DIPONEGORO LAW JOURNAL
Volume 14, Nomor 1, Tahun 2025
Website : https://ejournal3.undip.ac.id/index.php/dlr/

PRINSIP *FAIR AND EQUITABLE TREATMENT* (FET) PADA PENCABUTAN IZIN PERTAMBANGAN DENGAN PENANAMAN MODAL ASING YANG DIDUGA DIPEROLEH MELALUI PENYUAPAN

Vinito Rahmat Febriano*, FX Joko Priyono, Darminto Hartono Paulus
Program Studi S1 Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Diponegoro
E-mail : vinito.rahmat@gmail.com

Abstrak

Kewajiban negara tuan rumah untuk memperlakukan penanaman modal asing (PMA) secara adil dan layak atau *fair and equitable treatment* (FET) sering berbenturan dengan kewajiban dan kepentingan nasional untuk menindak dan memberantas penyuapan. Pada beberapa kasus, alibi "penindakan atas dugaan penyuapan" digunakan untuk mencabut izin pertambangan dengan PMA secara serta merta sehingga dinilai sewenang-wenang dan melanggar kewajiban FET. Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui apakah pencabutan dengan cara-cara tersebut dibenarkan dan apakah tindakan tersebut melanggar prinsip FET. Penelitian ini menggunakan metode pendekatan yuridis normatif dan teknik pengumpulan data melalui studi kepustakaan. Hasil penelitian menunjukkan bahwa izin pertambangan dengan PMA yang diduga diperoleh melalui penyuapan tidak dapat dicabut secara serta merta, tetapi harus melalui prosedur *fair hearing* dan adanya penyuapan tersebut telah dibuktikan secara sah melalui putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap. Pencabutan demikian tanpa adanya bukti yang sah atas penyuapan dapat dikategorikan melanggar prinsip FET berdasarkan standar perlakuan minimum internasional.

Kata kunci : *Fair and Equitable Treatment*; Pencabutan Izin Pertambangan; Penanaman Modal Asing; Penyuapan.

Abstract

The host states' obligation to treat a foreign investment in fair and equitable manners (FET) often clashes with their national duty and interest to punish and eradicate bribery. In several cases, the "enforcement over the bribery allegation" alibi is used to straight away revoke a permit of mining with foreign investment so that such manner is deemed to be arbitrary and violating the FET obligation. This research is conducted to find out whether such revocation ins lawful and is against the FET principle. This research uses the juridical normative approach with literature study data collecting technique. This research reveals that the revocation of a permit of mining with foreign investment alleged to be obtained through bribery cannot be straight away revoked, but shall be conducted through fair hearing procedure and such bribery shall has legitimate proof by a legally binding court's judgement. Such revocation without legitimate bribery proof is considered a violation of FET principle by international minimum standard of treatment.

Keywords: *Fair and Equitable Treatment; Mining Permit Revocation; Foreign Investment; Bribery.*

I. PENDAHULUAN

Perkembangan kompleksitas perdagangan internasional yang mencakup aktivitas penanaman modal asing (PMA) memunculkan praktik di beberapa negara untuk menerapkan standar perlakuan minimum internasional atau *international minimum standard of treatment* (MST) terhadap PMA. MST yang semula hanya mengatur bagaimana seharusnya negara memperlakukan orang

asing yang ada di dalam wilayahnya,[1] kini mengalami perluasan penerapan hingga melingkupi PMA, dengan rasionalisasi bahwa ketika penanam modal asing melakukan penanaman modal di suatu negara, ia harus memahami tingkat perlakuan suatu negara, termasuk hukum yang berlaku di negara tersebut.[2]

Penerapan MST terhadap PMA tersebut merupakan dasar dari salah satu standar yang digunakan untuk menginterpretasikan apakah perlakuan negara terhadap PMA dapat dikatakan sebagai perlakuan yang adil dan layak atau *fair and equitable treatment* (FET). Prinsip FET merupakan prinsip dalam penanaman modal internasional yang menyatakan bahwa negara tuan rumah wajib memberikan perlakuan yang adil dan layak terhadap penanam modal maupun suatu PMA menurut hukum internasional yang berlaku, baik perlakuan pada proses peradilan maupun administrasi. [3]

Prinsip FET banyak dimuat di dalam perjanjian-perjanjian penanaman modal internasional, baik yang bersifat bilateral maupun multilateral. *Bilateral Investment Treaty* (BIT) menetapkan norma-norma yang wajib diterapkan dalam kegiatan penanaman modal antar kedua negara yang mengadakan perjanjian tersebut, termasuk kewajiban negara tuan rumah untuk memperlakukan penanam modal asing secara adil dan layak.[4] Pengaturan aktivitas PMA melalui perjanjian internasional, termasuk memberikan kewajiban negara tuan rumah untuk memberikan perlakuan yang adil dan layak terhadap PMA, dimaksudkan untuk memberikan keamanan, perlindungan, dan mendorong kegiatan penanaman modal antarnegara.[5]

Di sisi lain, negara tuan rumah memiliki kewajiban dan kepentingan nasional mereka untuk melakukan penindakan dan pemberantasan penyuapan. Melalui *United Nations General Assembly Resolution No. A/RES/51/191* tanggal 16 Desember 1996 yang dikenal pula sebagai *United Nations Declarations Against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions*, negara-negara di dunia mengemban kewajiban untuk mencegah dan memberantas tindakan korupsi dan penyuapan sebagai kejahatan internasional. Sebagai tindak lanjut secara multilateral, *United Nations Convention Against Corruption* disahkan melalui resolusi Majelis Umum PBB tanggal 31 Oktober 2003. Pada lingkup nasional, negara-negara memberlakukan regulasi dan kebijakan pemberantasan korupsi masing-masing sebagai tindak lanjut dari konvensi dan resolusi Majelis Umum PBB tersebut.

Sektor pertambangan merupakan sektor yang paling rentan terhadap kasus tindak pidana penyuapan. Berdasarkan data OECD yang dilansir dari Transparency International, 1 dari 5 kasus penyuapan transnasional meliputi bidang usaha ekstraktif, termasuk pertambangan mineral dan migas.[6] Meskipun

---

[1] Muhammad Iqbal Hasan, *Perjanjian Investasi Internasional: Standar Perlakuan Adil dan Layak (Fair and Equitable Treatment Standard)* (Depok: RajaGrafindo Persada, 2019), 80.
[2] M Soenarjah, *The International Law on Foreign Investment* (New York: Cambridge University Press, 2010), 79.
[3] Kusnowibowo, Hukum Investasi Internasional (Bandung: Pustaka Reka Cipta, 2013), 68.
[4] M. Soenarjah, *Op. Cit*, Halaman 184.
[5] *Ibid*., 2-3.
[6] Transparency International, "Accountable Mining," https://www.transparency.org/en/projects/accountable-mining (diakses pada 27 April 2024).

penyuapan adalah tindak pidana serius yang wajib ditindak dan diberantas, pada praktiknya, tidak sedikit negara-negara di dunia melakukan tindakan-tindakan yang diklaim dilakukan atas nama pemberantasan penyuapan, namun dinilai merugikan dan melanggar hak penanam modal asing yang dilindungi hukum internasional. Pada sektor pertambangan, terdapat beberapa kasus di mana negara tuan rumah mencabut izin pertambangan dengan menjatuhkan sanksi administratif berupa pencabutan izin pertambangan secara serta-merta dengan alasan izin tersebut "diperoleh melalui penyuapan."

Peristiwa tersebut sekurang-kurangnya terjadi sebanyak dua kali, yaitu di Guinea pada tahun 2011 dan Kenya pada tahun 2013. Pada kasus di Guinea, Presiden Guinea Alpha Conde mencabut izin pertambangan BSG Resources (Guinea) atas dugaan penyuapan atas dasar tuduhan penyuapan yang dilakukan BSG Resources, Ltd terhadap sejumlah pejabat Guinea pada masa pemerintahan junta militer sebelumnya untuk memperoleh izin pertambangan.[7] Pada kasus *BSGR v. Guinea* ini, belum ada proses pidana yang dilakukan oleh Guinea terhadap dugaan penyuapan pada saat pencabutan izin tersebut dilakukan, sehingga kebenaran mengenai adanya penyuapan tersebut pada saat itu dipertanyakan. Hal serupa juga terjadi pada kasus *Cortec Mining v. Kenya* tahun 2013, di mana Kenya mencabut izin pertambangan SML 351 dari Cortec Mining Kenya, Ltd atas dugaan penyuapan untuk menghindari rintangan birokratis seperti *Environmental Impact Assessment* (EIA).[8] Selain belum melakukan proses pidana terhadap dugaan penyuapan pada saat pencabutan izin tersebut dilakukan, Kenya tidak memberikan kesempatan membela diri kepada pihak-pihak yang diduga terlibat dalam penyuapan tersebut.[9] Tindakan negara tuan rumah tersebut mendorong penanam modal asing untuk menggugat Guinea dan Kenya pada arbitrase ICSID atas tuduhan pelanggaran terhadap prinsip FET.

Sayangnya, putusan arbitrase ICSID pada kasus *Cortec Mining v. Kenya* tahun 2018 dan *BSGR v. Kenya* tahun 2022 menyatakan bahwa ICSID tidak memiliki yurisdiksi atas sengketa tersebut atau sekurang-kurangnya tidak dapat diterima (*inadmissible*). Pada kasus *Cortec Mining v. Kenya*, meskipun Kenya gagal membuktikan adanya penyuapan di forum arbitrase,[10] Kenya berhasil membuktikan adanya unsur melawan hukum lainnya pada perolehan izin pertambangan Cortec Mining Kenya, Ltd, di mana izin tersebut didapatkan sebelum adanya *Environmental Impact Assessment*, sehingga izin tersebut batal demi hukum.[11] Pada kasus *BSGR v. Guinea*, Pemerintah Guinea berhasil membuktikan adanya penyuapan yang dilakukan berdasarkan keterangan saksi-saksi yang dihadirkan. Bukti-bukti yang dihadirkan pada arbitrase telah didukung

---

[7] Samuel Rubenfield, "BSGR Confirms Enganging Man in Guinea Charged with Obstruction," https://www.wsj.com/articles/BL-252B-501 (diakses pada 27 April 2024).
[8] The East African, "Outcry, bribery claims over mining licences recall," https://www.theeastafrican.co.ke/tea/news/east-africa/outcry-bribery-claims-over-mining-licences-recall-1318452 (diakses pada 27 April 2024).
[9] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. Cortec Mining Kenya, Ltd v. Kenya, para. 184. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf.
[10] *Ibid*., 68.
[11] *Ibid*., 134.

hasil investigasi independen oleh sejumlah negara seperti Prancis, Inggris, dan Israel.[12] Apabila negara tuan rumah berhasil membuktikan bahwa penanaman modal tersebut dilakukan bertentangan dengan hukum negara tuan rumah, PMA tersebut dikatakan sebagai "*illegal investment*" sehingga arbitrase ICSID dapat memutuskan bahwa PMA tersebut merupakan "*unprotected investment*." Kualifikasi "*unprotected investment*" tersebut pertama kali digunakan arbitrase ICSID pada kasus *Phoenix v. Czech Republic* dan telah berulangkali digunakan para kasus-kasus serupa berikutnya.[13]

Prinsip FET sendiri dimaksudkan untuk melindungi penanaman modal asing dari tindakan pemerintah yang tidak adil, sewenang-wenang, dan pencederaan hak-hak penanam modal lainnya,[14] baik pada proses administrasi maupun proses peradilan.[15] Permasalahan utama pada penerapan prinsip FET adalah menentukan standar yang digunakan untuk mengartikan "adil" dan "layak." Pada praktiknya, pemaknaan FET dapat berbeda-beda tergantung kasus dan pengaturannya dalam perjanjian penanaman modal internasional.[16] Berdasarkan praktik pada arbitrase ICSID, Standar-standar yang umum digunakan tribunal dalam mengartikan FET pada suatu kasus adalah sebagai berikut:

1. Prinsip FET Menurut Standar Perlakuan Minimum Internasional atau *International Minimum Standard of Treatment* (MST)

Pada awalnya, MST menetapkan bagaimana perlakuan negara seharusnya terhadap orang asing berdasarkan hukum kebiasaan internasional terlepas dari bagaimana negara tersebut memperlakukan warga negaranya. Adanya MST berangkat dari praktik-praktik perlakuan yang diberikan suatu negara belum memenuhi standar yang dianggap wajar oleh kebanyakan negara, meskipun praktik tersebut sesuai dengan standar nasional sebagaimana yang diatur dalam hukum nasional. Berangkat dari kekurangan tersebut, MST berupaya memberikan perlindungan kepada orang asing terlepas dari bagaimana negara tuan rumah memperlakukan warga negaranya.[17]

Perkembangan signifikan dari MST terjadi pada abad ke-20 Masehi seiring dengan masifnya globalisasi dan migrasi antarnegara. Salah satu kasus penting (*landmark case*) terkait MST pada abad ke-20 adalah kasus *Neer v. Mexico* atau *Neer case*. Pada kasus tersebut, Meksiko digugat Amerika Serika tatas tuduhan

---

[12] Mathias Alencastro dan Eric Cezne, "The South-South investment that never happened: Vale in Guinea," *The Extractive Industries and Society*, Vol. 13 (Maret 2023), 5, https://doi.org/10.1016/j.exis.2022.101147.

[13] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic, para. 134. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf.

[14] United Nations, *Fair And Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (New York dan Geneva: United Nations, 2012), 6-7.

[15] Mas Rahmah, Hukum Investasi (Jakarta: Kencana, 2020), 57.

[16] Organisation for Economic Co-operation and Development, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law," *OECD Working Papers on International Investment Law*, No. 2004/03 (2004), 2-3. http://dx.doi.org/10.1787/675702255435.

[17] Marcela Klein Bronfman, "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard," *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol. 10, ed. A. von Bogdandy & R. Wolfrum, (Leiden: Koninklijke Brill N.V, 2006), 623.

tidak adanya keseriusan dalam mengusut kematian Neer, warga negara Amerika Serikat, dan memberikan ganti rugi kepada keluarga Neer.[18]

Claims Commissions, komisi yang dibentuk berdasarkan USA-United Mexican States Convention 1923, menangani kasus tersebut dan memutuskan bahwa tuduhan Amerika Serikat tidak terbukti memenuhi standar-standar internasional sebagaimana yang disampaikan komisi berikut:

"*The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to* ***an outrage****, to* ***bad faith****, to* ***willful neglect of duty****, or to* ***an insufficiency of governmental action*** *so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.*"[19]

Standar minimum internasional yang pada mulanya diterapkan pada perlakuan terhadap orang asing kemudian diperluas hingga melingkupi perlakuan terhadap aset orang asing, termasuk aset yang ditanamkan pada suatu usaha sebagai modal sehingga menjadi suatu PMA.[20] Putusan arbitrase ICSID pada kasus *Waste Management v. Mexico (II)* merupakan salah satu *landmark decision* yang menggunakan standar MST menurut kebiasaan internasional untuk menginterpretasikan FET, sebagaimana pendapat arbitrase ICSID berikut:

"*Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the* ***minimum standard of treatment of fair and equitable treatment*** *is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is* ***arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic****, is* ***discriminatory*** *and exposes the claimant to* ***sectional or racial prejudice****, or involves a* ***lack of due process*** *leading to an* ***outcome which offends judicial propriety****—as might be the case with a* ***manifest failure of natural justice in judicial proceedings*** *or a complete* ***lack of transparency and candour in an administrative process***.[21]

2. Prinsip FET Sebagai Standar yang Berdiri Sendiri atau *Independent Standard*/*Self Contained Standard*

Menurut pandangan ini, FET tidak serta merta diasosiasikan dengan MST. Melalui standar tersebut, tribunal memiliki kebebasan untuk memperluas pemaknaan FET sesuai dengan kasus yang dihadapi untuk menjamin perlindungan terhadap hak penanam modal asing.[22] Sebagai contoh, pada kasus *Tecmed v. Mexico*, arbitrase ICSID menginterpretasikan FET secara bebas berdasarkan cara penafsiran perjanjian internasional, seakan-akan kewajiban FET pada BIT adalah kewajiban kontraktual. Hal tersebut terlihat pada pendapat tribunal berikut:

"*The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that* ***does not affect the basic expectations*** *that were taken into account by the foreign investor to make*

[18] Muhammad Iqbal Hasan, *Op. Cit.*, 80-81.
[19] *Ibid.*¸ 81.
[20] M Soenarjah, *Op. Cit.*, 11
[21] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), para. 98. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf.
[22] M Soenarjah, *Op. Cit.*, 349.

the investment. The foreign investor expects the host State to act in a ***consistent manner****,* ***free from ambiguity and totally transparently*** *in its relations with the foreign investor...*

... The Arbitral Tribunal understands that the scope of the undertaking of fair and equitable treatment under Article 4(1) of the Agreement described above is that ***resulting from an autonomous interpretation****, taking into account the text of Article 4(1) of the Agreement according to* ***its ordinary meaning (Article 31(1) of the Vienna Convention)****, or from* ***international law and the good faith principle***.[23]

Berkaitan dengan pencabutan izin pertambangan yang menjadi pokok sengketa hukum pada kasus *Cortec Mining v. Kenya* dan *BSGR v. Guinea*, kita harus memandang tindakan tersebut sebagai bagian dari tindakan administrasi negara. Adminisrasi negara dapat diartikan sebagai keseluruhan proses kerja sama yang dilakukan aparatur negara/pemerintah di mana sumber daya dan pejabat publik diorganisasi dan dikoordinasikan dalam rangka pelaksanaan kebijakan yang berkaitan dengan hal-hal tujuan negara dan penyelenggaraan berbagai kebutuhan publik.[24] Tindakan pencabutan izin tersebut merupakan tindakan hukum publik yang menjadi pokok pembahasan hukum administrasi negara, yaitu tindakan hanya dapat dilaksanakan oleh institusi atau pejabat yang memiliki wewenang hukum publik, baik wewenang yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan maupun atas dasar pemberian mandat.[25] Lebih lanjut, tindakan tersebut termasuk dalam tindakan hukum sepihak berupa keputusan administrasi, yaitu tindakan-tindakan yang dilakukan secara sepihak oleh pejabat administrasi sesuai dengan kewenangan yang ditentukan.[26]

Salah satu konsep mendasar dalam administrasi negara adalah pemisahan kekuasaan atau *separation of powers*. *Separation of powers* dapat diartikan sebagai konsep yang menghendaki pemisahan fungsi-fungsi negara agar dilaksanakan oleh institusi masing-masing tanpa adanya tumpang tindih kekuasaan dalam rangka menghindari pemusatan kekuasaan pada satu otoritas.[27]

Pada abad ke-18, Montesquieu mengemukakan konsep *separation of powers* dengan komposisi fungsi kekuasaan yang dikenal luas hingga saat ini: eksekutif, legislatif, dan yudikatif.[28] Secara umum, Montesquieu mendeskripsikan lingkup kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif dengan sederhana:

1. kekuasaan legislatif adalah kekuasaan untuk membuat undang-undang (*fait les lois*);

---

[23] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. Technicas Medioambienttales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, 61-62. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf
[24] Beddy Irawan Maksudi, *Dasar-Dasar Administrasi Publik* (Depok: RajaGrafindo Persada, 2017), 226.
[25] Philipus M. Hadjon dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia* (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2015), 10.
[26] Dinoroy Marganda Aritonang, *Aspek Hukum Penyelenggaraan Administrasi Publik di Indonesia* (Bandung: Refika Aditama, 2019), 155.
[27] Mark Ryan, *Unlocking Constitutional & Administrative Law* (London: Routledge, 2014), 70.
[28] *Loc. Cit.*

2. kekuasaan eksekutif adalah kekuasaan untuk melaksanakan undang-undang secara umum (*applique de manière generale*);
3. kekuasaan yudikatif adalah kekuasaan untuk melaksanakan undang-undang dalam kasus-kasus khusus (*applique de manière particuliere*).[29]

Di antara ketiga fungsi atau kekuasaan negara tersebut, kekuasaan eksekutif sering diasosiasikan dengan administrasi negara. Di Inggris dan bekas negara-negara jajahannya, kekuasaan administratif dideskripsikan sebagai kekuasaan residu atau kekuasaan sisa dari legislatif dan yudikatif.[30] Konsep kekuasaan residu ini juga dikenal di Belanda dan Indonesia, di mana menurut Van Wijk/Konijnbelt administrasi (*bestuur*) meliputi kekuasaan penguasa yang tidak termasuk pembuatan undang-undang (*wetgeving*) maupun peradilan (*rechtspraak*).[31]

Prinsip *natural justice* dan *the rule of law* adalah dua prinsip dasar hukum administrasi negara pada sistem *common law* yang kini telah berlaku luas di banyak negara, termasuk di negara-negara yang menganut sistem *civil law*. Prinsip *natural justice* (di Amerika Serikat dikenal sebagai *procedural due process of law*) adalah prinsip yang mewajibkan aparatur negara untuk melaksanakan fungsi dan wewenangnya secara adil dan beralasan (*fairness and reasonableness*).[32] Prinsip *natural justice* terdiri atas dua ajaran pokok:

1. *Rule of Fair Hearing* (*Audi et Altera Partem*)

   Berdasarkan *rule of fair hearing*, setiap orang memiliki hak untuk membela diri dan negara wajib memberikan hak tersebut pada prosedur-prosedur administrasi yang dilakukan.[33]

2. *Rule Against Bias* (*Nemo Judex in Causa Sua*)

   Menurut ajaran *rule against bias*, setiap pejabat administrasi yang memiliki wewenang untuk mengeluarkan keputusan tidak dapat mengeluarkan keputusan tersebut apabila ia memiliki benturan kepentingan terhadap perkara yang ditanganinya dengan wewenang tersebut.[34]

Prinsip *the rule of law* sejatinya merupakan prinsip hukum yang telah berlaku secara umum. A.V Dicey, juris Inggris, dalam bukunya yang berjudul, "*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*" pada tahun 1885 mengemukakan tiga aspek dari *the rule of law* sebagai berikut:

1. *supremacy of the law*;
2. *equality before the law*;

---

[29] Louis Favoreu dkk., *Droit Constitutionnel* (Paris: Dalloz, 2019), 418.
[30] Mark Ryan, *Op. Cit*., 72.
[31] Philippus M. Hadjon dkk, *Op. Cit.*, 4.
[32] *Ibid*., 112.
[33] *Ibid*., 556.
[34] Alex Caroll, *Constitutional and Administrative Law* (Harlow: Pearson Education Limited, 2021), 446.

3. *personal liberty and rights are consequences of judicial decisions* (hanya berlaku di negara-negara dengan sistem *common law*).[35]

Prinsip *the rule of law* memiliki dua konsep utama: *the rule of law* sebagai konsep prosedural dan sebagai konsep substantif. Sebagai konsep prosedural, *the rule of law* mengontrol dan membatasi pelaksanaan wewenang lembaga pemerintah dengan mewajibkan setiap tindakan pemerintahan untuk memiliki dasar hukum yang jelas, atau yang biasa disebut sebagai asas legalitas administrasi negara.[36] Sebagai konsep substantif, *the rule of law* mewajibkan setiap hukum yang menjadi dasar tindakan pemerintahan untuk menjunjung nilai-nilai fundamental seperti nilai keadilan, kepatutan, dan perlindungan hak asasi manusia.[37]

Apabila kita mengaitkan prinsip FET dan teori administrasi negara tersebut dengan kasus pencabutan izin pertambangan dengan PMA yang diduga diperoleh melalui penyuapan, kita dapat melihat bahwa pada satu sisi, negara tuan rumah memiliki kewajiban untuk memberantas korupsi dan penyuapan sebagai kewajiban internasional melalui peraturan dan kebijakan nasionalnya berdasarkan, tetapi di sisi lain, penanam modal asing memiliki hak-hak yang dilindungi hukum internasional untuk mendapatkan perlakuan yang adil dan layak dari negara tuan rumah. Dengan demikian, kita dapat melihat adanya benturan antara kewajiban FET yang melindungi PMA dengan kewajiban dan kepentingan nasional untuk memberantas penyuapan.

Penolakan arbitrase ICSID terhadap yurisdiksi sebagaimana pada kasus *Cortec Mining v. Kenya* atau tidak diterimanya gugatan sebagaimana pada kasus *BSGR v. Guinea*, membuat isu pelanggaran prinsip FET tersebut menjadi belum terjawab. Isu tersebut penting untuk dibahas dalam rangka memberikan kepastian hukum mengenai kewajiban FET negara tuan rumah dalam melakukan pencabutan izin pertambangan dengan penanaman modal asing ketika adanya dugaan penyuapan dalam memperoleh izin tersebut.

Berdasarkan uraian tersebut, Penulis merumuskan dua permasalahan yang dapat disusun sebagai berikut:

1. Apakah izin pertambangan dengan penanaman modal asing yang diduga diperoleh melalui penyuapan dapat serta merta dicabut oleh negara tuan rumah?
2. Apakah pencabutan izin pertambangan dengan penanaman modal asing sebagaimana dimaksud di atas dapat dikategorikan sebagai pelanggaran terhadap prinsip FET?

II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis normatif. Penelitian ini membahas asas-asas atau prinsip-prinsip hukum dalam ilmu hukum.[38] Data

[35] Mark Ryan, *Op. Cit*., 118.
[36] *Ibid*., 108.
[37] *Ibid*., 113.
[38] Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), 24.

penelitian ini bersumber dari bahan kepustakaan, baik berbentuk cetak seperti buku cetak maupun berbentuk digital seperti buku elektronik, jurnal elektronik, dokumen-dokumen putusan yang dapat diakses melalui laman internet, kamus digital, hingga peraturan perundang-undangan dari berbagai negara.

Dalam melakukan analisis terhadap data yang telah dikumpulkan, penulis menggunakan dua teknik interpretasi atau penafsiran sebagaimana yang dikemukakan Soedikno Mertokusumo: metode gramatikal dan komparasi. Metode gramatikal digunakan untuk menafsirkan ketentuan di dalam hukum positif secara tersurat atau sebagaimana maknanya secara tekstual. Metode komparasi digunakan untuk membandingkan norma hukum yang berlaku antara suatu negara dengan negara lain untuk dihubungkan dengan permasalahan yang diteliti.

III. HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Pencabutan Izin Pertambangan dengan Penanaman Modal Asing yang Diduga Diperoleh Melalui Penyuapan

1. Kasus Pencabutan Izin Pertambangan dengan Penanaman Modal Asing yang Diduga Diperoleh Melalui Penyuapan

a. *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya* (ICSID Case No. ARB/15/29)

Cortec Mining Kenya, Ltd adalah perusahaan dengan penanaman modal asing berbadan hukum Kenya yang bergerak di bidang pertambangan. 70% dari saham Cortec Mining Kenya, Ltd dimiliki oleh Cortec (Pty), Ltd dan Stirling Capital, Ltd, perusahaan berbadan hukum Inggris.[39] Cortec Mining Kenya, Ltd melaksanakan kegiatan eksplorasi dan operasi produksi pertambangan di kawasan Mrima Hill, kawasan konservasi alam di Kenya, dengan mengantongi izin eksplorasi SPL 256 yang diterbitkan pada tanggal 4 April 2008 dan izin operasi produksi SML 351 yang diterbitkan pada tanggal 7 Maret 2013. [40]

Pada bulan Agustus 2013 Pemerintah Kenya mencabut SML 351 Cortec Mining Kenya, Ltd atas dasar bahwa izin tersebut diterbitkan tanpa adanya Environmental Impact Assessment dan memberikan hak pertambangan atas kawasan konservasi yang seharusnya dilarang untuk dijadikan area pertambangan. Bersamaan dengan alasan tersebut, Pemerintah Kenya menuduh bahwa Cortec Mining Kenya, Ltd melakukan suap terhadap sejumlah pejabat kenya untuk mengatasi rintangan regulasi dan birokrasi yang ada.[41] Terhadap tuduhan tersebut, Pemerintah Kenya justru tidak pernah memberikan kesempatan bagi pihak Cortec Mining Kenya, Ltd untuk membela diri.[42]

Setelah gugatan administrasi untuk membatalkan pencabutan izin tersebut ditolak pada tingkat pengadilan nasional, Cortec Mining Kenya, Ltd beserta

---

[39] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. Cortec Mining Kenya, Ltd v. Kenya, para. 14. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf.
[40] *Ibid*., para 3.
[41] *Ibid*., para 6.
[42] *Ibid*., para 184.

Cortec Pty, Ltd dan Stirling Capital, Ltd membawa sengketa tersebut untuk diselesaikan melalui forum arbitrase ICSID pada tanggal 18 Juni 2018. Cortec Mining Kenya, Ltd berdalil bahwa Pemerintah telah melanggar prinsip FET yang diatur pada BIT Inggris-Kenya Pasal 2 ayat (2).[43] Kenya, di sisi lain, menggunakan pembelaan illegal investment bahwa kegiatan penanaman modal didasarkan pada perolehan izin yang tidak sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku sehingga dikategorikan sebagai "*illegal investment*."[44]

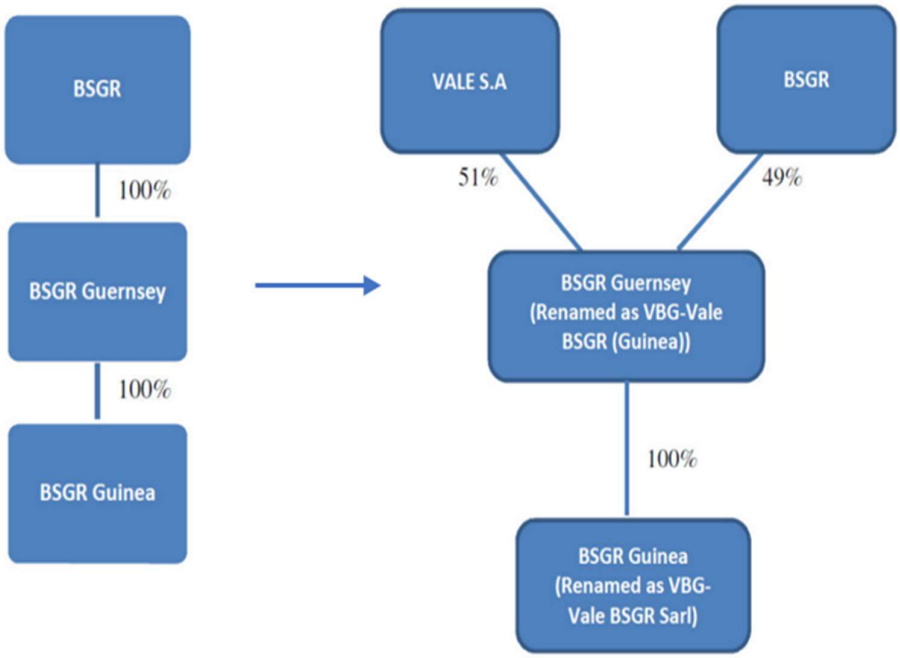
Pada forum arbitrase ICSID, tribunal menemukan bahwa tuduhan adanya penyuapan yang dilontarkan oleh Pemerintah Kenya tidak memiliki bukti yang kuat karena Pemerintah Kenya tidak pernah memberi kesempatan kepada pihak-pihak yang diduga terlibat dalam penyuapan tersebut untuk membela diri (*fair hearing*),[45] namun tribunal juga menemukan fakta lain bahwa izin SML 351 terbukti diperoleh sebelum adanya Environmental Impact Assessment sehingga izin pertambangan tersebut batal demi hukum sesuai ketentuan Kenya Environmental Regulations 2003 Pasal 4 ayat (2). Atas dasar itu, arbitrase ICSID menerima dalil Kenya dan menyatakan tidak memiliki yurisdiksi atas PMA yang menjadi pokok sengketa Cortec Mining v. Kenya tersebut.[46]

b. *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/14/22)

BSGR (Guinea) SÀRL atau BSGR (Guinea) adalah perusahaan dengan penanaman modal asing berbadan hukum Guinea yang bergerak di bidang usaha pertambangan. Perusahaan tersebut mengantongi izin eksplorasi untuk wilayah pertambangan Simandou Mine 1 dan 2 pada tanggal 9 Desember 2008 serta konsesi atas kawasan Zogota pada tanggal 19 Maret 2010.[47] Antara tanggal 14 Juni 2010 sampai dengan 13 Maret 2015, perusahaan ini bernama VbG-Vale BSGR Sàrl sehubungan dengan penanaman modal baru oleh Vale, raksasa korporasi pertambangan dunia asal Brazil, sebesar 51% melalui penerbitan saham baru, sehingga persentase kepemilikan saham BSGR, Ltd atas BSGR Guernsey menjadi 49%.[48]

---

[43] *Ibid*., para. 2.
[44] *Ibid*., para. 253.
[45] *Ibid*., para. 184.
[46] *Ibid*., para 387.
[47] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, para. 204-219. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171060.pdf.
[48] *Ibid*., para. 185-187.



Bagan 1. Struktur Pemegang Saham BSGR (Guinea) atau VbG-Vale BSGR Sàrl Sebelum (Kiri) dan Setelah (Kanan) Penanaman Modal oleh Vale

Pada tahun 2010, Presiden Alpha Conde terpilih dan mulai menjabat sebagai Presiden Guinea menggantikan pemerintahan junta. Salah satu program utamanya adalah reformasi pemerintahan dan transparansi pada bidang pertambangan. Hal tersebut dilakukan dengan menerbitkan *Code Minier de la Republique de Guineé* 2011 yang tidak hanya melarang praktik penyuapan untuk memperoleh izin pertambangan, tetapi juga mengancamnya dengan sanksi pencabutan izin serta membentuk Komite Teknis dan Komite Strategis untuk melakukan peninjauan ulang terhadap seluruh izin pertambangan di Guinea.[49]

Berdasarkan hasil investigasi Komite Teknis, BSGR (Guinea) (ketika belum berubah nama menjadi VbG-Vale BSGR Sàrl) diduga memperoleh izin pertambangan melalui suap agar pemerintah junta Guinea mencabut izin eksplorasi Rio Tinto, pemegang izin atas wilayah Simandou sebelumnya, dan memberikan izin kepada BSGR (Guinea) atas wilayah pertambangan tersebut.[50] Atas dasar rekomendasi Komite Strategis, Presiden Alpha Conde kemudian mencabut konsesi atas kawasan Zogota pada tanggal 17 April 2014 dan izin eksplorasi Simandou Mine 1 dan 2 pada tanggal 18 April 2014.[51] Akibatnya, Vale menggugat BSGR, Ltd di London Court of International Arbitration (LCIA) agar memberikan ganti rugi senilai 3 Milyar Dolar Amerika Serikat pada 28 April 2014 dan menjual seluruh sahamnya (divestasi) kepada BSGR, Ltd pada tahun 2015.[52]

[49] *Ibid*., para. 226-227.
[50] *Ibid*., para. 231-238.
[51] *Ibid*., para. 238-239.
[52] *Ibid*., para. 225.

Pada tanggal 1 Agustus 2014, BSGR, Ltd membawa sengketa antara BSGR dengan Guinea ke forum arbitrase ICSID. BSGR mendalilkan bahwa Guinea telah melanggar kewajiban FET dengan melakukan pencabutan izin pertambangan BSGR (Guinea) yang diklaim tidak sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.[53] Di sisi lain, Guinea menggunakan pembelaan serupa dengan Kenya pada kasus *Cortec Mining v. Kenya*, yakni adanya penyuapan yang menyebabkan PMA yang dilakukan BSGR dikategorikan sebagai "*illegal investment*."[54]

Pada sengketa ini, Guinea berhasil membuktikan adanya penyuapan yang dilakukan oleh BSGR di depan arbitrase ICSID, sebagaimana yang disebutkan sebelumnya. Dengan demikian, BSGR terbukti melakukan penanaman modal dengan dasar legalitas yang tidak sah. Pada tanggal 18 Mei 2022, arbitrase ICSID memutuskan bahwa gugatan BSGR tidak dapat diterima (*inadmissible*).[55] Pada tahun 2023, Beny Steinmetz, pemegang saham mayoritas BSGR, Ltd., dijatuhi pidana oleh pengadilan Swiss atas tindak pidana penyuapan internasional (*foreign bribery*) terkait kasus BSGR tersebut.[56]

2. Ketentuan Pencabutan Izin Pertambangan dengan Penanaman Modal Asing atas Dasar Adanya Dugaan Penyuapan

Sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya, izin pertambangan merupakan salah satu bentuk keputusan administrasi yang bersegi satu. Hal ini membedakan izin pertambangan dengan kontrak pertambangan seperti kontrak karya, di mana pemerintah dan perusahaan pertambangan memiliki kedudukan setara untuk mengadakan kontrak atas dasar kesepakatan. Penulis akan menguraikan ketentuan pencabutan izin dan keputusan administrasi lainnya secara umum dan ketentuan khusus dalam hal pencabutan izin tersebut dalam hal adanya dugaan tindak pidana berupa penyuapan.

Di negara-negara *common law* seperti Inggris, Amerika Serikat, dan Kenya, *rule of fair hearing* sebagai bagian dari prinsip *natural justice* merupakan prinsip absolut. Pelanggaran terhadap prinsip *natural justice* mengakibatkan suatu keputusan administrasi cacat secara prosedur.[57] Kenya, sebagai negara bekas jajahan Inggris, juga menganut prinsip ini, di mana Sebelum berlakunya Kenya Fair Administrative Action Act 2015, hukum administrasi Kenya benar-benar mengikuti hukum-hukum Inggris sepenuhnya.[58]

Di negara-negara *civil law*, kewajiban terhadap *fair hearing* juga berlaku, meskipun tidak disebutkan secara eksplisit, hanya saja istilah yang digunakan berbeda. Prancis, demikian pula Guinea sebagai negara bekas jajahan Prancis, menggunakan istilah "*principe de contradictoire*" untuk menyebut "*fair hearing*."

---

[53] *Ibid*., para. 341.
[54] *Ibid*., para. 362.
[55] *Ibid*., para. 1132 (5).
[56] Emma Farge dan Clara Denina, "Swiss court upholds corruption ruling against mining magnate Steinmetz," https://www.reuters.com/business/swiss-court-upholds-corruption-ruling-against-mining-magnate-steinmetz-2023-04-04/ (diakses pada 27 April 2024).
[57] Mark Ryan, *Op. Cit*., 566.
[58] Tuya John Mayani, "Unlocking The Revolutionary Potential of Kenya's Constitutional Right to Fair Administrative Action," Tesis LLM Faculty of Law, University of Cape Town, 2017, 36.

Prinsip ini sejatinya merupakan prinsip hukum umum yang telah dikuatkan dengan yurisprudensi *Conseil d'Etat* (Mahkamah Agung Prancis) Nomor CE 17 Fevr 1950.[59]

Asas legalitas sebagai konsep prosedural dari *the rule of law* mewajibkan agar tindakan administrasi dilakukan menurut hukum yang berlaku. Pada pencabutan izin, legalitas tersebut meliputi adanya pemberian wewenang, prosedur, termasuk adanya dasar hukum yang memberikan alasan bagi pejabat administrasi untuk mencabut izin yang dimaksud. Hal ini sejalan dengan pendapat juris A.V Dicey di atas bahwa salah satu unsur dari *the rule of law* adalah *supremacy of the law* yang juga berlaku bagi pejabat administrasi.

Hal tersebut memberikan implikasi bahwa suatu jabatan atau lembaga negara yang berada di lingkungan eksekutif sebagai pelaksana fungsi administrasi, maupun lembaga yudikatif atau penegak hukum, harus menjalankan wewenang masing-masing yang ditentukan peraturan perundang-undangan, sebagaimana konsep *separation of powers* yang menghendaki adanya pemisahan kekuasaan antara lembaga yang melaksanakan fungsi administrasi maupun peradilan dan penegak hukum.

Sebagai konsekuensi, perkara pidana harus diproses dan diputus terlebih dahulu oleh pengadilan yang berwenang sebelum pencabutan izin yang diduga diperoleh melalui penyuapan atau tindak pidana lainnya dapat dilakukan oleh pejabat administrasi. Kalaupun pejabat administrasi menemukan adanya dugaan penyuapan, maka pejabat yang bersangkutan wajib berkoordinasi dengan penegak hukum agar dugaan penyuapan tersebut dapat diproses. Hal tersebut sejalan dengan pendapat majelis hakim pada putusan advisorial Pengadilan Uni Eropa pada kasus *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* tahun 2013 sebagai berikut:
"*The ne bis in idem principle laid down in Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union does not preclude a Member State from imposing successively, for* ***the same acts of non-compliance*** *with declaration obligations in the field of value added tax,* ***a tax penalty*** *and* ***a criminal penalty*** *in so far as* ***the first penalty is not criminal in nature, a matter which is for the national court to determine***."[60]

Pendapat Pengadilan Uni Eropa di atas mensyaratkan bahwa dalam hal sanksi non-pidana dijatuhkan lebih dahulu sebelum sanksi pidananya, sanksi tersebut tidak boleh berkaitan dengan perkara dengan "karakteristik pidana" atau "*criminal nature*." Pada kasus di atas, sanksi administratif yang dijatuhkan Badan Perpajakan Swedia (*Skatteverket*) terhadap Hans Åkerberg Fransson pada tahun 2007 berkaitan dengan penunggakan pajak yang dilakukan pada tahun pajak 2004 and 2005 dan bukan karena dugaan *tax fraud*-nya, meskipun kedua hal tersebut saling berhubungan. Dengan demikian, Kejaksaan Swedia (*Åklagaren*) dibenarkan untuk melakukan proses pidana terhadap dugaan *tax fraud* pada tahun 2009.[61]

---

[59] André Maurin, *Op. Cit*., 45.
[60] Court of Justice of the European Union, Judgement. Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson (2013) C-617/10, para. 12-13. Diakses dari https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134202&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6663836.
[61] *Ibid.*, para. 12-13.

Mengingat bahwa penyuapan merupakan suatu tindak pidana, ketentuan penjatuhan sanksi administratif atas perbuatan yang berkaitan dengan tindak pidana sehingga memiliki karakteristik pidana atau *criminal nature* sebagaimana yang dijelaskan sebelumnya, kita dapat mengatakan bahwa izin pertambangan tidak boleh dicabut sebelum adanya putusan berkekuatan hukum tetap yang membuktikan adanya tindak pidana tersebut. Pelanggaran terhadap ketentuan ini mengakibatkan suatu pencabutan izin pertambangan menjadi cacat prosedural. Ketentuan ini juga sejatinya disebutkan di dalam *Code Minier de la Republique de Guinée* 2011 Pasal 157 berikut:
"***In addition to the criminal provisions*** *in Title VIII of this Code,* ***a breach*** *by a holder of a Mining Title, or by one of civil servants, directors, employees, representatives, subcontractors of the holder or shareholders of the latter duly acting on his behalf,* ***of the provisions*** *of this Code relating to the* ***prohibition on the payment of Bribes****, may result in* ***penalties ranging up to the revocation of the Mining Title concerned***."

Kewajiban *fair hearing* dan adanya putusan pidana berkekuatan hukum tetap yang membuktikan adanya penyuapan tersebut sebelum pencabutan izin pertambangan dilakukan tidak hanya berlaku terhadap izin pertambangan dengan penanaman modal dalam negeri, tetapi juga PMA. Doktrin Calvo yang menjadi cetak biru dari prinsip *national treatment* mewajibkan negara tuan rumah untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap warga negara asing dan propertinya sebagaimana perlakuan yang diberikan terhadap warga negara sendiri dan propertinya.[62] Ajaran Doktrin Calvo tersebut menjelma menjadi kewajiban *national treatment* sebagaimana yang diatur di berbagai perjanjian internasional di bidang perdagangan dan penanaman modal.[63] Sebagai contoh, berkaitan dengan kasus *Cortec Mining v. Kenya*, BIT Inggis-Kenya Pasal 3 ayat (1) mengatur ketentuan *national treatment* sebagaimana yang berbunyi:
"***Neither Contracting Party shall in its territory*** *subject investments or returns of* ***nationals or companies of the other Contracting Party*** *to* ***treatment less favourable*** *than what which it accords to investments or returns of* ***its own nationals or companies*** *or to mvestments or returns of nationals or companies of any third State*."

Berdasarkan analisis penulis, apabila negara tuan rumah mengatur bahwa izin pertambangan PMA yang diduga diperoleh melalui penyuapan dapat dicabut secara serta merta, sementara ketentuan demikian tidak berlaku bagi izin pertambangan dengan penanaman modal dalam negeri, maka negara tuan rumah dapat dikatakan bertindak secara diskriminatif terhadap pertambangan PMA. Oleh karena itu, pencabutan izin pertambangan yang diduga diperoleh melalui penyuapan secara serta merta tidak boleh dilakukan terhadap pertambangan

---

[62] Stephan Hobe, "The Law Relating to Aliens, the International Minimum Standard, and State Responsibility – I. The Development of the Law of Aliens and the Emergence of General Principles of Protection under Public International Law," *International Investment Law: A Handbook*, ed. Marc Bungenberg dkk (Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015), 9.
[63] M Soenarjah, *Op. Cit.*, 37.

dengan PMA, sebagaimana ketentuan tersebut berlaku terhadap pertambangan dengan penanaman modal dalam negeri.

B. Prinsip *Fair and Equitable Treatment* (FET) Berdasarkan *International Minimum Standard of Treatment* (MST) pada Pencabutan Izin Pertambangan yang Diduga Diperoleh Melalui Penyuapan

1. Putusan Terkait Prinsip FET Berdasarkan MST Menurut Hukum Kebiasaan Internasional pada Tindakan Administrasi Negara Tuan Rumah

Sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya, perlindungan terhadap warga negara asing dan propertinya yang ada di negara tuan rumah menurut hukum internasional pada awalnya didasarkan pada standar perlakuan minimum internasional atau MST. Ketika kewajiban FET pada awalnya mulai dicantumkan pada berbagai BIT, sejumlah negara, khususnya negara-negara maju, menggunakan MST sebagai standar untuk menilai apakah perlakuan negara tuan rumah dapat dikatakan adil dan layak. Mengingat fakta historis ini, praktik kontemporer menunjukkan bahwa dalam hal BIT tidak mengatur kewajiban FET, atau dengan kata lain tidak memuat ketentuan apapun mengenai FET, penanaman modal tersebut masih tetap terlindungi dengan prinsip FET berdasarkan standar minimum internasional.[64]

Sejak putusan *Neer Case* tahun 1923, MST mengalami perkembangan yang signifikan. Salah satu putusan penting yang menjadi tonggak perkembangan MST setelah *Neer Case* adalah putusan Mahkamah Internasional pada kasus *Elettronica Sicula S.p.A (United States v. Italy)* atau *ELSI Case*. Pada kasus ini, Amerika Serikat menggugat Italia di Mahkamah Internasional dengan alasan Italia melakukan ekspropriasi terhadap aset-aset Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), sebuah perusahaan berbadan hukum Italia dengan perusahaan Amerika Serikat bernama Raytheon & Machlett sebagai pemilik saham mayoritas, secara sewenang-wenang sehingga menimbulkan kerugian materiil, sedangkan Italia berdalih bahwa ekspropriasi tersebut dibenarkan hukum Italia untuk menghindari krisis ekonomi berlanjut di Palermo sehubungan dengan pemutusan hubungan kerja secara besar-besaran yang dilakukan oleh ELSI.[65]

Putusan Mahkamah Internasional terhadap *ELSI Case* tahun 1989 memberikan perluasan terhadap MST, di mana Mahkamah berpendapat bahwa kesewenang-wenangan menurut hukum internasional merupakan bentuk pelanggaran MST, sebagaimana pada kutipan berikut:

"*The Chamber is here called upon to apply the provisions of a treaty which sets standards – in addition to the reference to* ***general international law*** *– which may go further in* ***protecting nationals of the High Contracting Parties than general international law requires****; but the United States has not – Save in one*

[64] United Nations, *Op. Cit.*, 18.
[65] International Court of Justice, Judgement. Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), para. 14-16. Diakses dari https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf.

respect – suggested that these requirements do in this respect set ***higher standards than the international standard***.”[66]
“***Arbitrariness*** *is not so much something opposed to a rule of law, as* ***something opposed to the rule of law****. This idea was expressed by the Court in the Asylum case, when it spoke of "arbitrary action" being "sub-stituted for the rule of law" (Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 284). It is a* ***wilful disregard of due process of law****, an act which* ***shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety***.”[67]

Berdasarkan pendapat Mahkamah Internasional di atas, kesewenang-wenangan menurut hukum internasional tindakan-tindakan yang melanggar *the rule of law* seperti pengabaian terhadap *due process of law* secara sengaja dan bersifat “mengejutkan” kepatutan hukum (*juridical propriety*).

Putusan *Elettronica Sicula S.p.A (United States v. Italy)* telah diterima oleh arbitrase ICSID pada berbagai sengketa sebagai putusan yang menunjukkan adanya perluasan MST melebihi standar pada kasus *Neer v. Mexico*. Salah satu kasus yang mengkonfirmasi hal tersebut adalah kasus *ADF Group, Inc v. The United States*. Pada putusannya, arbitrase ICSID mengemukakan pendapat yang senada dengan pendapat Mahkamah Internasional pada *ELSI Case* sebagai berikut:
“*An unauthorized or ultra vires act of a governmental entity of course remains, in international law, the act of the State of which the acting entity is part, if that entity acted in its official capacity. But* ***something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law*** *requirements of Article 1105(1), even under the Investor’s view of that Article. That “something more” has not been shown by the Investor*.”[68]

2. Analisis Prinsip FET Berdasarkan MST Menurut Hukum Kebiasaan Internasional Pada Pencabutan Izin Pertambangan yang Diduga Diperoleh Melalui Penyuapan

Pada putusan *ADF Group, Inc v. The United States* sebagaimana yang dipaparkan sebelumnya, arbitrase ICSID berpendapat bahwa tindakan pemerintah yang melawan hukum tidak serta merta mengakibatkan adanya pelanggaran terhadap FET menurut MST, tetapi diperlukan “unsur lainnya yang lebih dari sekadar pelanggaran terhadap legalitas” yang harus dipenuhi. Sementara itu, pada kasus *Elettronica Sicula S.p.A (United States v. Italy)*, Mahkamah Internasional menekankan bahwa pelanggaran terhadap legalitas atau “*a rule of law*” sebagai konsep prosedural dari *the rule of law* saja tidak cukup untuk menjadikan suatu tindakan negara tuan rumah bertentangan MST, tetapi juga pelanggaran terhadap kepatutan hukum atau *juridical propriety* sebagai konsep substantif dari *the rule*

[66] *Ibid*., para. 111.
[67] *Ibid*., para. 128.
[68] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. ADF Group Inc v. The United States of America, para. 190. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf.

of law. Dengan mengingat bahwa prinsip FET sebagai prinsip yang melindungi hak-hak substantif suatu PMA, adanya pelanggaran terhadap kepatutan hukum sebagai konsep substantif dari *the rule of law* juga diperlukan agar tindakan tersebut dapat dikatakan melanggar prinsip FET berdasarkan MST.

Apabila kita menggunakan pendapat-pendapat sebagaimana yang dimaksud di atas, maka kita dapat mengatakan bahwa pencabutan izin pertambangan yang diduga diperoleh melalui penyuapan secara serta-merta tanpa adanya *fair hearing* atau putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap yang menyatakan terbuktinya penyuapan tersebut sebagai bukti yang sah sudah cukup untuk menjadikan tindakan negara tuan rumah tersebut bertentangan dengan *the rule of law*, baik dalam konsep prosedural maupun substantif, sehingga dapat dikatakan sebagai kesewenang-wenangan menurut hukum internasional. Meskipun putusan arbitrase ICSID pada kasus *Cortec Mining v. Kenya* dan *BSGR v. Guinea* menyatakan bahwa ICSID tidak memiliki yurisdiksi atas pokok sengketa, arbitrase ICSID yang menangani kasus *Cortec Mining v. Kenya* mengeluarkan putusan yang krusial bagi analisis ini:

"*In the Tribunal's view,* ***it is not appropriate*** *for a Party* ***to make such serious allegations of corruption*** *and then* ***not only fail to support it with credible evidence but to withhold from the opposing party documents which shed significant light on the conduct of the individual*** *(Mr. Masibo) at the center of the* ***bribery allegations***."[69]

Dari pendapat tersebut, kita dapat melihat bentuk lain dari ketidakpatutan hukum yang dilakukan negara tuan rumah. Menurut kutipan di atas, tuduhan penyuapan merupakan tuduhan serius yang tidak dapat diberikan begitu saja tanpa adanya bukti yang sah (*credible evidence*), apalagi jika tidak ada bukti yang dapat diterima atau bahkan tidak adanya kesempatan untuk membela diri. Dengan demikian, pencabutan izin pertambangan atas dasar adanya dugaan penyuapan seara serta merta sebagaimana yang dijelaskan sebelumnya dapat dikatakan melanggar prinsip FET.

IV. SIMPULAN

Penulis menyimpulkan bahwa suatu izin pertambangan tidak dapat dicabut secara serta merta meskipun diduga diperoleh melalui penyuapan tanpa adanya *fair hearing* maupun tanpa adanya putusan berkekuatan hukum tetap yang membuktikan adanya penyuapan tersebut. Pencabutan secara demikian merupakan bentuk tindakan administrasi negara yang cacat secara prosedural dan bertentangan dengan hukum nasional maupun prinsip-prinsip administrasi negara yang diakui secara umum, seperti *separation of powers*, *natural justice*, dan *the rule of law*. Ketentuan ini tidak hanya berlaku terhadap izin pertambangan dengan penanaman modal dalam negeri, tetapi juga PMA berdasarkan Doktrin Calvo yang menjadi cetak biru dari prinsip *National Treatment* dalam hukum penanaman

[69] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Award. Cortec Mining Kenya, Ltd v. Kenya, para. 399. Diakses dari https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf.

modal internasional, sebagaimana yang juga diatur di dalam BIT Inggris Kenya Pasal 3 ayat (1).

Pencabutan izin pertambangan sebagaimana yang dimaksud di atas dapat dikatakan melanggar prinsip FET berdasarkan MST menurut hukum kebiasaan internasional. Dengan mengelaborasikan pendapat Mahkamah Internasional pada *ELSI Case* sebagaimana yang telah diikuti berbagai putusan arbitrase ICSID terhadap pendapat arbitrase ICSID pada kasus *Cortec Mining v. Kenya* sehubungan dengan pencabutan izin pertambangan sebagaimana yang dimaksud di atas, untuk membentuk suatu pelanggaran terhadap MST menurut hukum kebiasaan internasional, perlakuan negara tidak hanya harus bertentangan dengan ketentuan hukum atau *opposed to a rule of law*, tetapi juga unsur ketidakpatutan perlakuan negara tuan rumah berupa tuduhan penyuapan sebagai suatu tuduhan serius.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Ali, Zainuddin. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, 2009.

Aritonang, Dinoroy Marganda. *Aspek Hukum Penyelenggaraan Administrasi Publik di Indonesia*. Bandung: Refika Aditama, 2019.

Caroll, Alex. *Constitutional and Administrative Law*. Harlow: Pearson Education Limited, 2021.

Favoreu, Louis., dkk. *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2019.

Hadjon, Philipus M., dkk. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2015.

Hasan, Muhammad Iqbal. *Perjanjian Investasi Internasional: Standar Perlakuan Adil dan Layak (Fair and Equitable Treatment Standard)*. Depok: RajaGrafindo Persada, 2019.

Kusnowibowo. *Hukum Investasi Internasional*. Bandung: Pustaka Reka Cipta, 2013.

Rahmah, Mas. *Hukum Investasi*. Jakarta: Kencana, 2020.

Ryan, Mark. *Unlocking Constitutional & Administrative Law*. London: Routledge, 2014.

Soenarjah, M. *The International Law on Foreign Investment*. New York: Cambridge University Press, 2010.

United Nations. *Fair And Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York dan Geneva: United Nations, 2012.

B. Jurnal dan Artikel

Alencastro, Mathias., dan Eric Cezne, "The South-South investment that never happened: Vale in Guinea," *The Extractive Industries and Society*, Vol. 13 (Maret 2023): 1-12. https://doi.org/10.1016/j.exis.2022.101147.

Bronfman, Marcela Klein. "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard," *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol. 10, ed. A. von Bogdandy & R. Wolfrum, halaman 609-680. Leiden: Koninklijke Brill N.V, 2006.

Hobe, Stephan., "The Law Relating to Aliens, the International Minimum Standard, and State Responsibility – I. The Development of the Law of Aliens and the Emergence of General Principles of Protection under Public International Law," *International Investment Law: A Handbook*, ed. Marc Bungenberg dkk, halaman 6-22. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015.

C. Tesis

Tuya John Mayani. "Unlocking The Revolutionary Potential of Kenya's Constitutional Right to Fair Administrative Action." University of Cape Town, 2017. https://open.uct.ac.za/bitstream/11427/28151/1/thesis_law_2018_tuya_john_mayani.pdf

D. Perjanjian Internasional

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investments (BIT Inggris-Kenya).

United Nations Convention Against Corruption.

E. Resolusi Organisasi Internasional

United Nations General Assembly Resolution No. A/RES/51/191, 16 Desember 1996 (*United Nations Declarations Against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions*).

F. Peraturan Nasional

Code Minier de la Republique de Guinée 2011.

G. Putusan Mahkamah Internasional dan Pengadilan Regional

Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (United States v. Italy), International Court of Justice Judgment of 20 July 1989.

Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson, Court of Justice of the European Union, Judgment of The Court No. C-617/10.

H. Putusan Arbitrase

ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1.

BSG Resources Limited (in administration), BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22.

Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5.

Wasted Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB (AF)/00/3.

I. Laman Internet

Farge, Emma., dan Clara Denina. "Swiss court upholds corruption ruling against mining magnate Steinmetz," Reuters, diakses pada 27 April 2024, https://www.reuters.com/business/swiss-court-upholds-corruption-ruling-against-mining-magnate-steinmetz-2023-04-04/.

Rubenfield, Samuel. "BSGR Confirms Enganging Man in Guinea Charged with Obstruction," Wall Street Journal, diakses pada 27 April 2024, https://www.wsj.com/articles/BL-252B-501.

The East African, "Outcry, bribery claims over mining licences recall," diakses pada 27 April 2024, https://www.theeastafrican.co.ke/tea/news/east-africa/outcry-bribery-claims-over-mining-licences-recall-1318452.

Transparency International, "Accountable Mining," diakses pada 27 April 2024, https://www.transparency.org/en/projects/accountable-mining.