

**PENDEKATAN HUKUM DAN EKONOMI TERHADAP HUKUM
INTERNASIONAL: MENYIGI RASIONALITAS NEGARA**

Eka An Aqimuddin

Fakultas Hukum, Universitas Islam Bandung (UNISBA)
eka.aqimuddin@gmail.com

Abstract

Currently, contemporary international law shall use an interdisciplinary approach. Reasoning behind this because international law issues are increasingly more specialized. Law and economics approaches can be used to analyze contemporary international law. The assumption of this approach is every subject is a rational being so that he will try to realize his preference. From point of view law and economics, state as an international legal personality, is a rational actor so that every action is aimed to fulfill its preferences.

Keywords: law and economics, international law, state

Abstrak

Hukum internasional kontemporer saat ini harus menggunakan pendekatan interdisipliner. Hal ini dikarenakan isu hukum internasional sudah semakin terspesialisasi. Pendekatan hukum dan ekonomi dapat digunakan untuk menganalisis hukum internasional. Asumsi pendekatan ini adalah bahwa subjek merupakan makhluk rasional sehingga akan berusaha untuk mewujudkan preferensinya. Negara sebagai subjek hukum internasional dilihat dari pendekatan hukum dan ekonomi merupakan aktor rasional sehingga setiap tindakannya ditujukan untuk memenuhi preferensinya.

Kata Kunci: hukum dan ekonomi, hukum internasional, negara

A. Pendahuluan

Pada tahun 2006, *International Law Commission* mengeluarkan hasil studi tentang fenomena fragmentasi dalam hukum internasional. Dalam laporan tersebut, para ahli memandang bahwa saat ini hukum internasional menghadapi tantangan dari adanya perubahan dalam struktur sosial masyarakat. Perubahan itu mewujudkan masyarakat yang semakin terspesialisasi. Hal tersebut secara tidak langsung juga akan dialami hukum internasional. Tanda-tanda tersebut sudah dapat dilihat dengan adanya bidang hukum

internasional khusus seperti hukum dagang internasional, hukum hak asasi manusia internasional, hukum laut internasional dan lainnya.¹

Fragmentasi dalam hukum internasional secara tidak langsung akan membawa pengaruh dalam melakukan kajian terhadap hukum internasional. Dengan demikian, pendekatan terhadap hukum internasional tidak cukup jika dilakukan hanya dari sisi ilmu hukum saja, melainkan harus dilengkapi dengan pendekatan interdisipliner². Pendekatan interdisipliner sebenarnya sudah mulai dilakukan oleh para sarjana hukum internasional. Saat ini hukum internasional mulai dipelajari dengan pendekatan ilmu hubungan internasional³, studi poskolonial⁴, posmodernisme⁵, feminisme⁶ dan ekonomi.⁷

Tulisan ini akan mencoba untuk menggunakan pendekatan hukum dan ekonomi (law and economics) terhadap hukum internasional khususnya terkait dengan tindakan negara. Setidaknya ada dua alasan mengapa pendekatan hukum dan ekonomi digunakan untuk menganalisis tindakan negara dalam melakukan hubungan internasional. *Pertama*, negara merupakan subjek hukum utama dalam hukum internasional, *Kedua*, ekonomi merupakan ilmu yang bertujuan untuk menganalisis tingkah laku manusia.⁸

Berdasarkan dua asumsi tersebut, penulis mencoba untuk menganalogikan manusia dengan negara sehingga dengan menggunakan pendekatan hukum dan ekonomi maka akan dapat dipahamai setiap tindakan yang diambil negara dalam melakukan hubungan internasional.

¹ International Law Commission. "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from The Diversification and Expansion of International". *Report of The Study Group of The International Law Commission, A/CN.4/L.682* (Geneva: United Nation, 13 April 2006), hal. 11

² Lihat Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia* (Bandung: Binacipta, 1988), hal. 60

³ Eyal Benvenisti and Moshe Hirsch ed, *The Impact Of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspective* (UK: CUP, 2004), hal. xii

⁴ Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, (UK: CUP, 2004), hal. xii

⁵ Leonard M. Hammer, *A Foucauldian Approach To International Law: Descriptive Thoughts for Normative Issues* (USA: Ashgate, 2007), hal.1

⁶ Fernando R. Teson, *A Philosophy of International Law* (USA: Wetstview Press, 1998), hal. 157

⁷ Joel P. Trachtman, *The Economic Structure of International Law* (London: Harvard University Press 2008), hal, ix; William J. Aceves, "The Economic Analysis Of International Law: Transaction Cost Economics And The Concept Of State Practice", *Journal Of International Economic Law*, Vol. 17, No. 4, 1996), hal.995

⁸ Eric A. Posner and Alan O. Sykes, *Economic Foundation of International Law* (London: Harvard University Press, 2012), hal. 12

B. Pembahasan

B.1 Apa itu Pendekatan Hukum dan Ekonomi?

Pendekatan hukum dan ekonomi merupakan penerapan metode ekonomi dalam melakukan analisis hukum.⁹ Berdasarkan pengertian tersebut dapat dipahami bahwa pendekatan hukum dan ekonomi memang merupakan pendekatan interdisipliner, yaitu meminjam metode dari ilmu ekonomi untuk digunakan dalam mempelajari hukum.

Pendekatan hukum dan ekonomi menggunakan analisis ekonomi terhadap hukum untuk mempelajari tingkah laku individu. Dalam melakukan analisis tersebut, digunakan prinsip-prinsip dalam teori mikro ekonomi¹⁰ Mikro ekonomi merupakan salah satu bidang kajian dalam ilmu ekonomi yang mempelajari tentang pilihan tindakan yang dilakukan oleh individu dan kelompok kecil.¹¹ Asumsi dasar yang dibangun dalam ilmu ekonomi adalah bahwa semua manusia merupakan makhluk rasional, yaitu berusaha untuk memenuhi preferensinya dikarenakan kelangkaan sumber daya.¹²

Pengertian manusia sebagai makhluk rasional adalah bahwa setiap manusia diasumsikan akan memperhitungkan unsur keuntungan dan kerugian dalam setiap tindakannya. Kalkulasi untung rugi tidak hanya terjadi pada tingkat kesadaran tetapi juga di tingkat alam bawah sadar manusia¹³. Berdasarkan asumsi tersebut, pendekatan hukum dan ekonomi kerap disalahpahami hanya bersifat materialistik atau keduniaan. Tuduhan tersebut tidaklah tepat karena preferensi di sini diartikan luas yakni bisa bersifat material dan non-material.¹⁴

Dengan demikian insentif menjadi sangat penting dalam pendekatan hukum dan ekonomi. Insentif dianggap salah satu faktor yang dapat mempengaruhi perilaku manusia. Setiap manusia rasional secara alamiah pasti akan merespon insentif dengan cara lebih memilih sesuatu yang mendatangkan keuntungan daripada kerugian. Berdasarkan hal

⁹ Joel P. Trachtman, *Loc.Cit.*, hal.1 – disesuaikan dengan penulisan pengulangan buku atau jurnal

¹⁰ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (USA: Addison-Wisley, 2011), hal. 11

¹¹ *Ibid.*

¹² Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence* (USA: Harvard University Press, 1990), hal. 354

¹³ Pramudya Oktavinanda, "Positivisme Hukum Dan Pendekatan Hukum Dan Ekonomi -- Suatu Pembelaan", *Makalah*, Disampaikan pada Konferensi Nasional Filsafat Hukum (Jakarta: Konferensi Filsafat Hukum Nasional Ketiga Indonesia, 27-28 Agustus 2013), hal. 12

¹⁴ Joel P. Trachtman, *Loc.Cit.*, hal.1

tersebut, pendekatan hukum dan ekonomi cenderung dikategorikan sebagai penganut utilitarian karena berusaha memenuhi preferensi individu. Tuduhan tersebut sebenarnya kutang tepat karena pendekatan hukum dan ekonomi lebih cenderung *agnostic* sehingga dapat digunakan oleh aliran apa saja.¹⁵

Jika sarjana hukum melihat bahwa hukum memiliki tujuan untuk menciptakan keadilan, kemanfaatan dan kepastian maka pendekatan hukum dan ekonomi melihat bahwa hukum merupakan insentif bagi perilaku manusia dan alat untuk membuat kebijakan. Adapun asumsi dasar untuk membuat kebijakan yang baik adalah harus memenuhi unsur efisiensi dan distribusi¹⁶.

Penilaian suatu hukum atau kebijakan memenuhi unsur efisiensi dapat diukur dengan dua teori, yaitu Efisiensi Pareto dan Efisiensi Kaldor-Hicks. Menurut efisiensi Pareto, sebuah regulasi dianggap efisien apabila hukum itu dapat memberikan keuntungan (*better off*) kepada seseorang tanpa merugikan orang lain. Sedangkan berdasarkan teori Kaldor-Hicks dinyatakan bahwa hukum dianggap efisien apabila pihak yang diuntungkan masih lebih besar dibandingkan pihak yang dirugikan.¹⁷ Contohnya adalah apakah kebijakan untuk menaikkan harga BBM dan memberikan kompensasi kepada masyarakat miskin merupakan memenuhi efisiensi Pareto atau efisiensi Kaldor-Hicks. Oleh karena itu, Klaus Mathis memandang bahwa efisiensi harus menjadi unsur keempat selain, keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, dari tujuan hukum karena keadilan dan efisiensi tidak harus dipertukarkan.¹⁸

¹⁵ Nicholas L. Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics Basic Tools for Normative Reasoning* (USA: CUP, 2005), hal. 3

¹⁶ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Loc.Cit.*, hal.9

¹⁷ Eric A. Posner and Alan O. Sykes, *Loc.Cit*, hal.13

¹⁸ Klaus Mathis, *Efficiency Instead Of Justice?* (UK: Springer, 2009), hal. 204

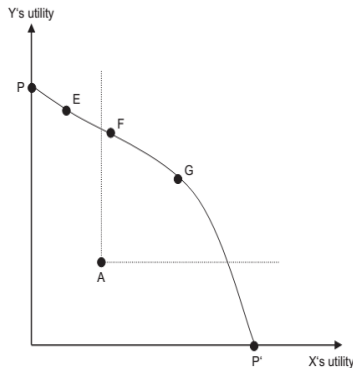


Figure 1 Efisiensi Kaldor-Hicks

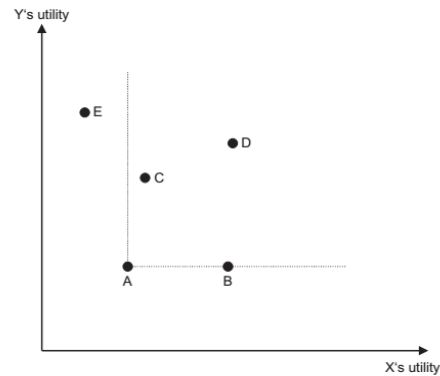


Figure 2 Efisiensi Pareto

Tidak cukup dengan efisiensi, bagi pembuat kebijakan, hukum yang dibuat harus bisa mendistribusikan pendapatan secara merata. Dengan demikian beban anggaran yang harus ditanggung oleh pemerintah menjadi lebih sedikit. Dua hal tersebut menjadi pangkal dalam pendekatan hukum ekonomi di lihat dari sisi pembuat kebijakan.

Dalam sebuah tindakan yang diambil oleh individu maka akan menimbulkan eksternalitas. Ada dua bentuk eksternalitas yaitu negatif dan positif. Negatif eksternalitas berarti bahwa tindakan yang dilakukan seseorang menguntungkan dirinya sendiri namun menimbulkan dampak yang merugikan bagi orang lain. Sedangkan positif eksternalitas terjadi apabila perbuatan yang dilakukan oleh seseorang menimbulkan keuntungan baik bagi dirinya maupun orang lain.¹⁹

Fungsi dari regulasi adalah untuk mengatasi negatif eksternalitas sekaligus mendorong positif eksternalitas. Salah satu caranya adalah dengan pembebanan pajak bagi pihak yang menimbulkan negative eksternalitas dan memberikan subsidi kepada individu yang melakukan positif eksternalitas. Apabila ini terjadi maka regulasi akan menjadi efisien.²⁰

Salah satu konsep penting dalam pendekatan hukum dan ekonomi adalah teori permainan (game theory). Asumsi dari teori ini adalah bahwa seorang pemain dapat memprediksi tindakan lawan main dengan menyederhanakan pilihan yang tersedia.²¹ Dalam

¹⁹ Eric A. Posner and Alan O. Sykes, *Loc.Cit*, hal.14.

²⁰ *Ibid*.

²¹ Nicholas L. Georgakopoulos, *Loc.Cit.*, hal. 50

sebuah permainan, tentu saja para pemain akan mencari cara yang akan memberikan kemenangan dirinya. Oleh karena itu pilihannya adalah bekerja sama atau mencari keuntungan sendiri.

Dalam teori permainan terdapat dua model, yaitu kerjasama dan koordinasi. Dalam model permainan kerjasama di bidang hukum dicontohkan dalam *prisoner's dilemma*. Diasumsikan dalam permainan tersebut bahwa jaksa melakukan tawar-menawar dengan dua tersangka pelaku kejahatan secara terpisah. Kepada tersangka diberikan tawaran jika salah satu tersangka mengaku maka ia akan diberikan keringanan (insentif) namun apabila keduanya mengaku hukuman berat akan diterima keduanya (disinsentif). Berdasarkan asumsi tersebut maka kemungkinan yang akan terjadi adalah keduanya mengaku, keduanya tidak mengaku, salah satu mengaku sedangkan yang lain tidak.²²

Penerapan model permainan koordinasi adalah peran lembaga hukum dalam menciptakan norma untuk melakukan koordinasi. Contoh nyata dari permainan ini adalah saat berkendara mobil di jalan. Pada dasarnya setiap orang memiliki kebebasan untuk berkendara sesuai dengan kehendaknya, bisa di kiri atau di sebelah kanan. Namun, apabila ketentuan tersebut tidak diatur maka akan menimbulkan kecelakaan di jalan. Oleh karena itu, harus dilakukan koordinasi agar semua pengendara selamat di perjalanan.²³

Di Indonesia, pendekatan hukum dan ekonomi harus dibedakan dengan hukum ekonomi²⁴ dan hukum ekonomi pembangunan²⁵. Dalam hukum ekonomi dan hukum ekonomi pembangunan sarana yang digunakan tetap menitikberatkan pada kaidah-kaidah hukum. Sebenarnya Sunaryati Hartono sempat menyatakan bahwa perlu adanya landasan pemikiran dari bidang-bidang non-hukum untuk membangun hukum ekonomi pembangunan, akan

²² *Ibid.*, hal. 51

²³ *Ibid.*

²⁴ Menurut Sri Redjeki Hartono, hukum ekonomi adalah rangkaian perangkat peraturan yang mengatur kegiatan ekonomi yang dilakukan oleh pelaku ekonomi. Sri Redjeki Hartono, *Hukum Ekonomi Indonesia* (Malang: Bayu Media, 2007), hal. 9-10

²⁵ Menurut Sunaryati Hartono, hukum ekonomi pembangunan merupakan pengaturan dan pemikiran hukum mengenai cara-cara peningkatan dan pengembangan kehidupan ekonomi Indonesia. Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia* (Bandung: Binacipta, 1988), hal. 41

tetapi tidak dijelaskan secara lebih detil cara penggunaan bidang-bidang non hukum tersebut.²⁶

B. 2. Pendekatan Hukum dan Ekonomi Dalam Hukum Internasional

Secara sekilas hukum internasional dengan hukum domestik serupa. Misalnya dalam hukum internasional terdapat konsep tentang *international legal personality* sedangkan di hukum domestik dikenal juga konsep subjek hukum. Hukum internasional mengenal perjanjian internasional sedangkan dalam hukum domestik juga terdapat hukum yang mengatur perjanjian.²⁷ Dengan demikian asumsi pendekatan hukum dan ekonomi dapat digunakan dalam hukum internasional.

Analogi yang hampir sama juga dikemukakan oleh Tracthman²⁸ yang menyamakan antara masyarakat domestik suatu negara dengan masyarakat internasional. Dalam masyarakat internasional juga terjadi kompetisi antara aktor individu maupun kelompok individu untuk mewujudkan preferensinya. Dengan demikian berdasarkan pendekatan hukum dan ekonomi masyarakat internasional sama seperti pasar di mana semua aktor internasional (tidak selalu negara) melakukan tukar-menukar kepentingan.

Komoditas yang ditransaksikan dalam pasar tersebut tidak terbatas pada barang dan jasa melainkan juga yurisdiksi dari negara tersebut. Hal ini berarti dalam hukum internasional, negara sebagai aktor terpenting melakukan kerjasama untuk memperbesar preferensi yang diperjuangkannya.²⁹ Transaksi yuridiksi negara dalam hukum internasional ini menjadi penting sebagai persyarat untuk melakukan kerjasama sebab apabila tidak dilakukan transaksi yurisdiksi tersebut maka kerjasama tidak mungkin terjadi.

Dalam melakukan transaksi tersebut tentu saja harus mempertimbangkan mengenai biaya transaksi (*transactional cost*). Dalam pendekatan hukum dan ekonomi, persoalan biaya menjadi penting karena hal tersebut merupakan bagian dari insentif. Apabila biaya transaksi

²⁶ *Ibid.*, hal.60

²⁷ Zhang Naigen, "On Economic Analysis of International Law", *Canadian Social Science Vol. 2, No. 2, 2006* (Canada; Canadian Academy Of Oriental And Occidental Culture, 2006), hal. 3

²⁸ Joel P. Trachtman, *Loc.Cit.*, hal. 9

²⁹ *Ibid.*, hal 10

tinggi maka hal tersebut sangat tidak efisien sehingga tidak memenuhi prinsip pendekatan hukum dan ekonomi.

Berdasarkan teorema Coase tentang biaya perusahaan, harus mempertimbangkan dua biaya yaitu biaya manajemen (Management Cost) dan biaya transaksi (transactional cost/TC). Dengan demikian menurut teorema Coase terdapat dua formula yaitu:

- 1) $MC < TC$
- 2) $MC = TC$

Formula pertama merupakan dasar bagi suatu perusahaan untuk tetap berproduksi sedangkan jika formula kedua yang terjadi maka perusahaan tidak efisien untuk memperluas produksinya atau melakukan transaksi.³⁰

Pada level hukum internasional hal tersebut dapat diasumsikan kerja sama yang dilakukan negara-negara berdaulat saat membuat kerja sama melalui perjanjian internasional. Dalam pembuatan perjanjian internasional tersebut, negara juga harus mempertimbangkan biaya transaksi yang harus dikeluarkan. Oleh karena itu, asumsinya akan lebih efisien apabila perjanjian internasional dilakukan secara multilateral dibandingkan bilateral.

Munculnya organisasi internasional dapat dilihat sebagai upaya negara untuk melakukan efisiensi dalam membuat perjanjian internasional. Dengan adanya organisasi internasional maka biaya transaksi untuk membuat perjanjian internasional diperkecil dengan mengundang semua negara untuk turut serta dalam organisasi tersebut dan membuat komitmen terkait hak dan kewajiban masing-masing negara. Dengan demikian, tiap negara dapat melakukan transaksi secara serempak sekaligus memangkas biaya negosiasi. Lahirnya PBB, ASEAN dan WTO dapat dibaca dalam konteks tersebut.

Setiap tindakan atau diam suatu negara pasti akan menimbulkan eksternalitas. Seperti telah dibahas sebelumnya bahwa eksternalitas tersebut bisa negatif juga positif. Setiap kebijakan domestik bisa jadi menimbulkan negatif eksternalitas kepada negara lain. Contohnya kebijakan menaikkan bea masuk barang impor akan menurunkan nilai barang impor dari negara-negara eksportir. Kebijakan domestik suatu negara biasanya tidak akan

³⁰ Zhang Naigen, *Loc. Cit.*, hal.5

memperhitungkan kepentingan dari negara lain. Hal ini dikarenakan adanya anggapan bahwa tindakan tersebut dilakukan dalam wilayah yurisdiksinya.

Untuk mengatasi eksternalitas tersebut maka ada dua cara yang dapat dilakukan yaitu melalui persuasi bilateral atau kelembagaan. Kedua cara tersebut tentu saja membutuhkan biaya. Dalam cara bilateral, apabila biaya untuk memulihkan kerusakan sendiri lebih mahal daripada membayar ganti rugi kepada negara korban maka hal tersebut akan terus dilakukan. Oleh karena itu penyelesaian secara bilateral bisa berujung kepada penggunaan kekuatan.

Namun, apabila diselesaikan secara kelembagaan maka biaya transaksinya akan lebih kecil karena ada komitmen yang dipertukarkan antara kedua negara. Hal ini dapat dilihat dari sistem penyelesaian sengketa di WTO. Kenapa mekanisme penyelesaian sengketa di WTO cukup tinggi dibandingkan ICJ? Hal ini dikarenakan dalam WTO menggunakan pendekatan hukum dan ekonomi. Bagi negara yang tidak mematuhi putusan WTO maka negara yang menang dapat melakukan retaliasi silang (*cross retaliation*) yang bisa mematikan industri suatu negara. Dengan demikian, negatif eksternalitas akan lebih efisien jika dilakukan secara kelembagaan.

Berdasarkan beberapa asumsi di atas maka sebenarnya kerja sama internasional merupakan keniscayaan. Namun jika mengacu dengan *game theory*, model yang cocok adalah koordinasi. Jika menggunakan model kerjasama maka hal tersebut akan dipengaruhi oleh kekuatan yang dimiliki oleh suatu negara sehingga akan menimbulkan kerjasama yang tidak seimbang. Namun apabila dilakukan dengan model koordinasi maka semua pihak akan memperoleh keuntungan yang sama dan apabila tidak dilakukan akan menimbulkan kerugian yang sama juga.

Berdasarkan pendekatan hukum dan ekonomi maka model koordinasi akan lebih cocok dalam pembentukan hukum internasional ke depan. Tentu saja koordinasi tersebut harus dilakukan melalui kelembagaan yang diberi kekuasaan untuk melakukan koordinasi.

B. 1. Rasionalitas Negara

Asumsi awal dalam pendekatan hukum dan ekonomi berlaku pada individu saja. Namun menurut Posner dan Sykes asumsi tersebut juga dapat digunakan kepada institusi kolektif seperti negara.³¹

Pada dasarnya dapat diasumsikan bahwa dalam melaksanakan hubungan internasional setiap negara pasti memiliki preferensinya. Tentu saja preferensi negara yang dimaksud adalah kepentingan nasional. Berdasarkan teori pilihan rasional (*rational choice theory*) kebijakan luar negeri suatu negara merupakan perpanjangan dari upaya mewujudkan kepentingan nasional. Akan tetapi, pemenuhan preferensi suatu negara dibatasi dengan prinsip kedaulatan negara dalam hukum internasional. Berdasarkan prinsip tersebut kedaulatan negara hanya berlaku di wilayah negara tersebut. Jika suatu negara melaksanakan kekuasaannya melampaui teritorialnya maka hal tersebut dianggap melanggar kedaulatan negara lain. Dengan kata lain, unsur kedaulatan dalam hukum internasional merupakan faktor yang menimbulkan kesetaraan antarnegara.

Dengan demikian dalam konteks hubungan antarnegara saat ini perlu dibedakan antara hukum internasional yang bersifat koeksistensi dan hukum internasional dalam kerangka kerjasama. Hal ini sebagaimana dikatakan oleh Wolfgang Friemann sebagai berikut:³²

“In international law it is today of both theoretical and practical importance to distinguish between the international law of “coexistence,” governing essentially diplomatic inter-state relations, and the international law of co-operation, expressed in the growing structure of international organization and the pursuit of common human interests.”

Pernyataan tersebut dapat ditafsirkan bahwa negara harus dilihat dari dua sisi, yakni sisi internal dan eksternal. Sisi eksternal adalah bahwa setiap negara memiliki kemampuan untuk membuat regulasi untuk mengatur urusan dalam negerinya. Dalam pengertian ini, maka negara lain harus menghormatinya. Pada sisi eksternal, maka hubungan antarnegara

³¹ Eric A. Posner and Alan O. Sykes, *Loc.Cit.*, hal.14.

³² Joel P. Trachtman, *The Future of International Law Global Government* (USA: Cambridge University Press, 2013), hal. 1

tidak dapat dilakukan dalam kerangka tersebut melainkan harus melakukan kerja sama untuk mewujudkan keamanan dan perdamaian dunia serta kesejahteraan masyarakat.

Akan tetapi seperti telah dijelaskan di atas, model kerjasama tidak efisien apabila diperlakukan kepada hubungan antarnegara. Oleh karena negara memiliki yurisdiksi maka koordinasi merupakan sesuatu yang efisien. Tentu saja dalam melakukan koordinasi tersebut negara akan memperhitungkan insentif yang dapat diperolehnya. Dengan demikian tindakan negara akan dapat dinilai rasional apabila insentif yang diperolehnya lebih besar ketimbang dari biaya transaksinya.

Pembahasan selanjutnya akan melihat praktik rasionalitas negara pada saat pembentukan *Universal Declaration of Human Rights*, 1948 dan *Bilateral Investment Treaties* (BIT)

B.2. Rasionalitas Negara Saat Pembentukan *Universal Declaration of Human Rights*

Dalam praktik, rasionalitas negara terlihat dalam proses pembentukan *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) tahun 1948. Sejarah pembentukan UDHR tidak terlepas atau tidak dapat dihindarkan pertentangan baik secara ideologis maupun politik antara blok barat dan blok timur pada waktu itu. Namun, kesadaran masyarakat internasional terkait pentingnya aturan tentang hak asasi manusia akhirnya berhasil membentuk UDHR pada tanggal 10 November 1948.

Kesepakatan untuk menyusun instrumen hak asasi manusia internasional dalam bentuk deklarasi merupakan hasil koordinasi masyarakat internasional pada waktu itu. Mereka sepenuhnya sadar bahwa bentuk deklarasi.. ”consequently not legally binding in the strict sense of the term”³³. Pilihan untuk tidak menggunakan konvensi dalam membuat instrumen hukum internasional dapat dilihat sebagai pilihan rasional negara-negara waktu itu. Alasannya adalah negara-negara paham bahwa mereka akan mengalami kesulitan untuk memenuhi kewajiban yang terdapat dalam UDHR. Sehingga, secara hukum mereka tidak

³³ Fengyu Duan, *The Universal Declaration of Human Rights and The Modern History of Human Rights*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3066882> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3066882> SSRN, 2017, hal.22

memikul tanggung jawab apabila belum dapat memenuhi kewaiban-kewajiban yang ada dalam UDHR.

Rasionalitas negara sangat kental terlihat dalam kasus di atas. Jika dilihat berdasarkan *rational choice theory*, semua negara waktu itu berusaha untuk mengedepankan kepentingan nasional masing-masing. Misalnya, negara-negara seperti Amerika Serikat dan Inggris mengedepankan perlindungan terhadap hak individu. Uni Soviet dan sekutunya berjuang agar hak kelompok (masyarakat) juga dilindungi. Sedangkan Arab Saudi berusaha agar ketentuan tentang hak asasi manusia tidak bertentangan dengan nilai-nilai Islam.³⁴ Namun, akhirnya kepentingan nasional masing-masing harus dikoordinasikan sehingga tercapai kesepakatan. Pilihannya waktu itu adalah lebih baik ada terlebih dahulu dibandingkan tidak ada kesepakatan internasional terkait hak asasi manusia. Akhirnya, dapat dilihat bahwa kesepakatan yang muncul tanggal 10 Desember 1948 merupakan pilihan sadar dan rasional negara-negara waktu itu.

Sisi efisiensi juga terlihat karena pembahasan UDHR dilakukan dalam koordinasi Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB). Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, bahwa melalui pembahasan dan pembentukan UDHR dalam organisasi internasional akan memangkas *transactional cost*. Biaya-biaya yang harusnya dikeluarkan negara apabila melakukan pembahasan perjanjian internasional secara bilateral akan terpankas sendirinya karena semua isu akan dibicarakan dalam sebuah forum secara bersama-sama.

Contoh di atas menunjukkan beberapa hal. Pertama, negara memang merupakan aktor rasional. Rasionalitas negara dapat dilihat bagaimana kepentingan nasional dijadikan sebagai tujuan ketika melakukan perundingan internasional atau pembuatan perjanjian internasional. Memperjuangkan kepentingan nasional dilakukan secara luwes, maksudnya apabila tidak dapat termenuhi semua, minimal ada beberapa kepentingan nasional yang diterima. Hal ini sangat terlihat bagaimana dalam pembentukan UDHR kepentingan nasional masing-masing negara tidak terpenuhi semuanya. Kedua, sebagai aktor rasional, maka penggunaan pendekatan hukum dan ekonomi dalam melihat tindakan negara akan memperkuat hipotesis

³⁴ *Ibid.*

bahwa kalkulasi negara dalam melakukan hubungan luar negeri adalah untuk memenuhi preferensinya yaitu kepentingan negara. Namun, akan terlihat bahwa preferensi yang hendak diwujudkan tidak berlangsung secara langsung akan tetapi bisa juga untuk masa yang akan datang.

B.3. Rasionalitas Negara Saat Pembentukan *Bilateral Investment Treaties* (BIT)

Investasi asing bagi suatu negara merupakan suatu keniscayaan karena merupakan salah satu motor penggerak roda perekonomian agar suatu negara dapat mendorong pertumbuhan ekonominya selaras dengan tuntutan perkembangan masyarakatnya. Investasi di suatu negara akan dapat berlangsung dengan baik dan bermanfaat bagi negara dan rakyatnya, manakala negara mampu menetapkan kebijakan investasi sesuai dengan amanah konstitusinya.³⁵

Dalam konteks Indonesia, secara umum investasi asing memiliki dampak positif bagi pertumbuhan ekonomi nasional. Hal ini dapat dilihat melalui rekam jejak sejak rezim orde lama hingga saat ini terus tumbuh. Pergantian rezim pemerintah juga ikut mempengaruhi kebijakan di bidang investasi asing baik dalam kerangka domestik maupun internasional.³⁶ Pada masa orde lama, kebijakan pemerintah terkait investasi asing menimbulkan pengalaman yang buruk. Hal tersebut disebabkan dua faktor; pertama, kebijakan nasionalisasi perusahaan asing yang dilakukan oleh Indonesia pada tahun 1958 dan 1962. Kedua, politik demokrasi terpimpin yang dijalankan oleh Soekarno pada tahun 1958.³⁷

Saat Soekarno turun dan diganti Soeharto maka rezim pemerintah berubah menjadi rezim orde baru. Kebijakan terkait investasi asing pun berubah yaitu pemerintah sangat mendorong masuknya investasi asing. Perubahan kebijakan tersebut ditandai dengan dikeluarkannya

³⁵ I. B. Supancana, *Kompendium Bidang Hukum Investasi*, (Jakarta: BPHN, 2011), hal.1

³⁶ J. Thomas Lindblad, Foreign Direct Investment in Indonesia: Fifty Years of Discourse, *Bulletin of Indonesian Economic Studies*, Vol.51, No.2. (Jakarta: CSIS, 2015), hal. 219

³⁷ *Ibid*

Undang Undang No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing yang dianggap sangat terbuka terhadap investasi asing.³⁸

Bukti paling nyata pengaruh investasi asing semasa pemerintahan Orde Baru adalah tidak mungkin ekonomi Indonesia bisa bangkit kembali dari kehancuran yang dibuat oleh pemerintahan Orde Lama dan bisa mengalami pertumbuhan ekonomi rata-rata 7% per tahun selama periode 1980-an. Tentu banyak faktor lain yang juga berperan sebagai sumber pendorong pertumbuhan tersebut seperti bantuan atau utang luar negeri dan keseriusan pemerintah Orde Baru untuk membangun ekonomi nasional saat itu yang tercerminkan oleh adanya Repelita dan stabilitas politik dan sosial.³⁹ Pasca Orde Baru tumbang, rezim investasi asing kemudian diperbarui dengan mengeluarkan Undang-Undang No.25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) di mana didalamnya terdapat pengaturan tentang investasi asing. Keluarnya UUPM tersebut mengembalikan kepercayaan investor asing untuk melakukan investasi setelah mengalami krisis finansial sejak peralihan rezim menjadi Orde Reformasi.⁴⁰

Kerangka hukum untuk dapat melaksanakan investasi asing di suatu negara dilandasi oleh suatu perjanjian internasional yang lazim disebut dengan *Bilateral Investment Treaties* (BIT). Menurut Peter Muchlinski⁴¹, pengertian BIT adalah sebagai berikut;

“A bilateral treaty for the promotion and protection of foreign investments (BIT) can be defined as a legally binding international agreement between two states, whereby each state promises, on a reciprocal basis, to observe the standards of treatment laid down by the treaty in its dealings with investors from the other contracting state.”

Berdasarkan definisi tersebut maka di dalam BIT, kedua negara berkomitmen untuk menetapkan standar bagi investasi asing yang bersifat timbal balik. Adanya BIT memungkinkan negara untuk melakukan negosiasi kepentingan-kepentingan diantara mereka. Dalam konteks pendekatan hukum dan ekonomi, tiap negara melakukan tukar-menukar

³⁸ *Ibid.*, lihat juga Robert N. Hornick dan Mark A. Nelson, *Foreign Investment in Indonesia*, *Fordham International Law Journal*, Vol.11, Issue 4, (USA: Fordham University, 1987), hal.. 726

³⁹ Tulus Tambunan, *Daya Saing Indonesia Dalam Menarik Investasi Asing*, (Jakarta: Bahan Seminar BI, 2007), hal.1

⁴⁰ Lindbland, *Op.Cit.*

⁴¹ Peter Muchlinski, *Multinational Enterprise and the Law*, (United Kingdom: Blackwell Publishers,1999), hal.. 617

kedaulatan. Hasil yang diperoleh melalui BIT adalah *win-win solution* bagi para pihak sebab asumsinya adalah jika tidak ada kesepakatan maka kemungkinan besar perjanjian tersebut tidak akan ditandatangani.

Maka sangat wajar apabila pertumbuhan BIT sangat signifikan sejak BIT pertama dilakukan antara Jerman dan Pakistan tahun 1959.⁴² Berdasarkan catatan *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), sejak 1959 hingga 2018 setidaknya terdapat 2.946 BIT's.⁴³ Fakta tersebut membuktikan bahwa model BIT merupakan pilihan rasional bagi negara-negara untuk mengatur investasi asing.

Kenyataan ini berbeda dengan pembahasan di atas bahwa model institusional, dalam hal ini rezim perdagangan internasional, lebih efisien dan efektif serta mengurangi biaya transaksi dengan membentuk lembaga dan instrumen hukum secara multilateral. Pada kasus investasi asing memang berbeda. Pengalaman kegagalan masyarakat internasional ketika hendak membuat *multilateral investment agreement* membuktikan bahwa negara-negara melihat pembuatan perjanjian tersebut tidak rasional. Setidaknya ada beberapa faktor kenapa dalam rezim investasi asing, negara-negara lebih memilih melakukannya dalam bentuk perjanjian bilateral ketimbang multilateral.

Pertama, salah satu kelemahan dalam hukum internasional adalah persoalan penegakan hukum (enforcement). Hal ini biasanya dijawab melalui pendekatan bahwa hukum internasional dapat ditaati melalui konsep hubungan timbal balik (reciprocity) dan sanksi atau tindakan balasan (retaliation). Bukti yang sering diajukan adalah efektivitas ketentuan-ketentuan WTO. Akan tetapi, untuk investasi asing tidak berlaku.

Menurut Sasse⁴⁴, efektifitas BIT dikarenakan faktor potensi kehilangan reputasi (loss of reputation). Maksudnya, saat BIT dibuat maka biaya yang harus ditanggung oleh negara pihak sangat tinggi apabila mereka tidak mematuhi. Hal ini disebabkan karena subjek hukum hanya dua, sehingga apabila salah satu pihak melanggar perjanjian sejatinya

⁴² Jan Peter Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, (Hamburg: Gabler Research: 2010) hal. v

⁴³ UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Regime*, (New York: UNCTAD Publishing) 2018, hal. 2

⁴⁴ Jan Peter Sasse, *Op.Cit*, hal. 200

perjanjian tersebut menjadi tidak efektif. Sehingga reputasi suatu negara secara internasional akan sangat terlihat karena sorotan internasional akan ditujukan kepada negara yang melanggar.

Kedua, dalam BIT mengatur beberapa prinsip penting yang lazim menjadi materi pengaturan seperti; *National Treatment, Most Favoured Nations, Fair and Equitable Treatment, Full Protection and Security* serta *Compensation For Expropriation*. Prinsip-prinsip tersebut diatur dalam rangka untuk menangkal tindakan diskriminasi yang biasa dilakukan oleh negara penerima modal (host state).

Prinsip-prinsip tersebut apabila diterapkan dalam kerangka multilateral akan menyulitkan *host countries* karena dalam investasi asing negara-negara masih melakukan kebijakan-kebijakan diskriminatif baik dalam rangka melindungi kepentingan domestik atau sebagai bentuk daya tarik bagi negara lain. Seperti telah disebutkan dalam bagian sebelumnya, bahwa dalam menerapkan kebijakan tersebut akan lebih mudah dilakukan dalam kerangka bilateral karena masing-masing negara akan memberikan kompensasi apabila kebijakan diskriminatif diberlakukan. Hasilnya adalah simbiosis mutualisme. Namun, apabila dilakukan dalam kerangka multilateral, biaya transaksi untuk saling memberikan kompensasi menjadi tidak efisien karena perbedaan preferensi masing-masing negara.

Sebagai ilustrasi dapat digambarkan sebagai berikut. Indonesia melakukan BIT dengan Australia. Alasan kenapa perjanjian tersebut dibuat adalah Indonesia mengharapkan investasi dari Australia akan masuk ke Indonesia. Untuk menarik investor asal Australia, Indonesia memberikan fasilitas, promosi, perlindungan dan lain-lain. Setelah investor tersebut yakin bahwa kebijakan Indonesia di bidang investasi akan memberikan keamanan maka para investor akan masuk ke Indonesia. Hal sebaliknya juga berlaku bagi investor asal Indonesia ke Australia. Kebijakan yang dibuat oleh Indonesia kepada Australia tidak akan sama dengan BIT yang dibuat Indonesia dengan Korea Selatan. Perbedaan bisa muncul karena preferensi yang dibutuhkan oleh investor asal Australia dan Korea Selatan pasti berbeda, meskipun pola pikir investor satu yaitu memperoleh keuntungan. Namun, cara memperoleh keuntungan pasti berbeda antara para pelaku usaha. Bagi investor Australia

misalnya preferensi utamanya adalah faktor kepastian hukum sedangkan untuk investor asal Korea Selatan adalah keringanan pajak.

Oleh karena preferensi yang berbeda tiap negara, maka menukarkannya dalam bentuk prinsip-prinsip di BIT akan menjadi tidak efisien dan efektif jika dilakukan dalam kerangka multilateral. Oleh karena itu pembuatan BIT menjadi tindakan yang rasional bagi negara.

Ketiga, penandatanganan BIT dilakukan untuk menutupi biaya terduga (*expected cost*). Saat negara membuat BIT maka sebenarnya ada dua motif yang dapat muncul, yaitu komitmen untuk melakukannya atau sebagai tanda bagi pihak lain.⁴⁵ Kedua motif tersebut sebenarnya tujuannya adalah sama yaitu untuk meningkatkan reputasi. Jika motif pertama akan memberikan bukti bahwa suatu negara merupakan pihak yang patuh terhadap komitmen internasionalnya sehingga meimbulkan citra positif bagi investor asing. Motif kedua, hanya untuk meningkatkan citra saja. Saat BIT dibuat, maka citra negara pihak menjadi positif karena mereka sudah melakukan komitmen yang harus dilaksanakan bersama-sama.

Reputasi yang hendak dibuat oleh negar tidak hanya ditujukan kepada negara melainkan kepada aktor lain dalam hukum internasional yaitu *Multinational Corporation* (MNC). Sebab dalam praktik investasi asing, para investor didominasi oleh MNC sehingga negara berkepentingan untuk menarik perhatian mereka agar mau menanamkan modalnya. Dalam investasi asing, hubungan antara negara dengan MNC dianggap tidak simetris, yaitu negara memiliki posisi superior. Sehingga, untuk mengimbangi kekuasaan negara masyarakat internasional membuat seperangkat ketentuan hukum yang memberikan “kekuasaan” kepada MNC agar posisinya mejadi setara dengan negara.

Salah satu ketentuan tersebut adalah forum *International Centre for Settlement of Settlement Disputes* (ICSID). Dalam forum tersebut, investor dalam hal ini baik individu ataupun MNC, dapat melakukan gugatan kepada *host country* apabila mereka dirugikan terkait investasi yang ditanam. Perkembangan tersebut secara jelas menempatkan posisi negara menjadi sejajar dengan investor sebagai subjek hukum dibidang investasi. ICSID merupakan salah satu faktor yang memberikan kepercayaan diri kepada investor untuk

⁴⁵ *Ibid.*

menanamkan modalnya di negara-negara yang ikut serta ICSID. Di sisi negara, adanya ICSID bisa dijadikan sarana untuk meningkatkan reputasi mereka di dunia internasional.

Hipotesis ini membuktikan bahwa reputasi menjadi salah satu faktor penting dalam hukum internasional. Terkait dengan BIT, maka negara-negara terlihat sangat menjaga reputasinya. Karena dengan reputasi akan menimbulkan kepercayaan masyarakat internasional kepada negara tersebut. Dampak dari kepercayaan tersebut akan memberik keyakinan kepada investor asing untuk menanamkan modalnya di negara tersebut.

C. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan di atas maka dapat ditarik kesimpulan bahwa pendekatan hukum dan ekonomi terhadap hukum internasional merupakan alternatif untuk memahami hukum internasional kontemporer. Salah satu yang dapat ditelisik melalui pendekatan hukum dan ekonomi adalah negara sebagai subjek hukum utama dalam hukum internasional. Melalui pendekatan ini, maka terlihat bahwa negara merupakan aktor rasional. Negara sebagai aktor rasional disebabkan karena setiap tindakan atau kebijakan negara dilakukan dalam rangka untuk memenuhi preferensi subjektif dalam hal ini adalah kepentingan nasional. Untuk mewujudkan preferensi mereka, maka negara menerapkan konsep-konsep dalam pendekatan hukum dan ekonomi dalam melakukan hubungan internasional. Hal ini dapat dibuktikan pada praktik negara ketika membuat UDHR 1948 dan BIT. Oleh karena itu, setiap tindakan negara dapat dilihat sebagai pilihan rasional dalam rangka memenuhi preferensi subjektif negara.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. UK: CUP, 2004

Benvenisti, Eyal and Moshe Hirsch ed. *The Impact Of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspective*. UK: CUP, 2004

Cooter, Robert and Thomas Ulen. *Law and Economics*. USA: Addison-Wisley, 2011

- Georgakopoulos, Nicholas L. *Principles and Methods of Law and Economics Basic Tools for Normative Reasoning*. USA: CUP, 2005
- Hammer, Leonard M. *A Foucauldian Approach To International Law: Descriptive Thoughts for Normative Issues*. USA: Ashgate, 2007
- Hartono, Sunaryati. *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*. Bandung: Binacipta, 1988
- Hartono, Sri Redjeki. *Hukum Ekonomi Indonesia*. Malang: Bayu Media, 2007
- Mathis, Klaus. *Efficiency Instead Of Justice?*. UK: Springer, 2009
- Muchlinski, Peter, *Multinational Enterprise and the Law*, United Kingdom: Blackwell Publishers, 1999
- Posner, Eric A. dan Alan O. Sykes. *Economic Foundation of International Law*. London: Harvard University Press, 2012
- Posner, Richard A. *The Problem of Jurisprudence*. USA: Harvard University Press, 1990
- Sasse, Jan Peter, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburg: Gabler Research, 2010
- Supancana, I. B., *Kompendium Bidang Hukum Investasi*, Jakarta: BPHN, 2011
- Teson, Fernando R. *A Philosophy of International Law*. USA: Westview Press, 1998
- Trachtman, Joel P. *The Future of International Law Global Government*. USA: Cambridge University Press, 2013
- _____. *The Economic Structure of International Law*. London: Harvard University Press, 2008

Jurnal Ilmiah

- Aceves, William J. "The Economic Analysis Of International Law: Transaction Cost Economics and The Concept Of State Practice". *Journal Of International Economic Law Vol. 17, No. 4, 1996*. USA: University of Pennsylvania, 1996
- Hornick, Robert N., dan Mark A. Nelson. "Foreign Investment in Indonesia". *Fordham International Law Journal, Vol.11, Issue 4*. USA: Fordham University, 1987
- Lindblad, J. Thomas. "Foreign Direct Investment in Indonesia: Fifty Years of Discourse". *Bulletin of Indonesian Economic Studies, Vol.51, No.2*. Jakarta: CSIS, 2015

Naigen, Zhang. “On Economic Analysis of International Law”. *Canadian Social Science Vol.2, No.2, 2006*. Canada: Canadian Academy Of Oriental And Occidental Culture, 2006

Laporan

International Law Commission. “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from The Diversification and Expansion of International”. *Report of The Study Group of The International Law Commission, A/CN.4/L.682*. Geneva: United Nation, 13 April 2006

UNCTAD. *Recent Developments in International Investment Regime*. New York: UNCTAD, 2018

Tambunan, Tulus. *Daya Saing Indonesia Dalam Menarik Investasi Asing*. Jakarta: Bahan Seminar BI, 2007

Media Internet

Duan, Fengyu. “The Universal Declaration of Human Rights and the Modern History of Human Rights”. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3066882> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3066882> SSRN, 2017

