

IMPLEMENTASI KEDAULATAN INDONESIA ATAS HASIL TAMBANG DALAM PERSPEKTIF PERDAGANGAN BEBAS: Hambatan dan Peluang menurut *WTO Agreements* serta Ancaman Retaliasi*

DR. Elly Erawaty, S.H., LL.M**

I. Latar Belakang

1. Terhitung 1 Januari 2020 Pemerintah Indonesia menghentikan ekspor hasil usaha pertambangan¹ nikel berdasarkan Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral (Permen ESDM) No. 11 tahun 2019. Penghentian ekspor ini serta kebijakan yang mewajibkan pengolahan dan pemurnian² hasil tambang mineral³ dan batubara⁴ (minerba) termasuk biji nikel di dalam negeri demi meningkatkan mutu dan nilai tambah, langsung

* Naskah esai akademik ini disampaikan sebagai bahan Orasio Dies Natalis Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung pada Kamis, 15 September 2022. Penulis berterima kasih kepada Dekan Fakultas Hukum, Dr. Iur. Liona N Supriatna, S.H, M.H, Dekanat, dan Panitia Dies yang memberi tugas sekaligus kepercayaan penuh kepada penulis untuk menyampaikan naskah ini sebagai bahan orasi. Terima kasih penulis juga kepada Dr. Ida Susanti, S.H., LL.M yang dengan caranya sendiri membantu penulis dalam menyelesaikan penulisan naskah ini.

** Lektor Kepala pada Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung sejak tahun 1986. Bidang kajian keahlian Hukum Ekonomi, Hukum Ekonomi Internasional, dan Hukum Kompetisi. Gelar Sarjana Ilmu Hukum diperoleh dari Fakultas yang sama pada tahun 1985. Kemudian meraih gelar LL.M dari *London School of Economics, University of London, UK* pada tahun 1992. Gelar Doktor Ilmu Hukum (Ph.D) dari *Department of Law, University of Melbourne, Australia* tahun 2004. Pendidikan *post graduates* dan pengalaman riset lain adalah di Turin, Italia tentang *International Trade Law* tahun 1994; di Suzuka, Jepang tentang *Japanese Law and Society* pada tahun 1988; di UNIDROIT, Roma, Italia tentang *Government Contract Law* pada tahun 1996; di Berlin, Jerman tentang *International Competition Law* pada tahun 1999.

¹ Usaha Pertambangan adalah “kegiatan dalam rangka pengusahaan mineral atau batubara yang meliputi tahapan kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, penambangan, pengolahan, dan pemurnian, pengangkutan dan penjualan, serta pascatambang” (Pasal 1 angka 6 UU No 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, dan perubahannya oleh UU No 3 tahun 2020).

² Pemurnian adalah “upaya untuk meningkatkan mutu komoditas tambang Mineral melalui proses fisika maupun kimia serta proses peningkatan kemurnian iebih lanjut untuk menghasilkan produk dengan sifat fisik dan kimia yang berbeda dari komoditas tambang asal sampai dengan produk logam sebagai bahan baku industri” (Pasal 1 angka 20a No 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara setelah diubah oleh UU No 3 tahun 2020 tentang Perubahan atas UU No 4 tahun 2009).

³ Mineral adalah “senyawa anorganik yang terbentuk di alam yang memiliki sifat fisik dan kimia tertentu serta susunan kristal teratur atau gabungannya yang membentuk batuan, baik dalam bentuk lepas atau padu. Pertambangan Mineral adalah pertambangan kumpulan mineral yang berupa bijih atau batuan, di luar panas bumi, minyak dan gas bumi, serta air tanah” (Pasal 1 angka 1 dan 4 UU No 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, dan perubahannya oleh UU No 3 tahun 2020).

⁴ Batubara adalah “endapan senyawa organik karbonan yang terbentuk secara alamiah dari sisa tumbuh-tumbuhan. Pertambangan Batubara adalah pertambangan endapan karbon yang terdapat di dalam bumi, termasuk bitumen padat, gambut, dan batuan aspal” (Pasal 1 angka 3 dan 5 UU No 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, dan perubahannya oleh UU No 3 tahun 2020).

digugat oleh Uni Eropa (UE) di forum penyelesaian sengketa *World Trade Organisation* (WTO). Gugatan diajukan setelah upaya konsultasi antara UE dengan Indonesia pada 22 November 2019 gagal mencapai kesepakatan. Panel dari *Disputes Settlement Body* (DSB) WTO telah dibentuk pada 29 April 2021 dan diperkirakan pada triwulan keempat 2022 (Okt-Des) Panel akan menerbitkan putusannya (*Report*).⁵ UE juga mempersoalkan masalah kewajiban bagi perusahaan tambang untuk mengutamakan penjualan hasil tambang mineral di pasar domestik, persyaratan lisensi ekspor, pemberian subsidi di bidang pertambangan mineral, dan juga menilai Indonesia tidak transparan karena tidak melaporkan kebijakan ekspor yang restriktif tersebut ke salah satu Komite dalam WTO.⁶

2. Lalu, ada persoalan baru yaitu sejak akhir 2019, Majelis Banding (*Appellate Body* atau AB) dari WTO praktis tidak berfungsi karena berakhirnya masa jabatan semua anggotanya sementara upaya untuk mengangkat anggota baru selalu gagal karena penolakan oleh Amerika Serikat.⁷ Padahal AB ini seharusnya berfungsi memeriksa penerapan norma dan penafsiran hukum oleh *Panels* DSB dalam putusannya apabila pihak yang berperkara tidak puas atas hasil *Report*. Akibatnya, semua *Report* DSB yang dimintakan banding hingga saat ini sampai waktu yang belum dapat ditentukan statusnya masih “*being appealed into the void*”.⁸ Di tengah kondisi seperti ini UE pada 10 Februari 2021 membuat Regulasi No 167 yang mengubah regulasi Nomor 654 tahun 2014 yang salah satu isinya memberi kewenangan kepada Komisi UE untuk melakukan retaliasi terhadap negara yang menjadi lawannya di forum DSB WTO tanpa menunggu hasil banding atas putusan Panel DSB yang statusnya “*into the void*” atau jika negara lawan tidak mau mengajukan banding ke *Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA) yang dibentuk pada Maret 2020.⁹ Artinya, andaikata Panel DSB memenangkan gugatan UE dan Indonesia mengajukan banding ke AB karena menolak MPIA maka tanpa menunggu kapan AB berfungsi kembali, UE dapat segera melakukan

⁵ *Indonesia – Measures Relating to Raw Materials*, WT/DS 592, *Summary of the Dispute to date at 10 November 2021*. Diakses dari https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds592_e.htm pada 5 Agustus 2022.

⁶ *Idem*.

⁷ *United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process*, “*The American Journal of International Law*” Vol 113:4 (2019), published online doi:10.1017/ajil.2019.59, by Cambridge University Press.

⁸ Ada 24 kasus permohonan banding yang diajukan ke AB sejak akhir tahun 2018 yang tidak dapat ditindak-lanjuti hingga kini. Salah satunya adalah permohonan banding yang diajukan Indonesia sebagai respondent melawan Brazil sebagai complainant dalam kasus *Indonesia – Measures Concerning the Importation of Chicken Meat and Chicken Products* (WT/DS/484/25). Pemberitahuan banding diajukan pada 17 Desember 2020. *WTO, Dispute Settlement, Appellate Body* https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm

⁹ *WTO, Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes*, JOB/DSB/1/Add.12 tanggal 30 April 2020. Diakses dari https://www.trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/april/tradoc_158731.pdf

retaliasi terhadap Indonesia. Retaliasi ini menjadi tindakan di luar kerangka *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (DSU) dari *WTO Agreements*.

3. Ketika pertama kali mengetahui soal kebijakan Indonesia di sektor usaha pertambangan minerba dan kemudian gugatan UE tersebut, satu hal yang segera terpikir oleh penulis adalah bahwa isu ini dapat dinilai sebagai bentuk implementasi kedaulatan Indonesia atas sumber daya alam¹⁰ sesuai prinsip hukum kebiasaan internasional yaitu *Permanent Sovereignty over Natural Resources* (PSNRs).¹¹ Namun dari sisi perdagangan

¹⁰ Istilah sumber daya alam lazim dipakai sebagai terjemahan dari *natural resources*. Namun, ternyata penulis belum menemukan definisi lengkap dari istilah ini dalam perUUan di Indonesia. Hanya ditemukan definisi sumber daya alam hayati yaitu “*unsur-unsur hayati di alam yang terdiri dari sumber daya alam nabati (tumbuhan) dan sumber daya alam hewani (satwa) yang bersama dengan unsur nonhayati di sekitarnya secara keseluruhan membentuk ekosistem*”, dalam UU No 5 tahun 1990 tentang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya, Pasal 1 angka 1. Ada juga definisi sumber daya alam tetapi dalam konteks sebagai bagian dari sumber daya nasional untuk pertahanan negara, yakni “*potensi yang terkandung dalam bumi, air, dan udara yang dalam wujud asalnya dapat didayagunakan untuk kepentingan Pertahanan Negara*”, menurut UU No 23 tahun 2019 tentang Pengelolaan Sumber Daya Nasional Untuk Pertahanan Negara, Pasal 1 angka 5.

¹¹ Tidak mudah memberikan definisi dengan kriteria lengkap tentang apa yang dimaksud dengan *natural resources* atau sumber daya alam apalagi bila dikaitkan dengan perdagangan internasional sebagaimana diakui oleh WTO dalam *World Trade Report 2010: Trade in Natural Resources*. Berikut ini beberapa definisi dan luas lingkup dari *natural resources*. *Natural Resource* adalah “*any biological, mineral, or aesthetic asset afforded by nature without human intervention that can be used for some form of benefit, whether material (economic) or immaterial. What is considered a “resource” (or, for that matter, “natural”) has varied over time and from one society to another. Examples of assets that can be considered natural resources include forests, surface water and groundwater, and the fertile lands or the soil and minerals within them (rather than the crops that grow on them), as well as energy resources (such as petroleum, natural gas, and heated water [that is, geothermal energy]) contained within layers of rock*”. Sumber: *Britannica, The Editors of Encyclopaedia. “natural resource”. Encyclopedia Britannica, Invalid Date, <https://www.britannica.com/science/natural-resource>. Accessed 5 July 2022*. Sementara itu *United Nations, European Commission, International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, dan World Bank*, mendefinisikannya sebagai “*natural assets (raw materials) occurring in nature that can be used for economic production or consumption. They are subdivided into four categories: mineral and energy resources, soil resources, water resources and biological resources*”. Sumber: *Glossary of Environment Statistics, Studies in Methods, Series F, No. 67, United Nations, New York, 1997*. Adapun definisi dan luas lingkup *natural resources* yang digunakan oleh WTO adalah: “*stocks of materials that exist in the natural environment that are both scarce and economically useful in production or consumption, either in their raw state or after a minimal amount of processing*”, yang meliputi *Fish, Raw materials of which: Raw hides, skins and furskins, Crude rubber, Textile fibre, Crude animal and vegetable materials, not elsewhere specified; Fuels and mining products of which: Ores and other minerals, Fuels, Non-ferrous metals; Forestry products of which: Cork and wood, Wood pulp. Lebih luas lagi juga dapat mencakup “Other semi-manufactures”, which includes lightly processed manufactures made from natural resources of which: Leather, leather manufactures, not elsewhere specified, Rubber manufactures, not elsewhere specified, Cork and wood manufactures, excluding furniture, Paper, paperboard and articles thereof, Non-metallic mineral manufactures, not elsewhere specified, manufactures of metals, not elsewhere specified.*” Sumber: WTO, “*World Trade Report 2010: Trade in Natural Resources*”.

bebas kebijakan tersebut dihadapkan pada beberapa kendala yuridis yang muncul dari *rules* dalam *WTO Agreements*.¹² Akibatnya, menjadi menarik dan harus dianalisis secara mendalam baik untuk kepentingan teoritis pengembangan studi Hukum Ekonomi Internasional maupun praktis yakni usulan kepada Pemerintah Indonesia yang menghadapi proses persidangan oleh Panel/AB dari DSB (walaupun mungkin sudah terlambat dan/atau tim hukum Pemerintah Indonesia sudah jauh lebih tahu tentang apa yang perlu dilakukan).

4. Dalam proses pengkajian tentang perkembangan prinsip PSNRs dan penyisiran atas putusan Panel/AB yang relevan, penulis menemukan fakta yang mengejutkan karena ternyata prinsip PSNRs pernah diangkat dalam forum DSB oleh Pemerintah China ketika digugat oleh AS, UE, Mexico, dan Jepang dalam 2 (dua) kasus yang mirip dengan yang dihadapi Indonesia saat ini yaitu soal pembatasan ekspor beberapa jenis hasil tambangnya pada tahun 2012¹³ dan 2014.¹⁴ Artinya, usulan penulis sedikit banyak sudah pernah diuji di forum DSB sekalipun dalam kedua kasus itu China dinyatakan melanggar *WTO rules*. Namun, tentu argumen dalam kasus tersebut tidak akan sama dengan argumen yang penulis usulkan untuk digunakan Indonesia sebagaimana yang akan penulis elaborasi dalam naskah ini.

5. Inti dari thesis utama penulis adalah bahwa kebijakan pelarangan ekspor nikel untuk pengutamaan kebutuhan domestik Indonesia dan kewajiban untuk mengolah serta memurnikan biji nikel di dalam negeri memang potensial melanggar Article XI:1 dan Art X:1 GATT 1994 yang merupakan bagian dari *WTO Agreements*. Namun, kebijakan itu seharusnya dapat dibenarkan bukan berdasar pada Article XX GATT 1994 seperti yang dipakai oleh China, tetapi dengan menerapkan **Article XVIII Section C atau D** dan **Article XXXVI Part IV dari GATT 1994** serta dengan mengangkat prinsip *PSNRs* dan *Right to Development* sebagai prinsip hukum internasional publik dalam menafsirkan kedua *articles* GATT 1994 yang menjadi dasar pembenaran kebijakan itu. Article XVIII dan XXXVI ini masing-masing mengatur tentang *Governmental Assistance to Economic Development*, dan tentang *Trade and Development*. Penulis mengakui bahwa peluang berhasilnya argumen tersebut memang mungkin tidak terlalu besar karena masih adanya keraguan tentang apakah Panel/AB WTO dapat dan boleh menerapkan prinsip atau norma hukum internasional publik dalam menyelesaikan kasus dugaan pelanggaran

¹² Istilah *rules* di sini dimaksudkan untuk merujuk ke pasal-pasal (*Articles*) dalam berbagai persetujuan (*Agreements*) yang mengatur berbagai macam topik perdagangan antarnegara anggota WTO, yang secara keseluruhan disebut *WTO Agreements*. Dokumen dari *WTO Agreements* ini disahkan pada akhir perundingan dagang multilateral *Uruguay Round* tahun 1995, yang berjudul resmi *Final Act Embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*.

¹³ *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* (DS394, 395, 398) putusan AB diadopsi/disahkan DSB pada 22 Februari 2012

¹⁴ *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum* (DS431, 432, 433) putusan AB diadopsi/disahkan DSB pada 29 Agustus 2014

WTO Agreements. Namun, terlepas dari hambatan dan peluang yang ada, pengangkatan kedua prinsip hukum internasional publik tersebut penting dan strategis diperjuangkan karena relasi dan dampak dari prinsip itu dengan persoalan perdagangan bebas serta kebutuhan pembangunan ekonomi negara berkembang sangat riil tetapi belum pernah dibahas secara komprehensif dalam berbagai putusan Panel/AB.

6. Naskah ini dimulai dengan uraian bagian II tentang inti kebijakan pertambangan minerba khususnya nikel serta sumber hukum nasionalnya. Bagian III uraian mengenai prinsip *PSNRs* dan *Right to Development* yang keduanya bersumber dari prinsip *Self Determination*, serta keselarasannya dengan Pasal 33 UUD 1945 ayat (2) dan (3). Bagian IV menganalisis *rules* dari GATT 1994 yang merupakan bagian dari *WTO Agreements* yang melarang pembatasan ekspor barang secara kuantitatif serta yurisprudensi WTO tentang soal ini. Termasuk dalam bagian ini adalah argumentasi penulis mengenai mengapa Indonesia sebaiknya tidak menggunakan Article XX GATT 1994 dan sebaliknya menggunakan Art XVIII Section D dan Article XXXVI dari GATT 1994 untuk menjustifikasi kebijakan pertambangan minerba. Pada bagian V penulis mengeksplor hambatan dan peluang untuk menerapkan prinsip *PSNRs* dan *Right to Development* oleh Panel/AB dari DSB dalam penyelesaian kasus pelanggaran *WTO rules* termasuk kasus yang dihadapi Indonesia saat ini. Bagian VI menguraikan ancaman riil dari Uni Eropa, berdasar pada regulasi mereka, berupa kemungkinan untuk melakukan tindakan balasan dengan menghukum ekspor Indonesia. Naskah diakhiri dengan bagian VII berisi Simpulan.

II. Inti Kebijakan Indonesia di bidang Pertambangan Mineral

7. Dasar hukum penghentian ekspor nikel ada dalam Pasal 62 A Permen ESDM No 11 tahun 2019 yang merupakan perubahan kedua atas Permen No 25 tahun 2018 tentang Perusahaan Pertambangan Minerba. Selain nikel, hasil tambang mineral lain yang dihentikan ekspornya adalah bauksit per tanggal 11 Januari 2022. Pertimbangan larangan itu adalah “demi terjaminnya keberlangsungan pasokan fasilitas pengolahan dan pemurnian nikel seperti arahan Presiden RI tanggal 24 Juli 2019 dan 26 Agustus 2019, dan telah terbangunnya beberapa fasilitas tersebut di dalam negeri”.¹⁵

8. Ada banyak kebijakan baru dari Pemerintah Indonesia di bidang pertambangan mineral dan batubara (minerba) yang berdampak besar bagi perdagangan dan investasi.¹⁶ Namun, dalam naskah ini penulis hanya focus pada kebijakan (i) penghentian ekspor nikel (ii) kewajiban pengolahan dan pemurnian mineral di dalam negeri, dan (iii) kewajiban untuk

¹⁵ Bagian “Menimbang” dalam Permen ESDM No 11 tahun 2019.

¹⁶ Kebijakan baru yang bersumber dari UU Minerba dan beberapa PP misalnya tentang jenis perijinan usaha pertambangan, hak dan kewajiban perusahaan tambang, kewajiban melakukan divestasi saham, batas kepemilikan saham, dstnya.

mengutamakan pemasaran hasil tambang untuk kepentingan pasar domestik. Sumber hukum dari ketiga kebijakan ini tercantum dalam:

- a. UU No 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Minerba, Pasal 95 (c) yang mewajibkan perusahaan pemegang Ijin Usaha Pertambangan Operasi Produksi untuk meningkatkan nilai tambah sumber daya mineral;
- b. UU No 3 tahun 2020 tentang Perubahan atas UU No 4 tahun 2009, Pasal 102 ayat (1) a dan ayat (3) serta Pasal 103 ayat (1) dan (2) yang mewajibkan pengolahan dan pemurnian sumber daya mineral untuk meningkatkan nilai tambah dilakukan di dalam negeri;

Penjabaran dari pasal-pasal dalam UU di atas dilakukan melalui:

- c. PP No 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Minerba, yang telah 5 (lima) kali diubah dan yang relevan sebagai sumber hukum dari kebijakan di atas adalah perubahan ketiga dan keempat, yakni PP No 77 tahun 2014 dan PP No 1 tahun 2017. Pasal yang relevan adalah Pasal 95 dan Pasal 112 A, B, C, D, E, dan F. Pasal 112 C ayat (1) menegaskan kembali kewajiban untuk melakukan pengolahan dan pemurnian mineral di dalam negeri, ayat (4) menegaskan bahwa apabila kewajiban dalam ayat (1) telah dipenuhi maka perusahaan yang bersangkutan akan diijinkan untuk mengeksport, dan ayat (5) menegaskan bahwa Menteri ESDM berwenang untuk mengatur dan menetapkan soal teknis pengolahan dan pemurnian mineral serta tentang penjualan ke luar negeri (ekspor).

9. Semua UU, PP, dan Permen ESDM yang berisi berbagai kebijakan di atas tentu bersumber dari Pasal 33 ayat (2), (3), dan (5) UUD Amandemen Keempat, yang secara garis besar berisi penegasan bahwa:¹⁷

- a. Negara memiliki kedaulatan untuk menguasai sumber daya alam yang pemanfaatannya untuk kemakmuran rakyat
- b. Negara menguasai berbagai cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak.
- c. Pengaturan detil tentang kedaulatan negara atas sumber daya alam, pemanfaatannya, serta penguasaan cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak diatur dalam UU.

Jadi, jelas bahwa UU No 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Minerba sebagaimana telah diubah oleh UU No 3 tahun 2020 merupakan wujud dari amanat Pasal 33 ayat (5). Adapun isi dari UU ini yang memperlihatkan

¹⁷ Substansi pasal 33 ayat (2) (3) dan (5) sangat selaras dengan inti dari prinsip PSNRs yang disahkan dalam Resolution Majelis Umum PBB No 1803 (XVII) tahun 1962. Tampaknya hal ini memperlihatkan bahwa para founding fathers kita ketika menyiapkan naskah UUD 1945 memang betul-betul terdorong oleh kebutuhan untuk (i) mewujudkan salah satu hak asasi manusia yaitu *self-determination* dalam bentuk pernyataan kemerdekaan dari penjajahan, dan (ii) mengafirmasi prinsip *state sovereignty* yang bukan saja atas wilayah geografis Indonesia tetapi juga atas *natural resources* yang berada dalam wilayah Indonesia yang baru saja menyatakan kemerdekaannya. Bandingkan teks pasal 33 ayat (2) dan (3) dengan teks *Article 1 UNGA Resolution No 1803 (XVII) tahun 1962*.

kedaulatan negara atas sumber daya alam dan implementasi dari kedaulatan tersebut tampak dari:

- a. Pasal 4 ayat (1) yang berupa pernyataan bahwa Negara berdaulat atas penguasaan sumber daya alam;
- b. Pasal 4 ayat (3) yang menegaskan bahwa makna penguasaan oleh negara tersebut dilaksanakan melalui fungsi kebijakan, pengaturan, pengurusan, pengelolaan, dan pengawasan. Isi ayat (3) ini jelas mengambil dari keputusan Hakim pada Mahkamah Konstitusi yang menafsirkan makna dari konsep “dikuasai oleh negara” dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945 dalam perkara uji formil dan materiil UU No 20 tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan;¹⁸
- c. Pasal 5 ayat (1) dan (2) yang menetapkan bahwa Pemerintah Pusat berwenang untuk mengatur jumlah produksi, penjualan, harga, serta pengutamaannya untuk kepentingan dalam negeri.
- d. Pasal 6 yang berisi berbagai macam kewenangan Pemerintah dalam mengelola pertambangan mineral. Isi pasal ini mencerminkan kewenangan Pemerintah dalam mengimplementasikan kedaulatan negara atas sumber daya alam.

III. Kebijakan Indonesia tentang Pertambangan Mineral dalam Perspektif Hukum Internasional

A. Sebagai Implementasi dari Prinsip *Permanent Sovereignty over Natural Resources*

10. Kedaulatan negara atas sumber daya alam sebagaimana tercantum dalam Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 dan UU Minerba tahun 2009 dan 2020 serta kebijakan implementasinya dalam berbagai perUUan memiliki justifikasi yang sah dari perspektif Hukum Internasional. Ada 2 (dua) prinsip hukum internasional yang sangat relevan untuk ini, yakni prinsip *Permanent Sovereignty over Natural Resources* (PSNRs) dan *Right to Development* (RD). Sekalipun status kedua prinsip ini tidak sama dalam hukum internasional, karena yang pertama memiliki kekuatan mengikat sedangkan yang kedua karena kontroversial maka masih banyak diperdebatkan, namun penulis meyakini bahwa menggunakan kedua prinsip ini untuk menjelaskan kedaulatan Indonesia atas pertambangan mineral dan implementasinya dalam bentuk kebijakan pelarangan ekspor nikel dan mewajibkan pengolahan dan pemurnian nikel di dalam negeri adalah tepat.

11. Prinsip PSNRs merupakan hasil dari perjuangan negara-negara anggota PBB sejak tahun 1952 terutama negara berkembang yang pada waktu itu baru merdeka dari penjajahan negara maju. Mereka menyadari bahwa selain berhak untuk menentukan nasibnya sendiri secara politis yang bersumber dari hak asasi berupa Hak untuk Menentukan Nasib sendiri (*Self Determination*), mereka juga menyadari bahwa secara ekonomi negara berkembang harus berdaulat atas sumber daya alam yang berada di wilayah

¹⁸ Putusan Perkara No. 001-021-022/PUU-I/2003 tanggal 1 Desember 2004 yang dimuat dalam Berita Negara RI No. 102 tahun 2004 tanggal 21 Desember 2004.

negara mereka.¹⁹ Oleh sebab itu, prinsip PSNRs pertama kali muncul dalam Resolusi Majelis Umum PBB Nomor 523 (VI) pada 12 Januari 1952 dan kemudian dalam Resolusi No 1803 (XVII) pada 14 Desember 1962. Prinsip PSNRs telah diakui sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional dalam beberapa putusan dari *International Court of Justice* (ICJ)²⁰ dan Arbitrase Internasional.²¹ Paling akhir adalah dalam putusan ICJ dalam kasus *Democratic Republic of Congo v Uganda* tahun 2005.²² Prinsip PSNRs bersifat dinamis sehingga bukan hanya berkorelasi dengan prinsip *human rights* tetapi juga dengan isu-isu lingkungan hidup dan *sustainable development*. Beberapa dokumen internasional di bidang lingkungan hidup juga mencantumkan prinsip ini.²³

12. Inti dari prinsip PSNRs adalah bahwa kedaulatan negara atas kekayaan alam mereka harus diwujudkan untuk kepentingan pembangunan nasional dan kesejahteraan rakyat negara tersebut. Pengelolaan, peruntukan, dan pemanfaatan sumber daya alam termasuk soal masuknya modal asing untuk keperluan tersebut haruslah sesuai dengan aturan hukum dan kondisi dari masyarakat dan negara yang bersangkutan dan yang secara bebas mereka tentukan sendiri menurut kebutuhan atau keinginan mereka terkait dengan misalnya soal larangan, pembatasan, dan persetujuan. Kedaulatan suatu negara atas sumber daya alamnya merupakan bagian yang *intrinsic* dengan konsep *Sovereignty of State*, sehingga negara lain tidak boleh mengintervensinya. Berikut ini kutipan Article 1, 2 dan 5 dari Resolusi tentang PNSRs yang paling relevan dengan topik naskah ini:

1. *The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned*
2. *The exploration, development and disposition of such resources, as well as the import of the foreign capital required for these purposes, should be in conformity with the rules and conditions which the peoples and nations freely consider to be necessary or desirable with regard to the authorization, restriction or prohibition of such activities*
5. *The free and beneficial exercise of the sovereignty of peoples and nations over their natural resources must be furthered by the mutual respect of States based on their sovereign equality.*

¹⁹ Lihat, antara lain, Yogesh Tyagi., “*Permanent Sovereignty over Natural Resources*” DOI:10.7574/cjicl.04.03.588 Cambridge Journal on Law and Comparative Law; Nico Schrijver, “*Sovereignty Over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*”, Cambridge University Press, 1997. Lillian Aponte Miranda, “*The Role of International Law in Intrastate Natural Resource Allocation: Sovereignty, Human Rights, and Peoples-Based Development*” Vanderbilt journal of transnational law [vol. 45:785], 2012.

²⁰ Misal dalam kasus *East Timor (Port. v Australia)*, 1995 I.C.J. 90 (June 30).

²¹ *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. v. Government of Libyan Arab Republic, Judgment of 1977, reprinted in 17 ILM (1978); Iran-United States Claims Tribunal, Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of Libyan Arab Republic, reprinted in 20 ILM (1981).*

²² *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo, Report of Judgement, 2005, ICJ 168 (Dec 19).*

²³ Misal, *Declaration on the Human Environment of 1972* (dikenal dengan Stockholm Declaration), *Rio Declaration on Environment and Development of 1992*, ditegaskan pula pada beberapa konferensi tingkat dunia untuk lingkungan hidup terutama pada *The World Summit in Johannesburg* tahun 2002 dan *The Conference on Sustainable Development Rio +20* tahun 2012.

13. Prinsip PSNRs merupakan prinsip hukum internasional yang terus berkembang dan berpengaruh besar terhadap hukum penanaman modal asing di negara berkembang.²⁴ Perkembangan PNSRs dari sebuah prinsip menjadi serangkaian hak yang lebih rinci dan tegas terjadi melalui Resolusi Majelis Umum PBB No 3281 (XXIX) 12 Desember 1974 tentang *Charter of Economic Rights of Duties (CERDs)*.²⁵ Hak-hak dan kewajiban negara yang tercantum dalam *CERDs* ini merupakan kelanjutan dari Resolusi PBB No 3201 (S-VI) tahun 1974 yang mendeklarasikan pembentukan Tata Ekonomi Dunia Baru atau *New International Economic Order (NIEO)*.²⁶ Walaupun Resolusi tentang *CERDs* ditanggapi dingin oleh banyak negara industri maju sehingga status hukumnya dinilai belum sekuat prinsip PSNRs tetapi *CERDs* ini sesungguhnya lebih menegaskan dan merinci kedaulatan negara atas sumber daya alamnya. Dari sekian banyak hak negara atas sumber daya alam yang tercantum dalam *CERDs*, beberapa yang paling penting misalnya hak untuk menguasai, mengelola, mengatur, memanfaatkan sumber daya alam,²⁷ hak negara untuk mengatur investasi asing dan perilaku perusahaan transnasional,²⁸ dan hak negara menasionalisasi perusahaan asing.²⁹

14. Setelah seperti mati suri sekitar 2 (dua) dekade, prinsip PSNRs dan *CERDs* mulai diangkat kembali ketika banyak negara berkembang di Afrika dan Asia hendak merevisi *Bilateral Investment Treaties (BITs)* yang mereka buat dengan negara maju.³⁰ Revisi itu perlu karena beberapa klausul dalam *BITs* model lama banyak melemahkan posisi negara berkembang sebab beberapa klausul dalam *BITs* mengabaikan prinsip *PSNRs* dan *CERDs*.³¹ Di

²⁴ Pengaruh tersebut tampak dalam prinsip *Right to Regulate of Foreign Direct Investment* yang dimiliki negara yang tercermin pada beberapa klausul dalam *BITs*, prinsip nasionalisasi atau eskpropriasi serta ganti rugi, prinsip penyelesaian sengketa antara negara tuan rumah dengan investor. Namun, pengaruh terbesar adalah banyak negara berkembang yang memperoleh kemerdekaan pada dekade 1950-1960an mulai mengubah bentuk penanaman modal asing di negara mereka dari semula berbasis pada sistem Konsesi yang memungkinkan investor asing beroperasi puluhan tahun menjadi berbentuk Kontrak seperti Kontrak Karya, dan Bagi Hasil.

²⁵ Charter of Economic Rights and Duties of States, UNGA Res 3281 (XXIX) (12 December 1974) UN Doc A/RES/29/3281.

²⁶ Declaration on the Establishment of a New Economic Order, UNGA Res 3201 (S-VI) (1 May 1974) UN Doc A/RES/S-6/3201.

²⁷ Article 2 paragraph 1

²⁸ Article 2 paragraph 2 (a) dan (b)

²⁹ Article 2 paragraph 2 (c).

³⁰ Kesadaran untuk perlunya memperbaiki naskah bilateral investment treaties dengan negara-negara maju dan juga dengan sesama negara berkembang banyak dirasakan oleh negara-negara di Afrika dan juga oleh Indonesia sendiri terutama setelah mereka harus banyak memberi ganti rugi kepada investor asing karena keputusan dari arbitrase ICSID. Indonesia juga harus mengalami hal yang sama ketika menghadapi gugatan investor asing di forum ICSID.

³¹ Lihat, antara lain, Kenneth J. Vandeveld, "Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation, 2010 [available at http://ssrn.com/abstract=3022249](http://ssrn.com/abstract=3022249); Kavaljit Singh and Burghard Ilge (eds), "Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices", Both Ends-Madhyam & SOMO, New Delhi, 2016; UNCTAD, IIA Series No. 2, *Investor – State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, May 2015; UNCTAD, *Investor – State Dispute Settlement*, Series on Issues in International Investment Agreements II, 2014; Gaukrodger, D. (2017), "The balance between investor protection and

bidang perdagangan internasional referensi ke prinsip PSNRs dimunculkan oleh China ketika kebijakan pertambangan negara ini 2 (dua) kali digugat oleh AS dan UE di forum DSB WTO³², yang akan dibahas dalam bagian V naskah ini.

15. Relevansi prinsip *PSNRs* dan *CERDs* untuk referensi kebijakan pertambangan mineral Indonesia sangat jelas sebab Indonesia dapat menerapkan kedua prinsip hukum ekonomi internasional ini untuk mendukung kebijakan pelarangan dan/atau pembatasan ekspor nikel termasuk mewajibkan investor untuk melakukan pengolahan dan pemurnian mineral di dalam negeri. Kebijakan Indonesia ini merupakan perwujudan dari hak Indonesia sebagai negara yang memiliki kedaulatan atas sumber daya alamnya. Kedaulatan tersebut memberi alas hak yang sah dari perspektif hukum internasional untuk menguasai, mengatur, memanfaatkan dan mengawasi pengelolaan dan pemanfaatan hasil tambang untuk kepentingan pembangunan ekonomi nasional dan kesejahteraan rakyatnya. Singkatnya, berdasarkan prinsip *PSNRs*, suatu negara bebas memilih cara yang menurutnya paling tepat dalam mengelola, mengatur, dan memanfaatkan kekayaan alamnya. Artinya, negara tersebut juga harusnya boleh membuat kebijakan implementatif berupa (i) mewajibkan hasil tambang itu untuk diolah dan dimurnikan terlebih dahulu dalam rangka meningkatkan nilai tambahnya (ii) menetapkan lokasi pengolahan dan pemurniannya di dalam negeri, dan (iii) menentukan jumlah produksi, kriteria mutu, mekanisme penjualan, termasuk misalnya apakah akan diekspor atau hanya untuk kebutuhan domestik. Pertimbangan pengambilan kebijakan ketiga hal ini tentu saja adalah kepentingan pembangunan ekonomi nasional dan peningkatan kesejahteraan rakyatnya. Hal inilah yang dilakukan Pemerintah Indonesia.

B. Sebagai Bentuk Tanggung Jawab Negara untuk Memenuhi *Right to Development* Bagi Rakyatnya

16. *Right to Development* atau Hak untuk Membangun adalah bagian dari hak asasi manusia yang tidak dapat dicabut yang melekat baik pada diri setiap orang (*individual*) ataupun secara kolektivitas (*collectives*) untuk berpartisipasi, berkontribusi, dan menikmati pembangunan ekonomi, social, kultural, dan politik yang membuat semua jenis hak asasi dan kebebasan hakiki sebagai manusia dapat direalisasikan.³³ Hak untuk Membangun menjadi hak asasi setiap warga negara Indonesia dan juga sekaligus hak asasi sebagai suatu masyarakat, suatu bangsa. Harus dibedakan memang bahwa *right to development* tidak sama dengan *right of State to development*,

the right to regulate in investment treaties: A scoping paper”, OECD Working Papers on International Investment, 2017/02, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/82786801-en>.

³² DS 394, 395, 398 *China - Raw Materials* dan DS 431, 432, 433 *China - Rare Earths*, lihat catatan no 13 dan 14 di atas.

³³ *Declaration on the Right to Development, Adopted by the United Nations General Assembly in its resolution 41/128 of 4 December 1986*. Lihat, *Preamble* dan Art 1.1 dari Deklarasi tersebut.

tetapi dalam *right to development* negara adalah pihak yang mengemban tanggung jawab (*duty bearer of right*) untuk tercapainya pemenuhan *right to development* dari warganya.³⁴

17. *Right to Development* sebagai norma dalam hukum internasional tentang hak asasi manusia secara resmi ditegaskan melalui Resolusi Majelis Umum PBB No 41/128 tahun 1986 tentang *Declaration on the Right to Development*. Namun sebenarnya akar dan upaya untuk mengesahkannya dalam suatu dokumen internasional sudah berlangsung sejak tahun 1950an seiring dengan lahirnya prinsip *Self Determination* dan *PSNRs* sebagaimana disebut dalam bagian A di atas.³⁵ Pernyataan bahwa hak asasi berupa Hak untuk Membangun juga menyiratkan pengakuan atas kedua prinsip itu terdapat dalam Article 1 ayat (2) dari Deklarasi, sbb: *The human right to development also implies the full realization of the right of peoples to self-determination, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources*. Bahkan, jiwa dan spirit dari Hak untuk Membangun ini sesungguhnya juga ditemukan dalam Piagam PBB itu sendiri. Sekalipun Deklarasi tersebut tidak memiliki kekuatan mengikat, namun isinya berulang kali dicantumkan dalam berbagai instrumen hukum internasional terutama tentang *human rights* termasuk *covenant* dan *treaties*.³⁶

18. Oleh karena *right to development* merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dicabut sehingga inheren dalam diri tiap warga negara dan masyarakat sebagai sebuah bangsa, maka dalam Deklarasi itu pula disebutkan bahwa negara adalah pihak yang bertanggung jawab untuk merumuskan kebijakan pembangunan demi pemenuhan hak asasi itu. Hal ini tampak dalam Article 2 ayat (3) yang berbunyi: *“States have the right and the duty to formulate appropriate national development policies that aim at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals, on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of the*

³⁴ Lihat, *Preamble* dan Article 2 dan 3 Deklarasi; United Nation, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *“Frequently Asked Questions on the Right to Development”*, *Fact Sheet No. 37*, 2016.

³⁵ Lihat, antara lain, Europe-Third World Centre (CETIM), *“The Right to Development”* Current state of the debates held at the U.N. on the implementation of the historic Declaration adopted in this regard by the General Assembly of the United Nations on 4 December 1986, Geneva, June 2007.

³⁶ Macam-macam hak asasi manusia yang terkandung dalam Deklarasi tentang *Right to Development* tercantum pula, antara lain, dalam *Charter of the United Nations, Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Convention on the Rights of the Child, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Rome Statute of the International Criminal Court, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Selain itu juga tercantum dalam beberapa instrumen internasional regional tentang *human rights*, seperti: *The Charter of the Organization of American States (1948), The African Charter on Human and Peoples’ Rights (1981), The Arab Charter on Human Rights (2004), ASEAN Human Rights Declaration (2012)*. Sumber: United Nation, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *“Frequently Asked Questions on the Right to Development”*, *Fact Sheet No. 37*, 2016.

benefits resulting therefrom". Lebih lanjut, Article 3 ayat (1) menegaskan negara juga wajib menciptakan iklim dan kondisi pada level nasional dan internasional yang *favourable* yang memungkinkan terwujudnya hak untuk membangun itu. Memang disayangkan dalam Deklarasi ini tidak dielaborasi bagaimana langkah konkrit yang harus ditempuh oleh negara baik secara individual ataupun bekerjasama secara internasional untuk mewujudkan hak asasi tersebut sehingga dapat dipahami jika menurut sebagian besar negara maju Deklarasi tersebut tidak lebih hanya pernyataan politis yang sangat abstrak isinya.³⁷ Namun, dari perspektif negara berkembang isi Deklarasi itu termasuk inkorporasi isinya ke dalam berbagai *covenant* dan *treaty* dianggap sebagai suatu hal yang strategis. Deklarasi tentang *Right to Development* ini dapat dinilai sebagai upaya level internasional dari PBB untuk mempertegas hubungan timbal balik antara hak asasi manusia dan pembangunan. Pembangunan tidak boleh dilakukan dengan meniadakan hak-hak asasi manusia, dan justru tujuan dari pembangunan adalah untuk pemenuhan semua jenis hak asasi manusia, antara lain hak untuk mendapatkan penghasilan yang layak, hak untuk menikmati kualitas dan standar hidup yang lebih tinggi, hak untuk bekerja. Dengan konteks seperti ini, kebijakan pertambangan mineral Indonesia sebagai bentuk implementasi kedaulatan negara yang diakui sesuai prinsip PSNRs mendapat satu lagi justifikasi yakni pemenuhan *right to development* bagi warganya.

19. Sebagai negara yang berdaulat, pemerintah Indonesia berhak penuh untuk mengelola, mengatur dan memanfaatkan hasil kekayaan alam dengan cara-cara yang sesuai dengan kondisi dan tujuan negara, secara konkrit diwujudkan sebagai pelaksanaan dari program besar yakni pembangunan yang berkelanjutan (*sustainable development*). Pembangunan yang berkelanjutan dimaknai sebagai konsep pembangunan yang utuh dan integratif antara pembangunan ekonomi, social, politik, budaya, dan lingkungan hidup yang bertujuan untuk meningkatkan standar dan kualitas hidup setiap dan seluruh rakyat Indonesia. Singkatnya, pemerintah Indonesia dapat menyatakan bahwa program pembangunan smelter untuk mengolah dan memurnikan nikel merupakan bentuk tanggung jawab Indonesia sebagai negara untuk memenuhi hak asasi manusia yakni *Right to Development* dari warganya. Pembangunan fasilitas smelter di dalam negeri membuka kesempatan seluas-luasnya bagi masyarakat local untuk terlibat secara aktif dalam program pembangunan tersebut selain untuk dapat menikmati hasil ekonomisnya. Argumentasi ini akan makin konkrit dengan adanya sajian data kuantitatif seputar pembangunan beberapa smelter baik yang saat ini sudah selesai ataupun yang masih dalam proses penyelesaian. Tentu dapat dihitung dan diproyeksikan berapa banyak tenaga kerja yang terserap atau potensial terserap, berapa banyak industri hilir yang dapat dibangun, berapa total nilai ekonomi hasil dari nilai tambah pengolahan dan

³⁷ Lihat, sejarah dan analisisnya, antara lain dalam Benson Olukayode Omoleye & Oluwayemi. O. Ogunkorode, "An Analysis of the Right to Development in the Contemporary International Law", *American International Journal of Contemporary Research* Vol. 9, No. 2, June 2019 doi:10.30845/aijcr.v9n2p6; Noel G. Villaroman, "Rescuing a Troubled Concept: An Alternative View of the Right to Development," *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/1, 13–53, 2011.

pemurnian dari biji nikel yang masih *raw materials* atau *primary products* menjadi produk tambang olahan (*processed goods*) dan produk manufaktur (*manufactured goods*).

IV. Kebijakan Indonesia di bidang Pertambangan Mineral dalam Perspektif Perdagangan Bebas menurut *WTO Agreements*

A. Melanggar Article XI:1 dan X:1 GATT 1994

20. Sesuai namanya, *WTO Agreements* terdiri dari serangkaian *agreements* and *understanding*, yang mengatur beberapa aspek dari perdagangan internasional. Salah satunya yang paling relevan dengan persoalan implementasi kebijakan pertambangan mineral Indonesia adalah GATT 1994. Tujuan utama dari GATT 1994 maupun *WTO Agreements* secara keseluruhan adalah menciptakan tata perdagangan dunia yang terbuka dan sedapat mungkin menghilangkan berbagai hambatan perdagangan, baik berupa tarif ataupun non-tarif serta meniadakan diskriminasi.³⁸ Diyakini bahwa cara tersebut pada akhirnya akan membantu negara anggota meningkatkan standar hidup rakyatnya, menciptakan lapangan kerja, dan mewujudkan kesejahteraan bagi umat manusia. Artinya, *WTO rules* memang berfungsi mewujudkan sistem perdagangan bebas, namun bukan berarti perdagangan yang sama sekali bebas sepenuhnya dari jenis-jenis hambatan perdagangan. Bagaimanapun, hambatan perdagangan akan tetap ada tetapi penerapannya oleh negara anggota diatur sedemikian rupa berdasarkan ketentuan hukum dalam *WTO Agreements* itu sendiri. Itu terbukti dari adanya ketentuan tentang (i) kewajiban negara anggota (ii) larangan bagi negara anggota, dan (iii) pengecualian dari dua hal ini.

21. Ketentuan hukum dalam GATT 1994 dapat dikatakan lebih berorientasi pada pengaturan untuk impor barang dan tidak membedakan perdagangan untuk barang hasil pertambangan atau non-pertambangan. Barang hasil tambang, hasil hutan, hasil pertanian, dan perikanan yang berupa bahan mentah atau belum diolah, dikualifikasi sebagai *primary products* sebab istilah ini yang ditemukan dalam beberapa pasal dalam GATT 1994 dan bukan istilah *natural resources* ataupun *raw materials*. Tidak ada satupun pasal yang secara khusus mengatur perdagangan barang hasil dari *natural resources*. Pasal XX (g) menjadi satu-satunya pasal yang menyebut *exhaustible natural resources*. Namun, konteks pasal ini tentang konservasi lingkungan hidup sebagai alasan pembenar bagi negara anggota untuk dikecualikan dari kewajibannya dalam GATT 1994, dan bukan mengatur tentang ekspor-impor produk hasil dari *natural resources*.

³⁸ Art I tentang *General Most-Favoured-Nation Treatment*, Art III tentang *National Treatment on Internal Taxation and Regulation*, Art XI tentang *General Elimination of Quantitative Restrictions*, dari GATT 1947 yang kemudian diinkorporasi dalam *Final Act Embodying The Results of the Uruguay Round* menjadi GATT 1994.

22. Ketentuan dalam GATT 1994 yang mengatur tentang hambatan ekspor juga terbatas yakni hanya Article XI:1 dan XI:2.³⁹ Hambatan ekspor yang boleh diterapkan oleh negara anggota hanyalah tarif, cukai, atau pajak; sedangkan hambatan non-tarif seperti kuota, lisensi ekspor dan lainnya yang lazim disebut *Quantitative Restrictions* (QRs) dilarang menurut Art XI:1. Jadi, larangan ekspor nikel yang belum diolah dan dimurnikan di dalam negeri oleh Indonesia dapat dikualifikasi melanggar Art XI:1 sebab teks pasal ini eksplisit menyebut kata *no prohibition or restriction*, yang lengkapnya sbb:

No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.

23. Kebijakan Indonesia yang menerapkan QRs untuk ekspor nikel yakni dengan melarang total ekspor nikel, juga potensial melanggar Art X:1 yang mewajibkan negara anggota untuk melaporkan perUUan, putusan pengadilan, maupun putusan administrasi negara yang berkaitan atau berdampak pada pelarangan ataupun pembatasan ekspor impor ke suatu komite dalam WTO.⁴⁰ Kewajiban ini pada tahun 2012 diteguhkan oleh *Council for Trade in Goods*, suatu unit di dalam WTO, melalui *Decision on Notification procedures for QRs*.⁴¹ Dalam putusan ini dicantumkan pula formulir dan *template*, serta petunjuk pengisiannya. Berdasarkan putusan ini, negara anggota wajib melaporkan semua QRs yang mereka terapkan untuk ekspor-impor terhitung mulai 30 September 2012. Laporan dibaharui setiap 2 (dua) tahun. Jenis QR yang wajib dilaporkan adalah:⁴²

Prohibitions, - Prohibitions except under defined conditions, - Global quotas, - Global quotas allocated by country, - Bilateral quotas (i.e. anything less than a global quota), - Non-automatic licensing procedures, - Quantitative restrictions made effective through state-trading operations, - Mixing regulations, - Minimum prices triggering a quantitative restriction, and - "Voluntary" export restraints.

Jika suatu negara menerapkan misal satu jenis QR maka paling lambat 6 (enam) bulan sejak pemberlakuannya, wajib dilaporkan ke *Council* itu. Hasil laporan QRs dari semua negara kemudian diolah oleh *Secretariat WTO* untuk

³⁹ Lihat, antara lain, Umair Ghori., "Three Lessons on the Construction of Export Controls Under WTO Law", Vol 39(1) University of Queensland Law Journal, 2020. Marceau, Gabrielle. 'WTO and Export Restrictions'. *Journal of World Trade* 50, no. 4 (2016): 563-586; Mildner, Stormy-Annika & Lauster, Gitta., "Settling Trade Disputes over Natural Resources: Limitations of International Trade Law to Tackle Export Restrictions," *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011) 1, 251-281

⁴⁰ *DECISION ON NOTIFICATION PROCEDURES FOR QUANTITATIVE RESTRICTIONS I*
Adopted by the Council for Trade in Goods on 22 June 2012 G/L/59/Rev.1 3 July 2012
dan G/MA/NTM/QR/2.

⁴¹ *NOTIFICATION OF QUANTITATIVE RESTRICTIONS (QRS): A PRACTICAL GUIDE*
JOB/MA/101/Rev.2 dated 28 September 2018

⁴² Informasi yang harus tercantum dalam jenis-jenis QRs yang dilaporkan sangat detail termasuk tentang keterangan atau alasan penerapan QRs, referensi ke pasal-pasal yang membenarkan penerapan QRs itu, jenis produk ekspor-impor yang terkena penerapannya, hingga dasar hukum nasional negara anggota yang melandasi kebijakan penerapan QRs tersebut.

disimpan dan dipublikasikan dalam *database* WTO sehingga dapat diakses oleh semua negara bahkan juga oleh masyarakat umum. Kewajiban pelaporan ini tampaknya tidak dipenuhi oleh Indonesia, sebab informasi soal QR Indonesia yang ditampilkan dalam *database* WTO tidak menampilkan informasi mengenai Permen ESDM No 11 tahun 2019 yang melarang ekspor nikel, alias kolom informasi tentang Indonesia kosong.⁴³ Artinya, Indonesia dapat dinilai tidak memenuhi kewajiban transparansi peraturan sesuai yang ditetapkan dalam Article X:1 GATT 1994.

24. Sekalipun pada umumnya QRs dilarang, ada beberapa pengecualian yang tetap membolehkan negara menggunakannya untuk ekspor-impor sepanjang tidak dilakukan secara diskriminatif terhadap sesama negara anggota (Art XIII). Ada beberapa kasus terkait kebijakan penerapan QRs oleh negara anggota yang bertentangan dengan Art XI:1 tapi sekaligus juga penerapan pasal-pasal pengecualiannya yang berujung menjadi sengketa di WTO.⁴⁴ Pengecualian tersebut misal: ketika krisis ketersediaan bahan pangan atau produk lain yang esensial bagi negara pengekspor (Art XI:2), jika QRs tersebut diperlukan dalam rangka penerapan standar atau regulasi untuk klasifikasi, *grading* ataupun pemasaran komoditas yang diperlukan dalam perdagangan internasional (Art XI:2), alasan untuk menjaga keseimbangan neraca pembayaran (Art XII), QRs diterapkan oleh perusahaan negara (Art XVII), QRs diterapkan dalam konteks bantuan pemerintah untuk pembangunan ekonomi (Art XVIII), QRs diterapkan dalam rangka tindakan pengamanan (Art XIX) atau karena keamanan negara (Art XXI), QRs diterapkan dengan pengecualian yang bersifat umum (Art XX), dan juga ada pengecualian khusus yang diatur dalam Article 12 Annex 5 dari *Agreement on Agriculture*, *Understanding on Balance of Payments*, dan *Agreement on Safeguards*. Dari beberapa pengecualian ini, penulis khusus akan menganalisis peluang Indonesia untuk menggunakan Art XX dan Art XVIII untuk membenarkan kebijakan pelarangan ekspor nikel tersebut.

B. Dapatkah dibenarkan melalui Article XX(g), XX(i), dan XX(j) GATT 1994?

25. Art XX GATT 1994 tentang *General Exception* dapat dikaitkan dengan kebijakan pertambangan Indonesia. Pasal ini sangat populer dan sering

⁴³ https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/itip_e.htm,
https://www.wto.org/english/tratop_e/markacc_e/qr_e.htm.
<https://qr.wto.org>

⁴⁴ Misal, *Turkey-Textiles and Clothing (WT/DS34/R)*, *Japan-Semiconductors (BISD 35S/116-163)*, *India-Quantitative Restrictions (WT/DS90/R)*, *Brazil-Retreaded Tyres (WT/DS332/R)*, *India-Autos (WT/DS146/R)*, *China-Raw Materials (WT/DS394/AB/R; WT/DS395/AB/R; and WT/DS398/AB/R)*, *Argentina-Import Measures (WT/DS438/AB/R; WT/DS444/AB/R; WT/DS445/AB/R)*, *Argentina-Hides and Leather (WT/DS155/R)*, *Colombia-Ports of Entry (WT/DS366/R)*. Untuk melihat lebih lengkap ke https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_e.htm.

dijadikan dasar argumentasi oleh banyak negara untuk mempertahankan kebijakan mereka yang inkonsisten dengan kewajiban dalam WTO dengan dalih kebijakan itu memenuhi salah satu alasan yang tercantum dalam Art XX. Ada 10 jenis alasan yang dapat dipakai sebagai pembenaran atas kebijakan negara anggota yang sesungguhnya melanggar prinsip WTO.⁴⁵ Salah satunya adalah XX:g yang berbunyi: “*relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption*”. Perumusan sepuluh alasan tersebut diawali dengan *Chapeau (preliminary text)* sbb: “*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 the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures*”: Dalam yurisprudensi WTO,⁴⁶ penafsiran atas Art XX selalu dimulai dari (i) makna dari alasan yang dijadikan rujukan oleh negara yang menerapkan kebijakan yang diklaim memenuhi ketentuan Art XX, dan (ii) makna dari kalimat yang merupakan *chapeau* pasal itu.⁴⁷ Dalam praktik, pembelaan negara dalam penggunaan pasal ini di forum DSB WTO relatif sukar.

26. Dari ketiga alasan dalam Art XX, penulis berpendapat peluang terbaik adalah dengan menggunakan alasan menurut XX(j). Alasan dalam XX(i) mungkin dapat diterapkan tetapi tampaknya tidak akan akurat atau tepat karena beberapa hal. Adapun alasan dalam Art XX(g) sebaiknya tidak digunakan. Perlu diperhatikan bahwa alasan pembenar manapun yang hendak dipakai menurut Art XX ini, pembuktiannya harus melalui 2 (dua) tahap.⁴⁸ Tahap pertama *respondent* (Indonesia) harus membuktikan bahwa

⁴⁵ Sepuluh alasan pembenar itu tercantum dalam poin (a) hingga (j) dari Art XX, yaitu: untuk melindungi *public morals*; untuk melindungi manusia, hewan, atau tumbuhan atau kesehatan; berkaitan dengan ekspor impor emas atau perak; untuk menjalankan kepatuhan terkait dengan penegakan bea masuk, perlindungan hak kekayaan intelektual dan pencegahan produk-produk palsu; berkaitan dengan produk yang dihasilkan dari orang-orang yang dipenjarakan; untuk perlindungan terhadap benda-benda cagar alam, arkeologi atau yang bernilai sejarah; berkaitan dengan upaya konservasi sumber daya alam yang habis terpakai; karena kewajiban berdasarkan perjanjian komoditi internasional; sebagai upaya suatu negara untuk menstabilkan harga produk yang bersangkutan ketika harga di pasar internasional dengan pasar domestik berbeda jauh; dan karena produk yang bersangkutan mengalami kelangkaan di pasar.

⁴⁶ Banyak sekali kasus sengketa dari negara anggota terkait dengan penggunaan Art XX ini sebagai defense untuk kebijakan mereka, termasuk sengketa yang pertama kali diperiksa oleh DSB pada tahun 1995 juga terkait dengan penafsiran Art XX, yakni *US – Gasoline*. Berikut ini beberapa kasus yang disusun tidak secara kronologis: *US – Gasoline*, *US – Shrimp*, *Brazil – Retreaded Tyres*, *EC – Asbestos*, *Japan – Agricultural Products*, *Indonesia – Import Licensing Regimes*, *EC – Seal Products*, *US – Tariff Measures*, *Thailand – H-Beams*, *Korea – Dairy*, *Chile – Price Band System*, *US – Tariff Measures*, *US – Gambling*, *Colombia – Textiles*, *Argentina – Financial Services*, *Brazil – Taxation*, *China – Publications and Audiovisual Products*, *EC – Tariff Preferences*, *Korea – Various Measures on Beef*, *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes*, *Indonesia – Chicken*, *Thailand – Cigarettes (Philippines)*, *India – Solar Cells*, *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, *China – Auto Parts*, *Canada – Wheat Exports and Grain Imports*, *US – Customs Bond Directive*, *EC – Trademarks and Geographical Indications (US)*, *US – Tuna II (Mexico)*, *China – Raw Materials*, *China – Rare Earths*.

⁴⁷ Lihat, *WTO Analytical Index Art XX GATT 1994*.

⁴⁸ *US – Gasoline* (1996); lihat, *WTO Analytical Index Art XX GATT 1994*, halaman 5.

kebijakan pelarangan ekspor nikel dan kewajiban untuk mengolah dan memurnikan nikel pada fasilitas smelter di dalam negeri benar-benar memenuhi semua unsur dalam masing-masing alasan pembenar yang dipilih. Artinya, jika Art XX(g) yang dijadikan justifikasi, maka kebijakan Indonesia itu akan diuji apakah sesuai dengan isi teks Art XX(g). Tahap kedua, Panel/AB akan meminta Indonesia untuk membuktikan bahwa kebijakan tersebut sesuai dengan maksud dalam kalimat pembuka Art XX yang disebut dengan istilah *Chapeau*. Isi *chapeau* ini menyatakan bahwa kebijakan yang hendak dijustifikasi dengan alasan-alasan pembenar pada huruf (a) hingga (j) harus dapat dibuktikan bukanlah kebijakan yang diterapkan secara sewenang-wenang (*arbitrary*), bukan pula diskriminatif yang tak berdasar (*unjustifiable discrimination*), atau bukan pula berupa tindakan terselubung untuk menghalangi perdagangan internasional (*disguised restriction*). Jadi, penggunaan pasal ini tidak selalu mudah dalam pembuktiannya. Berikut ini analisis tentang bagaimana masing-masing alasan pembenar itu tepat atau tidak dengan fakta yang dihadapi Indonesia.

27. Jika Art XX(g) hendak dipakai Indonesia, maka pertama-tama harus dapat dibuktikan kalau kebijakan pelarangan ekspor nikel dan soal kewajiban memurnikan nikel di dalam negeri ada hubungannya dengan konservasi terhadap sumber daya alam yang habis dipakai. Kemudian, kebijakan tersebut secara efektif dilakukan bersama-sama dengan pembatasan produksi atau konsumsi nikel di dalam negeri. Dalam penilaian penulis, hal ini akan sulit dibuktikan Indonesia karena latar belakang maupun tujuan dari kebijakan pelarangan ekspor dan kewajiban menggunakan smelter di dalam negeri, bukanlah dalam konteks konservasi sumber daya alam yang habis dipakai. Ini terlihat dari pasal-pasal dalam UU Minerba maupun PP tentang Pelaksanaan Kegiatan Pertambangan Minerba dan peraturan perubahannya sebagaimana diuraikan dalam nomor 8 di atas, semuanya mengkaitkan tujuan pengolahan dan pemurnian nikel di dalam negeri dengan upaya untuk meningkatkan mutu atau nilai tambah hasil tambang nikel dan bukan karena alasan konservasi sumber daya alam. Sedangkan pelarangan ekspor nikel dimaksudkan agar industri smelter di dalam negeri dapat berfungsi sehingga akan dapat menimbulkan dampak positif ke jenis-jenis industri hilir secara berantai. Pada akhirnya, akan mampu menyerap tenaga kerja dalam jumlah besar, menggerakkan roda perekonomian, mendorong industrialisasi agar Indonesia tidak lagi bergantung pada sektor *primary products*, dan tentu saja meningkatkan standar hidup masyarakat Indonesia secara keseluruhan.

28. Dengan kata lain, kalau Indonesia hendak menggunakan Art XX(g), maka setidaknya harus menyiapkan bukti tentang: (i) ketersediaan regulasi yang lengkap dan efektif, termasuk aturan teknis, tentang lingkungan hidup khususnya soal konservasi sumber daya alam yang habis dipakai yang berlaku untuk kegiatan pertambangan (ii) data teknis yang memperlihatkan bahwa paket regulasi tersebut efektif dilaksanakan untuk mengkonservasi sumber daya alam habis pakai (iii) hubungan kausalitas antara kewajiban pengolahan dan pemurnian nikel di dalam negeri dengan konservasi sumber daya alam, dan (iv) adanya penerapan kebijakan yang bersamaan antara

kebijakan yang menjadi pokok sengketa itu dengan kebijakan lainnya yakni pembatasan produksi atau konsumsi nikel di dalam negeri. Hal terakhir ini harus dibuktikan karena adanya frasa bagian akhir dari kalimat Art XX(g), yakni “...are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”. Tiga kata yakni ‘in conjunction with’ inilah yang menjadi kunci untuk menilai apakah Indonesia, misalnya, juga menerapkan kebijakan pembatasan produksi dan konsumsi nikel di dalam negeri selain melakukan pembatasan eksportnya ke luar negeri. Tanpa adanya kebijakan pembatasan di dalam negeri, maka kebijakan pelarangan ekspor nikel itu akan dianggap tidak memenuhi unsur dalam Art XX(g). Berikut ini pernyataan Panel/AB dalam China – Rare Earths soal ini: “Accordingly, the second clause of Article XX(g) is appropriately read as a requirement that a Member seeking to rely upon Article XX(g) in its pursuit of a conservation objective must demonstrate that it imposes restrictions, not only in respect of international trade, but also in respect of domestic production or consumption. In other words, the trade restrictions must operate jointly with the restrictions on domestic production or consumption. Such restrictions must place effective limitations on domestic production or consumption and thus operate so as to reinforce and complement the restrictions imposed on international trade”.⁴⁹ Belajar dari penafsiran Panel/AB terhadap Art XX(g) seperti di atas dalam beberapa kasus sebelumnya, penulis menyakini kalau pasal ini tidak tepat untuk dijadikan justifikasi yang menguntungkan Indonesia.

29. Kalau Indonesia hendak mencari justifikasi dengan menggunakan Art XX maka alasan pembenar dalam huruf (i) dan (j) jauh lebih masuk akal. Kemungkinan pertama adalah menerapkan Art XX (i) yang belum pernah dipakai oleh negara manapun sebagai alasan pembenaran bagi kebijakannya yang inkonsisten dengan kewajiban dalam WTO. Hal ini ada positif dan negatifnya. Negatifnya, karena belum pernah ada preseden soal aplikasi pasal ini maka kita tidak tahu bagaimana Panel/AB akan menafsirkan teks pasal itu. Positifnya, kita bisa bebas mengeksplor sendiri makna dari pasal itu dan mengkaitkannya dengan kebijakan yang menjadi pokok sengketa. Adapun isi teksnya sbb: (i) “involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination”.

Penulis berpendapat kalau dari kalimat pembuka sebelum frasa ‘during periods’ diterapkan dalam kasus pelarangan ekspor nikel memang tampak cocok karena pasal ini menyebut tentang pembatasan atas ekspor *domestic materials* (yakni nikel) untuk memastikan kuantitas/jumlah yang esensial dari materials itu (nikel) untuk industri pengolahan di dalam negeri (yakni smelter nikel). Namun, kalimat berikutnya membuat penulis ragu, karena ada syarat yang harus dipenuhi yakni pembatasan ekspor itu terjadi dalam periode /masa ketika harga barang yang dibatasi eksportnya itu di pasar domestic lebih rendah daripada harga di pasar internasional sehingga tindakan pembatasan ekspor tersebut menjadi sebagai langkah pemerintah untuk menstabilkan harga. Pertanyaan yang harus dijawab dulu adalah:

⁴⁹ China – Rare Earths, paragraph 5.132.

apakah memang pada tahun 2020 kemarin harga nikel di pasar dalam negeri sangat rendah dibanding harga di pasar internasional? Jika ya, maka besar kemungkinan Art XX (i) ini dapat dipakai Indonesia sebagai justifikasi.

30. Meskipun begitu, perlu dikaji juga kalimat selanjutnya setelah frasa *'provided that'* di atas yang juga merupakan syarat yakni bahwa kebijakan pembatasan ekspor itu (1) tidak dimaksudkan untuk tujuan meningkatkan ekspor atau untuk melindungi industri domestik, dan (ii) pembatasan ekspor nikel itu tidak mengabaikan aturan dalam GATT tentang perlakuan non-diskriminasi. Penulis meragukan kalau kebijakan larangan ekspor nikel tidak ada kaitannya dengan perlindungan industri lokal, karena bukankah pelarangan itu memang justru dilakukan agar ketersediaan pasokan biji nikel dari tambang kita cukup untuk memasok industri smelter yang akan mengolahnya, dan bukankah nikel yang telah diolah itu nantinya digunakan sebagai katoda guna membuat baterai mobil listrik yang industrinya sedang dikembangkan di Indonesia? Bukankah juga Indonesia sedang merintis proyek industri mobil listrik di dalam negeri yang tentu membutuhkan nikel untuk bahan pokok baterainya?⁵⁰ Artinya, fakta tersebut justru menguatkan dugaan bahwa memang pemerintah Indonesia membuat kebijakan melarang ekspor nikel sebagai bagian dari upaya untuk (i) meningkatkan ekspor industri domestik, yakni ekspor baterai untuk mobil listrik, dan (ii) melindungi industri smelter dan industri hilir berikutnya yang membutuhkan bahan baku nikel, sehingga hal ini bertentangan dengan kalimat akhir Art XX (i). Dengan demikian, jika Art XX (i) ini hendak dipakai sebagai pembelaan, dan itu sebenarnya adalah langkah baik karena pasal ini belum pernah diuji di WTO, maka barangkali dapat dilakukan dengan mengkaitkannya dengan Article XVIII GATT 1994 yang memberi dasar pembenaran mengenai perlunya *governmental assistance* untuk menumbuhkan dan melindungi *"a particular industry"* dari negara yang mengajukan penggunaan pasal ini. Uraian utuh tentang ini terdapat pada bagian C nomor 34 di bawah ini.

31. Kemungkinan kedua yang menurut penulis lebih tepat dan kuat untuk menjustifikasi kebijakan Indonesia adalah Art XX(j) yang berbunyi: (j) *"essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist."* Ada 2 (dua) putusan Panel/AB WTO mengenai penafsiran pasal ini, yang pertama kali adalah dalam *India –*

⁵⁰ Lihat, antara lain, "RI Mau Punya IBC, Kenali Jenis Baterai Listrik untuk Mobil", CNBC Indonesia, 26 Maret 2021; "Kembangkan Baterai Mobil Listrik Lokal, Kemenperin Usung Konsep Circular Economy", Siaran Pers Kementerian Perindustrian RI, 27 Agustus 2020; "Indonesia Siap Jadi Produsen Baterai Mobil Listrik Kelas Dunia", KOMPAS 9 Juni 2022; "Indonesia Produksi Mobil Listrik Mulai Mei 2022, 80 Persen Hasilnya Diekspor", Bisnis.com 17 September 2021; "Jokowi Resmikan Proyek Baterai Listrik LG di Batang Rp 142 T", CNBC Indonesia 8 Juni 2022; "Perlu Persiapan Infrastruktur untuk Mobil Listrik", www.gaikindo.or.id 2015.

*Solar Cells*⁵¹ dan yang kedua dalam *EU – Energy Package*.⁵² Di dalam kedua putusan itu, Panel/AB menegaskan bahwa negara yang mencari justifikasi atas kebijakannya yang inkonsisten dengan *WTO rules* dengan menggunakan Art XX(j) harus dapat membuktikan bahwa⁵³ (i) kebijakan tersebut memang terkait erat bahkan tak terpisahkan (*indispensable* atau *essential*) dengan soal *acquisition or distribution of products* (yang menjadi obyek kebijakan), (ii) ketersediaan *products* tersebut di pasar memang langka atau sangat terbatas karena kebutuhan atau permintaan pasar yang tinggi sementara produksinya kurang, (iii) kebijakan itu konsisten dengan prinsip bahwa semua negara anggota berhak mendapatkan *an equitable share* dari pasokan internasional produk yang dimaksud, (iv) kebijakan itu tidak dilanjutkan segera setelah kondisi yang menyebabkan diterapkannya kebijakan itu berakhir, dan (v) kebijakan itu tidak dilakukan secara sewenang-wenang atau diskriminatif terhadap sesama negara anggota, atau bukan pula sebagai tindakan terselubung untuk membatasi perdagangan internasional.

32. Dalam putusan *India-Solar Cells*, Panel/AB menegaskan perlunya menguji apakah kebijakan negara yang inkonsisten dengan *WTO rules* tersebut bentuknya (*design*), isinya (*content*), strukturnya (*structure*), dan operasionalisasinya (*operation*) seluruhnya memenuhi kriteria *essential (indispensable)* untuk memperoleh (*acquisition*) atau mengedarkan (*distribution*) produk yang menjadi obyek kebijakan di dalam kondisi pasar yang mengalami kelangkaan (*short supply*). Lalu, dalam mengkaji sejauh mana kebijakan itu sungguh esensial Panel mempertimbangkan factor seperti “*the relative importance of the societal interests or values that the measure is intended to protect’ and the trade-restrictiveness of the challenged measure.....a comparison between the challenged measure and reasonably available alternative measures should then be undertaken*”⁵⁴ Kemudian, tentang ‘*short supply*’ atau kelangkaan, harus dibuktikan dengan pendekatan ‘*supply and demand analysis*’ yang memperhatikan berbagai faktor seperti ‘*relevant market, geographical market, purchasing power of foreign and domestic purchasers, pattern of the international supply, manufacturing capacity of the producers*’.⁵⁵ Disebutkan juga bahwa berbagai factor ini dapat berbeda-beda tergantung pada produk dari setiap kasus.

33. Bertolak dari penafsiran Panel/AB dalam kedua putusan di atas, Indonesia jika hendak menggunakan Art XX(j) sebagai *defense*, sekurang-kurangnya harus dapat membuktikan:

- a. sungguh terjadi kelangkaan nikel di pasar domestik dan internasional karena misal jumlah cadangan nikel yang belum ditambang sangat terbatas atau telah hampir habis ditambang, kapasitas produksi tambang Indonesia yang terbatas, permintaan pasar yang terus menerus tinggi,

⁵¹ *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (WT/DS456/13)* 17 October 2016.

⁵² *European Union and Its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector (WT/DS476/R)* 10 August 2018

⁵³ Lihat, *WTO Analytical Index Article XX GATT 1994*.

⁵⁴ *Appellate Body Report, India - Solar Cells, paragraph 5.62-5.63; dan Panel Report, EU - Energy Package, paragraph 7.1359.*

⁵⁵ *Appellate Body Report, India - Solar Cells, paragraph 5.71, dan Panel Report, EU - Energy Package, paragraph 7.1331 – 7.1335.*

- dstnya dengan dukungan data kuantitatif yang sangat teknis pertambangan, data statistik, dan data ekonomi.
- b. kebijakan larangan ekspor dan pengolahan serta pemurnian di dalam negeri beserta seluruh regulasi nasional yang mendasarinya memang dirancang dan dioperasikan untuk mengatasi kelangkaan nikel dalam pasar domestic maupun internasional (walaupun jika melihat latar belakang dan tujuan dari perUUan yang melandasi kebijakan ini sama sekali tidak menyebut soal kelangkaan ataupun potensi kelangkaan ini)
 - c. kebijakan tersebut sungguh-sungguh esensial untuk pembangunan ekonomi Indonesia khususnya untuk operasionalisasi industri hilir yang sedang dibangun di dalam negeri untuk meningkatkan standar hidup masyarakat Indonesia.
 - d. kebijakan tersebut tidak diterapkan secara sewenang-wenang, tidak pula diskriminatif terhadap sesama negara anggota WTO, apalagi sebagai kebijakan terselubung untuk menghambat perdagangan internasional nikel.
 - e. kebijakan tersebut dihentikan ketika latar belakang dan kondisi yang mendasarinya berakhir.

Sama seperti kalau Indonesia menggunakan Art XX(i), kali inipun sebaiknya juga menggunakan Art XVIII, Part IV Art XXXVI, dan prinsip *PNSRs* serta *Right to Development* untuk menguatkan atau melengkapi argumentasi sebagaimana akan diuraikan dalam Bagian C dan D serta Bagian V dari naskah ini.

C. Dapatkah dibenarkan menurut Art XVIII:1-4 dan Section C atau D GATT 1994?

34. Apabila dikaji dari perspektif kepentingan negara berkembang tidak banyak ketentuan hukum dalam *WTO Agreements*, termasuk GATT 1994, yang secara khusus dan komprehensif mengatur atau memberi solusi negara anggota agar dalam upaya untuk memenuhi kebutuhan pembangunan mereka tidak melanggar kewajiban-kewajiban dalam WTO. Singkatnya, tidak banyak *WTO rules* yang khusus mengatur relasi antara kebutuhan pembangunan ekonomi dengan perdagangan bebas yang mengakomodasi kepentingan mereka. Kebutuhan pembangunan ekonomi yang dimaksud antara lain⁵⁶ (i) peningkatan standar kehidupan (ii) penghapusan kemiskinan dan pembukaan lapangan kerja (iii) fasilitasi industrialisasi termasuk pembangunan sektor industri pemula atau *infant industry* (iv) keseimbangan neraca pembayaran, dan (v) pembangunan berkelanjutan. Memang, bukannya tidak ada sama sekali aturan dalam *WTO Agreements* yang berkaitan dengan isu-isu di atas karena memang ada tersebar dalam bagian konsiderans dan beberapa pasal dari beberapa *Agreements*. Namun, beberapa aturan tersebut masih banyak yang bersifat umum, tidak komprehensif, dan tidak mudah diterapkan oleh negara berkembang dengan kapasitas sumber daya manusia yang masih terbatas karena membutuhkan prosedur panjang yakni negosiasi dengan para negara anggota lainnya yang

⁵⁶ Suyash Paliwal., "Strengthening the Link in Linkage: Defining "Development Needs" in WTO Law", *American University International Law Review* 27 no. 1 (2012): 37-90.

dapat disertai dengan pemberian kompensasi.⁵⁷ Di tengah masih kurangnya aturan dalam *WTO Agreements* yang secara khusus mengatur aspek pembangunan dan hubungannya dengan perdagangan bagi negara berkembang ini,⁵⁸ penulis menganalisis peluang Indonesia untuk menggunakan Article XVIII dan XXXVI GATT 1994 untuk mempertahankan kebijakan pertambangan nikel kita berikut ini.

35. Inti ketentuan Article XVIII adalah membolehkan negara anggota yang perekonomiannya dalam kondisi tertentu dan sedang dalam proses industrialisasi sehingga membutuhkan bantuan pemerintah, untuk menerapkan kebijakan perdagangan yang sebenarnya inkonsisten dengan ketentuan lain dalam GATT sepanjang mengikuti prosedur yang diatur dalam salah satu bagian dari pasal itu yakni Section A, B, C, atau D.⁵⁹ Sekalipun Art XVIII lebih mengatur soal kebijakan yang berdampak pada impor, tapi harus ditafsirkan bahwa ketentuan ini *mutatis mutandis* juga berlaku untuk kebijakan ekspor. Penulis berpendapat Indonesia dapat mengeksplor kemungkinan menggunakan pasal ini untuk membenarkan kebijakan larangan ekspor nikel dan kewajiban untuk mengolah dan memurnikan nikel di dalam negeri. Section yang paling relevan adalah Section C atau D dengan argumentasi berikut ini.

36. Art XVIII:1 mengakui bahwa tujuan GATT akan dapat tercapai bila negara anggota melakukan pembangunan yang progresif terutama negara yang *the economy of which (a) can only support low standards of living and is in the early stages of development (b) is in the process of development but which does not come within the scope of sub-paragraph (a) above*. Lalu, negara seperti ini *in order to implement*

⁵⁷ OECD, Working Party of the Trade Committee, "Analysis of Non-Tariff Measures: The Case of Export Restrictions," TD/TC/WP (2003)7/FINAL.

⁵⁸ Selain ketentuan dalam *Part IV* yang berjudul *Trade and Development*, dan beberapa pasal dalam *Agreement on Agriculture*, tidak ada ketentuan lain dalam *WTO Agreements* yang secara khusus mengatur dan mengakomodasi isu-isu pembangunan yang dihadapi negara berkembang dalam kaitannya dengan perdagangan internasional. *Part IV* itu sendiri juga merupakan penambahan atas GATT 1947 sebagai hasil dari perundingan dagang multilateral *Tokyo Round* pada tahun 1973 - 1979 yang di dalamnya terdapat ketentuan/klausul yang dikenal dengan istilah *Enabling Clause*.

⁵⁹ Berikut ini kutipan sebagian kecil teks Art XVIII *paragraph* 1, 3 dan 4 dari yang seluruhnya 23 *paragraphs*: 1. *The contracting parties recognize that the attainment of the objectives of this Agreement will be facilitated by the progressive development of their economies, particularly of those contracting parties the economies of which can only support low standards of living and are in the early stages of development.* 3. *The contracting parties recognize finally that, with those additional facilities which are provided for in Sections A and B of this Article, the provisions of this Agreement would normally be sufficient to enable contracting parties to meet the requirements of their economic development. They agree, however, that there may be circumstances where no measure consistent with those provisions is practicable to permit a contracting party in the process of economic development to grant the governmental assistance required to promote the establishment of particular industries with a view to raising the general standard of living of its people. Special procedures are laid down in Sections C and D of this Article to deal with those cases.* 4. (a) *Consequently, a contracting party, the economy of which can only support low standards of Living and is in the early stages of development, shall be free to deviate temporarily from the provisions of the other Articles of this Agreement, as provided in Sections A, B and C of this Article.* (b) *A contracting party, the economy of which is in the process of development, but which does not come within the scope of sub-paragraph (a) above, may submit applications to the CONTRACTING PARTIES under Section D of this Article.*

programmes and policies of economic development designed to raise the general standard of living of their people, to take protective or other measures affecting imports, and that such measures are justified in so far as they facilitate the attainment of the objectives of this Agreement (Art XVIII:2). Memang *paragraph* atau ayat ini menyebut impor bukan ekspor karena memang aturan dalam GATT cenderung lebih berat ke aspek impor daripada ekspor. Oleh sebab itu, Indonesia dapat bergumen bahwa pasal dan ayat ini *mutatis mutandis* dapat diterapkan untuk soal ekspor. Ekonomi Indonesia mungkin memang tidak dapat dikualifikasi dalam tahap yang hanya dapat mendukung standar hidup rendah melainkan dalam tahap *early stages of development* (Art XVIII:4 a) yang maknanya oleh GATT sendiri disebut *“is not meant to apply only to contracting parties which have just started their economic development, but also to contracting parties the economies of which are undergoing a process of industrialisation to correct an excessive dependence on primary production”*.⁶⁰ Dengan demikian selanjutnya Indonesia dapat menggunakan Section C dari Art XVIII untuk membenarkan kebijakan larangan ekspor nikel. Jika, argumen ini dinilai kurang tepat, Indonesia dapat berargumen masuk dalam kriteria *‘is in the process of development’* (Art XVIII:4 b), yang nantinya dapat menggunakan Section D sebagai alasan pembenaran kebijakan pertambangan nikel.

37. Indonesia perlu menggunakan Art XVIII:1, 2, 4 di atas karena menurut penulis pembangunan ekonomi kita sedang dan masih terus berlanjut melalui program industrialisasi dari hulu ke hilir. Tujuan pelarangan ekspor nikel dan kewajiban untuk melalui proses pengolahan dan pemurnian di dalam negeri adalah justru memang untuk (i) meningkatkan nilai tambah industri mineral (ii) mendorong industrialisasi hilir dengan menjamin ketersediaan pasokan nikel di dalam negeri (iii) membuka lapangan kerja (iv) mendorong investasi sector industri hilir (v) meningkatkan standar hidup masyarakat, yang seluruhnya bermuara pada (vi) menciptakan kesejahteraan masyarakat. Artinya kebijakan tersebut selaras dengan tujuan dari Article XVIII:1 dan 2. Indonesia dapat mendukung argumen ini dengan data statistik seputar proyeksi manfaat pembangunan fasilitas smelter untuk pemurnian nikel.⁶¹

38. Indonesia kemudian perlu merujuk ke Art XVIII:3 sebagai dasar untuk menerapkan Section C atau D. *Paragraph 3* menyebut bahwa *“.....that there may be circumstances where no measures consistent with those provisions is practicable to permit a contracting party in the process of economic development to grant the governmental assistance required to promote the establishment of particular industries with a view to raising the general standard of living of its people. Special procedures are laid down in Section C and D of this Article to deal with those cases”*. *Annex I GATT tentang Notes and Supplementary Provisions* menjelaskan tentang makna *“a particular industry”* dari *paragraph 3* itu sbb *“the reference to the establishment of particular industries shall apply not only to the establishment of a new industry, but also to the establishment of a new*

⁶⁰ Lihat, *Interpretative Notes Ad Art XVIII paragraphs 1 and 4*, dalam teks GATT 1947

⁶¹ Lihat, beberapa berita surat kabar dan TV News antara lain dari Investor Daily, KOMPAS, Republika, dan CNBC, misal “Percepat Hilirisasi Tambang, Pembangunan 32 Smelter Dikebut”, Investor Daily, 22 Januari 2022; “Kementerian ESDM Beberkan Sulitnya Bangun Smelter Nikel di RI”, CNBC Indonesia 13 Desember 2021; “Pembangunan Smelter Nikel di Tanah Bumbu Serap 1.200 Tenaga Kerja”, Republika 27 Juli 2022, “Presiden Jokowi Resmikan Pabrik Smelter Nikel: Nilai Tambah Meningkatkan 14 kali Lipat”, KompasTV 28 Desember 2021.

branch of production in an existing industry and to the substantial transformation of an existing industry, and to the substantial expansion of an existing industry supplying a relatively small proportion of the domestic demand. It shall also cover the reconstruction of an industry destroyed or substantially damaged as a result of hostilities or natural disasters".⁶²

Artinya, Indonesia dapat berargumen bahwa larangan ekspor nikel memang dilakukan dalam konteks pembangunan industri tertentu yakni pembangunan fasilitas smelter dan industri hilir yang berbahan baku nikel seperti baterai untuk proyek mobil listrik nasional. Jenis industri ini masuk dalam cakupan frasa *'the establishment of particular industries'* sesuai pemaknaan di atas. Kebijakan tentang nikel itu harus diambil Pemerintah Indonesia sebagai bentuk dari *governmental assistance* untuk kepentingan industri hilir (industri penghasil baterai mobil listrik dan mobil listrik itu sendiri) dalam kerangka untuk meningkatkan standard hidup masyarakat Indonesia selaras dengan tugas dan kewajiban Pemerintah untuk memenuhi *Right to Development* masyarakat Indonesia.⁶³ Atas dasar itu, Indonesia kemudian dapat merujuk ke Section C atau bahkan D.

39. Inti dari Section C adalah jika pemerintah negara anggota yang ekonominya hanya mampu mendukung standar hidup yang rendah dan sedang dalam tahap awal pembangunan hendak mengambil tindakan yang dibutuhkan untuk membantu meningkatkan pembangunan *"a particular industry with a view to raising the general standard of living of its people"*,⁶⁴ namun ternyata *"no measures consistent with the other provisions of this Agreement is practicable to achieve that objective"*,⁶⁵ maka negara tersebut dapat menempuh prosedur tertentu. Prosedurnya, adalah negara tersebut memberitahu ke *CONTRACTING PARTIES*⁶⁶ mengenai: (i) kebutuhan untuk membangun industri tertentu (b) tujuan untuk meningkatkan kualitas hidup masyarakatnya (c) kesulitan yang dihadapi jika harus memenuhi semua ketentuan dalam GATT (d) tidak ada kebijakan yang sesuai dengan ketentuan dalam GATT atau kebijakan itu tidak dapat diterapkan (e) rencana tentang *"specific measure affecting imports which it proposes to introduce in order to remedy these difficulties"*.⁶⁷ Bila dalam waktu 30 hari setelah pemberitahuan *"the CONTRACTING PARTIES"* tidak meminta negara tersebut untuk berkonsultasi dengan mereka, maka negara itu *"shall be free to deviate from the relevant provisions of the other Articles of this Agreement to the extent necessary to apply the proposed measure"*.⁶⁸ Jika *"the CONTRACTING PARTIES"* meminta untuk berkonsultasi namun kesepakatan gagal tercapai maka dalam waktu 90 hari sejak pemberitahuan diajukan negara tersebut *"may introduce the measure proposed after informing the CONTRACTING PARTIES"*.⁶⁹

⁶² Lihat, *Notes and Supplementary Provisions, Ad Article XVIII Paragraphs 2,3,7, 13 and 22.*

⁶³ Lihat, uraian nomor 19 Bagian III dari naskah ini.

⁶⁴ *Article XVIII Section C paragraph 13.*

⁶⁵ *Idem*

⁶⁶ Dalam GATT 1947, jika penulisan *contracting parties* semuanya dalam huruf besar maka itu merujuk pada *event* di mana negara-negara peserta GATT bertindak secara bersama-sama, melalui suatu pertemuan besar.

⁶⁷ Art XVIII, Paragraph 14

⁶⁸ Art XVIII, Paragraph 15

⁶⁹ Art XVIII, Paragraph 17

40. Sedangkan Section D pada prinsipnya sama seperti pada C, hanya bedanya bagian ini ditujukan untuk negara yang tahap pembangunannya lebih maju sehingga tergolong sebagai negara kategori Art XVIII ayat 4(b), lihat uraian nomor 30 di atas. Prosedur untuk negara kategori ini lebih sederhana sebab negara hanya perlu meminta persetujuan dari *CONTRACTING PARTIES* terhadap rencana penerapan kebijakan yang inkonsisten dengan GATT, dan tidak ada kriteria batasan waktu. Art XVIII *paragraph 22* hanya menyebut “... may apply to the *CONTRACTING PARTIES* for approval of such measure”. Kemudian, *CONTRACTING PARTIES* segera akan berkonsultasi dengan negara tersebut dan jika rencana disetujui maka kebijakan yang inkonsisten tersebut dapat diterapkan. Tidak diatur kemungkinan tentang sebaliknya.

41. Dibukanya kesempatan bagi *CONTRACTING PARTIES* untuk meminta konsultasi dengan negara yang hendak menerapkan aturan Art XVIII Section C atau D tampaknya dimaksudkan untuk mendiskusikan (i) apakah memang benar tidak ada alternatif kebijakan yang tetap konsisten dengan GATT 1994 yang dapat diambil negara tersebut (ii) kompensasi yang kemungkinan harus diberikan oleh negara itu terhadap negara lain yang terdampak dengan rencana penerapan kebijakan tersebut. Memang, dalam Art XVIII tidak disebut secara eksplisit soal kompensasi ini namun karena prinsip dari *WTO Agreements* adalah resiprositas, maka dapat dipahami jika di dalam konsultasi itu dibicarakan soal kompensasi.⁷⁰ Salah satu kelemahan dari ketentuan pasal ini adalah tidak adanya aturan yang lebih detil soal mekanisme, prosedur, dan kompensasi seputar penerapan Art XVIII yang lebih memihak kepentingan pembangunan bagi negara berkembang dan kapasitas atau kemampuan mereka.

42. Walaupun ada kelemahan dari Art XVIII, namun Indonesia sesungguhnya bisa menggunakan pasal ini secara *ex ante* atau sebelum benar-benar menerapkan kebijakan larangan ekspor nikel. Pilihannya adalah menggunakan Section C atau D tergantung klaim Indonesia sendiri tentang kemampuan ekonomi dan tahap pembangunannya. Penulis berpendapat bahwa bisa saja Indonesia mengklaim sebagai negara yang masuk kategori Art XVIII ayat 4(b) sehingga mengaplikasikan Section D. Prosedur yang harusnya ditempuh Indonesia adalah memberitahukan ke semua negara anggota WTO tentang rencana pembangunan industri pengolahan dan pemurnian nikel serta alur industri hilirnya, target dan tujuan utama pembangunan tersebut, serta kesulitan yang dihadapi jika Indonesia tetap harus mengambil kebijakan yang konsisten dengan GATT, oleh sebab itu Indonesia perlu mengambil kebijakan larangan ekspor nikel yang sebenarnya bertentangan dengan Art XI:1. Penulis tidak mengetahui apakah kesempatan ini pernah dilakukan Indonesia sebelum Permen ESDM No 11 tahun 2019 diterbitkan dan sebelum 1 Januari 2020. Jika Indonesia telah memberitahu

⁷⁰ Kompensasi dalam konteks *WTO Agreements* bukan berupa dalam bentuk nominal mata uang, melainkan berupa penghentian sementara waktu pemberian konsesi, kewajiban, atau perlakuan tertentu yang didasarkan pada *WTO rules* dari negara yang merasa ‘keberatan karena dirugikan’ terhadap negara yang melakukan kebijakan yang sebenarnya inkonsisten dengan kewajibannya dalam *WTO Agreements*.

WTO, baik berdasar Section C ataupun D, dan misal rencana pelarangan ekspor tidak disetujui, pada akhirnya toh Indonesia tetap dapat melaksanakan kebijakan itu. Jadi, kuncinya adalah pada kesempatan untuk “*shall notify*” (Section C) atau “*may apply for approval*” (Section D). Pada poin inilah penulis khawatir bahwa bisa jadi Indonesia tidak menggunakan peluang yang terbuka dari Art XVIII ini mengingat fakta tidak ditemukannya laporan dan informasi seputar kebijakan pelarangan tersebut serta dasar hukumnya yakni Permen ESDM itu dalam *website* WTO tentang QRs seperti diuraikan dalam bagian A nomor 23 di atas.

D. Kemungkinan Penerapan Part IV Article XXXVI dari GATT 1994 sebagai pendukung

43. Ada juga Art XXXVI yang merupakan Part IV dari GATT 1994 yang merupakan bagian khusus hasil dari *Tokyo Round* tahun 1973-1979 yang dapat memperkuat posisi Indonesia dalam soal kebijakan larangan ekspor nikel dan kewajiban pengolahan serta pemurnian biji nikel di dalam negeri. Namun, penulis berpendapat argumentasi untuk menggunakan *Article* ini sebagai pembelaan tidak akan sekuat *Article* XVIII oleh karena (i) Part IV ini sesungguhnya berfungsi untuk memberi legitimasi terad ap kebijakan perdagangan internasional dalam skema *Generalised System of Preferences (GSP)* yang dirancang khusus untuk membantu ekspor komoditi primer negara berkembang ke negara industri maju, dan (ii) sekalipun inti dari GSP adalah menjustifikasi kebijakan yang juga sebenarnya bertentangan dengan kewajiban negara menurut GATT yakni kewajiban menerapkan prinsip *Most Favored Nation* demi kepentingan negara berkembang, tetapi norma-norma dalam Art XXXVI tidak sepenuhnya tepat untuk diterapkan dalam soal kebijakan pertambangan nikel Indonesia. Namun demikian, ada prinsip dan tujuan serta semangat dari Part IV ini yang relevan dengan kebijakan tersebut sehingga tetap bermanfaat untuk dicoba penerapannya untuk mendukung alasan perlunya Indonesia menerapkan kebijakan yang mengharuskan pembangunan smelter nikel di dalam negeri yang berdampak terhadap ekspor-impor dari dan ke Indonesia.

44. Art XXXVI *paragraph* 1 menegaskan latar belakang, tujuan, dan semangat dari para negara anggota WTO (atau GATT pada saat *Tokyo Round* berlangsung) yang mendasari dicantumkannya *Part IV* berjudul *Trade and Development* pada bagian akhir dari GATT. Pada prinsipnya, diakui bahwa sektor perdagangan ekspor impor tidak dapat dilepaskan dari persoalan pembangunan yang khusus terjadi di negara berkembang maupun negara terbelakang. Fakta memperlihatkan bahwa negara berkembang dan terbelakang masih sangat tergantung pada ekspor produk primer yang rentan menghadapi fluktuasi harga pasar dan berbagai hambatan perdagangan yang diterapkan negara maju. Oleh sebab itu dibutuhkan kebijakan dan atau perlakuan khusus yang berbeda (*special and differential treatment*) dari negara maju terhadap produk ekspor negara berkembang dan terbelakang. Penyebutan secara eksplisit bahwa (i) tujuan GATT adalah meningkatkan standar hidup rakyat dan pembangunan ekonomi yang secara urgen penting bagi negara yang belum maju (*paragraph* 1 a); (ii) adanya perbedaan yang

amat besar dalam soal standar hidup rakyat di negara maju dan yang belum maju, dan (iii) perhatian secara khusus dari *CONTRACTING PARTIES* untuk “*may enable less-developed contracting parties to use special measures to promote their trade and development*”, menjadikan bagian *paragraph* 1 relevan untuk dirujuk oleh Indonesia.

Berikut ini teks Art XXXVI *paragraph* 1 (a)(b)(e) dan (f) yang relevan untuk digunakan sebagai pendukung argumen Indonesia:

1. *The contracting parties,*

(a) *recalling that the basic objectives of this Agreement include the raising of standards of living and the progressive development of the economies of all contracting parties, and considering that the attainment of these objectives is particularly urgent for less-developed contracting parties;*

(b) *considering that export earnings of the less-developed contracting parties can play a vital part in their economic development and that the extent of this contribution depends on the prices paid by the less-developed contracting parties for essential imports, the volume of their exports, and the prices received for these exports;*

(e) *recognizing that international trade as a means of achieving economic and social advancement should be governed by such rules and procedures _ and measures in conformity with such rules and procedures _ as are consistent with the objectives set forth in this Article;*

(f) *noting that the CONTRACTING PARTIES may enable less-developed contracting parties to use special measures to promote their trade and development;*

45. Kemudian, *paragraph* 5 dan penjelasannya (*ad note*) menegaskan bahwa ekonomi negara yang belum maju akan dapat dikembangkan dengan cepat melalui program diversifikasi yang mengintensifkan kegiatan pengolahan komoditi primer atau bahan baku dan pembangunan sektor industri manufaktur untuk menghindari ketergantungan yang berlebihan dari negara tersebut pada ekspor komoditi primernya. Oleh sebab itu, lanjut *paragraph* ini, dibutuhkan kebijakan yang memberi seluas mungkin akses pasar dunia yang menguntungkan bagi berbagai produk olahan dan produk manufaktur yang penting bagi negara yang belum maju tersebut. Berikut ini teks *paragraph* 5: “*The rapid expansion of the economies of the less-developed contracting parties will be facilitated by a diversification of the structure of their economies and the avoidance of an excessive dependence on the export of primary products. There is, therefore, need for increased access in the largest possible measure to markets under favourable conditions for processed and manufactured products currently or potentially of particular export interest to less-developed contracting parties.*” Sedangkan yang dimaksud dengan diversifikasi dijelaskan pada bagian *ad note* sbb: “*A diversification programme would generally include the intensification of activities for the processing of primary products and the development of manufacturing industries, taking into account the situation of the particular contracting party and the world outlook for production and consumption of different commodities.*”

Artinya, dimungkinkan bagi Indonesia untuk merujuk Art XXXVI *paragraph* 1 dan 5 untuk menguatkan argumentasi bahwa kebijakan soal pembangunan smelter dan pelarangan ekspor nikel dalam bentuk yang belum diolah sesungguhnya bukanlah kebijakan yang nasionalistik sempit dan menghambat perdagangan internasional tanpa alasan yang rasional. Tetapi, kebijakan itu justru sesungguhnya *in-line* dengan tujuan, prinsip, dan semangat Part IV GATT 1994 yang dengan lugas mengkaitkan perdagangan dengan pembangunan, sekalipun memang tidak ada norma hukum yang eksplisit mengkaitkan dengan persoalan *natural resources*, selain kata

primary products yang dipakai dalam pasal ini. Terpenting, frasa pada paragraph 1 (f) menegaskan bahwa konteks dari semangat dan norma hukum dalam bagian IV *Trade and Development* ini adalah “*may enable less-developed contracting parties to use special measures to promote their trade and development*”. Semangat inilah yang secara *mutatis mutandis* dapat digunakan oleh Indonesia untuk menjelaskan mengapa kita sampai harus menerapkan kebijakan pembangunan smelter di dalam negeri.

46. Simpulan dari uraian bagian IV naskah ini adalah dari perspektif perdagangan bebas dengan aturan prinsip dan norma hukum dalam *WTO Agreements*, kebijakan Indonesia di sektor pertambangan khususnya nikel sebagaimana bersumber dalam perUUan tentang pertambangan mineral memang melanggar kewajiban Indonesia menurut Article XI:1 tentang *General Elimination of Quantitative Restrictions* dan Art X:1 tentang *Publication and Administration of Trade Regulations*. Namun, di sisi lain kebijakan tersebut sesungguhnya secara *ex ante* dapat diterapkan tanpa menyebabkan pelanggaran apabila Indonesia sebelum menerapkan kebijakan tersebut memberitahunya terlebih dahulu beserta alasan dan tujuannya dengan menggunakan Article XVIII terutama Section D sebagai dasar hukum untuk pembenaran. Penerapan pasal ini dengan asumsi bahwa ketentuan tentang kebijakan impor di dalam pasal ini *mutatis mutandis* berlaku untuk kebijakan ekspor. Selain itu, Part IV Article XXXVI GATT 1994 juga dapat digunakan sebagai pendukung argumentasi pembenaran kebijakan Indonesia sekalipun tidak sekuat argumentasi untuk Art XVIII.

Pembenaran lain jika hendak menggunakan Art XX, sebaiknya bukan dengan merujuk pada Article XX(g) sebab walau secara teoritis dimungkinkan, namun menuntut upaya pembuktian dan argumentasi yang relatif lebih sukar. Justru menggunakan XX(i) dan terutama XX(j) jauh lebih masuk akal dan berpeluang cukup besar untuk dicoba. Apalagi jika ditambah dengan penggunaan Art XVIII Section C atau D dan Art XXXVI Part IV GATT 1994. Khusus tentang Art XX(i) dan Art XVIII Section D belum pernah teruji di forum DSB WTO sehingga akan menarik untuk dicoba.

V. Peluang Mempertahankan Kebijakan Larangan Ekspor Nikel dengan Merujuk pada Prinsip Hukum Internasional Dalam Penyelesaian Sengketa di WTO

47. Menurut penulis, penggunaan Articles XX:i, XX:j, XVIII Section C atau D, maupun Article XXXVI Part IV dari GATT 1994 sebagai alasan pembenaran untuk kebijakan pertambangan Indonesia sebaiknya juga dilengkapi dengan menggunakan prinsip hukum internasional publik yaitu *PNSRs* dan *Right to Development* seperti diuraikan dalam bagian III di atas. Pengangkatan kedua prinsip hukum internasional publik ini bukan hanya karena factor relevansi tetapi juga untuk menunjukkan perlunya aspek ‘*development needs*’ negara berkembang dipertimbangkan sungguh-sungguh dalam sengketa yang menyangkut perdagangan hasil *natural resources* oleh Panel/AB dari WTO. Namun, pertanyaan berikutnya adalah apakah Panel/AB boleh merujuk prinsip-prinsip dalam hukum internasional sebagai bahan pertimbangan

dalam memutuskan perkara? Pertanyaan ini muncul sebab ada pendapat yang berpendapat bahwa Panel/AB hanya akan menyelesaikan sengketa pelanggaran atas *WTO rules* dengan menerapkan *rules* yang juga bersumber dari *WTO Agreements* karena karakternya yang berupa *self-contained treaty*⁷¹ yang terisolasi dari hukum internasional pada umumnya. Dalam bagian ini penulis akan menjelaskan bahwa *WTO Agreements* adalah bagian dari Hukum Internasional Publik sebagaimana halnya berbagai macam *treaties* lain,⁷² sehingga seharusnya terbuka peluang bagi hukum internasional untuk mempengaruhi proses penyelesaian sengketa oleh Panel/AB dari WTO, baik dalam arti sebagai pedoman dalam menafsirkan pasal-pasal dari *WTO Agreements* maupun lebih luas lagi yakni mengkritisi pasal-pasal tersebut dengan prinsip dan norma hukum internasional publik lainnya.

48. Dalam semua *WTO Agreements* memang tidak ditemukan pasal yang secara eksplisit menyebut peran ataupun hubungan dengan hukum internasional. Namun, ada satu yakni *Article 3.2* dari *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)* yang menyebut hukum internasional secara terbatas yakni dalam kaitan dengan persoalan penafsiran *WTO rules*, sbb: “*The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognise that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements*”. Artinya, Panel/AB dalam menafsirkan pasal-pasal dalam *WTO Agreements* harus sesuai dengan *customary rules of interpretation of public international law*, yang tidak lain adalah *Vienna Convention on Law of Treaties 1969 (VCLT)*.⁷³ Setidaknya ada 3 (tiga) pasal dalam VCLT yakni *Article 31, 32* dan *33* mengenai metode penafsiran terhadap perjanjian internasional. *Vienna Convention* sekalipun berupa *treaty*, namun norma-norma yang tercantum di dalamnya dinilai oleh para ahli sebagai bagian dari *customary international law* yang bersama-sama dengan *general principles of law* membentuk apa yang dinamakan *general international law*.⁷⁴ Dalam makalah ini bukan masalah penafsiran menurut VCLT yang dibahas, tetapi kembali

⁷¹ Lihat, Pieter Jan Kuijper, “*The Law of GATT as a Special Field of International Law*”, 1994 Netherlands the Year Book of International Law, 227; Bruno Simma, “*Self-Contained Regimes*,” 1985 Netherlands the Year Book of International Law, 111; Judith Bello, “*The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More*,” 90 AJIL 416, 416–17 (1996).

⁷² John H Jackson., “*The World Trading System*”, 2nd edition, The MIT Press, 2000; Donald McRae, “*The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier?*” 3 Journal of International Economic Law 27 (2000); Donald McRae, “*The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*,” 260 Recueil Des Cours 111 (1996); Ernst-Ulrich Petersmann, “*Dispute Settlement in International Economic Law—Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in Non-Economic Areas*”, 2 Journal of International Economic Law 189 (1999)

⁷³ Ian Brownlie, “*Principles of Public International Law*”, 7th edition, Oxford University Press, 2008; Hugh Thirlway, “*The Sources of International Law*”, in Malcolm D. Evans (ed), *International Law*, Oxford University Press, 2003.

⁷⁴ Rajesh R Babu., “*Understanding the Role of International Law in WTO Law*”, Indian Yearbook of International Law and Policy (2009); Palmetter, David and Mavroid, Petros C., “*The WTO Legal System: Sources of Law*”, The American Journal of International Law [Vol. 92:398, 1998

ke pertanyaan awal di atas yakni apakah Panel/AB WTO tidak dapat menerapkan hukum internasional publik selain untuk soal menafsirkan *WTO rules* ketika memutus perkara?

49. Ada sebuah karya seminal pada tahun 2001 yang ditulis oleh *Joost Pauwelyn*⁷⁵ yang menjadi rujukan ratusan artikel dari para penulis berbagai negara. Dalam karyanya itu, *Pauwelyn* dengan sangat detil dan utuh menjelaskan, antara lain, bahwa (i) *WTO Agreements* termasuk GATT 1994 yang diinkorporasi ke dalamnya menjadi GATT 1994 sejak lahirnya secara otomatis sudah masuk ke dalam bagian hukum internasional publik, sama seperti berbagai *treaties* lain (ii) Article 3.2 DSU dari *WTO Agreements* adalah bentuk pengakuan bahwa WTO tidak mungkin diisolasi atau dilepaskan dari hukum internasional (iii) tidak dikenal hirarki norma dalam hukum internasional. Akibat dari tiadanya hirarki maka norma hukum yang tercantum dalam suatu *treaty* dengan norma hukum kebiasaan internasional sama derajatnya sehingga meskipun keduanya sama-sama berkekuatan hukum mengikat tetapi dimungkinkan untuk saling meniadakan atau mengalahkan satu terhadap yang lain. Misal, suatu *treaty* mengecualikan norma hukum kebiasaan internasional dan sebaliknya hukum kebiasaan internasional dapat menggantikan suatu *treaty*, kecuali prinsip atau norma hukum internasional yang sudah tergolong sebagai *Jus Cogens*⁷⁶ atau *peremptory norm* yang sama sekali tidak dapat diabaikan dan dapat mengalahkan norma hukum internasional lainnya.⁷⁷ Lebih lanjut, *Pauwelyn* menegaskan bahwa Article 3.2 DSU tidak dapat diartikan WTO hanya perlu memperhatikan hukum kebiasaan internasional tentang penafsiran saja (yaitu VCLT), tetapi juga hukum internasional pada umumnya.⁷⁸

50. *Pauwelyn* menegaskan bahwa sebab suatu *treaty* tidak perlu mencantumkan semua prinsip hukum internasional yang akan berlaku untuk *treaty* tersebut melainkan justru harus mencantumkan prinsip-prinsip hukum internasional apa saja yang dikecualikan berlakunya (*contract out*) bagi *treaty* tersebut oleh negara-negara pembuat *treaty* itu sendiri.⁷⁹ Artinya, untuk konteks WTO bisa saja prinsip atau norma hukum internasional yang tidak ada dalam *WTO Agreements* tetapi berkaitan atau berdampak pada perdagangan internasional diterapkan atau sekurang-kurangnya harus diperhatikan oleh Panel/AB. Terlebih lagi, perdagangan internasional yang diatur oleh WTO pada era sekarang sangat terbuka kemungkinan untuk bersinggungan dengan berbagai aspek seperti hak asasi manusia, hak-hak pekerja, lingkungan hidup, *sustainable development*, dan seterusnya yang dalam level internasional juga diatur dalam berbagai *treaties*, hukum kebiasaan internasional, dan *general principles of law*.⁸⁰ Akibatnya keberlakuan *treaties* lain dan hukum internasional publik untuk

⁷⁵ Joost Pauwelyn., "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *The American Journal of International Law* [Vol. 95:535, 2001].

⁷⁶ *Idem*

⁷⁷ *Idem*

⁷⁸ *Idem*

⁷⁹ *Idem*

⁸⁰ *Idem*

penyelesaian sengketa dagang di forum WTO tidak mungkin diabaikan. Singkatnya, *WTO Agreements* tidak bisa dinilai sebagai *self-contained regime* yang mengharuskan Panel/AB hanya boleh menafsirkan dan menerapkan *WTO rules* terlepas dari konteks hukum internasional publik. Di sinilah menurut penulis terbuka peluang bagi Indonesia bila hendak mengangkat prinsip *PSNRs* dan *Right to Development* sebagai dasar pijakan untuk menerapkan Article XX:i, XX:j, XVIII Section C atau D, dan Article XXXVI *Part IV* dari GATT 1994 demi mempertahankan kebijakan perdagangan dan pengolahan hasil tambang yang digugat di forum DSB WTO.

51. Pengakuan perlunya Panel/AB untuk menggunakan hukum kebiasaan internasional publik guna membantu mereka dalam menafsirkan *rules* dari *WTO Agreements* juga diakui dalam kasus *US-Gasoline* yang menjadi kasus pertama WTO pada tahun 1996.⁸¹ Majelis AB dalam putusannya menegaskan bahwa “*the general rule of interpretation under VCLT Art. 31 has attained the status of a rule of customary or general international law and thus forms part of the customary rules of interpretation of public international law which the Appellate Body has been directed, by DSU Art. 3(2), to apply in seeking to clarify the provisions of the General Agreement and the other covered agreements of the WTO Agreement*”. Namun, belum pernah ada kasus di mana Panel/AB menerapkan hukum internasional umum baik berupa hukum kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum umum, maupun yang bersumber dari *treaties* lain selain *WTO Agreements*.

52. Usulan penulis agar prinsip *PSNRs* dan *Right to Development* digunakan Indonesia untuk mempertahankan kebijakan perdagangan dan pengolahan nikel di depan forum Panel/AB, ternyata pernah dilakukan oleh China dalam kasus *China – Raw Materials* tahun 2012 dan *China – Rare Earths* tahun 2014. Dalam kedua kasus yang berkaitan dengan kebijakan ekspor China untuk beberapa produk *natural resources* yang berupa hasil tambang itu China menjadi negara yang pertama kali mengangkat prinsip *PSNRs* dalam sengketa di WTO.⁸² Sedangkan untuk prinsip *Right to Development* belum ada negara yang mengangkatnya sebagai *defence* atas kebijakan perdagangan internasional yang sebenarnya menyimpang dari prinsip pasar bebas menurut WTO tetapi yang secara riil dibutuhkan oleh negara yang bersangkutan. Dengan demikian belum diketahui bagaimana sikap dan pendekatan Panel/AB tentang penggunaan prinsip ini *viz a viz trade liberalisation principles*.

53. Baik dalam kasus *China - Raw Materials* maupun *China - Rare Earths*, kebijakan China yang digugat oleh Uni Eropa, Mexico dan Amerika Serikat pada kasus pertama dan oleh Amerika Serikat, Uni Eropa, dan Jepang pada kasus kedua, adalah tentang penerapan pembatasan ekspor berbagai jenis hasil tambang. Pembatasan ekspor tersebut berupa *export duties* yang tinggi, kuota, lisensi ekspor, hingga administrasi dan publikasi peraturan

⁸¹ *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WTO Doc. WT/DS2/AB/R, March 20, 1996;

⁸² Mostafa Md Hosain., “*Resurrection of PSNR (Permanent Sovereignty over natural Resources) by WTO: An analysis of China Raw Materials Case*”, diakses dari <https://www.researchgate.net/publication/310235982>

perdagangan China yang dinilai penggugat melanggar beberapa *WTO rules*, antara lain Article XI dan X selain *Protocol of Accession to WTO* yang mengikat China ketika masuk sebagai anggota baru WTO.⁸³ Dalam *China – Raw Materials*, China mengklaim bahwa walaupun kebijakan tersebut dinilai melanggar *Protocol of Accession to WTO* yang mengikatnya, namun kebijakan tersebut termasuk yang dikecualikan menurut Art XX(g) yang penafsirannya harus dilakukan dalam konteks prinsip PSNRs. Berikut ini cuplikan ringkasan dari sikap China tersebut: “According to China, the customary norm in international law of sovereignty over natural resources was developed in recognition of the “essential” role that natural resources play in the progress and development of states that possess those resources.”⁸⁴ Lebih lanjut, China berpendapat bahwa “nothing should interfere with their sovereignty over such natural resources”. Kemudian, China menyatakan bahwa “Article XX(g) must be interpreted in a manner that recognizes a WTO Member’s sovereign rights over their own natural resources..... [t]hese rights must be exercised in the interests of a Member’s own social and economic development, as well as in light of the objective of sustainable development as stated in the Preamble to the WTO Agreement”.⁸⁵

54. Panel berpendapat bahwa dalam menafsirkan Art XX (g) harus digunakan metode penafsiran dalam Article 31(3)(c) dari VCLTs yang mengharuskan diperhatikannya “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” sebagai kerangka atau konteks dalam menafsirkan norma-norma suatu treaty, termasuk tentunya dalam menafsirkan Art XX(g)⁸⁶. Oleh sebab itu Panel kemudian menafsirkan pasal tersebut dalam konteks prinsip PSNRs, sbb: “The principle of sovereignty over natural resources affords Members the opportunity to use their natural resources to promote their own development while regulating the use of these resources to ensure sustainable development. Conservation and economic development are not necessarily mutually exclusive policy goals; they can operate in harmony. So too can such policy goals operate in harmony with WTO obligations, for Members must exercise their sovereignty over natural resources consistently with their WTO obligations. In the Panel’s view, Article XX(g) has been interpreted and applied in a manner that respects WTO Members’ sovereign rights over their own natural resources”⁸⁷

Kemudian, Panel dalam kasus yang sama menyinggung bahwa keikutsertaan suatu negara dalam suatu *treaty*, dalam hal ini *WTO Agreement*, adalah wujud dari pelaksanaan prinsip kedaulatan negara. Dengan bergabung dalam WTO, China “obtained significant commercial and institutional benefits, including with respect to its natural resources. It also committed to abide by WTO rights and obligations”⁸⁸. Itu sebabnya kemudian Panel menegaskan bahwa “Exercising its sovereignty over its own natural resources while respecting the requirements of Article XX(g) that China committed to respect, is an efficient way for China to pursue its own social and economic development”.

55. Panel dalam kasus *China – Rare Earth* menggunakan prinsip PSNRs untuk menafsirkan makna *conservation of exhaustible natural resources* dari Art XX(g) khususnya dalam menilai kesesuaian kebijakan China soal konservasi sumber daya alam dengan prinsip PSNRs. Panel mengakui

⁸³ *China – Raw Materials*, paragraph 7.265 – 7.268

⁸⁴ *China – Raw Materials*, paragraph 7.356.

⁸⁵ *China – Raw Materials*, paragraph 7.364.

⁸⁶ *China – Raw Materials*, paragraph 7.377.

⁸⁷ *China – Raw Materials*, paragraph 7.383.

⁸⁸ *China – Raw Materials*, paragraph 7.382.

kedaulatan permanen yang dimiliki oleh setiap negara anggota WTO atas sumber daya alamnya dan berdasarkan kedaulatan itu “*resource-endowed WTO Members are entitled to develop conservation policies on the basis of, or taking into account, a full range of policy considerations and goals, including the need to preserve resources in their current state as well as the need to use them in a sustainable manner. Moreover, given States' permanent sovereignty over natural resources, WTO Members, of course including China, are entitled to determine their own conservation objectives. Additionally, a Member's permanent sovereignty over its natural resources means that, in principle, it is entirely in that Member's discretion whether its conservation measures should "decrease the absolute quantity" of materials extracted or "control the speed" of such extraction, provided that its measures do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of the regulating Member's national jurisdiction*”.⁸⁹ (7.266- 7.267).

Lebih lanjut, sejalan dengan pertimbangan koleganya dalam kasus *China – Raw Materials*, Panel dalam *China - Rare Earths* mengulang kembali bahwa dengan menjadi anggota WTO, China ataupun negara lainnya menerima “*benefits and obligations that such ratification entails and has of course not forfeited permanent sovereignty over its natural resources, which it enjoys as a natural corollary of its statehood. Nor, has China or any other WTO Member "given up" its right to adopt export quotas or any other measure in pursuit of conservation. China has, however, agreed to exercise its rights in conformity with WTO rules, and to respect WTO provisions when developing and implementing policies to conserve exhaustible natural resources*”⁹⁰

56. Oleh sebab itu, kemudian Panel menyatakan bahwa prinsip PSNRs sekalipun memberi hak dan kebebasan penuh kepada China untuk menjalankan kebijakan konservasi sumber daya alam sesuai dengan kebutuhan ekonomi dan tujuan nasionalnya sendiri, tapi prinsip itu tidak berarti memberi hak kepada China untuk mengatur atau mengontrol pasar *natural resources* dengan tujuan apapun. Simpulan penafsiran Panel mencerminkan sikap penolakan untuk menggunakan prinsip PSNRs sebagai justifikasi kebijakan restriktif ekspor sumber daya alam China. Sebaliknya, Panel kembali menegaskan ‘supremasi’ *WTO rules* yang jelas memang bertujuan untuk mempertahankan sistem perdagangan bebas. Berikut teks bagian terpenting dari sikap Panel mengenai prinsip PSNRs dalam konteks perdagangan bebas: “*This permanent sovereignty over natural resources and the right of WTO Members to adopt conservation programmes pursuant to Article XX(g) allows WTO Members to develop and implement processes, means, or tools that put into practice a conservation policy in a way that responds to a Member's development and conservation concerns. It is not, however, a general right to regulate and control a natural resource market for any purpose. As the Appellate Body recognized in US – Softwood Lumber IV, natural resource products that will necessarily enter the market and are available for sale are subject to GATT disciplines in the same way as any other product. As such, no WTO Member has, under WTO law, the right to dictate or control the allocation or distribution of rare earth resources to achieve an economic objective. WTO Members' right to adopt conservation programmes is not a right to control the international markets in which extracted products are bought and sold*”.⁹¹

57. Dari kedua kasus tersebut, terutama *China - Rare Earths*, prinsip PSNRs memang diakui oleh majelis Panel/AB sebagai prinsip hukum internasional publik yang fundamental, namun pada akhirnya tetap tidak mampu melemahkan *treaty norms* dari *WTO Agreements*. Panel memperlakukan

⁸⁹ *China – Rare Earths, paragraph 7.266 – 7.267.*

⁹⁰ *China – Rare Earths, paragraph 7.269.*

⁹¹ *China – Rare Earths, Paragraph 7.268*

prinsip PSNRs pada 2 (dua) sisi, pertama pada sisi domestik China prinsip ini disebut sangat tepat menjadi dasar bagi hak dan wewenang China untuk memilih, merancang, melaksanakan metode dan kebijakan apapun terkait soal konservasi sumber daya alam. Termasuk hak untuk mengolah dan memanfaatkan sumber daya alam itu semaksimal mungkin sesuai kebutuhan dan tujuan nasional China. Di sisi lain, yakni sisi internasional, Panel mengecilkan atau mempersempit makna prinsip PSNRs dengan mengatakan bahwa dengan prinsip itu tidak berarti China boleh mengatur atau mengontrol pasar *natural resources* dengan tujuan apapun yang berarti China tidak boleh mengatur tentang bagaimana atau sejauh mana dia akan mengeksport hasil sumber alamnya sendiri.

58. Putusan AB dalam dua kasus di atas secara keseluruhan maupun khusus untuk bagian prinsip PSNRs banyak menjadi pembahasan para akademisi.⁹² Penulis berpendapat setidaknya ada 4 (empat) pelajaran yang dapat ditarik dari kedua kasus itu termasuk mengenai penafsiran Panel/AB. *Pertama*, *WTO Agreements* tidak mungkin diisolasi dari pengaruh prinsip dan norma hukum internasional publik. Dalam penyelesaian sengketa WTO, hukum internasional yang harus diperhatikan oleh Panel/AB bukan hanya hukum kebiasaan internasional tentang *treaty* sebagaimana terkodifikasi dalam VCLT 1969 sesuai rujukan Art 3.2 DSU untuk mengklarifikasi makna *rules* dalam *WTO Agreements*. Panel/AB perlu memperhatikan “*principles of general international law applicable to WTO Members together with the context any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*”.⁹³ Artinya, bukan hanya prinsip PSNRs tetapi juga prinsip-prinsip hukum internasional lainnya terbuka untuk diterapkan oleh Panel/AB. Oleh sebab itu, peluang Indonesia mengangkat prinsip *Right to Development* sebagai bagian dari *International Human Rights* untuk mempertahankan kebijakan pertambangan mineral di forum DSB jelas terbuka.

59. Pelajaran *kedua*, Panel/AB terlihat bias ke arah yang lebih mengutamakan supremasi *WTO rules viz a viz customary international law principle* yakni PSNRs padahal seperti disebut oleh *international law jurists* termasuk *Pauwelyn* bahwa tidak ada hirarki norma dalam hukum internasional kecuali bila norma tersebut sudah menjadi *jus cogen*. Artinya, jika prinsip PSNRs atau *Right to Development* dapat dikualifikasi sebagai *jus cogen*, maka peluang untuk dapat ‘mengalahkan’ norma hukum dalam *WTO Agreements* menjadi terbuka. Hal ini dikarenakan, menurut Article 53 dari VCLT 1969 suatu norma hukum internasional yang sudah merupakan *jus cogen* akan dapat mengalahkan norma hukum internasional lainnya. Berikut ini kutipan Article 53 VCLT: “*A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts*

⁹² Julia Ya Qin, “*Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection*”, 46 J. World Trade 1147 (2012). Available at: <http://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/116>.; Elisa Baroncini., “*The China-Rare Earths WTO Dispute: A Precious Chance to Revise the China-Raw Materials Conclusions on the Applicability of GATT Article XX to China’s WTO Accession Protocol*”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2012), Vol. 4, N° 2, pp. 49-69; Umair Ghori., “*An Epic Mess: ‘Exhaustible Natural Resources and the Future of Export Restraints After the China – Rare Earths Decision’*” Melbourne Journal of International Law Vol 16, 2015

⁹³ *China – Raw Materials*, Paragraph 7.377

with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

Tetapi, harus diakui diperlukan berbagai bukti antara lain berupa *state practices*, *opinion doctorum*, putusan hakim/arbitrasi internasional untuk mengklaim dan menyusun argumentasi bahwa kedua prinsip hukum itu sebagai *jus cogen*, apalagi untuk prinsip *Right to Development* yang sejak awal mula sudah penuh kontroversi, hingga kini. Cukup banyak pendapat yang menyatakan bahwa *Right to Development* adalah '*universal and inalienable right and an integral part of fundamental human rights*',⁹⁴ namun untuk menyebutnya sudah berstatus *jus cogen* atau *peremptory norm* sangat tidak mudah.⁹⁵ Adapun tentang prinsip PSNRs sebagai *jus cogen*, penulis hanya menemukan satu pendapat yakni dari *Subrata Roy Chowdhury*,⁹⁶ sehingga cukup sulit menyakinkan para pihak. Bahkan tentang bagaimana proses suatu prinsip atau norma hukum dapat menjadi *jus cogen*, bagaimana aplikasinya, dan prinsip atau norma hukum mana saja yang sudah mendapat status *jus cogen* saja masih sering diperdebatkan.⁹⁷

60. Pelajaran *ketiga*, sekalipun peluang untuk berhasil tidak besar, namun tetap ada baiknya jika Indonesia kembali mengangkat prinsip PSNRs (kali ini disertai prinsip *Right to Development*), tetapi bukan dalam konteks penerapan Art XX(g) melainkan XX(j), XVIII, dan XXXVI GATT 1994 seperti telah diuraikan pada bagian IV naskah ini. Indonesia perlu mengangkat isu-isu seputar '*development needs*', terbatasnya cadangan mineral sementara ketergantungan pada sektor *natural resources* sangat besar, perlunya *governmental assistance* untuk menumbuhkan sektor industri hilir dari mata rantai industri smelter nikel, kewajiban negara untuk memenuhi hak asasi

⁹⁴ Pernyataan seperti ini tercantum dalam statement yang dibuat pada *Vienna World Conference on Human Rights* 1993, sebagaimana dikutip dalam Henry J. Steiner & Philip Alston, *"International Human Rights in Context Law, Politics, Morals"*, 2nd edition, Oxford University Press, 2000, hal 1325. Lihat juga, Bunn, Isabella D. *"The Right to Development: Implications for International Economic Law."* *American University International Law Review* 15, no. 6 (2000): 1425-1467; Arts, Karin and Tamo, Atabongawung., *"The Right to Development in International Law: New Momentum Thirty Years Down the Line,"* *Netherland Int Law Rev* (2016) 63:221-24.

⁹⁵ Salah satu ahli hukum internasional yang dengan tegas menyatakan bahwa "*right to development should be regarded as belonging to jus cogen*", adalah *Mohammed Bedjaoui* dalam artikelnya yang berjudul "*The Right to Development*" in *M. Bedjaoui (ed) International Law: Achievements and Prospects*, 1991. Dikutip dari Henry J. Steiner & Philip Alston, *"International Human Rights in Context Law, Politics, Morals"*, 2nd edition, Oxford University Press, 2000, hal 1321. Di sisi lain, ada juga yang berpendapat sebaliknya bahkan menyatakan bahwa sesungguhnya *Right to Development* itu tidak pernah eksis sebab *development* tidak bisa dijadikan sebagai *right*, apalagi mengkuifikasinya sebagai norma hukum internasional. Misal, Jack Donnelly, *"In Search of the Unicorn: The Jurisprudence and Politics of the Right to Development"*, 15 *California Western International Law Journal* 473 (1985).

⁹⁶ Kamal Hossain & Subrata Roy Chowdhury, *"Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law and Practices"*, London, 1984.

⁹⁷ Dinah Shelton, *"International Law and Relative Normativity"*, in Malcolm D. Evans (ed), *International Law*, Oxford University Press, 2003.

warganya agar dapat berkontribusi dalam pembangunan dan menikmati hasilnya, yang semuanya ini seharusnya tidak boleh dilemahkan oleh tuntutan tentang kewajiban negara berdasarkan *WTO rules* untuk mempertahankan perdagangan bebas semata. Hanya jika banyak negara berkembang konsisten mengangkat isu-isu seperti ini bila menghadapi kasus di forum DSB WTO maka sedikit banyak akan menarik perhatian dunia, setidaknya dari kalangan akademisi, aktivis, dan praktisi yang pasti juga banyak yang menaruh perhatian terhadap isu-isu ini.

61. Pelajaran *keempat*, sekalipun China yang mengangkat prinsip *PSNRs* dalam kasus *China - Raw Materials* dan *China - Rare Earths* itu mengalami kekalahan, namun itu bukan karena prinsip *PSNRs irrelevant*, melainkan lebih pada penafsiran majelis AB yang belum memperlihatkan analisis yang utuh tentang isi, relasi, dan dampak prinsip itu terhadap *trade liberalisation rules* dari WTO. Oleh karena tidak ada ketentuan dalam DSU yang menyebutkan bahwa Panel/AB harus menerapkan prinsip *stare decisis* atau *precedent rule* atas putusan Panel/AB sebelumnya, walaupun dalam praktik panel/AB lazimnya akan merujuk putusan-putusan koleganya yang terdahulu sebagai referensi, maka tetap terbuka kemungkinan Panel/AB dalam kasus sengketa *European Union - Indonesia Raw Materials* akan memperlakukan dan menafsirkan prinsip *PSNRs* secara berbeda dengan penafsiran dalam kedua kasus yang dihadapi China itu. Apalagi orang yang menjadi anggota Panel/AB juga berbeda.

VI. Kevakuman Appellate Body WTO dan Ancaman Retaliasi dari Uni Eropa

62. Sejak berakhirnya masa jabatan *Ms. Hong Zhao*, anggota AB terakhir yang tersisa pada 30 November 2020 maka keanggotaan AB benar-benar kosong hingga kini (September 2022).⁹⁸ Bahkan, fungsi majelis banding WTO ini sebenarnya sudah tidak berfungsi sejak akhir 2019 karena untuk dapat menjalankan fungsi memeriksa permohonan banding dibutuhkan 3 (tiga) orang anggota aktif. Sementara, pada November 2019 hanya tersisa 2 (dua) orang anggota yang masih aktif. Salah satu anggota AB dari AS yang habis masa jabatannya di tahun 2019 tidak dicalonkan lagi oleh pemerintah AS. Penolakan AS ini juga terjadi terhadap pencalonan anggota yang diajukan oleh negara lain sejak tahun 2016 dengan berbagai alasan.⁹⁹ Mekanisme pengambilan keputusan dalam forum DSB untuk pemilihan anggota AB didasarkan pada asas konsensus yang mensyaratkan tidak boleh ada penolakan dari satu negara anggota manapun. Akibatnya, hingga tahun 2022 mendekati akhirpun majelis AB tidak berfungsi sehingga proses penyelesaian sengketa di forum DSB berada pada '*state of limbo*'. Permohonan banding atas putusan Panel yang diajukan oleh beberapa negara, termasuk

⁹⁸ WTO *Appellate Body Members*,
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm

⁹⁹ Lihat, catatan nomor 7 di atas.

Indonesia, sejak tahun 2020 dinyatakan sebagai *'being appealed into the void'*.¹⁰⁰

63. Bila dilihat dari perspektif tergugat/terlapor (*respondent*) status permohonan banding yang *'into the void'* itu terkesan menguntungkan karena status putusan Panel WTO yang misalnya menyatakan tindakan tergugat terbukti melanggar norma *WTO Agreements* untuk sementara masih digantung atau belum berkekuatan hukum tetap. Akibatnya, tindakan negara tersebut tidak harus segera dihentikan sesuai rekomendasi Panel setidaknya hingga majelis AB menjatuhkan putusan banding. Sebaliknya, bagi negara penggugat/pelapor (*complainant*), status AB yang vakum membuat putusan Panel yang mengabulkan gugatannya menjadi mengambang dan belum dapat dieksekusi sehingga dinilai menambah kerugian.

64. Sampai kapan kekosongan keanggotaan majelis AB berlangsung sukar diprediksi mengingat sikap AS yang terus menerus menentang berbagai proposal yang diajukan berbagai negara anggota untuk memfungsikan kembali AB. Oleh sebab itu atas inisiatif 16 negara anggota, pada 27 Maret 2020 dibentuklah *Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)* yang mengadopsi seluruh *rules of procedure* dari majelis AB dan berfungsi memeriksa permohonan banding atas putusan Panel WTO yang diajukan oleh negara-negara yang berkepentingan dan yang sepakat dengan pembentukan MPIA tersebut.¹⁰¹ Indonesia bukanlah negara yang setuju untuk membawa permohonan banding ke MPIA sehingga kasus-kasus tahap banding di mana Indonesia jadi *respondent* tidak diajukan ke unit ini tetapi tetap ke AB dengan status *'into the void'*.

65. Oleh karena banyak negara anggota WTO yang menolak pemeriksaan banding oleh MPIA sementara fungsi AB belum pasti kapan akan dijalankan kembali sehingga proses penyelesaian sengketa tidak dapat berjalan tuntas, *final and binding* yang ujungnya putusan menjadi tidak bisa dieksekusi dan kerugian yang diderita negara penggugat akibat dari tindakan negara tergugat tidak dapat segera dipulihkan, maka ada beberapa negara yang akhirnya bertindak secara *unilateral* melalui pembuatan undang-undang atau regulasi internal mereka yang memberi kewenangan pemerintahnya untuk melakukan tindakan pembalasan/retaliasi (*retaliation or countermeasures*). Beberapa negara tersebut (yang relevan dengan posisi

¹⁰⁰ Lihat, catatan nomor 8 di atas.

¹⁰¹ Ada 16 negara anggota WTO yang sepakat membentuk MPIA dengan mengadopsi *rule of procedures* dari *Appellate Body* WTO. Pembentukan MPIA dan keikut-sertaan negara untuk menggunakan forum tersebut bersifat sukarela sesuai Art 25 DSU. Keenam-belas negara itu adalah: Australia, Brazil, Canada, China, Chile, Colombia, Costa Rica, European Union, Guatemala, Hong Kong, Mexico, New Zealand, Norway, Singapore, Switzerland, dan Uruguay.

Indonesia) adalah Amerika Serikat¹⁰², Uni Eropa (UE) dan Brazil¹⁰³. Regulasi dari UE dan Brazil ini yang potensial mengancam posisi dan kepentingan Indonesia. Brazil menggugat Indonesia soal impor daging ayam dan pada tahap Panel, Brazil dimenangkan dan Indonesia kemudian mengajukan banding ke AB dengan status *'into the void'*. Sesuai dengan topik makalah ini focus penulis bukan pada Brazil ataupun AS tetapi pada UE yang sedang menggugat Indonesia soal pelarangan ekspor nikel.

66. Pada Mei 2014, UE membuat *REGULATION (EU) No 654/2014*¹⁰⁴ yang Pasal 3 nya memberi kewenangan kepada *European Commission* untuk mengambil tindakan berupa *commercial policy measures* terhadap negara yang bersengketa dagang dengan UE baik yang berdasarkan pada *WTO Agreements*, maupun berdasarkan perjanjian multilateral perdagangan internasional lainnya termasuk perjanjian bilateral. Tindakan *commercial policy measures* itu tidak lain adalah tindakan penjatuhan sanksi atau retaliasi, sebab dalam Pasal 1 jelas disebutkan bahwa tujuan dari tindakan itu adalah untuk memulihkan kerugian yang diderita UE sebagai akibat dari kebijakan dagang negara lain yang melanggar *WTO Agreements*, ataupun perjanjian internasional lainnya di bidang perdagangan. Sebenarnya, tindakan penjatuhan sanksi yang diatur dalam regulasi di atas sesungguhnya tidak bertentangan dengan ketentuan hukum dalam *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (DSU) dari *WTO Agreements*, sebab *Article 22* dari DSU jelas memberi kewenangan kepada negara yang perkaranya dimenangkan di tingkat banding untuk menjatuhkan sanksi yang istilah teknisnya adalah *'suspension of concessions or other obligations'* tetapi lebih populer dengan sebutan retaliasi atau *countermeasures*,¹⁰⁵ dalam hal negara yang kalah tidak beritikad baik untuk mematuhi dan melaksanakan keputusan serta rekomendasi dari majelis AB yang disahkan oleh DSB. Berdasarkan *Article 22* DSU ini, UE berhak untuk menerapkan Regulasi tahun 2014 di atas.

67. Namun, persoalannya menjadi lain karena kemudian Regulasi EU tahun 2004 itu diubah pada 10 Februari 2021 melalui *REGULATION (EU) 2021/167*¹⁰⁶ yang menambahkan hal baru pada Pasal 3 Regulasi lama dengan kalimat sbb *"3(aa) following the circulation of a WTO panel report upholding, in whole or in part, the claims brought by the Union, if an appeal under Article 17 of the WTO DSU*

¹⁰² Regulasi AS untuk soal retaliasi terhadap negara lain yang kebijakannya dinilai merugikan AS adalah Section 301 Trade Act of 1974. Lihat, *Congressional Research Service, In Focus Section 301 of Trade Act of 1974, up to date* May 26, 2022 diakses dari <https://crsreports.congress.gov>

¹⁰³ Reuters, "Brazil to retaliate unilaterally in trade disputes as WTO body stalled", 27 January 2022.

¹⁰⁴ Judul Regulasi sangat panjang yaitu *"The exercise of the Union's rights for the application and enforcement of international trade rules and amending Council Regulation (EC) No 3286/94 laying down Community procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Community's rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the WTO"*.

¹⁰⁵ Joost Pauwelyn, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules—Toward a More Collective Approach," 94 *American Journal of International Law* 335, 336 (2000).

¹⁰⁶ Judul Regulasi adalah *"Amending Regulation (EU) No 654/2014 concerning the exercise of the Union's rights for the application and enforcement of international trade rules"*.

cannot be completed and if the third country has not agreed to interim appeal arbitration under Article 25 of the WTO DSU". Artinya, *European Commission* akan dapat menjatuhkan sanksi retaliasi kepada negara yang bersengketa dengan UE pada forum WTO, segera setelah putusan Panel WTO diedarkan ke anggota DSB apabila proses banding ke majelis AB tidak dapat dituntaskan dan negara lawan UE tersebut menolak untuk memproses banding ke MPIA (sebagai *interim appeal arbitration*). Hal ini dapat dilakukan UE terhadap Indonesia apabila nanti kasus sengketa perihal larangan ekspor nikel diputuskan oleh Panel WTO. Dengan asumsi andai UE menang dan Indonesia karena menolak MPIA mengajukan banding *'into the void'* ke AB yang masih kosong, maka berdasar Regulasi EU tahun 2021 di atas Komisi Eropa dapat langsung menjatuhkan sanksi dagang terhadap Indonesia tanpa menunggu hasil banding ke AB. Akibat lebih buruknya adalah bisa saja tindakan retaliasi itu kemudian menyimpang dari rambu-rambu DSU WTO sebab tindakan itu menjadi *'di luar'* kerangka *WTO Agreements*.

68. Jika penyelesaian sengketa sepenuhnya dilakukan menurut DSU maka setelah putusan Panel selesai dibagikan kepada anggota DSB, negara yang bersengketa dapat memilih apakah akan banding ke majelis AB atau tidak. Jika tidak maka DSB akan mengesahkan putusan Panel sehingga rekomendasi yang tercantum dalam putusan Panel akan menjadi rekomendasi dari DSB. Bila negara yang bersengketa mengajukan banding maka pengesahan oleh DSB menunggu selesainya majelis AB memeriksa permohonan banding. Segera setelah putusan AB disahkan DSB maka prosedur berikutnya adalah tahap implementasi atas isi rekomendasi dari DSB oleh negara yang kebijakannya dinilai melanggar *WTO Agreements*. Kedua belah negara masih dimungkinkan untuk merundingkan batas waktu kapan implementasi putusan itu harus dilaksanakan bahkan bila tidak tercapai keputusan soal batasan waktu ini maka penentuannya dapat diserahkan ke Arbitrase di WTO. Mungkinkah kemudian negara yang menang menjatuhkan sanksi terhadap negara yang kalah? Mungkin saja, namun itu adalah langkah paling akhir karena sebelum menempuh langkah itu negara yang merasa dirugikan akibat putusan Panel/AB tidak dilaksanakan oleh negara yang kalah, dapat mengajukan kompensasi terhadap negara yang kalah itu. Artinya, terbuka lagi peluang untuk berunding membahas jenis kompensasi apa yang paling tepat dan memungkinkan untuk dilakukan. Kompensasi ini, sama seperti putusan Panel/AB, tidak akan berupa nominal uang tertentu tetapi dapat berupa hal lain yang disepakati kedua belah pihak. Hanya jika perundingan soal kompensasi ini gagal disepakati, barulah kemudian negara yang menang boleh meminta otorisasi DSB untuk menjatuhkan tindakan sanksi berupa *'suspension of concessions or other obligations'* sesuai Article 22 ayat (3) hingga (8) DSU.

69. Jadi, Indonesia harus bersiap mengantisipasi sedini mungkin tentang langkah apa yang harus diambil apabila nanti sengketa antara Indonesia vs UE soal larangan ekspor nikel diputuskan oleh Panel WTO, dan andai Indonesia dinyatakan terbukti melanggar Article XI:1, Art X:1 dan lainnya. Andai Indonesia bersikukuh untuk mengajukan banding *'into the void'* ke majelis AB, maka tidak berarti Indonesia akan *'berada di atas angin'* sementara waktu karena besar kemungkinan UE akan langsung mengambil

tindakan retaliasi berdasarkan Regulasi mereka tahun 2021. Andai ini terjadi, langkah apa yang dapat Indonesia lakukan? Bisa saja jika dikehendaki, Indonesia juga mengambil tindakan balasan terhadap produk impor dari UE yang berarti terjadi tindakan saling balas-membalas yang berujung menjadi semacam *trade war*, atau Indonesia mengambil langkah hukum dengan menggugat UE ke forum WTO lagi dengan dasar gugatan pelanggaran atas norma hukum dalam DSU, atau apakah dimungkinkan bahkan bagi Indonesia untuk, misalnya, membawa kasus retaliasi 'di luar kerangka DSU WTO' tersebut ke forum Mahkamah Internasional dengan misalnya menggunakan dasar gugatan *Rules on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*?¹⁰⁷. Pertanyaan ini masih perlu diteliti lebih lanjut sebab dalam perkembangan hukum internasional telah terjadi fragmentasi yang bermacam-macam yang akhirnya menyebabkan timbulnya teori tentang *multiple jurisdictions* yang salah satu aspeknya berkaitan dengan penyelesaian sengketa di forum DSB dari WTO.

VII. Simpulan

70. Kebijakan pertambangan Indonesia berupa pelarangan ekspor nikel dan pengolahan serta pemurniannya pada fasilitas smelter di dalam negeri adalah bentuk nyata dari implementasi atas prinsip dalam hukum kebiasaan internasional yaitu *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, serta prinsip *Right to Development* yang garis besar inti keduanya juga tercantum dalam konstitusi UUD1945. Namun, dalam perspektif perdagangan bebas yang menjadi tujuan utama dari *WTO Agreements* terutama GATT 1994 sebagai sumber hukumnya, kebijakan pertambangan Indonesia itu menghadapi tantangan berat karena melanggar salah satu prinsip perdagangan bebas, yakni Penghapusan Umum Hambatan Kuantitatif Perdagangan Internasional (Article XI:1) dan Transparansi Peraturan (Art X:1). Sekalipun menghadapi hambatan tetap ada peluang untuk mempertahankan kebijakan tersebut dengan menggunakan beberapa pasal dari GATT 1994 juga sebagai landasan justifikasi, yaitu Article XX(i), XX(j), XVIII, dan Art XXXVI masing-masing dengan kelebihan dan kekurangan. Peluang keberhasilan bagi Indonesia tidak cukup besar karena dalam *WTO Agreements* sendiri tidak ada norma yang secara spesifik mengatur hubungan antara perdagangan hasil sumber daya alam dengan kebutuhan pembangunan bagi negara berkembang. Akibatnya ruang gerak bagi negara berkembang untuk menjalankan kebijakan-kebijakan perdagangan guna memenuhi kebutuhan pembangunan ekonomi dengan tanpa menyimpang dari prinsip perdagangan bebas menjadi terbatas. Peluang tetap tidak bertambah lebar sekalipun misalnya Indonesia mengangkat prinsip *Permanent Sovereignty over Natural Resources* dan *Right to Development* untuk memperkuat dan membingkai argumentasi penerapan pasal-pasal dari GATT 1994 sebagai justifikasi untuk kebijakan pertambangannya. Masalahnya bukan pada status normativitas kedua prinsip hukum internasional itu, tetapi lebih pada kecilnya harapan bahwa Panel/Majelis Banding DSB WTO tidak akan mengutamakan keberlakuan norma-norma

¹⁰⁷ State Responsibility: Draft Articles Provisionally Adopted by the Drafting Committee on Second Reading, UN Doc. A/CN.4/L.600 (2000)

hukum dalam *WTO Agreements* ketika berhadapan dengan norma-norma hukum internasional publik di luar *WTO Agreements* untuk menyelesaikan sengketa dagang. Selama pendekatan para pihak yang berkepentingan dalam WTO adalah mengutamakan prinsip perdagangan bebas dan memosisikan *WTO Agreements* sebagai *lex specialis* dalam berhadapan dengan perjanjian internasional lainnya yang tujuannya tidak selalu paralel dengan tujuan WTO, maka akan sukar untuk menemukan keseimbangan dan solusi yang menguntungkan bagi negara yang harus mengambil kebijakan yang inkonsisten dengan kewajibannya menurut WTO sekalipun kebijakan tersebut dilakukan demi masa depan yang lebih baik bagi masyarakatnya. Meskipun demikian, Indonesia sebaiknya tetap memanfaatkan sekecil apapun peluang yang tersedia itu sebab dengan begitu kita akan dapat berkontribusi untuk mengembangkan Hukum Ekonomi Internasional dan Hukum Internasional dalam arti yang lebih umum, terlepas dari apapun hasil putusan Panel/Majelis Banding DSB WTO.

DAFTAR PUSTAKA

- Alfararg, Saad.**, "Right to Development An introduction to the mandate", United Nations Special Rapporteur 2017. DOI 10.1007/s40802-016-0066-x
- Babu, Rajesh R.**, "Understanding The Role of International Law in WTO Law", Indian Yearbook of International Law and Policy (2009)
- Bunn, Isabella D.** "The Right to Development: Implications for International Economic Law." American University International Law Review 15, no. 6 (2000): 1425-1467.
- Baroncini, Elisa.**, "The China-Rare Earths WTO Dispute: A Precious Chance to Revise the China-Raw Materials Conclusions on the Applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol". Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2012), Vol. 4, N° 2, pp. 49-69
- Bossche, Peter Van den.**, "The Law and Policy of the WTO: Text, Cases, and Materials", 2nd edition, Cambridge University Press, 2008.
- Bungenberg, Marc and Hobe, Stephan** (eds)., "Permanent Sovereignty over Natural Resources", Springer International Publishing Switzerland 2015, DOI 10.1007/978-3-319-15738-2
- Cook, Graham.**, The Meaning of Everything: The Origin and Evolution of the GATT/WTO Analytical Index.
- Europe-Third World Centre (CETIM)**, "The Right to Development" Current state of the debates held at the U.N. on the implementation of the historic Declaration adopted in this regard by the General Assembly of the United Nations on 4 December 1986, Geneva, June 2007.
- Ghori, Umair.**, "Three Lessons on the Construction of Export Controls Under WTO Law", Vol 39(1) University of Queensland Law Journal, 2020.
- Ghori, Umair.**, "An Epic Mess: 'Exhaustible Natural Resources and the Future of Export Restraints After the China – Rare Earths Decision" Melbourne Journal of International Law Vol 16, 2015
- Herdegen, Matthias.**, "Principles of International Economic Law", Oxford University Press, 2013
- Hosain, Mostafa Md.**, "Resurrection of PSNR (Permanent Sovereignty over natural Resources) by WTO: An analysis of China Raw Materials Case", <https://www.researchgate.net/publication/310235982>

- Igbinedion, SA.**, 'Finding value for the right to development in international law' (2019) 19 African Human Rights Law Journal 395-417. Diakses dari <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2019/v19n1a19>
- Julia Ya Qin**, Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection, 46 J. World Trade 1147 (2012). Available at: <http://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/116>.
- Lamy, Pascal.**, The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order, The European Journal of International Law Vol. 17 no.5, 2007;
- Lindroos, Anja and Mehling, Michael.**, "Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO", The European Journal of International Law Vol. 16 no.5, 2006;
- Lowenfeld, Andreas F.**, "International Economic Law", Oxford University Press 2002.
- Marceau, Gabrielle.**, 'WTO and Export Restrictions'. Journal of World Trade 50, no. 4 (2016): 563–586
- Marks, Stephen P** (ed), "Implementing the Right to Development: The Role of International Law", Friedrich-Ebert-Stiftung, Geneva Office, 20
- Mildner, Stormy-Annika & Lauster, Gitta.**, Settling Trade Disputes over Natural Resources: Limitations of International Trade Law to Tackle Export Restrictions, Goettingen Journal of International Law 3 (2011) 1, 251-281
- OECD, Working Party of the Trade Committee**, "Analysis of Non Tariff Measures: The Case of Export Restrictions," TD/TC/WP(2003)7/FINAL
- Palmeter, David and Mavroid, Petros C.**, "The WTO Legal System: Sources of Law", The American Journal of International Law [Vol. 92:398, 1998
- Paliwal, Suyash.**, "Strengthening the Link in Linkage: Defining "Development Needs" in WTO Law." American University International Law Review 27 no. 1 (2012): 37-90.
- Pauwelyn, Joost.**, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", The American Journal of International Law [Vol. 95:535, 2001]
- Pauwelyn, Joost.**, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules—Toward a More Collective Approach*, 94 AJIL 335, 336 (2000).
- Ruta, Michele and Venables, Anthony J.**, "International Trade in Natural Resources: practice and policy", World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2012-07, March 2012.
- Schrijver, Nico.**, "Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties", Cambridge University Press, 1977
- Subedi, Surya P.**, "Declaration on the Right to Development", United Nations Audiovisual Library of International Law, diakses dari <https://legal.un.org/avl/>
- Tyagi, Yogesh.**, "Permanent Sovereignty over Natural Resources" DOI:10.7574/cjicl.04.03.588 Cambridge Journal on Law and Comparative Law
- United Nation, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR)**, "Frequently Asked Questions on the Right to Development", Fact Sheet No. 37, 2016
- Vienna Convention on the Law of Treaties** 1969, Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331
- World Trade Organisation.**, "The World Trade Report 2010: Trade in Natural Resources, 2010.