjaga kelestarian fungsi hutan serta lingkungan hidup.

Hak kepemilikan komunitas-pribadi (*private-group*) merujuk pada kepemilikan bersama (*commons*) hak-hak individual. Bila hak milik pribadi merujuk pada kepemilikan sumber daya oleh seseorang, hak kepemilikan komunitas-pribadi merujuk pada kepemilikan bersama sumber daya yang bersifat pribadi atau kepemilikan bersama atas suatu hak milik. Pengakuan atas kepemilikan sumber daya pun ditujukan kepada komunitas berbasis kelompok masyarakat atau masyarakat secara keseluruhan. Konsepsi ini dalam masyarakat Indonesia dapat disamakan dalam konsepsi tanah adat yang merupakan hak kepemilikan atas tanah oleh komunitas masyarakat adat.

14 HPH dikenal di rezim pengaturan kehutanan yang lama, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kehutanan yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Dalam Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2009, HPH tidak dikenal lagi karena rezim pengusahaan kawasan hutan dilakukan melalui izin usaha.

15 Pasal 3 Peraturan Menteri Kehutanan Nomor P.37/Menhut-II/2007 tentang Hutan Kemasyarakatan sebagaimana telah diubah dengan Permenhut No. P.13/Menhut-II/2010 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Kehutanan Nomor P.37/Menhut-II/2007 tentang Hutan Kemasyarakatan.

Peter Ekback mengkategorikan hak kepemilikan menjadi 3 (tiga) rezim, yaitu (1) *open access*, (2) *common property*, dan (3) *private property*.¹⁶ Sumber daya *open access* dapat diklaim dan digunakan oleh siapapun karena tidak ada eksklusivitas (*non exclusive*) dan dapat dialihkan (*transferable rights*). Sumber daya dengan rezim kepemilikan *common property* memiliki sifat: (1) *jointly owned*, (2) *held in common*, dan (3) *by a limited group of individual*. Komunitas berhak mengecualikan orang lain untuk menggunakan sumber dayanya dan penggunaan oleh anggota komunitas diawasi serta ditentukan oleh kelompok. Biasanya terdapat aturan yang berisi kesepakatan anggota komunitas yang memosisikan mayoritas anggota untuk membuat keputusan yang mengikat terhadap hal-hal yang harus ditentukan melalui suara terbanyak. Adapun *private property* merujuk pada hak atas sumber daya alam yang memiliki kekuatan yang tidak dapat dibatasi oleh undang-undang yang dipegang secara eksklusif oleh perorangan.

Lynch & Harwell memaparkan bahwa secara umum terdapat 4 (empat) tipe kepemilikan, yaitu: (1) *private (which is a misnomer because it actually means individual)*, (2) *commons*, (3) *state*, dan (4) *open access (the last term referring to a situation where no defined property rights exist)*.¹⁷ Menurut Lynch & Harwell, keempat tipe di atas tidak bekerja dengan baik dalam hukum dan pembuatan kebijakan atau dalam proses desain proyek.¹⁸ *Private property* merupakan hak atas sumber daya yang bukan milik negara melainkan dimiliki oleh organisasi atau individu. Hak milik individu lebih unggul (*superior*) dibandingkan hak berbasis kelompok karena hak milik individu dapat dijualbelikan, dipasarkan lebih untuk meningkatkan produktivitas, seperti beberapa kasus berkenaan dengan tanah.

Hak milik kelompok masyarakat (*common property*) merujuk pada sumber daya dikuasai oleh sekelompok masyarakat yang para anggotanya punya kepentingan untuk memanfaatkannya secara bersama. Pihak luar bukan anggota tidak boleh memanfaatkan. Hak pemilikan tidak bersifat eksklusif, dapat dipindahtangankan sepanjang sesuai aturan yang disepakati bersama. Aturan

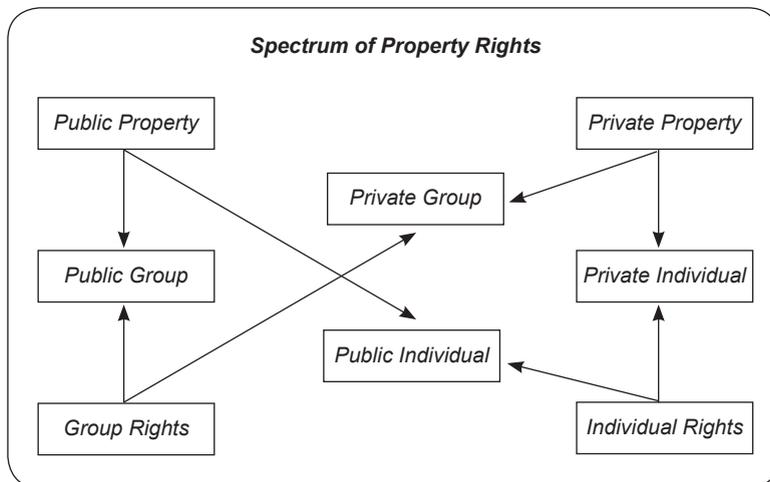
16 Peter Ekback, "Private, Common, and Open Access Property Rights in Land—An Investigation of Economic Principles and Legislation", *Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research* 6:2 (2009), hlm. 57–74.

17 Emily E. Harwell dan Owen J. Lynch, "Whose Resources? Whose Common Good? Towards a New Paradigm of Environmental Justice and the National Interest in Indonesia", *Center for International Environment Law (CIEL)*, Januari 2002, hm. 8.

18 *Ibid.*

pemanfaatan mengikat anggota kelompok. Selanjutnya, hak milik negara (*state property*) merujuk pada hak pemanfaatan sumber daya alam secara eksklusif dimiliki oleh pemerintah. Pemerintah memutuskan tentang akses, tingkat, dan sifat eksploitasi sumber daya alam. Terakhir, hak akses terbuka (*open access*) yang merujuk pada keadaan tidak ada hak penguasaan atau kepemilikan atas sumber daya karena sumber daya bersifat terbuka dan bebas untuk diakses oleh siapapun.

Untuk mengidentifikasi hak, dapat digunakan 6 (enam) kategori dalam penentuannya, yaitu cakupan: (1) *use*, (2) *control*, (3) *indirect economic gain*, (4) *transfer, as well as*, (5) *residual*, and (6) *symbolic rights*.¹⁹ Lebih lanjut, Lynch & Harwell membuat spektrum hak kepemilikan berikut.



Sumber: Emily E. Harwell dan Owen J. Lynch, "Whose Resources? Whose Common Good? Towards a New Paradigm of Environmental Justice and the National Interest in Indonesia", Center for International Environment Law (CIEL), Januari 2002, hm. 9

Berdasarkan skema Emily E. Harwell dan Owen J. Lynch, maka detail hak itu terbagi ada 8 (delapan) spektrum dalam hak kepemilikan, yaitu:

1. *public property* (barang publik);
2. *private property* (barang milik);
3. *group rights* (hak kelompok);
4. *individual rights* (hak individu);
5. *public group* (kelompok-publik);

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 3.

6. *private individual* (individu-swasta);
7. *private group* (kombinasi hak-kelompok);
8. *public individual* (individu-publik).

Masing-masing spektrum hak kepemilikan karakteristik, namun dapat disederhanakan menjadi 4 (empat) kepemilikan atau penguasaan²⁰ sebagaimana dijelaskan sebelumnya, yaitu:

1. kepemilikan atau penguasaan negara;
2. kepemilikan atau penguasaan swasta;
3. kepemilikan atau penguasaan individu;
4. kepemilikan atau penguasaan kelompok masyarakat.

Pembagian kepemilikan ini akan mempengaruhi pula distribusi manfaat sumber daya alam. Apabila konsepsi kepemilikan yang berakibat pada adanya perusahaan sumber daya alam lebih berorientasi pada kepemilikan swasta dan individu, maka potensi distribusi manfaat yang adil kepada individu atau kelompok lain yang tidak dapat memiliki akses pun menjadi kurang.

Konsepsi perusahaan sumber daya alam dan perusahaan sumber daya alam harus memperhatikan distribusi yang seimbang antara segala pemilik kepentingan sumber daya alam. Sebagai contoh, spektrum *public group* (kelompok-publik) sebagai kombinasi antara *public property* (barang publik) dengan *group rights* melahirkan pengakuan masyarakat hukum ada beserta hak-hak tradisionalnya. Ini penting, mengingat eksistensi masyarakat hukum adat dalam sebuah negara akan sering terjadi gesekan sehingga adanya pengakuan hak dari negara atas masyarakat hukum ada termasuk hak tradisionalnya sangat diperlukan. Penguasaan atau hak kepemilikan masyarakat hukum adat pun atas berbagai sumber daya alamnya harus diakui karena selain sebagai *public property*, ia juga menjadi *group rights*.

20 Kepemilikan atau penguasaan di atas bukan dalam pengertian kepemilikan dan penguasaan atas benda sebagaimana diatur dalam hukum perdata yang membedakan hak milik (*eigendom*) dan penguasaan (*bezit*). *Eigendom* adalah kedudukan seseorang yang menguasai suatu kebendaan, baik dengan diri sendiri maupun dengan perantara orang lain dan yang mempertahankan atau menikmati selaku orang yang memiliki kebendaan itu (dalam Pasal 529 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). *Bezit* adalah hak untuk menikmati kegunaan sesuatu benda dengan sepenuhnya dan untuk berbuat sebebas-bebasnya terhadap benda itu, asal tidak bertentangan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh suatu kekuasaan yang berwenang menetapkannya, dan tidak menimbulkan gangguan terhadap hak-hak orang lain, dengan tidak mengurangi kemungkinan pencabutan hak itu untuk kepentingan umum berdasarkan atas ketentuan undang-undang dengan pembayaran ganti kerugian (diatur dalam Pasal 570 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).

Di manakah letak sumber daya alam pertambangan mineral dan batubara? Awalnya mineral dan batubara merupakan *public property* namun ketika akan diusahakan oleh subjek hukum, baik individu maupun badan usaha maka mineral dan batubara sebagai *public group* bermetamorfosis sebagai *public individual* selanjutnya *individual rights*. Sebagai contoh mineral berupa pasir atau batuan merupakan barang publik barang yang apabila digunakan oleh siapa pun tidak akan mengurangi konsumsi orang lain akan barang tersebut, penggunaannya tidak dapat dibatasi siapa penggunanya, dan sebisa mungkin bahkan seseorang tidak perlu mengeluarkan biaya untuk mendapatkannya. Lalu ketika barang itu diusahakan dengan mengajukan permohonan izin kepada pemerintah dari subjek hukum baik individu maupun badan usaha, maka barang tadi menjadi barang privat yang bersifat eksklusif dan hanya dapat diusahakan oleh si pemegang izin dari pemerintah.

Walaupun demikian, terhadap mineral dan batubara yang menjadi barang privat itu di dalamnya tetap tunduk pada pengaturan hukum yang atas komoditas itu ditentukan hal-hal yang berkaitan dengan keterlibatan negara, misalnya adanya pengenaan kewajiban perpajakan dan penerimaan negara bukan pajak, pengolahan dan pemurnian di dalam negeri, serta pengaturan mengenai produksi. Itu artinya, walaupun barang itu secara lahiriah dapat dimiliki secara privat, namun sesungguhnya secara substansi ada penguasaan negara atas barang tersebut.

Berbagai hak di atas, senyatanya secara praktik melahirkan konflik berupa perebutan hak terhadap pertambangan mineral dan batubara. Perebutan hak misalnya sering terjadi antara hak komunitas masyarakat hukum adat dengan hak privat perusahaan dalam mengusahakan mineral dan batubara. Bahkan perebutan hak itu terjadi antara hak privat perusahaan yang satu dengan hak privat perusahaan yang lain atas suatu komoditas di wilayah yang sama. Seringkali, hak komunal masyarakat hukum adat dikorbankan dan kepentingan hak privat perusahaan menjadi prioritas untuk mendapatkan hak privatnya untuk mengkapitalisasi mineral dan batubara demi manfaat ekonomi semata.

Masyarakat hukum adat dan masyarakat sekitar lokasi penambangan seringkali terusir dari wilayahnya karena adanya pelaksanaan hak privat perusahaan untuk mengusahakan pertambangan mineral dan batubara. Hal ini menimbulkan konflik sosial dan ekologi yang berkepanjangan. Kemudian untuk mengatasi potensi konflik sosial dan lingkungan maka lahirlah konsep pertanggungjawaban sosial dan lingkungan hidup. Bahkan dalam peraturan perundang-undangan mengenai perseroan terbatas di Indonesia, perseroan

yang bergerak di bidang sumber daya alam wajib melaksanakan *social corporate responsibility*. Namun demikian, konflik pertambangan mineral dan batubara hingga saat ini marak terjadi.

C. KONSEPSI PEMBAGIAN HAK PENGUSAHAAN SUMBER DAYA ALAM DI INDONESIA

Di Indonesia, hak kepemilikan atas sumber daya alam terbagi ke dalam 2 (dua) masa, yaitu masa sebelum Indonesia merdeka dan masa setelah Indonesia merdeka. Masa ketika Indonesia merdeka pun terbagi ke dalam masa sebelum perubahan atas UUD 1945 dan setelah perubahan atas UUD 1945. Masa-masa tersebut memiliki karakteristik yang berbeda.

Pertama pada saat Indonesia belum merdeka. Nusantara yang masih menganut sistem kerajaan atau kesultanan yang terbentuk di beberapa wilayah di nusantara memiliki sistem kepemilikan atas sumber daya yang masih sentralistik dalam kekuasaan raja atau sultan. Seluruh wilayah kerajaan, termasuk sumber daya alamnya dikuasai oleh raja atau sultan. Bagi setiap orang yang akan mengerjakannya harus mendapat izin dari raja.

Sesungguhnya sebelum berdirinya kerajaan, orang-orang secara berkelompok hidup secara bersama-sama berdasarkan ikatan keturunan (geneologis) dan juga ikatan kewilayahan (teritorial). Namun seiring masuknya agama maka terbentuklah kerajaan di nusantara yang di dalamnya terdapat ajaran bahwa raja atau sultan merupakan wakil Tuhan sehingga harus dipatuhi. Komunitas-komunitas yang awalnya menguasai dan memiliki sumber daya dibatasi oleh kekuasaan raja.

Kekuasaan raja atas sumber daya hutan, misalnya tertuang dalam Prasasti Malang (1395), yang berbunyi:

“Kepada seluruh satuan tata negara si parasama di sebelah timur Gunung Kawi, baik di timur atau di barat batang air (Berantas); diberitahukan kepada sekalian Wedana, Juru, Bujut, terutama kepada Pacatanda di Turen. Bahwa telah kita perkuat perintah seri paduka Batara Partama Iswara, yang ditanam di Wisnubawana dan begitu pula perintah seri paduka yang ditanam di Kertabuana, berhubungan dengan kedudukan satuan tata negara si parasame Katiden yang meliputi sebelas desa. Oleh karena masyarakat itu berkewajiban mengamati-padang alang-alang di lereng gunung Ledjar, supaya jangan terbakar, maka haruslah ia dibebaskan dari pembayaran

pelbagai titisara. Selanjutnya masyarakat dilarang menebang pohon kayu dari hutan ke kayu dan memungut telur penyu dan getan, karena larangan itu tidak berlaku padanya. Juga tidak seorang jua pun boleh melakukan di sana peraturan larangan berupa apa jua. Apabila keputusan raja ini sudah dibacakan maka Desa Lumpang haruslah menurutnya. Demikianlah diselenggarakan pada bulan pertama pada tahun Saka 1317.”²¹

Pengumuman yang dikeluarkan pada masa kerajaan Majapahit ini disebut juga Prasasti Konservasi karena isinya yang mengenai himbuan untuk menjaga hutan agar tidak ditebang, menjaga ilalang agar tidak terbakar, dan larangan memungut telur penyu dan getan. Bentuk perintah raja dalam prasasti tersebut merupakan bentuk kekuasaan raja atas seluruh wilayah kekuasaannya termasuk atas sumber daya alamnya.

Bahkan, pada masa lebih jauh setelah masa kerajaan Majapahit, pada abad ke-19, raja Mataram telah menyerahkan kekuasaannya atas sebagian wilayah pulau Jawa kepada VOC, termasuk hutan-hutan di pulau Jawa yang tadinya di bawah kekuasaan kerajaan Mataram beralih menjadi hak milik VOC. Hal ini antara lain dapat disimpulkan berdasarkan Plakat 8 September 1803²² yang menyatakan bahwa semua hutan kayu di Jawa harus di bawah pengawasan kompeni sebagai *domein* (hak milik negara) dan *regalia* (hak istimewa raja dan para penguasa), sehingga tidak seorang pun boleh menebang atau memangkas apalagi menjalankan suatu tindakan kekuasaan. Terhadap pelanggaran atas larangan, maka pelanggarnya akan dijatuhi hukuman badan.

Kekuasaan kolonial Belanda berlanjut dengan diterbitkannya *Agrarische Wet* Tahun 1870.²³ *Agrarische Wet* dibentuk dikarenakan adanya desakan para

21 Denys Lombard, *Nusa Jawa: Silang Budaya (Warisan Kerajaan-Kerajaan Konsentris)*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1996, hlm. 3.

22 Di masa itu, plakat adalah suatu pengumuman tertulis yang kekuatan berlakunya dianggap sama dengan undang-undang.

23 Undang-Undang Agraria (*Agrarische Wet*) dibuat di Belanda tahun 1870 yang diundangkan dalam *Staatsblad* 1870 Nomor 55 sebagai tambahan atas Pasal 62 ayat (1), (2), dan (3) *Regeringsreglemen* menjadi 8 ayat (dengan penambahan ayat (4), (5), (6), (7), dan (8)). Dengan tambahan 5 ayat baru (ayat (4) sampai dengan ayat (8)) oleh *Agrarische Wet*, maka Pasal 62 RR terdiri atas 8 ayat. Pasal 62 RR kemudian menjadi Pasal 51 *Indische Staatsregeling* (IS), Stb. 1925 No. 447. Isi Pasal 51 IS adalah sebagai berikut.

1. Gubernur jenderal tidak boleh menjual tanah.
2. Dalam tanah di atas tidak termasuk tanah-tanah yang tidak luas, yang tidak diperuntukkan bagi perluasan kota dan desa serta pembangunan kegiatan-kegiatan usaha.
3. Gubernur jenderal dapat menyewakan tanah menurut ketentuan-ketentuan yang ditetapkan dengan Ordonansi. Tidak termasuk yang boleh disewakan tanah-tanah kepunyaan

pengusaha swasta asing (Eropa/Belanda) yang menanamkan modalnya di Hindia Belanda, sebab dengan adanya Pasal 62 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) *Regerings Reglemen* (RR) yang membatasi luasan dan jangka waktu hak atas tanah. *Agrarische Wet* 1870 dibentuk dengan tujuan dibukanya kemungkinan dan pemberian jaminan hak pada para pengusaha swasta asing dalam menanamkan modalnya di Hindia Belanda melalui pemberian hak atas tanah yang kuat dan mempunyai jangka waktu yang lama, yaitu hak *erfpacht* (Pasal 62 RR ayat (4)).

Agrarische Wet 1870 dilaksanakan secara teknis oleh *Agrarische Besluit Statblaad* 1870-118. Dalam Pasal 1 dinyatakan: “Semua tanah yang tidak dapat dibuktikan kepemilikan si pemegangnya adalah *domein* (milik) negara.” Pernyataan ini dikenal dengan sebutan asas *domein verklaring*.

Berdasarkan bahasan singkat di atas, dalam tradisi masyarakat Indonesia klasik baik pada masa kerajaan maupun ketika masa kolonial Belanda, hak kepemilikan atas sumber daya baik tanah maupun hutan telah ada mekanisme kepemilikannya. Secara formal, kerajaan menguasai seluruh sumber daya alam di wilayah kekuasaannya namun tetap juga mengakui adanya kepemilikan pribadi-individual. Begitu pula ketika pada masa Kolonial Belanda, kepemilikan atas tanah diakui sebagai dampak adanya pernyataan: “Semua tanah yang tidak dapat dibuktikan kepemilikan si pemegangnya adalah *domein* (milik) negara” dalam Pasal 1 *Agrarische Besluit Statblaad* 1870-118, maka terdapat hak lain antara lain hak *eigendom*, hak *opstal*, dan hak *erfpacht*.

orang-orang pribumi asal pembukaan hutan, demikian juga tanah-tanah yang sebagai tempat penggembalaan umum atas dasar lain merupakan kepunyaan desa.

4. Menurut ketentuan yang ditetapkan dengan Ordonansi, diberikan tanah dengan Hak *Erfpacht* selama tidak lebih dari 57 tahun.
5. Gubernur jenderal menjaga jangan sampai terjadi pemberian tanah yang melanggar hak-hak rakyat pribumi.
6. Gubernur jenderal tidak boleh mengambil tanah-tanah kepunyaan rakyat asal pembukaan hutan yang dipergunakan untuk kepentingan sendiri, demikian juga dengan tanah sebagai tempat penggembalaan umum atau atas dasar lain merupakan kepunyaan desa, kecuali untuk kepentingan umum atas dasar Pasal 133 atau untuk keperluan penanaman tanaman yang diselenggarakan atas perintah penguasa menurut peraturan-peraturan yang bersangkutan, semuanya dengan pemberian ganti kerugian yang layak.
7. Tanah yang dipunyai oleh orang-orang pribumi dengan hak pakai pribadi yang turun temurun (yang dimaksudkan adalah hak milik adat) atas permintaan pemiliknya yang sah dapat diberikan kepadanya dengan hak *eigendom*, dengan pembatasan yang diperlukan sebagaimana yang ditetapkan dengan Ordonansi dan dicantumkan dalam surat *eigendommen*, yaitu mengenai kewajibannya terhadap negara dan desa yang bersangkutan, demikian juga mengenai wewenang untuk menjualnya kepada bukan pribumi.
8. Persewaan atau serah pakai tanah oleh orang-orang pribumi kepada non-pribumi dilakukan menurut ketentuan yang diatur dengan Ordonansi.

Berdasarkan hal tersebut maka hak kepemilikan atas sumber daya baik di masa kerajaan maupun di masa penjajahan Kolonial telah membagi kepemilikan atas sumber daya menjadi kepemilikan/kekuasaan negara/pemerintah (*state/government property*), kepemilikan komunitas, dan kepemilikan individual. Terkait kepemilikan kelompok atau komunitas sesuai Pasal 62 RR yang kemudian menjadi Pasal 51 *Indische Staatsregeling* (IS), Stb. 1925 No. 447, salah satu pengaturannya dalam IS tersebut, yaitu:

“Gubernur Jenderal dapat menyewakan tanah menurut ketentuan-ketentuan yang ditetapkan dengan Ordonansi. Tidak termasuk yang boleh disewakan tanah-tanah kepunyaan orang-orang pribumi asal pembukaan hutan, demikian juga tanah-tanah yang sebagai tempat pengembalaan umum atas dasar lain merupakan kepunyaan desa”.

Dalam ketentuan Pasal 51 IS (Stb. 1925 No. 447) dinyatakan bahwa “tanah-tanah kepunyaan orang-orang pribumi asal pembukaan hutan, demikian juga tanah-tanah yang sebagai tempat pengembalaan umum atas dasar lain merupakan kepunyaan desa” yang tidak dapat disewakan oleh Gubernur Jenderal. Dengan demikian, *private right, communal right, and state or governmental right* ada dalam pengaturan dan praktik kehidupan masyarakat Indonesia di masa kerajaan dan penjajahan kolonial Belanda. Selanjutnya pada masa kemerdekaan, khususnya di awal-awal kemerdekaan (masa Orde Lama) dan masa Orde Baru, hak kepemilikan atas sumber daya memiliki karakteristik yang berbeda. Di era awal kemerdekaan, perdebatan mengenai konsep penguasaan negara atas sumber daya alam menjadi perdebatan yang panjang antara para pendiri bangsa.

Penuangan ide para pendiri bangsa itu tertuang dalam UUD 1945 yang pengaturan mengenai hak atas sumber daya alam tertuang dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945 yang mengatur:

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

Kedua ayat tersebutlah yang menjadi pedoman dalam pengelolaan sumber daya Indonesia. Sumber daya alam hanya ada dalam kontrol negara sebagai otoritas negara. Konsep kontrol negara secara absolut sesungguhnya merupakan konsep yang ada dalam tradisi negara dengan ideologi sosialisme. Konsep ini merupakan manifestasi dari suasana batin pendiri bangsa yang memiliki haluan ideologi yang mengarah ke sosialisme.

Untuk mengetahui konsepsi material Pasal 33 UUD 1945, khususnya Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945 maka dapat membaca Penjelasan UUD 1945 sebelum amandemen yang menyatakan bahwa:

“Dalam Pasal 33 tercantum dasar demokrasi ekonomi, di mana produksi dikerjakan oleh semua, untuk semua, di bawah pimpinan atau pemilikan anggota-anggota masyarakat. Kemakmuran masyarakatlah yang diutamakan, bukan kemakmuran orang-seorang. Sebab itu perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan. Bangun perusahaan yang sesuai dengan itu adalah koperasi. Perekonomian berdasar atas demokrasi ekonomi, kemakmuran bagi segala orang. Sebab itu cabang-cabang produksi yang penting dan yang menguasai hidup orang banyak harus dikuasai oleh negara dan digunakan sebesar-besar kemakmuran rakyat.”²⁴

Makna “dikuasai oleh negara” pada Penjelasan Pasal 33 UUD NRI 1945 sebagaimana tercantum pula dalam Pasal 33 ayat (2) UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa “cabang-cabang produksi yang penting dan yang menguasai hidup orang banyak harus dikuasai oleh negara dan digunakan sebesar-besar kemakmuran rakyat” telah diberikan pengertian oleh Mahkamah Konstitusi bahwa “cabang-cabang produksi” sebagaimana dimaksud dalam Pasal 32 ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, yaitu:

“Yang harus dikuasai oleh negara adalah cabang-cabang produksi yang dinilai penting bagi negara dan/atau yang menguasai hajat hidup orang banyak, yaitu: (i) cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, (ii) penting bagi negara tetapi tidak menguasai hajat hidup orang banyak, atau (iii) tidak penting bagi negara tetapi menguasai hajat hidup orang banyak. Ketiganya harus dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat.”²⁵

Selanjutnya menurut Mahkamah Konstitusi terhadap uji materiil Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2010 tentang Minyak dan Gas Bumi, bahwa:

24 Penjelasan Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dalam perubahan keempat UUD NRI 1945 Penjelasan tidak termasuk lagi dalam bagian UUD NRI 1945 sebagaimana diatur dalam Pasal II yang menyatakan bahwa UUD NRI 1945 terdiri atas Pembukaan dan pasal-pasal. Namun, bagian Penjelasan perlu tetap dilihat sebagai alas tafsir atas pasal-pasal yang kaji.

25 Putusan Perkara Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hlm. 335.

“Interpretasi Pasal 33 UUD 1945 mengenai “penguasaan” dengan penguasaan negara dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, bukan semata-mata pemilikan. Pemilikan adalah konsep perdata, sedangkan penguasaan adalah konsep tata negara. Di dalam konsep menguasai tersebut tercakup pengawasan, pemilikan, pengelolaan, dan sebagainya. Itu merupakan kebijakan negara. Yang penting adalah menentukan bagaimana kebijakan mengenai teknis penguasaan yang tergantung kepada komoditinya. Apakah suatu komoditi penting bagi negara atau menguasai hidup orang banyak atau tidak tergantung kondisi, situasi, dan perkembangan zaman. Jadi dapat saja berubah. Misalnya migas kalau suatu hari nanti ada penggantinya jauh lebih hemat dan ramah lingkungan boleh jadi migas tidak dianggap penting lagi bagi negara atau tidak lagi menguasai hajat hidup orang banyak. Berikutnya adalah bagaimana cara menguasainya. Yang penting adalah cara yang tidak mengubah status menguasai itu sendiri. Misalnya pemilikan, pemilikan adalah salah satu bentuk penguasaan, tetapi tidak harus 100%, bisa saja 25% jika 25% tersebut berada pada posisi menguasai.

Sebaliknya, walaupun 49% tetapi menentukan direktur saja tidak bisa, berarti tidak berkuasa. Jadi konsep menguasai jelas sekali. Jangan sampai ketentuan konstitusi diplesetkan “bumi dan air dan segala kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dijualbelikan dengan harga internasional, dikuasai oleh negara, dan dijualbelikan dengan rakyat dengan harga internasional untuk sebesar-besar kemakmuran pejabat negara.” Di sisi lain harus disadari bahwa negara ini sudah terintegrasi oleh ekonomi dunia. Seorang negarawan harus pandai-pandai melihat dan menilai dari banyak aspek. Jangan hanya melihat dari satu kacamata teori ekonomi saja. Pasal 33 UUD 1945 janganlah dipahami secara kaku. Pasal 33 UUD 1945 tidak anti privatisasi dan tidak juga anti swastanisasi. *State* hanya salah satu domain saja dari 3 (tiga) domain yang ada, yaitu *state*, *civil society*, dan *market*. Hakim harus adil di tengah-tengahnya, tidak bisa hanya memihak negara dalam pengertian sempit, begitu juga *civil society*, tidak juga berpihak kepada *market*. Ketiganya harus sama-sama kuat saling mengimbangi. Dalam sistem demokrasi modern ketiganya saling menunjang dan harmoni. Dengan begitu demokrasi tumbuh sehat, dan di tengah demokrasi yang sehat kesejahteraan sosial pun tumbuh.”²⁶

26 Jimly Asshiddiqie, *Politik Perekonomian Nasional*, diunduh dari <http://www.jumy.com/pemikiran/view/17> pada Rabu, 12 April 2012, pukul 13.00 WIB.

Adapun berdasarkan apabila dilihat dari tafsir Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, Mahkamah telah mengeluarkan Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, yaitu:

“Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*). Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan pemerintah, dan regulasi oleh pemerintah (eksekutif). Fungsi pengelolaan (*beheersdaad*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*shareholding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara atau Badan Hukum Milik Negara sebagai instrumen kelembagaan melalui mana negara c.q. pemerintah mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Demikian pula fungsi pengawasan oleh negara (*toezichthoudensdaad*) dilakukan oleh negara c.q. pemerintah dalam rangka mengawasi dan mengendalikan agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas cabang produksi yang penting dan/atau yang menguasai hajat hidup orang banyak dimaksud benar-benar dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.”

Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi inilah, bagaimana hak penguasaan serta pemilikan mineral dan batubara dapat diketahui dan diaplikasikan secara legislasi maupun regulasi sehingga pengusahaan mineral dan batubara sesuai dengan konsepsi Pancasila dan UUD 1945.

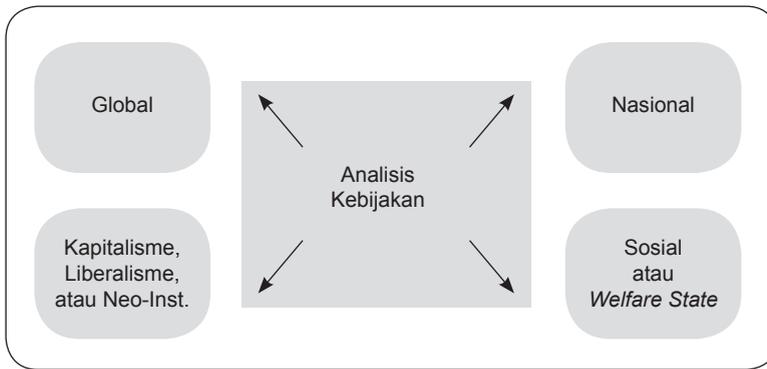
Latar Belakang Sengketa Pertambangan

Pertambangan mineral dan batubara merupakan sektor sumber daya alam yang memiliki peran penting dalam kehidupan pembangunan suatu bangsa. Hasil tambang baik mineral maupun batubara yang dioperasi-produksikan oleh suatu perusahaan pemegang izin atau kontrak ditujukan untuk memberikan keuntungan bagi perusahaan pemegang izin atau kontrak tersebut, di sisi lain negara tempat lokasi mineral atau batubara tersebut berupaya mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyatnya. Tarik-menarik kepentingan dalam keuntungan inilah yang menjadi pemicu adanya konflik antara perusahaan dengan negara tuan rumah. Tidak hanya konflik antara negara tuan rumah dengan perusahaan pertambangan, ada pula konflik antara perusahaan pertambangan dengan masyarakat sekitar wilayah penambangan, dan konflik antara sesama perusahaan pertambangan, bahkan konflik antara sesama instansi negara dalam hal urusan penyelenggaraan pertambangan.

Dalam konteks yang lebih besar, yaitu konteks global. Konflik perusahaan pertambangan tidak hanya dilihat sebagai adanya suatu pertentangan kepentingan antara para pihak, namun lebih luas dapat dilihat dari adanya pertarungan politik dan ideologi antara para pihak. Perbedaan ideologi antara negara tuan rumah dengan negara asal yang perusahaannya melakukan kegiatan usaha pertambangan akan mempengaruhi suasana hubungan bisnis pertambangan antara kedua belah pihak. Negara-negara yang lemah secara ideologi akan sangat mudah untuk dikendalikan. Tidak hanya lemah dalam ideologi negara-negara dunia ketiga pun yang walaupun secara ideologi kuat, namun secara perekonomian lemah pun akan sangat mudah dikendalikan negara-negara asal perusahaan penambangan yang mengeksploitasi sumber daya mineral dan batubaranya.

Sengketa merupakan sesuatu yang alamiah terjadi dalam pergaulan hidup manusia. Interaksi antara manusia dengan segala metamorphosis subjek hukumnya, akan mengalami potensi sengketa. Manusia sebagai subjek natural atau alamiah (*naturiljk persoon*) maupun subjek hukum (*recht persoon*).

Dalam konteks konflik antara berbagai pihak dalam penyelenggaraan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara dalam ranah analisis kebijakan ideologis dapat digambarkan dalam skema skuadran analisis kebijakan²⁷ sebagai berikut.²⁸



Sumber: Diadaptasi dari Riant Nugroho (2007)

Berdasarkan skema di atas, dalam analisis kebijakan pertambangan maka benturan antara kepentingan ideologi akan mempengaruhi kebijakan suatu negara. Benturan antara kepentingan global dan nasional dalam perusahaan pertambangan mineral dan batubara, misalnya di Indonesia akan membenturkan ideologi kapitalisme atau liberalisme melawan sosialisme dan konsep negara kesejahteraan yang dianut oleh Indonesia.

Hal ini terlihat jelas dalam materi muatan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang menyatakan bahwa: "Bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan

27 Analisis kebijakan (*policy analysis*) adalah kajian terhadap kebijakan publik yang bertujuan untuk mengintegrasikan dan mengkontekstualisasikan model, riset, dan disiplin-disiplin tersebut yang mengandung orientasi problem dan kebijakan. Wildavsky mengatakan bahwa analisis kebijakan adalah subbidang terapan yang isinya tidak dapat ditentukan berdasarkan disiplin yang terbatas, tetapi dengan segala sesuatu yang tampaknya sesuai dengan situasi dari masa dan hakikat dan persoalannya. Lihat Wildavsky dalam Wayne Parsons, *Public Policy: Pengantar dan Praktik Analisis Kebijakan* (dialihbahasakan oleh Tri Wibowo Budi Santoso), Jakarta: Kencana, 2005), hlm. xii. Lihat pula Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum Hak Atas Air Pro-Rakyat*, Semarang: Surya Pena Gumilang, 2010, hlm. 43.

28 Riant Nugroho, *Analisis Kebijakan*, Jakarta: Elex Media Komputindo, 2007, hlm. 185.

dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”. Frase “penguasaan oleh negara” dan frasa “untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat” menjadi frase ke-sosialis-me-an Indonesia dalam penguasaan dan pengusahaan pertambangan mineral dan batubara. Hal tersebut semakin nyata apabila dikaitkan dengan sila ke-5 Pancasila yang berbunyi Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia yang mengandung arti bahwa sumber daya alam Indonesia harus mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Melalui kuadran dengan analisis sila ke-5 dan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, maka tentunya kebijakan penguasaan dan pengusahaan pertambangan mineral dan batubara harus konsisten serta konsekuen dengan landasan pemikiran sumber daya alam berbasis nasionalisme bukan berbasis globalisme. Benturan globalisasi dengan nasionalisasi pengusahaan pertambangan mineral dan batubara akan melahirkan konflik-konflik penguasaan sumber daya alam.

Namun, dengan posisi Indonesia sebagai penguasa serta pemilik sumber daya alam mineral dan batubara maka upaya “pemaksaan” kehendak nasional agar perusahaan pertambangan sebelum melakukan penambangan harus siap memberikan sebesar-besar kemakmuran rakyat akan dapat dilakukan. Walaupun dalam praktiknya, kontrak atau perjanjian tambang antara negara yang diwakili oleh pemerintah dengan perusahaan pertambangan lebih sering merugikan kepentingan nasional. Rezim kontrak atau perjanjian yang dibuat di masa lalu dan masih berlangsung hingga saat ini dalam perspektif Indonesia saat ini, merugikan kepentingan bangsa. Pembagian royalti yang sangat kecil bagi negara merupakan pertanda sangat nyata bahwa Indonesia sebagai pemilik sesungguhnya sumber daya alam pertambangan tersebut tidak mampu menikmati kekayaan alamnya sendiri secara maksimal. Pengusahaan pertambangan Indonesia yang saat ini digempur oleh globalisasi dan kapitalisme yang melahirkan kapitalisme dalam pengusahaan pertambangan mineral dan batubara akan terus berlawanan dengan konsepsi nasionalisme yang saat ini masih tersisa dalam semangat pengusahaan pertambangan mineral dan batubara. Perizinan pertambangan pun menjadi komoditas pasar bebas yang berarti siapa yang kuat dialah yang akan mendapatkan izin. Kuat dalam arti keuangan, teknik pertambangan, teknologi, dan sumber daya manusialah yang paling berpeluang mendapatkan izin/kontrak/perjanjian. Kekuatan ini tentunya dimiliki oleh perusahaan-perusahaan besar yang berasal dari negara-negara besar.

Secara praktik, ada beberapa alasan atau latar belakang terjadinya sengketa, yaitu sebagai berikut.

A. PELANGGARAN KONTRAK

Di Indonesia, dalam perkembangan sejarah perusahaan pertambangan, konsep perizinan dalam perusahaan pertambangan mineral dan batubara terus berubah dalam perkembangan hukum pertambangan mineral dan batubara. Dimulai pada masa Kolonial Belanda melalui *Indische Mijnwet Staatsblad* Tahun 1899 Nomor 214, Pemerintah Hindia Belanda mengeluarkan *Staatsblad* yang mengatur mengenai penggolongan bahan galian dan perusahaan pertambangan termasuk perizinan (konsesi, perjanjian, kontrak, atau izin). Berdasarkan *Indische Mijnwet Staatsblad*, perusahaan pertambangan dilakukan melalui konsesi pertambangan, perjanjian khusus, kontrak, dan izin untuk mineral atau bahan galian.

Selanjutnya setelah Indonesia merdeka, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1959 tentang Pembatalan Hak-Hak Pertambangan mengatur mengenai perusahaan yang dilakukan melalui izin, hak, konsesi-eksploitasi tambang, dan perjanjian. Pada tahun 1960, terbit Undang-Undang Nomor 37 Prp Tahun 1960 tentang Pertambangan sebagai pengganti dari *Indische Mijnwet* dan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1959 yang mengatur mengenai perusahaan hasil tambang dilakukan melalui konsep kuasa pertambangan yang diberikan oleh menteri.

Lalu, dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan, perusahaan pertambangan dilakukan melalui kuasa pertambangan dan kontrak atau perjanjian. Di rezim hukum pertambangan yang saat ini berlaku, yaitu UU No. 4 Tahun 2009, konsep perizinan dilakukan dalam skema IUP/IUPK. Perusahaan pertambangan dibatasi hanya pada izin yang terdiri atas IUP, IUPK, dan IPR.

Kontrak atau perjanjian diatur dalam Pasal 10 UU No. 11 Tahun 1967, yang menyatakan bahwa:

- (1) Menteri dapat menunjuk pihak lain sebagai kontraktor apabila diperlukan untuk melaksanakan pekerjaan-pekerjaan yang belum atau tidak dapat dilaksanakan sendiri oleh Instansi Pemerintah atau Perusahaan Negara yang bersangkutan selaku pemegang kuasa pertambangan.
- (2) Dalam mengadakan perjanjian karya dengan kontraktor seperti yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini Instansi Pemerintah atau Perusahaan Negara harus berpegang pada pedoman-pedoman, petunjuk-petunjuk, dan syarat-syarat yang diberikan oleh Menteri.

- (3) Perjanjian karya tersebut dalam ayat (2) pasal ini mulai berlaku sesudah disahkan oleh Pemerintah setelah berkonsultasi dengan Dewan Perwakilan Rakyat apabila menyangkut eksploitasi golongan a sepanjang mengenai bahan-bahan galian yang ditentukan dalam Pasal 13 undang-undang ini dan/atau yang perjanjian karyanya berbentuk penanaman modal asing.

Ketentuan dalam Pasal 10 UU No. 11 Tahun 1967 inilah yang mengenalkan rezim perjanjian atau kontrak karya dalam perusahaan pertambangan. Walaupun sesungguhnya Pasal 10 UU No. 11 Tahun 1967 ini merupakan sinkronisasi dan harmonisasi norma dalam undang-undang lain yang terbit terlebih dahulu, yaitu Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing.

Dalam Pasal 8 UU No. 11 Tahun 1967 diatur bahwa:

- (1) Penanaman modal asing di bidang pertambangan didasarkan pada suatu kerja sama dengan Pemerintah atas dasar kontrak karya atau bentuk lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- (2) Sistem kerja sama atas dasar kontrak karya atau dalam bentuk lain dapat dilaksanakan dalam bidang-bidang usaha lain yang akan ditentukan oleh Pemerintah.

Ketentuan mengenai kontrak karya atau perjanjian karya²⁹ secara hukum dimulai diatur dalam kedua undang-undang ini. Kontrak karya yang pertama kali ditandatangani atas dasar aturan hukum ini, yaitu Kontrak Karya PT Freeport pada 7 April 1967. Beberapa bulan sejak UU No. 1 Tahun 1967 diundangkan, yaitu pada tanggal 10 Januari 1967 dan beberapa bulan sebelum UU No. 11 Tahun 1967 diundangkan pada 2 Desember 1967. Artinya Kontrak Karya PT Freeport ditandatangani atas dasar UU No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing bukan atas UU No. 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan.

Berdasarkan UU No. 1 Tahun 1967 dan UU No. 11 Tahun 1967, telah ada KK yang ditandatangani sebanyak 7 (tujuh) generasi KK, yaitu:

1. Generasi I-KK (1967-1968);
2. Generasi II-KK 1968-1976;
3. Generasi III-KK 1976-1985;

29 Kontrak karya (KK) merupakan instrumen hukum perusahaan pertambangan untuk jenis komoditas mineral. Sedangkan Perjanjian Karya Perusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) merupakan instrumen hukum perusahaan pertambangan untuk jenis komoditas batubara.

4. Generasi IV-KK 1985-1986 termasuk Generasi IV plus;
5. Generasi V-KK 1986-1996;
6. Generasi VI-KK 1996-1997;
7. Generasi VII-KK 1997;
8. Generasi VIII-KK 2008.

Terhadap Kontrak Karya di atas, KK generasi VIII yang ditandatangani, yaitu KK PT Jogja Magasa Mining di Kulon Progo, Daerah Istimewa Yogyakarta. Setelah KK PT Jogja Magasa Mining ini, tahun 2009 terbit UU No. 4 Tahun 2009 yang mencabut ketentuan UU No. 11 Tahun 1967. Sedangkan untuk Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) terdapat 3 (tiga) generasi, yaitu Generasi I-PKP2B 1981-1993, Generasi II-PKP2B 1993-1996, dan Generasi III-PKP2B 1996-1997.

Atas terbitnya UU No. 4 Tahun 2009, semua KK dan PKP2B tetap diakui sepanjang masa kontrak atau perjanjiannya belum berakhir. Hal tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 169 huruf a UU No. 4 Tahun 2009 yang menyatakan bahwa: “Kontrak karya dan perjanjian karya pengusahaan pertambangan batubara yang telah ada sebelum berlakunya undang-undang ini tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak atau perjanjian”.

Ketentuan Pasal 169 huruf a UU No. 4 Tahun 2009 ini menjadi dasar keberlakuan kontrak yang terkait pula dengan asas *pacta sunt servanda*-nya KK. Asas *pacta sunt servanda* pertama kali diperkenalkan oleh Grotius dalam mencari dasar pada sebuah hukum perikatan dengan mengambil prinsip-prinsip hukum alam, khususnya kodrat. Bahwa seseorang yang mengikatkan diri pada sebuah janji mutlak untuk memenuhi janji tersebut (*promissorum implendorum obligati*). Dalam konsep hukum Indonesia, hal ini tertuang dalam Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP) bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi yang membuatnya, termasuk mengenai masa berakhirnya KK/PKP2B.

Terkait KK dan PKP2B tersebut, eksistensi KK dan PKP2B sebagai kontrak rentan menimbulkan sengketa antara para pihak. Tentunya secara umum pihak dalam KK/PKP2B, yaitu Pemerintah Republik Indonesia di satu pihak dan perusahaan pertambangan di pihak yang lain.

Pelanggaran terhadap isi kontrak merupakan bentuk terbuka atas terjadinya suatu potensi sengketa antara pihak. Terhadap pelanggaran isi kontrak, contoh sengketa yang besar di bidang pertambangan, yaitu adanya sengketa atas dugaan

pelanggaran kontrak oleh PT Newmont Nusa Tenggara terkait kewajiban divestasi saham.³⁰

Sengketa antara Pemerintah Indonesia dengan PT Newmont Nusa Tenggara dimulai karena adanya klaim dari Pemerintah Indonesia bahwa PT Newmont Nusa Tenggara telah melakukan wanprestasi terhadap KK yang mengenai kewajiban divestasi saham oleh PT Newmont Nusa Tenggara. Sebagaimana tertuang dalam Pasal 24 angka 3 KK PT Newmont Nusa Tenggara yang ditandatangani pada tahun 1986 bahwa kewajiban divestasi tersebut dilakukan dengan jadwal berikut.

Pelaksanaan Kewajiban Divestasi PT Newmont Nusa Tenggara

Tahun	Divestasi Saham PT NNT	Kepemilikan Saham oleh Pihak Indonesia
2000 s.d 2004	–	20%
2006	3%	23%
2007	7%	30%
2008	7%	37%

Pemerintah Indonesia menjatuhkan status *default* (lalai) kepada Newmont pada 11 Februari 2008 karena PT Newmont Nusa Tenggara tidak kunjung menjual 3% (tiga persen) sahamnya untuk periode 2006 dan 7% (tujuh persen) saham periode 2007. Pemerintah Indonesia pun akhirnya mengajukan gugatan ke arbitrase internasional. Proses arbitrase berjalan sejak 15 Juli 2008 melalui korespondensi sampai digelar sidangnya tertutup 3–8 Desember 2008 di Jakarta. Pemerintah Indonesia mengajukan 2 (dua) tuntutan berikut.

1. Meminta panel arbitrase agar memutuskan bahwa pemerintah bisa melakukan terminasi kontrak karya PT Newmont Nusa Tenggara dengan alasan karena perusahaan melakukan kelalaian alias *default*.
2. Apabila terminasi tidak bisa dilakukan, pemerintah meminta arbitrase memerintahkan PT Newmont Nusa Tenggara untuk menjual saham sesuai isi Surat Direktur Jenderal Mineral Batu Bara dan Panas Bumi terkait *default*.

30 Divestasi saham adalah sejumlah saham yang dialihkan melalui penjualan saham sesuai dengan harga saham yang disepakati dari pemegang saham kepada peserta Indonesia. Pengalihan kepemilikan saham tersebut dalam perusahaan pertambangan mineral dan batubara dituangkan dalam KK/PKP2B. Terbitnya UU No. 4 Tahun 2009 memformulasi pengaturan kewajiban divestasi saham ke dalam Pasal 112 UU No. 4 Tahun 2009 yang mengatur bahwa setiap pemegang IUP/IPUK wajib melakukan divestasi saham sejak 5 (lima) tahun operasi produksi.

Sebaliknya, PT Newmont Nusa Tenggara mengajukan permintaan ke pihak arbitrase untuk menyatakan pihaknya tidak melakukan kelalaian yang bisa berakibat pada terminasi kontrak. Meminta arbitrase menentukan apakah *first right of refusal* pemerintah sudah tidak berlaku lagi dengan alasan itu maka PT Newmont Nusa Tenggara dapat menjual sahamnya kepada pihak yang diinginkan.

Berdasarkan mekanisme penyelesaian sengketa arbitrase internasional yang tunduk pada aturan *United Nation Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), tanggal 31 Maret 2009 Pemerintah Indonesia memenangkan gugatan atas kasus divestasi PT Newmont Nusa Tenggara. Majelis Arbitrase (Arbitral Tribunal) yang terdiri atas panel yang dikenal memerintahkan PT Newmont Nusa Tenggara untuk:

1. melaksanakan ketentuan Pasal 24.3 KK;
2. menyatakan bahwa PT NNT telah melakukan *default* (pelanggaran perjanjian);
3. memerintahkan kepada PT NNT untuk melakukan divestasi 17% saham yang terdiri dari divestasi tahun 2006 sebesar 3% dan 7% tahun 2007 kepada pemerintah daerah sedangkan untuk tahun 2008 sebesar 7% kepada Pemerintah Republik Indonesia. Semua kewajiban tersebut harus dilaksanakan dalam waktu 180 hari sesudah tanggal putusan arbitrase;
4. saham yang didivestasikan harus bebas dari gadai (*clean and clear*) dan sumber dana untuk pembelian saham tersebut bukan menjadi urusan PT NNT;
5. PT Newmont Nusa Tenggara juga harus mengganti biaya-biaya yang sudah dikeluarkan oleh pemerintah untuk kepentingan arbitrase dan harus dibayar dalam tempo 30 (tiga puluh) hari sesudah tanggal putusan arbitrase.

Berdasarkan hal tersebut, maka sengketa yang disebabkan oleh pelanggaran kontrak terjadi dalam perusahaan pertambangan mineral dan batubara.

Potensi sengketa juga muncul dari KK PT Freeport Indonesia. Sebagaimana tertuang dalam KK PT Freeport yang dibuat pada tahun 1991 (KK Perpanjangan) terdapat banyak kewajiban-kewajiban yang harus dilaksanakan oleh PT Freeport. Misalnya terkait kewajiban divestasi saham PT Freeport yang selain diatur dalam KK, hal demikian juga diatur dalam UU No. 4 Tahun 2009.

Terkait divestasi saham PT Freeport, terdapat persoalan hukum yang dilakukan oleh PT Freeport. Sebagaimana diatur dalam Pasal 112 UU No. 4 Tahun 2009 bahwa “setiap pemegang IUP/IUPK yang sahamnya dimiliki oleh asing

wajib melakukan divestasi saham pada pemerintah, pemerintah daerah, BUMN, BUMD, atau badan usaha swasta nasional⁷. Aturan ini dimaksudkan dalam rangka terjadinya peralihan keuntungan dan peralihan kontrol dari pemegang saham asing kepada peserta Indonesia untuk mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sebagaimana amanat Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945. Namun sesungguhnya, sebelum pengaturan divestasi saham bagi pemegang IUP/IUPK sebagaimana tertuang dalam Pasal 112 UU No. 4 Tahun 2009, terhadap KK/PKP2B termasuk KK PT Freeport yang pengaturan divestasi saham disepakati dalam KK, yaitu Pasal 24 ayat (2) dan ayat (3) KK, yang menyatakan: *pertama*, PT Freeport harus mendivestasikan sahamnya sebesar 2.5% per tahun kepada Peserta Indonesia (WNI, badan hukum Indonesia, atau Pemerintah Indonesia) sejak tahun ke-10 ditandatangani KK, yaitu pada tahun 2001 sebesar 2.5% dan terakhir pada tahun 2011 sebesar 25%.

Kedua, PT Freeport harus menawarkan saham melalui Bursa Efek Jakarta (saat ini Bursa Efek Indonesia) dengan jumlah sekurang-kurangnya 20%. Jika PT Freeport tidak menawarkan saham sebesar 20% melalui Bursa Efek Indonesia maka keseluruhan jumlah saham yang ditawarkan kepada Peserta Nasional Indonesia harus mencapai 51% pada tahun ke-20 penandatanganan KK (dalam hal ini adalah pada tanggal 30 Desember 2011 harus terlaksana divestasi 51% kepada Peserta Nasional Indonesia). Jika saham yang ditawarkan tidak terjual pada periode yang telah ditetapkan, maka jumlah saham yang tidak terjual tersebut harus ditambahkan pada periode selanjutnya.

Namun apa yang terjadi? PT Freeport berpandangan bahwa dengan diterbitkannya PP No. 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham dalam Perusahaan yang Didirikan dalam Rangka Penanaman Modal Asing, PT Freeport dalam kewajiban divestasi saham mengikuti ketentuan dalam PP No. 20 Tahun 1994. Dalam PP tersebut tidak diatur besaran divestasi saham. Pengaturannya hanya terkait kewajiban perusahaan penanaman modal asing dalam jangka waktu paling lama 15 tahun sejak berproduksi komersial wajib menjual sebagian sahamnya kepada WNI dan/atau badan hukum Indonesia melalui pemilikan langsung atau melalui pasar modal dalam negeri. PT Freeport beranggapan divestasi saham sebesar 9.36% kepada Pemerintah dan 9.36% kepada PT Incocoper Investama telah memenuhi ketentuan PP No. 20 Tahun 1994.

PT Freeport menggunakan standar ganda dalam pengenaan kewajiban baginya. Apabila suatu kewajiban dirasa akan merugikan maka mereka akan memilih instrumen hukum berupa KK atau peraturan perundang-undangan yang

menguntungkan. Inilah bentuk ketidakkonsistenan PT Freeport, ketika suatu aturan dianggap menguntungkan walaupun tidak sesuai dengan KK mereka akan mematuhi, namun bila aturan tidak menguntungkan maka Freeport bertahan dengan KK. Terdapat standar ganda PT Freeport kepada Pemerintah Indonesia. Ketika divestasi saham disepakati dalam KK namun dianggap merugikan PT Freeport, PT Freeport tidak mau tunduk pada KK dan memilih PP No. 20 Tahun 1994 yang menguntungkan PT Freeport. Namun, ketika misalnya terkait mengenai royalti, kewajiban pemurnian di dalam negeri (pembangunan *smelter*), bea keluar yang diatur dalam peraturan perundang-undangan namun dianggap merugikan PT Freeport, PT Freeport tidak mematuhi dan berdalil bahwa KK berlaku asas *pacta sunt servanda* (*agreements must be kept*).

Asas *pacta sunt servanda*, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa “setiap perjanjian menjadi hukum yang mengikat bagi para pihak yang melakukan perjanjian”. Asas ini menjadi dasar hukum Internasional karena termaktub dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969 yang menyatakan bahwa “*every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*”. Setiap kali Pemerintah berusaha tegas dengan PT Freeport untuk melaksanakan UU No. 4 Tahun 2009 dan peraturan pelaksanaannya, PT Freeport berdalil dengan asas *pacta sunt servanda*. Inilah bentuk standar ganda Freeport terhadap bangsa dan negara Indonesia.

Sayangnya, Pemerintah Indonesia hanya diam dan terkesan membiarkan tanpa ada upaya untuk memaksa bahkan membawa PT Freeport ke lembaga arbitrase internasional (*International Center for Settlement of Investment Disputes/ICSID*). Hal ini berbeda dengan PT Newmont Nusa Tenggara yang ketika tidak mendivestasikan sahamnya, Pemerintah langsung menggugatinya ke ICSID. Apa yang terjadi dengan mental Pemerintah Indonesia? Ke depannya Indonesia harus tegas bahkan tidak memperpanjang operasi pertambangan PT Freeport di Indonesia dan menyerahkan blok tambang PT Freeport pasca 2021 kepada komponen bangsa Indonesia, misalnya BUMN. Indonesia harus memastikan bahwa Indonesia merupakan negara yang berdaulat secara hukum. Hukum tidak boleh diacak-acak oleh pelaku usaha.

B. TUMPANG TINDIH WILAYAH TAMBANG

Sumber sengketa lainnya yang terjadi dalam perusahaan pertambangan mineral dan batubara, yaitu timpang tindih wilayah pertambangan. Tumpang tindih wilayah

pertambangan terjadi baik tumpang tindih wilayah izin usaha pertambangan antara satu pemegang izin usaha pertambangan dengan pemegang izin usaha pertambangan lainnya atau benturan antara wilayah izin usaha pertambangan yang diberikan oleh pejabat berwenang dengan ruang wilayah yang dalam peta kawasan hutan merupakan kawasan hutan yang bukan diperuntukkan untuk wilayah pertambangan.

Permasalahan terakhir mengenai benturan wilayah pertambangan dengan kawasan hutan pernah terjadi antara 13 (tiga belas) perusahaan yang berada dalam kawasan hutan yang ada sebelum diterbitkan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan dan berdasarkan ketentuan dalam UU No. 41 Tahun 1999 tersebut kegiatan pertambangan yang berada dalam kawasan hutan tidak diakui keberadaannya. Padahal ke-13 (tiga belas) perusahaan pertambangan tersebut memiliki izin yang sah untuk melakukan penambangan dalam suatu wilayah yang belum dilarang untuk ditambang. Untuk menyelesaikan permasalahan tersebut, Presiden Megawati mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tersebut mengatur sebagai berikut.

Pasal 83A

“Semua perizinan atau perjanjian di bidang pertambangan di kawasan hutan yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan dinyatakan tetap berlaku sampai berakhirnya izin atau perjanjian dimaksud.”

Pasal 83B

“Pelaksanaan lebih lanjut ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 83A ditetapkan dengan Keputusan Presiden.”

Berdasarkan ketentuan tersebut maka perusahaan pertambangan yang berada dalam kawasan hutan yang ada sebelum UU No. 41 Tahun 1999 terbentuk, tetap dinyatakan berlaku sampai berakhirnya izin atau perjanjiannya. Sebagai pelaksanaan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tersebut terbitlah Keputusan Presiden Nomor 41 Tahun 2004 tentang Perizinan atau Perjanjian di Bidang Pertambangan yang Berada dalam Kawasan Hutan. Terdapat 13 (tiga belas) perusahaan yang beroperasi dalam kawasan hutan yang tetap diakui izin atau perjanjiannya sampai dengan berakhirnya izin, yaitu sebagai berikut.

Daftar Perizinan atau Perjanjian di Bidang Pertambangan yang Berada di Kawasan Hutan yang Telah Ditandatangani Sebelum Berlakunya UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yang Dapat Melanjutkan Kegiatannya Sampai Berakhirnya Perizinan atau Perjanjian

No.	Persetujuan Pemerintah	Tanggal Penanda-tanganan	Jenis Izin	Nama Perusahaan	Bahan Galian	Tahap Kegiatan	Lokasi		Luas Wilayah Perizinan (Ha)
							Provinsi	Kabupaten/ Kota	
1.	82/EK/KEP/4/1967 7 April 1967	7 April 1967	KK G-I	Freeport Indonesia Comp.	Tembaga, emas, dmp	Produksi	Papua	Mimika	10.000
	B-392/Pres/12/1991 26 Desember 1991	30 Desember 1991	KK G-V	Freeport Indonesia Comp.	Tembaga, emas, dmp	Eksplorasi	Papua	Mimika, Paniai, Jaya Wijaya, Puncak Jaya	202.950
2.	B-121/Pres/9/1971 22 September 1971	4 Oktober 1971	KK G-II	Karimun Granit	Granit	Produksi	Kepulauan Riau	Karimun	2.761
3.	B-745/Pres/12/1995 29 Desember 1995	15 Januari 1996	KK G-II	INCO Tbk.	Nikel	Produksi	Suisel, Sulteng, Sultra	Luwu Utara, Kolaka, Kendari, Morowali	218.528
4.	097B/Ji.292/UJ/1990 5 Oktober 1990	5 Oktober 1990	PKP2B G-I	Indominco Mandiri	Batubara	Produksi	Kaltim	Kutai Timur, Kota Bontang	25.121
5.	1053.K/20.13/MPPE/1997 9 Juli 1997	9 Juli 1997	KP	Aneka Tambang Tbk. (A)	Nikel	Produksi	Maluku Utara	Halmahera Tengah	39.040
6.	B-43/Pres/11/1986 6 November 1986	2 Desember 1986	KK G-IV	Natarang Mining	Emas, dmp	Konstruksi	Lampung	Lampung Selatan, Tanggamus, Lampung Barat	12.790

No.	Persetujuan Pemerintah	Tanggal Penanda-tanganan	Jenis Izin	Nama Perusahaan	Bahan Galian	Tahap Kegiatan	Lokasi		Luas Wilayah Perizinan (Ha)
							Provinsi	Kabupaten/ Kota	
7.	B. 143/Pres/3/1997 17 Maret 1997	28 April 1997	KK G-VI	Nusa Halimaheira Minerals	Emas, dmp	Produksi Konstruksi Eksplorasi	Maluku Utara	Halmahera Utara, Halmahera Barat	29.622
8.	B-53/Pres/II/1988 19 Januari 1988	19 Februari 1988	KK G-VII	Pelsart Tambang Kencana	Emas, dmp	Eksplorasi	Kalsel	Kotabaru, Banjar, Tanah Laut	201.000
9.	850/A.I/1997 20 November 1997	20 November 1997	PKP2B G-III	Interex Sacra Raya	Batubara	Studi Kelayakan	Kaltim dan Kalsel	Pasir, Tabalong	15.650
10.	B-53/Pres/II/1988 19 Januari 1988	19 Februari 1988	KK G-VII	Weda Bay Nickel	Nikel	Eksplorasi (Detail)	Maluku Utara	Halmahera Tengah	76.280
11.	B-53/Pres/II/1988 19 Januari 1988	19 Februari 1988	KK G-VII	Gag Nickel	Nikel	Eksplorasi (Detail)	Papua	Sorong	13.136
12.	B-53/Pres/II/1988 19 Januari 1988	19 Februari 1988	KK G-VII	Sorikmas Mining	Emas, dmp	Eksplorasi (Detail)	Sumut	Mandailing Natal	66.200
13.	1170/20.01/UPG/1999 7 September 1999	7 September 1999	KP	Aneka Tambang Tbk. (B)	Nikel	Eksplorasi (Detail)	Sulawesi Tenggara	Kendari	14.570

Keterangan:

dmp : dan mineral pengikutnya

KK : Kontrak Karya

PKP2B : Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara

KP : Kuasa Pertambangan

G-II : Generasi II

G-III : Generasi III

G-IV : Generasi IV

G-V : Generasi V

G-VI : Generasi VI

Dapat dipastikan apabila Presiden tidak menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 yang ditetapkan menjadi Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2004 tentang Penetapan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, yaitu akan terjadinya sengketa antara perusahaan pertambangan dengan Pemerintah Indonesia. Tentunya saluran sengketa yang dapat dilakukan, yaitu melalui arbitrase internasional karena Pemerintah Indonesia dianggap telah melanggar kontrak atau perjanjian karena menghentikan operasi kegiatan usaha pertambangan berdasarkan ketentuan UU No. 41 Tahun 1999. Akan terjadi gugatan besar-besaran oleh perusahaan pertambangan kepada Pemerintah Indonesia.

Terkait tumpang tindih wilayah hutan yang berakhir sengketa, ada pula perusahaan pertambangan yang bersengketa dengan Pemerintah. Perusahaan tersebut, yaitu Churchill Mining. Awal mula terjadinya sengketa Pemerintah dan pemerintah daerah Kalimantan Timur dengan Churchill Mining, yaitu ketika pemerintah kabupaten Kutai Timur yang mencabut 4 (empat) izin usaha pertambangan milik PT Rildhatama.

PT Ridlatama, sebuah perusahaan nasional yang bergerak di bidang pertambangan bermaksud mengelola batubara yang ada di kecamatan Busang dan kecamatan Telen kabupaten Kutai Timur dengan mengundang investor asing asal Inggris, yaitu Churchill Mining plc. Pertambangan batubara di Kabupaten Kutai Timur yang dikelola secara bersama antara Grup Ridlatama dan Churchill Mining Plc dengan komposisi saham 25% (dua puluh lima persen) dan 75% (tujuh puluh lima persen). Akan tetapi, empat izin usaha pertambangan eksplorasi batubara yang dipegang atas nama Grup Ridlatama dicabut oleh Bupati Kutai Timur, Isran Noor. Alasan pencabutan izin usaha pertambangan Grup Ridlatama oleh Bupati Kutai Timur karena adanya fakta yang ditemukan oleh pemerintah kabupaten Kutai Timur bahwa izin usaha pertambangan Grup Ridlatama tidak sah berdasarkan temuan Badan Pemeriksa Keuangan. Termasuk adanya dugaan bahwa Churchill mengakuisisi Ridlatama secara diam-diam. Padahal perusahaan asing tidak boleh pegang IUP, ini alasan izin Grup Ridlatama dicabut.

Selain itu, keberadaan izin usaha tersebut berada dalam kawasan hutan yang belum memperoleh izin pinjam pakai dari Kementerian Kehutanan. Sebagaimana diatur dalam Pasal 38 ayat (3) UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yang mengatur bahwa: "Penggunaan kawasan hutan untuk kepentingan pertambangan dilakukan melalui pemberian izin pinjam pakai oleh Menteri dengan mempertimbangkan batasan luas dan jangka waktu tertentu serta kelestarian

lingkungan". Lebih lanjut ketentuan tersebut diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2010 tentang Penggunaan Kawasan Hutan. Nyatanya, Grup Ridlatama tidak memiliki izin pinjam kawasan hutan dari Menteri Kehutanan. Perselisihan tersebut berakhir di Pengadilan Tata Usaha Negara sampai upaya hukum di Mahkamah Agung yang memenangkan pemerintah dan pemerintah daerah Kutai Timur. Perselisihan pun juga diselesaikan di ICSID di Washington DC.

C. PERUSAKAN LINGKUNGAN

Salah satu sumber sengketa, yaitu adanya perusakan lingkungan yang dilakukan oleh perusahaan pertambangan. Sebagai kegiatan yang berhubungan dengan bentang alam, tentu kegiatan pertambangan akan terkait dengan lingkungan hidup.

Secara normatif hubungan erat antara rezim perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup dengan rezim perusahaan pertambangan telah ada secara baik melalui berbagai ketentuan yang mengatur antara keduanya. Misalnya dalam perizinan perusahaan pertambangan menyaratkan adanya syarat dokumen Analisis Mengenai Dampak Lingkungan Hidup (AMDAL) dalam setiap perusahaan pertambangan mineral dan batubara.

Pengaturan mengenai perizinan lingkungan atas setiap usaha dan/atau kegiatan yang wajib memiliki Amdal atau UKL-UPL diatur dalam Pasal 36 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Pengelolaan dan Perlindungan Lingkungan Hidup (UUPLH). Dalam Pasal 36 ayat (1) UUPLH diatur bahwa setiap usaha dan/atau kegiatan yang wajib memiliki Amdal atau UKL-UPL wajib memiliki izin lingkungan. Izin lingkungan tersebut diterbitkan berdasarkan keputusan kelayakan lingkungan hidup atau rekomendasi UKL-UPL atau rekomendasi UKL-UPL.³¹ Izin lingkungan diterbitkan oleh Menteri Lingkungan Hidup, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya.³² Izin lingkungan tersebut diterbitkan oleh Menteri Lingkungan Hidup, gubernur, atau bupati/walikota apabila permohonan izin telah dilengkapi dengan Amdal atau UKL-UPL. Izin lingkungan merupakan persyaratan untuk memperoleh izin usaha dan/atau kegiatan.³³

31 Pasal 36 ayat (2) UUPPLH.

32 Pasal 36 ayat (3) UUPPLH.

33 Pasal 40 ayat (1) UUPPLH.

Izin lingkungan dapat dibatalkan apabila:³⁴

- a. persyaratan yang diajukan dalam permohonan izin mengandung cacat hukum, kekeliruan, penyalahgunaan, serta ketidakbenaran dan/atau pemalsuan data, dokumen, dan/atau informasi;
- b. penerbitan tanpa memenuhi syarat sebagaimana tercantum dalam keputusan komisi tentang kelayakan lingkungan hidup atau UKL-UPL; atau
- c. kewajiban yang ditetapkan dalam dokumen Amdal atau UKL-UPL tidak dilaksanakan oleh penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan.
- d. selain hal tersebut, pada huruf a sampai dengan huruf d, izin lingkungan dapat dibatalkan melalui keputusan Pengadilan Tata Usaha Negara³⁵ dan/atau dicabut.³⁶

Ketentuan lebih lanjut UU PPLH mengenai izin lingkungan, diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2012 tentang Izin Lingkungan (PP Izin Lingkungan). Baik dalam UU PPLH maupun PP Izin Lingkungan, terdapat sedikitnya 3 (tiga) izin yang harus dimiliki pemohon usaha atau kegiatan dalam rangka perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, yaitu:

1. Izin Lingkungan;
2. Amdal atau UKL-UPL;
3. Izin usaha/kegiatan.

Izin Lingkungan adalah izin yang diberikan kepada setiap orang yang melakukan usaha dan/atau kegiatan yang wajib Amdal atau UKL-UPL dalam rangka perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup sebagai prasyarat memperoleh izin usaha dan/atau kegiatan.³⁷ Amdal adalah kajian mengenai dampak penting³⁸ suatu usaha dan/atau kegiatan yang direncanakan pada lingkungan hidup yang diperlukan bagi proses pengambilan keputusan tentang penyelenggaraan usaha dan/atau kegiatan.³⁹ UKL-UPL adalah pengelolaan dan pemantauan terhadap usaha dan/atau kegiatan yang tidak berdampak penting terhadap lingkungan hidup yang diperlukan bagi proses pengambilan

34 Pasal 37 ayat (2) UUPPLH.

35 Pasal 38 UUPPLH.

36 Pasal 40 ayat (2) UUPPLH.

37 Pasal 1 angka 1 PP Izin Lingkungan.

38 Dampak penting adalah perubahan lingkungan hidup yang sangat mendasar yang diakibatkan oleh suatu usaha dan/atau kegiatan.

39 Pasal 1 angka 2 PP Izin Lingkungan.

keputusan tentang penyelenggaraan usaha dan/atau kegiatan.⁴⁰ Adapun usaha dan/atau kegiatan adalah bentuk aktivitas yang dapat menimbulkan perubahan terhadap rona lingkungan hidup serta menyebabkan dampak terhadap lingkungan hidup.⁴¹ Usaha dan/atau kegiatan ini harus dilakukan melalui suatu izin usaha dan/atau kegiatan, misalnya izin usaha pertambangan (IUP), izin usaha perkebunan, dan izin mendirikan bangunan (IMB).

Secara umum, garis besar penyusunan Amdal dan UKL-UPL meliputi sebagai berikut.⁴²

1. Penyusunan Amdal:

- a. Amdal disusun oleh Pemrakarsa pada tahap perencanaan suatu usaha dan/atau kegiatan.
- b. Lokasi usaha dan/atau kegiatan wajib sesuai dengan rencana tata ruang.
- c. Apabila lokasi usaha dan/atau kegiatan tidak sesuai dengan rencana tata ruang, dokumen Amdal tidak dapat dinilai dan dikembalikan kepada Pemrakarsa.
- d. Penyusunan Amdal dituangkan ke dalam dokumen Amdal yang terdiri atas kerangka acuan, Amdal (analisis dampak lingkungan),⁴³ dan RKL-RPL.
- e. Dalam menyusun Amdal, Pemrakarsa wajib mengikutsertakan masyarakat:
 - 1) terkena dampak;
 - 2) pemerhati lingkungan hidup; dan/atau
 - 3) yang terpengaruh atas segala bentuk keputusan dalam proses Amdal.
- f. Pengikutsertaan masyarakat dilaksanakan melalui pengumuman rencana usaha dan/atau kegiatan dan konsultasi publik yang dilakukan sebelum penyusunan kerangka acuan.
- g. Pemrakarsa dalam menyusun Amdal dapat dilakukan sendiri atau meminta bantuan pihak lain (perorangan atau yang tergabung dalam

40 Pasal 1 angka 3 PP Izin Lingkungan.

41 Pasal 1 angka 4 PP Izin Lingkungan.

42 Pasal 14 sampai dengan Pasal 53 PP Izin Lingkungan.

43 Amdal adalah telaahan secara cermat dan mendalam tentang dampak penting suatu rencana usaha dan/atau kegiatan.

lembaga penyedia jasa penyusunan dokumen Amdal) yang harus memiliki sertifikat kompetensi penyusun Amdal.

- h. Pemrakarsa menyusun kerangka acuan sebelum penyusunan Amdal.
 - i. Kerangka acuan dinilai oleh KPA.
 - j. Berdasarkan KA, pemrakarsa menyusun Amdal.
 - k. KPA melakukan penilaian Amdal.
 - l. KPA menyampaikan rekomendasi kepada Menteri LH, gubernur, atau bupati/walikota sesuai kewenangannya.
 - m. Rekomendasi hasil penilaian Amdal dapat berupa:
 - 1) rekomendasi kelayakan lingkungan;
 - 2) rekomendasi ketidaklayakan lingkungan.
2. Penyusunan UKL-UPL:
- a. UKL-UPL disusun oleh Pemrakarsa pada tahap perencanaan suatu usaha dan/atau kegiatan.
 - b. Lokasi rencana wajib sesuai dengan rencana tata ruang.
 - c. Apabila lokasi usaha dan/atau kegiatan tidak sesuai dengan rencana tata ruang, UKL-UPL tidak dapat dinilai dan dikembalikan kepada Pemrakarsa.
 - d. Pemrakarsa harus menyusun kerangka acuan sebelum penyusunan RKL-RPL.
 - e. Komisi Penilai Amdal (KPA) memberikan penilaian terhadap kerangka acuan.
 - f. Kerangka acuan yang sudah dinilai apabila memenuhi persyaratan teknis, maka KPA menerbitkan persetujuan kerangka acuan.
 - g. Dalam jangka waktu paling lama 3 (tiga) tahun, Pemrakarsa wajib menyusun RKL-RPL.
 - h. RKL-RPL dinilai kembali oleh KPA.
 - i. Atas penilaian RKL-RPL, KPA menyelenggarakan rapat KPA.
 - j. KPA menyampaikan rekomendasi kepada Menteri LH, gubernur, atau bupati/walikota sesuai kewenangannya.
 - k. Rekomendasi hasil penilaian RKL-RPL dapat berupa:
 - 1) rekomendasi kelayakan lingkungan;
 - 2) rekomendasi ketidaklayakan lingkungan.

- l. Dalam hal RPA menyatakan dokumen RKL-RPL perlu diperbaiki, KPA mengembalikan dokumen RKL-RPL kepada Pemrakarsa untuk diperbaiki.
- m. Menteri, gubernur, atau bupati/walikota menetapkan Keputusan Kelayakan atau Keputusan Ketidaklayakan LH.
- n. Setelah mendapatkan Keputusan Kelayakan, Pemrakarsa mengisi formulir UKL-UPL.
- o. Apabila syarat administratif dinyatakan lengkap, Menteri, gubernur, atau bupati/walikota menerbitkan Rekomendasi UKL-UPL.
- p. Rekomendasi tersebut berupa persetujuan atau penolakan UKL-UPL

Terhadap tata laksana UKL-UPL tersebut, terdapat instrumen pembinaan dan evaluasi kinerja. Pembinaan dan evaluasi terhadap penatalaksanaan UKL-UPL dilakukan secara berjenjang, yaitu sebagai berikut.

1. Instansi lingkungan hidup pusat melakukan pembinaan terhadap:
 - a. pembinaan KPA Provinsi dan KPA Kab/Kota dan evaluasi UKL-UPL yang dilakukan oleh instansi lingkungan hidup provinsi dan/atau instansi lingkungan hidup kabupaten/kota;
 - b. instansi lingkungan hidup provinsi dan kabupaten/kota.
2. Instansi lingkungan hidup provinsi melakukan pembinaan terhadap:
 - a. pembinaan KPA kabupaten/kota dan evaluasi UKL-UPL yang dilakukan oleh instansi lingkungan hidup kabupaten/kota;
 - b. instansi lingkungan hidup provinsi dan kabupaten/kota.

Selain Amdal dan UKL-UPL, terdapat instrumen perizinan lain yang diatur dalam UU PPLH, yaitu izin lingkungan. Adapun proses permohonan dan penerbitan izin lingkungan, antara lain sebagai berikut.

1. Permohonan Izin Lingkungan diajukan secara tertulis oleh penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan selaku Pemrakarsa kepada Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya.
2. Permohonan izin tersebut dilakukan bersamaan dengan pengajuan penilaian Amdal dan RKL-RPL atau pemeriksaan UKL-UPL.
3. Permohonan izin tersebut harus dilengkapi dengan:
 - a. dokumen Amdal atau formulir UKL-UPL;
 - b. dokumen pendirian usaha dan/atau kegiatan;
 - c. profil usaha dan/atau kegiatan.

4. Setelah menerima permohonan izin lingkungan, Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya mengumumkan permohonan izin lingkungan.
5. Pengumuman dilakukan melalui media massa dan papan pengumuman di lokasi usaha dan/atau kegiatan.
6. Masyarakat dapat memberikan saran, pendapat, dan tanggapan terhadap pengumuman yang disampaikan melalui wakil masyarakat yang terkena dampak dan/atau organisasi masyarakat yang menjadi anggota KPA.
7. Izin lingkungan diterbitkan setelah pengumuman permohonan izin lingkungan dan dilakukan bersamaan diterbitkannya Keputusan Kelayakan LH atau Rekomendasi UKL-UPL.

Terhadap izin lingkungan yang dikeluarkan oleh pemerintah daerah, Menteri LH dalam rangka pengawasan sesuai Pasal 73 UUPLH dapat melakukan pengawasan terhadap kegiatan penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan yang izin lingkungannya diterbitkan oleh pemerintah daerah jika pemerintah pusat menganggap terjadi pelanggaran yang serius di bidang perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup.

Dalam konteks usaha dan/atau kegiatan, selain dokumen Amdal dan UKL-UPL diwajibkan pula terdapat izin usaha dan/atau kegiatan, misalnya Izin Usaha Pertambangan (IUP) batuan dalam rangka eksplorasi dan operasi produksi batuan, misalnya tanah liat, tanah urug, kerikil galian, dari bukit, kerikil sungai, dan pasir urug. Pelanggaran atas pertambangan tanpa izin (PETI) dikenai sanksi sebagaimana diatur dalam Pasal 158 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009, yaitu “Setiap orang yang melakukan usaha penambangan tanpa IUP yang menampung, memanfaatkan, melakukan pengelolaan dan pemurnian, pengangkutan, dan penjualan mineral dan batubara yang bukan dari Pemegang IUP dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp100.000.000.000,00 (seratus miliar rupiah)”.

Walau secara normatif, pengaturan mengenai aspek perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup sudah cukup baik, namun dalam praktik perusahaan pertambangan, aspek perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup menjadi salah satu pemicu terjadinya konflik baik vertikal maupun horizontal.

Permasalahan sengketa yang bermula dari aspek perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, antara lain disebabkan:

1. Pengusahaan mineral dan batubara memang tidak sama sekali dilengkapi dengan dokumen perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup yang dipersyaratkan. Dalam kasus ini, pelaku penambangan bukan saja tidak memiliki dokumen perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup namun izin pengusahaan pertambangan, baik IUP, IUPK, maupun IPR tidak dimiliki. Pelaku penambangan ini dinamakan pelaku penambangan tanpa izin. Kebanyakan pelaku penambangan ini merupakan pelaku penambangan skala kecil. Namun, karena tidak didasari oleh kaidah penambangan yang baik maka potensi kerusakan yang dimunculkan akibat usahanya sangat besar.

Misalnya penggunaan bahan merkuri dalam kegiatan penambangan emas yang dampak dari merkuri tersebut bukan saja merusak alam namun juga merusak kesehatan manusia dalam jangka panjang. Bahkan secara internasional, penggunaan merkuri telah dilarang dalam kegiatan penambangan. Hal ini sebagaimana disepakati dalam Konvensi Minamata. Konvensi ini didesain untuk melindungi kesehatan manusia dan lingkungan dari emisi serta pelepasan antropogenik merkuri dan senyawa merkuri. Indonesia menandatangani Konvensi ini pada 10 Oktober 2010. Konvensi ini merupakan bentuk keseriusan dunia mengendalikan pemakaian merkuri.

2. Pelaku penambangan memiliki dokumen perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup yang dipersyaratkan, namun dalam pembuatan dokumen tersebut cacat secara materiil. Dalam kasus ini, terjadi manipulasi keterlibatan Amdal dalam penyusunan Amdal, khususnya masyarakat terdampak dari kegiatan usaha pertambangan. Dokumen perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup yang dipersyaratkan secara prosedural memang telah terpenuhi, namun secara materiil terdapat persoalan, misalnya adanya rekayasa data untuk memuluskan pembuatan dokumen Amdal.
3. Kegiatan usaha telah sesuai dengan segala ketentuan peraturan perundang-undangan, namun dalam pelaksanaannya terdapat dampak lingkungan yang secara nyata mempengaruhi kenyamanan masyarakat sekitar penambangan. Sebagai kegiatan yang mengubah bentang alam, tentu kegiatan usaha pertambangan akan mempengaruhi lingkungan hidup masyarakat di sekitar penambangan. Fakta terjadinya perubahan inilah yang kemudian menuai perselisihan antara perusahaan penambang dengan masyarakat di sekitar tambang.

Sengketa pertambangan yang disebabkan oleh adanya permasalahan lingkungan hidup ini seringkali berakhir di pengadilan, baik melalui jalur pidana terkait penambangan tanpa izin, maupun pengadilan perdata dan tata usaha negara.

D. BENTURAN KEBERADAAN MASYARAKAT ADAT

Gesekan antara pelaku penambangan dengan masyarakat hukum adat rentan terjadi, khususnya masyarakat hukum adat yang berada dalam kawasan hutan. Keberadaan masyarakat hukum adat di suatu wilayah yang terlebih dahulu eksis dibanding dengan kegiatan penambangan di suatu wilayah sering memicu konflik sosial. Konflik ini dapat secara keras terjadi melalui konfrontasi antara perusahaan pertambangan dengan masyarakat hukum adat atau konflik yang secara tersembunyi, yaitu tersingkirnya masyarakat hukum adat dari wilayah adatnya.

Secara konstitusional, keberadaan masyarakat hukum adat telah diatur dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa: “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”. Landasan konstitusional ini masih terlihat lemah mengingat hingga saat ini landasan operasional jaminan pengakuan dan penghormatan atas masyarakat hukum adat belum ada.

Konflik antara perusahaan pertambangan dengan masyarakat adat, misalnya terjadi antara PT INCO dan masyarakat Karonsi'e Dongi di Sorowako, Sulawesi Selatan. Lahan masyarakat Karonsi'e Dongi yang digunakan secara turun temurun untuk mencukupi kebutuhan hidup melalui kegiatan menanam padi, sayur-sayuran, dan kakao serta mencari rotan, madu, dan damar di hutan, juga kegiatan mencari ikan di danau dilakukan oleh masyarakat Karonsi'e Dongi. Namun, pada tahun 1968, perusahaan tambang nikel dari Kanda, INCO memulai kegiatan eksplorasi di Sorowako, Sulawesi Selatan. Kegiatan pertambangan inilah yang kemudian memicu konflik antara masyarakat Karonsi'e Dongi dengan PT INCO. Masyarakat Karonsi'e Dongi pun merasa terusir dari wilayah adatnya.

Selain sengketa masyarakat Karonsi'e Dongi dengan perusahaan pertambangan, sengketa pun muncul antara PT Sumber Energi Jaya dengan masyarakat adat Motoling Picuan di Minahasa Selatan. Sengketa ini bahkan telah terjadi

secara fisik dengan melibatkan aparat kepolisian. Terdapat warga yang tertembak dalam kegiatan memperjuangkan wilayah adatnya yang juga merupakan wilayah izin usaha pertambangan PT Sumber Energi Jaya. PT Sumber Energi Jaya beroperasi di wilayah adat Motoling Picuan sejak tahun 2012, namun kegiatan penambangan ini mendapatkan penolakan dari masyarakat adat.

Beberapa contoh kasus di atas menjadi bukti betapa sengketa pertambangan dapat disebabkan oleh adanya benturan antara wilayah (tanah atau hutan) adat masyarakat adat dengan wilayah izin usaha pertambangan.

Jenis serta Bentuk Sengketa Pertambangan Mineral dan Batubara

Jenis serta bentuk sengketa pertambangan mineral dan batubara berbeda dengan jenis dan bentuk sengketa di sektor lain, sebut saja sengketa di bidang perdagangan. Sengketa pertambangan mineral dan batubara meliputi hampir seluruh aspek, misalnya aspek penanaman modal, perdagangan, pemerintahan, kehutanan, perindustrian, ketenagakerjaan, lingkungan hidup, dan masyarakat hukum adat.

Sengketa-sengketa di atas melibatkan hampir seluruh sektor kehidupan berbangsa dan bernegara. Ia akan berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan daerah, hubungan pemerintah pusat dan daerah, berkaitan dengan lintas kementerian/lembaga pemerintahan nonkementerian, lembaga negara, pelaku usaha, masyarakat adat, masyarakat lokal, dan tentu pelaku usaha.

Di bawah ini akan dibahas mengenai bentuk dan jenis sengketa tersebut secara lebih jelas.

A. JENIS SENKETA

1. Sengketa pemerintah (*host country*) dengan badan usaha (perusahaan pertambangan mineral dan batubara asing).
2. Sengketa antarlembaga negara (sengketa kewenangan lembaga negara).
3. Sengketa antara pemerintah dengan pemerintah daerah.
4. Sengketa antara badan usaha dengan masyarakat sekitar tambang.

1. Sengketa Antarnegara

Sengketa antarnegara dalam bidang penanaman modal di bidang pertambangan mineral dan batubara, dapat saja terjadi. Namun, sejauh ini belum pernah ada sengketa antara negara dalam hal divestasi saham di bidang pertambangan mineral dan batubara.

Sengketa antarnegara dapat terjadi apabila antara *host country* dengan *home country* berbeda dalam menafsirkan perjanjian bilateral di bidang investasi. Perbedaan tafsir terhadap perjanjian bilateral akan semakin terbuka apabila terkait dengan kerugian yang ditimbulkan dari tindakan negara pihak kepada negara pihak lainnya. Tindakan yang dapat menimbulkan konflik antarnegara, antara lain:⁴⁴

- a. Pelanggaran kewajiban *host country* (*capital importing state*), yaitu dalam bentuk pelanggaran negara tuan rumah terhadap kewajiban-kewajiban internasionalnya, seperti memberikan perlakuan yang sama; melindungi hak-hak yang diperoleh investor asing, termasuk investor asing beserta hak miliknya; menghormati hak-hak kontraktual investor asing sesuai dengan kegiatan yang dilakukan; memberikan kebebasan melakukan repatriasi modal dan keuntungan; menyediakan mekanisme penyelesaian sengketa yang efektif, adil, dan menjamin kepastian hukum.
- b. Pelanggaran kewajiban *home country* (*capital-exporting state*) negara asal investor, yaitu dalam bentuk pelanggaran negara asal investor yang tidak melaksanakan kewajiban-kewajiban internasionalnya, seperti mengarahkan agar kegiatan yang dilakukan oleh investor negara tersebut memperhatikan kewajiban negara asal, serta tidak melanggar kedaulatan negara tuan rumah dan hak-hak yang sah dari mitra lokal maupun masyarakat di tempat mereka melaksanakan kegiatan penanaman modal. Di samping itu, negara asal juga dapat menetapkan aturan-aturan mengikat badan hukum nasionalnya yang melakukan kegiatan penanaman modal asing di negara lain untuk memperhatikan: lingkungan, hak asasi manusia, demokrasi, dan lain-lain.

Pelanggaran tersebutlah yang dapat menimbulkan sengketa antara negara tuan rumah dengan negara asal investor. Sengketa antarnegara tersebut, dalam pelaksanaan divestasi saham yang menjadi pengaturan bagi investor

44 I.B.R. Supancana, *Penyelesaian Sengketa-Sengketa di Bidang Pertambangan*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan HAM, Jakarta: BPHN, 2009, hlm. 17.

di bidang penanaman modal asing, belum terjadi di Indonesia. Hal ini mengingat penanaman modal asing di bidang pertambangan mineral dan batubara dilaksanakan sesuai perjanjian kontraktual antara Pemerintah Indonesia dengan investor asing, bukan perjanjian yang dilakukan berdasarkan perjanjian bilateral antarnegara. Sengketa seringkali pula terjadi karena adanya kesenjangan antara pasar global dan kapasitas dari masyarakat.

“Today, the widening gap between global markets and the capacity of societies to manage their consequences may pressure political leaders to turn inward yet again, pulled by economically disadvantaged but politically empowered segments of their publics, as a result of which assertive nationalisms or intolerant fundamentalisms may emerge as the promised means for providing social protection. Embedding global markets in shared values and institutional practices is a far better alternative; contributing to that outcome is the broadest macro objective of this mandate.”⁴⁵

Pengaruh pasar global secara politik dapat mengubah kebijakan suatu negara untuk melakukan tindakan yang nasionalis atau fundamentalis intoleren untuk dapat melindungi kepentingan sosial masyarakatnya. Hal ini yang rentan menjadi polemik bagi negara yang telah melakukan penanaman modal di suatu negara tertentu yang merupakan bagian dari pasar global dalam hal penanaman modal. Liberalisasi tidak hanya terjadi pada pasar atau perdagangan, namun juga pada bidang usaha tertentu asing pun dapat melakukan kegiatan perusahaan di suatu negara tertentu. Inilah yang merupakan bentuk liberalisasi sumber daya alam suatu negara.

Perselisihan antarnegara dalam penanaman modal merupakan suatu hal klasik yang sudah dapat diprediksi. Hubungan antara negara dengan negara (*state-state*) pasti akan mengalami suatu pasang surut suatu hubungan, faktor kepentingan menjadi penentu apakah hubungan tersebut dapat berjalan baik atau mengalami gesekan yang bisa menjadi sengketa.

“The classic cases involve the de facto termination of the property rights of an investor in its investment, examples of which are nationalizations and direct

45 Commission on Human Rights, Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on The Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/97, 22 February 2006, page 12.

*and indirect expropriations. These measures have their history in disputes concerning diplomatic protection under customary international law, but now are the subject of specific provisions under IIAs.*⁴⁶

2. Sengketa Antara Pemerintah (*Host Country*) dan Investor (Badan Usaha)

Sengketa akan timbul apabila ada pihak yang terikat untuk melaksanakan kewajiban melanggar kewajiban tersebut, sehingga pihak lain merasa dirugikan. Kewajiban pemerintah dengan investor dapat tertuang dalam kontrak serta dapat pula tertuang dalam ketentuan hukum (peraturan perundang-undangan).

Pelanggaran yang terjadi antara pemerintah dan investor yang sering menimbulkan sengketa, dapat disebabkan oleh pelanggaran kewajiban oleh *host country*, berupa:⁴⁷

- a. Kebijakan nasionalisasi, penyitaan, dan pengambilalihan atas kepemilikan serta aset investor asing secara ilegal atau tidak sesuai dengan kaidah-kaidah hukum internasional yang berlaku.
- b. Pengambilalihan atas aset atau kepemilikan investor asing dalam berbagai variasi situasi sebagai berikut: penjualan kepemilikan secara paksa; penjualan saham secara paksa dari suatu kegiatan penanaman modal asing melalui mekanisme korporasi; tindakan pribumisasi; pengambilalihan kendali manajemen atas kegiatan penanaman modal asing; membujuk pihak lain untuk mengambil alih kepemilikan asing secara fisik; kegagalan memberikan perlindungan ketika terjadi gangguan terhadap kepemilikan investor asing; keputusan administratif yang membatalkan lisensi dan perizinan yang diperlukan oleh investor asing dalam melakukan kegiatan usaha; pengenaan pajak secara berlebihan; *expulsion* terhadap investor asing secara bertentangan dengan ketentuan internasional; tindakan pelecehan seperti pembekuan akun bank atau mendorong pemogokan, *lock out*, serta tindakan-tindakan lain yang menyebabkan kelangkaan tenaga kerja.

46 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Dispute Settlement: State-State Dispute Settlement: State-State United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2003/1, hlm. 10.

47 Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Dispute*, The Hague: Kluwer, 2000, hlm. 358.

Sengketa antara negara dengan investor dapat terjadi apabila negara tuan rumah tidak memberikan standar perlakuan nasional (*national standart of treatment*) kepada investor maupun *International Minimum Standard of Civilization*. Secara garis besar *International Minimum Standard of Civilization* terdiri atas prinsip:⁴⁸

- a. *respect for domestic law of the host state;*
- b. *no treatment below a minimum international standard;*
- c. *expropriation standard;*
- d. *pacta sunt servanda;*
- e. *due process of law;*
- f. *local remedies rule.*

Selain pelanggaran oleh *host country*, pelanggaran dapat pula terjadi karena pelanggaran yang dilakukan oleh investor. Pelanggaran tersebut dapat berupa pelanggaran terhadap kontrak (perjanjian) yang telah disepakati oleh para pihak terkait dengan kewajiban-kewajiban, misalnya kewajiban divestasi saham, pembayaran pajak dan penerimaan negara bukan pajak lainnya, seperti royalti, iuran tetap, iuran eksplorasi, iuran produksi, iuran tetap; kewajiban untuk menjaga dan melestarikan lingkungan hidup; pemberdayaan masyarakat sekitar dan tanggung jawab sosial lainnya; kewajiban dalam pengelolaan dan pemurnian serta nilai tambah pertambangan; dan lain-lain.

Terhadap pelanggaran yang dilakukan oleh pemerintah ataupun investor dapat menimbulkan sengketa yang seringkali berakhir melalui proses peradilan ataupun non-peradilan.

3. Sengketa Antara Pemerintah dengan Pemerintah Daerah

Sengketa antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah terjadi dalam penyelenggaraan pertambangan mineral dan batubara. Sengketa pertambangan antara pemerintah daerah dengan pemerintah pusat dapat dilihat secara nyata melalui upaya perlawanan pemerintah daerah atas kebijakan baik regulasi maupun bukan regulasi. Perlawanan terhadap kebijakan tersebut, misalnya dengan adanya pengajuan permohonan uji materiil atas UU No. 4 Tahun 2009. Walaupun undang-undang merupakan produk kekuasaan anggota DPR sebagaimana tercantum UUD 1945 bahwa DPR RI merupakan pemegang kekuasaan pembentukan undang-

48 Nicolaas Jan Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in An Interdependent World*, *op.cit.*, hlm. 164.

undang, namun mengingat dalam penyusunan dan pembahasan rancangan undang-undang melibatkan Presiden bahkan suatu rancangan undang-undang harus mendapat persetujuan bersama antara Presiden dengan DPR RI, maka upaya penolakan pemerintah daerah tertentu atas substansi undang-undang dapat dipandang sebagai konflik antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah.

Bupati Kutai Timur Isran Noor, misalnya mengajukan permohonan uji materiil atas beberapa pasal dalam UU No. 4 Tahun 2009 ke Mahkamah Konstitusi. Pengajuan uji materiil tersebut, misalnya terkait dengan kewenangan penetapan wilayah pertambangan dan wilayah izin usaha pertambangan. Dalam UU No. 4 Tahun 2009 diatur bahwa wilayah pertambangan dan wilayah izin usaha pertambangan ditetapkan oleh pemerintah pusat setelah berkoordinasi dengan pemerintah daerah. Ketentuan ini diajukan uji materiil ke Mahkamah Konstitusi yang oleh Mahkamah Konstitusi kemudian diputuskan bahwa pemerintah daerah berwenang menentukan wilayah pertambangan dan wilayah izin usaha pertambangan, tidak seperti sebelumnya hanya bersifat koordinatif dengan pemerintah pusat.

4. Sengketa Antara Badan Usaha dengan Masyarakat Sekitar Tambang

Sengketa antara badan usaha dengan masyarakat adat atas eksistensi perusahaan pertambangan terjadi sedemikian rupa. Konflik dimulai dengan adanya tumpang tindih antara wilayah izin usaha pertambangan perusahaan pertambangan dengan tanah adat/tanah *ulayat* masyarakat hukum adat. Masyarakat adat atau masyarakat hukum adat memiliki tanah ulayah sesuai dengan hukum adatnya.

Dalam konsideran menimbang huruf c Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) dinyatakan bahwa hukum agraria tersebut mempunyai sifat dualisme, dengan berlakunya hukum adat di samping hukum agraria yang didasarkan atas hukum Barat. Berdasarkan ketentuan dalam UUPA jelas bahwa eksistensi hukum adat dalam kaitannya dengan hukum agraria memiliki kedudukan hukum yang jelas dalam sistem hukum nasional Indonesia.

Selanjutnya dalam Pasal 3 UUPA diatur pula bahwa dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak *ulayat* dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta

tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi. Bahkan secara konstitusional, ketentuan mengenai masyarakat hukum adat diatur dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 dinyatakan bahwa negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.

Secara normatif, beberapa ketentuan mengenai masyarakat hukum adat diatur dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat. Beberapa substansi terkait masyarakat hukum adat dalam peraturan tersebut, antara lain sebagai berikut.

- a. Masyarakat hukum adat adalah warga negara Indonesia yang memiliki karakteristik khas, hidup berkelompok secara harmonis sesuai hukum adatnya, memiliki ikatan pada asal usul leluhur dan/atau kesamaan tempat tinggal, terdapat hubungan yang kuat dengan tanah dan lingkungan hidup, serta adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial, budaya, hukum, dan memanfaatkan satu wilayah tertentu secara turun temurun.
- b. Wilayah adat adalah tanah adat yang berupa tanah, air, dan/atau perairan beserta sumber daya alam yang ada di atasnya dengan batas-batas tertentu, dimiliki, dimanfaatkan, dan dilestarikan secara turun temurun dan secara berkelanjutan untuk memenuhi kebutuhan hidup masyarakat yang diperoleh melalui pewarisan dari leluhur mereka atau gugatan kepemilikan berupa tanah *ulayat* atau hutan adat.
- c. Hukum adat adalah seperangkat norma atau aturan, baik yang tertulis maupun tidak tertulis, yang hidup dan berlaku untuk mengatur tingkah laku manusia yang bersumber pada nilai budaya bangsa Indonesia, yang diwariskan secara turun temurun, yang senantiasa ditaati dan dihormati untuk keadilan dan ketertiban masyarakat, dan mempunyai akibat hukum atau sanksi.

Keberadaan masyarakat hukum adat yang secara historis telah ada bahkan sebelum Negara Kesatuan Republik Indonesia ini berdiri, mengalami gangguan atas eksistensinya apabila terjadi benturan wilayah hukum adatnya dengan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara. Sesungguhnya dalam UU

No. 4 Tahun 2009 dan hampir seluruh undang-undang di bidang sumber daya alam telah diatur mengenai penggunaan tanah untuk kegiatan usahanya. Dalam Pasal 136 UU Minerba diatur bahwa:

- (1) Pemegang IUP atau IUPK sebelum melakukan kegiatan operasi produksi wajib menyelesaikan hak atas tanah dengan pemegang hak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (2) Penyelesaian hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara bertahap sesuai dengan kebutuhan atas tanah oleh pemegang IUP atau IUPK.

Namun, ketentuan dalam UU No. 4 Tahun 2009 tidak implementatif apabila ditujukan pada hak atas tanah masyarakat hukum. Hal ini didasari dengan belum jelasnya mekanisme pengakuan dan jaminan masyarakat hukum adat termasuk pelembagaan masyarakat hukum adat dengan hak-hak tradisionalnya. Akhirnya, pembangunan kegiatan usaha pertambangan tetap dilakukan dengan tanpa adanya mekanisme penggunaan tanah adat atas kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara yang berada di atas tanah adat.

Hal ini memicu konflik atau sengketa antara pelaku usaha dengan masyarakat hukum adat. Bahkan secara normatif diatur dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2012 tentang Penanganan Konflik Sosial. Dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2012 tentang Penanganan Konflik Sosial dinyatakan bahwa konflik bersumber dari:

- a. permasalahan yang berkaitan dengan politik, ekonomi, dan sosial budaya;
- b. perseteruan antarumat beragama dan/atau interumat beragama, antarsuku, dan antaretnis;
- c. sengketa batas wilayah desa, kabupaten/kota, dan/atau provinsi;
- d. sengketa sumber daya alam antarmasyarakat dan/atau antarmasyarakat dengan pelaku usaha; atau
- e. distribusi sumber daya alam yang tidak seimbang dalam masyarakat.

Berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2012 tentang Penanganan Konflik Sosial, maka salah satu sumber konflik sengketa ialah sengketa sumber daya alam antarmasyarakat dan/atau antarmasyarakat dengan pelaku usaha. Tak hanya itu, distribusi sumber daya alam yang tidak seimbang dalam masyarakat pun merupakan salah satu sumber konflik yang terjadi dalam sektor pengusahaan sumber daya alam.

Konflik misalnya terjadi antara masyarakat adat Motoling Picuan yang tidak setuju adanya perusahaan tambang emas PT SEJ di Minahasa Selatan, masyarakat adat Suku Nanga di Manggarai Timur dengan perusahaan tambang PT ABP yang berawal dari kesepakatan memberikan *lingko* (tanah milik adat) dari masyarakat adat kepada PT ABP, serta masyarakat adat Pulau Buru (Kayeli) dengan PT CCP dan PT BPS.

Sumber konflik berupa sengketa sumber daya alam antarmasyarakat dan/ atau antarmasyarakat dengan pelaku usaha. Rentan terjadi didasari oleh adanya komodifikasi sumber daya alam untuk menghasilkan kemanfaatan ekonomi namun tidak memberikan kemanfaatan secara sosial dan lingkungan hidup. Benturan kepentingan antara pelaku usaha dan masyarakat hukum adat dalam memandang komoditas sumber daya alam secara berbeda seringkali merugikan kaum rentan. Dalam hal ini masyarakat hukum adat.

B. BENTUK SENGGKETA

1. Sengketa Pidana

Sengketa pidana dalam bahasan ini berkaitan dengan adanya tindakan pidana, perbuatan pidana, atau peristiwa pidana yang terjadi dalam kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara. Sengketa ini berkaitan dengan adanya aturan ketentuan pidana dalam peraturan perundang-undangan di bidang pertambangan mineral dan batubara, baik dalam undang-undang maupun dalam peraturan daerah yang memungkinkan ketentuan pidana diatur dalam kedua instrumen hukum itu.

Dalam UU No. 4 Tahun 2009, terdapat 7 (tujuh) pasal yang mengatur mengenai pidana, yaitu Pasal 158 sampai dengan Pasal 165 UU No. 4 Tahun 2009. Beberapa ketentuan tersebut, yaitu sebagai berikut.

- a. Setiap orang yang melakukan usaha penambangan tanpa IUP, IPR, atau IUPK dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah) (Pasal 158).
- b. Setiap pemegang IUP, IPR atau IUPK yang dengan sengaja menyampaikan laporan yang menjadi kewajibannya dengan tidak benar atau menyampaikan keterangan palsu dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah) (Pasal 159).

- c.
 1. Setiap orang yang melakukan eksplorasi tanpa memiliki IUP atau IUPK dipidana dengan pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) (Pasal 160 ayat (1)).
 2. Setiap orang yang mempunyai IUP Eksplorasi tetapi melakukan kegiatan operasi produksi dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah) (Pasal 160 ayat (1)).
- d. Setiap orang atau pemegang IUP Operasi Produksi atau IUPK Operasi Produksi yang menampung, memanfaatkan, melakukan pengolahan dan pemurnian, pengangkutan, penjualan mineral dan batubara yang bukan dari pemegang IUP, IUPK, atau izin dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah) (Pasal 161).
- e. Setiap orang yang merintang atau mengganggu kegiatan usaha pertambangan dari pemegang IUP atau IUPK yang telah memenuhi syarat-syarat telah melakukan penyelesaian hak atas tanah sebelum melakukan kegiatan operasi produksi dipidana dengan pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah) (Pasal 162).

Selanjutnya dalam Pasal 163 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2009 diatur bahwa dalam hal tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam bab ini dilakukan oleh suatu badan hukum, selain pidana penjara dan denda terhadap pengurusnya, pidana yang dapat dijatuhkan terhadap badan hukum tersebut berupa pidana denda dengan pemberatan ditambah 1/3 (satu per tiga) kali dari ketentuan maksimum pidana denda yang dijatuhkan. Selain pidana denda, badan hukum dapat dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan izin usaha dan/atau pencabutan status badan hukum (Pasal 163 ayat (2)).

Selanjutnya dalam Pasal 164 diatur bahwa selain ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 158, Pasal 159, Pasal 160, Pasal 161, dan Pasal 162 kepada pelaku tindak pidana dapat dikenai pidana tambahan berupa:

- a. perampasan barang yang digunakan dalam melakukan tindak pidana;
- b. perampasan keuntungan yang diperoleh dari tindak pidana; dan/atau
- c. kewajiban membayar biaya yang timbul akibat tindak pidana.

Kemudian aturan pidana mengenai setiap orang yang mengeluarkan IUP, IPR, atau IUPK yang bertentangan dengan undang-undang ini dan menyalahgunakan kewenangannya diberi sanksi pidana paling lama 2 (dua) tahun penjara dan denda paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) (Pasal 165).

Dari berbagai ketentuan pidana di atas, ketentuan yang marak terjadi ialah mengenai pertambangan tanpa izin (PETI) yang diatur dalam Pasal 158 dan Pasal 160 UU No. 4 Tahun 2009. PETI merupakan fenomena pertambangan yang marak terjadi, misalnya di kawasan Gunung Botak Maluku, Gunung Ponggor Bogor, Bangka Belitung, Muara Bungo Jambi, dan hampir di seluruh wilayah Indonesia yang memiliki potensi pertambangan mineral dan batubara.

PETI lazim dilakukan oleh penambang skala kecil yang memanfaatkan lahan-lahan tertentu untuk melakukan kegiatan penambangan secara tradisional. Kebanyakan dari mereka melakukan kegiatan penambangan hanya untuk memenuhi kebutuhan hidup sehari-hari. Hal ini menjadi dilema bagi aparat penegak hukum. Permasalahan PETI ini akan dibahas dalam satu bab tersendiri.

Sengketa hukum pidana ini dimaknai sebagai adanya suatu perbuatan pidana yang diatur dalam UU No. 4 Tahun 2009. Apabila terjadi perbuatan pidana ini maka penyelesaiannya pun dilakukan melalui sistem peradilan pidana terpadu. Mulai dari kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan, termasuk lembaga permasyarakatan apabila perkara tersebut telah berkekuatan hukum tetap.

2. Sengketa Administrasi Negara

Sengketa administrasi negara dalam bidang pertambangan mineral dan batubara meliputi 2 (dua) bentuk sengketa, yaitu:

- a. sengketa administrasi akibat pelanggaran administrasi yang dilakukan oleh pelaku usaha pertambangan mineral dan batubara; dan
- b. sengketa administrasi negara akibat perbuatan dan/atau tindakan pejabat atau badan administrasi negara.

a. Sengketa Akibat Pelanggaran Administrasi Negara Oleh Pelaku Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara

Sengketa ini muncul karena adanya pelanggaran administrasi negara yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan di bidang pertambangan mineral dan batubara, antara lain undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan menteri, serta peraturan daerah.

Dalam UU No. 4 Tahun 2009, beberapa ketentuan sengketa administrasi negara tertuang di dalam Pasal 151 sampai dengan Pasal 157. Pasal 151 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2009 mengatur mengenai pemberian sanksi administrasi oleh Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral, gubernur, dan bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya. Berdasarkan UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, kewenangan bupati/walikota terkait penyelenggaraan pertambangan mineral dan batubara diserahkan kepada gubernur, sehingga bupati/walikota tidak memiliki kewenangan dalam penyelenggaraan pertambangan mineral dan batubara. Dampak tiadanya kewenangan ini berdampak pula pada kewenangan pemberian sanksi administrasi negara atas pelanggaran hukum administrasi negara oleh pelaku usaha pertambangan.

Dalam Pasal 151 diatur mengenai beberapa pelanggaran administrasi negara, antara lain:

- 1) pelanggaran pemegang IUP atas kewajiban pengajuan permohonan IUP baru kepada Menteri ESDM, gubernur, bupati/walikota sesuai kewenangannya dalam hal pemegang IUP menemukan mineral lain (Pasal 40 ayat (3));
- 2) pelanggaran pemegang IUP yang tidak berminat untuk mengusahakan mineral lain yang ditemukan sebagaimana arena menjaga mineral lain tersebut agar tidak dimanfaatkan pihak lain (Pasal 40 ayat (5));
- 3) pelanggaran pemegang IUP atas kewajiban melaporkan kepada pemberi IUP dalam hal kegiatan eksplorasi dan kegiatan studi kelayakan, pemegang IUP Eksplorasi yang mendapatkan mineral atau batubara yang tergali (Pasal 43 ayat (1));
- 4) pelanggaran pemegang IUP atas kewajiban pemegang IUP Eksplorasi yang ingin menjual mineral atau batubara untuk mengajukan izin sementara untuk melakukan pengangkutan dan penjualan (Pasal 40 ayat (2));
- 5) pelanggaran atas kewajiban pemegang IPR untuk:
 - (a) melakukan kegiatan penambangan paling lambat 3 (tiga) bulan setelah IPR diterbitkan,
 - (b) mematuhi peraturan perundang-undangan di bidang keselamatan dan kesehatan kerja pertambangan, pengelolaan lingkungan, dan memenuhi standar yang berlaku,
 - (c) mengelola lingkungan hidup bersama pemerintah daerah,
 - (d) membayar iuran tetap dan iuran produksi, dan

- (e) menyampaikan laporan pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan rakyat secara berkala kepada pemberi IPR (Pasal 70);
- 6) pelanggaran atas pemegang IPR dalam melakukan kegiatan pertambangan rakyat untuk menaati ketentuan persyaratan teknis pertambangan (Pasal 71 ayat (1)).

Selain ketentuan di atas, terdapat beberapa ketentuan lain, yaitu dalam Pasal 71 ayat (1), Pasal 74 ayat (4), Pasal 74 ayat (6), Pasal 81 ayat (1), Pasal 93 ayat (3), Pasal 95, Pasal 96, Pasal 97, Pasal 98, Pasal 99, Pasal 100, Pasal 102, Pasal 103, Pasal 105 ayat (3), Pasal 105 ayat (4), Pasal 107, Pasal 108 ayat (1), Pasal 110, Pasal 111 ayat (1), Pasal 112 ayat (1), Pasal 114 ayat (2), Pasal 115 ayat (2), Pasal 125 ayat (3), Pasal 126 ayat (1), Pasal 128 ayat (1), Pasal 129 ayat (1), atau Pasal 130 ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009.

Atas pelanggaran sengketa, ketentuan peraturan perundang-undangan mineral dan batubara telah mengatur pula mengenai jenis sanksi administrasi yang dapat diberikan, yaitu peringatan tertulis, penghentian sementara sebagian atau seluruh kegiatan eksplorasi atau operasi produksi, dan/atau pencabutan IUP, IPR, atau IUPK. Sanksi administrasi tersebut diberikan terhadap putusan tata usaha negara yang telah dikeluarkan oleh pejabat tata usaha negara. Pemberlakuan sanksi administrasi ini dapat dimintakan upaya hukum melalui jalur pengadilan yaitu tata usaha negara.

b. Sengketa Administrasi Negara Akibat Perbuatan dan/atau Tindakan Pejabat atau Badan Administrasi Negara

Dalam Pasal 1 angka 9 UU No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yaitu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final yang menimbulkan akibat hukum. Unsur keputusan tata usaha negara ada 6 (enam), yaitu:⁴⁹

- 1) bentuk penetapan itu harus tertulis;
- 2) dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara;
- 3) berisi tindakan hukum tata usaha negara;

49 Indroharto, "Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I, Beberapa Pengertian Dasar Peradilan Tata Usaha Negara", Cet. Keenam, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1996, hlm. 162-163.

- 4) berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- 5) bersifat konkret, individual, dan final;
- 6) menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Selanjutnya pengaturan dalam UU No. 5 Tahun 1986 diperlengkap dengan terbitnya UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Dalam Pasal 1 angka 7 UU No. 30 Tahun 2014 disebutkan bahwa keputusan administrasi pemerintahan yang juga disebut keputusan tata usaha negara atau keputusan administrasi negara yang selanjutnya disebut keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Selanjutnya diartikan pula bahwa tindakan administrasi pemerintahan yang selanjutnya disebut tindakan adalah perbuatan pejabat pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

Berdasarkan hal tersebut maka setiap keputusan tertulis dari badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan yang dianggap merugikan pihak lain yang terdampak putusan, merupakan produk tata usaha negara yang dapat dilakukan upaya hukum. Upaya hukum yang dapat dilakukan, meliputi:

- 1) keberatan,
- 2) banding,
- 3) permohonan ke pengadilan tata usaha negara, dan
- 4) gugatan ke pengadilan tata usaha negara.

Pertama, keberatan. Keberatan merupakan upaya administratif, yaitu proses penyelesaian sengketa yang dilakukan dalam lingkungan administrasi pemerintahan sebagai akibat dikeluarkannya keputusan dan/atau tindakan yang merugikan. Warga masyarakat yang dirugikan terhadap keputusan dan/atau tindakan dapat mengajukan upaya administratif kepada pejabat pemerintahan atau atasan pejabat yang menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan. Pengaturan mengenai keberatan ini terdapat dalam Pasal 75, Pasal 76, dan Pasal 77 UU No. 30 Tahun 2014.

Badan dan/atau pejabat pemerintahan berwenang menyelesaikan keberatan atas keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan yang diajukan oleh warga masyarakat. Dalam hal warga masyarakat tidak menerima atas penyelesaian keberatan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan, warga

masyarakat dapat mengajukan banding kepada atasan pejabat. Apabila warga masyarakat tidak menerima atas penyelesaian banding oleh atasan pejabat, warga masyarakat dapat mengajukan gugatan ke pengadilan. Penyelesaian upaya administratif keberatan ini berkaitan dengan batal atau tidak sahnya keputusan dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan tuntutan administratif.

Keputusan dapat diajukan keberatan dalam waktu paling lama 21 (dua puluh satu) hari kerja sejak diumumkannya keputusan tersebut oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan. Keberatan diajukan secara tertulis kepada badan dan/atau pejabat pemerintahan yang menetapkan keputusan. Selanjutnya, dalam hal keberatan diterima, badan dan/atau pejabat pemerintahan wajib menetapkan keputusan sesuai permohonan keberatan. Pemrosesan keberatan ini diberi jangka waktu, yaitu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja, badan dan/atau pejabat pemerintahan harus menyelesaikan keberatan. Dalam hal badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak menyelesaikan keberatan dalam jangka waktu), keberatan dianggap dikabulkan. Keberatan yang dianggap dikabulkan, ditindaklanjuti dengan penetapan keputusan sesuai dengan permohonan keberatan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan. Badan dan/atau pejabat pemerintahan wajib menetapkan keputusan sesuai dengan permohonan paling lama 5 (lima) hari kerja setelah berakhirnya tenggang waktu.

Kedua, selain upaya administratif keberatan, terdapat pula upaya administratif banding. Banding merupakan upaya administratif yang dilakukan dalam hal warga masyarakat tidak menerima atas penyelesaian keberatan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan, warga masyarakat dapat mengajukan banding kepada atasan pejabat. Artinya apabila keberatan yang diajukan dan telah diputuskan oleh pejabat dan/atau badan administrasi atas putusan tersebut warga masyarakat tidak menerima putusan itu maka ia dapat mengajukan banding ke atas pejabat yang membuat putusan tata usaha negara.

Keputusan dapat diajukan banding dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja sejak keputusan upaya keberatan diterima. Banding harus diajukan secara tertulis kepada atasan pejabat yang menetapkan keputusan. Dalam hal banding dikabulkan, badan dan/atau pejabat pemerintahan wajib menetapkan keputusan sesuai dengan permohonan banding. Badan dan/atau pejabat pemerintahan menyelesaikan banding paling lama 10 (sepuluh) hari kerja. Namun, apabila badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak menyelesaikan banding dalam jangka waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (4), keberatan dianggap

dikabulkan. Badan dan/atau pejabat pemerintahan wajib menetapkan keputusan sesuai dengan permohonan paling lama 5 (lima) hari kerja setelah berakhirnya tenggang waktu.

Ketiga, upaya hukum selanjutnya, yaitu upaya hukum permohonan ke pengadilan tata usaha negara. Upaya hukum berupa permohonan ini merupakan suatu terobosan baru dalam bidang hukum administrasi negara. Pengaturan baru ini tertuang dalam Pasal 21 UU No. 30 Tahun 2014, yang materi muatannya sebagai berikut.

- 1) Pengadilan tata usaha negara berwenang menerima, memeriksa, dan memutuskan ada atau tidak adanya unsur penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan.
- 2) Badan dan/atau pejabat pemerintahan dapat mengajukan permohonan kepada pengadilan tata usaha negara untuk menilai ada atau tidak ada unsur penyalahgunaan wewenang dalam keputusan dan/atau tindakan.
- 3) Pengadilan tata usaha negara wajib memutus permohonan paling lama 21 (dua puluh satu) hari kerja sejak permohonan diajukan.
- 4) Terhadap putusan pengadilan tata usaha negara dapat diajukan banding ke pengadilan tinggi tata usaha negara.
- 5) Pengadilan tinggi tata usaha negara wajib memutus permohonan banding paling lama 21 (dua puluh satu) hari kerja sejak permohonan banding diajukan.
- 6) Putusan pengadilan tinggi tata usaha negara bersifat final dan mengikat.

Ketentuan ini kemudian diatur lebih lanjut dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 5 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara untuk Memperoleh Atas Penerimaan Permohonan Guna Mendapatkan Keputusan dan/atau Tindakan Badan atau Pejabat Pemerintahan. Dalam Peraturan Mahkamah Agung itu diatur mengenai materi permohonan, tata cara pengajuan permohonan, registrasi perkara dan penjadwalan sidang, pemeriksaan, dan putusan.

Dalam sidang pemeriksaan terdapat 8 (delapan) proses pemeriksaan, yaitu pemeriksaan pokok permohonan, pemeriksaan tanggapan permohonan, pemeriksaan bukti surat atau tulisan, mendengarkan keterangan saksi, mendengarkan keterangan ahli, pemeriksaan alat bukti lain yang berupa informasi atau dokumen elektronik.

Semua tahapan sidang dari awal (registrasi perkara) sampai putusan harus telah selesai dalam jangka waktu 21 (dua puluh satu) hari.

Keempat, upaya hukum berupa gugatan ke pengadilan tata usaha negara. Upaya hukum ke pengadilan tata usaha negara dapat dilakukan melalui 2 (dua) skema, yaitu melalui upaya permohonan dan upaya gugatan.

Dalam Pasal 76 ayat (3) UU No. 30 Tahun 2014 diatur bahwa dalam hal warga masyarakat tidak menerima atas penyelesaian banding oleh atasan pejabat, warga masyarakat dapat mengajukan gugatan ke pengadilan. Gugatan ke pengadilan tata usaha negara dilakukan sesuai dengan ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan UU No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 5 Tahun 1986. Dalam Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1986 disebutkan bahwa gugatan adalah permohonan yang berisi tuntutan terhadap badan atau pejabat tata usaha negara dan diajukan ke pengadilan untuk mendapatkan putusan.

Dalam Pasal 53 UU No. 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 5 Tahun 1986 diatur bahwa:

- 1) Orang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu keputusan tata usaha negara dapat mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi tuntutan agar keputusan tata usaha negara yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan/atau direhabilitasi.
- 2) Alasan-alasan yang dapat digunakan dalam gugatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah:
 - (a) keputusan tata usaha negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
 - (b) keputusan tata usaha negara yang digugat itu bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Hukum acara mengenai gugatan ke pengadilan tata usaha negara telah lengkap diatur dalam UU No. 5 Tahun 1986 sebagaimana beberapa kali telah diubah yang terakhir dengan UU No. 51 Tahun 2009.

Keempat cara tersebut, baik melalui keberatan, banding, permohonan ke pengadilan tata usaha negara yang dapat diajukan banding ke pengadilan tinggi tata usaha negara, serta gugatan ke pengadilan tata usaha negara yang dapat diajukan upaya hukum ke pengadilan tinggi tata usaha negara dan Mahkamah Agung, merupakan cara penyelesaian sengketa administratif yang dapat dilakukan atas sengketa tata usaha negara di bidang pertambangan mineral dan batubara.

3. Sengketa Tata Negara

Sengketa tata negara dalam bahasan ini ialah terkait mengenai sengketa produk berupa peraturan perundang-undangan yang diajukan uji materiil, baik ke Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Terdapat peraturan perundang-undangan di bidang pertambangan mineral dan batubara upaya penyelesaian sengketa berupa uji materiil peraturan perundang-undangan telah beberapa kali dilakukan, antara lain beberapa pasal dalam UU No. 4 Tahun 2009, Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2014 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010, dan Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 7 Tahun 2011. Kedua peraturan terakhir mengatur mengenai kewajiban pengolahan dan/atau pemurnian di dalam negeri atas hasil pertambangan mineral.

a. Uji Materiil Undang-Undang terhadap UUD 1945

Salah satu sengketa yang timbul di bidang pertambangan ialah sengketa implementasi norma hukum secara konkret di masyarakat. Norma hukum yang ada dalam undang-undang memang tidak selamanya sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat, terdapat *implementation problem*. Ada kesenjangan antara norma dengan praktik hukum di masyarakat. Apalagi praktik hukum itu dianggap bertentangan dengan UUD 1945.

Bentuk upaya hukum yang dapat diajukan oleh pihak yang mengalami kerugian konstitusional dari penerapan norma hukum dapat mengajukan uji materiil undang-undang ke Mahkamah Konstitusi. Sudah sekitar 9 (sembilan) kali UU No. 4 Tahun 2009 diajukan uji materiil ke Mahkamah Konstitusi. Kewenangan Mahkamah Konstitusi ini sesuai dengan Pasal 24C UUD 1945. Bentuk pengajuan uji materiil atas suatu undang-undang merupakan salah satu cara penyelesaian sengketa yang sering menjadi pilihan para pihak untuk mencari kebenaran konstitusional atas suatu undang-undang.

b. Uji Materi Peraturan di Bawah Undang-Undang

Suatu undang-undang tentu akan memiliki peraturan pelaksanaan. UU No. 4 Tahun 2009 memiliki 4 peraturan pemerintah, yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 22 Tahun 2010 tentang Wilayah Pertambangan, Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2014, Peraturan Pemerintah Nomor 55 Tahun 2010

tentang Pembinaan dan Pengawasan Pertambangan Mineral dan Batubara, serta Peraturan Pemerintah Nomor 78 Tahun 2010 tentang Reklamasi dan Pascatambang.

Begitu pula dengan peraturan pelaksanaan dari peraturan pemerintah tersebut yang diatur lebih lanjut dalam peraturan menteri. Terdapat beberapa peraturan menteri energi dan sumber daya mineral yang terbit berdasarkan perintah dari peraturan-peraturan pemerintah di atas.

Terbitnya peraturan pelaksanaan dari undang-undang dan peraturan pelaksanaan dari peraturan pemerintah pun memiliki potensi sengketa. Dalam Pasal 24A UUD 1945 diatur bahwa Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.

Dalam Pasal 24A UUD 1945, Mahkamah Agung memiliki kewenangan untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Hal ini dipertegas dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Sebagai peraturan perundang-undangan yang mengatur publik maka tentu suatu regulasi berpotensi menimbulkan kerugian bagi pihak tertentu. Upaya uji materiil peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang ke Mahkamah Agung merupakan salah satu forum penyelesaian konflik baik konflik penafsiran maupun konflik pelaksanaan norma hukum secara praktis.

4. Sengketa Perdata

Sengketa perdata berkaitan dengan sengketa antara para pihak dalam kontrak. Dalam pengusahaan pertambangan memungkinkan adanya skema kontraktual. Kontrak, misalnya terjadi antara pemerintah dengan perusahaan pertambangan dalam Kontrak Karya atau Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Mineral dan Batubara. Walau dalam kontrak disepakati pilihan hukum melalui arbitrase, namun secara asasi sengketa kontraktual merupakan sengketa keperdataan. Hanya masalah forum penyelesaiannya dapat dilakukan di dalam pengadilan atau melalui upaya di luar pengadilan, misal mediasi, arbitrase, dan rekonsiliasi.

Selain antara pemerintah dengan pelaku usaha, sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa pelaku usaha pun dapat berhubungan secara kontraktual

dengan pihak lain, misalnya terkait mengenai perjanjian pendirian perseroan terbatas, perjanjian jasa pertambangan, perjanjian pembelian saham, dan lain-lain. Perjanjian ini merupakan hubungan hukum antara para pihak yang dalam pelaksanaannya dapat menimbulkan sengketa antara pihak. Sengketa perjanjian atau kontrak ini disebut sengketa perdata.

C. SENSKETA ANTARSEKTORAL PENYELENGGARA PEMERINTAHAN

Sengketa sektoral ini sengketa yang terjadi didasari oleh 2 (dua) hal, yaitu sengketa peraturan perundang-undangan dan sengketa kewenangan penyelenggaraan urusan pemerintahan.

Pertama sengketa peraturan perundang-undangan antara sektor nonpertambangan mineral dan batubara dengan sektor lain, misalnya dengan sektor perindustrian. Terbitnya UU No. 3 Tahun 2014 tentang Perindustrian terkait pengaturan izin usaha industri berbenturan dengan pengaturan mengenai izin usaha pertambangan khusus pengelolaan dan/atau pemurnian dalam rezim regulasi pertambangan mineral dan batubara. Objek perizinan izin usaha pertambangan khusus pengelolaan dan/atau pemurnian yang hasil izin ini ialah pembangunan *smelter* terduplikasi dengan adanya kewajiban izin usaha industri. Fakta di lapangan, pemegang IUP atau perusahaan non-IUP dapat mendirikan *smelter* dengan tidak menggunakan instrumen hukum berupa IUP Khusus pengolahan atau pemurnian namun dengan menggunakan izin usaha industri karena *smelter* merupakan kegiatan industri dalam rezim peraturan perundang-undangan perindustrian. Ini menjadi konflik regulasi.

Lain pula dengan terbitnya UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah yang mengubah banyak substansi kewenangan pemerintah daerah yang telah ada dalam UU No. 4 Tahun 2009. Dalam UU No. 23 Tahun 2014, seluruh kewenangan yang dimiliki oleh bupati/walikota diserahkan kepada gubernur sehingga bupati/walikota tidak memiliki kewenangan penyelenggaraan pertambangan mineral dan batubara.

Selain itu, masalah benturan sektor regulasi dan kewenangan kelembagaan penyelenggaraan pertambangan mineral dan batubara terjadi dalam sektor penataan ruang, kawasan hutan, dan wilayah pertambangan. Ketiga sektor ini memiliki rezim penetapan ruang yang berbeda-beda sesuai dengan peraturan perundang-undangan masing-masing. Dalam praktik, banyak ruang yang sama

ditetapkan berbeda antara sektor, misalnya beberapa wilayah di Kalimantan Tengah terjadi tumpang tindih antara kawasan hutan dengan kawasan pertambangan dan perkebunan. Di Pulau Batam terjadi benturan antara kawasan hutan dengan hak pengelolaan atas tanah kepada Badan Pengusahaan Batam (Otorita Batam) sehingga berpengaruh pula pada penetapan wilayah pertambangan.

Benturan regulasi sektor dan kewenangan penyelenggaraan urusan pemerintahan ini menjadi salah satu bentuk sengketa yang terjadi dalam pertambangan mineral dan batubara. Hingga saat ini benturan ini masih berlangsung dan diperlukan harmonisasi yang optimal karena level ketiga regulasi ini setingkat undang-undang.

Benturan lainnya, misalnya mengenai eksistensi masyarakat hukum adat yang diakui dan dijamin oleh UUD 1945 pun menjadi salah satu potensi konflik yang sangat besar. Kegiatan usaha pertambangan yang banyak berada dalam wilayah adat masyarakat hukum adat melahirkan konflik baik vertikal maupun horizontal. Hutan-hutan keramat masyarakat hukum adat dibuka untuk kegiatan pertambangan, masyarakat hukum adat tersingkir dalam wilayah adatnya karena kegiatan penambangan, serta kerusakan lingkungan yang merugikan masyarakat hukum adat merupakan beberapa contoh sebab terjadinya sengketa.

Sumber Hukum Penyelesaian Sengketa Pertambangan

Penyelesaian sengketa pertambangan merupakan bagian dari penyelesaian sengketa pada umumnya. Penyelesaian sengketa yang terjadi memiliki pilihan forum dan pilihan hukum beragam yang atas sengketa pertambangan berlaku hal tersebut sebagaimana sengketa penanaman modal dan perdagangan. Di bawah ini akan dibahas mengenai sumber hukum penyelesaian sengketa.

A. KETENTUAN HUKUM NASIONAL

1. UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial

Perseteruan dan/atau benturan antarkelompok masyarakat dapat menimbulkan konflik sosial yang mengakibatkan terganggunya stabilitas nasional dan terhambatnya pembangunan nasional. Hal inilah yang menjadi salah satu pertimbangan adanya pengaturan mengenai penanganan konflik sosial yang tertuang dalam UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial.

Keanekaragaman suku, agama, ras, dan budaya Indonesia dengan jumlah penduduk lebih dari 230 juta jiwa, pada satu sisi merupakan suatu kekayaan bangsa yang secara langsung ataupun tidak langsung dapat memberikan kontribusi positif bagi upaya menciptakan kesejahteraan masyarakat. Namun pada sisi lain, kondisi tersebut dapat membawa dampak buruk bagi kehidupan nasional apabila terdapat ketimpangan pembangunan, ketidakadilan serta kesenjangan sosial dan ekonomi, juga ketidakterkendalian dinamika kehidupan politik.⁵⁰

⁵⁰ Penjelasan Umum UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial.

Terdapat 3 (tiga) argumen perlunya regulasi mengenai penanganan konflik sosial, yaitu argumen filosofis, sosiologis, dan yuridis. Argumentasi filosofis berkaitan dengan *pertama*, jaminan tetap eksisnya cita-cita pembentukan Negara Kesatuan Republik Indonesia, mewujudkan persatuan dan kesatuan bangsa, tanpa diganggu akibat perbedaan pendapat atau konflik yang terjadi di antara kelompok masyarakat.⁵¹

Kedua, tujuan Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah melindungi segenap bangsa Indonesia yang terdiri atas beragam suku bangsa, agama, dan budaya serta melindungi seluruh tumpah darah Indonesia, termasuk memberikan jaminan rasa aman dan bebas dari rasa takut dalam rangka terwujudnya kesejahteraan umum sebagaimana diamanatkan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.⁵²

Ketiga, tanggung jawab negara memberikan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi melalui upaya penciptaan suasana yang aman, tenteram, damai, dan sejahtera baik lahir maupun batin sebagai wujud hak setiap orang atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda serta hak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan.⁵³ Bebas dari rasa takut merupakan jaminan terhadap hak hidup secara aman, damai, adil, dan sejahtera.

Selanjutnya, argumentasi sosiologis pembentukan Undang-Undang tentang Penanganan Konflik Sosial adalah sebagai berikut. *Pertama*, Negara Republik Indonesia dengan keanekaragaman suku bangsa, agama, dan budaya yang masih diwarnai ketimpangan pembangunan, ketidakadilan, serta kesenjangan sosial, ekonomi, dan politik, berpotensi melahirkan konflik di tengah masyarakat.⁵⁴

Kedua, Indonesia pada satu sisi sedang mengalami transisi demokrasi dan pemerintahan, membuka peluang bagi munculnya gerakan radikalisme di dalam negeri, dan pada sisi lain hidup dalam tatanan dunia yang terbuka dengan pengaruh asing sangat rawan dan berpotensi menimbulkan konflik.⁵⁵

Ketiga, kekayaan sumber daya alam dan daya dukung lingkungan yang makin terbatas dapat menimbulkan konflik, baik karena masalah kepemilikan

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*

maupun karena kelemahan dalam sistem pengelolaannya yang tidak memperhatikan kepentingan masyarakat setempat.⁵⁶

Keempat, konflik menyebabkan hilangnya rasa aman, timbulnya rasa takut, rusaknya lingkungan dan pranata sosial, kerugian harta benda, jatuhnya korban jiwa, timbulnya trauma psikologis (dendam, benci, antipati), serta melebarnya jarak segregasi antara para pihak yang berkonflik sehingga dapat menghambat terwujudnya kesejahteraan umum.⁵⁷

Kelima, penanganan konflik dapat dilakukan secara komprehensif, integratif, efektif, efisien, akuntabel, dan transparan serta tepat sasaran melalui pendekatan dialogis dan cara damai berdasarkan landasan hukum yang memadai. *Keenam*, dalam mengatasi dan menangani berbagai konflik tersebut, Pemerintah Indonesia belum memiliki suatu format kebijakan penanganan konflik komprehensif, integratif, efektif, efisien, akuntabel, dan transparan, serta tepat sasaran berdasarkan pendekatan dialogis dan cara damai. Argumentasi yuridis pembentukan Undang-Undang tentang Penanganan Konflik Sosial adalah mengenai permasalahan peraturan perundang-undangan terkait penanganan konflik yang masih bersifat sektoral dan reaktif, dan tidak sesuai dengan perkembangan sistem ketatanegaraan.⁵⁸

Secara lebih teknis, konflik sosial bersumber pada beberapa hal, yaitu:⁵⁹

- a. permasalahan yang berkaitan dengan politik, ekonomi, dan sosial budaya;
- b. perseteruan antarumat beragama dan/atau interumat beragama, antarsuku, dan antaretnis;
- c. sengketa batas wilayah desa, kabupaten/kota, dan/atau provinsi;
- d. sengketa sumber daya alam antarmasyarakat dan/atau antarmasyarakat dengan pelaku usaha; atau
- e. distribusi sumber daya alam yang tidak seimbang dalam masyarakat.

Permasalahan konflik pertambangan, apabila dilihat dari sumber konflik sebagaimana diatur dalam Pasal 5 UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial, yaitu: (1) sengketa sumber daya alam antarmasyarakat dan/atau antarmasyarakat dengan pelaku usaha; serta (2) distribusi sumber daya alam yang tidak seimbang dalam masyarakat.

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

59 Pasal 5 UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial.

Sengketa sumber daya alam antarmasyarakat dan/atau antarmasyarakat dengan pelaku usaha lazim terjadi dalam pelaksanaan kegiatan pertambangan mineral dan batubara. Contohnya, kasus Salim Kancil yang dibantai secara keji oleh sesama oknum masyarakat di Lumajang, Jawa Timur akibat perselisihan tambang pasir ilegal di Selok Awar-Awar. Kasus ini menjadi isu nasional yang menambah persoalan konflik antarmasyarakat dalam hal pertambangan mineral dan batubara. Begitu pula dengan konflik antarmasyarakat dengan pelaku usaha yang juga terjadi secara masif.

Sumber konflik lainnya, yaitu mengenai distribusi sumber daya alam yang tidak seimbang dalam masyarakat. Kontrak atau perjanjian pertambangan di masa lalu dibuat oleh penguasa yang pada saat ini kontrak atau perjanjian tersebut dirasakan tidak berlaku adil bagi masyarakat, khususnya masyarakat sekitar tambang. Kontrak pertambangan asing yang besaran royaltinya hanya 1% (satu persen) sampai dengan 3.75% (tiga koma tujuh puluh lima persen) dirasakan tidak adil. Apalagi perusahaan penanaman modal asing seperti PT Freeport telah melakukan kegiatan usaha sejak 1967 hingga saat ini. Potensi ketidakadilan distribusi ini membuat potensi konflik sosial sumber daya alam yang menjadi bom waktu konflik apabila tidak diselesaikan secara baik.

Penyelesaian konflik yang diusung dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial, yaitu penyelesaian secara damai. Pencegahan konflik dilakukan dengan upaya:

- a. memelihara kondisi damai dalam masyarakat,
- b. mengembangkan sistem penyelesaian perselisihan secara damai,
- c. meredam potensi konflik, dan
- d. membangun sistem peringatan dini.

Namun apabila terlanjur telah terjadi konflik maka upaya yang dilakukan, yaitu melalui penghentian konflik. Penghentian konflik dilakukan melalui:

- a. penghentian kekerasan fisik;
- b. penetapan status keadaan konflik;
- c. tindakan darurat penyelamatan dan perlindungan korban; dan/atau
- d. bantuan penggunaan dan pengerahan kekuatan TNI.⁶⁰

Setelah konflik diselesaikan terdapat mekanisme pemulihan. Upaya pemulihan pascakonflik meliputi:

60 Pasal 12 UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial.

- a. rekonsiliasi,
- b. rehabilitasi, dan
- c. rekonstruksi.

Pemerintah dan Pemerintah Daerah melakukan rekonsiliasi antara para pihak dengan cara perundingan secara damai, pemberian restitusi, dan/atau pemaafan. Rekonsiliasi dapat dilakukan dengan pranata adat dan/atau pranata sosial atau satuan tugas penyelesaian konflik sosial.

Selain rekonsiliasi, Pemerintah dan Pemerintah Daerah melaksanakan rehabilitasi di daerah pascakonflik dan daerah terkena dampak konflik meliputi:

- a. pemulihan psikologis korban konflik dan perlindungan kelompok rentan;
- b. pemulihan kondisi sosial, ekonomi, budaya, keamanan, dan ketertiban;
- c. perbaikan dan pengembangan lingkungan dan/atau daerah perdamaian;
- d. penguatan relasi sosial yang adil untuk kesejahteraan masyarakat;
- e. penguatan kebijakan publik yang mendorong pembangunan lingkungan dan/atau daerah perdamaian berbasis hak masyarakat;
- f. pemulihan ekonomi dan hak keperdataan, serta peningkatan pelayanan pemerintahan;
- g. pemenuhan kebutuhan dasar spesifik perempuan, anak-anak, lanjut usia, dan kelompok orang yang berkebutuhan khusus;
- h. pemenuhan kebutuhan dan pelayanan kesehatan reproduksi bagi kelompok perempuan;
- i. peningkatan pelayanan kesehatan anak-anak; dan
- j. pemfasilitasian serta mediasi pengembalian dan pemulihan aset korban konflik.⁶¹

Terakhir, setelah dilakukan rehabilitasi maka dilakukan upaya rekonstruksi. Pemerintah dan Pemerintah Daerah melaksanakan rekonstruksi berupa:

- a. pemulihan dan peningkatan fungsi pelayanan publik di lingkungan dan/atau daerah pascakonflik;
- b. pemulihan serta penyediaan akses pendidikan, kesehatan, dan mata pencaharian;
- c. perbaikan sarana dan prasarana umum daerah konflik;
- d. perbaikan berbagai struktur dan kerangka kerja yang menyebabkan ketidaksetaraan dan ketidakadilan, termasuk kesenjangan ekonomi;

61 Pasal 38 UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial.

- e. perbaikan serta penyediaan fasilitas pelayanan pemenuhan kebutuhan dasar spesifik perempuan, anak-anak, lanjut usia, dan kelompok orang yang berkebutuhan khusus;
- f. perbaikan dan pemulihan tempat ibadah.⁶²

Penyelesaian konflik sosial dilakukan dengan mengedepankan penyelesaian melalui pranata adat dan/atau pranata sosial⁶³ yang ada dan diakui keberadaannya. Hasil penyelesaian konflik melalui mekanisme pranata adat dan/atau pranata sosial memiliki kekuatan yang mengikat bagi kelompok masyarakat yang terlibat dalam konflik. Dalam hal penyelesaian konflik melalui mekanisme pranata adat dan/atau pranata sosial tidak dapat diselesaikan, maka penyelesaian konflik dilakukan oleh satuan tugas penyelesaian konflik sosial.⁶⁴

Pertambangan sebagai salah satu komoditas ekonomi bagi masyarakat merupakan salah satu sumber terjadinya konflik sosial. Mekanisme penyelesaian yang diatur dalam UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial menjadi alternatif penyelesaian sengketa sosial yang bersumber dari kegiatan usaha pertambangan baik sengketa antarmasyarakat maupun antarmasyarakat dengan pelaku usaha.

2. UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara

Dalam UU No. 4 Tahun 2009, pengaturan mengenai penyelesaian sengketa diatur dalam Pasal 154 yang menyatakan bahwa: "Setiap sengketa yang muncul dalam pelaksanaan IUP, IPR, atau IUPK diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan".⁶⁵

62 Pasal 39 UU No. 7 Tahun 2014 tentang Penanganan Konflik Sosial.

63 Pranata adat adalah lembaga yang lahir dari nilai adat yang dihormati, diakui, dan ditaati oleh masyarakat. Pranata sosial adalah lembaga yang lahir dari nilai adat, agama, budaya, pendidikan, dan ekonomi yang dihormati, diakui, dan ditaati oleh masyarakat.

64 Satuan tugas penyelesaian konflik sosial merupakan lembaga penyelesaian konflik yang bersifat *ad hoc*. Satuan tugas penyelesaian konflik sosial dibentuk oleh pemerintah dan/atau pemerintah daerah dalam hal: a. tidak ada pranata adat dan/atau pranata sosial di daerah konflik; b. tidak berfungsinya pranata adat dan/atau pranata sosial di daerah konflik; c. tidak berjalannya mekanisme musyawarah untuk mufakat melalui pranata adat dan/atau pranata sosial; d. tidak tercapainya kesepakatan melalui mekanisme musyawarah pranata adat dan/atau pranata sosial; dan e. telah ditetapkannya status keadaan konflik.

65 Ketentuan Pasal 154 yang mengatur penyelesaian sengketa pelaksanaan IUP, IPR, atau IUPK diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri, dapat ditafsirkan secara kumulatif. Frasa "pengadilan dan arbitrase dalam negeri" mengandung pengertian bahwa penyelesaian sengketa tersebut dilaksanakan secara bersama-sama di pengadilan dan arbitrase. Para pihak tidak dapat hanya bersengketa di pengadilan saja atau di arbitrase dalam negeri saja. Kata "dan" berarti kedua forum tersebut harus dilaksanakan.

Dalam Pasal 154 UU No. 4 Tahun 2009, pelaksanaan penyelesaian sengketa terkait pada:

- a. sengketa pelaksanaan IUP, IPR, atau IUPK; dan
- b. diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri.

Terkait hal apa saja yang dapat menjadi pokok sengketa dalam IUP, IPR, atau IUPK, dapat dilihat dari ketentuan apa saja yang dimuat dalam IUP. Dalam Pasal 39 UU No. 4 Tahun 2009, IUP diatur bahwa IUP Eksplorasi wajib memuat ketentuan sekurang-kurangnya:

- a. nama perusahaan;
- b. lokasi dan luas wilayah;
- c. rencana umum tata ruang;
- d. jaminan kesungguhan;
- e. modal investasi;
- f. perpanjangan waktu tahap kegiatan;
- g. hak dan kewajiban pemegang IUP;
- h. jangka waktu berlakunya tahap kegiatan;
- i. jenis usaha yang diberikan;
- j. rencana pengembangan dan pemberdayaan masyarakat di sekitar wilayah pertambangan;
- k. perpajakan;
- l. penyelesaian perselisihan;
- m. iuran tetap dan iuran eksplorasi; dan
- n. Amdal.

Sementara itu, IUP Operasi Produksi wajib memuat ketentuan sekurang-kurangnya:⁶⁶

- a. nama perusahaan;
- b. luas wilayah;
- c. lokasi penambangan;
- d. lokasi pengolahan dan pemurnian;
- e. pengangkutan dan penjualan;
- f. modal investasi;
- g. jangka waktu berlakunya IUP;
- h. jangka waktu tahap kegiatan;
- i. penyelesaian masalah pertanahan;

66 Pasal 39 ayat (2) UU No. 4 Tahun 2009.

- j. lingkungan hidup termasuk reklamasi dan pascatambang;
- k. dana jaminan reklamasi dan pascatambang;
- l. perpanjangan IUP;
- m. hak dan kewajiban pemegang IUP;
- n. rencana pengembangan dan pemberdayaan masyarakat di sekitar wilayah pertambangan;
- o. perpajakan;
- p. penerimaan negara bukan pajak yang terdiri atas iuran tetap dan iuran produksi;
- q. penyelesaian perselisihan;
- r. keselamatan dan kesehatan kerja;
- s. konservasi mineral atau batubara;
- t. pemanfaatan barang, jasa, dan teknologi dalam negeri;
- u. penerapan kaidah keekonomian dan keteknikan pertambangan yang baik;
- v. pengembangan tenaga kerja Indonesia;
- w. pengelolaan data mineral atau batubara; dan
- x. penguasaan, pengembangan, dan penerapan teknologi pertambangan mineral atau batubara.

Untuk IUPK Eksplorasi sekurang-kurangnya wajib memuat:⁶⁷

- a. nama perusahaan;
- b. luas dan lokasi wilayah;
- c. rencana umum tata ruang;
- d. jaminan kesungguhan;
- e. modal investasi;
- f. perpanjangan waktu tahap kegiatan;
- g. hak dan kewajiban pemegang IUPK;
- h. jangka waktu tahap kegiatan;
- i. jenis usaha yang diberikan;
- j. rencana pengembangan dan pemberdayaan masyarakat di sekitar wilayah pertambangan;
- k. perpajakan;
- l. penyelesaian perselisihan masalah pertanahan;
- m. iuran tetap dan iuran eksplorasi; dan
- n. Amdal.

67 Pasal 78 UU No. 4 Tahun 2009.

Sedangkan IUPK Operasi Produksi sekurang-kurangnya wajib memuat:⁶⁸

- a. nama perusahaan;
- b. luas wilayah;
- c. lokasi penambangan;
- d. lokasi pengolahan dan pemurnian;
- e. pengangkutan dan penjualan;
- f. modal investasi;
- g. jangka waktu tahap kegiatan;
- h. penyelesaian masalah pertanahan;
- i. lingkungan hidup, termasuk reklamasi dan pascatambang;
- j. dana jaminan reklamasi dan jaminan pascatambang;
- k. jangka waktu berlakunya IUPK;
- l. perpanjangan IUPK;
- m. hak dan kewajiban;
- n. pengembangan dan pemberdayaan masyarakat di sekitar wilayah pertambangan;
- o. perpajakan;
- p. iuran tetap dan iuran produksi serta bagian pendapatan negara atau daerah, yang terdiri atas bagi hasil dari keuntungan bersih sejak berproduksi;
- q. penyelesaian perselisihan;
- r. keselamatan dan kesehatan kerja;
- s. konservasi mineral atau batubara;
- t. pemanfaatan barang, jasa, teknologi, serta kemampuan rekayasa dan rancang bangun dalam negeri;
- u. penerapan kaidah keekonomian dan keteknikan pertambangan yang baik;
- v. pengembangan tenaga kerja Indonesia;
- w. pengelolaan data mineral atau batubara;
- x. penguasaan, pengembangan, dan penerapan teknologi pertambangan mineral atau batubara;
- y. divestasi saham.

Sedangkan izin pertambangan rakyat dalam UU No. 4 Tahun 2009 tidak diatur mengenai ketentuan yang harus diatur dalam izin pertambangan rakyat. Hal ini terkait izin untuk melaksanakan usaha pertambangan dalam wilayah

68 Pasal 79 UU No. 4 Tahun 2009.

pertambangan rakyat dengan luas wilayah dan investasi terbatas. Selain itu aspek pemberian izin pertambangan rakyat kepada kepada setempat, baik perseorangan maupun kelompok masyarakat dan/atau koperasi menjadi bentuk kekhasan dari izin pertambangan rakyat.

Merujuk pada Pasal 154 UU No. 4 Tahun 2009, yang mengatur mengenai sengketa yang muncul dalam pelaksanaan IUP, izin pertambangan rakyat, atau IUPK maka pelaksanaan IUP, IUPK, atau IUPK yang dapat terjadi karena adanya perselisihan dalam ketentuan yang dimuat dalam IUP, izin pertambangan rakyat, atau IUPK dapat diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sengketa yang dapat timbul tidak hanya terkait dalam ketentuan yang ada dalam IUP, izin pertambangan rakyat, atau IUPK, namun hal-hal lain yang diatur dalam UU No. 4 Tahun 2009 dapat pula menjadi pokok masalah sengketa. Dalam UU No. 4 Tahun 2009 tersebut penyelesaian sengketa diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Berdasarkan ketentuan tersebut, UU No. 4 Tahun 2009 hanya menentukan pengadilan dan arbitrase dalam negeri, artinya arbitrase internasional tidak dimungkinkan untuk menjadi pilihan forum dalam penyelesaian sengketa.

Namun, perlu pula dilihat ketentuan dalam UU No. 25 Tahun 2007 dan ketentuan dalam KK atau PKP2B mengenai penyelesaian sengketa. Dalam Pasal 32 ayat (4) diatur bahwa dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Penyelesaian sengketa dalam UU No. 4 Tahun 2009 diatur hanya dalam Pasal 154 UU No. 4 Tahun 2009, namun tidak serta merta sengketa pertambangan mineral dan batubara harus diselesaikan berdasarkan ketentuan Pasal 154 yang hanya mengatur penyelesaian sengketa melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri.

3. *Herziene Indonesisch Reglement*

Pengaturan arbitrase sebagai penyelesaian sengketa di luar pengadilan dalam sistem hukum Indonesia bertitik tolak pada Pasal 377 *Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) atau 705 *Rechtsreglement Buitengewesten* (RBg) yang mengatur:

“jika seseorang Indonesia dan orang Timur Asing menghendaki perselisihan mereka diputuskan oleh juru pisah, maka mereka wajib menuruti peraturan pengadilan perkara yang berlaku bagi bangsa Eropa”.

Pasal 377 HIR ini menegaskan kebolehan pihak-pihak yang bersengketa:⁶⁹

- a. menyelesaikan sengketa melalui juru pisah atau arbitrase;
- b. arbitrase diberi fungsi dan kewenangan untuk menyelesaikan dalam bentuk keputusan;
- c. para pihak maupun arbiter wajib tunduk menuruti peraturan dalam hukum yang yang berlaku bagi bangsa atau golongan Eropa.

Melalui juru pisah (arbiter), pihak yang berselisih dalam menyelesaikan perselisihannya dapat berdasarkan keputusan yang dibuat oleh arbiter. Pasal ini merupakan bentuk pengakuan penyelesaian sengketa di luar pengadilan bagi orang Indonesia dan Timur Asing untuk menyelesaikan perselisihannya.

Walau Pasal 377 HIR menjadi landasan keberadaan arbitrase, namun dalam HIR atau RBg tidak mengatur mengenai pengaturan lebih lanjut penyelesaian perselisihan sebagaimana diatur dalam Pasal 377 HIR. Dalam Pasal 377 ditunjuk pengaturan “wajib menuruti peraturan pengadilan perkara yang berlaku bagi bangsa Eropa”⁷⁰

Peraturan pengadilan yang berlaku bagi orang Eropa (*Reglement op Bergelijke Rechtsvordering*) mengatur dalam Buku Ketiga, pada Bab Pertama mengenai ketentuan putusan wasit (arbitrase) dalam Pasal 615 sampai dengan Pasal 651. Pasal inilah yang menjadi pasal yang wajib dituruti oleh orang Indonesia dan Timur Asing dalam penyelesaian sengketa melalui juru pisah.

Pengaturan dalam *Reglement op Burgerlijke Rechtsvordering* (Rv) inilah yang mengisi kekosongan hukum dalam HIR atau RBg, sehingga kata “wajib menuruti” dalam Pasal 377 HIR merujuk pada ketentuan Pasal 615 sampai dengan Pasal 651 Rv. Pasal 615 sampai dengan Pasal 651 Rv, terdiri atas:

- a. Bagian Pertama (615–623) mengenai persetujuan arbitrase dan pengangkatan arbitrator atau arbiter.
- b. Bagian Kedua (624–630) mengenai pemeriksaan di muka badan arbitrase.

69 Yahya Harahap, *Arbitrase*, Jakarta: Pustaka Kartini, 1991, hlm. 1.

70 “Peraturan pengadilan perkara yang berlaku bagi bangsa Eropa” merupakan Reglemen Hukum Acara Perdata (*Reglement op Bergelijke Rechtsvordering*). Reglemen ini disingkat Rv, S. 1847-52 jo. 1849063. Lihat Yahya Harahap, *Arbitrase*, edisi kedua, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 2.

- c. Bagian Ketiga (631–640) mengenai putusan arbitrase.
- d. Bagian Keempat (641–647) mengenai upaya-upaya terhadap putusan arbitrase.
- e. Bagian Kelima (647–651) mengenai acara-acara arbitrase.
- f. Pada saat pembuatannya pada tahun 1849, *Reglemen* telah memenuhi kebutuhan pada masa itu, namun masalah mengenai:⁷¹
 - 1) belum ada pengakuan dan eksekusi diakuinya putusan abitrase asing;
 - 2) bentuk klausul *pactum compromittende* tidak jelas dan ketinggalan zaman;
 - 3) upaya banding dalam Pasal 641 bisa menimbulkan ketidakpastian hukum;
 - 4) masalah pemeriksaan apakah mesti bersifat *audi et alteram partem* (mendengar kedua belah pihak) yang diatur dalam Pasal 632, tidak tegas diungkapkan, sehingga sering menimbulkan selisih pendapat. Ada yang berpendapat bahwa *audi et alteram partem* bersifat imperatif, artinya para pihak mesti hadir dalam forum.

Pengaturan arbitrase dalam HIR atau RBg dan pengaturan lebih lanjut dalam Ry, masih terdapat banyak kekurangan. Berdasarkan ketentuan Pasal 81 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa mulai berlaku ketentuan mengenai arbitrase sebagaimana dimaksud dalam Pasal 615 sampai dengan Pasal 651 *Reglemen Acara Perdata (Reglement op de Rechtsvordering, Staatsblad 1847: 52)* dan Pasal 377 *Reglemen Indonesia yang Diperbaharui (Het Herziene Indonesisch Reglement, Staatsblad 1941: 44)* dan Pasal 705 *Reglemen Acara untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (Rechtsreglement Buitengewesten, Staatsblad 1927: 227)*, dinyatakan tidak berlaku.

4. UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Dalam UU No. 25 Tahun 2007 pengaturan mengenai penyelesaian sengketa diatur dalam Pasal 32 berikut.

- a. Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat.

⁷¹ Yahya Harahap, *Arbitrase, op.cit.*, hlm. 3.

- b. Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- c. Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan.
- d. Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Berdasarkan ketentuan tersebut, pokok pengaturan penyelesaian sengketa di bidang penanam modal, meliputi:

- a. sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal, terlebih dahulu diselesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat;
- b. dalam hal penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan mufakat tidak tercapai dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan;
- c. jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan berdasarkan kesepakatan para pihak;
- d. apabila sengketa terjadi antara pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Dalam UU No. 25 Tahun 2007, penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing dilakukan melalui arbitrase internasional, namun apabila ditarik ke dalam rezim pengaturan pertambangan mineral dan batubara sebagaimana diatur dalam Pasal 154 maka penyelesaian sengketa terhadap pelaksanaan IUP, izin pertambangan rakyat, dan IUPK dilaksanakan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri.

Perbedaan pengaturan antara kedua undang-undang ini menjadi persoalan ketika terdapat sengketa penanaman modal di bidang pertambangan mineral dan

batubara. Sebagai contoh, apabila perusahaan pemegang IUP asing melanggar ketentuan mengenai kewajiban penerimaan negara sebagaimana tercantum dalam UU No. 4 Tahun 2009 dan tercantum pula dalam IUP, maka apabila Pemerintah akan menggugat perusahaan asing tersebut harus dilakukan berdasarkan arbitrase dalam negeri, misalnya Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI). Hal ini justru bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 32 UU No. 25 Tahun 2007.

Terhadap permasalahan tersebut dapat dianalisis mengenai:

- a. klasifikasi sengketa pelaksanaan IUP, izin pertambangan rakyat, atau IUPK sebagaimana dimaksud dalam Pasal 154 belum jelas, sehingga pelaksanaan IUP, izin pertambangan rakyat, atau IUPK merupakan pelaksanaan dari materi muatan IUP, izin pertambangan rakyat, atau IUPK dapat menjadi hal sebab timbulnya sengketa;
- b. apabila didasarkan pada prinsip *lex specialis derogat legi generalis* maka hukum yang bersifat khusus (*lex specialis*) mengesampingkan hukum yang bersifat umum (*lex generalis*). Berdasarkan prinsip tersebut maka hukum yang khusus di bidang pertambangan mengesampingkan hukum umum lainnya.

Ada beberapa prinsip yang harus diperhatikan dalam asas *lex specialis derogat legi generalis*, yaitu:⁷²

- a. ketentuan-ketentuan yang didapati dalam aturan hukum umum tetap berlaku, kecuali yang diatur khusus dalam aturan hukum khusus tersebut;
- b. ketentuan *lex specialis* harus sederajat dengan ketentuan *lex generalis* (undang-undang dengan undang-undang);
- c. ketentuan-ketentuan *lex specialis* harus berada dalam lingkungan hukum (rezim) yang sama dengan *lex generalis*. Kitab Undang-Undang Hukum Dagang dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sama-sama termasuk lingkungan hukum keperdataan.

Apabila didasarkan pada asas *lex posterior derogat legi priori*, aturan hukum yang lebih baru meniadakan aturan hukum yang lama. Berdasarkan asas ini, ketentuan UU No. 4 Tahun 2009 menjadi aturan baru yang mengesampingkan aturan yang lama terhadap persoalan yang sama.

72 Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia (Suatu Kajian Teoritik)*, Yogyakarta: UII Press, 2004, hlm. 56.

Terhadap asas *lex specialis derogat legi generalis* dan *lex posterior derogat legi priori* dimaknai bahwa terhadap segala sesuatu norma yang mencakup persoalan yang sama yang diatur dalam peraturan perundang-undangan berbeda, kedua asas ini dapat difungsikan. Artinya tidak semata-mata hanya peraturan yang serumpun saja yang menganut asas ini, misalnya antara PP No. 23 Tahun 2010 dengan PP No. 24 Tahun 2012 yang sama-sama mengatur mengenai kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara. Namun antara PP No. 23 Tahun 2010 dengan PP No. 27 Tahun 2012 tentang Izin Lingkungan apabila terdapat persoalan yang sama yang diatur dalam kedua PP berbeda tersebut, maka asas hukum tersebut dapat difungsikan. Berdasarkan hal tersebut, dapat saja rezim hukum pertambangan mineral dan batubara menjadi landasan hukum penyelesaian sengketa di bidang pertambangan mineral dan batubara.

Selain Pasal 32 dalam UU No. 25 Tahun 2007, pengaturan mengenai penyelesaian sengketa diatur pula dalam Pasal 7 ayat (3), yaitu jika di antara pemerintah dengan penanam modal terjadi sengketa mengenai tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan oleh pemerintah atas kepemilikan penanam modal, penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase.⁷³ Demikianlah aspek hukum pengaturan penyelesaian sengketa pertambangan mineral dan batubara dalam UU No. 25 Tahun 2007.

5. UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Penyelesaian sengketa selain melalui pengadilan dapat pula dilakukan di luar pengadilan. Mekanisme di luar pengadilan, memungkinkan para pihak untuk mendapatkan putusan yang *win-win solution* sehingga seringkali menjadi pilihan bagi para pihak dalam menyelesaikan sengketanya.

Pada umumnya lembaga arbitrase mempunyai kelebihan dibandingkan dengan lembaga peradilan. Kelebihan tersebut antara lain:⁷⁴

73 Pasal 7 UU No. 25 Tahun 2007, mengatur:

- (1) Pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang.
- (2) Dalam hal Pemerintah melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah akan memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar.
- (3) Jika di antara kedua belah pihak tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (2), penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase.

74 Penjelasan Umum, Paragraf 4, UU No. 30 Tahun 1999.

- a. dijamin kerahasiaan sengketa para pihak;
- b. dapat dihindari kelambatan yang diakibatkan karena hal prosedural dan administratif;
- c. para pihak dapat memilih arbiter yang menurut keyakinannya mempunyai pengetahuan, pengalaman serta latar belakang yang cukup mengenai masalah yang disengketakan, jujur dan adil;
- d. para pihak dapat menentukan pilihan hukum untuk menyelesaikan masalahnya serta proses dan tempat penyelenggaraan arbitrase; dan
- e. putusan arbiter merupakan putusan yang mengikat para pihak dan dengan melalui tata cara (prosedur) sederhana saja ataupun langsung dapat dilaksanakan.

Pada kenyataannya apa yang disebutkan di atas tidak semuanya benar, sebab di negara-negara tertentu proses peradilan dapat lebih cepat daripada proses arbitrase.⁷⁵ Satu-satunya kelebihan arbitrase terhadap pengadilan adalah sifat kerahasiaannya karena keputusannya tidak dipublikasikan. Namun demikian, penyelesaian sengketa melalui arbitrase masih lebih diminati daripada litigasi, terutama untuk kontrak bisnis bersifat internasional.⁷⁶

Penyelesaian sengketa di luar pengadilan dapat dilakukan melalui arbitrase⁷⁷ dan alternatif penyelesaian sengketa (APS).⁷⁸ Dalam UU No. 30 Tahun 1999 dibedakan antara arbitrase dan APS. Arbitrase diartikan sebagai cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Sedangkan APS diartikan sebagai lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli. Berdasarkan pengertian tersebut, antara arbitrase dan APS merupakan dua hal yang berbeda.

75 Penjelasan Umum, Paragraf 5, UU No. 30 Tahun 1999.

76 *Ibid.*

77 Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa (Pasal 1 angka 1 UU No. 30 Tahun 1999).

78 Alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli (Pasal 1 Angka 10).

Hal tersebut tidak sama dengan pemahaman yang berkembang dalam dunia internasional yang menjadikan arbitrase dan APS sebagai model penyelesaian sengketa yang sama sebagaimana pemahaman berikut.

- a. *The most common forms of alternative dispute resolution (sometimes referred to as appropriate dispute resolution) are mediation, arbitration, conciliation and a combination of mediation and arbitration called med-arb (in which the mediator will decide the issues for the parties if they fail to reach agreement in the mediation).*⁷⁹
- b. *methods by which legal conflicts and disputes are resolved privately and other than through litigation in the public courts, usually through one of two forms: mediation or arbitration.*⁸⁰
- c. *The term “alternative dispute resolution” can include a wide variety of dispute resolution mechanisms outside the court system, including arbitration, mediation, consumer complaint systems, etc.*

Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 (UU No. 5 Tahun 1968) meratifikasi *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. UU No. 5 Tahun 1968 mengatur penyelesaian perselisihan antara suatu negara dengan perorangan atau perusahaan asing yang menanam modalnya di negara tersebut dengan jalan damai (*conciliation*) atau arbitrase (*arbitration*).⁸¹

Suatu negara yang hendak mempergunakan fasilitas itu harus:⁸²

- a. anggota Bank Internasional untuk Rekonstruksi dan Pembangunan (*International Bank for Reconstruction and Development*), sesuai dengan Pasal 67 Konvensi;
- b. terlebih dahulu menandatangani Konvensi dan setelah itu menyetujuinya (ratifikasi) menurut hukum yang berlaku untuk negara yang bersangkutan sesuai dengan Pasal 68 Konvensi.

Dalam Penjelasan Umum UU No. 5 Tahun 1968 dinyatakan bahwa walaupun Konvensi telah berlaku untuk sesuatu negara namun tidaklah ada suatu kewajiban bahwa setiap perselisihan harus diselesaikan menurut Konvensi. Syarat mutlak

79 *The Metric Law Library, Alternative Dispute Resolution*, diunduh dari <http://www.lectlaw.com/def/a044.htm>.

80 Duhaim.org, *Alternative Dispute Resolusion Definition*, diunduh dari <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/A/AlternativeDisputeResolution.aspx>.

81 Penjelasan Umum UU No. 5 Tahun 1968.

82 *Ibid.*

untuk penyelesaian perselisihan menurut Konvensi adalah persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih.

Dari pengertian di atas, terdapat perbedaan antara pemahaman arbitrase dan APS dalam UU No. 30 Tahun 1999 dengan pengertian secara umum yang berkembang dalam dunia internasional.

Menurut UU No. 30 Tahun 1999 antara arbitrase dan APS merupakan dua hal yang berbeda, sedangkan dalam pengertian secara umum yang berkembang dalam dunia internasional, APS atau *alternative dispute resolution* (ADR) dilakukan dengan cara termasuk melalui arbitrase.

Perbedaan dalam UU No. 30 Tahun 1999 dapat dipahami mengingat sifat putusan arbitrase final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak,⁸³ sedangkan APS akan memiliki kekuatan hukum final dan mengikat apabila para pihak dengan bantuan seorang atau lebih penasihat ahli, maupun melalui seorang mediator tidak berhasil mencapai kata sepakat, atau mediator tidak berhasil mempertemukan kedua belah pihak, kemudian para pihak menghubungi sebuah lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa untuk menunjuk seorang mediator dan menghasilkan kesepakatan dalam bentuk tertulis yang ditandatangani oleh semua pihak yang terkait.⁸⁴ Kesepakatan penyelesaian sengketa atau beda pendapat secara tertulis adalah final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dengan iktikad baik serta wajib didaftarkan di Pengadilan Negeri.

Selain itu, apabila cara damai di atas tidak tercapai maka para pihak berdasarkan kesepakatan secara tertulis dapat mengajukan usaha penyelesaiannya melalui lembaga arbitrase atau arbitrase *ad hoc*.⁸⁵ Hal tersebut berbeda dengan sifat arbitrase putusan arbitrase langsung final dan mengikat.

Secara nilai kegunaan, dasar pembentukan UU No. 30 Tahun 2009, yaitu:⁸⁶

- a. bahwa berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, penyelesaian sengketa perdata di samping dapat diajukan ke peradilan umum juga terbuka kemungkinan diajukan melalui arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa;

83 Pasal 60 UU No. 30 Tahun 1999, putusan arbitrase merupakan putusan final dan dengan demikian tidak dapat diajukan banding, kasasi, atau peninjauan kembali (Penjelasan Pasal 60 UU No. 30 Tahun 1999).

84 Pasal 6 ayat (1) sampai dengan ayat (8) UU No. 30 Tahun 1999.

85 Pasal 6 ayat (9) UU No. 30 Tahun 1999.

86 Konsideran Menimbang UU No. 30 Tahun 2009.

- b. bahwa peraturan perundang-undangan yang kini berlaku untuk penyelesaian sengketa melalui arbitrase sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dunia usaha dan hukum pada umumnya.

Dalam penyelesaian melalui arbitrase, penyelesaian sengketa atau beda pendapat antarpara pihak dalam suatu hubungan hukum tertentu yang telah mengadakan perjanjian arbitrase yang secara tegas menyatakan bahwa semua sengketa atau beda pendapat yang timbul atau yang mungkin timbul dari hubungan hukum tersebut akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa.⁸⁷ Dengan adanya perjanjian tertulis tersebut maka Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase.

Dalam pengaturan arbitrase pada UU No. 30 Tahun 1999, pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase dapat dilakukan di Indonesia yang pengakuan dan pelaksanaan tersebut menjadi wewenang adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.⁸⁸

Putusan arbitrase internasional hanya diakui serta dapat dilaksanakan di wilayah hukum Republik Indonesia, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut.⁸⁹

- a. Putusan arbitrase internasional dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan negara Indonesia terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional.
- b. Putusan arbitrase internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a terbatas pada putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan.
- c. Putusan arbitrase internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.
- d. Putusan arbitrase internasional dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh eksekutor dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.
- e. Putusan arbitrase internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a yang menyangkut Negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam

87 Pasal 2 UU No. 30 Tahun 1999.

88 Pasal 65 UU No. 30 Tahun 1999.

89 Pasal 66 UU No. 30 Tahun 1999.

sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Demikian, pengaturan dalam UU No. 30 Tahun 1999 yang secara umum dapat menyelesaikan sengketa yang dapat bersumber dari berbagai masalah, misalnya sengketa sumber daya alam, termasuk pertambangan mineral dan batubara, sengketa lingkungan, perdagangan, dan-lain-lain.

Sumber sengketa dalam masalah di bidang sumber daya alam dapat berasal dari perselisihan kewajiban divestasi saham di bidang pertambangan mineral dan batubara yang dikenai kepada perusahaan pertambangan asing pemegang izin usaha pertambangan.

6. UU No. 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal

Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 (UU No. 5 Tahun 1968) meratifikasi *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. UU No. 5 Tahun 1968 mengatur penyelesaian perselisihan antara suatu negara dengan perorangan atau perusahaan asing yang menanam modalnya di negara tersebut dengan jalan damai (*conciliation*) atau arbitrase (*arbitration*).⁹⁰

Suatu negara yang hendak mempergunakan fasilitas itu harus:⁹¹

- a) anggota Bank Internasional untuk Rekonstruksi dan Pembangunan (*International Bank for Reconstruction and Development*), sesuai dengan Pasal 67 Konvensi;
- b) terlebih dahulu menandatangani Konvensi dan setelah itu menyetujuinya (ratifikasi) menurut hukum yang berlaku untuk negara yang bersangkutan sesuai dengan Pasal 68 Konvensi.

Dalam Penjelasan Umum UU No. 5 Tahun 1968 dinyatakan bahwa walaupun Konvensi telah berlaku untuk sesuatu negara namun tidaklah ada suatu kewajiban bahwa setiap perselisihan harus diselesaikan menurut Konvensi, sebab syarat mutlak untuk penyelesaian perselisihan menurut Konvensi adalah persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih.

90 Penjelasan Umum UU No. 5 Tahun 1968.

91 *Ibid.*

Dalam UU No. 5 Tahun 1968 diatur pula mengenai kewenangan pemerintah untuk memberikan persetujuan bahwa sesuatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan warga negara asing diputuskan menurut Konvensi termaksud dan untuk mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi.⁹² Selanjutnya, dalam Penjelasan Pasal 2 UU No. 5 Tahun 1968 bahwa menurut Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (2) Konvensi, setiap perselisihan harus terlebih dahulu mendapat persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih, sebelum dapat diajukan di depan Mahkamah Arbitrase (Arbitral Tribunal). Dengan pasal ini dipastikan bahwa pemerintah mempunyai wewenang untuk memberikan persetujuan yang dimaksud itu serta untuk mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi di mana perlu.

Untuk melaksanakan putusan Mahkamah Arbitrase sebagaimana dimaksud dalam Konvensi mengenai perselisihan antara Republik Indonesia dan warga negara asing di wilayah Indonesia, diperlukan surat pernyataan Mahkamah Agung bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan.⁹³ Mahkamah Agung mengirimkan surat pernyataan kepada Pengadilan Negeri melalui Pengadilan Tinggi dalam daerah hukum mana putusan itu harus dijalankan dan memerintahkan untuk melaksanakannya.⁹⁴

Selanjutnya dalam Penjelasan Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1968, bahwa berdasarkan Pasal 54 ayat (1) dan ayat (3) Konvensi menentukan putusan Mahkamah Arbitrase dipersamakan dengan putusan terakhir dan Pengadilan negara yang bersangkutan. Putusan tersebut harus dilaksanakan menurut hukum negara itu. Untuk kepastian cara pelaksanaan putusan itu di Indonesia maka dalam UU No. 5 Tahun 1968 diatur bahwa Mahkamah Agung harus terlebih dahulu menyatakan bahwa putusan Mahkamah Arbitrase itu dapat dijalankan dalam wilayah Republik Indonesia.

Perselisihan yang dimaksud dalam UU No. 5 Tahun 1968 merupakan perselisihan antara Republik Indonesia dan warga negara asing mengenai penanaman modal di wilayah Indonesia, tidak termasuk di dalamnya perselisihan antara negara lain dengan warga negara asing lain pula yang hendak menjalankan putusan Mahkamah Arbitrase mengenai penanaman modal di dalam wilayah Indonesia sesuai dengan Pasal 55 Konvensi.

92 Pasal 2 UU No. 5 Tahun 1968.

93 Pasal 3 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1968.

94 Pasal 3 ayat (2) dan ayat (3) UU No. 5 Tahun 1968.

7. Keputusan Presiden Nomor 34 Tahun 1981 tentang Pengesahan *Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*

Keppres No. 34 Tahun 1981 tentang Pengesahan *Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* merupakan bentuk pengesahan *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* telah ditandatangani di New York pada tanggal 10 Juni 1958 dan mulai berlaku pada tanggal 7 Juni 1959. Berdasarkan Keppres tersebut Pemerintah Republik Indonesia telah meratifikasi Konvensi New York Tahun 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing yang merupakan dasar hukum bagi pelaksanaan putusan arbitrase internasional di Indonesia. Konvensi New York 1958 telah menempatkan status arbitrase sebagai forum atau mahkamah yang memiliki kewenangan absolut dalam menyelesaikan dan memutus sengketa, apabila para pihak telah membuat persetujuan tertulis tentang itu. Melalui Keppres No. 34 Tahun 1981 Pemerintah Indonesia melakukan aksesi.⁹⁵ Aksesi ini didaftar di Sekretaris Jenderal PBB 7 Oktober 1981. Indonesia hanya mengajukan persyaratan pertama saja, yaitu resiprositas (akses timbal baik).

Ratifikasi Konvensi tersebut dalam pelaksanaannya terhadap putusan arbitrase internasional tidak mudah dapat dilaksanakan di Indonesia. Faktor penyebabnya antara lain mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut dapat dilaksanakan secara otomatis atau perlu melalui proses terlebih dahulu. Perbedaan pendapat terhadap hal tersebut terjadi antara Mahkamah Agung dengan para sarjana Indonesia. MA berpendapat bahwa meskipun pemerintah RI telah mengaksesi Konvensi melalui Keppres No. 34 Tahun 1981, namun dengan adanya Keppres tersebut tidak secara otomatis keputusan arbitrase asing dapat dilaksanakan di Indonesia, sehingga perlu adanya peraturan pelaksanaan dari Keppres tersebut agar pelaksanaan (eksekusi) suatu keputusan arbitrase asing dapat dilaksanakan. Namun menurut Sudargo Gautama bahwa Keppres tersebut tidak perlu dijabarkan oleh peraturan perundangan pelaksanaannya karena sebuah Keppres tidak memerlukan peraturan pelaksanaan, berlainan dengan undang-undang yang menentukan, untuk itu diperlukan peraturan pelaksanaan.

95 Aksesi adalah sebuah tindakan formal yang dilakukan oleh satu negara dalam tingkat internasional untuk menyatakan terikat atau menjadi pihak dalam satu perjanjian. Istilah aksesi ini tidak jauh berbeda dengan ratifikasi, persetujuan dan adhesi. Aksesi digunakan saat negara tersebut bukanlah bagian penanda tangan dari perjanjian tersebut saat telah berlaku secara hukum.

Mahkamah Agung pada tanggal 1 Maret 1990, Mahkamah Agung (MA) mengeluarkan Perma No. 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing.

8. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing

Mahkamah Agung akhirnya mengeluarkan peraturan untuk memberikan pengaturan lebih lanjut dari Keppres No. 34 Tahun 1981. Adapun dasar pembentukan Peraturan Mahkamah Agung tersebut, yaitu:⁹⁶

- a. Dengan disahkannya *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York Convention 1958) dengan Keppres No. 34 Tahun 1981 tanggal 5 Agustus 1981, dipandang perlu untuk menetapkan peraturan tentang tata cara pelaksanaan suatu putusan arbitrase asing.
- b. Bahwa ketentuan hukum acara perdata Indonesia sebagaimana terdapat dalam Reglemen Indonesia yang Diperbaharui (Stbl. 1914 No. 44), Reglemen Daerah-Daerah Luar Jawa dan Madura (S. 1927-227), maupun ketentuan-ketentuan *Reglement op de Rechtsvordering* (S. 1847-52 jo. 1849-63) tidak memuat ketentuan mengenai pelaksanaan suatu putusan arbitrase asing.
- c. Bahwa berhubungan dengan itu dipandang perlu untuk menuangkan ketentuan-ketentuan tentang tata cara pelaksanaan suatu putusan arbitrase asing itu dalam suatu peraturan Mahkamah Agung.

Adapun pokok-pokok pengaturan dalam Peraturan Mahkamah Agung tersebut, meliputi sebagai berikut.

- a. Kewenangan menangani masalah-masalah yang berhubungan dengan pengakuan serta pelaksanaan putusan arbitrase asing adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.
- b. Lingkup dari putusan arbitrase asing adalah putusan yang dijatuhkan oleh suatu badan arbitrase ataupun arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, ataupun putusan suatu badan arbitrase ataupun arbiter perorangan yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai suatu putusan arbitrase asing yang berkekuatan hukum tetap sesuai dengan Keppres No. 34 Tahun 1981.
- c. Putusan arbitrase asing hanya diakui serta dapat dilaksanakan di dalam wilayah hukum Republik Indonesia apabila memenuhi syarat-syarat berikut.

96 Konsideran Menimbang Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990.

- 1) Putusan ini dijatuhkan oleh suatu badan arbitrase ataupun perorangan di suatu negara yang dengan negara Indonesia ataupun bersama-sama dengan negara Indonesia terikat dalam suatu konvensi internasional perihal pengakuan serta pelaksanaan arbitrase asing. Pelaksanaan didasarkan atas asas timbal balik (resiprositas).
- 2) Putusan-putusan arbitrase tersebut hanyalah terbatas pada putusan-putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum dagang.
- 3) Putusan-putusan arbitrase asing tersebut hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan-putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.
- 4) Suatu putusan arbitrase asing dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh *exequatur* dari Mahkamah Agung Republik Indonesia.
- 5) *Exequatur* diberikan oleh Ketua Mahkamah Agung atau Wakil Ketua Mahkamah Agung atau Ketua Muda Bidang Hukum Perdata Tertulis yang diberi wewenang oleh Ketua Mahkamah Agung atau Wakil Ketua Mahkamah Agung.
- 6) *Exequatur* tidak akan diberikan apabila putusan arbitrase asing itu nyata-nyata bertentangan dengan sendi-sendi asasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat di Indonesia (ketertiban umum).
- 7) Permohonan untuk eksekusi putusan arbitrase asing hanya dapat dilakukan setelah didaftarkan (dideponir) di Kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, sesuai tata cara yang berlaku menurut Pasal 3777 RID/Pasal 705 *Reglemen* Daerah-daerah Luar Jawa dan Madura.
- 8) Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mengirimkan berkas permohonan eksekusi arbitrase asing tersebut kepada Panitera atau Sekretaris Jenderal Mahkamah Agung untuk memperoleh *exequatur*.
- 9) Setelah Mahkamah Agung memberikan *exequatur* maka pelaksanaan selanjutnya diserahkan kepada ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.
- 10) Dalam hal pelaksanaan putusan harus dilakukan di daerah hukum lain dari daerah hukum Pengadilan Negeri Jakarta Pusat maka Pengadilan yang disebut terakhir ini meneruskan kepada Pengadilan Negeri yang secara relatif berwenang melaksanakannya sesuai ketentuan Pasal 195 RID/Pasal 206 (2) *Reglemen* Daerah-Daerah Luar Jawa dan Madura dan seterusnya.

- 11) Sita eksekutorial dapat dilakukan atas harta kekayaan serta barang-barang milik termohon eksekusi.
- 12) Tata cara penyitaan serta pelaksanaan putusan mengikuti tata cara sebagaimana ditentukan oleh RID/Reglemen Daerah-Daerah Luar Jawa dan Madura.

Demikian pokok pengaturan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990.

9. KK dan PKP2B (Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara)

KK dan PKP2B juga mengatur tentang tata cara mekanisme penyelesaian sengketa apabila terjadi perselisihan terdapat pasal-pasal dalam KK dan PKP2B. Ketentuan baku mengenai penyelesaian sengketa pada KK dan PKP2B menyatakan sebagai berikut.⁹⁷

- a. *The Government and the Contractor hereby consent to submit all disputes between the Parties hereto arising, before of after termination hereof, out this Agreement or application hereof or the operation hereunder, for final settlement, either by conciliation, if the parties seek an amicable settlement by conciliation or to arbitration. Where the Parties seek an amicable settlement of a dispute by conciliation, for a Contractor, the conciliation shall take place in accordance with conciliation rules adopted by the National Arbitration Board of Indonesia (Badan Arbitrase Indonesia/BANI). Where the Parties arbitrase, for the Contractor, the dispute shall be settled by arbitration in accordance with arbitration rules of BANI. The foregoing provisions of this paragraph do not apply to tax matters which are subject to the jurisdiction of the Consultative Board of Taxes (Majelis Pertimbangan Pajak).*
- b. *Before the Government or the Contractor institutes an arbitration proceeding, it will use its best endeavors to resolve the dispute through negotiation or consultation and use of administrative remedies; provided that the Contractor shall not be obligated to persue any such remedies for more than ninety (90) days after it has notified the Government of an impending disputes if such remedies involve a request or application to the Government or any of its department or instrumentality.*

97 I.B.R. Supancana, *Penyelesaian Sengketa-Sengketa di Bidang Pertambangan*, op.cit., hlm. 40.

Dalam KK dan PKP2B sebagaimana kontrak pada umumnya tercantum klausul mengenai tata cara penyelesaian sengketa. Penyelesaian sengketa pada dasarnya dilakukan melalui cara damai atau musyawarah mufakat, namun apabila perdamaian tidak tercapai maka para pihak menyepakati untuk menyelesaikan perselisihannya melalui cara yang disepakati, misalnya melalui forum konsiliasi, arbitrase, atau bahkan melalui pengadilan.

B. KETENTUAN HUKUM INTERNASIONAL

1. Konvensi New York 1958

Sebelum Konvensi New York 1958, telah ada Protokol Jenewa 1923 dan Konvensi Jenewa 1927. Namun, kedua instrumen hukum internasional tersebut tidak banyak mengundang animo dari negara-negara di dunia, baik negara Eropa dan Amerika maupun negara-negara yang baru merdeka.

Setelah Perang Dunia II, muncul kesadaran dalam bidang ketentuan internasional, termasuk kesadaran mengenai pentingnya peranan arbitrase sebagai alat untuk menyelesaikan sengketa (komersial) internasional.⁹⁸ Berdasarkan usulan dari *International Chamber of Commerce* (ICC) kepada Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) untuk membuat rancangan mengenai ketentuan arbitrase komersial, maka oleh *Economic and Social Council* (ECOSOC) dibentuklah komisi khusus pada April 1955 untuk mengkaji permasalahan arbitrase. Setelah melalui pengkajian dan pembuatan rancangan yang juga dilakukan pengamatan oleh negara-negara serta organisasi internasional, diadakanlah konferensi pleno di New York pada 20 Mei 1958. Konferensi melakukan perubahan terhadap rancangan yang dibuat oleh Komisi yang akhirnya pada Juni 1958 dihasilkan sebuah Konvensi tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Keputusan Arbitrase Asing (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*). Konvensi tersebut pada 10 Juni 1948 ditandatangani oleh 40 (empat puluh) negara dan sampai dengan 1 Januari 1984 telah berlaku di 60 (enam puluh) negara.⁹⁹

98 Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, edisi revisi, Jakarta: Citra Niaga Rajawali, 1993, hlm. 28.

99 Huala Adolf, *ibid.*, hlm. 29. Konvensi New York 1958 terdiri dari 16 pasal yang berisi tentang daya berlakunya Konvensi dan definisi dari "keputusan arbitrase (*arbitral awards*)"; kewajiban setiap negara untuk mengakui suatu perjanjian secara tertulis, yang di dalamnya juga harus diberlakukan pada suatu klausul arbitrase; penegasan tidak berlakunya Protokol Jenewa tentang Klausul Arbitrase 1923 dan Konvensi Jenewa tentang Eksekusi Putusan-Putusan Arbitrase 1927; keanggotaan konvensi, keanggotaan oleh negara federal dan negara nonkesatuan syarat berlakunya konvensi, ketentuan tentang penandatanganan terhadap konvensi dan bahasa autentik dalam konvensi.

Pokok-pokok dari pasal yang terkandung dalam Konvensi New York 1958, meliputi sebagai berikut.¹⁰⁰

a. Arti Putusan Arbitrase Asing

Dalam Pasal 1 ayat (1) Konvensi ini dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan “putusan arbitrase asing” adalah putusan-putusan arbitrase yang dibuat di wilayah negara lain dari negara tempat di mana diminta pengakuan dan pelaksanaan eksekusi atas putusan arbitrase yang bersangkutan.¹⁰¹

Selain itu, dalam Pasal 1 ayat (2) Konvensi ini diatur mengenai ketentuan termasuk pada putusan arbitrase asing menurut pasal ini, bukan hanya putusan-putusan yang dijatuhkan oleh badan arbitrase *ad hoc* atau *arbitrator appointed for each case*, melainkan termasuk setiap putusan yang diambil oleh badan arbitrase permanen atau *permanent arbitral body* yang juga lazim disebut arbitrase institusional.

b. Asas Resiprositas

Pada prinsipnya pengakuan dan pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing menganut asas resiprositas. Asas ini tercantum dalam Pasal 1 ayat (3) Konvensi New York 1958. Berdasarkan hal tersebut, penerapan pengakuan dan pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase hanya dapat diterapkan apabila negara atas permintaan negara lain telah memiliki hubungan ikatan bilateral atau multilateral, sehingga suatu negara dapat menolak penerapan pengakuan dan pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase apabila belum memiliki hubungan bilateral atau multilateral dengan negara yang meminta penerapan pengakuan dan pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase.

c. Pembatasan Sepanjang Sengketa Dagang

Pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing tidak meliputi semua bidang persengketaan hukum. Konvensi New York 1958 memberi hak kepada setiap *contracting state* untuk membatasi sepanjang perselisihan di bidang tertentu. Panilaiannya diserahkan kepada setiap negara untuk menentukan sikap, sejauh

100 M. Yahya Harahap, *Op.cit.*, hlm. 46–58.

101 *Article 1: (1) This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.*

mana putusan arbitrase asing dapat diakui dan dilaksanakan. Konvensi ini tidak memaksa setiap negara peserta untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase meliputi semua bidang hukum keperdataan. Pada umumnya, negara peserta Konvensi membatasi hanya pada bidang hukum perniagaan atau *commercial law*, yakni hukum dagang negara peserta bersangkutan.

d. Berbentuk Tertulis

Agar suatu putusan arbitrase asing mempunyai landasan yang sah secara formal, perjanjian atau klausul arbitrase harus dibuat dalam bentuk tertulis. Sebagaimana diatur dalam Pasal II ayat (1) Konvensi yang menyatakan:

“Each Contracting State shall recognise an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.”

Namun di samping bentuk tertulis tersebut, pada Pasal II ayat (2) dilakukan perluasan bentuk tertulis terhadap perjanjian: (i) yang dibuat tersendiri di luar perjanjian pokok; (ii) atau perjanjian yang termuat dalam pertukaran surat-menyurat antara kedua belah pihak; (iii) maupun pertukaran telegram yang berisi persetujuan perjanjian arbitrase.

e. Arbitrase Memiliki Kompetensi Absolut

Pasal II ayat (3) berbunyi:

“The court of a Contracting State, when seized of an action in a manner in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

Berdasarkan pada yang telah digariskan dalam pasal di atas, Konvensi New York 1958 telah menempatkan status arbitrase sebagai forum atau mahkamah yang memiliki kewenangan absolut dalam menyelesaikan dan memutus sengketa, apabila para pihak telah membuat persetujuan tertulis tentang itu. Sekali para pihak membuat persetujuan penyelesaian perselisihan/sengketa melalui arbitrase, sejak saat itu arbitrase telah memiliki kompetensi absolut untuk memutus persengketaan yang timbul dari perjanjian yang bersangkutan.

Pasal II ayat (3) ini mengandung suatu unsur *pacta sunt servanda*, sehingga setiap persetujuan akan sah, mengikat sebagai undang-undang bagi para pihak. Oleh karena itu, persetujuan hanya dapat digugurkan atau ditarik kembali atas kesepakatan bersama.

Sebagaimana ketentuan pasal tersebut, kewenangan absolut arbitrase dalam menyelesaikan perselisihan baru dapat disingkirkan oleh pengadilan dalam hal: (i) perjanjian arbitrase yang dibuat para pihak “batal demi hukum” atau *null and void*; (ii) atau perjanjian itu sendiri tidak mungkin dilakukan atau *inoperative/incapable of being performed*.

f. Putusan Arbitrase adalah Binding dan Final

Menurut doktrin ilmu hukum, setiap putusan yang dijatuhkan pengadilan dengan sendirinya memiliki daya kekuatan mengikat bagi para pihak yang berperkara. Pasal III Konvensi New York mengatur bahwa:

“Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.”

Sebagaimana kita lihat dalam pasal tersebut, setiap negara peserta Konvensi harus mengikuti putusan arbitrase sebagai putusan mengikat atau *binding* dan final, serta harus melaksanakan eksekusi menurut aturan hukum acara yang berlaku dalam wilayah negara di mana putusan arbitrase yang bersangkutan dimohon eksekusinya.

Putusan arbitrase bersifat final dan tidak ada upaya banding atau kasasi, putusan tersebut sama halnya dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Konsekuensinya, putusan tersebut dengan sendirinya mengandung “kekuatan eksekutorial” atau *executorial kracht*.

g. Eksekusi Tunduk Pada Asas Ius Sanguinis

Sebagaimana telah disinggung, menurut Pasal III Konvensi, pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase harus dilaksanakan sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku di pengadilan, di wilayah negara mana permohonan eksekusi

dilakukan. Dalam hal ini, eksekutorial putusan arbitrase bersifat *ius sanguinis* atau *personal principle* yang lazim disebut juga sebagai “asas personalitas”. Asas *ius sanguinis* merupakan asas yang bersifat permanen dalam hukum perdata internasional yang mengajarkan, hukum acara berperkaranya yang harus diterapkan, harus disesuaikan dengan hukum acara yang berlaku di pengadilan di mana perkara diperiksa. Itu sebabnya asas personalitas disebut juga dengan “asas wilayah”, yaitu hukum acara yang diterapkan tunduk atas hukum acara wilayah negara setempat.

h. Dokumen yang Dilampirkan Pada Permohonan Pengakuan dan Eksekusi

Dalam pengajuan permohonan pengakuan dan eksekusi, Pasal IV ayat (1) Konvensi New York menegaskan “*To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply: a. The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof (melampirkan/menyerahkan putusan asli arbitrase atau salinan yang telah disahkan secara resmi sesuai dengan aslinya); b. The original agreement referred to in article II or a duly certified thereof (melampirkan/menyerahkan asli surat perjanjian atau salinan yang telah disahkan secara resmi).*”

Apabila putusan maupun perjanjian tersebut belum dibuat atau diterjemahkan ke dalam bahasa resmi negara tempat di mana permohonan diajukan, yang bersangkutan harus menyampaikan terjemahannya yang harus dibuat oleh penerjemah tersumpah atau badan resmi maupun pejabat diplomatik atau konsuler. Ketentuan ini diatur dalam ayat selanjutnya yang berbunyi:

“If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents in such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic and consular agent.”

i. Penolakan Eksekusi

Bertitik tolak dari ketentuan Pasal III yang pada dasarnya putusan arbitrase tersebut bersifat *self-execution*, setiap ada permintaan pengakuan dan eksekusi dari salah satu negara peserta kepada negara peserta yang lain, eksekusi harus dilaksanakan. Namun Pasal V Konvensi memberi kemungkinan bagi suatu negara peserta untuk menolak atau *may be refused*, yaitu sebagai berikut.

- 1) Perjanjian arbitrase dibuat “tidak sah” atau “invalid” ditinjau dari sudut:
(i) menurut hukum yang berlaku, para pihak tidak berwenang membuat arbitrase; (ii) atau menurut hukum yang berlaku pada negara tempat di mana permohonan eksekusi diminta, dianggap tidak berwenang untuk membuat perjanjian.
- 2) Salah satu pihak tidak memperoleh kesempatan yang wajar melakukan pembelaan dalam mempertahankan kepentingannya.
- 3) Putusan arbitrase yang dijatuhkan tidak sesuai dengan penegasan yang diberikan atau *not falling within the terms of the submission to arbitration*.
- 4) Pengangkatan arbitrase menyimpang sehingga tidak sesuai dengan tata cara yang telah ditentukan para pihak dalam perjanjian.
- 5) Putusan arbitrase yang bersangkutan belum mengikat atau *binding*.

j. Tata Cara Pengajuan Penolakan

Mengenai tata cara penolakan putusan arbitrase, Konvensi New York mengaturnya dalam Pasal VI. Dikatakan bahwa penolakan atas putusan arbitrase disampaikan kepada “pejabat yang berwenang” di negara mana permohonan tersebut diajukan. Adapun prinsip-prinsip Konvensi New York 1958 adalah sebagai berikut.¹⁰²

- 1) Konvensi ini menerapkan prinsip pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase luar negeri dan menempatkan keputusan tersebut pada kedudukan yang sama dengan keputusan peradilan nasional.
- 2) Konvensi ini mengakui prinsip keputusan arbitrase yang mengikat tanpa perlu ditarik dalam keputusannya.
- 3) Konvensi ini menghindari proses pelaksanaan ganda (*double enforcement process*).
- 4) Konvensi New York mensyaratkan penyederhanaan dokumentasi yang diberikan oleh pihak yang mencari pengakuan dan pelaksanaan Konvensi.
- 5) Konvensi New York lebih lengkap, lebih komprehensif daripada hukum nasional pada umumnya.

Demikian, beberapa hal pokok terkait ketentuan Konvensi New York 1958 yang menjadi sumber penyelesaian sengketa melalui arbitrase dalam hukum internasional.

102 Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, edisi revisi, *Op.cit.*, hlm. 80–82.

2. Konvensi Eropa 1961

Lahirnya Konvensi Eropa 1961 atau *European Convention on International Commercial Arbitration* 1961 diawali dengan dibentuknya komisi khusus oleh *Economic Commission for Europe of the United Nations* dengan tujuan untuk meningkatkan hukum arbitrase guna mempermudah hubungan-hubungan ekonomi antara negara-negara yang menganut sistem ekonomi sosialis dan nonsosialis yang beranggotakan 22 (dua puluh dua) negara.¹⁰³ Melalui konvensi ini dapat dibentuk suatu kerangka kerja tentang arbitrase yang diterima baik di antara negara-negara Eropa Timur dan Eropa Barat yang seringkali timbul berbagai hambatan dalam hubungan hukumnya.

Konvensi Eropa 1961 mengandung 10 (sepuluh) pasal dan satu *annex* penjelasan. Pasal 1 berisi tentang keberlakuan konvensi. Pasal 1 ayat (2) mengatur mengenai tujuan dari Konvensi ini, dan dalam Pasal 1 ayat (2) didefinisikan dari perjanjian arbitrase, yaitu:

“Arbitration agreement” shall mean either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, the contract or arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams, or in a communication by teleprinter and, in relations between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorized by these laws.”

Dalam Pasal 1 ayat (2) juga diatur mengenai penyelesaian oleh arbiter *ad hoc* namun juga oleh arbiter institusional permanen. Selanjutnya dalam Pasal 2 ayat (1) diatur mengenai subjek-subjek hukum yang dapat menyerahkan sengketa ke arbitrase. Pasal 2 ayat (2) mengatur mengenai negara yang menandatangani, meratifikasi, atau menyatakan terikat kepada konvensi, berhak untuk menyatakan tunduk terhadap konvensi.

“Right of Legal Persons of Public Law to Resort to Arbitration:

- 1) *In the cases referred to in Article I, paragraph 1, of this Convention, legal persons considered by the law which is applicable to them as “legal persons of public law” have the right to concluded valid arbitration agreements.*
- 2) *On signing, ratifying or acceding to this Convention any State shall be entitled to declare that it limits the above faculty to such conditions as may be stated in its declaration.”*

103 Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, edisi revisi, *ibid.*, hlm. 32.

Kemudian Pasal 3, ditentukan dalam arbitrase, arbitratornya tidak semata-mata dari negara anggota Konvensi Eropa tetapi dapat juga warga negara asing. Jadi dapat juga warga negara Asia, Amerika, atau Afrika untuk duduk sebagai arbitrator dalam proses persidangan arbitrase.¹⁰⁴

Pasal 4 memuat ketentuan mengenai tata cara (acara) pelaksanaan arbitrase dari bentuk arbitrase intitusional permanen atau arbitrase *ad hoc*.

“The parties to an arbitration agreement shall be free to submit their disputes:

- (a) to a permanent arbitral institution; in this case, the arbitration proceedings shall be held in conformity with the rules of the said institution;*
- (b) to an ad hoc arbitral procedure; in this case, they shall be free inter alia”*

Pasal 5 dan Pasal 6 memuat ketentuan yurisdiksi, Pasal 7 mengenai hukum yang berlaku dalam arbitrase, Pasal 8 *Reasons for the Award*:

“The parties shall be presumed to have agreed that reasons shall be given for the award unless they:

- (a) either expressly declare that reasons shall not be given; or*
- (b) have assented to an arbitral procedure under which it is not customary to give reasons for awards, provided that in this case neither party requests before the end of the hearing, or if there has not been a hearing then before the making of the award, that reasons be given.”*

Selanjutnya Pasal 9 mengatur mengenai kemungkinan menyampingkan keputusan arbitrase (*setting aside of the arbitral award*) dan Pasal 10 memuat ketentuan mengenai ketentuan penutup (*final clauses*).

3. Konvensi *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) 1965

ICSID adalah badan yang dilahirkan Bank Dunia. Konvensi ini sering pula disebut sebagai Konvensi Bank Dunia atau juga Konvensi Washington. Konvensi ini ditandatangani di Washington DC pada 18 Maret 1965 dan mulai berlaku pada tanggal 14 Oktober 1966 pada saat Konvensi ini telah diratifikasi oleh 20 (dua puluh) negara. Konvensi ini telah diratifikasi oleh 136 (seratus tiga puluh enam) negara.

Terbentuknya Konvensi adalah sebagai akibat dari situasi perekonomian dunia pada waktu 1950 sampai dengan tahun 1960-an ketika beberapa negara

104 Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, edisi revisi, *ibid.*, hlm. 33.

berkembang menasionalisasi atau mengekspropriasi perusahaan-perusahaan asing yang berada di dalam wilayahnya secara sepihak, sehingga tindakan tersebut mengakibatkan konflik ekonomi yang dapat berubah menjadi sengketa politik atau bahkan sengketa terbuka.

Kasus nasionalisasi yang mempengaruhi Bank Dunia membentuk Konvensi ini di antaranya kasus nasionalisasi perusahaan-perusahaan Prancis di Tunisia. Kasus ini terjadi ketika DPR Tunisia (*the Tunisian National Assembly*) membentuk Undang-Undang Nasionalisasi Tanah Milik Orang Asing pada 10 Mei 1964. Lahirnya undang-undang ini membuat tanah milik orang-orang asing (Prancis) berikut kekayaan yang ternama di dalamnya seluas sejuta hektar ternasionalisasi. Tindakan tersebut membuat konflik terbuka antara Pemerintah Prancis dengan Pemerintah Tunisia. Aksi dari investor Prancis terhadap tindakan nasionalisasi tersebut dilakukan dengan mengajukan masalah tersebut ke Bank Dunia, namun karena Bank Dunia tidak memiliki kewenangan maka masalah tersebut tidak dapat langsung ditindaklanjuti.

Kemudian guna menangani sengketa-sengketa penanaman modal antara investor asing dengan negara tuan rumah, Bank Dunia memprakarsai pembentukan badan arbitrase internasional. Upaya ini berhasil dengan ditandatangani *the Convention on the Recognition of Investment Disputes between State and Nationals of the Others States*.

Tujuan dari pembentukan Konvensi ini, yaitu sebagai berikut.¹⁰⁵

- a. Menjembatani jurang atau mengisi kekosongan upaya hukum di dalam menyelesaikan kasus-kasus penanaman modal, yakni dengan memberikan suatu mekanisme khusus berupa fasilitas arbitrase atau konsiliasi. Tujuan pertama konvensi ini terefleksi dari peranan *the Centre* (ICSID). Wewenang badan ini khusus dan terbatas pada penanaman modal saja yang salah satu pihaknya adalah negara penerima penanaman modal (*host state*).
- b. Mendorong dan melindungi arus modal dari negara maju kepada negara kita (*developing countries*).

Konvensi ini terdiri dari 10 (sepuluh) bab yang terinci dalam 67 Pasal. Bab I bagian 1 mengatur mengenai aspek arbitrase, mulai dari pembentukan sampai dengan organisasi. Bab II memuat tentang yurisdiksi *center*; Bab III memuat tentang permohonan, konstitusi, wewenang, dan fungsi arbitrase serta putusan; Bab V mengenai pengakuan putusan arbitrase; Bab V sampai dengan Bab VII

105 Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, edisi revisi, *ibid.*, hlm. 33.

mengenai penggantian dan pendiskualifikasian arbitrator, biaya persidangan, tempat persidangan. Bab VIII sampai dengan Bab X mengenai sengketa para pihak, perubahan Konvensi serta ketentuan penutup.

Melalui Konvensi ini, terbentuklah *International Center for Settlement of Investment Disputes* atau yang lazim disingkat dengan ICSID. ICSID merupakan badan yang memberikan fasilitas bagi penyelesaian sengketa investasi antara negara dengan badan hukum atau warga negara lain. Ketentuan Konvensi dilengkapi dengan peraturan (*regulations*) dan kaidah (*rules*) yang ditetapkan oleh *Administrative Council* dari ICSID.¹⁰⁶

ICSID *Regulations and Rules* terdiri atas:¹⁰⁷

- a. *Administrative and Financial Regulations*;
- b. *Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (Institution Rules)*;
- c. *Rules of Procedure for Conciliation Proceedings (Conciliation Rules)*;
- d. *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)*;

Beberapa ketentuan penting dari Konvensi ini, antara lain sebagai berikut.

- a. ICSID terdiri atas *Administrative Council* serta *Secretariate* yang terdiri atas *Panel of Conciliators and Arbitrators*.
- b. ICSID mempunyai kedudukan sebagai subjek hukum internasional (*international legal personality*) sehingga memiliki kapasitas untuk:
 - 1) membuat kontrak;
 - 2) memperoleh atau melepas kekayaan baik bergerak atau tidak bergerak;
 - 3) menjalankan proses hukum serta menikmati imunitas dan memiliki hak-hak *privileges*.
- c. Yurisdiksi ICSID meliputi sengketa hukum yang secara langsung timbul dari kegiatan investasi yang melibatkan negara tuan rumah dengan warga. Badan hukum negara lain yang merupakan investor di mana pihak yang bersengketa memberikan persetujuan tertulis bagi penyelesaian sengketa-nya melalui ICSID.

106 ICSID dikelola oleh suatu *Administrative Council* (Dewan Administratif). Setiap negara peserta konvensi memiliki seorang wakil dan memiliki satu suara. Dewan ini memiliki ketua *ex officio*, yaitu Presiden Bank Dunia. Badan utama struktur organisasi ICSID adalah *Secretary General* (Sekjen). Ia berfungsi sebagai registrar (pendaftar atau panitera).

107 Pada tanggal 29 September 2002, *Administrative Council* dari ICSID menyetujui perubahan atas ICSID *Regulations and Rules* yang perubahan tersebut mulai berlaku pada 1 Januari 2003.

- d. Sengketa investasi yang menjadi yurisdiksi ICSID dapat diselesaikan melalui cara konsiliasi dan/atau arbitrase.
- e. Dalam hal penyelesaian melalui arbitrase, maka pihak yang dikalahkan dapat mengajukan pembatalan (*annulment*). Apabila diajukan pembatalan, maka harus dibentuk *Ad Hoc Commitee* dan Majelis Arbiter yang baru, atas keputusan Majelis Arbiter yang baru dapat dimintakan pembatalan kembali yang selanjutnya dibentuk *Ad Hoc Committee*.

Indonesia meratifikasi Konvensi ini dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal.

Analisis Penyelesaian Sengketa Divestasi di Bidang Pertambangan Mineral dan Batubara

Terdapat beberapa sengketa di bidang pertambangan mineral dan batubara yang sering terjadi, misalnya terkait dengan penerbitan IUP dengan segala problematikanya seperti tumpang tindih IUP dan pencabutan IUP oleh pemerintah daerah, masalah perlindungan penanaman modal asing, dan dugaan wanprestasi atas Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Batubara.

Selain itu, beberapa kewajiban dalam peraturan perundang-undangan mineral dan batubara seperti kewajiban pengolahan dan/atau pemurnian di dalam negeri atas seluruh hasil tambang sesungguhnya merupakan salah satu penyebab terjadinya sengketa antara pelaku usaha dengan pemerintah. Di bawah ini akan dibahas mengenai beberapa sengketa yang terjadi akhir-akhir ini.

A. KASUS CHURCHILL MINING VERSUS PEMERINTAH INDONESIA

Churchill Mining Plc merupakan perusahaan asal Inggris yang menanamkan modalnya di perusahaan PT Ridlatama Group yang memiliki kegiatan usaha pertambangan batubara di Kutai Timur, Kalimantan Timur. Kasus bermula ketika izin usaha pertambangan PT Ridlatama Group dicabut oleh Bupati Kutai Timur. Pencabutan izin usaha tersebut didasari oleh pertimbangan Badan Pemeriksa Keuangan dalam melakukan audit atas Kuasa Pertambangan (sebelum terbitnya rezim IUP) PT Ridlatama Group pada tahun 2006–2008 yang menghasilkan temuan bahwa 5 (lima) Kuasa Pertambangan PT Ridlatama Group diduga palsu.

Palsunya 5 (lima) Kuasa Pertambangan PT Ridlatama Group dapat diketahui secara sederhana dengan melihat nomor Kuasa Pertambangan (yang kemudian menjadi IUP) yang tidak sesuai dengan penomoran yang seharusnya, selain itu PT Ridlatama Group belum mendapatkan izin pinjam pakai kawasan hutan dari Menteri Kehutanan karena lokasi penambangan PT Ridlatama Group berada dalam kawasan hutan yang menurut rezim peraturan perundang-undangan di bidang kehutanan harus mendapatkan izin dari Menteri Kehutanan.

Berdasarkan temuan ini, Bupati Kutai Timur akhirnya mencabut IUP PT Ridlatama Group, namun pencabutan IUP PT Ridlatama Group direspon oleh Churchill Mining Plc selaku pemegang saham bahkan sebagai perusahaan induk dari PT Ridlatama Group dengan mengajukan gugatan ke ICSID. Churchill Mining yang menyatakan bahwa ia telah menanamkan modalnya sebesar \$40 juta (empat puluh juta dolar Amerika Serikat) dalam proyek pertambangan ini merasa dirugikan dengan pencabutan IUP PT Ridlatama Group. Dalam gugatannya, Churchill Mining mengajukan gugatan kepada Pemerintah Indonesia sebesar US\$2 miliar (dua miliar dolar Amerika Serikat).

Adapun dasar gugatannya, yaitu perjanjian *Billateral Investment Treaty* (BIT) antara Indonesia dengan United Kingdom (UK) yang dibuat pada tahun 1976. BIT adalah perjanjian internasional yang bersifat (*legally binding*) atau mengikat bagi negara yang menandatangani. Perjanjian BIT berisikan berbagai bentuk perlindungan tingkat tinggi untuk investor (penanam modal asing), insentif, fasilitas, nasionalisasi dengan kompensasi dan mekanisme penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) melalui arbitrase internasional. Dengan menggunakan dasar perjanjian BIT tersebut Churchill Mining Plc, mengadukan dan menggugat Pemerintah Indonesia, yaitu Bupati Kutai Timur, Presiden Republik Indonesia, Kementerian Luar Negeri, Kementerian ESDM, dan BKPM.

Dalam kasus Churchill Mining Plc terdapat 4 (empat) permasalahan pokok, yaitu:

1. permasalahan pilihan forum dan pilihan hukum penyelesaian sengketa IUP;
2. permasalahan *Billateral Investment Treaty* (BIT) antara Indonesia dengan United Kingdom (UK) yang dibuat pada tahun 1976;
3. tindakan bupati yang berakibat mutlak pada pemerintah pusat;
4. praktik manipulasi IUP.

Pertama, permasalahan pilihan hukum dan pilihan forum atas sengketa IUP sesungguhnya telah diatur dalam peraturan perundang-undangan Indonesia. IUP merupakan produk tata usaha negara yang secara ontrol harus diselesaikan di pengadilan tata usaha negara. IUP merupakan keputusan tata usaha negara berupa suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara, berisi tindakan hukum tata usaha negara berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, bersifat konkret, individual, dan final, serta menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. Selain izin, beberapa ontrol perusahaan pertambangan dilakukan dengan kontrak yang dibuat sebelum adanya UU No. 4 Tahun 2009 yang jelas bahwa pilihan hukum dan pilihan forum penyelesaian sengketa dalam perusahaan pertambangan melalui kontrak (kontrak karya atau perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara) disepakati dalam kontrak, biasanya dipilih ICSID sebagai forum penyelesai sengketa. Namun, dalam kasus Churchill Mining Plc pilihan forum atas pencabutan IUP tidak dilakukan di pengadilan tata usaha negara, namun dilakukan di ICSID. Ini menjadi persoalan pokok dalam konstruksi hukum administrasi negara yang secara prosedural meletakkan penyelesaian izin di forum tata usaha negara.

Kedua, permasalahan *Bilateral Investment Treaty* (BIT) antara Indonesia dengan United Kingdom (UK) yang dibuat pada tahun 1976 menjadi persoalan penting bagi Indonesia. Internasionalisasi kasus yang harusnya menjadi kasus ontrol membuat posisi Indonesia kian lemah di depan pelaku penambangan yang secara hukum nasional sesungguhnya telah melakukan pelanggaran, namun karena Indonesia telah melakukan suatu perjanjian bilateral dengan negara asal perusahaan yang dianggap salah itu maka Indonesia harus tunduk pula dengan perjanjian yang dibuatnya. Sejak 1976 Pemerintah Indonesia telah menandatangani Perjanjian Investasi Bilateral dengan Pemerintah Inggris, yang menyepakati beberapa hal terkait perlindungan investasi masing-masing negara yang bersepakat, termasuk membolehkan investor asing menggugat sebuah negara untuk menuntut ganti rugi atas tindakan yang merugikan investor. Dalam BIT Indonesia-UK disepakati ketentuan mengenai promosi dan perlindungan investasi, *most favoured nation*, larangan ekspropriasi dan nasionalisasi, penyelesaian sengketa melalui ICSID, dan lain-lain.

Dalam Pasal 7 BIT Indonesia-UK mengatur mengenai:

1. *The Contracting Party in the territory of which a national or company of the other Contracting Party makes or intends to make an investment shall*

assent to any request on the part of such national or company to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any disputes that may arise in connection with e investment.

2. *A company which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which immediately before such a dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25 (2)(b) of the Convention be treated for the purposes of this Convention as a company of the other Contracting Party.*

Pasal 7 BIT ini menjadi pintu masuk Churchill Mining untuk menggugat Pemerintah Indonesia ke ICSID.

Ketiga, tindakan bupati yang berakibat mutlak pada pemerintah pusat tentu menjadi persoalan penting. Tidak hanya bahwa hanya pemerintah pusatlah yang memiliki *legal standing* dalam sengketa di ICSID yang artinya walaupun perbuatan itu dilakukan oleh pemerintah daerah, namun atas tindakan pemerintah daerah, pemerintah pusatlah yang harus menanggung beban sebagai pihak di depan ICSID. Begitu pula dengan apabila adanya hukuman dari ICSID untuk mengganti rugi Churchill Mining Plc atas tindakan pemerintah daerah, maka yang harus mengganti tentu pemerintah pusat sebagai pihak yang bersengketa. Ini menjadi persoalan tidak hanya adanya tindakan pemerintah daerah yang harus ditanggung oleh pemerintah pusat. Namun perlu pula dievaluasi mengenai kurangnya pembinaan dan pengawasan kegiatan usaha pertambangan dari pemerintah pusat ke pemerintah daerah. Seringkali, pemerintah pusat akan turun tangan apabila terjadi permasalahan, namun pengawasan dan pembinaan secara gradual diperlukan untuk menghindari kasus-kasus yang berpotensi merugikan kepentingan negara.

Keempat, permasalahan manipulasi IUP yang bahkan dilakukan oleh suatu perusahaan dengan skema penanaman modal asing. Tentu kegiatan penambangan harus dilakukan dengan memenuhi syarat administrasi, teknis, lingkungan, dan finansial. Syarat-syarat lain di luar syarat yang ada dalam rezim peraturan perundang-undangan mineral dan batubara pun harus dipenuhi, misalnya persyaratan izin pinjam pakai kawasan hutan apabila kegiatan penambangannya berada dalam kawasan hutan tertentu. Tentu audit Badan Pemeriksa Keuangan menjadi

pintu masuk adanya pelanggaran administratif dan pidana dalam pengusahaan pertambangan batubara oleh PT Ridlatama Group, namun upaya penertiban izin harus terus dilakukan misalnya dengan apa yang dilakukan saat ini melalui program *clear and clean* atas seluruh izin usaha di Indonesia yang apabila ditemukan adanya permasalahan izin maka izin tersebut direkomendasikan untuk dicabut oleh pemberi izin.

B. SENGKETA IMFA DENGAN PEMERINTAH INDONESIA

Senada dengan kasus Churchill Mining Plc, kasus India Metals and Ferro Alloys Limited (IMFA) pun bermula dari permasalahan IUP. Perusahaan asal India ini menggugat Pemerintah Indonesia karena perusahaan tidak dapat mengusahaan kegiatan usaha pertambangannya yang tumpang tindih dengan perusahaan lain. Permasalahan muncul saat lahan yang dibeli IMFA berbenturan izinnya dengan beberapa perusahaan lain yang juga mengantongi izin dari Pemerintah Kabupaten Barito Selatan dan Kabupaten Tabalong, Kalimantan Selatan. IMFA menuntut ganti rugi sebesar US\$581 juta menyusul tumpang tindih tujuh Izin Usaha Pertambangan (IUP) yang diterbitkan Pemerintah Kabupaten dan Provinsi di wilayah Barito Timur, Kalimantan Selatan.

Permasalahan IMFA ini menjadi persoalan pelik bagi pemerintah pusat karena seperti kasus Churchill Mining Plc yang sesungguhnya permasalahannya ini muncul akibat adanya tindakan dari kepala daerah. Permasalahan tumpang tindih izin sejatinya tidak akan terjadi apabila pemerintah daerah, dalam hal ini Pemerintah Kabupaten Barito Selatan dan Kabupaten Tabalong, Kalimantan Selatan melaksanakan penerbitan izin sesuai dengan mekanisme pemrosesan izin yang telah diatur secara lengkap dalam peraturan perundang-undangan di bidang pertambangan mineral dan batubara.

Tumpang tindih izin tidak akan terjadi apabila ditaatinya prinsip *first come first serve* dalam pemberian izin. Artinya pihak yang mendapatkan izin terlebih dahululah yang berhak melakukan kegiatan usaha di wilayah tersebut sampai berakhir izinnya. Apabila izinnya dianggap cacat maka harus ada upaya pembatalan atau pencabutan izin dulu oleh pihak berwenang sehingga ketika wilayah tersebut sudah tidak terdapat izin lagi, maka baru dapat diberikan izin kepada pihak lain yang memenuhi persyaratan.

Tumpang tindih izin biasanya tidak hanya terjadi antara sesama kegiatan usaha, ontro antara kegiatan pertambangan yang satu dengan kegiatan pertam-

bangun yang lain, namun juga terjadi antara sektor usaha, misalnya antara kegiatan pertambangan dengan perkebunan, dan kegiatan pertambangan dengan kegiatan kehutanan. Pangkal muara tumpang tindih ini selain adanya maladministrasi dari pejabat pemberi izin yang dengan sengaja memberikan izin walaupun di wilayah izin itu ada kegiatan usaha lain yang sedang diusahakan oleh perusahaan tertentu, namun masalah pokoknya, yaitu masalah benturan tata ruang. Benturan tata ruang ini terjadi, antara lain berupa: *pertama*, penggunaan suatu wilayah yang tidak sesuai dengan rencana tata ruangnya; *kedua*, penggunaan suatu wilayah yang sesuai dengan rencana tata ruangnya namun berbenturan dengan pola ruang lain yang berbeda perencanaan dengan tata ruang wilayah, misalnya penetapan kawasan hutan; *ketiga*, penggunaan suatu wilayah telah sesuai dengan tata ruang namun penggunaan wilayah tersebut tidak dilakukan sesuai dengan izin pengusahaan sektor tertentu, misalnya izin usaha pertambangan dan izin usaha perkebunan.

Permasalahan IMFA yang bermula dari tindakan PT IMFA pada tahun 2010 yang membeli PT Sri Sumber Rahayu Indah, pemilik IUP batubara di Barito Timur. Namun, PT IMFA merasa rugi karena telah mengeluarkan uang sebesar USD8,7 juta untuk membeli PT Sri Sumber Rahayu Indah, tetapi tidak dapat menambang karena IUP milik PT Sri bertumpuk-tumpuk dengan IUP 7 (tujuh) perusahaan lain. Izin yang tidak *clear and clean* (CnC) itu membuat IMFA tidak dapat berproduksi. Dari permasalahan IMFA dapat dianalisis berdasarkan:

- (1) pembelian usaha oleh investor asing;
- (2) tumpang tindih perizinan;
- (3) program *clear and clear* Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral; serta
- (4) permasalahan kelemahan kapasitas perizinan menjadi pola investor untuk mengambil keuntungan melalui gugatan hukum.

Pertama, pembelian usaha perusahaan dalam negeri oleh perusahaan asing. PT Sri Sumber Rahayu Indah yang dibeli oleh IMFA sesungguhnya telah diatur dalam rezim penanaman modal dan rezim hukum perseroan terbatas. Atas suatu perusahaan berbadan hukum perseoroan terbatas, jual beli saham merupakan aksi korporasi biasa yang lazim terjadi. Namun, apabila dalam perusahaan tertentu yang kemudian di dalam sahamnya terdapat saham asing maka dalam peraturan perundang-undangan penanaman modal, perusahaan tersebut menjadi perusahaan penanaman modal asing. Dalam ketentuan peraturan perundang-

undangan penanaman modal, penanaman modal asing diartikan sebagai kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri. Hal ini pun dipertegas dalam peraturan perundang-undangan di bidang pertambangan mineral dan batubara yang mengatur bahwa berapapun modal asing dalam perusahaan pertambangan mineral dan batubara, maka ia dikualifikasikan sebagai perusahaan modal asing.

Bermetaforanya perusahaan modal dalam negeri menjadi perusahaan modal asing berdampak signifikan bagi kedudukan hukum mereka. Sebagaimana kasus Churchill Mining Plc, misalnya yang memiliki saham PT Rildhatama Group dan akhirnya menempatkan masalah sengketa ke rezim hukum internasional. Begitu pula dengan IMFA yang akhirnya terjadi internasionalisasi permasalahan karena adanya kepemilikan saham asing di PT Sri Sumber Rahayu Indah. Ini sebagai konsekuensi terbukanya kepemilikan saham perusahaan pertambangan modal dalam negeri untuk dapat dimiliki sahamnya oleh investor asing.

Tentu hal ini harus diatur ulang dengan membuat batasan bahwa yang dapat menjadi pemegang saham asing dalam perusahaan pertambangan dalam negeri apabila sahamnya, misalnya lebih dari 51% (lima puluh satu persen). Hal ini untuk mereformulasi ketentuan saat ini yang mengatur bahwa walaupun hanya 1% (satu persen) sahamnya dimiliki investor asing maka perusahaan tersebut menjadi perusahaan penanaman modal asing.

Kedua, permasalahan tumpang tindih izin. Hal ini menjadi hal yang lumrah terjadi. Masalah intinya didasari 2 (dua) hal, yaitu masalah kapasitas pemberi izin yang sengaja menerbitkan izin di suatu wilayah walaupun wilayah tersebut telah diusahakan oleh pihak lain. Ini dilakukan dalam rangka menjadikan izin sebagai komoditas ekonomi untuk melakukan hal menyimpang, misalnya korupsi, kolusi, dan nepotisme. Selain itu, masalah kedua, yaitu memang terjadi persoalan perencanaan penataan ruang yang tumpang tindih, baik rencana tata ruang dalam skema rencana tata ruang wilayah maupun yang lebih spesifik dalam perencanaan wilayah pertambangan.

Ketiga, masalah *clear and clean* IUP. Program *clear and clean* dilakukan oleh Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral dalam rangka penataan perizinan usaha pertambangan, baik yang IUP-nya tumpang tindih dengan

IUP lainnya, IUP yang tidak memenuhi persyaratan, IUP yang tidak sesuai dengan rencana tata ruang wilayah, atau IUP yang berada dalam kawasan hutan namun tidak memiliki izin pinjam pakai kawasan hutan. Program *clear and clean* ini merupakan wujud kegiatan pembinaan dan pengawasan pemerintah pusat dalam penyelenggaraan kegiatan usaha pertambangan oleh pemerintah daerah. Berdasarkan *clear and clean* IUP ditemukan sekitar 10.992 IUP di seluruh wilayah Indonesia dan hanya sekitar sebanyak 6.042 IUP yang *clear and clean*, sisanya sebanyak 4.880 IUP dinyatakan tidak. IUP PT Sri Sumber Rahayu Indah yang sahamnya dibeli oleh IMFA dinyatakan tidak *clear and clean* karena tumpang tindih dengan perusahaan lain.

Keempat, permasalahan kelemahan kapasitas perizinan menjadi pola investor untuk mengambil keuntungan melalui gugatan hukum. Permasalahan perizinan pertambangan mineral dan batubara disebabkan pula permasalahan kapasitas pemberi izin. Kapasitas ini menyangkut moralitas pemberi izin yang menjadikan izin sebagai komoditas ekonomi dan politik dalam rangka memperkaya diri sendiri atau orang lain.

Tidak hanya masalah kapasitas moralitas, namun kapasitas mentalitas penyelenggaraan perizinan yang lambat, *high cost*, asal-asalan seringkali menjadi pemicu terjadi permasalahan penerbitan IUP. Namun, bagi pihak tertentu permasalahan kapasitas pemberi izin baik pejabat maupun petugas administrasi ini menjadi peluang untuk mendapatkan keuntungan.

IUP yang sengaja bermasalah terus dieksiskan yang pada akhirnya atas permasalahan itu diajukan gugatan untuk mendapatkan ganti rugi atas kesalahan prosedural pemberian izin dari pejabat atau petugas administrasi pemerintahan. Apalagi atas perusahaan pemilik izin itu terdapat investor asing yang sengaja menggunakan kesalahan pejabat atau petugas administrasi pemerintahan untuk diajukan gugatan ke forum arbitrase internasional. Sebagai suatu perjudian, apabila kasus tersebut dimenangkan maka perusahaan akan mendapatkan keuntungan namun apabila tidak dikabulkan oleh majelis hakim arbitrase maka sebagai sebuah perjudian, ini menjadi risiko perjudian.

Hal demikian harus diperhatikan oleh pemerintah dan pemerintah daerah karena dapat saja terjadi, strategi demikian yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan tertentu untuk mendapatkan keuntungan dari permasalahan kapasitas moralitas dan mentalitas aparat pemerintah, khususnya di pemerintahan daerah.

C. SENGKETA DI MAHKAMAH KONSTITUSI

Salah satu bentuk penyelesaian sengketa, yaitu melalui jalur pengadilan. Selain banyaknya gugatan mengenai IUP yang ada di pengadilan tata usaha negara, Mahkamah Konstitusi pun menjadi forum penyelesai sengketa atas tafsir UU No. 4 Tahun 2009 terhadap UUD 1945. Mahkamah Konstitusi yang memiliki kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945 sebagaimana diatur dalam Pasal 24C UUD 1945, berperan juga sebagai penyelesai sengketa pertambangan khususnya mengenai tafsiran UU No. 4 Tahun 2009 yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945.

Bahkan Mahkamah Konstitusi pun berperan dalam menyelesaikan sengketa kewenangan lembaga negara, yaitu DPR RI bersama Badan Pemeriksa Keuangan dengan Kementerian Keuangan terkait kewenangan pembelian divestasi saham PT Newmont Nusa Tenggara. Sengketa kewenangan ini muncul ketika pemerintah berencana membeli 7% (tujuh persen) saham PT Newmont Nusa Tenggara, namun hal ini dipermasalahkan oleh DPR RI dan BPK. Pemerintah menyatakan bahwa rencana pembelian membeli 7% (tujuh persen) saham PT Newmont Nusa Tenggara tidak perlu persetujuan dari DPR RI, namun DPR RI dan BPK menganggap rencana pembelian itu harus mendapatkan persetujuan dari DPR RI.

Setidaknya 9 (sembilan) kali UU No. 4 Tahun 2009 telah diajukan pengujian materilnya di Mahkamah Konstitusi. Permohonan uji materil tersebut diputus ke dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 121/PUU-VII/2009, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 32/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/SKLN-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 30/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-X/2012, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 113/PUU-X/2012, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PUU-XII/2014.

Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan permohonan termohon, misalnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-X/2012 yang memutuskan bahwa frasa “setelah berkoordinasi dengan pemerintah daerah” dalam Pasal 6 ayat (1) huruf e, Pasal 9 ayat (2), Pasal 14 ayat (1), dan Pasal 17 UU No. 4 Tahun 2009 bertentangan dengan UUD 1945, sepanjang tidak dimaknai “setelah ditentukan oleh pemerintah daerah”. Akibat putusan ini maka penetapan wilayah pertambangan (WP), wilayah usaha pertambangan (WUP), dan wilayah izin

usaha pertambangan (WIUP) yang sebelumnya ditetapkan oleh Pemerintah setelah berkoordinasi dengan pemerintah daerah, berubah menjadi penetapannya dilakukan oleh pemerintah setelah ditentukan oleh pemerintah daerah. Putusan ini mengakibatkan kekosongan pengaturan mengenai penetapan WP, WUP, dan WIUP karena belum terdapat pengaturan mengenai mekanisme dan tata cara penentuan oleh pemerintah daerah tersebut.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PUU-X/2012 selaras pula dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 32/PUU-VIII/2010 yang putusannya menyatakan bahwa dalam penetapan WP sebagaimana diatur dalam Pasal 10 huruf c yang awalnya dilaksanakan dengan memperhatikan aspirasi masyarakat oleh Mahkamah Konstitusi bertentangan secara bersyarat terhadap UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai, “wajib melindungi, menghormati, dan memenuhi kepentingan masyarakat yang wilayah maupun tanah miliknya akan dimasukkan ke dalam wilayah pertambangan dan masyarakat yang akan terkena dampak”.

Selain itu, akibat Putusan Mahkamah Konstitusi yang berdampak pada proses pengusahaan pertambangan, yaitu dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PUU-VIII/2010 yang antara lain memutuskan bahwa Pasal 52 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2009 sepanjang frasa “dengan luas paling sedikit 5.000 (lima ribu) ontrol dan” bertentangan UUD 1945. Putusan ini selaras pula dengan Putusan Mahkamah Nomor 30/PUU-VIII/2010 yang menyatakan bahwa Pasal 55 ayat (1) sepanjang frasa “dengan luas paling sedikit 500 (lima ratus) ontrol dan” dan Pasal 61 ayat (1) sepanjang frasa “dengan luas paling sedikit 5.000 (lima ribu) ontrol dan” UU No. 4 Tahun 2009 bertentangan dengan UUD 1945. Untuk mengatur kembali mengenai besaran luasan tersebut agar memberikan kepastian hukum maka harus dilakukan reformulasi mengenai besaran luasannya.

Salah satu permohonan uji materiil yang menarik dalam UU No. 4 Tahun 2009, yaitu permohonan uji materiil Pasal 102 dan Pasal 103 UU No. 4 Tahun 2009 yang diajukan oleh Asosiasi Pengusaha Mineral Indonesia (APEMINDO), PT Harapan Utama Andalan, Koperasi TKBM Kendawangan Mandiri, PT Lanang Bersatu, PT Tanjung Air Berani, PT Labai Teknik Mineral, PT Pundi Bhakti Katulistiwa, PT Lobunta Kencana Raya, dan PT Patriot Cinta Nusantara. Permohonan ini teregistrasi di Mahkamah Konstitusi dengan nomor perkara 10/PUU-XII/2014.

Pasal 102 dan Pasal 103 UU No. 4 Tahun 2009 diajukan permohonan uji materiil merupakan pasal yang mengatur mengenai:

1. kewajiban pemegang IUP dan IUPK wajib meningkatkan nilai tambah sumber daya mineral dan/atau batubara dalam pelaksanaan penambangan, pengolahan dan pemurnian, serta pemanfaatan mineral dan batubara (Pasal 102);
2. kewajiban pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri (Pasal 103 ayat (1));
3. pemegang IUP dan IUPK dapat mengolah dan memurnikan hasil penambangan dari pemegang IUP dan IUPK lainnya (Pasal 103 ayat (2));
4. Ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah serta pengolahan dan pemurnian diatur dengan peraturan pemerintah (Pasal 103 ayat (3)).

Terhadap permasalahan kewajiban pengolahan dan pemurnian sebagaimana diatur dalam Pasal 102 dan Pasal 103 UU No. 4 Tahun 2009 maka terkait diskursus mengenai kegiatan “pengusahaan” pertambangan mineral dan batubara (Minerba), tidak akan terlepas dari konsepsi “penguasaan” pertambangan Minerba. Keduanya merupakan kesatuan utuh dan mutlak yang tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain. Apabila keduanya terpisah, maka jiwa dari penyelenggaraan pertambangan Minerba tersebut telah tercabut dari akarnya. Kesatuan utuh dan bulat tersebut, terlihat secara jelas dari pengaturan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 dalam frasa “dikuasai oleh negara” dan “untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”. Kedua frasa tersebut merupakan 2 (dua) frasa sakral yang harus menjadi jiwa dari penyelenggaraan pertambangan Minerba di Indonesia. Frasa “dikuasai oleh negara” merupakan jiwa “pengusahaan” atas pertambangan Minerba, sedangkan frasa “sebesar-besarnya kemakmuran rakyat” merupakan jiwa dari tujuan penyelenggaraan pertambangan Minerba dalam suatu kegiatan usaha atau “pengusahaan”. Jadi, jiwa Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 menjadi jiwa yang mutlak dan bulat dalam penyelenggaraan pertambangan Minerba yang secara organik dilaksanakan dalam level peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI 1945.

Keterkaitan penguasaan oleh negara untuk kemakmuran rakyat akan mewujudkan kewajiban negara dalam hal: (1) segala bentuk pemanfaatan (bumi dan air) serta hasil yang didapat (kekayaan alam), harus secara nyata meningkatkan

kemakmuran dan kesejahteraan masyarakat; (2) melindungi dan menjamin segala hak-hak rakyat yang terdapat di dalam atau di atas bumi, air, dan berbagai kekayaan alam tertentu yang dapat dihasilkan secara langsung atau dinikmati langsung oleh rakyat; (3) mencegah segala tindakan dari pihak mana pun yang akan menyebabkan rakyat tidak mempunyai kesempatan atau akan kehilangan haknya dalam menikmati kekayaan alam (Bagir Manan, Mandar Maju, 1995).

Jiwa Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 tersebut telah pula dimaknai oleh Mahkamah Konstitusi sebagaimana dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003:

“Bahwa rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*). Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan pemerintah, dan regulasi oleh pemerintah (eksekutif) dalam rangka sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat”

Landasan mengadakan kebijakan, pengurusan, dan pengaturan menjadi landasan terpenting dalam penyelenggaraan penguasaan oleh negara atas pertambangan Minerba. Landasan terpenting pula bagi pengadaan kebijakan, pengurusan, dan pengaturan negara terkait pelaksanaan peningkatan nilai tambah serta pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri oleh pemegang IUP dan IUPK.

Penyelenggaraan kebijakan, pengurusan, dan pengaturan terkait pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri oleh pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi tentunya memiliki tantangan bagi pemerintah dan pemerintah daerah. Hal ini antara lain disebabkan faktor realitas pertambangan Minerba yang merupakan komoditas yang bernilai ekonomi tinggi, sehingga sektor pertambangan terus dilirik oleh perusahaan-perusahaan untuk dapat melakukan eksplorasi dan eksploitasi tambang di negara-negara berkembang. Pemburuan terhadap komoditas tambang didasari pula oleh adanya kepentingan negara-negara maju dalam pemenuhan kebutuhan dalam negeri negara tersebut

yang sangat tinggi untuk melakukan aktivitas kehidupan, terutama konsumsi energi (batubara) dan industri (mineral) yang menjadi tumpuan dalam perekonomian negara-negara maju.

Tidak heran bila negara-negara maju berusaha keras untuk mendapatkan potensi sumber daya alam (pertambangan) tersebut dengan memburunya di berbagai negara di dunia, termasuk Indonesia. Diburu karena komoditas pertambangan Minerba tidak dapat dipindahkan dari suatu wilayah ke wilayah lain. Ia melekat di perut bumi Indonesia. Pengusahaan oleh perusahaan-perusahaan tersebut di Indonesia bukan menjadi suatu persoalan apabila selain memberikan manfaat ekonomi bagi perusahaan tersebut maka Indonesia sebagai penguasa sumber daya alam tersebut pun harus mendapatkan manfaat ekonomi dan sosial yang lebih banyak dibandingkan perusahaan-perusahaan tersebut.

Namun di sisi lain, Minerba sebagai sumber daya alam yang tak terbarukan merupakan kekayaan nasional yang dikuasai oleh negara untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Sebagai kekayaan yang tak terbarukan, maka Minerba harus benar-benar memberikan manfaat ekonomi, sosial, dan lingkungan yang baik bagi bangsa Indonesia sebagaimana asas penyelenggaraan pertambangan Minerba yang bermanfaat, berkeadilan, dan berkeimbangan, serta keberpihakan pada kepentingan bangsa. Penyelenggaraan pertambangan Minerba tersebut harus memberikan nilai tambah yang maksimal bagi bangsa Indonesia.

Salah satu peningkatan nilai tambah tersebut dilakukan melalui pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian pertambangan mineral di dalam negeri. Agar hasil tambang mineral Indonesia tidak diangkut mentah-mentah ke luar negeri oleh perusahaan tambang, namun sebelum dibawa ke luar negeri harus dilakukan pengelolaan dan pemurnian terlebih dahulu di dalam negeri. Tanah air Indonesia di bawah ke luar negeri tambah memberikan manfaat yang sebesar-besarnya bagi kepentingan bangsa Indonesia, padahal bangsa Indonesia adalah yang sesungguhnya merupakan penguasa, pemilik, dan penikmat utama dari kekayaan alam Indonesia.

Pelaksanaan pemurnian di dalam negeri dimaksudkan antara lain untuk:

1. meningkatkan dan mengoptimalkan nilai tambah dari produk;
2. tersedianya bahan baku industri;
3. penyerapan tenaga kerja; dan
4. peningkatan penerimaan negara.

Pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian dengan segala instrumen kebijakan, pengurusan, pengaturan, dan pengelolaan menjadi bentuk pelaksanaan norma penguasaan negara atas pertambangan Minerba, sehingga pengaturan dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 (UU Minerba), Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010, Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012, dan Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2014 merupakan bentuk instrumen kebijakan, pengurusan, pengaturan, dan pengelolaan sebagai pelaksanaan norma penguasaan negara atas pertambangan Minerba sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945, yaitu agar Minerba dalam hal ini mineral dapat memberikan sebesar-besar kemakmuran bagi rakyat Indonesia.

Terlebih bahwa peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI 1945 tersebut merupakan bentuk penguasaan oleh negara sebagaimana dinyatakan oleh MK dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 dalam hal fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*), yaitu dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan pemerintah dengan membentuk UU No. 4 Tahun 2009, dan regulasi oleh pemerintah (eksekutif) dengan membentuk peraturan pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009 dalam rangka sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.

Dalam keterangan ahli Pemohon, Ir. Simon Sembiring, Ph.D., menyatakan bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 92 UU Minerba:

“Pemegang IUP dan IUPK berhak memiliki mineral, termasuk mineral ikutannya, atau batubara yang telah diproduksi apabila telah memenuhi iuran eksplorasi atau iuran produksi kecuali mineral ikutan radioaktif.”

Menurut Ir. Simon Sembiring, Ph.D., ketentuan ini menjamin adanya kebebasan bagi pemegang IUP atau IUPK produksi, setelah membayar iuran produksinya (royalti) untuk memiliki dan memperdagangkan hasil mineral yang telah diproduksinya. Secara hukum, dengan membayar royalti maka telah terjadi pemindahan kepemilikan dari negara kepada pemegang IUP atau IUPK, sehingga pemegang IUP atau IUPK berhak memperdagangkannya termasuk mengekspornya.

Namun, keterangan dari Ir. Simon Sembiring, Ph.D., justru bertentangan dengan Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945. Untuk menafsirkan kepemilikan mineral dan batubara sebagaimana diatur dalam Pasal 92 UU Minerba harus diikatkan dengan:

1. Kepemilikan merupakan konsep keperdataan.

Dalam konteks pertambangan Minerba, aspek hukum pelaksanaannya harus dimaknai sebagai bentuk penguasaan oleh negara atas sumber daya alam. Dalam konteks kepemilikan ini sebagaimana pelaksanaan jual beli yang mengakibatkan peralihan kepemilikan atas objek yang dijualbelikan. Antara pemerintah dengan pemegang IUP tidak dalam rangka pelaksanaan jual beli.

Istilah royalti pun mengisyaratkan bahwa tidak terjadi peralihan kepemilikan. Royalti bermakna sebagai kewajiban dari seseorang kepada pemilik hak atas suatu objek, misalnya royalti dari penerbit buku kepada pengarang buku yang atas royalti tersebut tidak terjadi peralihan kepemilikan ciptaannya, sehingga pembayaran royalti tidaklah mengubah status kepemilikan atas suatu objek tertentu, kecuali melalui skema jual beli sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD) dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP). Padahal perusahaan pertambangan Minerba tidak dilakukan dalam konteks jual beli antara pemerintah atau pemerintah daerah dengan Pemegang IUP/IUPK. Konsep kepemilikan dalam mineral termasuk mineral ikutan dalam konsepsi hukum pertambangan Indonesia, bukanlah konsep kepemilikan akibat jual beli sebagaimana diatur dalam Pasal 1457 KUHP yang menyatakan bahwa “jual beli adalah persetujuan yang mengikat pihak penjual berjanji menyerahkan sesuatu barang atau benda dan pihak lain yang bertindak sebagai pembeli mengikat diri berjanji untuk membayar harga”. Namun, dalam konteks Pasal 93 UU Minerba dan dikaitkan dengan Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945, terhadap mineral dan ikutannya maka walaupun Pemegang IUP/IUPK telah memenuhi iuran eksplorasi atau iuran produksi, namun pemegang IUP/IUPK tidak dapat semau dan sekehendaknya memperlakukan mineral dan ikutannya tetapi pemegang IUP/IUPK termasuk mineral dan mineral ikutannya tetap dikenai kewajiban-kewajiban sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan, termasuk kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri.

Dengan demikian, jelas bahwa konsep pemilikan dalam Pasal 92 UU Minerba bukanlah konsep keperdataan sebagaimana dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (hukum privat) namun ia merupakan konsep kepemilikan dalam hukum tata ontro (hukum publik).

2. Pengusahaan pertambangan dilakukan melalui IUP.

Dalam pengusahaan pertambangan sejak terbitnya UU Minerba, skema pengusahaan pertambangan Minerba melalui rezim perizinan. Dalam skema perizinan, pemberi izin memiliki posisi tinggi/superior dibanding penerima izin. Pemberi izin dapat mensyaratkan apa pun persyaratan bagi setiap pemohon izin agar dapat mendapatkan izin. Hubungan hukum antara pemberi izin dan penerima izin bukanlah seperti para pihak secara kontraktual yang seimbang dan setara.

Namun, pemberi izin (pemerintah dan pemerintah daerah) berkedudukan lebih tinggi dari calon pemegang IUP/IUPK dan pemegang IUP/IUPK, sehingga setiap persyaratan dari pemberi izin (pemerintah dan pemerintah daerah) harus dipenuhi oleh pemegang IUP/IUPK, termasuk persyaratan kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri (Pasal 103 UU Minerba). Ini terkait pula dengan fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*).

3. Pemegang IUP/IUPK seketika harus melakukan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri pada tahap operasi produksi.

Dalam Pasal 103 UU Minerba diatur kewajiban pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi (OP) untuk melakukan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri. Status pemegang IUP dan IUPK dalam rezim pengaturan pertambangan Minerba terdiri atas 2 (dua) pemegang IUP/IUPK OP, yaitu: (1) Pemegang IUP/IUPK OP hasil perubahan dari KP, Surat Izin Pertambangan Daerah (SIPD), dan Surat Izin Pertambangan Rakyat (SIPR); dan (2) Pemegang IUP/IUPK OP baru yang bukan hasil perubahan dari KP, SIPD, dan SIPR. Kedua jenis izin tersebut memiliki perbedaan kewajiban pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri.

Perbedaan tersebut, yaitu Pemegang IUP/IUPK OP hasil perubahan dari KP, SIPD, dan SIPR diwajibkan melakukan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri paling lambat 5 (lima) tahun sejak Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 diundangkan (Pasal 112 ayat (4) huruf c). Hal ini sama dengan Pemegang KK/PKP2B, yaitu paling lambat 5 (lima) tahun

sejak UU Minerba diundangkan (Pasal 170 UU Minerba). Namun, sebaliknya bagi pemegang IUP/IUPK OP pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri, mengikuti tahapan pertambangan sebagaimana tahapan pertambangan yang diatur dalam Pasal 36 ayat (1) UU Minerba yang mengatur bahwa tahapan kegiatan IUP Eksplorasi (kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, dan studi kelayakan) dan IUP OP (kegiatan konstruksi, penambangan, pengelolaan, dan pemurnian, serta pengangkutan dan penjualan).

Bahkan dalam Pasal 39 ayat (2) huruf d UU Minerba diatur bahwa dalam IUP OP harus dimuat lokasi pengelolaan dan pemurnian, sehingga bagi pemegang IUP Eksplorasi tidak dapat diberikan IUP OP apabila tidak memiliki lokasi pengelolaan dan pemurnian. Lokasi pengelolaan dan pemurnian tersebut harus berada di dalam negeri sebagaimana diatur dalam Pasal 103 UU Minerba baik dibangun sendiri, maupun bekerja sama dengan badan usaha, koperasi, atau perserorangan yang telah mendapatkan IUP/IUPK.

Dilihat dari konteks pengaturan dalam Pasal 36, Pasal 39, dan Pasal 103 UU Minerba tersebut, maka pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri harus oleh pemegang IUP harus dilakukan seketika pada saat tahapan pengelolaan dan pemurnian telah dilaksanakan. Apabila pengelolaan dan pemurnian tidak dilakukan di dalam negeri maka telah terjadi pelecehan UU Minerba dan telah terjadi pula pelecehan atas *act of will* rakyat Indonesia karena UU Minerba merupakan kehendak rakyat Indonesia yang diwakili oleh DPR dan pemerintah sebagai amanat Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945.

Selain itu, dalam pasal-pasal di UU Minerba, PP Nomor 23 Tahun 2010, PP Nomor 24 Tahun 2012, dan PP Nomor 1 Tahun 2014 tidak dikenal frasa “larangan ekspor” apabila pemegang IUP/IUPK tidak melaksanakan kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri. Munculnya frasa “larangan ekspor” pertama kali muncul dalam Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 7 Tahun 2010, yaitu bahwa pemegang IUP OP dan IPR diterbitkan sebelum berlakunya Permen ESM Nomor 7 Tahun 2010 dilarang untuk menjual bijih (*raw material* atau *ore*) mineral keluar negeri dalam jangka waktu paling lambat 3 (tiga) bulan sejak berlakunya Permen ESDM No. 7 Tahun 2012. Namun, Permen ESDM No. 7 Tahun 2012 tersebut telah diuji ke Mahkamah Agung dan Mahkamah Agung pun telah membatalkannya.

Selanjutnya, apabila dilihat dalam PP No. 1 Tahun 2014 secara normatif terkait pengaturan kepada pemegang IUP dengan materi muatan yang sangat jelas, terdiri atas unsur:

- (1) kewajiban melakukan pengelolaan dan pemurnian hasil pertambangan di dalam negeri;
- (2) pemegang IUP yang telah melakukan pengelolaan dapat menjual ke luar negeri hasil pertambangannya dalam jumlah tertentu yang ketentuan lebih lanjutnya diatur dalam Peraturan Menteri.

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 112C PP No.1 Tahun 2014 tersebut, tidak ada keraguan bahwa tidak ada pengaturan mengenai larangan ekspor. Pun bila dianggap ada maka PP tersebutlah yang harusnya diuji ke Mahkamah Agung atau bila peraturan pelaksanaan dari PP tersebut, yaitu Peraturan Menteri ESDM No. 1 Tahun 2014 yang dianggap melarang ekspor maka Peraturan Menteri tersebut yang diuji ke Mahkamah Agung.

Berdasarkan hal tersebut, nomenklatur “larangan ekspor” dan substansi “larangan ekspor” tersebut tidak ada satu pun dalam rezim pengaturan pertambangan Minerba. Seandainya ada dalam PP dan Permen ESDM maka hal tersebut pun dibenarkan karena sebagaimana diatur dalam Pasal 103 ayat (3) UU Minerba bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai pengelolaan dan pemurnian diatur dalam Peraturan Pemerintah. Norma dalam Pasal 103 UU Minerba bukanlah norma yang selesai, sehingga Presiden dapat menetapkan peraturan pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya (Pasal 5 ayat (2) UUD NRI 1945).

Dalam PP No. 1 Tahun 2014 pun, norma (pengaturan) pengelolaan dan pemurnian belum selesai, yaitu pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian serta batasan minimum pengelolaan dan pemurnian diatur oleh Peraturan Menteri ESDM (Pasal 112C angka 5 PP No. 1 Tahun 2014).

Kewajiban pengelolaan dan pemurnian telah muncul sebelum lahirnya UU Minerba. Misalnya, dalam Kontrak Karya antara Pemerintah RI dengan PT Freeport dan Kontrak Karya antara Pemerintah RI dengan PT Newmont Nusa Tenggara telah dimuat kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri dengan mempertimbangkan aspek keekonomian. Dilihat dari konteks dalam Kontrak Karya tersebut bahwa pemerintah telah lama menganggap pentingnya pelaksanaan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri. Artinya kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri bukanlah hal yang baru dan ujug-ujug, tapi sudah diupayakan sejak lama oleh pemerintah. Akhirnya

kewajiban tersebut tidak hanya tertuang secara kontraktual namun juga dituangkan secara legislatif (UU) dan regulatif dalam peraturan perundang-undangan (PP dan Permen).

Bahkan tidak hanya dalam rezim pengaturan dalam bidang Minerba, dalam bidang perdagangan pun sebagaimana diatur dalam Pasal 50 UU No. 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan diatur bahwa semua barang dapat diekspor atau diimpor, kecuali yang dilarang, dibatasi, atau ditentukan lain oleh undang-undang. Pemerintah melarang ekspor barang untuk kepentingan nasional dengan alasan. Untuk melindungi kepentingan umum.

Lebih lanjut dalam Pasal 54 ayat (2) UU No. 7 Tahun 2014 tersebut, diatur pula bahwa pemerintah dapat membatasi ekspor barang dengan alasan sebagai berikut.

1. Menjamin terpenuhinya kebutuhan dalam negeri.
2. Menjamin ketersediaan bahan baku yang dibutuhkan oleh industri pengolahan di dalam negeri.
3. Melindungi kelestarian sumber daya alam.
4. Meningkatkan nilai tambah ekonomi bahan mentah dan/atau sumber daya alam.
5. Mengantisipasi kenaikan harga yang cukup drastis dari komoditas ekspor tertentu di pasaran internasional.
6. Menjaga stabilitas harga komoditas tertentu di dalam negeri.

Berdasarkan hal di atas, jelas bahwa politik hukum pemerintah dalam hal kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri merupakan pilitik hukum yang responsif. Melalui pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri, terdapat peningkatan nilai tambah secara ekonomis, sosial, dan lingkungan. Jelas bahwa dengan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri akan berdampak pada penerimaan negara, tersedianya bahan baku di dalam negeri, penyerapan tenaga kerja, dan menjaga stabilitas harga komoditas tertentu di dalam negeri.

Perlu pula dipahami bahwa kewajiban pengelolaan dan pemurnian bukanlah instrumen pengendalian produksi dan ekspor sebagaimana diatur dalam Pasal 5 UU Minerba dan tidak ada relevansinya dengan Pasal 102 dan Pasal 103 UU Minerba.

Berikut perbedaan pengendalian produksi dan ekspor dengan kewajiban pengelolaan serta pemurnian di dalam negeri.

Perbedaan Pengendalian Produksi dan Ekspor dengan Kewajiban Pengelolaan dan Pemurnian di Dalam Negeri

Aspek	Pengendalian	Pengelolaan dan Pemurnian di Dalam Negeri
Norma	Pasal 5	Pasal 103
Tujuan	Pengendalian produksi dan ekspor	Penerimaan negara, tersedianya bahan baku di dalam negeri, penyerapan tenaga kerja
Proses	Persetujuan DPR RI	Tidak perlu persetujuan DPR RI
Hasil	Penetapan jumlah produksi per provinsi atau tahun	Pembangunan <i>smelter</i>

Kedua hal tersebut berbeda. Artinya dua hal kebijakan tersebut dapat dilakukan oleh pemerintah dalam aspek yang berbeda, yaitu dalam konteks peningkatan nilai tambah atau dalam konteks pengendalian produksi dan ekspor. Dalam kaitannya dengan Pasal 103 UU Minerba dan peraturan pelaksanaannya, maka jelas bahwa pemerintah dalam hal ini sedang mengatur, mengurus, dan membuat kebijakan mengenai kewajiban pengelolaan dan pemurnian.

Hal ini didasari oleh misalnya, dalam pengaturan, pengurusan, dan pembuatan kebijakan tersebut tidak dilakukan dengan persetujuan DPR dan hasilnya bukan melalui penetapan jumlah produksi per provinsi atau tahun, namun pemerintah menekankan kewajiban mengenai pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri bagi pemegang KK dan pemegang UIP hasil perubahan KP, SIPD, dan SIPR sejak tanggal 12 Januari 2014. Sedangkan IUP baru yang dikeluarkan setelah UU Minerba memiliki kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri sejak IUP tersebut diberikan, tepatnya pada saat tahapan operasi produksi.

Perusahaan tambang jangan hanya mementingkan “perutnya” sendiri, namun meninggalkan kepentingan “perut” ibu pertiwi. Harus ada keadilan dan kemanfaatan pertambangan bagi bangsa Indonesia. Hasil tambang mentah yang dibawa ke luar negeri tanpa diolah dan dimurnikan di dalam negeri merupakan bentuk pelecehan pelaku usaha baik kepada UUD NRI 1945, UU Minerba, dan peraturan pelaksanaannya maupun kepada rakyat Indonesia yang sesungguhnya penikmat utama hasil tambang untuk sebesar-besar kemakmurannya. Pengaturan mengenai kewajiban bagi pemegang IUP/IUPK untuk melakukan pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri telah sesuai dengan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945.

Perintah ini tertuang dalam Pasal 112 UU Minerba yang secara tegas memerintahkan pemegang IUP/IUPK untuk melakukan pemurnian di dalam negeri telah tepat sebagai bentuk perlawanan kepada pemegang IUP/IUPK lebih memilih memurnikan mineral mentah Indonesia ke negara lain, seperti Spanyol dan Jepang. Mineral mentah tersebut dibawa keluar negeri tanpa memberikan nilai tambah bagi bangsa dan negara, pun ketika UU Minerba lima tahun lalu (2009) memerintahkan agar para pemegang IUP/IUPK untuk memurnikan di dalam negeri, perusahaan pemegang IUP dan IUPK tidak mematuhi. Padahal pemurnian di dalam negeri diperuntukkan agar terjadinya manfaat nilai tambah dari mineral, tersedianya bahan baku kontrol, penyerapan tenaga kerja, dan peningkatan penerimaan negara bagi Indonesia.

Politik hukum kewajiban pengelolaan dan pemurnian di dalam negeri merupakan politik hukum yang kontrol dari DPR dan Pemerintah. Politik hukum yang berlandaskan pada konsep *the greatest happiness of the greatest number*. Politik hukum yang merupakan pelaksanaan konsepsi Indonesia sebagai negara hukum dan konsep bahwa kekayaan alam harus dikuasai negara dan digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Bahwa peraturan yang baik ialah peraturan yang mampu memberikan kebahagiaan atau manfaat terbesar bagi seluruh rakyat. Pilihan substansi pengaturan harus berpihak pada mayoritas banyak orang (rakyat), walaupun menimbulkan sedikit kerugian bagi pihak lain.

Bab
6

Dilema Penyelesaian Sengketa Melalui Penegakan Hukum dalam Penambangan Tanpa Izin pada Pertambangan Skala Kecil

Tujuan pengelolaan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara sebagaimana tercantum dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disingkat UU Minerba), antara lain sebagai berikut.¹⁰⁸

1. Menjamin manfaat pertambangan mineral dan batubara secara berkelanjutan dan berwawasan lingkungan hidup.
2. Meningkatkan pendapatan masyarakat lokal, daerah, dan negara, serta menciptakan lapangan kerja untuk sebesar-besar kesejahteraan rakyat.
3. Menjamin kepastian hukum dalam penyelenggaraan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara.

Tujuan pengelolaan pertambangan mineral dan batubara di atas mengandung berbagai unsur kepentingan yang terkait langsung dengan kegiatan usaha pertambangan, antara lain kepentingan ekonomi, sosial, dan lingkungan hidup. Hal ini berhubungan dengan karakteristik dari sumber daya alam mineral dan batubara sebagai sumber daya alam yang tak terbarukan, sehingga konsep pembangunan berkelanjutan berupaya mengelaborasi aspek ekonomi, sosial, dan lingkungan hidup dalam satu bungkus konsep pengelolaan pertambangan mineral dan batubara secara kumulatif.

¹⁰⁸ Pasal 3 huruf b, huruf e, dan huruf f UU Minerba.

Pembangunan berkelanjutan merupakan bentuk respon terhadap konsep pembangunan konvensional yang hanya berhasil meningkatkan pertumbuhan ekonomi, tetapi gagal dalam aspek sosial dan lingkungan.¹⁰⁹

Hal itu disebabkan karena alasan bahwa pembangunan konvensional meletakkan ekonomi semata sebagai pusat persoalan pertumbuhan dan menempatkan faktor sosial dan lingkungan pada posisi yang kurang penting.¹¹⁰

Padahal sumber daya alam mineral dan batubara merupakan sumber daya alam yang tidak diperbarui sehingga apabila hanya pertumbuhan ekonomi semata yang menjadi tujuan perusahaan mineral dan batubara maka dampak sosial dan lingkungan akan timbul, karena secara prinsip perusahaan mineral dan batubara dilakukan dalam rangka memenuhi kebutuhan (ontrol dan energi) masa sekarang tanpa mengorbankan pemenuhan kebutuhan generasi masa depan.¹¹¹ Drexhage and Deborah Murphy menyatakan bahwa:

*“It is generally accepted that sustainable development calls for a convergence between the three pillars of economic development, social equity, and environmental protection. Sustainable development is a visionary development paradigm; and over the past 20 years governments, businesses, and civil society have accepted sustainable development as a guiding principle, made progress on sustainable development metrics, and improved business and NGO participation in the sustainable development process. Yet the concept remains elusive and implementation has proven difficult.”*¹¹²

Aspek pertumbuhan ekonomi (*economic development*), keadilan sosial (*social equity/social justice*), dan perlindungan lingkungan hidup (*environmental*

109 Iwan J. Aziz, Lydia M., dkk., *Pembangunan Berkelanjutan: Peran dan Kontribusi Emil Salim*, Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia (KPG), 2010, hlm. 22.

110 *Ibid.*

111 Istilah pembangunan berkelanjutan diperkenalkan dalam *World Conservation Strategy* yang diterbitkan oleh *United Nations Environment Programme* (UNEP), *International Union for Conservation of Nature and Natural Resources* (IUCN), dan *World Wide Fund for Nature* (WWF) pada 1980. Pada 1982, UNEP menyelenggarakan sidang istimewa memperingati 10 tahun gerakan lingkungan dunia (1972–1982) di Nairobi, Kenya, sebagai reaksi ketidakpuasan atas penanganan lingkungan selama ini. Dalam sidang istimewa tersebut disepakati pembentukan Komisi Dunia untuk Lingkungan dan Pembangunan (*World Commission on Environment and Development-WCED*). Lihat Drexhage and Deborah Murphy, *International Institute for Sustainable Development* (IISD), “Sustainable Development: From Brundtland to Rio 2012”, *Background Paper prepared for consideration by the High Level Panel on Global Sustainability at its first meeting*, 19 September 2010.

112 Drexhage and Deborah Murphy, *International Institute for Sustainable Development* (IISD), “Sustainable Development: From Brundtland to Rio 2012”, *Background Paper prepared for consideration by the High Level Panel on Global Sustainability at its first meeting*, 19 September 2010.

protection) menjadi kesatuan yang terkonvergensi secara utuh dalam kebijakan dan pelaksanaan pengelolaan sumber daya alam mineral dan batubara. Pertimbangan bahwa mineral dan batubara yang terkandung dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia merupakan kekayaan alam tak terbarukan mempunyai peranan penting dalam memenuhi hajat hidup orang banyak, harus menjadi landasan filosofis pengelolaan sumber daya alam Indonesia. Untuk itu, Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 secara jelas menyatakan bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya harus dikuasai oleh negara untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

Negara sebagai pemegang hak menguasai¹¹³ atas sumber daya alam Indonesia memberikan kewenangan kepada pemerintah untuk melakukan pengelolaan¹¹⁴

113 Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 dengan memberikan tafsir atas frasa "dikuasai oleh negara" dalam Pasal 33 UUD 1945: Perkataan "dikuasai oleh negara" haruslah diartikan mencakup makna penguasaan oleh negara dalam arti luas yang bersumber dan berasal dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan "bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya", termasuk pula di dalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

114 Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi: "Menimbang bahwa Undang-Undang *a quo*, mengkonstruksikan hubungan antarnegara dengan badan usaha yang melakukan pengelolaan Migas dengan hubungan keperdataan dalam bentuk KKS. Menurut UU Migas, KKS adalah Kontrak Bagi Hasil atau bentuk kontrak kerja sama lain dalam kegiatan eksplorasi dan eksploitasi yang lebih menguntungkan dan hasilnya dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (*vide* Pasal 1 angka 19 UU Migas). Dalam KKS, BP Migas bertindak mewakili Pemerintah sebagai pihak dalam KKS dengan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap yang mengelola Migas. Dalam posisi yang demikian, hubungan antara BP Migas (negara) dengan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap adalah hubungan yang bersifat keperdataan, yaitu menempatkan posisi negara dan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap yang mengelola Migas dalam posisi yang sederajat. Dalam hal ini ketika kontrak telah ditandatangani, negara menjadi terikat pada isi KKS. Akibatnya, negara kehilangan diskresi untuk membuat regulasi bagi kepentingan rakyat yang bertentangan dengan isi KKS, sehingga negara kehilangan kedaulatannya dalam penguasaan sumber daya alam yaitu kedaulatan untuk mengatur Migas yang bertentangan dengan isi KKS. Padahal negara, sebagai representasi rakyat dalam penguasaan sumber daya alam harus memiliki keleluasaan membuat aturan yang membawa manfaat bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Menurut Mahkamah hubungan antara negara dengan swasta dalam pengelolaan sumber daya alam tidak dapat dilakukan dengan hubungan keperdataan, tetapi harus merupakan hubungan yang bersifat publik, yaitu berupa pemberian konsesi atau perizinan yang sepenuhnya di bawah kontrol dan kekuasaan negara. Kontrak keperdataan akan mendegradasi kedaulatan negara atas sumber daya alam, dalam hal ini Migas. Berdasarkan pertimbangan tersebut, menurut Mahkamah, hubungan antara negara dan sumber daya alam Migas sepanjang dikonstruksi dalam bentuk KKS antara BP Migas selaku Badan Hukum Milik Negara sebagai pihak Pemerintah atau yang mewakili Pemerintah dengan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap sebagaimana diatur dalam Undang-Undang *a quo* adalah bertentangan dengan prinsip penguasaan negara yang dimaksud oleh konstitusi."

sumber daya alam melalui pemberian ontrol izin, lisensi, dan konsesi. Kewenangan pengelolaan sumber daya alam mineral dan batubara tertuang dalam UU Minerba dan peraturan pelaksanaannya, utamanya Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disebut PP No. 23 Tahun 2010) sebagaimana telah diubah beberapa kali, terakhir dengan Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2014 tentang Perubahan Kedua Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010.

Dalam Pasal 6, Pasal 7, Pasal 8, Pasal 35 sampai dengan Pasal 63 UU Minerba diatur mengenai kewenangan perizinan, baik perizinan usaha maupun perizinan wilayah usaha.¹¹⁵ Bahkan dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (selanjutnya disebut UU Pemda) diatur pula mengenai kewenangan perizinan oleh pemerintah pusat dan pemerintah daerah terkait pembagian urusan di bidang mineral dan batubara.¹¹⁶

Kewenangan perizinan dalam UU Minerba terbagi atas kewenangan pemerintah pusat, pemerintah provinsi, serta pemerintah kabupaten/kota. Pendekatan kewenangan didasarkan pada pendekatan wilayah ontrolive, yaitu izin¹¹⁷ oleh Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral meliputi kewenangan yang lokasi, manfaat, serta dampaknya lintas provinsi,¹¹⁸ gubernur meliputi

115 Konsep kewilayahan pertambangan mineral dan batubara terdiri atas wilayah usaha pertambangan (WUP), wilayah pencadangan negara (WPN), dan wilayah pertambangan rakyat (WPR). WUP kemudian diusahakan menjadi wilayah izin usaha pertambangan (WIUP), WPN kemudian diusahakan menjadi wilayah izin usaha pertambangan khusus (WIUPK), dan WPR tetap menjadi WPR.

116 Kewenangan perizinan dalam UU Minerba dan UU Pemda terdapat perbedaan yang mendasar. Semua kewenangan perizinan dalam UU Minerba terkait kewenangan pemberian izin usaha dan wilayah usaha serta wilayah izin usaha pertambangan mineral dan batubara yang diberikan oleh bupati/walikota sesuai UU Minerba, oleh UU Pemda dicabut kewenangan tersebut. Bupati/walikota dalam UU Pemda tidak memiliki kewenangan di bidang pertambangan mineral dan batubara sebagaimana telah diberikan oleh UU Minerba. Bahkan dalam Pasal 407 UU Pemda dinyatakan bahwa semua kewenangan yang terkait pemerintah daerah harus bersumber dan disesuaikan dengan UU Pemda. Selanjutnya dalam Pasal 404 UU Pemda diatur pula bahwa dalam jangka waktu 2 (dua) tahun sejak UU Pemda diundangkan maka penyerahan personel, pendanaan, sarana, dan prasarana, serta dokumen sebagai akibat pembagian urusan pemerintahan antara pemerintah pusat, daerah provinsi dan daerah kabupaten/kota yang diatur berdasarkan undang-undang ini dilakukan paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak undang-undang ini diundangkan.

117 Izin dalam pertambangan mineral batubara terdiri atas, izin usaha pertambangan (IUP), izin usaha pertambangan Khusus (IUPK), dan izin usaha pertambangan rakyat (IPR). IUP terbagi atas IUP Eksplorasi dan IUP Operasi Produksi. IUP Eksplorasi adalah izin usaha yang diberikan untuk melakukan tahapan kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, dan studi kelayakan. Sedangkan IUP Operasi Produksi adalah izin usaha yang diberikan setelah selesai pelaksanaan IUP Eksplorasi untuk melakukan tahapan kegiatan operasi produksi (lihat Pasal 1 angka 7, Pasal 1 angka 8, Pasal 1 angka 9 UU Minerba)

118 Dalam Pasal 6 diatur bahwa kewenangan pemerintah pusat, antara lain penerbitan:
1. IUP dan IUPK yang berada pada lintas wilayah provinsi dan/atau wilayah laut lebih dari 12 (dua belas) mil dari garis pantai;

kewenangan yang lokasi, manfaat, dan dampaknya berada lintas kabupaten/kota,¹¹⁹ dan bupati/walikota lokasi, manfaat, serta dampaknya berada dalam satu kabupaten/kota.¹²⁰

Lebih lanjut, persyaratan perizinan pun sudah lengkap diatur dalam PP No. 23 Tahun 2010 yang mengatur bahwa setiap permohonan izin usaha di bidang pertambangan mineral dan batubara harus memenuhi persyaratan ontrolive, teknis, lingkungan, dan finansial. Dalam kegiatan usaha pertambangan, terdapat 3 (tiga) jenis usaha pertambangan, yaitu izin usaha pertambangan (IUP),¹²¹ izin usaha pertambangan khusus (IUPK),¹²² dan izin pertambangan rakyat (IPR).¹²³

Melalui ketiga jenis izin ini, perorangan, badan usaha, dan koperasi¹²⁴ dapat melakukan kegiatan usaha pertambangan sesuai dengan izin usaha yang

2. IUP yang lokasi penambangannya berada pada lintas wilayah provinsi dan/atau wilayah laut lebih dari 12 (dua belas) mil dari garis pantai;
3. IUP Operasi Produksi yang berdampak lingkungan langsung lintas provinsi dan/atau dalam wilayah laut lebih dari 12 (dua belas) mil dari garis pantai; serta
4. IUP Operasi Produksi apabila lokasi penambangan, lokasi pengolahan dan pemurnian, serta pelabuhan berada di dalam wilayah provinsi yang berbeda setelah mendapatkan rekomendasi dari gubernur dan bupati/walikota setempat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

119 Dalam Pasal 7 diatur bahwa kewenangan pemerintah provinsi antara lain, penerbitan:

1. IUP pada lintas wilayah kabupaten/kota dan/atau wilayah laut 4 (empat) mil sampai dengan 12 (dua belas) mil;
2. IUP operasi produksi yang kegiatannya berada pada lintas wilayah kabupaten/kota dan/atau wilayah laut 4 (empat) mil sampai dengan 12 (dua belas) mil;
3. IUP yang berdampak lingkungan langsung lintas kabupaten/kota dan/atau wilayah laut 4 (empat) mil sampai dengan 12 (dua belas) mil;
4. IUP Operasi Produksi yang apabila lokasi penambangan, lokasi pengolahan dan pemurnian, serta pelabuhan berada di dalam wilayah kabupaten/kota yang berbeda setelah mendapatkan rekomendasi dari bupati/walikota setempat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

120 Pemberian izin oleh bupati meliputi IUP dan IPR (Izin Pertambangan Rakyat) di wilayah kabupaten/kota dan/atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil; IUP operasi produksi dan IPR yang kegiatannya berada di wilayah kabupaten/kota dan/atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil; dan IUP yang WIUP berada di dalam satu wilayah kabupaten/kota.

121 Dalam Pasal 8 diatur bahwa kewenangan pemerintah kabupaten/kota, antara lain penerbitan:

1. IUP dan IPR, pembinaan, penyelesaian konflik masyarakat, dan pengawasan usaha pertambangan di wilayah kabupaten/kota dan/atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil;
2. pemberian IUP dan IPR, pembinaan, penyelesaian konflik masyarakat dan pengawasan usaha pertambangan operasi produksi yang kegiatannya berada di wilayah kabupaten/kota dan/atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil.

122 IUPK adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan di wilayah izin usaha pertambangan khusus (Pasal 1 angka 11 UU Minerba).

123 Izin untuk melaksanakan usaha pertambangan dalam wilayah pertambangan rakyat dengan luas wilayah dan investasi terbatas (Pasal 1 angka 10 UU Minerba).

124 Berdasarkan Pasal 38 UU Minerba, pihak yang dapat mengajukan izin usaha, yaitu perorangan, badan usaha, dan koperasi.

dimohonkan dan disetujui oleh pejabat yang berwenang. Tanpa izin tersebut, setiap perusahaan mineral dan batubara tidak dapat dilakukan serta semua tindakan perusahaan tersebut menjadi kegiatan pertambangan tanpa izin (selanjutnya disingkat PETI) yang merupakan perbuatan/tindakan/peristiwa pidana.

PETI merupakan perbuatan pidana sebagaimana diatur dalam:

1. Pasal 158 UU Minerba yang mengatur bahwa setiap orang yang melakukan usaha penambangan tanpa IUP, IPR atau IUPK dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah).
2. Pasal 160 yang mengatur:
 - c. Setiap orang yang melakukan eksplorasi tanpa memiliki IUP atau IUPK sebagaimana dimaksud dalam Pasal 37 atau Pasal 74 ayat (1) dipidana dengan pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).
 - d. Setiap orang yang mempunyai IUP Eksplorasi tetapi melakukan kegiatan operasi produksi dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah).

Namun pada kenyataannya, sampai saat ini PETI marak terjadi, misalnya pada tanggal 28 Januari 2016 sebanyak 26 (dua puluh enam) orang yang bekerja di tambang galian C ontrol di Kecamatan Patumbak, Deliserdang, Sumatra Utara, ditangkap jajaran Kepolisian Resor Medan karena di lokasi penambangan galian C diduga tidak memiliki izin pertambangan.¹²⁵ Begitu pula penegakan hukum atas dugaan PETI di Bogor, Jawa Barat oleh Kepolisian Resor Bogor yang menangkap 22 (dua puluh dua) penambang emas liar yang beroperasi di wilayah penambangan milik PT Aneka Tambang (Persero) Tbk, Gunung Pongkor.¹²⁶ Selain kasus di atas banyak lagi kasus PETI yang terjadi antara lain di Gunung Botak, Maluku; di Gunung Guntur, Garut; di Tanah Laut, Kalimantan Selatan; di Silo, Jember; di Telabang, Gunung Mas, dan berbagai wilayah lainnya di Indonesia.

Berdasarkan data yang disampaikan oleh Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan (selanjutnya disingkat "KLHK") bahwa sesuai verifikasi lapangan

125 [Http://news.okezone.com/read/2016/01/28/340/1299730/polisi-tangkap-26-pekerja-tambang-ilegal](http://news.okezone.com/read/2016/01/28/340/1299730/polisi-tangkap-26-pekerja-tambang-ilegal) (diakses pada 10 Maret 2016).

126 [Http://www.antaraneews.com/berita/518290/polres-bogor-tangkap-22-penambang-emasa-liar](http://www.antaraneews.com/berita/518290/polres-bogor-tangkap-22-penambang-emasa-liar) (diakses 10 Maret 2016).

oleh KLHK pada September–Oktober 2015 terdapat 302 (tiga ratus dua) lokasi PETI¹²⁷ yang terverifikasi dari sisi jenis tambang ditemukan berupa tambang emas sebanyak 22% (dua puluh dua persen); sirtu sebanyak 13% (tiga belas persen); pasir kuarsa sebanyak 9% (sembilan persen); batu, tanah, dan timah masing-masing 8% (delapan persen); pasir dan pasir urug masing-masing 7% (tujuh persen); batu gamping sebanyak 6% (enam persen); granit dan batu kuarsa masing-masing 3% (tiga persen); serta lainnya sebanyak 6% (enam persen).¹²⁸

Dari sisi peralatan tambang, PETI menggunakan peralatan mekanik sebanyak 57% (lima puluh tujuh persen) dan manual sebanyak 43% (empat puluh tiga persen), sedangkan dari metode penambangannya, yang bersifat terbuka sebanyak 76% (tujuh puluh enam persen), dalam/bawah tanah sebanyak 15% (lima belas persen), dan bawah air sebanyak 9% (sembilan persen).¹²⁹ Status tambang yang masih dominan aktif 84% (delapan puluh empat persen) dan tidak aktif 16% (enam belas persen).¹³⁰

Sementara itu, status lahannya berupa hutan konservasi 2% (dua persen), hutan lindung 9% (sembilan persen), hutan produksi 6% (enam persen), tanah negara lainnya 31% (tiga puluh satu persen) dan hak milik 52% (lima puluh dua persen).¹³¹ Untuk waktu penambangan, waktu mulai penambangan rata-rata sebelum 2010 sebanyak 41% (empat puluh satu persen) dan periode 2010–2015 sebanyak 59% (lima puluh sembilan persen) dan status penambang berupa penduduk setempat 62% (enam puluh dua persen) dan pendatang 38% (tiga puluh delapan persen).¹³² Dari 302 (tiga ratus dua) lokasi tersebut, terdapat konflik sosial pada 84 (delapan puluh empat).¹³³

Selanjutnya dari tingkat kesejahteraan terverifikasi data, yaitu tingkat kesejahteraan meningkat 77% (tujuh puluh tujuh persen), tetap 21% (dua puluh satu persen), dan menurun 2% (dua persen), sedangkan dari sisi ketenagakerjaan, terdapat anak-anak di 36 (tiga puluh enam) lokasi, lansia dan perempuan

127 [Http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/](http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/) (diakses pada 10 Maret 2016).

128 [Http://industri.bisnis.com/read/20151208/44/499545/tambang-ilegal-kementerian-lingkungan-menemukan-buruh-anak-kematian-hingga-konflik](http://industri.bisnis.com/read/20151208/44/499545/tambang-ilegal-kementerian-lingkungan-menemukan-buruh-anak-kematian-hingga-konflik) (diakses pada 10 Maret 2016).

129 [Http://www.beritasatu.com/kesra/328974-ditemukan-302-lokasi-pertambangan-tanpa-izin-di-indonesia.html](http://www.beritasatu.com/kesra/328974-ditemukan-302-lokasi-pertambangan-tanpa-izin-di-indonesia.html) (diakses pada 10 Maret 2016).

130 *Ibid.*

131 *Ibid.*

132 [Http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/](http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/) (diakses pada 10 Maret 2016).

133 *Ibid.*

di 53 (lima puluh tiga) lokasi.¹³⁴ Sementara ada juga kecelakaan kerja yang menimbulkan korban jiwa di 23 (dua puluh tiga) lokasi dan cacat di 11 (sebelas) lokasi. Sementara itu, jarak tambang dengan permukiman berjarak kurang dari 0,5 (nol koma lima) km sebanyak 53% (lima puluh tiga persen).¹³⁵

Berdasarkan data dari KLHK, PETI terjadi sangat ontro. Namun di balik terjadinya kegiatan PETI tersebut terdapat dampak sosial dan ekonomi yang signifikan bagi penambang PETI, yaitu dengan terjadinya peningkatan kesejahteraan menjadi 77% (tujuh puluh tujuh persen), tetap sebesar 21% (dua puluh satu persen), dan kesejahteraan yang menurun hanya 2% (dua persen). Artinya, dari sekitar 2 (dua) juta penambang PETI¹³⁶ maka sekitar 1.540.000 (satu juta lima ratus empat puluh ribu) penambang mendapatkan kesejahteraan dari kegiatan PETI. Di sisi lain, sesuai Pasal 158 dan Pasal 160 UU Minerba kegiatan PETI merupakan perbuatan pidana yang dalam perspektif postivistik harus dilaksanakan atau ditegakkan.

Penindakan hukum pidana terhadap PETI menjadi ontrol bagi penegak hukum karena terjadi benturan antara aspek ontrol-yuridis dengan aspek sosiologis dan filosofis sehingga diperlukan tindakan khusus dalam penanganan PETI bagi penambang skala kecil.¹³⁷ Bahkan Presiden Joko Widodo mewacanakan akan memutihkan atau melegalkan 1.640 (seribu enam ratus empat puluh) PETI yang ada di provinsi Bangka Belitung¹³⁸ dengan tujuan agar tidak ada lagi pasir timah yang diekspor illegal dan setiap penambang ont menjual hasil pasir timahnya ke BUMN seperti PT Timah (Persero).¹³⁹ Dilema ini mengakibatkan tidak efektifnya penegakan hukum PETI yang berakibat adanya ketidakpastian hukum. Terjadi benturan antara fakta yuridis dan fakta empiris atau benturan antara tekstual dan kontekstual hukum.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

136 *Ibid.*

137 Dalam UU Minerba penambang skala kecil (PSK) tidak diatur. PSK dapat dipersamakan dengan IPR karena karakteristik IPR yang luasannya kecil dan persyaratannya mudah diakses oleh penambang-penambang rakyat. PSK menurut Keputusan Bersama Menteri Pertambangan dan Energi, Menteri Dalam Negeri dan Menteri Koperasi, Pengusaha Kecil dan Menengah Nomor: 2002.K/20/MPE/1998–Nomor: 151A Tahun 1998–Nomor: 23/SKB/M/XII/1998 adalah usaha pertambangan umum atas galian golongan A, B, dan C yang dilakukan oleh koperasi atau pengusaha kecil setempat.

138 <http://babel.antaranews.com/berita/24563/pengamat-melegalkan-tambang-rakyat-jangan-tabrak-aturan> (diakses pada 12 Maret 2016).

139 <http://www.medanbisnisdaily.com/news/read/2015/06/30/172536/1640-tambang-timah-tak-berizin-akan-diputihkan/#.VrfvMbl97oA> (diakses pada 12 Maret 2016).

A. FAKTOR-FAKTOR PENYEBAB PETI

1. Faktor Masalah Regulasi

Eksistensi PETI disebabkan oleh faktor pemicu, yaitu faktor masalah regulasi, khususnya dalam UU Minerba dan peraturan pelaksanaannya.¹⁴⁰ Faktor penyebab regulasi ini terjadi dalam *law making process*, yaitu adanya norma hukum yang bermasalah dalam pembentukannya sehingga menimbulkan masalah dalam pelaksanaannya (*implementation problem*). Beberapa faktor regulasi yang menyebabkan terjadinya PETI, yaitu sebagai berikut.

a. Norma Hukum dalam UU Minerba yang Tidak Operasional

Terdapat beberapa dalam UU Minerba yang tidak operasional sehingga berpengaruh secara langsung atas kegiatan PETI. Sebagaimana diatur dalam Pasal 58 UU Minerba yang mengatur bahwa terkait masalah batasan minimal luas wilayah 5 (lima) ontrol untuk memohon izin usaha pertambangan tahap eksplorasi bagi komoditas batuan. Hal ini menutup kemungkinan permohonan IUP tahap eksplorasi kurang dari 5 (lima) ontrol yang secara teknik sesungguhnya banyak pertambangan batuan yang luasannya kurang dari 5 (lima) ontrol, misalnya komoditas tambang pasir, kerikil, gamping, dan batuan lainnya.

Selain itu, UU Minerba mengatur mengenai tahapan pertambangan tahap eksplorasi dan tahap operasi produksi sebagaimana dalam Pasal 36 UU Minerba yang mengatur IUP terdiri atas 2 (dua) tahap, yaitu: (1) IUP Eksplorasi meliputi kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, dan studi kelayakan; serta (2) IUP Operasi Produksi meliputi kegiatan konstruksi, penambangan, pengolahan dan pemurnian, serta pengangkutan dan penjualan. Walau dalam Pasal 36 ayat (2) UU Minerba diatur bahwa pemegang IUP Eksplorasi dan pemegang IUP Operasi Produksi dapat melakukan sebagian atau seluruh kegiatan, namun berdasarkan ketentuan Pasal 36 UU Minerba maka semua kegiatan usaha pertambangan harus melakukan tahapan eksplorasi dan operasi produksi baik sebagian atau seluruh kegiatan, padahal ada beberapa komoditas tambang khususnya batuan yang tidak memerlukan tahapan tersebut.

140 Peraturan pelaksanaan dari UU Minerba, meliputi:

1. Peraturan Pemerintah Nomor 22 Tahun 2010 tentang Wilayah Pertambangan;
2. Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara yang telah diubah beberapa kali terakhir dengan Peraturan Pemerintah Nomor 78 Tahun 2014;
3. Peraturan Pemerintah Nomor 55 Tahun 2010 tentang Pembinaan dan Pengawasan Pertambangan Mineral dan Batubara;
4. Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2010 tentang Reklamasi dan Pascatambang.

Faktor regulasi inilah yang kemudian membuat penambang komoditas tambang tertentu tidak dapat mengajukan izin usaha pertambangan karena aturan yang tidak dapat dilaksanakan. Di sisi lain, masyarakat menilai ada suatu komoditas tambang di sekitar wilayahnya yang dapat diusahakan guna memberikan kesejahteraan bagi mereka sehingga praktik PETI pun dilakukan.

Untuk mengakomodir hal tersebut, UU Minerba memperkenalkan skema perizinan pertambangan rakyat (IPR). IPR memiliki karakteristik, yaitu izin diberikan kepada penduduk setempat dan luas wilayah yang kecil kurang dari 1 hektar (untuk perorangan dan kelompok) dan paling banyak 10 hektar (untuk koperasi).¹⁴¹ Bahkan terhadap IPR diberikan hak-hak kepada pemegang IPR, yaitu:¹⁴² (a) mendapat pembinaan dan pengawasan di bidang keselamatan dan kesehatan kerja, lingkungan, teknis pertambangan, dan manajemen dari pemerintah dan/atau pemerintah daerah; serta (b) mendapat bantuan modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Namun secara praktik regulasi terdapat kendala dalam pelaksanaan, khususnya mengenai syarat-syarat pemberian IPR sebagaimana diatur dalam Pasal 48 PP No. 23 Tahun 2010 yang mengatur untuk mendapatkan IPR, pemohon harus memenuhi: persyaratan ontrolive, persyaratan teknis, dan persyaratan finansial.¹⁴³

141 Pasal 68 UU Minerba.

142 Pasal 69 UU Minerba. Dalam Pasal 70 UU Minerba diatur pula mengenai kewajiban pemegang IPR, yaitu:

- a. melakukan kegiatan penambangan paling lambat 3 (tiga) bulan setelah IPR diterbitkan;
- b. mematuhi peraturan perundang-undangan di bidang keselamatan dan kesehatan kerja pertambangan pengelolaan lingkungan, dan memenuhi standar yang berlaku;
- c. mengelola lingkungan hidup bersama pemerintah daerah;
- d. membayar iuran tetap dan iuran produksi; dan
- e. menyampaikan laporan pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan rakyat secara berkala kepada pemberi IPR.

Bahkan dalam UU Minerba diatur pula bahwa pemerintah kabupaten/kota bertanggung jawab terhadap pengamanan teknis pada usaha pertambangan rakyat yang meliputi (Pasal 70 ayat (2) UU Minerba):

- a. keselamatan dan kesehatan kerja;
- b. pengelolaan lingkungan hidup; dan
- c. pascatambang.

Ini menjadi indikator bahwa ada upaya dari negara untuk memberikan kemakmuran bagi rakyatnya melalui usaha pertambangan rakyat.

143 Pasal 48 ayat (2) PP No. 23 Tahun 2010:

Persyaratan administratif untuk: orang perseorangan, paling sedikit meliputi: surat permohonan, kartu tanda penduduk, komoditas tambang yang dimohon, dan surat keterangan dari kelurahan/desa setempat.

Untuk kelompok masyarakat, paling sedikit meliputi: surat permohonan, komoditas tambang yang dimohon, dan surat keterangan dari kelurahan/desa setempat.

Dari ketiga syarat tersebut, terdapat syarat yang sulit dipenuhi oleh penambang rakyat, yaitu syarat teknik. Peryaratan teknis sebagaimana diatur dalam Pasal 48 ayat (2) huruf b yaitu berupa surat pernyataan yang memuat paling sedikit mengenai:

- (a) sumuran pada IPR paling dalam 25 (dua puluh lima) meter;
- (b) menggunakan pompa mekanik, penggelundungan, atau permesinan dengan jumlah tenaga maksimal 25 (dua puluh lima) *horse power* untuk 1 (satu) IPR; dan
- (c) tidak menggunakan alat berat dan bahan peledak.

Persyaratan tersebut dianggap tidak relevan dengan pengusahaan pertambangan rakyat, mengingat saat ini di lokasi pertambangan rakyat banyak potensi wilayah yang memiliki sumuran lebih dalam dari 25 (dua puluh lima) meter, harus menggunakan pompa mekanik, penggelundungan, atau permesinan dengan jumlah lebih dari 25 (dua puluh lima) *horse power*, dan harus menggunakan bahan peledak.

Saat ini penambangan melalui alat-alat tradisional sudah tidak relevan karena produksi yang sangat sedikit padahal untuk mendapatkan hasil yang optimal agar kesejahteraan penambang rakyat maka teknik tradisional harus diubah dengan teknik yang modern. Sebagai contoh, apabila kegiatan usaha hanya menggunakan sekop dan cangkul tentu akan berbeda hasilnya apabila menggunakan pompa mekanik dan mesin-mesin penggali. Faktor tidak operasionalnya persyaratan yang diatur dalam UU Minerba dan PP No. 23 Tahun 2010 menjadi pemicu penambang rakyat memilih melakukan PETI.

Hal ini selaras dengan apa yang disampaikan oleh Clive Aspinall bahwa:

*“The paradox is that today, regulated mining is well an organized industry, while small scale, mining is not. This fact is an irony of small-scale mining in Indonesia to day. It represents a complete waste of human resources, natural resources, and loss of government revenue.”*¹⁴⁴

Untuk koperasi setempat, paling sedikit meliputi: surat permohonan, nomor pokok wajib pajak, akta pendirian koperasi yang telah disahkan oleh pejabat yang berwenang, komoditas tambang yang dimohon, dan surat keterangan dari kelurahan/desa setempat.

Persyaratan finansial berupa laporan keuangan 1 (satu) tahun terakhir dan hanya dipersyaratkan bagi koperasi setempat.

144 Clive Aspinall, “Small-Scale Mining in Indonesia”, *International Institute for Environment and Development, World Business Council for Sustainable Development*, September 2001 No. 79, hlm. 4.

b. Konflik Norma UU Minerba dengan UU Pemda

Eksistensi PETI dapat disebabkan pula oleh faktor konflik norma antara UU Minerba dan UU Pemda, khususnya terkait kewenangan pemberian izin, pemberian wilayah izin usaha, pembinaan dan pengawasan, serta penerimaan pajak daerah dan retribusi daerah.

Konflik norma terkait kewenangan perizinan, yaitu dengan tidak adanya kewenangan pemberian IUP, IUPK, dan IPR oleh bupati/walikota serta atas kewenangan tersebut menjadi kewenangan gubernur. Begitu pula kewenangan pembinaan dan pengawasan yang dahulu berada di pemerintah kabupaten/kota kemudian dialihkan ke pemerintah provinsi. Namun, atas peralihan kewenangan tersebut tidak diikuti dengan peralihan kewenangan penetapan, pemungutan, dan penggunaan pajak daerah mineral bukan logam dan batuan yang berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah berada dalam kewenangan pemerintah kabupaten/kota.

Konflik norma antara UU Minerba dan UU Pemda mengakibatkan praktik hukum yang bermasalah. Walaupun dalam 407 UU Pemda mengatur bahwa pada saat UU Pemda mulai berlaku, semua peraturan perundang-undangan yang berkaitan secara langsung dengan daerah wajib mendasarkan dan menyesuaikan pengaturannya pada UU Pemda. Namun pada praktiknya, perubahan kewenangan perizinan, pembinaan, dan pengawasan menimbulkan potensi PETI.

Dalam UU Pemda diatur bahwa kewenangan IUP/IUPK dan IPR berada dalam kewenangan gubernur, namun secara geografis banyak wilayah di Indonesia yang untuk menjangkau ibukota provinsi sangat sulit.¹⁴⁵ Bila dahulu berdasarkan UU Minerba IUP mineral bukan logam dan IUP batuan serta IPR permohonannya

145 Berdasarkan Pasal 13 ayat (4) UU Pemda diatur bahwa kriteria urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah kabupaten/kota adalah: (a) urusan pemerintahan yang lokasinya dalam daerah kabupaten/kota; (b) urusan pemerintahan yang penggunaannya dalam daerah kabupaten/kota; (c) urusan pemerintahan yang manfaat atau dampak negatifnya hanya dalam daerah kabupaten/kota; dan/atau (d) urusan pemerintahan yang penggunaan sumber dayanya lebih efisien apabila dilakukan oleh daerah kabupaten/kota.

Namun, dalam lampiran UU Pemda prinsip tersebut disimpangi. Kewenangan penyelenggaraan mineral dan batubara tidak diberikan kepada pemerintah kabupaten/kota, padahal jelas bahwa mineral dan batubara apabila dilandakan pada prinsip dalam Pasal 13 ayat (4) UU Pemda tentu berada di kabupaten/kota. Contoh, untuk komoditas pertambangan batuan maka lokasi, penggunaannya, manfaat dan dampak negatifnya, serta pertimbangan efisiensinya lebih tepat menjadi kewenangan kabupaten/kota, akan tetapi oleh UU Pemda kewenangan mineral dan batubara tak ada satu pun yang diserahkan ke bupati/walikota.

diajukan ke bupati/walikota, namun sekarang sesuai UU Pemda permohonannya harus diajukan ke gubernur. Sebagai ilustrasi, yaitu permohonan IUP Batuan di lokasi pertambangan kota Bau-Bau dan Buton yang dahulu cukup diajukan di kota Bau-Bau dan Buton, namun sekarang harus diajukan ke ibukota provinsi Sulawesi Tenggara, Kendari. Tentu sebagai daerah kepulauan, proses pengajuan izin tersebut tidak efektif dan efisien karena memerlukan waktu dan biaya yang tinggi. Akhirnya, penambang memilih untuk tidak mengajukan izin usaha.

Termasuk mengenai kewenangan pembinaan dan pengawasan yang dulu dimiliki oleh pemerintah kabupaten/kota, saat ini beralih ke pemerintah provinsi yang berakibat jauhnya rentang pembinaan dan pengawasan sehingga berpengaruh pada rentannya PETI. Belum lagi masalah pengaturan mengenai pajak daerah dan retribusi daerah yang dalam UU Pemda mengenai hal tersebut tidak diatur bahwa kewenangan perizinan baru yang dimiliki oleh pemerintah provinsi berpengaruh pula pada pajak daerah dari atas operasi produksi izin yang diterbitkan. Saat ini berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah mengatur bahwa kewenangan penetapan, pemungutan, serta penggunaan pajak mineral bukan logam dan batuan berada di kabupaten/kota. Hal ini menjadi pemicu PETI.

2. Faktor Kapasitas Birokrasi Perizinan

Prosedur pelayanan perizinan harus diatur dan dilaksanakan secara jelas, tegas, rinci, sesuai kewenangan, dan dilaksanakan sesuai asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan mengatur mengenai prosesontrol disertai jangka waktu pemrosesannya. *If these procedures are not set out clearly in the legal framework, ambiguities may allow undue discretion and potential opportunities for corruption, as well as create regulatory uncertainty.*¹⁴⁶ Perizinan di sektor pertambangan mineral dan batubara menjadiontrol pengendalian.¹⁴⁷

146 Varsha Venugopal, "Assessing Mineral Licensing in a Decentralized Context: The Case of Indonesia", Executive Summary, Natural Resources Government Institute, Oktober 2014, hlm. 3.

147 Menurut Enrique Ortega Girones, dkk., fungsi perizinan, yaitu:

- 1) *Receiving, processing, maintaining, and updating exploration and exploitation applications and grants of licenses in chronological order for industrial, large-scale and small-scale activities.*
- 2) *Producing and making publicly available updated cadastral maps on which existing mineral rights, pending applications, and areas restricted for mining activities are correctly plotted.*

Terkait fungsi perizinan sebagai kontrol pengendalian tersebut, di Indonesia, saat ini terdapat 10.922 (sepuluh ribu sembilan ratus dua puluh dua) IUP yang dianggap bermasalah oleh pemerintah.¹⁴⁸ Pemerintah pun mengeluarkan kebijakan *clear and clean* (CnC) sebagai upaya penataan perizinan di bidang pertambangan mineral dan batubara bermasalah. Setelah melakukan CnC dari 10.922 (sepuluh ribu sembilan ratus dua puluh dua) ditetapkan sebanyak 6.042 (enam ribu empat puluh dua) IUP, sisanya sebanyak 4.880 (empat ribu delapan ratus delapan puluh) IUP dinyatakan tidak CnC.¹⁴⁹ Artinya sekitar 40% (empat puluh persen) izin pertambangan di Indonesia bermasalah.

Permasalahan CnC ini bermula dari bermasalahnya proses pemberian dan penetapan izin usaha pertambangan. Permasalahan ini menimbulkan persoalan hukum, sosial, ekonomi, dan keamanan sehingga Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral melaksanakan kebijakan rekonsiliasi data izin usaha pertambangan secara nasional. Tujuan dilaksanakannya rekonsiliasi data IUP agar terciptanya koordinasi, verifikasi, dan sinkronisasi IUP di seluruh provinsi/kabupaten/kota di Indonesia.¹⁵⁰ Selain itu, dampak dari rekonsiliasi data IUP yaitu: (a) tersedia data IUP mineral batubara secara nasional dengan baik; (b) peningkatan penerimaan negara; dan (c) terintegrasi data IUP pusat dan daerah.¹⁵¹

Permasalahan kapasitas perizinanlah yang membuat terjadi masalah terhadap 10.922 (sepuluh ribu sembilan ratus dua puluh dua) di Indonesia. Baik kapasitas kelembagaan maupun kapasitas sumber daya manusia. Kapasitas birokrasi yang tidak reformis yang ditandai dengan perilaku koruptif, kontrol, lamban, dan berbelit-belit oknum birokrat berakibat pada buruknya pelayanan ontop dan berdampak pada buruknya penyelenggaraan kegiatan usaha pertambangan. Saat ini terdapat

-
- 3) *Verifying that licenses do not overlap, checking eligibility of applicants, and making decisions to grant or refuse applications.*
 - 4) *Ensuring compliance with payment of fees and other technical requirements to ensure titles are valid.*
 - 5) *Collecting administrative fees, such as application fees or annual rents.*
 - 6) *Initiating procedures for terminating licenses in accordance with laws and regulations.*

Lihat Enrique Ortega Girones, dkk, "Mineral Rights Cadastre: Promoting Transparent Access to Mineral Resources Extractive Industries for Development Series No. 4", Washington DC, World Bank, 2009, hlm. 10–13.

148 <http://www.esdm.go.id/berita/mineral/43-mineral/6786-sukhyar-dari-10922-iup-yang-clear-and-clean-6042-iup.html> (diakses pada 12 Maret 2016).

149 *Ibid.*

150 <http://www.esdm.go.id/siaran-pers/55-siaran-pers/4550-koordinasi-pendataan-izin-usaha-pertambangan-nasional-2011.html> (diakses pada 12 Maret 2016).

151 *Ibid.*

2 (dua) opsi pembenahan perizinan pertambangan yang bermasalah, yaitu pencabutan izin dan penerbitan kembali izin baru dengan pengawasan pemerintah pusat, pemerintah provinsi, dan KPK.¹⁵²

Kapasitas birokrasi khususnya sumber daya manusia yang menyelenggarakan pelayanan perizinan di bidang pertambangan mineral dan batubara secara tidak langsung akan berdampak pada sikap psikologis masyarakat penambang kecil untuk mengajukan proses perizinan sehingga PETI menjadi pilihan daripada mengajukan perizinan yang dirasakan mahal, sulit, dan lama.

3. Faktor Pembinaan dan Pengawasan yang Normatif

Peraturan Pemerintah Nomor 55 Tahun 2010 tentang Pembinaan dan Pengawasan Pertambangan Mineral dan Batubara (selanjutnya disebut PP No. 55 Tahun 2010) telah mengatur mekanisme pembinaan dan pengawasan.¹⁵³

Berdasarkan pengaturan dalam PP No. 55 Tahun 2010, pembinaan dan pengawasan hanya dilakukan terhadap usaha pertambangan yang regular atau dalam keadaan normal. Lalu bagaimana dengan pembinaan dan pengawasan atas kegiatan usaha yang tidak normal atau PETI? Pengaturan tersebut tidak ada karena mengedepankan penegakan hukum pidana terhadap PETI. Artinya apabila ada PETI bukanlah bagian dari skema pembinaan dan pengawasan sebagaimana diatur dalam PP No. 55 Tahun 2010. Ia masuk ke rezim perbuatan pidana yang tidak mengenal pendekatan ontrol melalui, misalnya pembinaan agar penambang skala kecil yang melakukan PETI dapat memiliki izin usaha sehingga menjadi usaha yang sah.

152 [Http://www.kpk.go.id/id/berita/berita-sub/2979-4-000an-izin-usaha-tambang-ditindak](http://www.kpk.go.id/id/berita/berita-sub/2979-4-000an-izin-usaha-tambang-ditindak) (diakses pada 12 Maret 2016).

153 Pembinaan terdiri atas:

- a. pemberian pedoman dan standar pelaksanaan pengelolaan usaha pertambangan;
- b. pemberian bimbingan, supervisi, dan konsultasi;
- c. pendidikan dan pelatihan;
- d. perencanaan, penelitian, pengembangan, pemantauan, dan evaluasi pelaksanaan penyelenggaraan usaha pertambangan di bidang mineral dan batubara (Pasal 3 PP No. 55 Tahun 2010).

Sedangkan pengawasan dilakukan terhadap:

- a. penetapan WPR;
- b. penetapan dan pemberian WIUP mineral bukan logam dan batuan;
- c. pemberian WIUP mineral logam dan batubara;
- d. penerbitan IPR;
- e. penerbitan IUP;
- f. penyelenggaraan pembinaan dan pengawasan kegiatan yang dilakukan oleh pemegang IPR dan IUP (Pasal 14 PP No. 55 Tahun 2010).

4. Faktor Kendala Penegakan Hukum

Sesungguhnya sebagaimana dijelaskan terdahulu bahwa terdapat dilematis dalam penegakan hukum pidana terhadap kegiatan PETI. Hukum pidana sebagai *ultimum remedium* harus ditegakkan, namun sebelum penegakan hukum pidana maka jalan pembinaan dan pengawasan perlu dilakukan. Penambang skala kecil terlebih dahulu diberikan pemahaman bahwa kegiatan usahanya melanggar hukum sehingga sebaiknya penambang melakukan pengurusan izin usaha.

Pengurusan izin usaha tersebut dilakukan melalui pembinaan dari instansi pertambangan mineral dan batubara di daerah yang melakukan ontlol dan konsultasi atas permohonan izin usaha penambang skala kecil. Apabila mekanisme pembinaan dan pengawasan kepada penambang skala kecil tidak diperhatikan oleh penambang dengan tetap melakukan PETI, maka ontlol hukum pidana dapat diberlakukan. Inilah sesungguhnya fungsi dari hukum pidana sebagai sarana terakhir atas suatu penyelesaian sengketa dalam menuju ketertiban masyarakat.

5. Faktor Sosial Ekonomi

Keberadaan PETI tidak dapat dihindari dari faktor keberadaan penambang skala kecil tradisional yang turun temurun. Penambang skala kecil tradisional tersebut menganggap bahwa lahan yang diusahakan merupakan warisan dari generasi sebelumnya mereka sehingga tidak memerlukan izin usaha. Bahkan secara global lebih dari 100 (seratus juta) orang kehidupannya bergantung secara langsung maupun tidak langsung pada kegiatan pertambangan rakyat skala kecil.¹⁵⁴

Di Indonesia, keberadaan beberapa tambang rakyat bahkan telah ada jauh sebelum negara ini merdeka, berarti sebelum UU No. 11 Tahun 1967 dan UU No. 4 Tahun 2009 terbit. Faktor sosial inilah yang membuat PETI ada. Selain itu, PETI memberikan penghasilan bagi rakyat penambang. Faktor ekonomi inilah yang mendorong terjadinya PETI, khususnya PETI yang diusahakan di lahan-lahan warisan turun-temurun. Pengangguran dan kemiskinan menjadi salah satu pemicu PETI yang menjadi dilematis bagi aparat penegak hukum dan pemerintah. PETI sangat melekat dengan kehidupan rakyat melarat yang hanya ingin memenuhi kebutuhan hidup, namun di sisi lain apa yang mereka lakukan merupakan perbuatan melanggar hukum.

154 Mark L. Wilson, Elisha Renne, dkk.,: "Integrated Assessment of Artisanal and Small-Scale Gold Mining in Ghana-Part 3: Social Sciences and Economics", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2015, 12, hlm. 8134.

B. DAMPAK PETI

1. Dampak Kerusakan Lingkungan Hidup

PETI tentu dilakukan dengan praktik pertambangan yang seadanya atau tidak melalui penerapan *good mining practices*. Padahal dalam pengusahaan pertambangan terdapat kaidah-kaidah teknik dan lingkungan yang harus dipatuhi. Apabila tidak dilaksanakan maka akan merusak dan mencemari lingkungan hidup.

Sebagai contoh penambangan emas di Gunung Botak yang menggunakan merkuri melebihi ambang batas dalam pengelolaan mineral logam berupa emas. Merkuri bahkan sudah masuk ke dalam tubuh manusia, baik melalui udara maupun ontrol pada rantai makanan.¹⁵⁵ Kadar merkuri yang ditemukan pada penambang di Gunung Botak mencapai 18 (delapan belas) ontrol per 1 (satu) kilogram sampel atau 36 (tiga puluh enam) kali dari standar.¹⁵⁶ Tentu ini berbahaya karena menyebabkan gangguan kesehatan dan lingkungan hidup dalam jangka panjang. Dampak lingkungan inilah yang akan menjadi dampak PETI.

Maraknya PETI dengan penggunaan bahan merkuri ini menjadi simbiosis mutualisme antara kebutuhan akan mineral dengan penghasilan masyarakat, walau harus merugikan lingkungan hidup dan kesehatan manusia.

*“Most artisanal and small scale gold miners come from socially and economically marginalized communities and turn to mining as a primary income activity. They are forced to risk not only persecution by governments (if their activities are unauthorized) but also mine shaft collapses, and toxic poisoning from a variety of chemicals used unsafely in processing the ore. Despite its many dangers, artisanal and small scale gold mining operations continue to spread because the demand for the metal is increasing and other livelihoods, such as farming, are becoming less and less economically viable. Indeed, with gold prices skyrocketing, artisanal mining will likely expand even more rapidly than before.”*¹⁵⁷

Sebagaimana penambangan di Gunung Botak yang teknik pengolahan hybrid berbahaya yang menggunakan merkuri dan sianida merupakan hal

155 <http://print.kompas.com/baca/2015/12/30/Pemerintah-Diminta-Fokus-Bersihkan-Merkuri-Dampak> (diakses pada 12 Maret 2016).

156 *Ibid.*

157 The United Nations Industrial Development Organization, “Mitigating Mercury Emissions from Artisanal and Small Scale Gold Mining in Indonesia”, laporan akhir, August 2013, hlm. 4.

yang biasa, padahal penggunaan yang tidak benar dari kedua metode bersama-sama menyebabkan lebih besar kerusakan dan risiko kesehatan lingkungan serta kasus kematian pada manusia.

2. Dampak Penerimaan Negara

Terhadap usaha pertambangan yang sah terdapat beberapa kewajiban fiskal yang harus dipenuhi, baik kewajiban perpajakan maupun bukan pajak. Setidaknya terdapat beberapa pajak yang dibayarkan oleh pemegang izin usaha pertambangan, antara lain Pajak Bumi dan Bangunan, Pajak Pertambahan Nilai, Pajak Penghasilan, Pajak Daerah dan Retribusi Daerah, penerimaan negara bukan pajak dari kontrol dan iuran tetap.

“The government revenue from mining comes mostly from royalty and land rent. Royalty tariff is expressed in percentage terms and varies according to the mining scale, production level, and commodity. The royalty is calculated by production multiplied by the sale price and the tariff.”¹⁵⁸

Tanpa memiliki izin maka kewajiban fiskal tersebut tidak dapat dipenuhi karena usaha tidak sah tidak akan dikenai kewajiban perpajakan yang terkait di bidang pertambangan mineral dan batubara. Selain itu, kerusakan lingkungan dan beban sosial akibat PETI tentu akan ditanggung oleh negara, misalnya pemulihan lahan melalui rehabilitasi dan reklamasi. Padahal reklamasi lahan menjadi bukti keberhasilan kegiatan pertambangan.

“Land rehabilitation initiatives with evidence of being successful (preferably at a large scale), linked to economic activities and development of alternative livelihoods for unconventional miners as well as considerations for the legal status of any reclaimed lands. This links up to ongoing small scale initiatives on land rehabilitation, which however in many cases do not receive sufficient follow-up.”¹⁵⁹

Di lain hal, lahan yang akan direklamasi memerlukan pembiayaan dari pemerintah. Hal ini menjadi beban keuangan negara atau daerah yang harus ditanggung oleh pemerintah dan/atau pemerintah daerah.

158 Cut Dian Agustina, Ehtisham Ahmad, dkk., “Political Economy of Natural Resource Revenue Sharing in Indonesia”, Asia Research Centre Working Paper 55, London School of Economics, Maret 2012, hlm. 17.

159 The Netherlands Commission for Environmental Assessment (the NCEA), “Recommendations for Good Practice EIA in Indonesian Tin Mining An Analysis of Environmental and Social Issues in Indonesian EIA Reports”, 17 Maret 2016, hlm. 17.

3. Dampak Konflik Sosial

Patut diakui bahwaontrol pertambangan memberikan manfaat bagi rakyat. Namun di sisi lain sektorontrol juga memberikan dampakontrol sebagaimana dinyatakan oleh Nafsiatun, Priyo Saptomo, dkk., bahwa: “*The industrial sector in addition to increasing and advancing the standard of people’s lives, it is also a negative impact to people’s lives.*”¹⁶⁰ Dampakontrol dimaksud, termasuk konflik sosial. Menurut Budy P. Resosudarmo, Ida Aju Pradnja Resosudarmo, dkk., bahwa:

*“Mining activities have been the source of various conflicts caused by policy and regulatory uncertainties over land use and property rights, illegal artisanal mining (artisanal mining is often, but not always, small scale; it can also refer to larger and somewhat coordinated mining operations that are not associated with legal mining companies), pollution and environmental impacts, and uncertainty surrounding the livelihoods of local residents after mining closure.”*¹⁶¹

Sampai saat ini, kegiatan penambangan telah menjadi sumber dari berbagai konflik yang disebabkan oleh kebijakan dan ketidakpastian regulasi atas penggunaan tanah dan hak milik, pertambangan rakyatontrol (pertambangan rakyat sering, namun tidak selalu, skala kecil, tetapi juga dapat merujuk ke operasi pertambangan yang lebih besar dan agak terkoordinasi yang tidak terkait dengan perusahaan pertambangan hukum), polusi dan dampak lingkungan, serta ketidakpastian seputar mata pencaharian warga setempat setelah penutupan tambang.¹⁶²

Berdasarkan data yang dirilis oleh Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan terdapat konflik sosial di 84 (delapan puluh empat) lokasi berdasarkan verifikasi lapangan terhadap 302 (tiga ratus dua) lokasi PETI.¹⁶³ Konflik sosial menjadi dampak PETI di Indonesia. Konflik sosial ini terjadi baik antara pendatang dengan warga setempat, antara ontro warga setempat,

160 Nafsiatun, Priyo Saptomo, dkk., “Characteristics of Environmental Conflicts Caused by Illegal Gold Mining in West Kalimantan, Indonesia”, *IOSR Journal of Humanities and Social Science (JHSS)* ISSN: 2279-0837, Volume 3, Issue 2 (Sep–Oct. 2012), hlm. 2.

161 Budy P. Resosudarmo, Ida Aju Pradnja Resosudarmo, dkk., *Exploiting Natural Resources Growth, Instability, and Conflict in the Middle East and Asia*, (Washington: The Henry L. Stimson Center, 2009), hlm. 2–3.

162 *Ibid.*

163 [Http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/](http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/) (diakses pada 12 Maret 2016).

maupun antara warga dengan aparat. Seperti beberapa waktu yang lalu kasus Salim Kancil di Lumajang yang terbunuh karena adanya tindakan kekerasan yang dilakukan oleh beberapa oknum warga desanya.¹⁶⁴ Selain kasus Salim Kancil di Kabupaten Lumajang saja terdapat 15 (lima belas) konflik dan potensi konflik yang terjadi.¹⁶⁵

Menurut data dari Wahana Lingkungan Hidup (WALHI) pada tahun 2013 saja tercatat jumlah konflik sebanyak 369 (tiga ratus enam puluh sembilan) kasus dengan luasan wilayah konflik mencapai 1.281.660,09 hektar yang melibatkan 139.874 kepala keluarga (KK).¹⁶⁶ Jauh meningkat tajam pada tahun sebelumnya, di 2012 jumlah konflik terjadi sebanyak 198 (seratus sembilan puluh delapan) kasus atau naik 86,36% (delapan puluh enam koma tiga puluh enam). Dalam kurun 6 tahun terakhir, tercatat 13 (tiga belas) orang meninggal, 125 (seratus dua puluh lima) orang luka-luka dan 234 (dua ratus tiga puluh empat) orang ditahan karena konflik pertambangan.¹⁶⁷

4. Dampak Kesehatan, Keselamatan, dan Keamanan Kerja (K3)

Kegiatan pertambangan mengandung prinsip *high risk*, artinya kegiatan pertambangan memiliki potensi risiko yang cukup besar apabila mekanisme K3 tidak diterapkan dengan baik. Penggunaan merkuri dalam pengolahan pertambangan yang sudah dilarang berakibat pada gangguan kesehatan yang akut apabila tetap digunakan. PETI di Gunung Botak menggunakan merkuri sebagai material untuk mengolah mineral logam di Gunung Botak sehingga menjadi emas.

Begitu pula dengan keamanan dan keselamatan kerja yang akan menjadi dampak dari PETI yang tidak memenuhi standar K3 dalam pengusahaan pertambangannya. Sebagai contoh kecelakaan tambang yang menelan korban jiwa sedikitnya 18 (delapan belas) orang warga tewas tertimbun akibat tambang emasontrol yang runtuh di kawasan Gua Boma, Kecamatan Monterado, Kabupaten Bengkayang, Kalimantan Barat pada Oktober 2014.¹⁶⁸

164 [Http://www.liputan6.com/tag/salim-kancil](http://www.liputan6.com/tag/salim-kancil) (diakses pada 17 Maret 2016).

165 [Http://nasional.tempo.co/read/news/2015/09/28/206704419/tambang-pasir-berdarah-di-lumajang-ada-15-konflik-serupa](http://nasional.tempo.co/read/news/2015/09/28/206704419/tambang-pasir-berdarah-di-lumajang-ada-15-konflik-serupa) (diakses pada 17 Maret 2016).

166 [Http://bisnis.liputan6.com/read/2055595/konflik-tambang-dan-korban-korbannya](http://bisnis.liputan6.com/read/2055595/konflik-tambang-dan-korban-korbannya) (diakses 17 Maret 2016).

167 *Ibid.*

168 [Http://news.liputan6.com/read/2114455/tambang-emam-monterado-bengkayang-runtu-18-orang-tewas](http://news.liputan6.com/read/2114455/tambang-emam-monterado-bengkayang-runtu-18-orang-tewas) (diakses pada 17 Maret 2016).

C. SOLUSI KEBIJAKAN PENEGAKAN HUKUM PETI

1. PETI dan Kebijakan *The Greatest Happiness of the Greatest Number Principle*

The greatest happiness of the greatest number principle merupakan prinsip yang dilekatkan dengan nama Jeremy Bentham seorang filsuf berpengaruh di bidang hukum, moral, dan politik. Menurut Bentham:

“Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne.”¹⁶⁹

Berdasarkan pernyataan Bentham tersebut, alam telah menempatkan umat manusia di bawah kendali dua penguasaan, rasa sakit (*pain*) dan rasa senang (*pleasure*). Hanya keduanya yang menunjukkan apa yang seharusnya manusia lakukan dan menentukan apa yang akan manusia lakukan. Standar benar dan salah di satu sisi, maupun sebab akibat pada sisi lain, melekat erat pada 2 (dua) kekuasaan itu.¹⁷⁰

Prinsip *the greatest ontrol of the greatest number* merupakan pokok pemikiran Bentham yang sangat relevan dalam masalah PETI. Kebahagiaan terbesar bagi sebanyak-banyaknya orang harus diformulasikan ke dalam hukum. PETI di satu sisi memberikan kemakmuran bagi masyarakat penambang skala kecil, di sisi lain perbuatan PETI merupakan tindak pidana harus direformulasi akan hukum memberikan manfaat atau kesenangan (*happiness*) bagi penambang yang selama ini menambang secara ontrol.

Kesenangan (kemanfaatan) yang dimaksud Bentham merupakan kemanfaatan yang terpositifkan dalam suatu peraturan (hukum) yang memiliki 4 (empat) fungsi, yaitu *to provide subsistence, to produce abudance, to favour equality, and to maintain security*.¹⁷¹

Dari fungsi hukum menurut Bentham tersebut, apabila dikaitkan dengan PETI maka perusahaan pertambangan mineral dan batubara termasuk yang dilakukan secara tidak sah harus dapat memberikan “penghidupan”, “kesejahteraan”,

169 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books, 2000, hlm. 15.

170 *Ibid.*

171 *Ibid.*, hlm. 96.

“kesetaraan”, dan “keamanan”, sehingga PETI yang ada secara sosiologis¹⁷² harus diberikan kontrol agar melakukan kegiatan usaha pertambangannya secara sah (yuridis kontrol).

Berdasarkan teori Bentham tersebut, solusi yang dapat diambil, yaitu adanya reformulasi regulasi yang mengakomodir PETI menjadi penambang sah dan berizin melalui pembinaan dari instansi terkait sekaligus penerapan pengawasan yang ketat agar PETI tidak terjadi dan penambang yang telah bermetamorfosis menjadi penambang sah dan berizin melakukan kaidah-kaidah pertambangan yang baik (*good mining practices*).

2. Kebijakan Pidana sebagai *Ultimum Remedium*

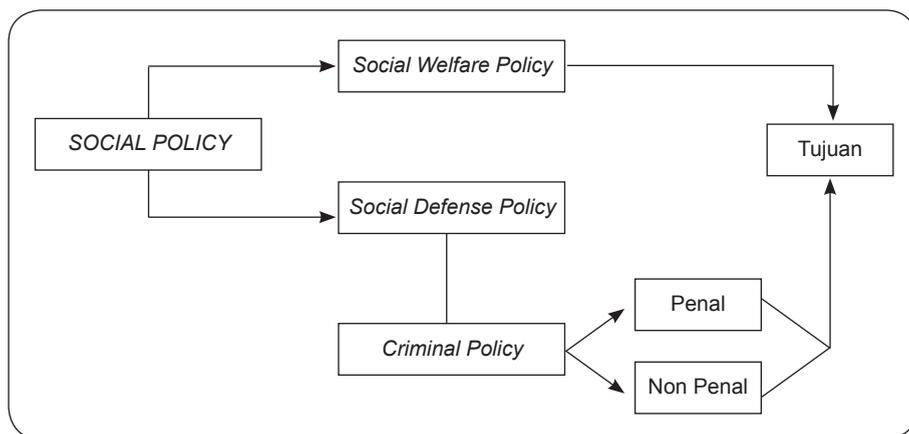
Sebagaimana dinyatakan oleh Hoeningels bahwa terdapat berbagai faktor yang harus dipertimbangkan untuk melakukan kriminalisasi agar tetap menjaga dalil *ultimum remedium* dan tidak terjadi *over criminalization*, antara lain sebagai berikut.¹⁷³

- a. Jangan menggunakan hukum pidana dengan cara emosional.
- b. Jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak jelas korban atau kerugiannya.
- c. Jangan menggunakan hukum pidana, apabila kerugian yang ditimbulkan dengan pidana akan lebih besar daripada kerugian oleh tindak pidana yang akan dirumuskan.
- d. Jangan menggunakan hukum pidana apabila tidak didukung oleh masyarakat secara kuat.
- e. Jangan menggunakan hukum pidana apabila penggunaannya diperkirakan tidak akan efektif.
- f. Hukum pidana dalam hal-hal tertentu harus mempertimbangkan secara khusus skala prioritas kepentingan pengaturan.
- g. Hukum pidana sebagai sarana represif harus didayagunakan secara serentak dengan sarana pencegahan.

172 Bentham yang merupakan penganut teori kehendak dalam hukum (*the will theory of law*) berpandangan pembentukan hukum bukan semata merupakan tanda ungkapan kehendak dan perintah penguasa yang berdaulat untuk mengatur hal tertentu, namun Bentham juga meyakini bahwa penerapan hukum (bekerjanya hukum) akan sangat berpengaruh dalam menentukan kualitas dari hukum yang dihasilkan. Hal inilah yang membuat utilitarianisme disebut juga dengan teori konsekuensial.

173 G. Pieter Hoeningels, *The Other Side of Criminology An Inversion of The Concept of Crime*, Holland: Kluwer, Deventer, 1963, hlm. 231.

Selanjutnya, sebagaimana disampaikan pula oleh Barda Nawawi Arief bahwa kebijakan kontrol (*criminal policy*) tidak terlepas dari kebijakan yang lebih luas, yaitu kebijakan sosial (*social policy*) yang terdiri atas kebijakan-kebijakan atau upaya-upaya untuk mensejahterakan manusia (*social welfare policy*) dan kebijakan-kebijakan/upaya-upaya untuk melindungi manusia (*social defence policy*).¹⁷⁴ Untuk lebih jelas, berikut gambarnya.



Sumber: Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005, hlm. 3

Berdasarkan hubungan antara *social welfare policy* dan *social defence* maka harus dipertimbangkan aspek di luar hukum pidana (penal), yaitu pendekatan nonpenal. Upaya nonpenal dapat dilakukan dengan pendekatan *techno-prevention*, yaitu upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan dengan menggunakan teknologi, pendekatan *culture* atau budaya, yaitu dengan membangun serta membangkitkan kepekaan warga masyarakat dan aparat penegak hukum, pendekatan edukatif atau moral, pendekatan global (kerja sama internasional) dan pendekatan birokrat.¹⁷⁵

Untuk itu, kebijakan pemidanaan PETI pun harus mengedepankan aspek nonpenal, melalui pembinaan dan pengawasan. Pembinaan dilakukan dengan kontrol, konsultasi, dan fasilitasi pemberian izin usaha baik IUP maupun IPR, termasuk pembinaan keahlian dan keterampilan teknik pertambangan (pendidikan

174 Barda Nawawi Arief, *Masalah Kebijakan Hukum dan Penegakan Hukum*, Jakarta: Prenada Media Group, 2008, hlm. 77.

175 Barda Nawawi Arief, *Tindak Pidana Mayantara Perkembangan Kajian Cyber Crime di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006, hlm. 90.

dan pelatihan), teknik perlindungan dan pengolahan lingkungan, aspek manajemen perusahaan, aspek pemasaran, bantuan teknologi pertambangan, sehingga penambang PETI dapat terus melakukan usahanya namun atas pelanggaran hukumnya dikenai pendekatan nonpenal yang pada akhirnya PETI tersebut berhenti berganti dengan usaha yang sah.

Dilema penegakan hukum atas PETI menjadi persoalan krusial bagi penyelenggaraan kegiatan usaha pertambangan mengingat atas kegiatan PETI dikategorikan sebagai perbuatan pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 158 dan Pasal 160 UU Minerba. Akan tetapi, kegiatan PETI berkaitan dengan kehidupan rakyat melarat yang melakukan usaha pertambangan untuk memenuhi kebutuhan hidupnya.

Adapun yang menjadi faktor penyebab PETI, antara lain:

- a. faktor masalah regulasi;
- b. faktor kapasitas birokrasi perizinan;
- c. faktor pembinaan dan pengawasan yangontrol;
- d. faktor kendala penegakan hukum;
- e. faktor sosial ekonomi.

Selanjutnya dampak dari PETI, yaitu:

- a. dampak kerusakan lingkungan hidup;
- b. dampak penerimaan negara;
- c. dampak konflik sosial;
- d. dampak kesehatan, keselamatan, dan keamanan kerja (K3).

Selanjutnya solusi kebijakan penegakan hukum PETI, yaitu:

- a. PETI dan kebijakan *the greatest happiness of the greatest number principle*;
- b. kebijakan pidana sebagai *ultimum remedium*.

Adapun saran yang dapat diberikan sebagai upaya penyelesaian PETI ini, antara lain:

- a. pemerintah sebaiknya membuat kebijakan berbasis *cost and benefit analysis* untuk memastikan *the greatest happiness of the greatest number principle* tercapai;
- b. terhadap kegiatan penambangan yang telah terjadi yang diduga sebagai perbuatan pidana maka aparat penegak hukum dan aparat terkait harus mengedepankan kebijakan nonpenal melalui *techno-prevention*, misalnya melalui pembinaan dan pengawasan penambang skala kecil agar PETI-nya menjadi pertambangan yang sah.

Bab 7

Sengketa Pertambangan di Beberapa Negara

Sektor pertambangan mineral dan batubara sebagaimana sektor sumber daya alam lainnya memiliki karakteristik pengelolaan yang *high risk*, *high tech*, dan *high capital*. Selain itu karakteristik lainnya adalah bahwa pertambangan mineral dan batubara kegiatan usahanya tidak dapat dipindahkan dari satu tempat ke tempat lain. Apabila komoditas atau sumber dayanya berada di lokasi A maka kegiatan penambangannya harus dilakukan di lokasi A, seperti PT Freeport yang sumber daya emas dan tembaga berada di wilayah Papua maka tentu kegiatan penambangan di wilayah Papua di Gunung Erstberg dan Grasberg, penambangannya tidak dapat dilakukan di Kalimantan dan Sulawesi atau tempat lain selain tempat di mana lokasi sumber daya itu. Berbeda dengan industri manufaktur, misalnya industri mobil, motor, kain, dan sepatu yang pengusahaannya dapat dilakukan di mana pun.

Karakteristik pengusahaan mineral dan batubara yang sangat spesifik dan tertentu lokasinya, menjadi daya tawar sangat tinggi bagi negara yang memiliki sumber daya alam ini untuk memaksimalkan kepentingannya termasuk apabila ada perusahaan sumber daya alam yang ingin mengusahakannya. Perusahaan pertambangan tidak bisa memilih lokasi lain karena lokasi lain tentu tidak semuanya memiliki sumber daya alam yang sama dengan apa yang ingin diusahakan seperti di lokasi tertentu itu.

Sayangnya, perilaku korupsi, kolusi, dan nepotisme seringkali membuat negara yang kaya sumber daya alam ini mengobral dengan murah kekayaan alamnya sehingga hanya memberikan keuntungan yang sangat banyak bagi perusahaan

dan tidak memberikan keuntungan bagi negaranya sendiri. Ketidakadilan ini baru disadari di kemudian hari. Dosa-dosa yang dibuat oleh penguasa masa lalu, ingin diperbaiki oleh penguasa saat ini. Namun, tentu mengingat perusahaan tersebut dibungkus dengan instrumen kontrak yang tidak serta merta dapat dibatalkan maka karakteristik penguasa akan mempengaruhi bagaimana ketidakadilan itu diperjuangkan.

Terdapat negara-negara yang memiliki karakteristik pemimpin yang keras dan tegas. Setiap ketidakadilan yang dibuat oleh perusahaan harus dianggap bertentangan dengan tujuan negara dan bukan hal yang salah apabila penguasa itu membatalkan kontrak-kontrak itu. Model penguasa seperti ini tentu akan melahirkan konflik atau sengketa dengan perusahaan-perusahaan sumber daya alam. Di bawah ini akan dibahas mengenai sengketa antara negara dengan perusahaan sumber daya alam yang terjadi beberapa tahun terakhir.

A. VENEZUELA

Pada tahun 2011, pemerintah Venezuela memberlakukan peraturan baru terkait pertambangan emas. Peraturan tersebut, yaitu *Decree* No. 8413 yang mengatur bahwa dalam jangka waktu 90 (sembilan puluh hari), sejak 16 September 2011 sampai dengan 15 Desember 2011 pemerintah Venezuela dan perusahaan pertambangan harus menegosiasikan syarat dan kondisi dalam rangka migrasi kontrol pertambangan perusahaan kepada pemerintah. Melalui *Decree* No. 8683, proses negosiasi kemudian diperpanjang 90 (sembilan puluh hari) dari mulai dari tanggal 14 Maret 2012. *Decree* No. 8413 Tahun 2011 mengatur mengenai beberapa hal, antara lain:

- (1) memberikan hak kepada negara untuk mengekstraksi emas dan melarang ekspor;
- (2) memberikan keputusan nasionalisasi kepada perusahaan-perusahaan pertambangan dalam jangka waktu 90 (sembilan puluh) hari untuk berbentuk perusahaan patungan dengan perusahaan pemerintah dengan kepemilikan pemerintah sebanyak 55% (lima puluh lima persen) dan royalti 13% (tiga belas persen);
- (3) jika perusahaan gagal mencapai kesepakatan, seluruh konsesi, kontrak, dan aset perusahaan beralih ke pemerintah.

Secara spesifik, peraturan terkait pertambangan di Venezuela sebagaimana berikut.

Peraturan Mengenai Pertambangan Mineral di Venezuela Sejak Tahun 1999

Year	Legislation	Actions
1999	Enabling Law of 1999	Provided President power to rule by decree.
1999	Decree No. 295	Revised mining code governing the exploration, development, production, marketing, and transportation of all minerals. Mining is permitted only through direct participation of Government. Exploration and mining concessions are permitted for a 20-year period subject to Government review. Exploration concessions are permitted for 3 years, with possible 1-year extension. At expiration of a concession, assets revert to Government without compensation.
2001	Decree No. 1234	Established terms, conditions, and administrative procedures in support of Decree No. 295. Established that the Government has a right of 30 percent of production revenues as royalty payment. Reestablished Corporación Venezolana de Guayana Minerera C.A. (CVGMinerven) and exempted CVGMinerven from tax payments.
2004	Decree No. 3110	Redefined permitted uses of Itacama Forest Reserve, which allowed exploration and potential development of Las Cristinas deposit.
2005	Unspecified legislation	Created new ministry to oversee mining-related activities. Annulled inactive gold and diamond concessions and suspended permits in cases where appropriate processes had not been followed. Stopped granting mining concessions for diamond and gold to private sector companies; all existing mining concessions and contracts were to be reviewed with the goal of changing them to joint ventures in which the Government would hold at least 60 percent interest.
2005	Decree No. 3895	Required mineral producers to meet domestic needs before export contracts, ensuring domestic mineral processing supply or raw materials and semifinished products.

Year	Legislation	Actions
2007	Unspecified legislation	Initiated foreign exchange controls, requiring Government approval for export of funds. Legislature defeated proposal that would allow President to expropriate private property by decree.
2010	Transaction System for Foreign Currency Denominated Securities	In January, devalued tier 1 currency to 2.60 Venezuelan bolivar fuerte (Bs.F.): 1 U.S. dollar; tier 2 currency to 4.30 Bs.F.: 1 U.S. dollar. In December, established uniform exchange rate of 4.30 Bs.F.: U.S. dollar. Increased allowance of gold exports to reach 50 percent of production.
2011	Decree No. 8413	Gave State exclusive right for the extraction of gold in Venezuela and banned gold exports. Nationalization decree gave companies 90 days to form joint venture with Government enterprise where Government retains 55 percent ownership and receives 13 percent royalties. If company fails to reach agreement, all company concessions, contracts, and assets revert to the Government.
2011	Decree No. 8683	Negotiation period deadline extended by an additional 90 days to March 14, 2012.
2012	Industry response	Negotiation period deadline extended by an additional 90 days to March 14, 2012.

Sumber: David R Wilburn, "Events Affecting Gold Exploration in Venezuela Since 1999", United State of Geological Survey, 2014, hlm. 4

Keputusan Pemerintah Venezuela ini tidak dapat dilaksanakan dalam jangka waktu 90 (sembilan puluh) hari sebagaimana tertuang dalam *Decree* No. 8413 Tahun 2011 yang kemudian oleh Pemerintah Venezuela negosiasi ini diperpanjang 90 (sembilan puluh hari) dari mulai dari tanggal 14 Maret 2012 melalui *Decree* No. 8683 Tahun 2011. Keputusan Pemerintah Venezuela ini tidak berjalan mulus karena terjadi penolakan dari perusahaan-perusahaan tambang di Venezuela.

Terdapat 3 (tiga) kasus gugatan ke pengadilan arbitrase internasional atas tindakan pemerintah Venezuela yang menerapkan kebijakan pertambangan yang dianggap merugikan perusahaan tambang. Salah satunya Rusoro Mining Limited sebuah perusahaan Rusia. Rusoro Mining Limited tidak dapat menyetujui konsesi pertambangan mereka yang dianggap berakhir dan kontrol dikembalikan kepada pemerintah Venezuela pada 14 Maret 2012 sesuai *Decree* No. 8683 Tahun 2011. Pada tanggal 17 Juli 2012, Rusoro mengajukan permohonan arbitrase kepada *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

Selain *Decree*, The Central Bank of Venezuela (CBV) mengesahkan resolusi 10-01-01 pada tahun 2010, yang mengamanatkan bahwa 50% (lima puluh persen) dari emas yang dihasilkan di Venezuela ditawarkan untuk dijual ke CBV dan jika izin diperoleh dengan CBV maka 50 % (lima puluh persen) sisanya akan diekspor atau ditawarkan untuk dijual ke CBV. Kebijakan ini dilakukan oleh CBV dalam rangka memperkuat tugas mereka untuk mengatur harga jual mata uang dan nilai tukar. Namun akibat kebijakan ini, Rusoro Mining Limited melaporkan kerugian selisih kurs dari US\$ 100.800.000 pada tahun 2010 dibandingkan dengan laba kurs sebesar US\$ 1,1 juta pada tahun 2009. Keputusan mengenai segala emas yang dihasilkan di Venezuela harus dijual ke CBV akan mempengaruhi profitabilitas perusahaan, terutama ketika harga emas yang ditetapkan oleh CBV lebih rendah dari harga pasar internasional.

Sesungguhnya kebijakan baru pemerintah Venezuela melalui Keputusan Pemerintah (*Decree*) dan Resolusi Bank Sentral (CBV) tidak menasionalisasi secara utuh perusahaan emas di Venezuela. Melalui kebijakan tersebut, perusahaan-perusahaan tetap dapat melakukan kegiatan usahanya dengan kepemilikan modal/saham sebanyak 45% (empat puluh lima persen) sedangkan 55% (lima puluh lima persen) dimiliki oleh Pemerintah, selain itu pembayaran kontrol pun sebesar 13% (tiga belas persen) artinya masih terdapat 87% (delapan puluh tujuh persen) keuntungan yang diperoleh oleh perusahaan. Terhadap kebijakan penjualan emas

ke CBV memang menempatkan perusahaan harus menjual ke CBV namun hal ini merupakan bentuk kebijakan pemenuhan kebutuhan dalam negeri atas emas sebelum diekspor. Pun perusahaan dapat melakukan ekspor emasnya 50% (lima puluh persen) ke luar Venezuela. Kebijakan ini dilakukan dalam rangka agar perusahaan tidak hanya mengambil keuntungan untuk dirinya sendiri, namun juga membagi keuntungan bagi negara Venezuela.

Selain Rusoro Mining Limited, Pemerintah Venezuela pun bersengketa dengan perusahaan Geominsal dan Crystallex International Corp. Pemerintah Venezuela pun menerbitkan kebijakan melakukan ambil alih beberapa perusahaan di Venezuela, antara lain pembangkit listrik Electricidad de Caracas (perusahaan Amerika Serikat) dan program nasionalisasi ontro minyak Orinoco Belt bernilai US\$ 30 miliar yang dioperasikan 13 perusahaan asing (antara lain Exxon Mobile, Conoco Phillips, Total SA, Statoil Hydro, BP Plc, dan Chevron Corp). Mayoritas perusahaan asing mau menjual hak operasinya, sementara Exxon Mobil dan Conoco Phillips menolak dan menggugat ke arbitrase internasional.

Kebijakan baru di Venezuela ini memang termasuk kebijakan yang frontal dan rentan menuai sengketa. Faktanya pemerintah Venezuela pun digugat ke pengadilan arbitrase internasional. Atas gugatan tersebut, pemerintah Venezuela misalnya menang ketika bersengketa dengan Exxon Mobile walau pemerintah Venezuela membayar denda sebesar US\$ 907 juta berdasarkan putusan *International Chamber of Commerce* (ICC), padahal Exxon Mobile menuntut ganti rugi sekitar US\$ 12 miliar kepada pemerintah Venezuela. Pemerintah Venezuela akan membayar hanya sebesar US\$255 juta karena jumlah yang diputus oleh ICC harus dikurangi dengan jumlah utang Exxon Mobile atas pendanaan beberapa proyek di Venezuela. Pembayaran hanya US\$255 juta ini dianggap kemenangan besar bagi pemerintah Venezuela.

Kebijakan baru Venezuela ini menjadi langkah progresif bagi negara yang memiliki sumber daya alam melimpah yang nyatanya tidak dapat menikmati kekayaan alamnya untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Venezuela merupakan salah satu negara di Amerika Latin yang memiliki kekayaan alam melimpah. Venezuela merupakan negara penghasil minyak terbesar nomor 5 (lima) di dunia. Namun kenyataannya, kekayaan alam itu tidak berbanding lurus dengan tingkat kemakmuran rakyatnya. Di Venezuela masih banyak masyarakat yang hidup di bawah garis kemiskinan, ketimpangan ekonomi, masyarakat tidak dapat memenuhi kebutuhannya, dan tingkat kriminalitas di kota sangat tinggi.

Perlawanan terhadap neoliberalisme pun disuarakan. Sebagai negara sosialisme yang menentang kapitalisme asing, Hugo Chavez menyuarakan perlawanan kepada kelompok-kelompok kapitalis asing yang dianggap merugikan kepentingan nasional Venezuela dan berlaku tidak adil dalam melakukan kegiatan usahanya. Upaya nasionalisasi perusahaan-perusahaan asing pun dilakukan. Cengkraman asing terjadi sejak tahun 1977 dengan ditandai sekitar 50% (lima puluh persen) perusahaan-perusahaan raksasa di Venezuela telah dikuasai modal Amerika Serikat.

Langkah Hugo Chaves dengan *strong leadership*-nya memiliki harapan bagi kemakmuran rakyat Venezuela melalui pemanfaatan kekayaan alamnya oleh kemampuan nasionalnya, namun kepemimpinan tegasontrol ini tentu akan membuat pihak-pihak tertentu baik perusahaan asing maupun negara asal perusahaan melakukan upaya-upaya perlawanan, baik melakukan perlawanan di pengadilan arbitrase internasional maupun upaya-upaya politik internasional yang ditujukan untuk membuat stabilitas pemerintahan terganggu.

B. BOLIVIA

Negara yang juga melakukan perubahan kebijakan dalam kegiatan pertambangan di negaranya, yaitu Bolivia. Bahkan Bolivia telah membuat kebijakan baru ini beberapa tahun sebelum Venezuela melakukannya. Kebijakan yang banyak pihak menyebutnya dengan kebijakan nasionalisasi perusahaan pertambangan asing di Bolivia ini memang mendapatkan perlawanan. Dugaan bahwa investor akan meninggalkan Bolivia dan kampanye untuk menyudutkan Presiden Bolivia Evo Morales sangat gencar terjadi untuk menentang nasionalisasi itu, tetapi Morales tetap pada pendiriannya.

Rencana kebijakan nasionalisasi ini telah dimulai ketika Evo Morales mencalonkan diri sebagai Presiden Bolivia. Sebelumnya, Bolivia dikuasai oleh rezim neoliberal Bolivia yang bahkan pada tahun 2002, terjadi protes atas kepemilikan asing terhadap gas Bolivia yang telah dikuasai asing sejak lama. Namun rezim neoliberal Bolivia menindas protes itu dan menyebabkan 60 (enam puluh) orang rakyat Bolivia tewas.

Evo Morales terpilih pada pemilihan presiden dan menepati janjinya ketika kampanye untuk melakukan nasionalisasi perusahaan-perusahaan asing yang merugikan negara Bolivia. Pada 1 Mei 2006, 3 (tiga) bulan setelah dilantik, Evo Morales mengeluarkan dekrit nasionalisasi perusahaan minyak dan migas,

yaitu Dekrit Nomor 28701 tentang nasionalisasi industri minyak dan gas bumi (*The Supreme Decree No. 28701*). Dekrit ini disebut juga *The Nationalisation Decree*. Pada hari yang sama tentara Bolivia menduduki 56 (lima puluh enam) pengontrol gas dan minyak serta instalasi penyulingan di seluruh negeri sebagai pelaksanaan dekrit ini.

Di Bolivia setidaknya terdapat ada 20 (dua puluh) korporasi asing yang bergerak di pertambangan migas, antara lain Repsol YPF (Spanyol), Petrobras (Brasil), Total (Perancis), Exxon (Amerika), British Gas (Inggris), dan Royal Dutch Shell (Belanda).

Dalam *The Supreme Decree No. 28701* diatur beberapa hal, antara lain:

1. cadangan minyak dan gas Bolivia dinasionalisasi;
2. 51% (lima puluh satu) persen saham pemerintah yang pernah diprivatisasi di 5 (lima) perusahaan migas pada tahun 1990 diambil kembali;
3. seluruh perusahaan migas asing harus menyetujui kontrak baru yang ditentukan *Yacimientos Petroliferos Fiscales Bolivianos* (YPFB), perusahaan negara milik Bolivia dalam tempo 180 (seratus delapan puluh) hari;
4. gabungan pajak dan ontlol yang diserahkan perusahaan gas asing yang memproduksi lebih dari 100 (seratus) juta kaki kubik dinaikkan menjadi 82% (delapan puluh dua) persen dari sebelumnya yang hanya 50% (lima puluh persen) dan mula-mula hanya 30% (tiga puluh) persen;
5. pemerintah Bolivia berhak audit investasi dan keuntungan semua perusahaan migas asing di Bolivia untuk menentukan pajak, jumlah royalti, dan ketentuan operasi di masa depan;
6. minyak dan gas bumi hanya boleh diekspor setelah kebutuhan domestik (*domestic market obligation*) Bolivia dipenuhi;
7. jika tidak setuju isi dekrit, perusahaan asing itu dipersilakan meninggalkan Bolivia.

Tindakan Evo Morales menjadi bukti bahwa kekuatan kepemimpinan yang keras dan tegas untuk memosisikan negaranya mendapatkan keuntungan dari kekayaan alamnya merupakan upaya frontal namun sangat jelas kepentingannya. Kepentingannya hanya bahwa negara mereka harus juga menerima manfaat yang besar atas kekayaan alam yang dimilikinya. Jargon mereka pun untuk investor ialah “Kami Perlu Mitra, Bukan Tuan” menempatkan posisi mereka sebagai otoritas yang berdaulat atas kekayaan alamnya, bukan dikendalikan oleh investor asing.

Kebijakan ini membawa keuntungan bagi Bolivia, misalnya di sektor minyak dan gas bumi pendapatan Bolivia meningkat dari 173 (seratus tujuh puluh tiga) juta dolar AS pada tahun 2002 (sebelum Evo Morales berkuasa) menjadi 1,57 (satu koma lima puluh tujuh) miliar dolar AS pada tahun 2007. Sebagian besar keuntungan itu didistribusikan untuk pendidikan, kesehatan, penciptaan lapangan kerja, dan pembangunan infrastruktur. Selain itu, tingkat kemiskinan rakyat Bolivia sebesar 60,6% (enam puluh koma enam persen) menjadi 48,5% (empat puluh delapan koma lima persen) setahun ketika Evo Morales memimpin. Tidak hanya minyak dan gas bumi, pemerintah Bolivia juga menasionalisasi perusahaan pembangkit, timah, dan perak. Setidaknya telah terjadi 4 (empat) kali nasionalisasi, yaitu nasionalisasi minyak dan gas tahun 2006, nasionalisasi perusahaan telekomunikasi tahun 2008, nasionalisasi pembangkit listrik tenaga air tahun 2010, dan nasionalisasi perusahaan listrik utama tahun 2012.

Kebijakan Evo Morales menempatkan posisi negara lebih kuat dibandingkan dengan perusahaan-perusahaan asing. Negara memiliki kontrol yang kuat atas sumber daya alamnya untuk digunakan bagi kesejahteraan rakyat. Kebijakan ini tentu revolusioner karena potensi sengketa akan terjadi. Misalnya gugatan oleh *South American Silver Limited* kepada pemerintah Bolivia pada tahun 2013 di arbitrase internasional yang tunduk pada *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL). Gugatan ini bermula pada tindakan pemerintah Bolivia menasionalisasi Malku Khota Project sebagai pelaksanaan *The Supreme Decree* No. 28701. Menurut *South American Silver Limited* tindakan pemerintah Bolivia tidak sesuai dengan *UK-Bolivia Treaty* khususnya mengenai pemberian kompensasi berdasarkan nilai pasar wajar dari proyek Malku Khota.

C. PERU

Pengusahaan pertambangan di Peru mengalami beberapa fase perkembangan. Terdapat 3 (tiga) skala perkembangan, yaitu pertama, periode 1960-an. Periode ini ditandai dengan pengusahaan pertambangan oleh privat, baik perorangan maupun perusahaan. Pada masa ini banyak perusahaan multinasional dari Amerika Serikat yang mengendalikan pertambangan skala besar. Sementara pengusaha lokal melakukan kegiatan usaha skala kecil. Periode kedua, yaitu tahun 1968 yang ditandai dengan pengendalian kegiatan usaha pertambangan oleh rezim militer. Selanjutnya, periode ketiga pada tahun 1980-an, yaitu ditandai dengan pengusahaan pertambangan oleh pemerintahan yang demokratis.

Pada era pemerintahan demokratis, di bawah pimpinan Fujimoro diterapkan penghapusan kebijakan pengendalian harga, subsidi pemerintah, penawaran terhadap perlindungan hukum dan keuangan bagi investor asing. Investasi dalam eksplorasi meningkat sebesar 20% (dua puluh persen) antara tahun 1990 dan 1997. Pada tahun 2003, pertambangan menyumbang 57% (lima puluh tujuh persen) dari seluruh ekspor dan 37% (tiga puluh tujuh persen) dari investasi asing langsung antara 2001 dan 2003.¹⁷⁶

Peru saat ini, khususnya sejak tahun 2006 mengalami pertumbuhan ekonomi yang cukup pesat dengan pertumbuhan ekonomi lebih dari 6% (enam persen). Salah satu faktor pertumbuhan ekonomi yang pesat di Peru, yaitu sektor pertambangan. Pada tahun 2007 ekspor hasil tambang dari Peru mencapai US\$17 juta, sekitar 62% (enam puluh dua persen) dari total ekspor Peru.

Namun, pertumbuhan ekonomi yang pesat didasari oleh eksploitasi hasil tambang itu berdampak sosial. Kegiatan penambangan yang dilakukan oleh perusahaan penambangan skala besar direspon negatif oleh masyarakat miskin Peru. Konflik dan kekerasan pun terjadi antara keduanya. Masyarakat lokal melakukan penutupan secara sepihak kegiatan usaha pertambangan di Peru. Respon keras dari masyarakat lokal ini dipicu oleh adanya kontaminasi tanah dan sumber daya air akibat kegiatan penambangan.

Distribusi manfaat yang tidak adil kepada rakyat pun menjadi faktor lain respon negatif masyarakat Peru atas kegiatan penambangan di Peru. Angka kemiskinan yang mencapai 50% (lima puluh persen) dari seluruh masyarakat Peru, bahkan di wilayah Andes angka kemiskinan mencapai 70% (tujuh puluh persen). Kantor Pertahanan Publik Pemerintah Peru, Defensoria del Pueblo, menyatakan bahwa lebih dari 70 (tujuh puluh) konflik aktif di sekitar wilayah tambang akibat kegiatan usaha pertambangan yang terjadi.¹⁷⁷

Masalah konflik pertambangan di Peru ini bermula sejak tahun 1990-an, yaitu ketika Bank Dunia dan *International Monetary Fund* membantu Peru melakukan privatisasi dan menderegulasi badan usaha milik negara sektor pertambangan Peru yang masih memiliki manajemen tradisional. Perusahaan-perusahaan trans-

176 Bebbington, *Social Conflict, Economic Development and the Extractive Industry: Evidence from South America*, Hoboken: Taylor & Francis, 2011, hlm. iv.

177 Keith Slack, "Mining Conflicts in Peru: Condition Critical", Oxfam America, Maret 2009, hlm. 1.

nasional yang mengetahui bahwa Peru memiliki sumber daya alam yang sangat kaya, secara cepat melakukan investasi besar-besaran. Perusahaan pertambangan yang paling besar berinvestasi di Peru, yaitu perusahaan pertambangan emas Yanacocha Mine di Cajamarca. Perusahaan ini sahamnya dimiliki Newmont (51.35%), Minas Buenaventura (43.65%), dan International Finance Corporation (5%).

Yanacocha Mine beroperasi di Peru sejak 1993. Masyarakat lokal melakukan protes atas keberadaan perusahaan ini. Penyebabnya adalah bahwa perusahaan ini dianggap tidak adil memberikan kompensasi atas pembebasan tanah bagi kegiatan pertambangan mereka, pencemaran lingkungan yang merusak sarana irigasi dan air tanah untuk kebutuhan sehari-hari masyarakat, mobilisasi angkutan (truk) *tailing* yang mengandung merkuri di sekitar wilayah masyarakat yang berakibat pada hampir 1.000 masyarakat desa terindikasi tercemar merkuri. Permasalahan pertambangan ini terjadi secara masif dan terus-menerus.

Selain Yanacocha Mine, ada pula perusahaan pertambangan, yaitu Tintaya Copper Mine di Andean, Cusco. Perusahaan ini telah berdiri sejak tahun 1985 sebagai perusahaan negara, namun pada tahun 1996 perusahaan ini dibeli oleh BHP Billiton (BHPB). Tahun 2002, masyarakat lokal menyampaikan protes atas keberadaan perusahaan ini karena diduga melakukan perampasan lahan, pencemaran tanah dan air, serta pelecehan seksual oleh petugas keamanan yang menjaga perusahaan.

Pengusahaan pertambangan di Peru yang melahirkan konflik dengan masyarakat di sekitar pertambangan sesungguhnya secara konstitusional sangatlah ironi. Secara konstitusional, pengaturan mengenai sektor pertambangan dalam kerangka sumber daya alam diatur dalam Chapter II tentang *The Environment and The National Resources Ownership of Natural Resources*. Dalam Article 66 diatur bahwa:

“Natural resources, renewable and non-renewable, are patrimony of the Nation. The State is sovereign in their utilization. An organic law fixes the conditions of their use and grants them to private individuals. Such a concession grants the title holders a real right subject to those legal regulations”.

Berdasarkan data yang ada, sengketa antara perusahaan dengan masyarakat tercatat sebagai berikut.

Timeline of The Escalation of Social Conflict Around Yanacocha & Minas Conga

Date	Event	Reference	Narrative Reference
1993	Mining commences at Yanacocha, to the north east of Cajamarca		
Late 1990s	Concerns about quality of urban water supply among Cajamarca residents	Bebbington (2008b, p. 2896).	Narrative 3, 4, 5 & 6
Late 1990s	Exploration lease for Minas Conga project and purchase of land for that project by MYSA	Newmont (n.d.4).	Narrative 6
Late 1990s	Peasant protests against exploration of area known as Cerro Quilish*	Bebbington(2008b, p. 2896); Arana Zegarra (2004).	Narrative 3
June 2000	Accidental mercury spill in the transportation of chemicals to Yanacocha running into the streets of a nearby village and some of the residents collected it, thinking it had some economic value, thus exposing themselves to serious health risks. MYSA reported that it had recuperated 147 of the 150 kg that had been spilled.	World Bank Report 2005, p. 28.	Narrative 3 & 5
2004	Constitutional Tribunal allows MYSA to recommence exploration at Cerro Quilish and protests erupt in Cajamarca; MYSA withdraws its application	Newmont; Arana Zegarra (2004).	
2007	Newmont citizen participation process on their own words: "In addition to environmental and social impact analyses that spanned up to 13 years, the citizen participation process began in 2007 and continues today. Nearly 16,000 citizens from more than 30 hamlets in the La Encañada, Huasmin, Sorocucho and Celendin districts have participated in one or more of the public involvement opportunities related to the development of the Conga Project's Environmental Impact Assessment (EIA). In 2007, the Conga Project Team established the Citizen Participation Process ("Proceso de Participacion Ciudadana," or PPC) to ensure constructive dialogue with government agencies and community members during the early stages of developing the Conga Project's EIA. With a goal of transparency and inclusiveness, Conga's PPC offered individuals and community groups a variety of mechanisms in which to participate in the process, including: (1) Public Information Offices – established to offer a central location for community members to communicate with the Conga Project Team and discuss project-specific issues and (2) Days of Dialogue – scheduled dates and times at the Public Information Offices for citizens to meet with Project team members and have their comments and ideas recorded as part of the Conga EIA review process.	Newmont	Narratives 3, 4, 5 and 6

Date	Event	Reference	Narrative Reference
2010	EIA approved for Minas Conga "following a three-year, public participation process on the project's Environmental Impact Assessment (EIA) and extensive reviews by 12 government agencies in Peru, Conga's EIA was approved by the Ministry of Energy and Mines in October 2010"	Newmont (2013).	
May 2011	A resident of Sorocucho, filed a claim against MYSA for invading his family's land	Newmont (n.d.4).	Narrative 1
June 2011	Ollanta Humala becomes President promising more social inclusion. Oxfam reports that Humala was elected "with a fair amount of hope that he could provide a solution to these conflicts, but much remains the same"	Oxfam (2012), http://politicspoverty.oxfamamerica.org/2012/06/perus-mining-conflicts-explode-again/	
7 September 2011	President Ollanta Humala approves Indigenous Consultation Law	http://www.bbc.com/news/world-latin-america-14812506	
5 December 2011	President Ollanta Humala declares State of Emergency in Cajamarca. He blamed the impasse over the project on local officials: "Every possible means has been exhausted to establish dialogue and resolve the conflict democratically, but the intransigence of local and regional leaders has been exposed - not even the most basic agreements could be reached to ensure social peace and the re-establishment of public services," he said.	Peru declares state of emergency over disputed mine: http://www.bbc.com/news/world-latin-america-16026619	Narrative 2, 3, 4, 5, 6
2012	In 2012, an independent panel of international experts reviewed the EIA and confirmed the project's original EIA met Peruvian and international standards. It is the Ministry of Energy and Mining (MEM) that has final say however.	Newmont (2013), Oxfam (2012).	
3 July 2012	3000 people marched in protest in Celendin against Minas Conga. "In subsequent clashes between demonstrators and security forces, at least twenty civilians were shot with live ammunition, four of them fatally. Two policemen and a soldier also suffered gunshot wounds, according to the Interior Ministry". According to the national police director, Gen. Raul Salazar, at the outbreak of the violence, 180 police were facing a crowd estimated at 3000. Human Rights Watch interview with Gen. Raul Salazar, Lima, July 19, 2012.	http://www.hrw.org/news/2012/09/20/peru-letter-presidente-ollanta-humala	Narrative 6

Date	Event	Reference	Narrative Reference
July 3 2012	State of emergency declared in Celendin		Narrative 3, Narrative 6
Aug 2012	MYSIA commissions the CSRIM at UQ to get community feedback from residents of Cajamarca		
Aug 2012	The Peruvian government restructured its conflict management office, and renamed it the National Office of Dialogue and Sustainability. The aim of this office is to address conflict in a broader community development context, rather than only responding to social conflicts after they have already erupted.	US Department of State (2012). http://www.state.gov/e/e_b/rls/othr/ics/2013/204714.htm	

* Cerro Quilish "is a small mountain that comprises the top of the watershed supplying the city of cajamarca and the valleys of the Porcon and Grande rivers" (Triscitti 2013, p. 439).

Dari Konstitusi Peru diketahui secara konstitusional, sumber daya alam Peru, baik yang dapat diperbarui maupun yang tidak dapat diperbarui, merupakan warisan bangsa. Negara berdaulat untuk mendapatkan kemanfaatan dari sumber daya alamnya. Undang-undang sebagai aturan organik dari konstitusi harus memastikan bahwa sumber daya alam harus untuk kemanfaatan individual-perorangan, seperti pemberian konsesi kepada subjek yang benar-benar sah secara hukum.

Walau secara konstitusional, sumber daya alam hasil pertambangan di Peru harus digunakan untuk kemakmuran rakyat, namun secara faktual, konflik-konflik perusahaan pertambangan dengan rakyat masif terjadi. Bentuk upaya penyelesaian sengketa pertambangan pun dilakukan melalui negosiasi.

*“The communities really had no experience resolving conflicts with outside actors. Local leaders’ experience in this area was limited to local conflicts, like land issues and domestic disputes. The communities generally looked to the state to resolve these kinds of problems and even to resolve problems between themselves. But in this case, it wasn’t feasible to deal with this within the Peruvian legal system, it would have taken 15 years.”*¹⁷⁸

Proses investigasi pun dilakukan oleh Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pertanahan, dan Komisi Lingkungan Hidup di Peru. Dugaan pelanggaran ditemukan dan upaya dialog antara perusahaan dengan masyarakat dilakukan dalam rangka penyelesaian konflik. Kesepakatan pun terjadi, misalnya pada tanggal 21 Desember 2004, perjanjian antara BHP Billiton dan masyarakat Espinar ditandatangani. Perjanjian yang telah disetujui dan disahkan oleh masing-masing sidang umum masyarakat setelah dilakukan negosiasi tiga tahun dialog. Perjanjian itu sendiri menegaskan bahwa *Dialogue Table* merupakan ruang permanen untuk diskusi resolusi konflik dan kendaraan bersama dalam mempromosikan pembangunan berkelanjutan di Espinar.

Begitu pula sengketa antara BHP Billiton dengan masyarakat Ccanipia yang lahan dan airnya tercemar akibat pertambangan BHP Billiton. Walau tidak diselesaikan dengan skema *Dialogue Table* karena masyarakat Ccanipia yang tidak menginginkannya, namun BHP Billiton secara bertahap akan mengimprovisasi perlindungan lingkungan hidup dan berjanji akan menyumbangkan 3% (tiga persen) pendapatan BHP Billiton sebelum dikurangi bunga dan pajak atau

178 Hasil wawancara dengan Javier Aroca, January 26, 2005 sebagaimana ditulis Brooke D. Barton dalam “A Global/Local Approach to Conflict Resolution In The Mining Sector The Case of The Ti Ntaya Dialogue Table”, Spring 2005, Tufts University, hlm. 43.

sumbangan minimum US\$1.5 juta kepada masyarakat Ccanipia. Walau atas kesepakatan tersebut, masih terdapat keragu-raguan dari masyarakat.

“When we signed the agreement, the [Dialogue Table] participants were thinking we’ve been peaceful, we didn’t storm your building and we still don’t have anything. Were we dummies to do this? There were serious doubts within the communities as to whether they were approaching us the right way.”¹⁷⁹

Beberapa negara tersebut, misalnya Venezuela, Bolivia, dan Peru merupakan contoh negara yang memilih tindakan frontal atas kebijakan sumber daya alam berdampak pada timbulnya sengketa. Sengketa dalam perusahaan pertambangan mineral dan batubara bukanlah sesuatu yang harus dihindari, bahkan menjadi pilihan apabila hak-hak yang harus diterima oleh suatu pihak dirugikan oleh pihak lain.

Di Indonesia, keberanian untuk memilih upaya penyelesaian sengketa melalui forum penyelesaian sengketa menjadi pilihan yang sulit, khususnya bagi pemerintah. Pemerintah Indonesia justru paling sering menjadi pihak yang digugat di pengadilan baik litigasi maupun nonlitigasi atas tindakan pemerintah yang dianggap merugikan pihak lain, khususnya perusahaan pertambangan. Namun, berbeda bila pemerintah berada dalam pihak yang dirugikan. Seringkali pemerintah hanya diam dan menerima hak-haknya tidak dipenuhi oleh pelaku usaha.

Pemikiran yang mencari titik aman padahal sesungguhnya pemerintah telah dirugikan oleh pengusaha, menjadi pemikiran yang berdampak buruk bagi perkembangan penguasaan dan perusahaan sumber daya alam di Indonesia. Beberapa kasus, misalnya terkait mengenai kebijakan pemerintah yang terus memberikan izin ekspor kepada pemegang kontrak karya yang atas mineral mentah (ore) atau konsentrat padahal baik dalam peraturan nasional maupun kontrak, kewajiban itu dicantumkan. Begitu pula mengenai kewajiban divestasi saham, audit lingkungan hidup, royalti, dan lain-lain.

Ke depannya, negara harus kuat dalam memosisikan diri. Moto bahwa perusahaan pertambangan mineral dan batubara bukanlah bisnis jual beli tanah air, dan jargon “kami mencari mitra, bukan tuan” harus diterapkan ke investor agar kekayaan alam Indonesia mampu memberikan sebesar-besar kemakmuran rakyat.

179 Wawancara dengan Paul Warner, January 21, 2005 sebagaimana ditulis Brooke D. Barton dalam “A Global/Local Approach to Conflict Resolution In The Mining Sector The Case of The Ti Ntaya Dialogue Table”, Spring 2005, Tufts University, hlm. 47.

Jerat *Bilateral Investment Treaty* di Sektor Pertambangan Mineral dan Batubara

A. KERANGKA UMUM *BILATERAL INVESTMENT TREATY*

Bilateral Investment Treaty (BIT) merupakan sebuah perjanjian yang mengatur mengenai syarat dan kondisi suatu investasi warga negara dan perusahaan-perusahaan negara satu dengan negara yang lain. BIT merupakan suatu instrumen perjanjian dalam penanaman modal asing di suatu negara. Pada abad ke-18 dan ke-19, BIT lazim disebut dengan *Friendship, Commerce, and Navigation Treaty* (FCN).

Amerika Serikat merupakan negara yang tergolong pertama memulai perjanjian bilateral FCN yang ditujukan sebagai perjanjian perdagangan dengan pihak-pihak *partner*. Perjanjian ini dibuat dalam rangka jaminan perlindungan khusus atau perlindungan penuh kepemilikan warga negara atau perusahaan-perusahaan penanam modal asing di suatu negara tuan rumah (*host country*). Secara umum, perjanjian ini mengatur mengenai beberapa hal misalnya, adanya jaminan pembayaran kompensasi atas tindakan ekspropriasi, jaminan perlakuan asas *most favored nation*¹⁸⁰ dan asas *national treatment*.¹⁸¹

180 *Most favored nation* merupakan salah satu prinsip atau asas dalam WTO atau GATT yang merupakan prinsip atau asas yang mengatur jalannya perdagangan asas nondiskriminasi, yakni tidak boleh adanya sikap membeda-bedakan antara satu negara anggota GATT atau WTO dan anggota lainnya. Para anggota tersebut tidak boleh membeda-bedakan antara anggota yang satu dengan anggota yang lainnya atau tidak boleh memberikan kemudahan hanya kepada satu anggota saja tanpa perlakuan yang sama dengan anggota yang lainnya baik itu berkenaan dengan tarif ataupun perdagangan.

181 *National treatment* adalah adanya perlakuan yang sama antara pelaku usaha asing dengan pelaku usaha nasional (dalam negeri).

Secara teknis, anatomi BIT meliputi sebagai berikut.

1. *Definitions*
2. *Scope and Coverage*
3. *National Treatment*
4. *Most-Favored-Nation Treatment*
5. *Minimum Standard of Treatment*
6. *Expropriation and Compensation*
7. *Transfers*
8. *Performance Requirements*
9. *Senior Management and Boards of Directors*
10. *Publication of Laws and Decisions Respecting Investment*
11. *Transparency*
12. *Investment and Environment*
13. *Investment and Labor*
14. *Non-Conforming Measures*
15. *Special Formalities and Information Requirements*
16. *Non-Derogation*
17. *Denial of Benefits*
18. *Essential Security*
19. *Disclosure of Information*
20. *Financial Services*
21. *Taxation*
22. *Entry into Force, Duration, and Termination*
23. *Consultation and Negotiation*
24. *Submission of a Claim to Arbitration*
25. *Consent of Each Party to Arbitration*
26. *Conditions and Limitations on Consent of Each Party*
27. *Selection of Arbitrators*
28. *Conduct of the Arbitration*
29. *Transparency of Arbitral Proceedings*
30. *Governing Law*
31. *Interpretation of Annexes*
32. *Expert Reports*
33. *Consolidation*
34. *State-State Dispute Settlement*
35. *Annex A Customary International Law*

36. *Annex B Expropriation*

37. *Annex C Service of Documents on a Party*

Dari sedemikian banyak bagian dalam anatomi tersebut, tidak semua bagian harus ada dalam BIT. Bahkan seringkali terjadi perbedaan *template* antara BIT yang satu dengan yang lain. Bila Amerika Serikat telah memiliki model yang tertuang dalam 2012 US *Model Bilateral Investment Treaty*, pemerintah Indonesia saat ini sedang menyiapkan model baku ini.

Sampai dengan tahun 2015, pemerintah Indonesia telah menandatangani sebanyak 67 (enam puluh tujuh) BIT. Dalam nomenklatur resmi pemerintah Indonesia, BIT disebut dengan istilah “Perjanjian Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal”. Terhadap BIT yang sudah akan habis masa berlakunya, pemerintah Indonesia melalui saluran diplomatik melalui Kementerian Luar Negeri secara resmi telah menyampaikan notifikasi ke negara mitra penanda tangan BIT untuk mengakhiri BIT yang bersangkutan.¹⁸²

Adapun alasan yang diberikan pemerintah adalah isi dari perjanjian-perjanjian tersebut sudah tidak lagi sesuai dengan kondisi saat ini. Sampai dengan bulan April 2015, terdapat sebanyak 19 (sembilan belas) BIT yang sudah tidak diperpanjang masa berlakunya (Belanda, Bulgaria, Italia, Malaysia, Mesir, Slovakia, Spanyol, Tiongkok, Krygyzstan, Laos, Prancis, India, Kamboja, Rumania, Turki, Vietnam, Norwegia, Hungaria, dan Singapura), serta sudah tidak berlaku lagi.¹⁸³

Pemerintah Indonesia pun akan membuat model *template* BIT yang di dalamnya terdapat 15 (lima belas) bagian utama yang terdiri atas: *Preamble, Covered Investment, Definition of Investment, Investment License, Definition of Investor, Definition of Measure, Scope of Application, Treaty Claim and Contract Claim, Treatment of Investment on National Treatment, Most Favoured Nation Treatment and Standard of Treatment, Compliance with International Obligations, Compliance with Domestic Laws and Regulations, The Cause of Action under the Agreement, Investor-State Dispute Settlement, Governing Law in Dispute Settlement, dan Period in Force and Termination*.¹⁸⁴ Beberapa bagian yang menjadi bagian pokok, antara lain sebagai berikut.

182 Siaran Pers Badan Koordinasi Penanaman Modal, “BKPM Susun *Template* Perjanjian Investasi” 16 Mei 2015.

183 *Ibid.*

184 *Ibid.*

1. Definisi

Dalam bagian didefinisikan beragam kata dan frasa, antara lain definisi mengenai *investment, investment agreement, companies, measure, national, state enterprise, dan territory*. Salah satu definisi, misalnya *investment* lazim diartikan berarti setiap jenis aset namun tidak terbatas pada:

- a. *movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges;*
- b. *shares, stock, and debentures of companies wherever incorporated or interests in the property of such companies;*
- c. *claims to money or to any performance under contract having a financial value;*
- d. *intellectual property rights and goodwill;*
- e. *business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract, or exploit natural resources.*

Konsep definisi investasi ini merujuk pada BIT antara pemerintah Indonesia dengan *United Kingdom* 27 April 1976.

Konsep definisi Amerika Serikat sedikit lebih lengkap dibanding definisi BIT RI-UK di atas, walau sampai saat ini antara Indonesia dan Amerika Serikat belum terikat BIT. Dalam 2012 US Model *Bilateral Investment Treaty*, investasi didefinisikan sebagai berikut.

“Means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;*
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;*
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;*
- (d) futures, options, and other derivatives;*
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;*
- (f) intellectual property rights;*
- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic and other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.”*

2. Ruang Lingkup dan Cakupan (*Scope and Coverage*)

Bagian ini berisi mengenai tindakan apa saja yang diterima atau dipertahankan para pihak dalam perjanjian. Misalnya perjanjian berlaku untuk tindakan yang berkaitan dengan:

- a. *investors of the other party;*
- b. *covered investments; and*
- c. *with respect to performance requirements, investment and environment, investment and labor.*

Selain itu, dalam bagian ini berisi pula mengenai kewajiban para pihak dan jaminan kepastian mengikatnya perjanjian ini setelah disepakati atau tidak mengikatnya salah satu pihak sehubungan dengan setiap tindakan atau fakta yang berlangsung atau situasi yang tidak lagi ada sebelum tanggal berlakunya perjanjian.

3. *National Treatment*

Prinsip *national treatment* memiliki pengertian yang beragam dalam dimensi hukum internasional, baik menurut WTO/GATT maupun *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD). Prinsip *national treatment* tertuang dalam *Article III (1) GATT* yang menyatakan bahwa:

“The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations 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.”

Begitu pula dengan *Article III (2)* sampai dengan *Article III (1)* yang mengatur mengenai prinsip *national treatment* yang pada pokoknya adanya larangan bersikap diskriminasi oleh pemerintah tuan rumah antara investor atau pelaku usaha asing dengan pelaku usaha dalam negeri.

4. *Prinsip Most-Favored-Nation Treatment*

Pada dasarnya *most favored nation* merupakan asas larangan perlakuan diskriminasi antara negara yang satu dengan negara yang lain oleh negara tuan rumah. Harus ada perlakuan yang sama antara negara asal (*home country*) dengan negara pihak ketiga. Hal tersebut, misalnya sebagaimana tercantum dalam *Article 4 BIT RI-UK* berikut.

- a. *Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of nationals or companies of any third State.*
- b. *Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to nationals or companies of any third State.*
- c. *Nationals or companies of one Contracting Party, whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, not less favourable than that which the latter Contracting Party accords to nationals or companies of any third State.*

5. Minimum Standard of Treatment

Minimum Standar of Treatment secara garis besar terdiri atas prinsip berikut.¹⁸⁵

- a. *Respect for domestic law of the host state.*
Prinsip ini mengatur bahwa investasi asing harus menerima dan menghormati hukum dan kebiasaan dari negara tempat tujuan investasi.
- b. *No treatment below a minimum international standard.*
Negara tuan rumah dari investasi asing memiliki hak untuk mengharapkan standar dalam negeri yang berlaku tidak di bawah standar internasional, artinya investasi asing tersebut harus sesuai dengan standar internasional dan memperlakukan negara tuan rumah harus pula sesuai dengan standar internasional.
- c. *Expropriation standard.*
Walaupun negara memiliki kedaulatan terhadap wilayahnya, namun negara tertentu tidak dapat melakukan pengambilalihan suatu hak milik asing secara semena-mena, kecuali sesuai keadaan tertentu yang berdasarkan

185 Nicolaas Jan Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in An Interdependent World*, *op.cit.*, hlm. 164.

hukum internasional yang telah terpenuhi untuk melakukan tindakan perampasan atau pengambilalihan properti tersebut.

d. *Pacta sunt servanda.*

Prinsip kontrak yang disepakati harus dihormati oleh para pihak, sehingga tidak ada tindakan dari pihak tertentu yang bertentangan dengan kontrak yang telah disepakati tersebut.

e. *Due process of law.*

Bahwa tindakan pihak investor asing dalam melaksanakan kepentingan bisnisnya harus tunduk pada kaidah-kaidah hukum yang berlaku di negara tuan rumah yang diambil dari peraturan perundang-undangan termasuk konstitusi, di samping pula bahwa hukum yang berlaku di dalam negara tuan rumah tidak sewenang-wenang diterapkan kepada investor asing.

f. *Local remedies rule.*

Investor asing dalam menyelesaikan sengketa yang terjadi dengan negara tuan rumah atau pihak lain yang terkait, diupayakan untuk dapat diselesaikan dengan prosedur pengadilan negara tuan rumah, kemudian apabila diperlukan tindakan yang didasarkan kepentingan lain untuk menjamin keadilan, maka *international adjudication* dapat ditempuh.

6. *Expropriation and Compensation*

Bagian *expropriation and compensation* pada pokoknya mengatur mengenai larangan nasionalisasi, ambil alih, atau tindakan lain yang berakibat sama dengan nasionalisasi atau pengambilalihan suatu perusahaan asing oleh negara tuan rumah. Namun demikian, demi kepentingan umum berkaitan dengan kebutuhan dalam negeri negara tuan rumah, dimungkinkan dilakukan nasionalisasi, ambil alih, atau tindakan lain yang berakibat sama dengan nasionalisasi atau pengambilalihan asalkan melalui pemberian kompensasi.

Kompensasi atau ganti rugi tersebut harus sebesar nilai pasar dari penanaman modal yang diambil alih segera sebelum pengambilalihan. Legalitas dari setiap pengambilalihan dan jumlah dan metode pembayaran kompensasi harus ditinjau sesuai proses hukum. Begitu pula dengan penyitaan aset, apabila suatu pihak menyita aset perusahaan yang didirikan atau dibentuk berdasarkan hukum yang berlaku di setiap bagian dari wilayahnya, dan di mana negara atau perusahaan yang memiliki saham pihak lain, harus memastikan aspek kepentingan umum dan pemberian kompensasi harus dilakukan.

7. *Investor-State Dispute Settlement dan Governing Law in Dispute Settlement*

Bagian penyelesaian sengketa merupakan bagian yang harus ada dalam BIT. Sebagaimana contoh BIT pemerintah Indonesia dengan pemerintah Australia Tahun 1993 dalam Pasal XI sampai dengan XIII yang menyatakan bahwa:

- a. *In the event of a dispute between a Party and an investor of the other Party relating to an investment, the parties to the dispute shall initially seek to resolve the dispute by consultations and negotiations.*
- b. *In the event that such a dispute cannot be settled through consultations and negotiations, the investor in question may submit the dispute, for settlement: (1) in accordance with the laws and regulations of the Party which has admitted the investment to the competent judicial or administrative bodies of that Party; or (2) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("the Centre") for the application of the conciliation or arbitration procedures provided by the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ("the Convention").*

Jadi berdasarkan BIT Indonesia-Australia, Indonesia telah berjanji bahwa jika terjadi sengketa antara investor dari Australia dengan Indonesia, maka investor dari Australia dapat mengajukan sengketa tersebut ke pengadilan yang berkompeten atau badan administrasi ataupun ICSID. Selanjutnya di Pasal XII dan XIII BIT diatur mengenai perbedaan interpretasi serta aplikasi persetujuan oleh masing-masing pihak serta bagaimana penyelesaiannya. Begitu pula kesepakatan mengenai sengketa yang terjadi antara investor para pihak yang diselesaikan melalui konsultasi dan negosiasi, termasuk diselesaikan melalui pengadilan.

8. *Period in Force, Duration, and Termination*

Bagian ini bagian terakhir dalam batang tubuh suatu BIT. Bagian ini berisi mengenai keberlakuan mengikat suatu perjanjian, jangka waktu, dan terminasi.

B. DILEMA BIT BAGI PEMERINTAH INDONESIA

Isi dari BIT ini sangat penting, mengingat perjanjian BIT berlangsung untuk jangka panjang sehingga pasal-pasal di dalamnya harus bersifat melindungi penanaman modal asing di masing-masing negara pihak. Sejauh ini pemerintah

Indonesia telah membatalkan sebanyak 18 (delapan belas) BIT dengan berbagai negara-negara di dunia, yakni Belanda, Bulgaria, Italia, Korea Selatan, Malaysia, Mesir, Slovakia, Spanyol, China, Kyrgystan, Laos, Prancis, Kamboja, India, Norwegia, Romania, Turki, dan Vietnam.¹⁸⁶

Selain urusan *template*, urusan BIT secara substansi pun sesungguhnya perlu dianalisis secara kritis. BIT khususnya terkait penyelenggaraan kegiatan pertambangan mineral dan batubara seringkali hanya merugikan kepentingan negara tuan rumah, apalagi negara tuan rumah yang masih termasuk negara berkembang. BIT dirancang untuk melindungi penanam modal asing yang melakukan usahanya di negara lain. Namun, kenyataannya permasalahan perburuhan, kerusakan lingkungan, dan eksploitasi besar-besaran sumber daya alam terjadi sedemikian rupa.

Secara normatif, penanaman modal asing memang memberikan manfaat berupa penerimaan negara, penyerapan tenaga kerja, dan pertumbuhan wilayah-wilayah baru. Namun, dampak konflik sosial ekonomi, misalnya keberadaan masyarakat hukum adat, terganggunya lingkungan hidup, ketidakadilan distribusi manfaat dengan negara tuan rumah menjadi persoalan yang menyelimuti pelaksanaan BIT khususnya penanaman modal asing di sektor pertambangan Indonesia.

Menurut *Office of United States Trade Representative*, BIT yang dibuat oleh Amerika Serikat dengan negara-negara lain merupakan program yang membantu perlindungan investasi swasta, mengembangkan kebijakan orientasi pasar di negara-negara partner, serta mempromosikan ekspor Amerika Serikat.¹⁸⁷ Adapun tujuan BIT Amerika Serikat, yaitu:¹⁸⁸

1. *protect investment abroad in countries where investor rights are not already protected through existing agreements (such as modern treaties of friendship, commerce, and navigation, or free trade agreements);*
2. *encourage the adoption of market-oriented domestic policies that treat private investment in an open, transparent, and non-discriminatory way; and*
3. *support the development of international law standards consistent with these objectives.*

186 Indonesia for Global Justice, "Indonesia Sudah Menghentikan 18 BITs" <http://igj.or.id/indonesia-sudah-menghentikan-18-bits/>.

187 <https://ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties>.

188 *Ibid.*

Sedangkan manfaat dari BIT Amerika Serikat, yaitu sebagai berikut.¹⁸⁹

1. *US BITs require that investors and their “covered investments” (that is, investments of a national or company of one BIT party in the territory of the other party) be treated as favorably as the host party treats its own investors and their investments or investors and investments from any third country. The BIT generally affords the better of national treatment or most-favored-nation treatment for the full life-cycle of investment – from establishment or acquisition, through management, operation, and expansion, to disposition.*
2. *BITs establish clear limits on the expropriation of investments and provide for payment of prompt, adequate, and effective compensation when expropriation takes place.*
3. *BITs provide for the transferability of investment-related funds into and out of a host country without delay and using a market rate of exchange.*
4. *BITs restrict the imposition of performance requirements, such as local content targets or export quotas, as a condition for the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, or operation of an investment.*
5. *BITs give covered investments the right to engage the top managerial personnel of their choice, regardless of nationality.*
6. *BITs give investors from each party the right to submit an investment dispute with the government of the other party to international arbitration. There is no requirement to use that country’s domestic courts.*

Berdasarkan argumentasi di atas, apakah Indonesia, khususnya di sektor pertambangan mineral dan batubara dapat menikmati tujuan serta manfaat BIT?

Pertama, berdasarkan tujuan BIT, yaitu adanya perlindungan investasi asing di negara-negara yang tidak selalu memberikan perlindungan investor dengan perjanjian yang telah ada. Berdasarkan tujuan pertama ini, sebagai negara yang memiliki kuantitas perusahaan-perusahaan multinasional atau transnasional di bidang pertambangan yang sangat terbatas maka mutlak bahwa perlindungan itu hanya dilakukan kepada negara-negara yang memiliki perusahaan multi/transnasional yang banyak dan besar seperti Amerika Serikat serta negara industri lainnya. Hanya perusahaan-perusahaan mereka sajalah yang menikmati perlindungan atas investasinya, namun bagi Indonesia yang

189 *Ibid.*

jumlah perusahaan multi/transnasionalnya terbatas maka mutlak tidak dapat menikmati tujuan BIT ini. Sebut saja BUMN di bidang pertambangan sekelas PT Nikel, PT Bukit Asam, PT Timah, PT Antam yang bisnis pertambangan di luar negerinya sangat terbatas bahkan tidak ada sama sekali.

Kedua, tujuan BIT untuk mendorong adopsi berorientasi pasar suatu kebijakan domestik yang memperlakukan investasi swasta dengan cara yang terbuka, transparan, dan nondiskriminatif pun sesungguhnya hanya menguntungkan negara-negara investor semata. Faktanya Indonesia masih merupakan negara yang belum kuat melakukan investasi luar negeri. Perusahaan-perusahaan dalam negeri lebih memanfaatkan peluang investasi pertambangan mineral dan batubara di Indonesia yang lebih menjanjikan. Indonesia kaya dengan sumber daya alam sehingga selama peluang itu ada di dalam negeri, mengapa harus berinvestasi di luar negeri. Berbeda dengan sektor lain, misalnya minyak dan gas bumi yang ketersediaan sumber daya di dalam negeri sudah sangat terbatas. Tentu yang diuntungkan dari BIT ini lagi-lagi investor asing yang dengan prinsip *national treatment* dalam BIT harus disamakan hak-haknya dengan pelaku usaha dalam negeri.

Ketiga, tujuan BIT untuk mendukung pengembangan standar hukum internasional sesuai dengan tujuan tersebut merupakan bentuk memperkuat cengkraman investor asing dengan perlindungan BIT yang di dalamnya terkandung prinsip-prinsip hukum internasional. Artinya BIT hanya menjadi senjata bagi negara-negara investor, sedangkan negara-negara yang tidak memiliki tradisi sebagai investor karena bidang-bidang tertentu, misalnya sumber daya alam telah melimpah, hanya menjadi tempat mengeruk keuntungan dari investor asing. Ibarat lapak-lapak, Indonesia merupakan lapak-lapak yang kemudian diusahakan oleh asing dengan jaminan perlindungan yang sangat kuat dari hukum internasional.

Selanjutnya, 6 (enam) manfaat BIT pun akan merugikan sektor perusahaan pertambangan mineral dan batubara di Indonesia. *Pertama*, dengan BIT maka mengharuskan investor dan investasi tertutup di suatu negara untuk dibuka dan antara investor asing dengan investor dalam negeri harus diperlakukan saling menguntungkan tanpa diskriminasi dengan prinsip *national treatment* dan *most-favored-nation treatment* maka akan terjadi apa yang disebut *full life-cycle of investment*. Diskriminasi yang diperlukan dalam konsep negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945 pun tidak dapat terjadi dengan baik. Sebagaimana dalam tafsiran

Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 bahwa negara dengan hak pengelolaan kekayaan alamnya harus memprioritaskan BUMN dalam pengusahaan sumber daya alam, termasuk mineral dan batubara. Artinya, seharusnya ada pemberian hak-hak khusus kepada BUMN untuk mengusahakan pertambangan mineral dan batubara, bukan kemudian BUMN dipaksa untuk berkompetisi dengan perusahaan tambang asing. Ini menyangkut ideologi bangsa untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

Kedua, BIT bermanfaat dalam menetapkan batas yang jelas tentang pengambilalihan investasi dan menyediakan pembayaran ganti rugi atau kompensasi yang cepat, memadai, serta efektif bila pengambilalihan terjadi. Tujuan ini semakin mengukuhkan eksploitasi besar-besaran mineral dan batubara Indonesia. Adanya perlindungan tidak bolehnya upaya nasionalisasi, pengambilalihan, atau tindakan lain yang menyerupai nasionalisasi dan ekspropriasi tentu membuat investor asing di sektor pertambangan mineral dan batubara Indonesia tidak dapat tersentuh.

Ketiga, BIT menyediakan pengalihan dana terkait investasi ke dalam dan keluar dari negara tuan rumah tanpa penundaan dan menggunakan pasar nilai tukar. Kesepakatan mengenai transfer yang harus dilakukan secara cepat ke dalam dan luar negeri pun memperlancar pengalihan keuntungan finansial yang besar dari investor. Negara tuan rumah tidak boleh menahan transaksi dan uang investor apabila yang dipindahkan. Keuntungan dari eksploitasi ini akan dibawa secara besar-besaran menjadi devisa bagi negara asal, sedangkan bagi negara tuan rumah yang hanya mendapat royalti tidak besar maka keuntungan pun tidak seimbang.

Keempat, BIT membatasi penerapan persyaratan kinerja, seperti target konten atau kuota ekspor lokal, sebagai syarat untuk pembentukan, akuisisi, ekspansi, manajemen, perilaku, atau operasi investasi. Ini juga tentu akan menguntungkan investor asing di Indonesia. Padahal di Indonesia terdapat berbagai peraturan yang mengatur mengenai kinerja, skema akuisisi, ekspansi, manajemen, perilaku, dan operasi produk investasi dalam berbagai peraturan perundang-undangan, misalnya peraturan di bidang perseroan terbatas, peraturan di bidang kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara.

Kelima, BIT memberikan hak untuk memilih personil manajerial secara bebas, terlepas dari kebangsaan setiap orang. Pilihan bebas manajerial ini tentu akan membuat investor secara bebas memilih orang-orangnyalah yang akan

mengisi posisi-posisi utama di manajemen. Unsur negara tuan rumah tidak menjadi perhatian karena investor diberikan kebebasan untuk menentukan siapapun yang akan menjadi bagian dari manajemen perusahaan.

Keenam, BIT memberikan hak untuk mengajukan sengketa investasi dengan pemerintah dari pihak lain ke arbitrase internasional investor dari masing-masing pihak. Tidak ada persyaratan untuk menggunakan pengadilan negeri negara itu. Bila investor asing dirugikan oleh tindakan negara tuan rumah yang tidak melindungi investasi mereka maka negara tuan rumah dapat dituntut ke pengadilan arbitrase internasional.

Sebagian besar BIT memilih ICSID sebagai forum penyelesaian sengketa investasi. Indonesia, misalnya digugat oleh Churchill Mining Plc ke ICSID karena dianggap tidak melindungi investasi Churchill Mining Plc di Indonesia sesuai BIT RI-UK tahun 1976. Padahal Churchill Mining Plc telah melanggar hukum nasional Indonesia, yaitu izin usaha pertambangannya diduga palsu dan kegiatan usahanya berada dalam kawasan hutan yang pada saat diusahakan belum memiliki izin pinjam pakai kawasan hutan sebagaimana dipersyaratkan dalam rezim peraturan perundang-undangan mengenai penggunaan kawasan hutan. BIT RI-UK 1976 ini kemudian menjadi rujukan Churchill Mining Plc untuk menggugat Indonesia ke arbitrase. Begitu pula dengan perusahaan India bernama IMFA (Indian Metals & Ferro Alloys) yang menggugat pemerintah Indonesia dengan dalil tidak ada perlindungan investor asing sesuai dengan BIT Indonesia-India tahun 1999. Kasus ini pun bergulir di *Permanent Court of Arbitration UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law)*.

Berdasarkan hal tersebut, sudah sepantasnya pemerintah Indonesia meminta pembatalan atau tidak memperpanjang BIT dengan negara-negara tertentu yang nyatanya tidak dapat diaplikasikan oleh Indonesia. Artinya, BIT tersebut hanya melindungi sepihak negara-negara asal tanpa adanya perlindungan bagi negara tuan rumah dalam hal ini Indonesia karena secara faktanya Indonesia tidak atau sangat sedikit berinvestasi di negara asal, sebaliknya negara asal memiliki investasi yang banyak di Indonesia.

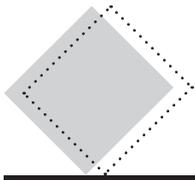
Selain itu, pemerintah pun harus melakukan seleksi secara proporsional, khususnya bagi investor di bidang pertambangan mineral dan batubara mengenai keberlangsungan BIT. Apabila secara proporsional negara yang bermitra dengan Indonesia memiliki investasi yang banyak di bidang pertambangan mineral dan

batubara namun secara proporsional Indonesia tidak memiliki investasi yang sama dengan negara mitra tersebut maka harus diberlakukan prinsip timbal balik.

Terakhir, dalam BIT disebutkan bahwa terhadap investasi di bidang sumber daya alam khususnya mineral dan batubara maka harus terdapat pengecualian-pengecualian pengaturan yang tidak terikat dengan BIT, misalnya bahwa perusahaan harus tunduk ke peraturan sektor pertambangan mineral dan batubara serta lingkungan hidup Indonesia dari waktu ke waktu. Apabila antara BIT dan peraturan nasional Indonesia bertentangan maka yang dipilih, yaitu peraturan nasional Indonesia.

Akhirnya, sebagai negara yang masih kaya sumber daya alam, khususnya mineral dan batubara maka Indonesia memiliki posisi tawar yang tinggi. Mineral dan batubara itu tidak dapat dipindahkan lokasi tambangnya dan bila pun tidak diusahakan maka ketika dibiarkan pun sumber daya itu tidak habis dan bisa dijadikan cadangan atau simpanan untuk masa depan. Seharusnya pemerintah harus memastikan bahwa setiap perusahaan mineral dan batubara harus untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat bukan hanya semata-mata dirampok secara legal oleh perusahaan-perusahaan kapitalis asing yang hanya memberikan sekian kecil hasil tambangnya untuk bangsa Indonesia.





Daftar Pustaka

A. BUKU, JURNAL, MAKALAH, DAN MAJALAH

Achmad Fedyani Saifuddin, 1986, *Konflik dan Integrasi Perbedaan Paham dalam Agama Islam*, Jakarta: Rajawali.

Advice Services Alliance (ASA), *Arbitration*, diunduh dari www.adrnow.org.uk/go/SubSection_1.html.

Bagir Manan, 2004, *Hukum Positif Indonesia (Suatu Kajian Teoritik)*, Yogyakarta: UII Press.

Banakar dan Travers dalam Sulistyowati Irianto, 2012, *Memperkenalkan Kajian Sosio Legal dan Implikasi Metodologisnya*, Kajian Sosio Legal, Bali: Pustaka Larasan.

Barda Nawawi Arief, 2008, *Masalah Kebijakan Hukum dan Penegakan Hukum*, Jakarta: Prenada Media Group.

_____, 2006, *Tindak Pidana Mayantara Perkembangan Kajian Cyber Crime di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Commission on Human Rights, *Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on The Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/97, 22 February 2006.

Brooke D. Barton dalam "A Global/Local Approach to Conflict Resolution In The Mining Sector The Case of The Ti Ntaya Dialogue Table", Spring 2005, Tufts University.

- Budy P. Resosudarmo, Ida Aju Pradnja Resosudarmo, dkk., 2009, *Exploiting Natural Resources Growth, Instability, and Conflict in the Middle East and Asia*, Washington: The Henry L. Stimson Center.
- Denys Lombard, 1996, *Nusa Jawa: Silang Budaya (Warisan Kerajaan-Kerajaan Konsentris)*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Clive Aspinall, "Small-Scale Mining in Indonesia", International Institute for Environment and Development, World Business Council for Sustainable Development, September 2001 No. 79.
- Cut Dian Agustina, Ehtisham Ahmad, dkk., "Political Economy of Natural Resource Revenue Sharing in Indonesia", Asia Research Centre Working Paper 55, London School of Economics, Maret 2012.
- Conflict Research Consortium University of Colorado, USA, *Arbitration*, diunduh dari www.colorado.edu/conflict/peace/treatment/arbitrat.html.
- Drexhage and Deborah Murphy, International Institute for Sustainable Development (IISD), "Sustainable Development: From Brundtland to Rio 2012", Background Paper Prepared for Consideration by the High Level Panel on Global Sustainability at Its First Meeting, 19 September 2010.
- Duhaim.org, *Alternative Dispute Resolution Definition*, diunduh dari <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/A/AlternativeDisputeResolution.aspx> pada Selasa, 22 Mei 2015 pukul 19.09 WIB.
- Enrique Ortega Girones, dkk., "Mineral Rights Cadastre: Promoting Transparent Access to Mineral Resources Extractive Industries for Development Series No. 4", Washington DC, World Bank, 2009.
- Elinor Ostrom, "Self-Governance and Forest Resources", Occasional Paper No. 20, 1999, Center for International Forestry Research.
- _____, "Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action", New York: Cambridge University Press.
- _____, "Design Principles and Threats to Sustainable Organizations That Manage Commons", Workshop In Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, 1990.
- Emily E. Harwell dan Owen J. Lynch, "Whose Resources? Whose Common Good? Towards a New Paradigm of Environmental Justice and the National Interest in Indonesia", Center for International Environment Law (CIEL), Januari 2002.
- Garcia Amandor, 1984, *The Changing Law of International Claims*, Volume 1, New York: Oceana Publications.

- Gatot Suemartono, 2006, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- G. Pieter Hoenagels, 1963, *The Other Side of Criminology An Inversion of The Concept of Crime*, Holland: Kluwer, Deventer.
- Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons" New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), American Association for the Advancement of Science, 13 Desember 1968.
- Hamid Patilima, 2007, *Metode Penelitian Kualitatif*, Bandung: Alfabeta.
- Henry Campbell Black, 1991, *The Law Dictionary*, St. Paul: West Publishing.
- Huala Adolf, 1993, *Arbitrase Komersial Internasional*, Edisi Revisi, Jakarta: Citra Niaga Rajawali.
- I.B.R. Supancana, 2009, *Penyelesaian Sengketa-Sengketa di Bidang Pertambangan*, Jakarta: BPHN.
- Iwan J. Aziz, Lydia M., dkk., 2010, *Pembangunan Berkelanjutan: Peran dan Kontribusi Emil Salim*, Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia (KPG).
- Indroharto, 1996, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I, Beberapa Pengertian Dasar Peradilan Tata Usaha Negara*, Cet. Keenam, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Jeremy Bentham, 2000, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books.
- Jose De La Torre, 1981, *Foreign Investment and Economic Development: Conflict and Negotiation*, Journal of International Business Studies, Vol. 12, No. 2, Autumn.
- Larry L. Teply, 1992, *Legal Negotiation*, St Paul: West Publishing Co.
- Lall and Streeten, *Foreign Investment*, dalam Dennis J. Encarnation and Louis T. Wells Jr., *Sovereignty en Garde: Negotiating with Foreign Investor*, International Organization Foundation, Cambridge University Press, Vol. 39, No. 1, Winter, 1985.
- Louis Henkin, *et.al.*, 1991, *International Law: Cases and Materials*, St. Paul: West Publishing Co.
- Mark L. Wilson, Elisha Renne, dkk., "Integrated Assessment of Artisanal and Small-Scale Gold Mining in Ghana-Part 3: Social Sciences and Economics", International Journal of Environmental Research and Public Health, Vol. 12, 2015.
- Mohammed Bedjaoui, 1991, *International Law: Achievements and Prospects*, Paris: UNESCO.

- Nafsiatun, Priyo Saptomo, dkk., "Characteristics of Environmental Conflicts Caused by Illegal Gold Mining in West Kalimantan, Indonesia", IOSR Journal of Humanities and Social Science (JHSS) ISSN: 2279-0837, Volume 3, Issue 2 (Sep–Oct. 2012).
- Neil Meyer, "Introduction to Property Rights", Property Rights: A Primer, Western Rural Development Center, University of Idaho.
- Sulistiyowati Irianto, 2011, *Memperkenalkan Kajian Sosio Legal dan Implikasi Metodologisnya*, Bali: Pustaka Larasan.
- The United Nations Industrial Development Organization, "Mitigating Mercury Emissions from Artisanal and Small Scale Gold Mining in Indonesia", Laporan Akhir, August 2013.
- The Netherlands Commission for Environmental Assessment (the NCEA), "Recommendations for Good Practice EIA in Indonesian Tin Mining An Analysis of Environmental and Social Issues in Indonesian EIA Reports", 26 Agustus 2015.
- Owen J. Lynch, "Promoting Legal Recognition of Community-Based Property Rights, Including the Commons: Some Theoretical Considerations", Symposium of the International Association for the Study of Common Property and the Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, Bloomington, Indiana, June 7, 1999.
- Palitha T.B. Kohona, 1985, *The Regulation of International Economic Relations Through Law*, The Netherland: Martinus Nijhoff Publishers.
- Peter Ekback, "Private, Common, and Open Access Property Rights in Land – An Investigation of Economic Principles and Legislation", *Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research* 6 : 2 (2009).
- Riant Nugroho, 2007, *Analisis Kebijakan*, Jakarta: Elex Media Komputindo.
- Sudikno Mertokusuma, 1999, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Dispute Settlement: State-State Dispute Settlement: State-State United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2003/1.
- Sornarajah, 2000, *The Settlement of Foreign Investment Dispute*, The Hague: Kluwer.
- Nicolaas Jan Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in An Interdependent World*.
- Yahya Harahap, 1991, *Arbitrase*, Jakarta: Pustaka Kartini.

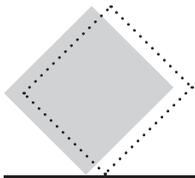
- The Metric Law Library, *Alternative Dispute Resolution*, diunduh dari <http://www.lectlaw.com/def/a044.htm> pada Selasa, 22 Mei 2012.
- Walter Poeggel dan Edith Oeser, 1991, *Methods of Diplomatic Settlement*, dalam Bedjaoui, *International Law: Achivements and Prospects*, The Netherlands: Martinus Nijhoff. Lihat pula Huala Adolf, 2006, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Nolan-Haley, 1992, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, Minnesota: West Publishing.
- Mahyuni, *Lembaga Damai dalam Proses Penyelesaian Perkara Perdata di Pengadilan*, Jurnal Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta No. 4 Vol. 16 Oktober 2009, hlm. 536, diunduh dari <http://law.uui.ac.id/images/stories/Jurnal%20Hukum/4%20Mahyuni.pdf>.
- World Intellectual Property Organization (WIPO), *What is Arbitration*, diunduh dari www.wipo.int/amc/en/arbitration/what-is-arb.html.

B. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DAN PUTUSAN PENGADILAN

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- UU No. 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan Pokok Pertambangan.
- UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.
- UU No. 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah.
- UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.
- UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.
- PP No. 22 Tahun 2010 tentang Wilayah Pertambangan.
- PP No. 23 Tahun 2010 tentang Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.
- PP No. 55 Tahun 2010 tentang Pembinaan dan Pengawasan Pertambangan Mineral dan Batubara.
- PP No. 78 Tahun 2010 tentang Reklamasi dan Pascatambang.
- Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 dengan Keputusan Bersama Menteri Pertambangan dan Energi, Menteri Dalam Negeri dan Menteri Koperasi, Pengusaha Kecil dan Menengah Nomor: 2002.K/20/MPE/1998 – Nomor: 151A Tahun 1998 – Nomor: 23/SKB/M/XII/1998 adalah usaha pertambangan umum atas galian golongan A, B, dan C yang dilakukan oleh koperasi atau pengusaha kecil setempat.

C. INTERNET

- [Http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/](http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/).
- [Http://industri.bisnis.com/read/20151208/44/499545/tambang-ilegal-kementerian-lingkungan-menemukan-buruh-anak-kematian-hingga-konflik](http://industri.bisnis.com/read/20151208/44/499545/tambang-ilegal-kementerian-lingkungan-menemukan-buruh-anak-kematian-hingga-konflik).
- [Http://www.beritasatu.com/kesra/328974-ditemukan-302-lokasi-pertambangan-tanpa-izin-di-indonesia.html](http://www.beritasatu.com/kesra/328974-ditemukan-302-lokasi-pertambangan-tanpa-izin-di-indonesia.html).
- [Http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/](http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/).
- [Http://news.okezone.com/read/2016/01/28/340/1299730/polisi-tangkap-26-pekerja-tambang-ilegal](http://news.okezone.com/read/2016/01/28/340/1299730/polisi-tangkap-26-pekerja-tambang-ilegal).
- [Http://www.antarane.ws.com/berita/518290/polres-bogor-tangkap-22-penambang-emas-liar](http://www.antarane.ws.com/berita/518290/polres-bogor-tangkap-22-penambang-emas-liar).
- <https://news.detik.com/berita/3133315/polres-bogor-tangkap-9-penambang-emas-ilegal-di-area-milik-pt-antam>.
- [Http://www.esdm.go.id/berita/mineral/43-mineral/6786-sukhyar-dari-10922-iup-yang-clear-and-clean-6042-iup.html](http://www.esdm.go.id/berita/mineral/43-mineral/6786-sukhyar-dari-10922-iup-yang-clear-and-clean-6042-iup.html).
- [Http://www.esdm.go.id/siaran-pers/55-siaran-pers/4550-koordinasi-pendataan-izin-usaha-pertambangan-nasional-2011.html](http://www.esdm.go.id/siaran-pers/55-siaran-pers/4550-koordinasi-pendataan-izin-usaha-pertambangan-nasional-2011.html).
- [Http://www.esdm.go.id/berita/umum/37-umum/8074-menteri-esdm-harga-diri-birokrasi-terbangun-karena-integritas-dan-kompetensi.html](http://www.esdm.go.id/berita/umum/37-umum/8074-menteri-esdm-harga-diri-birokrasi-terbangun-karena-integritas-dan-kompetensi.html).
- [Http://www.kpk.go.id/id/berita/berita-sub/2979-4-000an-izin-usaha-tambang-ditindak](http://www.kpk.go.id/id/berita/berita-sub/2979-4-000an-izin-usaha-tambang-ditindak).
- [Http://print.kompas.com/baca/2015/12/30/Pemerintah-Diminta-Fokus-Bersihkan-Merkuri-Dampak](http://print.kompas.com/baca/2015/12/30/Pemerintah-Diminta-Fokus-Bersihkan-Merkuri-Dampak).
- [Http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/](http://www.menlh.go.id/deklarasi-pengendalian-pencemaran-dan-kerusakan-lingkungan-akibat-pertambangan/).
- [Http://www.liputan6.com/tag/salim-kancil](http://www.liputan6.com/tag/salim-kancil).
- [Http://nasional.tempo.co/read/news/2015/09/28/206704419/tambang-pasir-berdarah-di-lumajang-ada-15-konflik-serupa](http://nasional.tempo.co/read/news/2015/09/28/206704419/tambang-pasir-berdarah-di-lumajang-ada-15-konflik-serupa).
- [Http://bisnis.liputan6.com/read/2055595/konflik-tambang-dan-korban-korbannya](http://bisnis.liputan6.com/read/2055595/konflik-tambang-dan-korban-korbannya).
- [Http://news.liputan6.com/read/2114455/tambang-emas-monterado-bengkayang-runtuh-18-orang-tewas](http://news.liputan6.com/read/2114455/tambang-emas-monterado-bengkayang-runtuh-18-orang-tewas).
- [Http://ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties](http://ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties).



Lampiran

A. LAMPIRAN I

**CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES
BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES
INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT
OF INVESTMENT DISPUTES SUBMITTED TO GOVERNMENTS
BY THE EXECUTIVE DIRECTORS OF THE INTERNATIONAL BANK
FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT,**

**SUBMITTED: MARCH 18, 1965, WASHINGTON ENTERED INTO
FORCE: OCTOBER 14, 1966**

PREAMBLE

The Contracting States,

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;

Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States;

Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases;

Attaching particular importance to the availability of facilities for international conciliation or arbitration to which Contracting States and nationals of other Contracting States may submit such disputes if they so desire;

Desiring to establish such facilities under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development;

Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with; and

Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration;

Have agreed as follows:

CHAPTER I
INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT
OF INVESTMENT DISPUTES

SECTION 1:
ESTABLISHMENT AND ORGANIZATION

ARTICLE 1

- i. There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).
- ii. The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention.

ARTICLE 2

The seat of the Centre shall be at the principal office for the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called the Bank). The seat may be moved to another place by decision of the Administrative Council adopted by a majority of two-thirds of its members.

ARTICLE 3

The Centre shall have an Administrative Council and a Secretariat and shall maintain a Panel of Conciliators and a Panel of Arbitrators.

SECTION 2: THE ADMINISTRATIVE COUNCIL

ARTICLE 4

The Administrative Council shall be composed of one representative of each Contracting State. An alternate may act as representative in case of his principal's absence from a meeting or inability to act. In the absence of a contrary designation, each governor and alternate of the Bank appointed by a Contracting State shall be ex officio its representative and its alternate respectively.

ARTICLE 5

The President of the Bank shall be ex officio Chairman of the Administrative Council (hereinafter called the Chairman) but shall have no vote. During his absence or inability to act and during any vacancy in the office of President of the Bank, the person for the time being acting as President shall act as Chairman of the Administrative Council.

ARTICLE 6

4. Without prejudice to the powers and functions vested in it by other provisions of this Convention, the Administrative Council shall:
 - (a) adopt the administrative and Financial regulations of the Centre;
 - (b) adopt the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings;
 - (c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules);
 - (d) approve arrangements with the Bank for the use of the Bank's administrative facilities and services;
 - (e) determine the conditions of service of the Secretary-General and of any Deputy Secretary-General;

- (f) adopt the annual budget of revenues and expenditures of the Centre;
 - (g) approve the annual report on the operation of the Centre. The decisions referred to in sub-paragraphs (a), (b), (c) and (d) above shall be adopted by a majority of two-thirds of the members of the Administrative Council.
5. The Administrative Council may appoint such committees as it considers necessary.
 6. The Administrative Council shall also exercise such other powers and perform such other functions as it shall determine to be necessary for the implementation of the provisions of the Convention.

ARTICLE 7

1. The Administrative Council shall hold an annual meeting and such other meetings as may be determined by the Council, or convened by the Chairman, or convened by the Secretary-General at the request of not less than five members of the Council.
2. Each member of the Administrative Council shall have one vote and, except as otherwise herein provided, all matters before the Council shall be decided by a majority of the votes cast.
3. A quorum for any meeting of the Administrative Council shall be a majority of its members.
4. The Administrative Council may establish, by a majority of two-thirds of its members, a procedure whereby the Chairman may seek a vote of the Council without convening a meeting of the Council. The vote shall be considered valid only if the majority of the members of the Council cast their votes within the time limit fixed by the said procedure.

ARTICLE 8

Members of the Administrative Council and the Chairman shall serve without remuneration from the Centre.

**SECTION 3:
THE SECRETARIAT**

ARTICLE 9

The Secretariat shall consist of a Secretary-General, one or more Deputy Secretaries General and staff.

ARTICLE 10

1. The Secretary-General and any Deputy Secretary-General shall be elected by the Administrative Council by a majority of two-thirds of its members upon the nomination of the Chairman for a term of service not exceeding six years and shall be eligible for re-election. After consulting the members of the Administrative Council, the Chairman shall propose one or more candidates for each such office.
2. The offices of Secretary-General and Deputy Secretary-General shall be incompatible with the exercise of any political function. Neither the Secretary-General nor any Deputy Secretary-General may hold any other employment or engage in any other occupation except with the approval of the Administrative Council.
3. During the Secretary-General's absence or inability to act, and during any vacancy of the office of Secretary-General, the Deputy Secretary-General shall act as Secretary-General. If there shall be more than one Deputy Secretary-General, the Administrative Council shall determine in advance the order in which they shall act as Secretary-General.

ARTICLE 11

The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted by the Administrative Council. He shall perform the function of registrar and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this Convention, and to certify copies thereof.

**SECTION 4:
THE PANELS**

ARTICLE 12

The Panel of Conciliators and the Panel of Arbitrators shall each consist of qualified persons, designated as hereinafter provided, who are willing to serve thereon.

ARTICLE 13

1. Each Contracting State may designate to each Panel four persons who may but need not be its nationals.
2. The Chairman may designate ten persons to each Panel: The persons so designated to a Panel shall each have a different nationality.

ARTICLE 14

4. Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the Fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgement. Competence in the Field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel or Arbitrators.
5. The Chairman, in designating persons to serve on the Panels, shall in addition pay due regard to the importance of assuring representation on the Panels of the principal legal systems of the world and of the main forms of economic activity.

ARTICLE 15

6. Panel members shall serve for renewable periods of six years.
 2. In case of death or resignation of a member of a Panel, the authority which designated the member shall have the right to designate another person to serve for the remainder of that member's term.
 3. Panel members shall continue in office until their successors have been designated.

ARTICLE 16

A person may serve on both Panels.

1. If a person shall have been designated to serve on the same Panel by more than one Contracting State, or by one or more Contracting States and the Chairman, he shall be deemed to have been designated by the authority which first designated him or, if one such authority is the State or which he is a national, by that State.
2. All designations shall be notified to the Secretary-General and shall take effect from the date on which the notification is received.

**SECTION 5:
FINANCING THE CENTRE**

ARTICLE 17

If the expenditure of the Centre cannot be met out of charges for the use of its facilities, or out of other receipts, the excess shall be borne by Contracting States which are members of the Bank in proportion to their respective subscriptions to the capital stock of the Bank, and by Contracting States which are not members of the Bank in accordance with rules adopted by the Administrative Council.

**SECTION 6:
STATUS, IMMUNITIES, AND PRIVILEGES**

The Centre shall have full international legal personality. The legal capacity of the Centre shall include the capacity:

- (b) to contract;
- (c) to acquire and dispose of movable and immovable property;
- (d) to institute legal proceedings

ARTICLE 19

To enable the Centre to fulfil its functions, it shall enjoy in the territories of each Contracting State the immunities and privileges set forth in this Section.

ARTICLE 20

The Centre, its property and assets shall enjoy immunity from all legal process, except when the Centre waives this immunity.

ARTICLE 21

The Chairman, the members of the Administrative Council, persons acting as conciliators or arbitrators or members of a Committee appointed pursuant to paragraph (3) of Article 52, and the officers and employees of the Secretariat:

- (a) shall enjoy immunity from legal process with respect to acts performed by them in the exercise of their functions, except when the Centre waives this immunity;
- (b) not being local nationals, shall enjoy the same immunities from immigration restrictions, alien registration requirements and national service obligations, the same facilities as regards exchange restrictions and the same treatment in respect of travelling facilities as are accorded by Contracting States to the representatives, officials, and employees of comparable rank of other Contracting States.

ARTICLE 22

The provisions of Article 21 shall apply to persons appearing in proceedings under this Convention as parties, agents, counsel, advocates, witnesses or experts; provided, however, that sub-paragraph (b) thereof shall apply only in connection with their travel to and from, and their stay at, the place where the proceedings are held.

ARTICLE 23

1. The archives of the Centre shall be inviolable, wherever they may be.
2. With regard to its official communications, the Centre shall be accorded by each Contracting State treatment not less favorable than that accorded to other international organizations.

ARTICLE 24

3. The Centre, its assets, property and income, and its operations and transactions authorized by this Convention shall be exempt from all taxation and customs duties. The Centre shall also be exempt from liability for the collection or payment of any taxes or customs duties.
4. Except in the case of local nationals, no tax shall be levied on or in respect of expense allowances paid by the Centre to the Chairman or members of the Administrative Council, or on or in respect of salaries, expense allowances

or other emoluments paid by the Centre to officials or employees of the Secretariat.

5. No tax shall be levied on or in respect of fees or expense allowances received by persons acting as conciliators, or arbitrators, or members of a Committee appointed pursuant to paragraph (3) of Article 52, in proceedings under this Convention, if the sole jurisdictional basis for such tax is the location of the Centre or the place where such proceedings are conducted or the place where such fees or allowances are paid.

CHAPTER II JURISDICTION OF THE CENTRE

ARTICLE 25

1. The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.
2. “National of another Contracting State” means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.
3. Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

4. Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

ARTICLE 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

ARTICLE 27

5. No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.
6. Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

CHAPTER III CONCILIATION

SECTION 1: REQUEST FOR CONCILIATION

ARTICLE 28

1. Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute conciliation proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

2. The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to conciliation in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.
3. The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

**SECTION 2:
CONSTITUTION OF THE CONCILIATION COMMISSION**

ARTICLE 29

1. The Conciliation Commission (hereinafter called the Commission) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 28.
2. (a) The Commission shall consist of a sole conciliator or any uneven number of conciliators appointed as the parties shall agree.
(b) Where the parties do not agree upon the number of conciliators and the method of their appointment, the Commission shall consist of three conciliators, one conciliator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Commission, appointed by agreement of the parties.

ARTICLE 30

If the Commission shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 28, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the conciliator or conciliators not yet appointed.

ARTICLE 31

7. Conciliators may be appointed from outside the Panel of Conciliators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 30.

8. Conciliators appointed from outside the Panel of Conciliators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

**SECTION 3:
CONCILIATION PROCEEDINGS**

ARTICLE 32

1. The Commission shall be the judge of its own competence.
2. Any objection by a party to the dispute that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Commission, shall be considered by the Commission which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

ARTICLE 33

Any conciliation proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as parties otherwise agree, in accordance with the Conciliation Rules in effect on the date on which the parties consented to conciliation. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Conciliation Rules or any rules agreed by the parties, the Commission shall decide the question.

ARTICLE 34

9. It shall be the duty of the Commission to clarify the issues in dispute between the parties and to endeavor to bring about agreement between them upon mutually acceptable terms. To that end, the Commission may at any stage of the proceedings and from time to time recommend terms of settlement to the parties. The parties shall cooperate in good faith with the Commission in order to enable the Commission to carry out its functions, and shall give their most serious consideration to its recommendations.
10. If the parties reach agreement, the Commission shall draw up a report noting the issues in dispute and recording that the parties have reached agreement. If, at any stage of the proceedings, it appears to the Commission

that there is no likelihood of agreement between the parties, it shall close the proceedings and shall draw up a report noting the submission of the dispute and recording the failure of the parties to reach agreement. If one party fails to appear or participate in the proceedings, the Commission shall close the proceedings and shall draw up a report noting that party's failure to appear or participate.

ARTICLE 35

Except as the parties to the dispute shall otherwise agree, neither party to a conciliation proceeding shall be entitled in any other proceeding, whether before arbitrators or in a court of law or otherwise, to invoke or rely on any views expressed or statements or admissions or offers of settlement made by the other party in the conciliation proceedings, or the report or any recommendations made by the Commission.

CHAPTER IV ARBITRATION

SECTION 1: REQUEST FOR ARBITRATION

ARTICLE 36

11. Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.
12. The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.
13. The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

**SECTION 2:
CONSTITUTION OF THE TRIBUNAL**

ARTICLE 37

1. The Arbitral Tribunal (hereinafter called the Tribunal) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 36.
2. (a) The Tribunal shall consist of a sole arbitrator or any uneven number of arbitrators appointed as the parties shall agree.
(b) Where the parties do not agree upon the number of arbitrators and the method of their appointment, the Tribunal shall consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Tribunal, appointed by agreement of the parties.

ARTICLE 38

If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.

ARTICLE 39

The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties.

ARTICLE 40

14. Arbitrators may be appointed from outside the Panel of Arbitrators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 38.
15. Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

**SECTION 3:
POWERS AND FUNCTIONS OF THE TRIBUNAL**

ARTICLE 41

16. The Tribunal shall be the judge of its own competence.
17. Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

ARTICLE 42

18. The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.
19. The Tribunal may not bring in a Finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law. 3. The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.

ARTICLE 43

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceedings;

- (e) call upon the parties to produce documents or other evidence, and
- (f) visit the scene connected with the dispute, and conduct such inquiries there as it may deem appropriate.

ARTICLE 44

Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.

ARTICLE 45

20. Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party's assertions.
21. If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that that party does not intend to do so.

ARTICLE 46

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counter-claims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.

ARTICLE 47

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

SECTION 4: THE AWARD

ARTICLE 48

1. The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members.
2. The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it.
3. The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based.
4. Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent.
5. The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.

ARTICLE 49

1. The Secretary-General shall promptly dispatch certified copies of the award to the parties. The award shall be deemed to have been rendered on the date on which the certified copies were dispatched.
2. The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical, or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered.

SECTION 5: INTERPRETATION, REVISION, AND ANNULMENT OF THE AWARD

ARTICLE 50

3. If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General.
4. The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.

ARTICLE 51

5. Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.
6. The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

7. The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.
8. The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.

ARTICLE 52

1. Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:
 - (a) that the Tribunal was not properly constituted;
 - (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
 - (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
 - (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
 - (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.
2. The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered.
3. On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).
4. The provisions of Articles 41–45, 48, 49, 53, and 54, and of Chapters VI and VII shall apply *mutatis mutandis* to proceedings before the Committee.

5. The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request.
6. If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

**SECTION 6:
RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF THE AWARD**

ARTICLE 53

1. The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.
2. For the purposes of this Section, “award” shall include any decision interpreting, revising, or annulling such award pursuant to Articles 50, 51, or 52.

ARTICLE 54

1. Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgement of the courts of a constituent state.
2. A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

3. Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

ARTICLE 55

Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.

CHAPTER V REPLACEMENT AND DISQUALIFICATION OF CONCILIATORS AND ARBITRATORS

ARTICLE 56

9. After a Commission or a Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.
10. A member of a Commission or Tribunal shall continue to serve in that capacity notwithstanding that he shall have ceased to be a member of the Panel.
8. If a conciliator or arbitrator appointed by a party shall have resigned without the consent of the Commission or Tribunal of which he was a member, the Chairman shall appoint a person from the appropriate Panel to fill the resulting vacancy.

ARTICLE 57

A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV.

ARTICLE 58

The decision on any proposal to disqualify a conciliator or arbitrator shall be taken by the other members of the Commission or Tribunal as the case may be, provided that where those members are equally divided, or in the case of a proposal to disqualify a sole conciliator or arbitrator, or a majority of the conciliators or arbitrators, the Chairman shall take that decision. If it is decided that the proposal well-founded the conciliator or arbitrator to whom the decision relates shall be replaced in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.

CHAPTER VI COST OF PROCEEDINGS

ARTICLE 59

The charges payable by the parties for the use of the facilities of the Centre shall be determined by the Secretary-General in accordance with the regulations adopted by the Administrative Council.

ARTICLE 60

1. Each Commission and each Tribunal shall determine the fees and expenses of its members within limits established from time to time by the Administrative Council and after consultation with the Secretary-General.
2. Nothing in paragraph (1) of this Article shall preclude the parties from agreeing in advance with the Commission or Tribunal concerned upon the fees and expenses of its members.

ARTICLE 61

3. In the case of conciliation proceedings the fees and expenses of members of the Commission as well as the charges for the use of the facilities of the Centre, shall be borne equally by the parties. Each party shall bear any other expenses it incurs in connection with the proceedings.
4. In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom

those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.

CHAPTER VII PLACE OF PROCEEDINGS

ARTICLE 62

Conciliation and arbitration proceedings shall be held at the seat of the Centre except as hereinafter provided.

ARTICLE 63

Conciliation and arbitration proceedings may be held, if the parties so agree: (a) at the seat of the Permanent Court of Arbitration or of any other appropriate institution, whether private or public, with which the Centre may make arrangements for that purpose; or (b) at any other place approved by the Commission or Tribunal after consultation with the Secretary-General.

CHAPTER VIII DISPUTES BETWEEN CONTRACTING STATES

ARTICLE 64

Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement.

CHAPTER IX AMENDMENT

ARTICLE 65

Any Contracting State may propose amendment of this Convention. The text of a proposed amendment shall be communicated to the Secretary-General not less than 90 days prior to the meeting of the Administrative Council at

which such amendment is to be considered and shall forthwith be transmitted by him to all the members of the Administrative Council.

ARTICLE 66

If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be Circulated to all Contracting States for ratification, acceptance, or approval. Each amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depository of the Convention of a notification to Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment.

CHAPTER X FINAL PROVISIONS

ARTICLE 67

This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention.

ARTICLE 68

1. This Convention shall be subject to ratification, acceptance, or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures.
2. This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance, or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance, or approval 30 days after the date of such deposit.

ARTICLE 69

Each Contracting State shall take such legislative or other measures as may be necessary for making the provisions of this Convention effective in its territories.

ARTICLE 70

This Convention shall apply to all territories for whose international relations a Contracting State is responsible, except those which are excluded by such State by written notice to the depositary of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval, or subsequently.

ARTICLE 71

Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.

ARTICLE 72

Notice by Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

ARTICLE 73

Instruments of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. The depositary shall transmit certified copies of this Convention to States members of the Bank and to any other State invited to sign the Convention.

ARTICLE 74

The depositary shall register this Convention with the Secretariat of the United Nations in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations and the Regulations thereunder adopted by the General Assembly.

ARTICLE 75

The depositary shall notify all signatory States of the following:

- (g) signatures in accordance with Article 67;
- (h) deposits of instruments of ratification, acceptance, and approval in accordance with Article 73;
- (i) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 68;

- (j) exclusions from territorial application pursuant to Article 70;
- (k) the date on which any amendment of this Convention enters into force in accordance with Article 66; and
- (l) denunciations in accordance with Article 71.

DONE at Washington, in the English, French, and Spanish languages, all three texts being equally authentic, in a single copy which shall remain deposited in the archives of the International Bank for Reconstruction and Development, which has indicated by its signature below its agreement to fulfil the functions with which it is charged under this Convention.

B. LAMPIRAN II

**1976 AGREEMENT
BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM
OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND
AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDONESIA
FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS
SIGNED IN LONDON, UNITED KINGDOM ON 27 APRIL 1976**

The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Indonesia.

DESIRING to create favourable conditions for greater economic cooperation between them and in particular for investments by nationals and companies of one State in the territory of the other State.

RECOGNISING that the encouragement and reciprocal protection under international agreement of such investments will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both States.

HAVE AGREED AS FOLLOWS:

**ARTICLE 1
DEFINITIONS**

For the purpose of this Agreement:

- (a) “investment” means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes:

- (i) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens, or pledges;
 - (ii) shares, stock, and debentures of companies wherever incorporated or interests in the property of such companies;
 - (iii) claims to money or to any performance under contract having a financial value;
 - (iv) intellectual property rights and goodwill;
 - (v) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract, or exploit natural resources;
- (b) “returns” means the amounts yielded by an investment and in particular, though not exclusively, includes profit, interest, capital gains, dividends, royalties, or fees;
- (c) “nationals” means:
- (i) in respect of the United Kingdom: persons who are citizens of the United Kingdom and Colonies, British subjects by virtue of sections 2, 13, or 16 of the British Nationality Act 1948 or the provisions of the British Nationality Act 1965 and British protected persons;
 - (ii) in respect of the Republic of Indonesia: persons who according to the laws of the Republic of Indonesia are Indonesian nationals;
- (d) “companies” means:
- (i) in respect of the United Kingdom: corporations, firms or associations incorporated or constituted under the law in force in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article 10;
 - (ii) in respect of the Republic of Indonesia: any company with a limited liability incorporated in the territory of the Republic of Indonesia, or any juridical person constituted in accordance with its legislation;
- (e) “territory” means:
- (i) in respect of the United Kingdom: Great Britain and Northern Ireland and any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article 10;
 - (ii) in respect of the Republic of Indonesia: the territory over which the Republic of Indonesia has sovereignty or jurisdiction.

ARTICLE 2
SCOPE OF THE AGREEMENT

- (1) This Agreement shall only apply to investments by nationals or companies of the United Kingdom in territory of the Republic of Indonesia which have been granted admission in accordance with the Foreign Capital Investment Law No. 1 of 1967 or any law amending or replacing it.
- (2) In the event of the law of the United Kingdom making provision regarding the admission of foreign investments, investments by nationals or companies of the Republic of Indonesia in the territory of the United Kingdom made after the coming into force of such provisions shall only enjoy such protection under this Agreement if they have been admitted in accordance with such provisions.
- (3) The rights and obligations of both Contracting Parties with respect to investments made before 10 January 1967 shall be in no way affected by the provisions of this Agreement.

ARTICLE 3
PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT

- (1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for nationals or companies of the other Contracting Party to invest capital in its territory and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital.
- (2) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall ensure that the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party are not in any way impaired by unreasonable or discriminatory measures. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.

ARTICLE 4
MOST-FAVOURED-NATION PROVISIONS

- (1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to

treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of nationals or companies of any third State.

- (2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to nationals or companies of any third State.
- (3) Nationals or companies of one Contracting Party, whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt; insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, not less favourable than that which the latter Contracting Party accords to nationals or companies of any third State.

ARTICLE 5 EXPROPRIATION

- (4) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of the expropriating Party and against compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or impending expropriation became public knowledge, shall be made without undue delay, shall be effectively realizable and shall be freely transferable. Appropriate provision shall be made for the determination and payment of such compensation. The legality of any expropriation and the amount and method of payment of compensation shall be subject to review by due process of law.
- (5) Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in force in any part of its territory, and in which nationals or companies of the other Contracting Party own shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to guarantee the compensation provided for in that paragraph to the owners of these shares.

ARTICLE 6
REPATRIATION OF INVESTMENT

Each Contracting Party shall in respect of investments grant to national or companies of the other Contracting Party the right of free transfer of the capital, and of the returns from it, subject to the right of each Contracting Party in exceptional financial or economic circumstances to exercise equitable and in good faith powers conferred by its laws existing when this Agreement enters into force.

ARTICLE 7
REFERENCE TO INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT
OF INVESTMENT DISPUTES

- (1) The Contracting Party in the territory of which a national or company of the other Contracting Party makes or intends to make an investment shall assent to any request on the part of such national or company to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any disputes that may arise in connection with investment.
- (2) A company which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which immediately before such a dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25 (2)(b) of the Convention be treated for the purposes of this Convention as a company of the other Contracting Party.

ARTICLE 8
DISPUTES BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES

- (1) Disputes concerning the interpretation or implementation of the Agreement shall if possible be settled through diplomatic negotiation between the Governments of the Contracting Parties.
- (2) If the Contracting Parties are unable to reach an agreement, the dispute shall, upon request of either Contracting Party, be submitted to an arbitral tribunal composed of three members. Each Contracting Party shall appoint one arbitrator and these two arbitrators shall nominate a third arbitrator as Chairman who shall be a national of a third State.

- (3) If either Contracting Party has not appointed its arbitrator with two months of the receipt of the request for arbitration, that arbitrator shall be appointed, upon the request of the other Contracting Party, by the President of the International Court of Justice.
- (4) If the two arbitrators are unable to reach an agreement on the choice of the third arbitrator within two months after the appointment of the second, the third shall be appointed, upon the request of either Contracting Party, by the President of the International Court of Justice.
- (5) If, in the cases specified under paragraphs (3) and (4) of this Article, the President of the International Court of Justice is prevented from carrying out the said function or if he is a national of either Contracting Party, the appointment shall be made by the Vice-President, and if the latter is prevented from carrying out the said function or if he is a national of either Contracting Party, the appointment shall be made by the Member of the Court next in seniority who is not a national of either Contracting Party.
- (6) Unless the Contracting Parties decide otherwise, the tribunal shall determine its own procedure.
- (7) The tribunal shall reach its decision by a majority of votes and such decision shall be final and binding on the Contracting Parties.
- (8) Each Contracting Party shall bear the cost of its own member of the tribunal and of its representation in the proceedings. The cost of the Chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting Parties.

ARTICLE 9 SUBROGATION

1. If either Contracting Party makes payment under an indemnity it has given in respect of an investment or any part thereof in the territory of the other Contracting Party, the latter Contracting Party shall recognise:
 - a. the assignment, whether under law or pursuant to a legal transaction, of any right or claim from the party indemnified to the former Contracting Party (or its designated Agency), and
 - b. that the former Contracting Party (or its designated Agency) is entitled by virtue of subrogation to exercise the rights and enforce the claims of such a party.

The former Contracting Party (or its designated Agency) shall accordingly if it so desires be entitled to assert any such right or claim to the same extent as its predecessor in title either before a court or tribunal in the territory of the latter Contracting Party or in any other circumstances.

2. If the former Contracting Party acquires amounts in the lawful currency of the other Contracting Party or credits thereof by assignment under the terms of an indemnity, the former Contracting Party shall be accorded in respect thereof treatment not less favourable than that accorded to the funds of nationals or companies of the latter Contracting Party or of any third State deriving from investment activities similar to those in which the Party indemnified was engaged. Such amounts and credits shall be freely available to the former Contracting Party concerned for the purpose of meeting its expenditure in the territory of the other Contracting Party.

ARTICLE 10 TERRITORIAL EXTENSION

At the time this Agreement comes into force or at any time there after, its provisions may be extended to such territories, for whose international relations the Government of the United Kingdom are responsible, as may agreed upon by the Contracting Parties in an Exchange of Notes.

ARTICLE 11 ENTRY INTO FORCE AND TERMINATION

- (1) This Agreement shall come into force on the day the Government of the Republic of Indonesia notifies the Government of the United Kingdom by diplomatic Note that its constitutional requirements for the coming into force of this Agreement have been fulfilled, and shall remain in force for a period of ten years from the date of such notification.
- (2) This Agreement may be terminated by either Contracting Party by giving written notice of termination at any time during the six months immediately preceding the expiry of the initial ten year period. If no such notice is given, the Agreement shall continue in force for further periods of five years subject to the right of each Contracting Party to give notice of termination during the six months immediately preceding the expiry of any five year period.

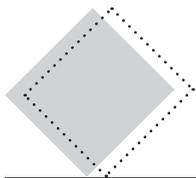
- (3) In the event of termination of this Agreement, its provisions shall continue in effect with respect to investments made while it is in force for the approved period of validity of such investments admitted by the relevant Contracting Party or, where there are no provisions regarding admission, for a period of twenty years from the date, of such termination.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned, duly authorised thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

DONE in duplicate at London this 27th day of April 1976.

For the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: GORONWY-ROBERTS OF CAERNARVON & OGWEN.

For the Government of the Republic of Indonesia: R. SUBONO.



Profil Penulis

Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H., lahir di Seribandung (Ogan Ilir, Sumatra Selatan) pada 27 Februari 1985. Menyelesaikan pendidikan sarjana di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro (lulus 2007), magister hukum (lulus 2010) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan doktor di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (lulus 2013). Pendidikan dan pelatihan baik nasional maupun internasional pun pernah dilakukan, misalnya *Summer School on Global Justice and Human Right* di Maastricht University Belanda, pendidikan dan pelatihan perancang peraturan perundang-undangan, pendidikan dan pelatihan penyusunan pidato kenegaraan, pendidikan dan pelatihan *legal officer*, dan lain-lain.

Memulai berkarier sebagai Pegawai Negeri Sipil di Kementerian Sekretariat Negara pada tahun 2008 dengan jabatan terakhir sebagai Kepala Subbidang Sumber Daya Alam, sebelum akhirnya memilih profesi sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara sejak tahun 2014. Penulis juga terlibat sebagai tenaga ahli di beberapa kementerian atau lembaga pemerintahan nonkementerian, dan lembaga negara lainnya dalam penyusunan peraturan perundang-undangan baik level rancangan undang-undang, rancangan peraturan pemerintah, rancangan peraturan menteri, serta rancangan peraturan daerah, termasuk membantu membuat kajian-kajian kebijakan pemerintah. Penulis pun aktif dalam penelitian hukum, pembicara seminar, pembicara lokakarya, pembicara konferensi, pembicara acara dialog televisi, dan sebagai ahli di pengadilan baik di Mahkamah Konstitusi, pengadilan negeri, maupun pengadilan tata usaha negara. Penulis pun gemar memberikan penyuluhan hukum dan advokasi bagi pencari keadilan.

Penulis aktif memuat tulisannya dalam jurnal-jurnal ilmiah, prosiding, media masa seperti majalah Tempo, koran Tempo, koran Kompas, koran Republika, koran Suara Pembaruan, koran Media Indonesia, koran Sriwijaya Pos, koran Rakyat Merdeka, koran Lampung Pos. Penulis merupakan kolumnis di CNN Indonesia dan detik.com. Beberapa karya penulis berupa buku antara lain: *Hukum Pertambangan* (penerbit Gramata Publishing, 2014), *Hukum Sumber Daya Alam Sektor Kehutanan* (penerbit Sinar Grafika, 2014), serta *Analisis dan Evaluasi Hukum Sumber Daya Genetik Hewan* (Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2015).

Melalui karya-karyanya, penulis berusaha mencari, menemukan, dan menyebarkan kebenaran. Pemikirannya melalui tulisan menjadi wahana bagi penulis menyuarakan kebenaran dan keadilan. Tidak heran bila banyak tulisannya mengenai sumber daya alam mengkritisi eksistensi kenyamanan sekelompok orang yang merugikan sebagian besar rakyat Indonesia, baginya sumber daya alam Indonesia harus memberikan sebesar-besar kemakmuran bagi rakyat Indonesia.