



## **Perjanjian Investasi Bilateral: *Self-Judging* Sebagai Solusi?**

*Sakina Fakhriah & Arie Afriansyah*

Fakultas Hukum Universitas Indonesia

\*Corresponding author: [fakhriahsakina24@gmail.com](mailto:fakhriahsakina24@gmail.com)

Submission : 07 Juli 2022  
Revision : 22 Agustus 2022  
Publication : 11 Oktober 2022

### **Abstract**

*This article was prepared to formulate a strategy for formulating the drafting of exclusion clauses in bilateral investment treaties and legal policies that are in accordance with national security without violating international law. In its preparation, doctrinal legal research with legal objects is used which is conceptualized as a statutory rule based on the doctrine of positivism (normative juridical) schools. In the Discussion, it was found that Host Country has several options in implementing policies that put forward the national interest such as, asserting rights in agreements in good faith, including exceptions expressly, establishing definitions appropriately in agreements, mentioning special clause categories in agreements, conducting evaluations in a reasonable manner and self-judging. However, of the seven options already mentioned, self-judging is the most profitable option for host countries in implementing policies that orientate national interests. The self-judging clause is the choice of host country for two reasons. First, the clause gives the state discretion to unilaterally opt-out of international obligations and secondly, the evaluation of the elements for opt-out is not set out completely objectively from an external point of view, but only from the point of view of the state concerned.*

**Keywords:** *national security; bilateral investment treaty; security exception*



### **Abstrak**

Artikel ini disusun untuk merumuskan strategi formulasi penyusunan klausul pengecualian dalam perjanjian investasi bilateral dan kebijakan hukum yang sesuai dengan keamanan nasional tanpa melanggar hukum internasional. Pada penyusunannya, digunakan penelitian hukum doktrinal dengan objek hukum yang dikonsepsikan sebagai kaidah perundang-undangan berdasarkan doktrin aliran positivisme (*juridic normative*). Dalam Pembahasan, ditemukan bahwa *Host Country* memiliki beberapa opsi dalam menerapkan kebijakan yang mengedepankan kepentingan nasional seperti, menegaskan hak dalam perjanjian dengan itikad baik (*good faith*), menyertakan pengecualian secara tegas, menetapkan definisi secara tepat dalam perjanjian, menyebutkan kategori klausul khusus dalam perjanjian, melakukan evaluasi secara berkara dan *self judging*. Namun, dari ketujuh opsi yang telah disebutkan, *self judging* menjadi opsi yang paling menguntungkan bagi *host country* dalam menerapkan kebijakan yang mengorientasikan kepentingan nasional. Klausul *self judging* menjadi pilihan *host country* dikarenakan dua alasan. Pertama, klausul memberikan diskresi negara untuk secara sepihak memilih keluar (*opt-out*) dari kewajiban internasional dan kedua, evaluasi terkait unsur-unsur untuk memilih keluar (*opt-out*) tersebut tidak ditetapkan sepenuhnya secara objektif dari sudut pandang eksternal, tetapi hanya dari sudut pandang negara yang bersangkutan.

**Kata kunci:** keamanan nasional; perjanjian investasi bilateral; pengecualian keamanan

### **A. Pendahuluan**

Selama tahun 2020, terdapat 67 negara memperkenalkan 152 langkah-langkah kebijakan investasi yang sifatnya membatasi untuk menciptakan kondisi yang mengarah pada investasi yang lebih menguntungkan.<sup>1</sup> Dalam selang waktu 16

---

<sup>1</sup> UNCTAD. Investment Policy Monitor. Issue 24 (Februari 2021). Hal. 2. Lihat juga UNCTAD. *World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic*. New York: United Nations Publications. 2020.

Oktober 2020 sampai 15 Mei 2021, sejumlah negara anggota G20 meliputi Australia, Kanada, China, Prancis, Jerman, Italia, Rusia, Inggris, dan Amerika Serikat (AS) juga terus menyesuaikan kebijakan mereka terkait dengan perlindungan keamanan nasional mereka melalui pengkajian ulang, revisi, dan upaya merombak sistem investasi asing.<sup>2</sup>

Pada 2015, pemerintah Indonesia menandatangani 67 BITs. Sedangkan pada 2017 dan 2018, pemerintah hanya menandatangani 42 dan 45 BITs.<sup>3</sup> Hingga pada Mei 2020 - Desember 2020, terdapat 5 BIT yang sudah berlaku mengalami pengakhiran (*termination*), diantaranya ialah BIT Australia-Indonesia (efektif dihentikan pada 6 Agustus 2020), BIT Hungaria-Polandia (efektif dihentikan pada 16 Juni 2020), BIT India-Suriah (efektif dihentikan pada 20 Juni 2020), BIT Malta-Swedia (efektif dihentikan pada 22 Mei 2020), dan NAFTA (efektif dihentikan pada 1 Juli 2020).<sup>4</sup> Fenomena tersebut dilatarbelakangi oleh penemuan bahwa keuntungan yang didapatkan *host country* tidaklah sebanding dengan apa yang harus pemerintah korbankan dalam pelaksanaan BIT.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> UNCTAD dan OECD. Twenty-fifth Report on G20 Investment Measures. June 2021. hal. 4.

<sup>3</sup> Hamzah. Bilateral Investment Treaties (BITs) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. Vol. 21. 2019. hal. 8-9.

<sup>4</sup> UNCTAD. Investment Policy Monitor. *Op.Cit.* hal. 7.

<sup>5</sup> Hamzah. *Loc.Cit.*

Hal ini juga tidak bisa dilepaskan dari kerugian negara yang disebabkan oleh meningkatnya jumlah gugatan ganti rugi yang didasarkan pada perjanjian investasi bilateral (BIT) di hadapan forum *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS).<sup>6</sup> Selain itu, pandemi Covid-19 memperbesar potensi dampak negatif yang berdampak pada kegiatan dan pembuatan kebijakan investasi di seluruh dunia, termasuk juga kegiatan pengkajian ulang BIT. Pengkajian terhadap BIT disebabkan perjanjian ini ikut berperan dalam menentukan langkah pemerintah dalam menangani situasi pandemi. Kebijakan *host country* seperti pembatasan kegiatan, *lockdown*, dan karantina dapat menciptakan gesekan (*friction*) antara kewajiban negara dalam BIT dan kewajiban negara terhadap penduduknya. Hal ini membuat investor bisa menggugat *host country* berdasarkan perjanjian mereka. Dengan demikian, telah diprediksi bahwa akan ada lonjakan kasus ISDS sehubungan dengan tindakan COVID terkait.<sup>7</sup>

Potensi bahaya ini tentu akan semakin memaksa negara-negara untuk mencari cara terbaik untuk memanfaatkan

---

<sup>6</sup> James D. Fry dan Odysseas G. Repousis. Towards a New World for Investor -State Arbitration through Transparency. *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 48 No. 3. 2016. hal. 801.

<sup>7</sup> N. Bernasconi-Osterwalder, S. Brewin, dan N. Maina. Protecting against Investor-State Claims Amidst COVID 19: A Call to Action for Governments. IISD Commentary, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>. Diakses 13 Oktober 2021.

kebijakan investasi dalam membawa perekonomian mereka kembali ke jalur pembangunan berkelanjutan. Atas desakan ini, negara-negara semakin terdorong untuk mereformasi BIT mereka agar dapat memastikan bahwa hak mereka dalam mengatur keamanan nasionalnya dapat terpenuhi.<sup>8</sup>

Kebijakan negara yang berusaha mengedepankan keamanan nasionalnya diatas perlindungan investor asing sering kali memicu perselisihan regulasi.<sup>9</sup> Salah satu contoh kasus yang pernah terjadi ialah perusahaan tembakau Phillip Morris menggugat Australia dalam memberlakukan *Tobacco Plain Packaging Act 2011* ke UNCITRAL.<sup>10</sup> Berkaca pada kasus tersebut, *host Country* perlu berhati-hati dalam merancang langkah-langkah menerapkan kebijakan yang mengedepankan

---

<sup>8</sup> UNCTAD. The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments. *International Investment Agreements Issues Note*. No. 1. Juli 2020. hal. 5.

<sup>9</sup> Vera Korzun. The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 50. 2018. hal. 380.

<sup>10</sup> Michael Nolan. Challenge to the Credibility of the Investor State Arbitration System. *American University Business Law Review*. Vol. 5 No. 1. 2015. hal. 432. Lihat juga Nikesh Patel. An Emerging Trend in International Trade: A shift to Safeguard against ISDS Abuses and Protect Host State Sovereignty. *Minnesota Journal of International Law*. Vol. 26. 2017. hal. 296. Pemerintah Australia menerbitkan undang-undang yang melarang bentuk promosi di bungkus rokok. Tulisan merek dibatasi dan warna yang menjadi ciri khas rokok tidak boleh dicantumkan di bungkus rokok. Ketentuan ini didasarkan demi melindungi keamanan nasionalnya, terutama dalam hal kesehatan publik/masyarakat. UU tersebut dinilai Philip Morris telah melanggar BIT antara Australia dan Hong Kong dan akan berdampak pada kurangnya pemasukan perusahaannya.

keamanan nasional. Kehati-hatian *host country* perlu diperhatikan karena kebijakan yang mengatasnamakan keamanan nasional selalu dikaitkan dengan melindungi *host country* dari investasi bermotif politik atau untuk proteksi terselubung yang diskriminatif.

## **B. Pembahasan**

### **1. Pengecualian Keamanan Nasional dalam BIT**

Pada praktiknya, keamanan nasional sangat luas cakupannya, mulai dari hal yang teknis hingga yang sifatnya mendasar. Keamanan nasional merupakan konsep yang luas dan ambigu. *Oxford English Dictionary* mendefinisikannya sebagai, *safety of a nation and its people, institutions, etc., especially from military threat or from espionage, terrorism, etc.* Selain ancaman militer dan terorisme, ancaman terhadap kesehatan rakyat, lingkungan, sistem politik, ekonomi, dan infrastruktur domestik, tradisi budaya, hingga keuangan negara juga tergolong dalam konsep keamanan nasional.

Dalam perkembangannya, terdapat 2 (dua) fenomena baru yang dikaitkan dengan keamanan nasional. Isu pertama adalah krisis ekonomi (*economic crisis/emergencies*). Beberapa tahun terakhir, sejumlah sengketa investasi, khususnya sengketa Argentina, berhasil menjawab pertanyaan apakah krisis ekonomi tergolong sebagai ancaman bagi keamanan nasional dan apakah dapat dijadikan sebagai pembelaan yang sah terhadap gugatan terhadapnya bahwa *host country* telah

melanggar kewajibannya dalam BIT. Beberapa tribunal menyimpulkan bahwa istilah keamanan nasional pada prinsipnya mencakup krisis ekonomi yang parah. Artinya, klausul pengecualian keamanan nasional, pada prinsipnya, dapat diterapkan bila terjadi krisis ekonomi.<sup>11</sup>

Isu kedua adalah kontrol asing atas sektor dan industri dalam negeri yang memiliki kepentingan strategis (industri vital). *Host country* sering membatasi atau bahkan menolak investor asing untuk berinvestasi atau beroperasi pada industri yang sensitif. Salah satu tindakan *host country* adalah melakukan pembatasan baru terhadap kepemilikan asing, nasionalisasi minyak dan sektor industri yang serupa, negosiasi ulang kontrak konsesi dengan investor asing, dan pengenalan daftar sektor baru di mana investasi asing langsung (FDI) akan dibatasi (*negative list*).<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Pada kasus Argentina, semua tribunal sependapat dengan pandangan bahwa Pasal XI BIT Argentina – AS mencakup keadaan darurat ekonomi. *CMS Gas Transmission Company v Argentina*, ICSID case no. ARB/01/08, Award (12 May 2005), para. 359: *...nothing in the context of customary international law or the object and purpose of the Treaty that could on its own exclude major economic crises from the scope of article 11*. Lihat juga *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (5 September 2008), para. 175: *International law is not blind on the requirement that States should be able to exercise their sovereignty in the interest of their population free from internal as well external threats to their security and the maintenance of a peaceful domestic order*.

<sup>12</sup> UNCTAD. *The Protection of National Security in IIAs*. Switzerland: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. 2009. hal. 10.

Frasa/bahasa dan terminologi pembatasan investasi yang digunakan berbeda-beda, sehingga menimbulkan banyak tafsir. Meskipun demikian, terdapat dua ciri pembeda utama yang dapat diidentifikasi. Pertama, banyak pengecualian keamanan terbatas dalam cakupan *ratione materiae* yang hanya berlaku untuk barang atau situasi tertentu.<sup>13</sup> Kedua, klausul pengecualian keamanan bervariasi. Ada yang bersifat *self-judging* (menilai sendiri) dan ada yang tidak.<sup>14</sup>

a. Ambang Batas untuk Mengajukan Pengecualian Keamanan Nasional

Sebagian besar BIT yang mencakup pengecualian keamanan nasional mengkondisikan penerapan klausulnya. Pertama, syarat yang paling umum adalah bahwa tindakan tersebut tidak boleh sewenang-wenang atau merupakan diskriminasi yang tidak dapat dibenarkan.<sup>15</sup> Ada juga BIT yang mengklarifikasi bahwa tindakan yang diambil oleh para pihak harus diterapkan

---

<sup>13</sup> Contohnya, Pasal 346 dan 347 *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU) berisi batasan yang detail mengenai skenario yang mereka dapat diterapkan.

<sup>14</sup> Stephan Schill dan Robyn Briese. *Self-Judging Clauses before the International Court of Justice*. *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 10. 2009. Lihat juga Susan Rose-Ackermann dan Benjamin Billa. *Treaties and National Security*. *International Law and Politics*. Vol. 40. 2008. hal. 437.

<sup>15</sup> Contohnya adalah Jepang – Filipina Economic Partnership Agreement (2006), Ps. 99(1): *Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the other Party, or a disguised restriction on investments of investors...*



atas dasar non-diskriminatif dan sesuai dengan hukum domestik mereka.<sup>16</sup> Dengan memasukkan frasa/bahasa yang memastikan penerapan non-diskriminatif dari pengecualian keamanan nasional, para pihak memberikan jaminan kepada investor asing bahwa *host country* akan memperhatikan aturan hukum dasar.

Kedua, pengecualian dari suatu rezim hukum seharusnya tidak boleh membenarkan tindakan yang ditujukan langsung untuk melanggar rezim hukum yang sama. Karena tujuan utama BIT adalah untuk melindungi investor asing. Klausul keamanan nasional pengecualian terhadap investor tidak boleh dijadikan dalih untuk membatasi hak investor sebagai tujuan dari BIT.<sup>17</sup> Atas alasan ini, BIT pada umumnya menetapkan bahwa *host country* tidak akan menggunakan pengecualian sebagai pembatasan terselubung pada perdagangan atau investasi.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Contohnya adalah BIT Hungaria – India (2003), Ps. 12(2): *...nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non-discriminatory basis.*

<sup>17</sup> Robert Brew. Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection. *Canterbury Law Review*. Vol. 25. 2019. hal. 234.

<sup>18</sup> Misalnya, Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (1998), Ps. 13: *Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on investment flows, nothing in this*

Pendekatan ini memastikan bahwa *host country* tidak akan dapat menggunakan pengecualian untuk mengurangi kewajiban perjanjiannya secara sewenang-wenang atau untuk mengambil tindakan proteksionis dengan dalih ancaman keamanan. Kondisi ini mungkin sangat penting dalam kasus di mana *host country* berusaha melindungi industri strategisnya dari pengambilalihan asing.

Ketiga, setiap tindakan yang diambil untuk perlindungan keamanan nasional harus sesuai dengan kewajiban internasional lainnya dari para pihak.<sup>19</sup> Pendekatan ini memiliki pengaruh penting untuk memperjelas bagaimana klausul pengecualian dalam BIT berkaitan dengan kewajiban para pihak yang terkandung dalam perjanjian internasional lainnya.<sup>20</sup>

---

*Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member State of measures; (a) necessary to protect national security and public morals...*

<sup>19</sup> Contohnya adalah ASEAN – Japan Comprehensive Economic Partnership (2008), Ps. 8: ... *nothing in this Framework should prevent Japan and/or any individual ASEAN Member State from adopting or enforcing measures, in accordance with the rules and disciplines of the WTO Agreement, for: (a) the protection of the national security of Japan and/or each ASEAN Member State;...* Secara umum, pengecualian keamanan nasional bertujuan untuk membebaskan para pihak dari segala jenis kewajiban internasional sehubungan dengan penanaman modal. Contoh di atas memperjelas bahwa kewajiban WTO yang ada tetap berlaku.

<sup>20</sup> UNCTAD. *The Protection of National Security... Op.Cit.* hal. 90.

b. Limitasi Pengecualian Keamanan Nasional

Pengecualian keamanan nasional hanya akan diizinkan jika *host country* dapat membuktikan bahwa tindakan yang diambil berkontribusi pada realisasi objektif yang diizinkan untuk melindungi keamanan nasionalnya, dan bahwa ia tidak memiliki alternatif lain yang sesuai dengan kewajiban internasionalnya.<sup>21</sup> Namun, ada beberapa BIT yang tidak merinci tingkat diskresi apa pun yang harus diberikan kepada para pihak ketika mengajukan pengecualian keamanan nasional. Tidak adanya elemen non-tekstual yang menunjukkan bahwa para pihak mempertimbangkan pengecualian keamanan nasional yang tidak menilai sendiri (*non-self-judging*)<sup>22</sup>, kemudian menyebabkan para arbiter berhak untuk meninjau legalitas tindakan tersebut dan membuat penilaian mereka sendiri. Penilaian tersebut berupa apakah tindakan tersebut dapat dilakukan dan dibenarkan dengan alasan keamanan nasional. Ini termasuk evaluasi apakah ada atau tidak ada

---

<sup>21</sup> *Continental Casualty Company v. Argentina*, Award, paras. hal.196-198.

<sup>22</sup> Klausul *non-self-judging* merupakan klausul pengecualian yang tidak mengandung frasa '*considers.*' Frasa tersebut digunakan negara untuk menjelaskan secara tegas bahwa tindakan keamanan nasional di bawah klausul tersebut tidak tunduk pada penilaian arbitrase/pengadilan internasional. Frasa '*considers*' menunjukkan bahwa klausul berkarakter menilai sendiri (*self-judging*). Hanya negara yang berhak untuk menilai sendiri tingkat bahaya ancaman dan keabsahan dari tindakan keamanan yang diambil olehnya. Bila suatu klausul tidak tercantum frasa '*considers,*' negara tidak berhak untuk menilai sendiri tindakannya, melainkan pengadilan internasional yang berhak menilai.

ancaman terhadap keamanan nasional dan apakah tindakan negara telah menjadi respon yang diperlukan terhadap ancaman ini.<sup>23</sup>

Klausul *non-self-judging* membatasi hak kedaulatan para pihak untuk melindungi keamanan nasional mereka secara signifikan. Para pihak akan menyerahkan nasib mereka ke tangan para arbiter karena klausul seperti ini akan memberi tribunal hak untuk menilai legalitas dan memutuskan apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh suatu negara, khususnya sehubungan dengan keamanan nasional.<sup>24</sup> Menurut studi UNCTAD 2009, hanya beberapa BIT yang memasukkan pengecualian keamanan nasional.<sup>25</sup> Tidak adanya ketentuan tentang keamanan nasional dalam BIT membatasi hak suatu negara untuk mengambil tindakan terkait keamanan. Oleh karena itu, dampak dari tindakan negara yang diambil karena alasan kepentingan umum akan dinilai oleh majelis arbitrase berdasarkan ketentuan perlindungan investor dari BIT yang berlaku.

Hak negara untuk mengadopsi tindakan-tindakan keamanan juga terbatas ketika pengecualian dirancang dengan cara yang membatasi (*restrictive*), seperti dalam kasus Model BIT Kanada

---

<sup>23</sup> J Neumann dan E Tuer. Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea Beef, EC Asbestos, and EC Sardines. *Journal of World Trade*. Vol. 37 No. 1. 2003.

<sup>24</sup> UNCTAD. *The Protection of National Security... Op.Cit.* hal. 128.

<sup>25</sup> *Ibid.* hal. 72

2021, yang membatasi apa yang mungkin merupakan keamanan untuk perdagangan senjata, amunisi dan bahan perang, dan non-proliferasi senjata nuklir.<sup>26</sup> Jika klaim terkait diajukan ke tribunal, majelis arbitrase kemudian akan menilai tindakan tersebut berdasarkan frasa/bahasa yang tercantum dalam ketentuan BIT. Hak negara untuk mengambil tindakan keamanan juga terbatas oleh ruang lingkup pengecualian perjanjian. Contohnya, ketika ruang lingkup pengecualian perjanjian hanya meliputi nasionalisasi atau tindakan serupa.<sup>27</sup>

Beberapa BIT mengecualikan ketentuan tertentu dari ruang lingkup penerapan pengecualian keamanan nasional. Konsekuensinya adalah hak *contracting states* untuk mengajukan pengecualian keamanan menjadi terbatas. Sehingga, *contracting states* pada prinsipnya diizinkan untuk meminta pengecualian. Namun tindakan tersebut akan dikecualikan (*excluded*) sehubungan dengan aspek-aspek tertentu dari perlindungan investasi. Hal ini disebabkan penentuan ruang lingkup ketentuan pengecualian ditujukan untuk membatasi ruang gerak suatu negara dan memberikan keamanan hukum yang lebih besar kepada investor asing.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Model BIT Kanada (2021), Ps. 22(4)(b).

<sup>27</sup> Contohnya adalah Belgian-Luxembourg Economic Union (BLEU)-China BIT (2005), Ps. 4.

<sup>28</sup> UNCTAD. *The Protection of National Security... Op.Cit.* hal. 105.

c. Standar Tinjauan (*Standard of Review*) dalam Pengaplikasian Pengecualian Keamanan Nasional

Dalam arbitrase internasional, standar tinjauan adalah tingkat penghormatan (*deference*) yang diberikan oleh tribunal kepada pembuat keputusan nasional suatu negara.<sup>29</sup> Dengan kata lain, dapat didefinisikan sebagai tingkat intensitas pengawasan yang diterapkan oleh tribunal arbitrase internasional dalam menganalisis fakta dan/atau hukum yang dibuat oleh *host country*.<sup>30</sup>

Tingkat pengawasan tribunal yang paling intens diterapkan pada klausul pengecualian keamanan yang mengandung frasa '*necessary*.' Dalam formulasi ini, tribunal harus mengadopsi standar tinjauan yang ketat (*strict scrutiny*). Hal ini disebabkan formulasi tersebut menunjukkan bahwa tindakan-tindakan keamanan yang ditinjau (*challenged*) harus terkait dan diperlukan dalam mencapai penilaian objektif yang diizinkan BIT terkait. Tidak adanya definisi konkrit dari frasa '*necessary*' dalam pengecualian perjanjian akan memaksa tribunal untuk mencari arti frasa tersebut di tempat lain. Dengan demikian,

---

<sup>29</sup> Daniel Bethlehem, dkk, *The Oxford Handbook of International Trade Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009). hal. 379.

<sup>30</sup> C Henckels, *Proportionality and Deference...*, hal. 29–30. Pertanyaan yang muncul mengenai pengecualian keamanan nasional adalah standar seperti apa yang harus diadopsi oleh tribunal dalam memeriksa unsur-unsur klausul ini dan sejauh mana menghormati penilaian negara. Titik awal untuk menetapkan standar yang digunakan untuk meninjau keabsahan tindakan keamanan nasional adalah ketentuan klausul pengecualian itu sendiri.

tribunal mencoba untuk melihat ke dalam aspek tindakan lain yang tersedia atau tidak dalam BIT (alternatif yang paling tidak membatasi/*less restrictive*).<sup>31</sup> Ketika tindakan yang tidak terlalu membatasi tersebut tersedia, tindakan yang diambil oleh *host country* akan dikatakan tidak perlu.

Pada prinsipnya pendekatan yang paling tepat adalah memasukkan pertimbangan kecukupan dan proporsionalitas (*adequacy and proportionality*).<sup>32</sup> Salah satu cara untuk memfasilitasi jalan lain untuk standar tinjauan ini adalah menilai apakah tindakan *host country* merupakan cara yang proporsional untuk melindungi keamanan nasional mereka, serta memasukkan analisis persyaratan non-kontribusi.<sup>33</sup> Uji

---

<sup>31</sup> Prabhash Ranjan, Non-Precluded Measures in Indian International Investment Agreements and India's Regulatory Power as a Host Nation, *Asian Journal of International Law* 2 (2012), hal. 50.

<sup>32</sup> August Reinisch, Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina, *The Journal of Investment & Trade* 8 (2007), Hal. 201. Maksud dari pertimbangan kecukupan dan proporsionalitas adalah tindakan keamanan nasional harus menunjukkan hubungan erat antara pembatasan investasi dan risiko keamanan nasional. Tindakan keamanan nasional tidak boleh melampaui apa yang diperlukan untuk mencapainya.

<sup>33</sup> Proporsionalitas dinilai sebagai alat yang dapat diterapkan secara metodologis dan lebih koheren untuk tribunal arbitrase investasi yang berpotensi untuk memfasilitasi keseimbangan antara kepentingan investor asing dan kepentingan *host country* yang bertentangan. G Bücheler, *Proportionality in Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2015), Hal. 281. Lihat juga Benedict Kingsbury dan Stephen Schill, Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—The Concept of Proportionality, dalam Stephen Schill dan James Crawford J (eds), *International Investment Law and*

proporsionalitas terdiri dari 4 elemen yang akan diterapkan oleh tribunal ketika meninjau suatu tindakan, yaitu 1) penilaian legitimasi tujuan tindakan tersebut; 2) analisis kesesuaian tindakan untuk mencapai objektif yang diizinkan; 3) penentuan perlunya tindakan berdasarkan alternatif yang tersedia; dan 4) proporsionalitas dalam arti sempit.<sup>34</sup>

Uji proporsionalitas ini terletak di jantung pendekatan WTO dalam ketentuan Pengecualian Umum GATT, yang dikenal sebagai *less-restrictive-means test* (LRM). Berdasarkan uji LRM WTO, suatu tindakan harus ditafsirkan '*necessary*' jika tidak ada tindakan alternatif yang sesuai dengan GATT, atau kurang konsisten dengannya. Tindakan alternatif tersebut harus: 1) konsisten dengan kewajiban perjanjian atau memerlukan tingkat inkonsistensi paling sedikit; dan 2) tersedia secara wajar agar dapat digunakan.<sup>35</sup>

Hingga saat ini, belum ada klausul pengecualian dengan persyaratan *nexus*<sup>36</sup> selain '*necessary*' telah ditinjau dalam

---

*Comparative Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), hal. 88.

<sup>34</sup> C Henckels. *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. hal. 24.

<sup>35</sup> Mir-Hossein Abedian Kalkhoran dan Habib Sabzevari. Standards of Review for the Non-Precluded Measures Clause in Investment Treaties: Different Wording, Different Levels of Scrutiny. *Netherlands International Law Review*. 2021. hal. 16 – 17.

<sup>36</sup> Persyaratan *nexus* adalah elemen kunci (yang berupa frasa) yang menjadi penghubung interpretatif antara tindakan yang diambil oleh negara dengan tujuan (*permissible objective*) yang diatur dalam klausul pengecualian.



arbitrase investasi. Sejumlah BIT dan Model BIT tidak menyertakan frasa '*necessary*' dan menggunakan frasa lain, seperti '*for,*' '*directed to,*'<sup>37</sup> '*relating to,*'<sup>38</sup> '*to,*'<sup>39</sup> '*in pursuance of,*'<sup>40</sup> dan sebagainya. Bentuk-bentuk klausul pengecualian keamanan ini merupakan lapisan bawah dari persyaratan nexus, yang memberikan lebih banyak kebebasan bertindak kepada para pihak dalam perjanjian. Sehingga standar tinjauan terhadapnya tidak terlalu ketat atau pengawasan yang menengah (*intermediate scrutiny*).

Klausul pengecualian dalam kategori ini hanya memerlukan penentuan apakah tindakan tersebut secara prinsip ditargetkan (*principally targeted*) pada tujuan, atau memiliki potensi untuk berkontribusi secara material (*contribute materially*) pada tujuan ini. Jika analisis ini memberikan hasil yang positif, tindakan tersebut akan ditemukan 'diarahkan' (*directed to*) ke

---

<sup>37</sup> William W. Burke-White dan Andreas von Staden. *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*. *Virginia Journal of International Law*. Vol. 48. 2008. hal. 342.

<sup>38</sup> Simon Lester, Bryan Mercurio, dan Arwel Davies. *World Trade Law: Text, Material and Commentary*. Edisi 2. Oxford: Hart Publishing. 2012. Hal. 368. Lihat juga Appellate Body Reports, US—Shrimp, para. 136; China—Raw Materials, para. 355; China Rare Earth Appellate Body Report, para. 5.105.

<sup>39</sup> Amit Kumar Sinha. *Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries*. *Asian Journal of International Law*. 2016. hal. 35.

<sup>40</sup> *Ibid.*

tujuan, meskipun jika negara memiliki alternatif lain yang tersedia.<sup>41</sup>

Dengan menggunakan uji kesesuaian (*suitability test*) dan uji kewajaran (*reasonableness test*),<sup>42</sup> tindakan negara harus berkontribusi, baik secara aktual maupun potensial untuk mencapai penilaian objektif yang diizinkan dalam klausul tanpa perlu meninjau kembali tindakan alternatif. Berdasarkan standar tinjauan ini, di satu sisi, kontribusi tidak dapat dianggap hanya sebagai insidental atau ketidaksengajaan, di sisi lain tidak ada persyaratan untuk kontribusi yang substansial dan aktual menurut tindakan negara. Standar tinjauan kategori ketiga berlaku bagi klausul yang mengandung frasa '*considers necessary*'. Formulasi seperti ini berkarakter *self-judging*, karena memberikan tingkat keleluasaan maksimum kepada para pihak perjanjian. Pada formulasi seperti ini negara sepenuhnya berada dalam penilaian mereka sendiri mengenai tindakan apa yang diperlukan untuk melindungi keamanan nasionalnya. Menurut Pasal 26 VCLT, yurisprudensi

---

<sup>41</sup> Ridhi Kabra. Return of the Inconsistent Application of the Essential Security Interest Clause in Investment Treaty Arbitration: *CC/Devas v India and Deutsche Telekom v India. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Vol. 34. 2019. hal. 751.

<sup>42</sup> Pendekatan tribunal yang menentukan apakah tindakan tersebut memiliki kapasitas untuk mencapai tujuannya atau apakah ada hubungan antara tindakan dan tujuannya. Pendekatannya mensyaratkan bahwa tindakan negara yang ditinjau mengejar objektif yang diizinkan dan harus sesuai untuk berkontribusi, atau mencapai, tujuan yang dimaksudkan.

internasional telah mengakui uji itikad baik (*good faith review*) sebagai standar tinjauan yang berlaku dalam hal klausul *self-judging*.<sup>43</sup>

Para akademisi dan praktisi telah mengkonseptualisasikan uji itikad baik dalam berbagai cara. Van Aaken berpendapat bahwa tribunal harus memeriksa legalitas tindakan negara.<sup>44</sup> Burke-White dan von Staden menyarankan untuk memeriksa terlebih dahulu apakah negara telah bertindak jujur dan dengan kemampuan terbaiknya dalam menerapkan klausul pengecualian dari segala bentuk ekonomi terselebung atau hubungan nyata antara tindakan yang diambil dengan tujuannya. Hal ini akan mensyaratkan bahwa pengecualian *self-judging* tidak disalahgunakan dengan sengaja. Mereka kemudian menyarankan penentuan apakah ada dasar rasional objektif untuk menerapkan klausul.<sup>45</sup>

Akande dan Williams menyarankan tes subjektif untuk penerapan tinjauan itikad baik. Menurutnya, frasa yang digunakan dalam klausul *self judging* menandakan bahwa tindakan yang dilakukan diperlukan untuk tidak dilimpahkan pada penentuan objektif, melainkan pada penentuan subjektif

---

<sup>43</sup> R. Kolb. Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith). *Netherlands International Law Review*. Vol. 53. 2006. hal. 19 – 20.

<sup>44</sup> Anne van Aaken. Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View. *The Journal of World Investment & Trade*. Vol. 15. 2014. Hal. 855.

<sup>45</sup> William W. Burke-White dan Andreas von Staden. *Op.Cit.* hal. 379 – 380.

dari negara saja. Dalam pandangan mereka, uji itikad baik berarti bahwa negara yang mengajukan klausul pengecualian keamanan yang menilai sendiri harus benar-benar mempertimbangkan bahwa ada beberapa ancaman terhadap kepentingan keamanannya.<sup>46</sup>

## **2. Penerapan Formulasi Perlindungan Keamanan Nasional dalam BIT**

Salah satu metode penerapan formulasi perlindungan keamanan nasional adalah dengan secara tegas menetapkan hak untuk mengajukan pengecualian terhadap keamanan dengan persyaratan bahwa para pihak bertindak dengan itikad baik (*good faith*). Hal ini dilakukan agar negara tetap selaras atau tunduk pada kewajiban umum VCLT (Pasal 26) dalam melaksanakan komitmen mereka dengan itikad baik.<sup>47</sup> Salah satu bentuk konkrit yang menunjukkan pengecualian diterapkan atas itikad baik adalah pengecualian dilakukan secara non-diskriminatif.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Dapo Akande dan Sape Williams. International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO. *Virginia Journal of International Law*. Vol. 43. 2002. hal. 386 – 390.

<sup>47</sup> Joseph Crampin. Book Review of *Good Faith in International Investment Arbitration* written by Emily Sipiorski. *The Journal of World Investment and Trade*. Vol. 20 No. 6. hal. 953 – 958.

<sup>48</sup> Contohnya diilustrasikan dalam Model BIT Azerbaijan 2016, Ps. 5(2): *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from taking any action that is considered as necessary for the protection of national security, public order or public health, morality, or protection of environment, provided that such*

Itikad baik membutuhkan keadilan, kewajaran, integritas, dan kejujuran dalam perilaku internasional. Prinsip itikad baik harus mencakup dua elemen, yaitu 1) apakah negara telah terlibat dalam transaksi yang jujur dan adil, dan 2) apakah ada dasar rasional untuk penegasan pengecualian keamanan nasional.<sup>49</sup> Oleh karena itu, agar pengecualian keamanan nasional dapat diajukan dengan itikad baik, pertanyaan yang harus diajukan oleh tribunal adalah apakah upaya perlindungan memang berakar pada masalah keamanan nasional atau berlatar belakang proteksionis.

Opsi kedua adalah tidak menyertakan pengecualian keamanan nasional di BIT. Keputusan untuk tidak memasukkan pengecualian ini tidak berarti bahwa para pihak akan terhalang untuk mengambil tindakan perlindungan keamanan nasional. Mereka dapat melakukannya selama tindakan tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban BIT mereka. Misalnya jika BIT mencakup prinsip non-diskriminasi dan FET, maka tindakan yang berkaitan dengan keamanan yang dilakukan berdasarkan pada prinsip non-diskriminatif dan adil akan diizinkan.<sup>50</sup> Atau bisa juga menggunakan klausul Hak untuk Mengatur (*Right to*

---

*measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustified discrimination.*

<sup>49</sup> William W. Burke-White dan Andreas von Staden. *Op.Cit.* hal. 382.

<sup>50</sup> UNCTAD. *The Protection of National Security... Op.Cit.* hal. 119 – 120.

*Regulate*).<sup>51</sup> Alternatif lain adalah mencantumkan pengecualiannya pada klausul lain, misalnya seperti pada klausul ekspropriasi.<sup>52</sup>

Alternatif ketiga, demi memberikan lebih banyak kejelasan dan prediktabilitas mengenai penerapan pengecualian keamanan nasional, para pihak dapat mempertimbangkan untuk mendefinisikan istilah tersebut secara lebih tepat dalam BIT. Berbagai istilah telah digunakan dalam BIT terkait pengecualian keamanan nasional. Yang paling umum adalah referensi eksplisit seperti '*national security*' or '*essential security interests*,' dan '*public order*,' yang cakupan istilahnya

---

<sup>51</sup> Contohnya ditemukan di Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT 2015, Ps. 15: *(1) Nothing in this Agreement shall in any way be construed as limiting the right of a Contracting Party or any of their competent authorities to determine its sustainable development policies and priorities, to establish its own levels of domestic environmental and labour protection, and to adopt or modify its relevant laws and policies accordingly, consistently with the internationally recognised standards and agreements.[...] (4) A Contracting Party shall not waive or derogate from, or offer to waive or derogate from, its environmental or labour laws as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention of an investment or an investor in its territory...*

<sup>52</sup> Contohnya ada di Netherlands Model BIT 2019, Ps. 12. *Except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied in good faith to protect legitimate public interests, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity, do not constitute indirect expropriations.*

cukup luas (*broad approach*).<sup>53</sup> Ada juga yang menggunakan terminologi dengan cakupan sempit (*narrow approach*), seperti 'extreme emergency,' 'public morality,' 'public health,' 'international peace or security,' dan 'measures related to the production, trade and development of arms and other defence material.'<sup>54</sup> Selain memilih penggunaan istilah yang lebih tepat dalam membuat isi dan ruang lingkup pengecualian keamanan, para pihak masih dapat melangkah lebih jauh dengan menambahkan pernyataan interpretatif mengenai maknanya.

Keempat, sejumlah BIT membatasi ruang lingkup penerapan pengecualian keamanan nasional dengan menyebutkan kategori khusus di mana klausul pengecualian dapat digunakan. Kategori khusus ini, pada umumnya dibedakan menjadi 3, yaitu 1) perdagangan senjata; 2) perang dan keadaan darurat lainnya dalam hubungan internasional; dan 3) kebijakan mengenai non-proliferasi senjata nuklir. Hal ini menyiratkan bahwa pengecualian keamanan semacam ini tidak berlaku untuk krisis ekonomi atau perlindungan industri strategis.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Contohnya adalah Pasal 6.12 Economic Cooperation Agreement Between India and Singapore 2005: *Nothing in this Chapter shall be construed [...] to prevent a Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests.*

<sup>54</sup> UNCTAD. *The Protection of National Security... Op.Cit.* hal. 96 – 98.

<sup>55</sup> Salah satu BIT yang menerapkan pendekatan daftar khusus seperti ini adalah Model BIT Ceko 2016 yang menjabarkan secara rinci kondisi-kondisi yang termasuk keamanan nasionalnya ke dalam enam kategori, di Pasal 13 nya: (1) *Nothing in this Agreement shall be*

Para pihak, dalam pendekatan daftar komprehensif ini, hanya dapat mengambil langkah-langkah untuk alasan keamanan nasional jika salah satu dari kondisi yang tercantum di atas berlaku. Daftar ini membatasi ruang lingkup penerapan klausul tersebut, sehingga meningkatkan kepastian hukum dan prediktabilitas karena mempersulit para pihak untuk menerapkan klausul tersebut. Pendekatan kelima bertujuan untuk mengecualikan tinjauan yudisial atas permohonan pengecualian keamanan nasional. Beberapa negara telah memasukkan frasa/bahasa yang mencoba untuk menempatkan klausul pengecualian keamanan nasional di luar jangkauan arbiter. Metode ini memberikan para pihak otonomi tingkat tertinggi karena mereka tidak perlu khawatir bahwa pengadilan arbitrase dapat memeriksa legalitas tindakan

---

*construed to prevent any Contracting Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests, a) relating to criminal or penal offences, b) relating to traffic in arms, ammunition and implements of war and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment, c) taken in time of war or other emergency in international relations, d) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices or e) in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security, (2) A Contracting Party's essential security interests may include interests deriving from its membership in a customs, economic, or monetary union, a common market, a free trade area, or other form of regional economic integration.*



mereka yang terkait dengan keamanan nasional.<sup>56</sup> Dalam teknik ini, tinjauan terhadap itikad baik tidak mungkin dilakukan karena sudah secara tegas menggunakan frasa/bahasa yang melarangnya. Pendekatan ini merupakan perluasan besar dari diskresi *host country* untuk mengambil tindakan yang diskriminatif, sewenang-wenang, dan proteksionis dengan kedok perlindungan keamanan nasional.<sup>57</sup>

Pilihan keenam adalah para pihak mengadakan tinjauan berkala dan konsultasi terkait kebutuhan untuk mempertahankan tindakan yang membatasi investasi atas alasan keamanan nasional.<sup>58</sup> Misalnya, jika salah satu pihak telah menutup suatu sektor tertentu bagi investor, maka para pihak dapat sepakat bahwa mereka akan mendiskusikan dan menyatakan bahwa perlunya pembatasan ini dari waktu ke waktu. Demikian pula, dalam kasus krisis ekonomi, para pihak dapat menyetujui untuk menilai secara berkala apakah suatu krisis masih cukup kuat untuk membenarkan pembatasan

---

<sup>56</sup> Pendekatan ini sangat jarang ditemukan. Salah satu yang menerapkan teknik ini adalah India – Korea Comprehensive Economic Partnership Agreement 2009, Lampiran 10(C)(a): *...any decision of the disputing Party taken on such security considerations shall be non-justiciable in that it shall not be open to any arbitral tribunal to review the merits of any such decision, even where the arbitral proceedings concern an assessment of any claim for damages and/or compensation, or an adjudication of any other issues referred to the tribunal.*

<sup>57</sup> Mark McLaughlin. State-Owned Enterprises and Threats to National Security under Investment Treaties. *Chinese Journal of International Law*. Vol. 19. 2020. hal. 323.

<sup>58</sup> UNCTAD. *The Protection of National Security...* *Op.Cit.* hal. 132.

investasi. Dengan demikian, para pihak tidak akan melepaskan hak kedaulatan mereka untuk memutuskan apakah pembatasan itu perlu atau tidak, tetapi mereka setidaknya akan membiarkan masalah ini diperiksa secara berkala.

Alternatif terakhir adalah penggunaan klausul *self-judging*. Ada dua alasan utama klausul *self-judging* sangat menguntungkan *host country*. Pertama, klausul memberikan diskresi negara untuk secara sepihak memilih keluar (*opt-out*) dari kewajiban internasional. Tindakan ini seperti pengecualian terhadap kewajiban perjanjian, pembenaran atas pelanggaran, keadaan yang menghindari kesalahan dan pengurangan dari perjanjian, serta mengontrol kekuasaan yang dimiliki mekanisme pemerintahan internasional atas suatu negara. tindakan ini dilakukan Khususnya terhadap kekuasaan badan penyelesaian sengketa internasional.<sup>59</sup> Sebagai konsekuensinya, klausul *self-judging* memungkinkan bermainnya 'pertimbangan sepihak' dalam rezim internasional yang umumnya didasarkan pada perjanjian antar negara, baik bilateral maupun multilateral.

Kedua, evaluasi terkait unsur-unsur untuk memilih keluar (*opt-out*) tersebut tidak ditetapkan sepenuhnya secara objektif dari sudut pandang eksternal, tetapi hanya dari sudut pandang negara yang bersangkutan. Dengan kata lain, penentuan

---

<sup>59</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch, dan Richard B. Stewart. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 68. 2005. hal. 15.

terpenuhinya unsur-unsur *self-judging* dari suatu klausul pengecualian tidak dilakukan dari sudut pandang pihak ketiga yang independen, seperti tribunal internasional, badan pengawas lain yang berbasis perjanjian, atau pihak lain. Artinya, negara dapat mempertahankan kekuatan interpretasi klausul, secara penuh ataupun sebagian. Sehingga, klausul semacam ini melindungi kepentingan berdaulat negara dan penentuan nasib negara yang bersangkutan ketika terlibat dalam perjanjian internasional.<sup>60</sup> Inilah alasan sebagian besar negara-negara mengadopsi pendekatan ini.

Cara pemberian diskresi ini dinyatakan dalam perjanjian internasional biasanya dengan memasukkan bahasa frasa seperti '*if the State considers*'<sup>61</sup> dan '*if the State determines*.'<sup>62</sup> Satu-satunya kewajiban para pihak ketika frasa/bahasa tersebut digunakan dalam BIT adalah untuk mematuhi prinsip-prinsip umum Pasal 26 VCLT, yang menyatakan bahwa negara harus melaksanakan kewajiban mereka dengan itikad baik.

---

<sup>60</sup> Stephan Schill dan Robyn Briese. *If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement*. Dalam A. von Bogdandy dan R. Wolfrum. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 13. Koninklijke, Netherlands: Brill NV. 2009. hal. 68.

<sup>61</sup> Contohnya Model BIT Italy 2021, Ps. 15: *Nothing in this Agreement shall be construed: (b) to prevent a Party from taking an action which it considers necessary for the protection of its essential security interests: (i) connected to the production of or traffic in arms...*

<sup>62</sup> Contohnya Canada Model FIPA 2021, Ps. 22(4): *This Agreement does not: (a) require a Party to furnish or allow access to information if that Party determines that the disclosure of this information would be contrary to its essential security interests...*

### **C. Penutup**

Ketentuan pengecualian keamanan ditujukan untuk mencapai keseimbangan antara perlindungan keamanan negara dan efektivitas keseluruhan dari komitmen perjanjian investasi internasional. Penerapan klausul pengecualian keamanan tidak boleh sewenang-wenang atau merupakan diskriminasi yang tidak dapat dibenarkan, diterapkan atas dasar non-diskriminatif, tidak digunakan sebagai restriksi terselubung, dan harus sesuai dengan aturan internasional lainnya. Mekanisme formulasi terbaik dalam menerapkan klausul pengecualian keamanan nasional, di antara lain yaitu bertindak dengan itikad baik, memberikan lebih banyak kejelasan dan prediktabilitas klausul pengecualian, membuat daftar komprehensif yang menyebutkan kategori khusus di mana klausul pengecualian dapat digunakan, mengecualikan tinjauan yudisial, mengadakan tinjauan berkala dan konsultasi terkait kebutuhan untuk mempertahankan tindakan keamanan nasional, dan mencantumkan klausul yang berkarakter *self-judging*. Selain itu, alternatif secara institusi yang dapat dilakukan adalah memanfaatkan prosedur administratif domestik, sentralisasi penyelesaian sengketa dalam hukum ekonomi internasional, dan menggali analogi hukum administrasi dalam negeri.

## **Referensi**

- Akande, Dapo dan Sape Williams. International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO. *Virginia Journal of International Law*. Vol. 43. 2002.
- ASEAN – Japan Comprehensive Economic Partnership. Ditandatangani 14 April 2008, berlaku 1 Desember 2008.
- Bernasconi-Osterwalder, N, S. Brewin, dan N. Maina. Protecting against Investor-State Claims Amidst COVID 19: A Call to Action for Governments. IISD Commentary. <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>. Diakses 11 Oktober 2021.
- BIT Belgian-Luxembourg Economic Union (BLEU) – China 2005.
- BIT Hungaria – India (2003),
- Brew, Robert. Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection. *Canterbury Law Review*. Vol. 25. 2019.
- Bücheler, G. *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press. 2015.
- Burke-White, William W. dan Andreas von Staden. Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*. Vol. 48. 2008.
- Canada Model FIPA 2021.
- CMS Gas Transmission Company v Argentina. ICSID case no. ARB/01/08. Award. 12 Mei 2005.

Continental Casualty Company v. Argentina. ICSID Case No. ARB/03/9. Award. 5 September 2008.

Crampin, Joseph. Book Review of *Good Faith in International Investment Arbitration* written by Emily Sipiorski. *The Journal of World Investment and Trade*. Vol. 20 No. 6. 2019.

Framework Agreement on the ASEAN Investment Area 1998.

Fry, James D dan Odysseas G. Repousis. Towards a New World for Investor -State Arbitration through Transparency. *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 48. No. 3. 2016.

Hamzah. Bilateral Investments Treaties (BITs) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. Vol. 21. 2019.

India - Korea Comprehensive Economic Partnership Agreement 2009.

India - Singapura Free Trade Agreement 2005.

Jepang - Filipina Economic Partnership Agreement 2006

Kabra, Ridhi. Return of the Inconsistent Application of the Essential Security Interest Clause in Investment Treaty Arbitration: *CC/Devas v India* and *Deutsche Telekom v India*. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. Vol. 34. 2019.

Kalkhoran, Mir-Hossein Abedian dan Habib Sabzevar. Standards of Review for the Non-Precluded Measures Clause in Investment Treaties: Different Wording, Different Levels of Scrutiny. *Netherlands International Law Review*. 2021.

Kingsbury, Benedict dan Stephen Schill. Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—The Concept of Proportionality. Dalam

Stephen Schill dan James Crawford J (eds). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press. 2010.

Kingsbury, Benedict, Nico Krisch, dan Richard B. Stewart. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 68. 2005.

Kolb, R. Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith). *Netherlands International Law Review*. Vol. 53. 2006.

Korzun, Vera. The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 50. 2018.

Lester, Simon, Bryan Mercurio, dan Arwel Davies. *World Trade Law: Text, Material and Commentary*. Edisi 2. Oxford: Hart Publishing. 2012.

LG&E Energy Corporation v. Argentina. ICSID Case No. ARB/02/1. Decision on Liability. 3 October 2006.

McLaughlin, Mark. State-Owned Enterprises and Threats to National Security under Investment Treaties. *Chinese Journal of International Law*. Vol. 19. 2020.

Model BIT Azerbaijan 2016.

Model BIT Belgium-Luxembourg Economic Union 2015.

Model BIT Ceko 2016.

Model BIT Italy 2021.

Model BIT Kanada 2021.

- Neumann, J dan E Tuer. Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea Beef, EC Asbestos, and EC Sardines. *Journal of World Trade*. Vol. 37. No. 1. 2003.
- Nolan, Michael. Challenge to the Credibility of the Investor State Arbitration System. *American University Business Law Review*. Vol. 5. No. 1. 2015.
- OECD Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security.
- Patel, Nikesh. An Emerging Trend in International Trade: A shift to Safeguard against ISDS Abuses and Protect Host State Sovereignty. *Minnesota Journal of International Law*. Vol. 26. 2017.
- Ranjan, Prabhash. Non-Precluded Measures in Indian International Investment Agreements and India's Regulatory Power as a Host Nation. *Asian Journal of International Law*. Vol. 2. 2012.
- Reinisch, August. Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina. *The Journal of Investment & Trade*. Vol. 8. 2007.
- Rose-Ackermann, Susan dan Benjamin Billa. Treaties and National Security. *International Law and Politics*. Vol. 40. 2008.
- Schill, Stephan dan Robyn Briese. If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. Dalam A. von Bogdandy dan R. Wolfrum (eds). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 13. Koninklijke, Netherlands: Brill NV. 2009.



Schill, Stephan dan Robyn Briese. Self-Judging Clauses before the International Court of Justice. *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 10. 2009.

Sinha, Amit Kumar. Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries. *Asian Journal of International Law*. 2016.

UNCTAD dan OECD. Twenty-fifth Report on G20 Investment Measures. Juni 2021.

UNCTAD. Investment Policy Monitor. Issue 24. Februari 2021.

UNCTAD. The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments. *International Investment Agreements Issues Note*. Issue 1. July 2020.

UNCTAD. *The Protection of National Security in IIAs*. Switzerland: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. 2009.

UNCTAD. *World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic*. New York: United Nations Publications. 2020.

van Aaken, Anne. Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View. *The Journal of World Investment & Trade*. Vol. 15. 2014.