

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Seiring dengan perkembangan dan kemajuan perdagangan dunia yang membawa peningkatan dalam hubungan ekonomi dan kesejahteraan, hubungan perdagangan dapat menimbulkan sengketa antar negara. Sengketa dapat terjadi secara bilateral dalam satu kawasan, antar negara yang berbeda kawasan, maupun antara satu negara dengan kelompok negara-negara yang menjadi anggota suatu organisasi internasional di kawasan tertentu, baik yang terikat dalam suatu perjanjian perdagangan maupun tidak. Dalam kaitan itu, negara-negara yang terikat dalam suatu perjanjian memasukkan ketentuan dan pengaturan penyelesaian sengketa dalam perjanjian internasional. Pemuatan ini terdapat dalam setiap perjanjian internasional, baik dalam perjanjian perdagangan, perjanjian investasi, perjanjian kerjasama ekonomi maupun perjanjian-perjanjian kerjasama dalam bidang yang lain. Pemuatan ketentuan penyelesaian sengketa tidak saja dimaksudkan sebagai langkah antisipasi kemungkinan jika terjadi perselisihan di antara para pihak di kemudian hari, tetapi juga dalam praktik merupakan standar dan syarat yang harus dipenuhi sebagai syarat formal suatu perjanjian.

Dalam hubungan internasional terdapat berbagai cara yang dapat digunakan untuk menyelesaikan sengketa secara damai dalam konteks bilateral,

regional, maupun multilateral. Secara umum penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui dua saluran besar, yaitu penyelesaian melalui jalur diplomatik (*diplomatic channel*) dan penyelesaian secara hukum (*legal settlement*). Praktik internasional sangat menekankan negara-negara untuk mengupayakan sedapat mungkin menempuh penyelesaian secara diplomatik, sebelum melakukan penyelesaian secara hukum.

Penyelesaian sengketa secara damai dengan tegas diatur oleh masyarakat internasional seperti tertuang dalam Piagam PBB (*Charter of the United Nations*) pada Pasal 33 (1) yang menyatakan:¹

“The parties to any dispute, the continuation of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, **judicial settlement**, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.”

Pasal tersebut mengamanatkan, bahwa pihak-pihak yang terlibat dalam suatu sengketa harus pertama-tama mencari solusi penyelesaian dengan cara-cara seperti: negosiasi, penyelidikan, mediasi, konsiliasi, arbitrase, termasuk “penyelesaian secara hukum” (*judicial settlement*), atau cara-cara damai lain yang mereka pilih. Dengan demikian, penyelesaian sengketa melalui jalur hukum merupakan salah satu alternatif cara yang tersedia dalam penyelesaian sengketa dagang internasional.

Setelah berdirinya GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*) pada tahun 1947, negara-negara yang terlibat dalam sengketa dagang menyelesaikan

¹ Office of Legal Affairs-Codification Division, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, United Nations, New York, 1992, hlm. 3.

sengketa dagang internasional sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang diatur dalam GATT, yaitu Pasal XXII dan XXIII. Pasal XXII memberikan pengaturan dan memerintahkan negara-negara untuk melakukan langkah “konsultasi” (*consultation*) jika terjadi perselisihan berkaitan dengan ketentuan yang terdapat dalam “Persetujuan GATT” atau “*GATT Agreement*”.² Pasal XXIII memberikan penegasan tentang pengaturan keberatan atau ketidakpuasan yang dialami satu negara anggota, jika negara anggota yang lain melakukan “*nullification or impairment*”, sehingga merugikan negara anggota yang lain dan melanggar ketentuan dari GATT.³ Pengaturan penyelesaian sengketa dalam GATT dirasakan sangat sumir dan lebih mengutamakan penyelesaian masalah dengan penyampaian isu-isu (*submission of issues*) yang dihadapi kepada negara-negara pihak (*contracting parties*) yang menjadi anggota GATT.⁴

Penyelesaian sengketa secara hukum (*judicial settlement*) memasuki era baru setelah terbentuknya WTO tahun 1995. WTO membentuk instrumen hukum baru yang memuat aturan (*rules*) dan prosedur (*procedures*) penyelesaian sengketa, serta kelembagaan melalui badan khusus yang berdiri sendiri dalam menangani penyelesaian sengketa, yaitu *Dispute Settlement Body* (DSB), *Panel* dan *Appellate Body*. Keberadaan dan kedudukan lembaga baru tersebut dengan sendirinya membawa cara penyelesaian sengketa dagang di bawah WTO menjadi “*rule-oriented*” dan semakin “*legalistic*”.⁵ Hal itu menurut Jagdish Bhagwati membuat WTO dipandang sebagai institusi *legalistic body* layaknya

² WTO, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations-The Legal Text*, Geneva, 1995, hlm. 521.

³ *Ibid*, hlm. 521.

⁴ *Ibid*, hlm. 199.

⁵ *Ibid*, hlm. 199.

sebuah pengadilan yang mendunia.⁶ Untuk menjalankan peran seperti itu, WTO harus menjadi lembaga yang transparan dan bersedia melakukannya.⁷

Penyelesaian melalui hukum dipandang sebagai solusi dalam menyelesaikan sengketa dagang internasional. Hal ini mengingat pada masa GATT banyak sengketa dagang yang tidak dapat diselesaikan dengan tuntas, karena GATT lebih menggunakan pendekatan diplomatik daripada penyelesaian dengan cara hukum. Pada era GATT negara-negara dapat mengajukan gugatan kepada Sekretariat GATT dan menyampaikan submisi kasus (*case submission*) untuk menggugat negara lain. Penyelesaian sengketa GATT dipandang banyak memiliki kekurangan, karena tidak memiliki kerangka waktu tahapan penyelesaian yang tegas dan tidak terstruktur dengan ketat dalam prosedur, waktu dan mekanisme penyelesaian sengketa. Selain itu, dalam hal laporan penyelesaian sengketa, apabila disirkulasi kepada negara anggota GATT, negara lain dapat menolak dan memblok laporan penyelesaian sengketa. Dengan kata lain, satu negara dapat memveto laporan yang disampaikan, sehingga penyelesaian sengketa menjadi tidak dapat dilanjutkan. Penyelesaian melalui GATT dipandang lebih diwarnai oleh kekuatan yang disebut sebagai "*power oriented diplomacy*".⁸ GATT lebih berorientasi pada "*power-oriented*" dari pada "*rule-oriented*".⁹ Kenyataan ini memberi kesan adanya dikotomi yang kontras antara "*power-oriented*

⁶ Jagdish Bhagwati, *In Defense of Globalization*, Oxford University Press, New York, 2004, hlm 105.

⁷ *Ibid.*

⁸ John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, Second Edition, London, 1997, hlm 109.

⁹ *Ibid.*

diplomacy” dengan “*rule-oriented diplomacy*”.¹⁰ Dua aspek yang kontras tersebut kemudian menurunkan pengaruh pada terbentuknya teknik penyelesaian sengketa internasional secara damai (*peaceful settlement of international dispute*) pada dua cara, yaitu *pertama*, penyelesaian melalui negosiasi dan perjanjian berdasarkan pada status kekuatan relatif para pihak (*relative power status of the parties*); dan *kedua*, penyelesaian melalui negosiasi atau putusan (*decisión*) yang didasarkan pada norma (*norms*) atau aturan (*rules*).¹¹

Kekurangan yang terdapat pada GATT, mendorong negara-negara memandang perlunya lembaga baru yang dapat memfasilitasi sengketa dagang yang diajukan negara anggota dan memberikan kepastian dalam penyelesaian sengketa. WTO dipandang berhasil membawa penyatuan sistem penyelesaian sengketa yang solid (*unified dispute settlement system*).¹² Terdapat beberapa keunggulan dari WTO dibandingkan dengan sistem GATT. *Pertama*, dengan sistem yang baru, keseluruhan proses dalam WTO menjadi satu (*unified central core process*).¹³ Dengan sistem baru WTO tidak ada lagi kasus *different subjects* diselesaikan dengan prosedur penyelesaian yang berbeda (*different settlement procedures*).¹⁴ *Kedua*, teks perjanjian dalam WTO tentang penyelesaian sengketa menegaskan adanya hak negara penggugat (*complaining government*) untuk mengambil inisiatif mengajukan process panel.¹⁵ *Ketiga*, WTO menetapkan prosedur banding (*appellate procedure*) yang tidak mengharuskan melalui proses

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, hlm 125.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

persetujuan dewan (*council approval process*).¹⁶ Dengan proses ini maka laporan banding (*appellate report*) akan diterima secara otomatis (*automatically*).¹⁷ Keempat, WTO menjamin adanya tahap implementasi (*implementation*) dan kompensasi (*compensation*) bagi pihak yang kalah untuk melaksanakan kewajiban sesuai dengan putusan yang dikeluarkan.¹⁸ Kelima, DSU WTO memisahkan prosedur penyelesaian untuk “*violation complaint*” dan “*non-violation complaint*”.¹⁹

Selain itu, keunggulan lain yang dimiliki WTO, untuk memfasilitasi dan memberikan kepastian hukum, WTO memiliki instrumen hukum dalam berbagai bentuk perjanjian internasional yang mengatur berbagai aspek perdagangan internasional. Instrumen hukum yang lengkap melalui perjanjian internasional membuat WTO menjadi kredibilitas sebagai institusi internasional. WTO memiliki perjanjian-perjanjian seperti *agreement on agriculture, sanitary and phytosanitary measures, textile and clothing, subsidy, anti-dumping, technical barriers to trade, trade-related investment measures, rules of origin, safeguards, intellectual property rights*, dan lainnya, yang menjadi landasan bagi negara anggota untuk menggugat negara lain yang dinilai melakukan pelanggaran yang diatur dalam perjanjian tersebut. Keseluruhan perjanjian juga sekaligus merupakan batas dan ruang lingkup yang menjadi rujukan cakupan perjanjian (*covered agreement*) dalam penyelesaian sengketa.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, hlm 125-126.

Bersamaan dengan kehadiran WTO, sejalan dengan perkembangan kemajuan ekonomi di Asia pada dekade 1980-an dan era globalisasi pada tahun 1990-an, negara-negara di dunia membuat kesepakatan-kesepakatan perdagangan baru dengan menandatangani perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement/FTA*), baik yang bersifat bilateral, regional maupun multilateral. Negara maju seperti Amerika Serikat, setelah menandatangani FTA bilateral dengan Kanada (*Canada-United States Free Trade Agreement/CUSFTA*)²⁰, kemudian memperluas perjanjian FTA dengan melibatkan Meksiko sebagai negara pihak yang baru dalam NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) atau Perjanjian Perdagangan Bebas Amerika Utara.

Sebagai negara terbesar di kawasan Asia Tenggara, Indonesia telah berpartisipasi dan menjadi negara pihak dalam berbagai perjanjian perdagangan bebas (FTA), baik pada tingkat regional ASEAN maupun bilateral dengan negara lain. Pada tingkat ASEAN, Indonesia telah menandatangani Perjanjian Kawasan Perdagangan Bebas ASEAN atau *Agreement on the ASEAN Free Trade Area* (AFTA) pada tahun 1992. Dalam kerangka AFTA, perjanjian ini juga memuat ketentuan dan pengaturan penyelesaian sengketa. Untuk memperkuat pengaturan penyelesaian sengketa antar sesama negara anggota, ASEAN membuat instrumen hukum khusus yang disebut *Protocol on Dispute Settlement Mechanism* (DSM) (1996), yang kemudian diperbaharui dengan *ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism* (2004).

²⁰ Armand De Mestral, *NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion*, dalam Lorand Bartel and Federico Ortino (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2006, hlm. 360. CUSFTA ditandatangani 2 Januari 1988, berlaku efektif 1 Januari 1989.

Dalam instrumen penyelesaian sengketa tersebut, terdapat mekanisme dan prosedur yang harus dilakukan bagi negara-negara ASEAN untuk menyelesaikan perselisihan di antara mereka yang terlibat dalam sengketa. Mekanisme dan prosedur yang disediakan tidak saja berkaitan dengan kerangka waktu penyelesaian, tetapi juga menyangkut institusi di dalam internal ASEAN yang akan menangani penyelesaian sengketa.

Namun, kenyataan menunjukkan, meskipun ASEAN telah memiliki instrumen hukum dalam penyelesaian sengketa, terdapat kecenderungan, negara-negara yang bersengketa menggunakan institusi lain di luar ASEAN, dengan menempuh jalan penyelesaian melalui WTO. Sebagai contoh, kasus Sengketa Cukai dan Fiskal Rokok Filipina dengan Thailand.²¹ Filipina mengajukan permohonan konsultasi kepada WTO 12 Februari 2008.²² Setelah melakukan dua kali konsultasi, 23 April 2008 dan 9 September 2008, ternyata konsultasi tidak menemukan solusi dan mencapai kata sepakat, sehingga Filipina mengajukan pembentukan Panel kepada WTO.²³

Sengketa serupa juga terjadi pada Meksiko, dalam kasus *Corn Syrup*²⁴ dengan Amerika Serikat, meskipun keduanya merupakan negara anggota NAFTA (*North American Free Trade Agreement*)²⁵, namun Meksiko tetap membawa penyelesaian sengketa melalui WTO. Australia dalam sengketa importasi buah

²¹ Hilton Tarnama Putra dan Eka An Aqimuddin, *Mekanisme Penyelesaian Sengketa Di ASEAN*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2011, hlm. 145-146.

²² Ibid, hlm. 146.

²³ Ibid, hlm. 146.

²⁴ WTO Appellate Body, *Annual Report for 2011*, Appellate Body July 2012, Geneva, hlm. 115.

²⁵ Perjanjian perdagangan bebas NAFTA ditandatangani 17 Desember 1992, berlaku efektif 1 Januari 1994.

Apple²⁶ dengan New Zealand, meskipun keduanya merupakan negara pihak dalam *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement* (ANZCERTA)²⁷, ternyata mengajukan gugatan kepada WTO dalam menyelesaikan sengketa dagang bilateral.

Sementara itu, sebagai anggota WTO, Indonesia terlibat dalam berbagai sengketa dagang, baik sebagai penggugat (*complainant*), tergugat (*respondent*) maupun pihak ketiga (*third party*). Sebagai *complainant*, dari 1995-2017, Indonesia setidaknya telah mengajukan sebanyak 11 kasus kepada WTO.²⁸ Di antaranya terdapat 5 (lima) gugatan sengketa yang berkaitan dengan produk alas kaki (*footwear*), kertas (*paper*) rokok kretek (*clove cigarettes*), yaitu:²⁹ (i) *Argentina - Safeguards Measures on Imports of Footwear*, (ii) *Amerika Serikat – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, (iii) *Korea – Anti Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*, (iv) *Afrika Selatan – Anti Dumping Measures on Uncoated Woodfree Paper*, dan (v) *Amerika Serikat – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*.

Sebagai *respondent*, dari 1995-2017, Indonesia menerima sebanyak 14 gugatan.³⁰ Untuk pertama kali sejak menjadi anggota WTO, Indonesia digugat oleh Amerika Serikat, Jepang dan Uni Eropa dalam kasus mobil nasional, yaitu

²⁶ WTO Appellate Body, Op.cit, hlm. 104.

²⁷ Perjanjian perdagangan bebas *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement* (ANZCERTA) ditandatangani 28 Maret 1980 dan mulai berlaku efektif 1 Januari 1983.

²⁸ World Trade Organization, *Annual Report 2018*, Geneva, 2018, hlm 130.

²⁹ Direktorat Perdagangan, Perindustrian dan Investasi dan HKI (PPIH), Ditjen Multilateral Kementerian Luar Negeri, *Sistem Penyelesaian Sengketa WTO*, Direktorat PPIH Ditjen Multilateral, Jakarta, 2011, hlm. XVII.

³⁰ Op.Cit, hlm 130.

Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry.³¹ Sedangkan sebagai pihak ketiga, Indonesia berpartisipasi dengan negara-negara anggota WTO yang lain pada sengketa antara lain, yaitu:³² (i) *Brazil – Measures Affecting Dessicated Coconut*, (ii) *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, dan (iii) *Amerika Serikat – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*.

Dalam perkembangannya, sengketa yang diajukan negara anggota WTO kepada Badan Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Body/DSB*) sejak 1995-2017 mencapai tidak kurang 565 sengketa.³³ Tahun 2017, dari Januari hingga Desember, WTO menangani 25 sengketa tingkat panel, 7 sengketa banding dan 3 sengketa melalui arbitrase.³⁴ Selama 2017 terjadi peningkatan penanganan kasus sebesar 38,5% rata-rata per bulan dibandingkan 2016 sebanyak 32,3% dan 2015 sebesar 31,5%.³⁵ Tahun ini dipandang sebagai tahun peningkatan kasus yang tinggi dibandingkan tahun-tahun sebelumnya. Ini menunjukkan semakin pentingnya penyelesaian sengketa melalui WTO. Badan Banding (*Appellate Body*) secara keseluruhan menangani tidak kurang dari 158 permintaan pengajuan banding (*notice of appeal*) dari negara-negara yang telah menyelesaikan sengketa melalui panel penyelesaian sengketa (*dispute settlement panel*).³⁶ Dalam waktu 22 tahun sejak 1995 hingga 2017 setidaknya rata-rata *Appellate Body* menerima 7

³¹ *Ibid*, hlm. XVII.

³² *Ibid*.

³³ World Trade Organization, *Annual Report 2018*, Geneva, 2018, hlm 130.

³⁴ *Ibid*, hlm 128.

³⁵ *Ibid*.

³⁶ *Ibid*, hlm 142,

pengajuan banding per tahun. Sementara itu, laporan banding (*Appellate Body report*) yang disirkulasi dari 1995 hingga 2017 sebanyak 147 kasus.³⁷

Jika ditelusuri lebih jauh, tampak banyak negara yang terlibat dalam sengketa dagang adalah negara yang menandatangani FTA, baik dari negara maju maupun negara berkembang. Negara maju praktis sangat mendominasi dalam mengajukan gugatan sengketa dagang dalam rangka melindungi kepentingan dagang dan akses pasar internasional. Dalam kelompok negara berkembang terdapat negara-negara yang sangat agresif dalam mengajukan gugatan dan terlibat dalam sengketa, antara lain yaitu: Argentina, 20 sengketa; Brazil, 31 sengketa; China, 15 sengketa; India, 23 sengketa; Korea, 17 sengketa; dan Meksiko, 24 sengketa.³⁸ Sedangkan negara maju, yaitu: Uni Eropa, 97 sengketa; Jepang, 23 sengketa; dan Amerika Serikat, 115 sengketa.³⁹ Kenyataan tersebut menunjukkan, bahwa terjadi *ambiguity* dan dualisme negara-negara anggota WTO dalam menyelesaikan sengketa dagang dan penerapan prinsip penyelesaian sengketa (*dispute settlement principle*), meskipun mereka telah menandatangani perjanjian perdagangan bebas. Terdapat kecenderungan negara-negara lebih memilih penyelesaian sengketa melalui WTO daripada menggunakan instrumen mekanisme yang diatur dalam perjanjian FTA. Hal ini dapat dipandang sebagai suatu bentuk *contrario in determinis*, pertentangan terhadap perjanjian. Terjadi inkonsistensi antara ketentuan yang ditetapkan dalam perjanjian dengan penerapan perjanjian oleh negara penandatangan dan disfungsi norma (*norms*) yang telah diatur dalam perjanjian. Kenyataan ini menunjukkan terjadinya

³⁷ *Ibid.*

³⁸ WTO, *Op.cit*, hlm. 82-83.

³⁹ World Trade Organization, *Annual Report 2018*, hlm. 130.

pelemahan kedudukan dan fungsi perjanjian yang telah disepakati yang menjadi hukum positif bagi negara pihak dalam perjanjian.

Sebagai anggota, Indonesia berpartisipasi aktif dalam WTO dan menggunakan instrumen yang terdapat dalam WTO dalam penyelesaian sengketa. Sebagai anggota asli (*original member*) dan pendiri (*founder*), Indonesia mengikuti mekanisme yang berlaku dalam WTO. Melalui Undang-Undang No. 7 Tahun 1994 Indonesia meratifikasi seluruh ketentuan dan perjanjian WTO yang merupakan paket Hasil-Hasil Putaran Uruguay dari Perundingan Perdagangan Multilateral (*The Results of the Uruguay Round of the Multilateral Trade Negotiations*). Dengan ratifikasi, maka Indonesia mengakui keberadaan perjanjian dan menjadikan seluruh instrumen sebagai bagian dari hukum nasional, termasuk penyelesaian sengketa yang diatur dalam *Dispute Settlement Understanding* (DSU). Namun demikian, meskipun Indonesia telah meratifikasi perjanjian WTO, mengingat WTO memiliki mekanisme hukum tersendiri sebagai system yang berlaku secara internasional, Indonesia tidak dapat mengintervensi sistem hukum dalam WTO. Sistem hukum nasional Indonesia berbeda dengan hukum yang berlaku dalam WTO, sehingga hukum Indonesia tidak dapat diberlakukan terhadap WTO. Partisipasi Indonesia dalam sengketa WTO dengan sendirinya mengikuti rejim hukum yang berlaku secara internasional, baik kelembagaannya maupun hukum positif internasional WTO.

Dalam hukum nasional, pengaturan dalam membangun hubungan dan kerja sama perdagangan yang dituangkan dalam perjanjian perdagangan internasional atau *free trade agreement* (FTA) diatur melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan. Undang-undang ini dengan demikian

menjadi dasar legalitas bagi Indonesia untuk menjalin hubungan perdagangan dengan berbagai negara di dunia. Pasal 82 menyatakan, bahwa untuk meningkatkan akses pasar serta melindungi dan mengamankan kepentingan nasional, pemerintah dapat melakukan kerja sama perdagangan dengan negara lain dan/atau lembaga/organisasi internasional. Negara lain dalam konteks ini adalah kerja sama perdagangan yang dilakukan dengan penandatanganan perjanjian perdagangan bebas (FTA) baik secara bilateral maupun regional. Sementara itu, yang dimaksud dengan lembaga atau organisasi internasional adalah termasuk WTO atau organisasi internasional lainnya. Undang-undang ini dengan sendirinya menunjukkan dan memberikan dasar hukum bagi Indonesia untuk berpartisipasi dalam penyelesaian sengketa sebagai konsekuensi dari keterikatan Indonesia terhadap perjanjian perdagangan internasional yang ditandatangani baik secara bilateral, regional maupun multilateral.

Dalam perspektif internasional, sebagai suatu sistem, WTO memiliki sistem penyelesaian sengketa yang khusus dan berbeda dari penyelesaian dalam sistem hukum nasional. Penyelesaian sengketa WTO merupakan penyelesaian yang bersifat *quasi-judicial*, yang tidak sepenuhnya merupakan penyelesaian sengketa seperti yang berlaku dalam peradilan nasional. Penyelesaian sengketa WTO dilakukan dengan empat tahapan pokok, yaitu (i) konsultasi, (ii) panel, (iii) banding, dan (iv) implementasi. Pada tahap konsultasi, negara yang berkeberatan dan memandang negara lain melakukan pelanggaran terhadap ketentuan WTO, mengajukan permohonan konsultasi kepada negara anggota lain melalui Direktur Jenderal WTO. Apabila langkah konsultasi yang dilakukan tidak membuahkan hasil, negara yang menggugat (*complainant*) mengajukan permohonan

pembentukan panel. Setelah panel dibentuk, panel akan mengeluarkan laporan panel (*panel report*). Panel Report akan disampaikan pada forum *Dispute Settlement Body* (DSB) untuk diadopsi oleh negara anggota. Laporan panel berupa *rulings and recommendations* merupakan tahap yang kritis, yang akan menentukan apakah negara yang digugat (*respondent*) akan menerima atau menolak. Apabila menolak, *respondent* akan mengajukan banding kepada *Appellate Body* (AB). Setelah tahap banding, *respondent* tidak dapat lagi melakukan upaya hukum lain yang lebih tinggi. Banding merupakan langkah hukum terakhir yang menentukan kelanjutan sengketa yang diproses melalui WTO. Lembaga penyelesaian sengketa WTO tidak mengenal langkah hukum seperti kasasi atau peninjauan kembali. Setelah putusan banding dikeluarkan, selanjutnya *respondent* harus melaksanakan *rulings and recommendations* yang telah dikeluarkan oleh *Appellate Body*.

Namun demikian, meskipun WTO menetapkan prosedur penyelesaian dengan tahapan proses yang harus dilalui, terdapat elemen yang mempengaruhi implementasi putusan WTO. Elemen penting tersebut adalah *reasonable period of time* (RPT) dan *compliance*. RPT berkaitan dengan masa atau periode waktu implementasi putusan dan rekomendasi (*rulings and recommendations*) dari *panel report* atau *Appellate Body report* yang dikeluarkan. *Compliance* (kepatuhan) menjadi sesuatu yang krusial, karena implementasi putusan ditentukan oleh kemauan negara anggota untuk mematuhi putusan yang telah dikeluarkan. Putusan yang dikeluarkan akan dapat diimplementasikan dengan baik atau tidak akan sangat tergantung dari kepatuhan (*compliance*) dari negara yang kalah atau negara *respondent* dari sengketa.

Dalam hal sengketa, negara-negara WTO dapat mengajukan berbagai sengketa yang menjadi keberatannya terhadap negara anggota yang lain. WTO tidak membatasi produk yang akan disengketakan. Negara-negara dapat mengajukan gugatan berbagai jenis produk, tidak saja produk pertanian, tetapi juga aneka produk industri seperti kertas (*paper and paper products*), otomotif (*automotive and motor vehicle*), pesawat terbang (*aircraft*), produk hortikultura (*horticulture*), daging (*beef and chicken*), *bio-diesel*, buah-buahan (*apple, grape*), mesin cuci (*washing machine*), sepatu (*footwear*), baja (*steel*), rokok (*cigarette*), produk tambang (*mineral*), maupun gugatan berkaitan dengan kebijakan perdagangan yaitu dumping, anti-dumping, dan safeguards, serta berbagai produk lainnya. WTO juga menerima berbagai motif yang menjadi dasar gugatan negara satu terhadap negara anggota lainnya, baik didasari kepentingan secara ekonomi maupun non-ekonomi.

Sebagai lembaga *quasi-judicial*, penyelesaian sengketa melalui WTO dipandang sebagai suatu bentuk adjudikasi internasional (*international adjudication*). Hal ini dapat dilihat dari karakteristik dasar dari adjudikasi. Dalam perspektif hukum, adjudikasi merupakan suatu putusan mengikat yang diberikan oleh hakim (*judges*) yang bersifat tidak memihak (*impartial*).⁴⁰ Dalam hal adjudikasi, *impartiality* tidak hanya secara tradisi sebagai sesuatu yang memiliki fitur definitif, tetapi juga merupakan bagian penting yang krusial sebagai konsekuensi dari suatu putusan.⁴¹ Aspek lain dari adjudikasi, terkait dengan masalah *impartiality* adalah bahwa resolusi sengketa dengan berbagai sarana

⁴⁰ J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge, 1998, hlm 294.

⁴¹ *Ibid*, hlm 294.

hukum akan menggunakan hal-hal khusus untuk justifikasi (*special sort of justification*).⁴² Dalam hal putusan, adjudikasi bersifat autoritatif, karena putusan yang dikeluarkan didasarkan atas alasan yang kuat, dan yurisdiksi tribunal yang diterima oleh para pihak.⁴³ Dalam kaitan itu, salah satu keunggulan dari adjudikasi dari sisi pandangan komunitas internasional adalah bahwa keputusan yang dikeluarkan melegitimasi keberhasilan tuntutan salah satu pihak yang bersengketa.⁴⁴ Keunggulan lain adjudikasi adalah metode penyelesaian sengketa ini cenderung bersifat konservatif. Hal ini paralel mengikuti sifat hukum itu sendiri yang konservatif.⁴⁵ Selain itu, tujuan penggunaan adjudikasi adalah untuk memutuskan sengketa dengan menggunakan kriteria tertentu yang memenuhi kualifikasi sebagai hukum dengan mengesampingkan aspek lain yang bukan bagian dari sengketa.⁴⁶ Atas dasar itu, adjudikasi internasional sebagai sesuatu yang bersifat konsensus (*consensual*) dinilai dapat bekerja dengan sangat baik untuk sengketa bilateral, akan tetapi dipandang kurang dapat bekerja dengan baik untuk sengketa multilateral.⁴⁷

Penelitian tentang sengketa dagang antar negara yang menjadi pihak dari perjanjian *free trade agreement* (FTA) dalam kerangka WTO dan ASEAN **merupakan isu penting dan prospektif yang perlu dikaji**, karena mengkaji keterkaitan dua cara dan pendekatan dalam perspektif WTO dan ASEAN yang merupakan dua entitas yang berbeda. Dengan penelitian ini akan dikaji perbedaan antara *das sollen* dan *das sein* penyelesaian sengketa dagang dari negara-negara

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, hlm 295.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, hlm 296.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, hlm 297.

yang menjadi dari FTA dalam kerangka WTO dan ASEAN serta praktik implementasi yang dilakukan negara-negara anggota WTO dan ASEAN. Penelitian ini merupakan penelitian baru yang mengkaji perspektif penyelesaian dari dua perspektif, yaitu WTO dan ASEAN dalam satu penelitian. Selain itu, penelitian ini juga bersifat interdisipliner, mengingat hukum perdagangan internasional (*international trade law*) memiliki keterkaitan dan tidak dapat dilepaskan dari disiplin ilmu perdagangan internasional dan ekonomi politik internasional.

Besarnya perhatian dan kepentingan negara-negara terhadap sengketa dagang serta arti strategis WTO dan ASEAN dalam penyelesaian sengketa, mendorong penulis untuk melakukan pengkajian dan penelitian sengketa dagang sebagai topik dalam penyusunan disertasi dengan judul: **“PENYELESAIAN SENGKETA DAGANG ANTAR NEGARA YANG MENJADI PIHAK DALAM DALAM *FREE TRADE AGREEMENT* (FTA) DALAM KERANGKA WTO DAN ASEAN”**. Dalam kaitan dengan judul disertasi, yang dimaksud dengan antar negara dalam penelitian ini adalah negara-negara yang menjadi pihak dari kesepakatan FTA/RTA dan sekaligus merupakan anggota WTO dan ASEAN.

Sepengetahuan penulis sejauh ini belum ada penelitian tentang penyelesaian sengketa dagang antar negara yang menjadi pihak dari kesepakatan *free trade agreement* yang diselesaikan oleh dua entitas yang berbeda, yaitu WTO dan ASEAN dalam satu penelitian. Topik ini dengan sendirinya merupakan kajian dan perspektif baru dalam hukum perdagangan internasional.

Penelusuran tentang hasil penelitian lain juga dilakukan. Terdapat penelitian berbeda tentang WTO di Indonesia dalam hal penyelesaian sengketa dilakukan oleh Dr. Hata, SH, MH, tahun 1997 di Universitas Pajajaran, dengan judul disertasi: “Penyelesaian Sengketa Perdagangan Internasional dalam GATT dan WTO serta Implikasinya bagi Indonesia”. Penelitian ini menekankan pada pengkajian penyelesaian sengketa yang berlaku pada era GATT dan pada awal terbentuknya WTO dalam rangka penegakan hukum internasional serta implikasinya terhadap Indonesia.

Penelitian tentang penyelesaian sengketa yang lain di luar negeri dilakukan oleh Tsutomu Takahashi tahun 1999 dari University of Edinburgh, Inggris, dengan judul disertasi: *“International Trade Dispute Settlement in GATT/WTO With Special Reference to Japan”*. Penelitian ini menitikberatkan pada penyelesaian sengketa dagang yang dialami Jepang pada masa GATT dan WTO serta pengaruh pelaksanaan putusan GATT dan WTO terhadap industri dan produk yang dihasilkan Jepang. Penelitian ini terbatas pada Jepang sebagai obyek kajian.

Penelitian lain tentang ASEAN dalam kaitan dengan penyelesaian sengketa dilakukan oleh Koesrianti tahun 2005 di University of New South Wales, Australia, dengan topik disertasi: *“The Development of the ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism from Diplomacy to Legalism”*. Penelitian ini mengkaji perkembangan fase perjalanan penyelesaian sengketa ASEAN yang pada tahap awal cenderung menggunakan pendekatan diplomasi kemudian bertransformasi pada pendekatan hukum. Penelitian ini tidak memberikan studi

kasus negara per se, akan tetapi lebih pada perkembangan proses diplomasi pembentukan mekanisme penyelesaian sengketa ASEAN.

Dengan memperhatikan penelitian tersebut di atas, tampak terdapat perbedaan mendasar dari penelitian yang peneliti lakukan yang menekankan pada mengkaji keterlibatan negara sebagai pihak dari perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement*) dalam sengketa dagang dan langkah penyelesaian sengketa yang digunakan dalam kerangka WTO dan ASEAN. Selain itu, penelitian ini juga dilakukan dengan menelusuri perkembangan sengketa yang dihadapi berbagai negara setelah terjadinya proliferasi perjanjian FTA/RTA pasca terbentuknya WTO dan pada dekade tahun 2000-an, disamping banyaknya negara-negara yang mengikatkan diri pada kesepakatan FTA/RTA pada tingkat bilateral dan regional.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian dalam latar belakang masalah tersebut di atas, maka permasalahan yang akan dibahas dalam tulisan ini dirumuskan sebagai berikut :

1. Bagaimana penyelesaian sengketa dagang negara-negara yang menjadi pihak dalam FTA dalam kerangka WTO ?
2. Bagaimana praktik negara-negara anggota ASEAN dan WTO dalam penyelesaian sengketa dagang ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian adalah dimaksudkan: (i) untuk mengetahui dan memahami secara mendalam penyelesaian sengketa dagang antar negara dalam kerangka WTO dan ASEAN; (ii) mendapatkan gambaran tentang implementasi

putusan Badan Penyelesaian Sengketa WTO dalam kebijakan perdagangan nasional; dan (iii) dalam rangka pengembangan dan penemuan terkait penyelesaian sengketa dagang antar negara dalam kerangka WTO dan ASEAN.

D. Kegunaan Penelitian

Kegunaan penelitian adalah: (i) dari segi empiris diharapkan akan dapat mengisi kekosongan dan menambah khasanah penulisan tentang penyelesaian sengketa dagang antar negara; (ii) dari segi akademik penelitian ini diharapkan akan dapat menyumbangkan konsep-konsep untuk pengembangan teori dalam hukum perdagangan internasional; dan (iii) dari segi aplikasi, penelitian ini diharapkan akan menjadi rujukan dan tuntunan dalam penentuan kebijakan yang harus ditempuh dalam menyelesaikan sengketa.

E. Kerangka Pemikiran

1. Kerangka Teori

Untuk mengkaji secara seksama sengketa dagang dalam penelitian ini dan mendapatkan gambaran tentang berbagai aspek dan permasalahan dari sengketa dagang, maka diperlukan kerangka teori tertentu yang dapat menjadi penuntun dalam pembahasan. Secara teoritis, kerangka teori memiliki manfaat untuk : (i) membantu dalam membangun kerangka pemikiran bagi penelitian; (ii) membantu menemukan permasalahan penelitian, menemukan hipotesisi, menemukan konsep-konsep, menemukan metodologi, dan menemukan alat-alat analisis data; (iii) membantu menerangkan dan menggeneralisasi; (iv) memberikan landasan yang kuat dalam menjelaskan dan memaknai data dan fakta; (v) mendudukkan

permasalahan penelitian secara logis dan runtut; (vi) membantu dalam membangun ide-ide yang diperoleh dari hasil penelitian; (vii) memberikan dasar-dasar konseptual dalam merumuskan definisi operasional; (viii) membantu mendudukan secara tetap dan rasional; (ix) membantu menganalisis, dengan memberikan penilaian terhadap temuan fakta dari hasil penelitian, dengan demikian apakah sesuai dengan teori atau tidak.⁴⁸

Dalam kaitan itu, **Teori Utama (*Grand Theory*)** yang akan digunakan sebagai kerangka teori adalah **Teori Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Theory*)**. Sesuai dengan topik pengkajian, teori penyelesaian sengketa sangat penting, karena teori ini merupakan tangga dan tingkatan teknis prosedural dari suatu kesepakatan setelah perjanjian disepakati dan ditandatangani. Prinsip penyelesaian sengketa harus disediakan sebagai langkah antisipasi untuk menghindari kemungkinan terjadinya perbedaan pandangan, friksi atau perselisihan terhadap isi kesepakatan yang terdapat dalam perjanjian. Penyelesaian sengketa juga merupakan cara dan instrumen yang diperlukan untuk mengatur penyelesaian perselisihan dari pihak-pihak, dalam hal ini negara-negara yang menjadi subyek dari perjanjian. Secara *legal formal*, penyelesaian sengketa adalah prasyarat (*prerequisite*) bagi sahnya suatu perjanjian internasional. Tanpa pengaturan penyelesaian sengketa maka perjanjian menjadi tidak lengkap, tidak sempurna dan tidak sah. Pengaturan penyelesaian sengketa juga merupakan elemen fundamental perjanjian dan fasilitas yang harus disiapkan oleh negara-negara sebelum perjanjian disepakati. Penyelesaian sengketa merupakan pilar dan

⁴⁸ Suteki dan Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum (Filsafat, Teori dan Praktik)*, Rajawali Pers, Depok, 2018, hlm 85.

kerangka utama yang tidak dapat dipisahkan dalam perjanjian perdagangan bebas. Prinsip ini merupakan bagian integral dari perjanjian, tidak saja dalam perjanjian perdagangan bebas, tetapi juga dalam setiap perjanjian.⁴⁹

Sebagai perjanjian publik, perjanjian perdagangan bebas mengikuti kaidah-kaidah hukum internasional yang berlaku dalam penyelesaian sengketa. Hal ini ditegaskan dalam Piagam PBB tentang *Pacific Settlement of Disputes* pada Pasal 33 (1) Piagam PBB yang menyatakan, bahwa:

*“The parties to any dispute ... shall ... seek a solution by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement resorting to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice”.*⁵⁰

Dari ketentuan dalam pasal tersebut, metode yang diberikan dalam penyelesaian sengketa meliputi negosiasi, penyelidikan (*fact finding* atau *inquiry*), mediasi, konsiliasi, arbitrase, pengadilan internasional), badan-badan regional, atau cara-cara damai lainnya yang disepakati para pihak.⁵¹ Dengan demikian setidaknya terdapat delapan cara penyelesaian yang terbuka dan dapat dipilih para pihak.

Dalam konteks penyelesaian sengketa dagang, terdapat beberapa cara yang diakui oleh masyarakat internasional. *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* atau *Dispute Settlement Understanding* (DSU) dari WTO secara khusus juga menyediakan cara-cara tersebut yang dapat ditempuh dalam menyelesaikan sengketa, yaitu konsultasi (*consultation*)⁵², jasa-

⁴⁹ *Ibid*, hlm. 133.

⁵⁰ Office of Legal Affairs-Codification Division, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, United Nations, New York, 1992, hlm. 3.

⁵¹ *Ibid*, hlm. 4.

⁵² Article 4 DSU.

jasa baik (*good offices*), konsiliasi (*conciliation*), mediasi (*mediation*)⁵³ dan arbitrase (*arbitration*)⁵⁴. Selain itu terdapat cara lain melalui pembentukan lembaga *Panel*⁵⁵ dan *Appelate Body*⁵⁶ sebagai lembaga penyelesaian tingkat banding. Dengan prinsip penyelesaian sengketa tersebut, maka negara memiliki opsi-opsi yang dapat dipilih dalam menyelesaikan sengketa dagang.

Sebagai **Teori Tengah (*Middle Range Theory*)** yang akan digunakan adalah **Teori Pilihan Rasional (*Rational Choice Theory*)**. Teori ini sangat relevan bagi negara-negara dalam menyelesaikan sengketa, karena akan menjadi penuntun untuk menentukan pilihan yang dapat diterima secara rasional. Tidak dapat dipungkiri, bahwa negara-negara dalam suatu sengketa akan mencari dan memilih cara-cara yang paling rasional untuk memenangkan suatu kasus, termasuk dalam menyelesaikan sengketa dagang. Cara dan kebijakan yang rasional dengan sendirinya akan menjadi prinsip dan doktrin yang menjadi pegangan setiap negara.

Teori pilihan rasional dipandang sebagai teori penting dalam sosiologi dan mendapat tempat yang luas dalam berbagai disiplin ilmu. Karena perannya dalam integrasi teoritis dalam berbagai disiplin ilmu sosial, maka teori pilihan rasional sering disebut sebagai “*interlingua of social science*”⁵⁷ atau penghubung antar ilmu sosial. Sebagai perekat (kohesi) teoritis ilmu sosial, teori ini diterapkan

⁵³ Article 5 DSU.

⁵⁴ Article 25 DSU.

⁵⁵ Article 6 DSU.

⁵⁶ Article 17 DSU.

⁵⁷ I.B. Wirawan, *Teori-Teori Sosial Dalam Tiga Paradigma, Fakta Sosial, Definisi Sosial, & Perilaku Sosial*, Prenadamedia, Jakarta, Cetakan Ketiga, 2014, hlm 190.

dalam berbagai disiplin ilmu seperti humaniora, filsafat, etnik dan hukum.⁵⁸ Kedudukan ini oleh C.F. Snow dipandang membuat teori pilihan rasional mampu mengintegrasikan kembali dunia humaniora dengan dunia sains.⁵⁹

Doktrin pilihan rasional memandang seseorang (*person*) secara instrumental sebagai sesuatu yang rasional dan menghitung para pihak yang lebih mengutamakan kepuasan.⁶⁰ Pilihan rasional memiliki model yang standar yang beranggapan bahwa para pembuat keputusan adalah pengguna yang selalu maksimal, dimana mereka memiliki tujuan tertentu atau “*preferences*” yang mereka lakukan untuk mendapatkan sesuatu melalui tindakan-tindakan yang dilakukan.⁶¹ Model pilihan rasional mengambil preferensi pribadi sebagai tujuan yang sangat menentukan. Proses kemunculan dan perubahan preferensi merupakan kekuatan luar (*exogenous*) yang memberikan kontribusi bagi teori pilihan rasional.⁶² Sebagai suatu teori, doktrin pilihan rasional mendapatkan tempat yang luas dalam berbagai disiplin ilmu. Dalam perkembangannya, teori pilihan rasional dipergunakan dalam banyak disiplin ilmu sosial, tidak saja dalam ilmu ekonomi, tetapi juga dalam sosiologi, psikologi, ilmu politik, hubungan internasional dan hukum internasional.⁶³

Untuk menerapkan putusan atas suatu penyelesaian sengketa, maka diperlukan landasan teori sebagai **Teori Terapan (*Applied Theory*)** yaitu **Teori**

⁵⁸ Sebagaimana dikutip dari Frey and Morris, (1994), hlm 191.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Eyal Benvenisti and Moshe Hirsch, *The Impact of International Law on International Cooperation, Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, United Kingdom, First Published, 2004, hlm. 172.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

Kepatuhan (*Compliance Theory*). Kepatuhan (*compliance*) merupakan hal penting dalam hubungan antar negara. Dalam tatanan internasional yang terdiri dari berbagai sistem politik dan pemerintahan, ideologi, latar belakang budaya, jarak geografis dan tingkat kemajuan yang berbeda antara satu dengan yang lain, adanya sikap dan kesadaran bahwa setiap negara akan menaati apa yang telah disepakati merupakan prinsip yang fundamental. Tanpa sikap saling mematuhi, maka setiap negara akan bersikap menurut kepentingan dan keinginan sendiri. Tanpa kepatuhan, kesepakatan atau perjanjian internasional yang disepakati menjadi tidak memiliki arti. Tanpa kepatuhan, dunia akan menjadi tidak teratur dan akan terjadi kekacauan dunia (*global disorder*). Untuk menjamin bahwa hak dan kepentingan setiap negara mendapatkan tempat dan dihargai, maka negara-negara dituntut untuk menaati kesepakatan dan putusan yang dikeluarkan oleh lembaga hukum. Dengan demikian sikap dan kemauan untuk patuh menjadi suatu keharusan. Dengan kata lain, secara normatif, negara-negara harus menjunjung tinggi prinsip kepatuhan sebagai landasan dalam menyelesaikan sengketa hukum.

Teori kepatuhan merupakan teori yang bersifat interdisipliner yang merajut keterkaitan dua disiplin ilmu yang berbeda, yaitu hukum internasional dan hubungan internasional. *Compliance theory* dipandang oleh para ahli sebagai teori yang cukup kompleks, karena mendekatkan dan mengkaji bekerjanya dua disiplin ilmu tersebut.⁶⁴ Menurut Kal Raustiala dan Anne-Marie Slaughter, *compliance* adalah pernyataan kesesuaian (*a state of conformity*) atau identitas antara perilaku

⁶⁴ Kal Raustiala and Anne-Marie Slaughter, *International Law, International Relations and Compliance*, hlm 538.

aktor (*actor's behavior*) dan aturan yang spesifik (*specified rule*).⁶⁵ Secara teoritis, *compliance theory* yang berhubungan dengan hukum internasional pada dasarnya terkait dengan teori tentang pengaruh perilaku aturan hukum (*behavioral influence of legal rules*).⁶⁶

Dari sisi ahli hukum internasional, para ahli cenderung menempatkan *compliance* dengan penerapan perjanjian internasional (*treaties*) dan komitmen-komitmen yang tidak mengikat (*non-legally binding commitment*) yang digerakkan melalui proses tertentu.⁶⁷ Sebagai suatu disiplin, hukum membawa kewajiban-kewajiban tertentu (*particular obligations*) dan memberi implikasi pada norma khusus yang berpengaruh terhadap perilaku serta proses pembuatan putusan.⁶⁸ Dalam kaitan dengan perdagangan dan keberadaan WTO sebagai *supranasional trade court*, terdapat keterkaitan antara dampak legalisasi terhadap *compliance* dengan putusan WTO.⁶⁹ Keterkaitan tersebut dikemukakan ahli hukum perdagangan John H. Jackson yang menyatakan, bahwa secara konstan terjadi peralihan ke arah aturan yang lebih formal dalam proses penyelesaian sengketa pada masa GATT yang berpuncak pada ketentuan WTO yang menegaskan bahwa putusan panel (*panel decisions*) secara otomatis mengikat dan berdampak pada meningkatnya *compliance* pada putusan-putusan yang

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

dikeluarkan serta efektivitas rejim perdagangan (*trade regime*) secara keseluruhan.⁷⁰

Secara teoritis terdapat beberapa pandangan dalam hukum internasional untuk mengetahui kepatuhan negara terhadap persetujuan atau perjanjian internasional. Pandangan tersebut dapat dibedakan atas tiga paradigma, yaitu paradigma klasik (*classical paradigm*), *non-hierarchical network*, dan *individualist*.⁷¹ Paradigma klasik menempatkan hukum internasional pada dua kutub, yaitu internasional dan domestik.⁷² Paradigma klasik berpandangan bahwa sistem internasional dibangun atas kedaulatan negara-negara merdeka yang memiliki kedudukan yang setara satu dengan yang lain.⁷³ Paradigma ini beranggapan, bahwa negara-negara menggabungkan diri dalam perjanjian internasional karena perjanjian itu sesuai dengan kepentingan negaranya.⁷⁴ Negara-negara umumnya menaati kewajiban mereka sesuai dengan ketentuan dari perjanjian, karena jika tidak menaati mereka akan mendapatkan sanksi.⁷⁵ Dengan kata lain, negara menaati perjanjian karena adanya sanksi dan mereka tidak menginginkan mendapatkan sanksi.⁷⁶ Sanksi digunakan sebagai sarana untuk menghukum pelaku kejahatan (*offenders*) dan mencegah terjadinya pelanggaran di masa depan.⁷⁷

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Eyal Benvenisti and Moshe Hirsch, *The Impact of International Law on International Cooperation*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004, hlm. 136.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, hlm. 137.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 137.

⁷⁷ *Ibid.*

Paradigma *non-hierarchical network* berpandangan, bahwa *effective power* dari kekuasaan negara adalah dibentuk dan diorganisir dengan cara yang tidak hirarkis.⁷⁸ Pada dasarnya terdapat banyak partisipasi yang penting terhadap negara yang berinteraksi dalam tingkat tugas yang kompleks.⁷⁹ Semua aktor seperti negara, organisasi internasional, organisasi non-pemerintah, asosiasi industri, termasuk individu terkait bersama-sama dalam suatu jejaring internasional (*international network*) yang melintasi batas-batas wilayah nasional.⁸⁰ Negara-negara menaati perjanjian internasional karena sistem internasional yang terus mengalami fragmentasi, yang menghilangkan pengaruh pemerintah lokal, kelompok etnis atau asosiasi-asosiasi yang lain.⁸¹

Non-hierarchical network memandang, bahwa kepatuhan (*compliance*) merupakan proses yang dinamis, dimana negara dan unit-unit di dalamnya, institusi-institusi antar pemerintahan, organisasi non-pemerintah, bisnis, asosiasi yang lain dan individu-individu berinteraksi dalam cara-cara yang kompleks.⁸² Pola-pola kepatuhan sangat bervariasi antara perjanjian satu dengan yang lainnya dan antar pelaku di dalam negara-negara.⁸³ Dengan kenyataan ini, maka tingkat kepatuhan (*degree of compliance*) setiap negara akan berubah dari waktu ke waktu.⁸⁴

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 138.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

Paradigma *individualist* adalah paradig yang menempatkan pribadi atau individu perseorangan sebagai kekuatan sentral ketaatan negara terhadap suatu perjanjian.⁸⁵ Individu dipandang sebagai partisipan kunci dan unit yang berdaulat dalam sistem internasional. Perseorangan dapat memberikan persetujuan terhadap pemerintah, dan bahkan pada badan-badan internasional.⁸⁶ Dalam kaitan ini, hukum internasional juga difokuskan pada pribadi perorangan dan hak-hak individu.⁸⁷

2. Kerangka Konsep

Untuk memudahkan dalam memahami istilah atau konsepsi dan menghindarkan kemungkinan terjadinya pemaknaan ganda, maka akan digunakan konsep tertentu sebagai penuntun dalam pembahasan. Sengketa adalah kasus atau perselisihan yang terjadi dan melibatkan dua pihak, negara atau lebih atas suatu objek karena adanya suatu pelanggaran yang dilakukan oleh salah satu pihak atau kesalahan interpretasi terhadap instrumen hukum yang menjadi objek dan kepentingan bersama.

Penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) adalah keseluruhan proses, tahapan dan prosedur yang akan diikuti para pihak dalam menyelesaikan sengketa baik antara dua pihak maupun antar para pihak atau banyak pihak yang terlibat dalam suatu sengketa. Dalam hal terkait dengan penyelesaian sengketa dagang, penyelesaian sengketa didefinisikan pula sebagai berbagai prosedur yang diatur dalam GATT/WTO yang menyediakan ganti rugi hukum dalam hal berkaitan

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

dengan *violation*, *nullification*, atau *impairment* dari keuntungan dagang yang dilindungi oleh perjanjian GATT/WTO.⁸⁸ Dalam kerangka WTO, penyelesaian sengketa merupakan pilar utama dari WTO seperti yang disebutkan dalam Article III WTO Agreement, bahwa fungsi utamanya adalah melaksanakan *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*.⁸⁹ Pengaturan penyelesaian sengketa selanjutnya diatur dalam DSU.⁹⁰ Dengan DSU, WTO memiliki unifikasi prosedur penyelesaian sengketa, yang sekaligus menghapus *forum shopping* yang sebelumnya terjadi di era GATT, terutama setelah tercapainya *Tokyo Round agreements*.⁹¹

Hukum internasional memiliki keterkaitan dengan WTO, karena di dalamnya terdapat berbagai perjanjian internasional yang merupakan bagian dari *covered agreement* dan hukum WTO. WTO bersumberkan pada *customary international law* (CIL) dan perjanjian internasional (*treaty law*). Seiring dengan perkembangan dan kemajuan bangsa-bangsa di dunia, dalam kaitan dengan WTO, hukum internasional dipandang telah memasuki tahap yang disebut sebagai *practitioner-specialist*.⁹² Dunia hukum internasional telah mengantarkan lahir dan terbentuknya profesi orang-orang dengan keahlian khusus sebagai pelaku praktik dalam bidang tertentu seperti keahlian dalam hukum perdagangan internasional, hukum investasi internasional, hukum lingkungan internasional, hukum udara,

⁸⁸ Susan C. Schwab, *Trade-Off: Negotiating the Omnibus Trade and Competitiveness Act*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 1994, hlm 244.

⁸⁹ John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, Third Edition, American Casebook Series, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1995, hlm 340

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid

⁹² Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1995, hlm 4.

hukum laut internasional, dan profesi keahlian khusus lain yang profesional. Spesialisasi dalam bidang-bidang tertentu tersebut menunjukkan, bahwa hukum internasional telah mencapai tingkat kematangan (*maturity*) sebagai sebuah sistem hukum (*maturity of the legal system*).⁹³ Pada masa lalu para ahli (*scholar*) mengkaji dan memperdalam hukum internasional publik (*public international law*).⁹⁴ Pada masa sekarang para pakar dan praktisioner memilih keahlian dan spesialisasi tertentu seperti tersebut di atas.⁹⁵ Hukum internasional tidak lagi hanya berbicara tentang ‘*state consent*’ (*kesetujuan negara*) atau konsep kedaulatan negara (*state sovereignty*),⁹⁶ yurisdiksi dan batas-batas wilayah negara, tetapi sudah melampaui isu-isu atau topik yang secara tradisional sangat melekat dengan hukum internasional.⁹⁷

Seperti halnya sistem hukum domestik yang matang, dengan kematangan yang dimiliki, hukum internasional telah memasuki *post-ontological era*,⁹⁸ yaitu masa atau periode waktu yang melewati pasca pembentukan atau eksistensinya. Dengan kondisi ini, para *lawyer* tidak perlu lagi mempertahankan keberadaan sesungguhnya dari hukum internasional.⁹⁹ Para *lawyer* internasional pada masa sekarang bebas untuk melakukan pengkajian kritis (*critical assessment*) tentang isi hukum internasional.¹⁰⁰ Dalam kaitan dengan fungsi, hukum internasional tidak lagi terbatas pada pandangan konvensional sebagai suatu aturan atau kaedah

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, hlm 5.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2006, hlm 36.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Thomas M. Franck, *Op.cit.*, hlm 6.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

yang berlaku bagi subyeknya.¹⁰¹ Akan tetapi fungsi hukum internasional telah mendapatkan tempat sebagai instrumen yang digunakan oleh pemerintahan suatu negara untuk mencapai tujuan nasionalnya (*international law as instrument of national policy*).¹⁰² Sebagai contoh, Indonesia menggunakan hukum internasional sebagai sarana untuk mendapat pengakuan sebagai negara kepulauan (*archipelagic state*) melalui pembentukan Konvensi PBB tentang Hukum Laut atau *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) 1982.¹⁰³ Melalui Deklarasi Juanda 1957 yang dituangkan dalam UNCLOS 1982, negara-negara di dunia mengakui bahwa laut menjadi satu kesatuan dan bagian integral dari teritorial Indonesia.¹⁰⁴ Laut bukan pemisah wilayah, akan tetapi merupakan bagian dari kedaulatan negara.

Pembahasan penyelesaian sengketa dagang dalam kerangka WTO tidak dapat dilepaskan dari disiplin **hukum ekonomi internasional** (*international economic law/IEL*). Hukum ekonomi internasional (HEI) merupakan cabang dari hukum internasional. Sebagai disiplin ilmu, hukum ekonomi internasional pada dasarnya merupakan pengembangan hukum internasional dalam perspektif ekonomi. HEI memiliki karakteristik khusus yang membedakannya dari hukum internasional umum (*general international law*).¹⁰⁵ Pertama, HEI sebagian besar merupakan hukum perjanjian (*treaty law*) seperti terlihat dalam beberapa dekade terakhir.¹⁰⁶ Ketika pemerintah merasa perlu adanya struktur aturan dengan jenis tertentu pada kategori spesifik dari aktivitas ekonomi,

¹⁰¹ Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional Dalam Perspektif Indonesia Sebagai Negara Berkembang*, Penerbit Yasrif Watampone, Jakarta, 2010, hlm iv.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*, hlm 40.

¹⁰⁴ *Ibid.*, hlm 41.

¹⁰⁵ John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2006, hlm 47.

¹⁰⁶ *Ibid.*

pemerintah cenderung memilih perjanjian yang memiliki presisi, *definition, tailoring and timeliness* untuk memenuhi syarat-syarat yang dapat dipenuhi oleh perjanjian, yang di sisi lain tidak dapat dilakukan *customary international law*.¹⁰⁷ Kedua, HEI bersifat ‘*multidisciplinary*’ dimana analisis dari aktivitas ekonomi digunakan untuk memahami aspek ‘*regulatory*’ dari pengaturan HEI.¹⁰⁸ Selain itu, HEI dimanfaatkan untuk membantu dalam merancang dan mengimplementasikan aturan baru (*new rules*) yang diperlukan untuk menjaga situasi ekonomi global yang bergerak dengan cepat.¹⁰⁹ Dalam praktik, HEI sangat terkait dengan fakta-fakta dan dampak dari globalisasi.¹¹⁰ HEI atau institusi terkait HEI seperti WTO, World Bank, IMF, dan lainnya digunakan untuk memfasilitasi dan mengatur triliun dolar aktivitas transaksi cross-border yang secara konstan terjadi.¹¹¹

Perjanjian internasional adalah perjanjian tertulis yang melibatkan dua negara atau lebih tentang objek tertentu dalam lapangan hukum internasional publik dan mengakibatkan akibat-akibat hukum tertentu.¹¹² Perjanjian internasional juga didefinisikan sebagai suatu bentuk pertukaran janji yang bersyarat (*exchange of conditional promises*) dimana setiap negara menyatakan bahwa negara akan bertindak dengan cara tertentu (*in certain way*) terhadap syarat (*condition*) bahwa negara bertindak sesuai dengan janji-janji yang disepakati.¹¹³ Sementara itu, secara teknis *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT)

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, hlm 48.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*, hlm 47.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Penerbit Alumni, Bandung, 1986, hlm 117.

¹¹³ Richard B. Bilder, *Managing the Risks of International Agreement*, The University of Wisconsin Press, Wisconsin, 1981, hlm 5.

menyatakan bahwa perjanjian internasional disepakati antar negara dalam bentuk tertulis (*in written form*) dan diatur oleh hukum internasional.¹¹⁴

Perjanjian internasional merupakan elemen penting yang tidak dapat dipisahkan dalam WTO, karena perjanjian internasional merupakan pondasi utama bagi eksistensi WTO yang menjadi pengikat negara-negara anggota. WTO tidak dapat didirikan tanpa perjanjian internasional. WTO merupakan lembaga yang banyak memiliki berbagai jenis perjanjian internasional, baik berbentuk *declaration, understanding, final act, ministerial decision* maupun *agreement*. Perjanjian internasional menjadi pilar dan sendi utama dari bangunan WTO. Tanpa perjanjian internasional, WTO tidak mempunyai legitimasi sebagai organisasi internasional. WTO memiliki kekuatan legitimasi karena adanya keterikatan negara-negara melalui perjanjian. Hal ini sejalan dengan teori perjanjian internasional yang menyatakan, bahwa negara-negara mengikatkan diri dalam perjanjian, didasarkan atas pertimbangan akan mendapatkan keuntungan (*benefit*) dari perjanjian yang lebih besar dari biaya yang dikeluarkan (*outweigh its cost*).¹¹⁵ Tanpa legitimasi, WTO tidak akan mendapatkan pengakuan dari negara anggota sebagai komunitas internasional. Tanpa legitimasi, WTO juga tidak dapat menjalankan roda organisasi dan operasional kegiatan. Dengan demikian perjanjian internasional merupakan motor penggerak dari keberadaan WTO.

Perdagangan bebas atau *free trade* adalah perdagangan internasional yang mencakup barang (*goods*) dan jasa (*services*) antar negara secara bilateral,

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, hlm 104.

regional dan/atau multilateral yang dilakukan berdasarkan kesepakatan perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement/FTA*) yang ditandatangani oleh para pihak. Kesepakatan perdagangan bebas mengalami profilerasi dan perkembangan pesat sejak dekade 1980-an hingga 1990-an sebelum terbentuk WTO dan terus berkembang hingga sekarang. Dimulai dengan perjanjian dagang Amerika Serikat dan Canada (*Canada – United States Free Trade Agreement/CUSFTA*)¹¹⁶ dan *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) yang melibatkan Amerika Serikat, Canada dan Mexico.¹¹⁷ NAFTA menjadi perjanjian perdagangan bebas utama (*major free trade agreement*) saat itu, karena melibatkan Amerika Serikat dan Canada sebagai negara maju (*developed country*) dan Mexico sebagai negara berkembang (*developing country*).¹¹⁸ FTA menjadi tren dan alternatif pengembangan perdagangan, karena FTA merupakan kesepakatan yang membuka terjadinya liberalisasi perdagangan (*trade liberalization*), tidak saja memacu perdagangan barang (*trade in goods*), tetapi juga perdagangan jasa (*trade in services*), pergerakan lalu lintas manusia (*people mobility*) dan modal (*investment*). FTA dipandang berperan besar dalam mendorong peningkatan arus perdagangan dan investasi atau penanaman modal asing (*foreign direct investment*).

Kesepakatan perdagangan bebas dapat berbentuk *preferential trade agreement* (PTA), *regional trade agreement* (RTA) atau *regional preferential*

¹¹⁶ *Canada – United States Free Trade Agreement* (CUSFTA) berlaku efektif 1989.

¹¹⁷ *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) berkembang menjadi lebih besar dari CUSFTA, setelah bergabungnya Mexico tahun 1994.

¹¹⁸ Cary Clyde Hufbauer and Ben Goodrich, *Lessons from NAFTA*, dalam Jeffrey J. Schott (editor), *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*, Institute for International Economics, Washington, DC, 2004, hlm 37.

trade agreement (RPTA). Perkembangan perdagangan bebas juga mendorong terjadinya blok ekonomi dan perdagangan. Sebagai contoh *Pacific Alliance* (PA) atau Aliansi Pasifik merupakan blok ekonomi dan perdagangan di kawasan Amerika Selatan yang melibatkan Chile, Colombia, Mexico dan Peru. Dalam konteks mega-regional terdapat blok perdagangan CP TPP (*Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership*)¹¹⁹ yang merupakan perluasan dari kesepakatan perjanjian sebelumnya, yaitu *Trans-Pacific Partnership* (TPP)¹²⁰ yang melibatkan dua belas negara, termasuk Amerika Serikat. Akan tetapi Amerika Serikat di bawah kepemimpinan Presiden Donald J. Trump menyatakan pengunduran diri pada Januari 2016. Mega-regional lain dalam proses menuju pembentukan adalah TTIP (*Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership*),¹²¹ FTAAP (*Free Trade Area of the Asia Pacific*)¹²² dan RCEP (*Regional Comprehensive Economic Partnership*).¹²³

Perdagangan bebas bilateral adalah kesepakatan perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement*) bilateral tentang perdagangan barang yang melibatkan partisipasi dua negara. FTA bilateral umumnya hanya mencakup perdagangan barang (*trade in goods*). Akan tetapi ada pula FTA yang mencakup

¹¹⁹ *Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership* (CPTPP) terdiri dari sebelas negara anggota TPP, di luar Amerika Serikat.

¹²⁰ Dua belas negara anggota *Trans-Pacific Partnership* adalah Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Jepang, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, Vietnam dan Amerika Serikat.

¹²¹ *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) merupakan blok perdagangan bebas antara Amerika Serikat dan Uni Eropa, yang akan menghubungkan perdagangan dua ekonomi terbesar benua.

¹²² *Free Trade Area of the Asia Pacific* (FTAAP) merupakan kesepakatan perdagangan bebas dalam rangka pengembangan kerjasama ekonomi APEC (*Asia Pacific Economic Cooperation*).

¹²³ *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP) akan menjadi mega-regional trade agreement yang melibatkan 10 negara ASEAN dan 6 negara mitra, yaitu Australia, China, India, Jepang, Korea, dan New Zealand.

perdagangan di sektor jasa, investasi dan pergerakan manusia (*people mobility*). Kesepakatan perdagangan bebas Indonesia dengan Jepang melalui *Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement* (IJEPA) merupakan perdagangan bebas yang mencakup perdagangan barang dan investasi, dan tidak termasuk sektor jasa maupun *people mobility*. Pembatasan perdagangan bebas ini dilakukan dengan mempertimbangkan tingkat kemampuan dan kesiapan salah satu negara terhadap sektor atau bidang yang akan disepakati. Negara yang tidak memiliki kekuatan sektor jasa dan kemampuan tenaga kerja yang tinggi umumnya tidak ingin melibatkan dan memasukkan kedua sektor tersebut dalam kesepakatan perdagangan bebas. Indonesia tidak memasukkan kesepakatan bidang jasa, mengingat masih belum kuatnya industri jasa dalam negeri dan belum memiliki daya saing yang tinggi dibandingkan Jepang. Apabila sektor jasa dibuka dan dilakukan liberalisasi, maka industri jasa Jepang akan dapat memasuki dan menguasai dengan mudah pasar jasa Indonesia. Demikian pula halnya dengan *people mobility*, tenaga kerja Indonesia dinilai memiliki kemampuan lebih rendah dan belum memadai jika dibandingkan dengan kemampuan sumber daya manusia Jepang. Apabila Indonesia melakukan liberalisasi dalam *people mobility*, maka tenaga kerja Jepang akan leluasa memasuki pasar kerja Indonesia yang dapat mengakibatkan tenaga kerja Indonesia kehilangan peluang lapangan kerja.

Perdagangan bebas regional (*regional trade agreement/RTA*) atau perjanjian perdagangan preferensial (*preferential trade agreement/PTA*) adalah perdagangan barang dan jasa yang mencakup negara-negara dalam satu kawasan atau wilayah regional tertentu. Kesepakatan perdagangan bebas regional sebagai

contoh adalah *ASEAN Free Trade Agreement (AFTA)*, *Pacific Alliance*, CPTPP (*Comprehensive and Progressive Trans Pacific Partnership*), TTIP (*Trans Atlantic Trade and Investment Partnership*) dan RCEP (*Regional Comprehensive Economic Partnership*). AFTA merupakan kesepakatan perdagangan bebas regional yang melibatkan 10 negara anggota ASEAN. Pacific Alliance beranggotakan 4 negara, yaitu Chile, Colombia, Mexico dan Peru. CPTPP semula terdiri dari 12 negara anggota¹²⁴, akan tetapi kemudian berkurang menjadi 11 anggota setelah Amerika Serikat di bawah Presiden Donald Trump menyatakan mengundurkan diri pada tahun 2017.

Perjanjian perdagangan bebas multilateral adalah perjanjian internasional tertulis tentang perdagangan barang dan jasa yang melibatkan lebih dari dua negara, baik antar negara dalam satu kawasan maupun antar negara-negara dalam satu kawasan dengan kawasan lain. Perjanjian seperti ini sebagai contoh dapat dilihat pada perjanjian *ASEAN-China Free Trade Agreement (ACFTA)* yang melibatkan 10 negara anggota ASEAN dan China.

Mekanisme penyelesaian sengketa (*dispute settlement mechanism*) adalah mekanisme yang menyangkut cara, tahapan, proses dan prosedur baku yang diperlukan dalam penyelesaian sengketa dagang antara dua negara atau antar negara yang terikat dalam suatu perjanjian internasional. Mekanisme seperti ini dapat dilihat dalam kesepakatan negara-negara ASEAN dalam menyelesaikan sengketa yang dikenal dengan *ASEAN Dispute Settlement Mechanism (DSM)*.

¹²⁴ CPTPP pada awalnya terdiri dari 12 negara anggota, yaitu Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Jepang, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, United States of America, dan Vietnam

Perdagangan Internasional (*international trade*) merupakan kegiatan perdagangan antar negara atau perdagangan yang bersifat lintas negara, baik berupa transaksi ekspor maupun impor.¹²⁵ Perdagangan internasional mencakup perdagangan produk barang (*trade in goods*) dan perdagangan jasa (*trade in services*). Dalam dunia modern, produk yang diperdagangkan tidak saja komoditas atau produk primer berupa hasil pertanian seperti karet, gula, kopi, kapas, lada, cengkeh, rempah-rempah, perikanan (ikan dan produk laut), kehutanan (kayu), tetapi telah berkembang meliputi produk teknologi seperti komputer, otomotif, pesawat terbang, kapal laut, mesin-mesin, tekstil, sepatu, kertas, *spare parts* kendaraan, kertas, dan banyak lagi lainnya. Sementara itu, perdagangan jasa merupakan perdagangan yang tidak berbentuk barang (*not in goods*), bersifat non-fisik seperti biaya transportasi, telekomunikasi, perjalanan (*travel*), transaksi perbankan internasional, asuransi, *fee* konsultan asing, *royalty*, *remittance*, dan lainnya.¹²⁶

Perdagangan internasional merupakan bentuk nyata dari praktik hubungan antar negara. Tidak ada satu negara di dunia yang tidak melakukan perdagangan. Hampir mustahil suatu negara dapat hidup dan bertahan tanpa perdagangan. Perdagangan internasional merupakan satu keniscayaan. Setiap negara dan bangsa membutuhkan perdagangan. Negara-negara melakukan perdagangan internasional karena perdagangan dapat meningkatkan pendapatan negara dan kesejahteraan bagi suatu bangsa. Atas dasar itu, sebagai negara berdaulat (*sovereign state*), negara-negara membuat kebijakan perdagangan dan mengatur perdagangan.

¹²⁵ Tulus Tambunan, *Perdagangan Internasional dan Neraca Pembayaran: Teori dan Temuan Empiris*, Penerbit Pustaka LP3ES, Jakarta, 2001, hlm 1.

¹²⁶ *Ibid.*

Untuk mengatur perdagangan, negara-negara menyusun regulasi yang akan digunakan dalam lalu lintas perdagangan internasional, baik secara bilateral, regional maupun multilateral.

Perdagangan internasional sebagai suatu teori muncul pada akhir abad ke-18 dan 19 sebagai respons terhadap doktrin merkantilisme (*mercantilism*) di Eropa.¹²⁷ Filosofi merkantilisme sangat mempengaruhi alam pikiran masyarakat Eropa tentang perdagangan internasional selama-berabad-abad sebelum lahirnya teori Adam Smith melalui buku *Wealth of Nations* tahun 1776.¹²⁸ Kaum merkantilis berpandangan, bahwa perdagangan internasional merupakan sumber utama keuntungan bagi suatu negara.¹²⁹ Atas dasar itu, Adam Smith dan David Ricardo menggunakan perdagangan internasional sebagai basis dalam pemikiran tentang perdagangan bebas (*free trade*).¹³⁰ Adam Smith mengenalkan perdagangan bebas dengan membandingkan bangsa-bangsa dengan rumah tangga (*household*) yang hanya akan memproduksi barang yang akan dikonsumsi atau digunakan dan membeli produk dari sumber yang memproduksi dan menjual kepada pihak lain.¹³¹ Pemikiran Adam Smith, kemudian pada abad 19 dikembangkan lebih lanjut oleh David Ricardo dan John Stuart Mill.¹³² Model perdagangan bebas yang diperkenalkan Ricardo dan Mill kemudian pada abad ke-20 diperbaharui oleh ahli ekonomi Swedia yaitu Eli Hecksher dan Bertil Ohlin,

¹²⁷ Thomas A. Pugel, *International Economics*, McGraw-Hill Irwin, 15th Edition, New York, 2012, hlm 34.

¹²⁸ *Ibid*, hlm 35.

¹²⁹ *Ibid*.

¹³⁰ *Ibid*.

¹³¹ *Ibid*, hlm 34.

¹³² Michael P. Todaro, *Pembangunan Ekonomi Di Dunia Ketiga*, Penerbit Erlangga, Edisi Keempat, Jilid 2, 1994, hlm 17.

yang menekankan pada perbedaan penawaran dari faktor produksi (*factor-endowment*) yang meliputi tanah, tenaga kerja dan modal.

Perdagangan internasional yang bebas menurut Michael P. Todaro memberikan banyak manfaat. *Pertama*, perdagangan dipandang merupakan mesin penggerak pertumbuhan ekonomi yang penting bagi negara, karena perdagangan dapat memperbesar konsumsi suatu negara, disamping akan meningkatkan output dunia;¹³³ *kedua*, perdagangan akan mendorong terciptanya penyebaran keadilan internasional dan nasional (domestik) menjadi lebih merata;¹³⁴ *ketiga*, perdagangan akan dapat membantu negara-negara dalam mencapai tujuan pembangunan dengan meningkatkan peran sektor ekonomi yang mempunyai keunggulan komparatif;¹³⁵ *keempat*, harga produk dan biaya produksi secara internasional akan mempengaruhi kemampuan negara untuk mempertinggi kesejahteraan nasional;¹³⁶ *kelima*, untuk mendukung pertumbuhan ekonomi dan pembangunan diperlukan kebijakan perdagangan internasional (*international trade policy*) yang bersifat bebas dan terbuka (*free and open*).¹³⁷

Hukum internasional (*international law*) menjadi bagian yang tidak dapat dipisahkan dalam hukum WTO dan penyelesaian sengketa, mengingat negara merupakan subyek hukum dan aktor utama perdagangan internasional serta sengketa dagang. Hukum internasional merupakan rumah bangunan induk tempat bernaung. Dalam *text book* akademik, terdapat berbagai pengertian hukum internasional yang dikemukakan para pakar. Ahli hukum internasional Prof.

¹³³ *Ibid*, hlm 22.

¹³⁴ *Ibid*.

¹³⁵ *Ibid*, hlm 23

¹³⁶ *Ibid*.

¹³⁷ *Ibid*.

Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan, hukum internasional adalah keseluruhan kaedah-kaedah dan azas-azas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas-batas negara, baik antara negara dengan negara maupun negara dengan subjek hukum lain bukan negara, atau subjek hukum bukan negara satu sama lain.¹³⁸ Definisi lain menyebutkan, hukum internasional sebagai suatu kaidah atau norma-norma yang mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban para subyek hukum internasional, yaitu negara, lembaga dan organisasi internasional, serta individu dalam hal-hal tertentu.¹³⁹ Hukum internasional merupakan pondasi bagi *rule of law* dalam perdagangan internasional.¹⁴⁰ Dengan *rule of law* akan tercipta tata perdagangan internasional yang tertib dan teratur. Negara-negara akan terikat dan mengikuti kaidah yang berlaku secara internasional. Tanpa *rule of law*, dunia akan dimenangi dan dikuasai oleh kekuatan yang kasar, karena *brute power* memiliki kekuatan untuk menang.¹⁴¹ Meskipun tidak sempurna, adanya *rule of law* lebih baik dari pada sama sekali tidak ada.¹⁴²

Hukum perdagangan dalam arti **hukum perdagangan internasional** (*international trade law*) memiliki karakteristik khusus yang berbeda dari hukum bisnis. Hukum perdagangan internasional adalah hukum yang mengatur aturan-aturan bagi pemerintah dalam membuat kebijakan di bidang perdagangan, dimana

¹³⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional, Buku I: Bagian Umum*, Penerbit Binacipta, Bandung, 1977, hlm 3-4.

¹³⁹ Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Penerbit Alumni, Bandung, Edisi Kedua, 2005, hlm 2.

¹⁴⁰ Joseph E. Stiglitz, *Making Globalization Work*, W.W. Norton, New York, 2007, hlm 76.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

subyek hukumnya adalah subyek hukum internasional.¹⁴³ Namun, individu atau orang dan badan hukum (*legal person*) tidak termasuk sebagai subyek hukum. Penjelasan tersebut menegaskan bahwa hukum perdagangan internasional adalah merupakan bagian dari hukum internasional publik.¹⁴⁴

Dalam hal obyek yang diatur dalam hukum perdagangan internasional, setidaknya terdapat tiga hal yang diatur.¹⁴⁵ *Pertama*, kesepakatan pengaturan tentang menghilangkan berbagai hambatan (*barriers*) atas arus barang dan jasa.¹⁴⁶ Dengan kesepakatan itu, maka negara-negara harus mentransformasi peraturan perundang-undangan nasional di berbagai tingkatan, sehingga kebijakan pemerintah di bidang perdagangan tidak mendiskriminasi asal barang dan jasa.¹⁴⁷ *Kedua*, melalui kesepakatan tersebut diharapkan akan tercipta keseragaman (*uniformity*).¹⁴⁸ Dengan keseragaman diharapkan negara-negara memiliki keseragaman dalam kebijakan (*policy*) maupun penafsiran (*interpretation*) terhadap suatu istilah atau konsep yang diambil pemerintah negara-negara di bidang perdagangan.¹⁴⁹ *Ketiga*, kesepakatan yang dibuat melalui perjanjian dimaksudkan sebagai sarana untuk memfasilitasi penyelesaian sengketa yang muncul antar negara.¹⁵⁰ Sengketa perdagangan internasional umumnya terjadi karena adanya perbedaan penafsiran atas ketentuan yang telah disepakati ataupun

¹⁴³ Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional Dalam Perspektif Indonesia Sebagai Negara Berkembang*, Penerbit Yasrif Watampone, 2010, hlm 103-104.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*, hlm 104-105.

¹⁴⁸ *Ibid.*, hlm 105.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*, hlm 105.

disebabkan karena salah satu negara anggota tidak mentaati apa yang telah disepakati¹⁵¹ atau isi dari perjanjian.

Dalam pengertian lain, hukum perdagangan internasional juga dipahami sebagai hukum dan perjanjian-perjanjian (*law and agreements*) yang dibuat di *World Trade Organization* (bukan tentang hukum perdagangan dalam negeri (*domestic trade laws*) negara-negara tertentu).¹⁵² Dengan kata lain, hukum perdagangan internasional adalah hukum internasional publik tentang aturan-aturan (*rules*) yang diterapkan di antara negara-negara (bukan merupakan hukum perdata internasional (*private international law*) atau kontrak komersial (*commercial contract*) antara pelaku ekonomi swasta.¹⁵³ Akan tetapi tidak dapat dipungkiri, **hukum perdagangan internasional memiliki keterkaitan dengan teori ekonomi (*economic theory*) dan kebijakan ekonomi (*economic policy*) atau politik (*politics*),¹⁵⁴ termasuk kebijakan perdagangan (*trade policy*).** Hukum perdagangan internasional adalah hukum yang khas (*specific*) dan ‘*legalized*’ yang membuka peluang tenaga kerja yang berlipat ganda (*multiple employment opportunities*) baik di sektor swasta, pemerintah, institusi internasional, NGO atau bisnis.¹⁵⁵

Perjanjian yang dicakup (*covered agreement*) adalah keseluruhan perjanjian yang tercakup sebagai dan menjadi bagian dari kesepakatan Putaran Perundingan Uruguay tentang Perundingan Perdagangan Multilateral atau yang dikenal dengan *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade*

¹⁵¹ *Ibid*, hlm 105.

¹⁵² Andrew T. Guzman and Joost H.B. Pauwelyn, *International Trade Law*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012, hlm xxv.

¹⁵³ *Ibid*, hlm xxv.

¹⁵⁴ *Ibid*, hlm xxv.

¹⁵⁵ *Ibid*, hlm xxv.

Negotiations. Keseluruhan perjanjian dimaksud meliputi *Final Act, Marrakesh Agreement Establishing World Trade Organization* yang terdiri dari Annex 1, 2, 3, dan 4, serta *Ministerial Declarations and Decisions*, maupun *Understanding* dan GATT 1947. Bagian penting dari '*Marrakesh Agreement*' adalah perjanjian-perjanjian WTO yang mencakup *Multilateral Agreements on Trade in Goods*, *General Agreement on Trade in Services*, *Agreement on Trade Related Aspects of International Property Rights (TRIPs)*, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute*, *Trade Policy Review Mechanism* dan *Plurilateral Trade Agreements*. Dalam *plurilateral agreement* terdapat perjanjian tentang perdagangan pesawat udara (*trade in civil aircraft*) dan pengadaan pemerintah (*government*).

Covered agreement merupakan referensi umum dalam pengaturan tentang WTO. *Covered agreement* memiliki berbagai fungsi dalam operasional WTO. *Pertama*, berfungsi sebagai pedoman (*guidance*) yang meletakkan dasar-dasar pengaturan hak dan kewajiban negara anggota dalam kerangka WTO. *Kedua*, berfungsi dalam melindungi kepentingan perdagangan negara anggota. *Ketiga*, berfungsi sebagai instrumen bagi negara anggota dalam menyelesaikan sengketa dengan negara anggota yang lain. Dengan *covered agreement*, WTO memiliki batas ruang lingkup (*scope*) dan koridor hukum (*corridor*) dalam menempatkan kedudukan WTO serta tuntunan dalam menyelesaikan sengketa. Dengan *covered agreement* negara-negara anggota tidak diperkenankan menggunakan hukum dan perjanjian lain di luar WTO. Di samping itu, dengan *covered agreement* akan tercipta tertib hukum (*legal order*) dan tertib perdagangan internasional

(*international trade order*). Dengan *covered agreement* akan tercipta disiplin hukum (*legal discipline*) dalam sistem perdagangan dunia.

Hukum WTO atau *WTO Law* sebagai bagian dari hukum perdagangan internasional merupakan hukum yang memiliki cakupan yang kompleks dan bersifat khusus (*specialized*).¹⁵⁶ Hukum WTO mencakup spektrum isu yang luas mulai dari tarif bea masuk, kuota impor dan formalitas pabean hingga masalah hak kepemilikan intelektual (*intellectual property rights*), regulasi keamanan pangan (*food safety regulations*) hingga langkah-langkah keamanan nasional (*national security measures*).¹⁵⁷ Hukum WTO menjadi konsep hukum yang bertumbuh bersamaan dengan berdirinya WTO secara efektif 1 Januari 1995. Sebagai konsep hukum, *WTO law* memiliki ‘*rules*’ dan ‘*principles*’ yang dapat dibedakan dalam *principles of non-discrimination; rules on market access*, termasuk *rules* mengenai transparansi.¹⁵⁸ Selain itu, tidak terkecuali *rules on unfair trade, rules* tentang pertentangan antara *trade liberalization* dan *other societal values and interests, rules* tentang *special and differential treatment* untuk negara berkembang, dan *key institutional and procedural rules* berkaitan dengan *decision making* dan *dispute settlement*.¹⁵⁹ Hukum WTO mencakup seluruh aspek terkait dengan perjanjian dan ketentuan yang terdapat dalam WTO. Sebagai aturan dan prinsip yang mengatur WTO dan perdagangan multilateral, keseluruhan *rules* dan *principles* tersebut secara umum dikenal sebagai *multilateral trading system* atau sistem perdagangan multilateral. Hukum WTO dengan demikian merupakan

¹⁵⁶ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005, hlm 39.

¹⁵⁷ *Ibid*, hlm 39.

¹⁵⁸ *Ibid*, hlm 39.

¹⁵⁹ *Ibid*, hlm 39.

payung bagi sistem perdagangan multilateral dalam membangun perdagangan internasional, memelihara hubungan perdagangan dan menyelesaikan sengketa dagang serta menegakkan hukum untuk menjamin sistem perdagangan multilateral yang bebas (*free*), terbuka (*open*) dan adil (*fair*).

E. Metode Penelitian

Sebagai karya ilmiah hukum (*legal scientific work*), tulisan ini disusun berdasarkan kaidah-kaidah ilmiah yang berlaku dalam dunia akademik yang dilakukan melalui penelitian ilmiah (*scientific research*). Secara semantik, “*research*” berasal dari dua akar kata bahasa Inggris, yaitu “*re*” yang berarti kembali dan “*search*” yang diartikan pencarian, penelusuran, penyelidikan informasi¹⁶⁰. Sehingga dengan demikian dapat didefinisikan, *research* (penelitian) adalah kegiatan yang dilakukan sebagai upaya untuk menemukan informasi kembali dengan cermat, hati-hati, tekun, telaten dan sungguh-sungguh¹⁶¹. Serupa dengan pengertian tersebut, terdapat pula definisi yang menyatakan, penelitian (*research*) adalah kegiatan atau upaya pencarian¹⁶² untuk mencari (*search*) temuan-temuan baru, berupa pengetahuan yang benar (*true knowledge*), yang dapat dipakai untuk menjawab suatu pertanyaan atau memecahkan suatu masalah¹⁶³. Dalam tataran praktis, penelitian juga diartikan sebagai kegiatan yang

¹⁶⁰ Ade Saptomo, *Pokok-Pokok Metodologi Penelitian Hukum Empiris Murni Sebuah Alternatif*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2009, hlm. 33.

¹⁶¹ *Ibid*, hlm. 33.

¹⁶² M. Syamsudin, *Operasionalisasi Penelitian Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007, hlm. 1.

¹⁶³ Soetandyo Wignjosobroto, *Hukum Paradigma, Metode dan Masalahnya*, Huma, Jakarta, 2002, dalam M. Syamsudin, *Ibid*, hlm. 1.

menggunakan pendekatan ilmiah sebagai landasan atau prinsip kerja.¹⁶⁴ Atas dasar itu, Aceng Rahmat menjelaskan, bahwa penelitian adalah proses pencarian kebenaran melalui prosedur ilmiah, yang lazim disebut sebagai kebenaran ilmiah yang objektif karena kesimpulan yang ditarik berdasarkan atas data empiris dengan prosedur yang sistematis serta menggunakan pendekatan ilmiah.¹⁶⁵ Untuk mencapai kebenaran ilmiah, maka kita harus melakukan kegiatan penelitian yang secara umum mencakup empat langkah, yaitu (i) perumusan masalah; (ii) pengumpulan data; (iii) analisis data; dan (iv) penarikan kesimpulan.¹⁶⁶ Dengan melalui tahapan dan proses ilmiah tersebut akan diperoleh teori ilmiah (*scientific theory*). Dalam khasanah ilmu pengetahuan, teori ilmiah didefinisikan sebagai seperangkap konsep, definisi, atau proposisi yang menggambarkan sebuah pandangan yang sistematis atas suatu fenomena dengan cara memberi spesifikasi hubungan antarvariabel yang tujuan akhirnya adalah memprediksi atau menerangkan fenomena tersebut.¹⁶⁷ Definisi tersebut dipandang rasional, mengingat fungsi utama teori ilmiah adalah: *pertama*, untuk mengorganisasikan termuan dari berbagai pengamatan dan penyelidikan yang tercecer atau tersebar (*scattered*) sehingga menjadi sebuah kerangka teori yang dapat menjelaskan suatu fenomena; dan *kedua*, menjelaskan keterkaitan antarvariabel serta menjelaskan bagaimana sifat keterkaitannya.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Aceng Rahmat, *Double Relationship: Analisis vs Sintesis*, dalam Sabarti Akhadiyah dan Winda Dewi Lidyasari (Editor), *Filsafat Ilmu Lanjutan*, Prenadamedia Group, Jakarta, Cetakan ke-3, 2015, hlm 16,

¹⁶⁵ *Ibid*, hlm 16.

¹⁶⁶ *Ibid*, hlm 16.

¹⁶⁷ *Ibid*, hlm 21.

¹⁶⁸ *Ibid*, hlm 21.

Dalam kaitan dengan penelitian hukum (*legal research*) terdapat berbagai pengertian dikemukakan para sarjana hukum. Morris L. Cohen mengemukakan, “*Legal research is the process of finding the law that governs activities in human society*”¹⁶⁹. Selanjutnya dikemukakan, bahwa “*It involves locating both the rules which are enforced by the states and commentaries which explain or analyse these rules*”¹⁷⁰.

Ahli hukum Enid Campbell menyatakan, “*In his or her professional career, the lawyer as well as legal scholar will find it necessary to discover the legal principle relevant to a particular problem*”¹⁷¹. Selanjutnya dikemukakan, “*Most legal research has as its objectives the collection of authoritative materials relevant to the problems*”.¹⁷²

Sementara itu pakar hukum yang lain Terry Hutchinson membagi penelitian hukum dalam empat kategori, yaitu¹⁷³ :

- a. *Doctrinal Research: Research which provides a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analyses of the relationship between rules, explains areas of difficulty and, perhaps, predicts future development.*
- b. *Reform-Oriented Research: Research which intensively evaluates the adequacy of existing rules and which recommends changes to any rules found wanting.*
- c. *Theoretical Research: Research which fosters a more complete understanding of the conceptual bases of legal principles and of*

¹⁶⁹ Morris L. Cohen & Kent C. Olson, *Legal Research*, West Publishing Company, St. Paul, Minn, 1992, p.1 dalam Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2010, hlm. 29.

¹⁷⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2010, hlm. 29.

¹⁷¹ Enid Campbell, et al, *Legal Research*, The Law Book Company, Melbourne, 1988, h. 271, dalam Peter Mahmud Marzuki, *Ibid*, hlm. 30.

¹⁷² Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit*, hlm. 30

¹⁷³ Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Lawbook Company, Sydney, 2002, p. 8, dalam Peter Mahmud Marzuki, *ibid*, hlm. 32-33.

combined effects of a range of rules and procedures that touch on a particular area of activity.

- d. *Fundamental Research: Research designed to secure a deeper understanding of law as a social phenomenon, including research on the historical, philosophical, linguistic, economic, social or political implication.*

Dari pandangan penulis-penulis hukum tersebut di atas, Peter Mahmud Marzuki mengemukakan bahwa “*penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi*”¹⁷⁴. Dikemukakan pula, bahwa penelitian hukum itu dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori, atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi¹⁷⁵. Rangkaian penelitian untuk mendapatkan kesimpulan, argumentasi dan konsep yang baru tersebut, pada dasarnya sesuai dengan kaidah dalam ilmu filsafat yang menyatakan bahwa filsafat merupakan suatu proses untuk mencari dan menemukan hal-hal baru sebagai kebenaran tentang segala sesuatu yang menjadi permasalahan.¹⁷⁶ Sebagai kajian dan penelitian akademis doktoral diharapkan hasil penelitian ini akan dapat menemukan kebenaran dan menambah khasanah nilai-nilai filosofis dalam disiplin ilmu hukum perdagangan internasional (*international trade law*).

a. Metode Pendekatan

Sesuai dengan pertanyaan penelitian dalam rumusan masalah, penelitian ini akan menggunakan pendekatan yuridis normatif yang bersifat kualitatif.

¹⁷⁴ Peter Mahmud Marzuki, *ibid*, hlm. 35.

¹⁷⁵ *Ibid*, hlm. 35.

¹⁷⁶ Martini Djamaris, Ilmu, Filsafat, dan Filsafat Ilmu, dalam Sabarti Akhadiah dan Winda Dewi Listyasari (Editor), *Filsafat Ilmu Lanjutan*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2015, hlm107.

Penelitian yuridis normatif adalah penelitian yang mengacu pada norma-norma hukum dan kasus-kasus yang terkait dengan masalah penyelesaian sengketa dagang internasional.

Dalam kaitan dengan ruang lingkup pendekatan, penelitian ini akan menggunakan 5 (lima) pendekatan yang mencakup pendekatan statuta (*statute approach*), pendekatan konsep (*conceptual approach*), pendekatan sejarah (*historical approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan interdisiplin (*interdisciplinary approach*). Dengan pendekatan tersebut, maka pembahasan akan menjadi komprehensif dan mendalam.

i. Pendekatan peraturan perundang-undangan/legislasi (*Statute Approach*)

Pendekatan ini dilakukan mengingat penelitian mengenai penyelesaian sengketa dagang antar negara dalam konteks WTO dan ASEAN menggunakan berbagai instrumen internasional baik *Dispute Settlement Understanding* (DSU), *WTO agreements* maupun *ASEAN agreements* yang menjadi dasar dalam menyelesaikan sengketa. Dalam kaitan ini, pendekatan legislasi digunakan untuk :

- (a) Meneliti dan menganalisis mengenai sengketa dagang antar negara dalam kerangka WTO.
- (b) Meneliti dan menganalisis sengketa dagang yang terjadi dalam lingkup negara anggota ASEAN.

Dengan pendekatan statuta, maka akan dilakukan penelitian terhadap perjanjian-perjanjian internasional, baik berupa *treaty*, *charter*, *convention*, *agreement*,

understanding maupun *protocol* yang menjadi sumber dan berkaitan dengan penyelesaian sengketa.

ii. Pendekatan Teori dan Konsep (*Theory and Conceptual Approach*)

Dalam rangka pembahasan penyelesaian sengketa dagang, penelitian ini menggunakan Teori Penyelesaian Sengketa sebagai *Grand Theory*, Teori Pilihan Rasional sebagai *Middle Range Theory* dan Teori Kepatuhan sebagai *Applied Theory*. Sementara itu, pendekatan konsep digunakan dalam penelitian untuk meneliti dan menganalisis sengketa dagang antar negara. Pendekatan ini diperlukan untuk memberikan pemahaman dan perspektif penyelesaian sengketa yang lebih mendalam atas sengketa dagang yang terjadi di antara negara anggota WTO maupun negara anggota ASEAN.

iii. Pendekatan Sejarah (*Historical Approach*)

Pendekatan sejarah merupakan pendekatan yang penting digunakan dalam penelitian untuk mengetahui berbagai peristiwa dan sejarah perkembangan sengketa yang terjadi pada era GATT maupun pada masa awal berdirinya WTO tahun 1995, hingga sengketa terkini tahun 2018. Dengan pendekatan sejarah akan diketahui benang merah dan keterkaitan kasus masa lalu dengan sengketa masa kini. Selain itu, pendekatan sejarah akan memperkaya pembahasan dan pemahaman, sehingga dapat memperluas dimensi pembahasan dan memperkuat referensi historis sengketa-sengketa dalam perdagangan internasional.

iv. Pendekatan Kasus (*Case Approach*)

Pendekatan kasus digunakan untuk mendapatkan pemahaman yang lebih mendalam tentang sengketa-sengketa yang terdapat dalam perdagangan internasional. Dengan pendekatan ini dilakukan penelitian terhadap kasus-kasus tertentu yang terkait dengan penyelesaian sengketa dagang internasional baik dalam konteks WTO maupun ASEAN. Kasus-kasus yang menjadi yurisprudensi dalam sengketa dagang merupakan elemen dan sumber informasi bagi bahan penelitian dan pembahasan tulisan.

v. Pendekatan Interdisiplin (*Interdisciplinary Approach*)

Pendekatan interdisiplin digunakan dalam penelitian dan pembahasan penyelesaian sengketa dagang antar negara, mengingat hukum perdagangan internasional sebagai disiplin ilmu memiliki keterkaitan dengan disiplin ilmu lain, terutama perdagangan internasional dan ekonomi politik internasional. Hal ini sebagaimana ditegaskan Raj Bhala dalam "*International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice*" yang menyatakan, bahwa *international trade law* tidak hanya berhubungan dengan masalah hukum dan ekonomi (*law and economics*), karena mempelajari disiplin ilmu *international trade law* pada dasarnya adalah mempelajari tentang bagaimana (*how*) dan mengapa (*why*) masyarakat dan pemerintah mereka berinteraksi atau tidak melakukan interaksi dalam perdagangan internasional.¹⁷⁷ Pandangan yang sama dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo yang menyatakan bahwa ilmu hukum pada hakikatnya merupakan ilmu yang interdisipliner.¹⁷⁸ Hal ini karena berbagai disiplin ilmu pengetahuan digunakan untuk menerangkan berbagai aspek yang berhubungan

¹⁷⁷ Raj Bhala, *International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice*, Lexis Nexis, Third Edition, 2008, hlm ix.

¹⁷⁸ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014, hlm 7.

dengan keberadaan hukum di tengah-tengah masyarakat.¹⁷⁹ Bernard Arif Sidharta juga menyatakan, bahwa ilmu hukum adalah disiplin ilmu yang dalam perspektif interdisipliner dan eksternal secara kritis menganalisis berbagai aspek hukum gejala hukum secara sendiri atau keseluruhan, baik dalam konsepsi teoretis maupun praktis, untuk mendapatkan pemahaman yang lebih baik dan penjelasan yang jernih atas bahan-bahan hukum.¹⁸⁰ Pendekatan ini perlu dilakukan sehingga akan dapat membantu memudahkan dalam pembahasan dan membuat pembahasan menjadi suatu yang utuh. Dengan kata lain, pembahasan tidak dapat dilakukan hanya melalui satu disiplin ilmu (monodisiplin). Diperlukan pembahasan yang bersifat lintas disiplin yang lazim dikenal dengan pendekatan interdisiplin. Pendekatan interdisiplin dipandang merupakan cara atau model pembelajaran dan penelitian yang mampu menyatupadukan informasi, data, teknik, alat-alat, perspektif, konsep, dan teori dari dua atau lebih disiplin ilmu sehingga dapat memajukan pemahaman yang fundamental.¹⁸¹ Disamping itu, pendekatan interdisiplin juga dapat memecahkan permasalahan tertentu yang pemecahannya berada di luar wilayah jangkauan satu disiplin (monodisiplin) atau wilayah praktik penelitian disiplin ilmu tertentu.

b. Bahan Hukum

¹⁷⁹ *Ibid*, hlm 7.

¹⁸⁰ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Hukum, Sebuah Penelitian tentang Pondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, Cetakan Ketiga, 2009, hlm 122.

¹⁸¹ Mayling Oey-Gardiner dan Susanto Imam Rahayu (et al), *Era Disrupsi: Peluang dan Tantangan Pendidikan Tinggi Indonesia*, Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia (AIPI), Jakarta, Cetakan II, 2017, hlm 58.

Bahan-bahan yang dipergunakan sebagai sumber data dalam penelitian ini akan terdiri dari:

- a. Bahan Hukum Primer, mencakup instrumen perjanjian internasional seperti *treaty, agreement, convention, protocol, understanding*, peraturan perundang-undangan yang berlaku, yurisprudensi GATT/WTO yang berkaitan dengan putusan *Dispute Settlement Body, Panel Report* dan *Appellate Body Report* tentang kasus sengketa dagang internasional.
- b. Bahan Hukum Sekunder, yaitu mencakup hasil-hasil penelitian yang berkaitan dengan sengketa dagang, termasuk bahan-bahan dan hasil seminar, konferensi, jurnal ilmiah dan majalah umum, buku-buku (*text book*) pendapat para ahli hukum terkemuka, serta berita dan artikel koran yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa dagang internasional; dan
- c. Bahan Hukum Tersier, berupa kamus dan ensiklopedia.

BAB II

TINJAUAN TEORITIS PENYELESAIAN SENGKETA

DALAM PERDAGANGAN INTERNASIONAL DAN

REGIONAL TRADE AGREEMENT (RTA)

A. Kajian Pustaka

Dalam rangka mendapatkan informasi dan gambaran awal tentang isu-isu dan permasalahan berkaitan dengan topik penelitian, berbagai referensi sebagai bahan kajian pustaka digunakan, baik berupa buku, jurnal maupun karya ilmiah lainnya. Referensi buku pertama yang terkait dengan topik penelitian adalah “*Regional Trade Agreements: Law, Policy and Practice*”,¹⁸² tulisan David A. Gantz. Buku ini membahas isu yang berkaitan dengan *regional trade agreement* (RTA). Buku ini dapat dikatakan sebagai buku ‘babon’, karena melakukan pembahasan dan pengkajian secara komprehensif tentang semua aspek terkait dengan RTA dimana di dalamnya terdapat banyak contoh FTA yang ditandatangani oleh banyak negara di berbagai kawasan. Gantz mengemukakan, bahwa 84% dari perjanjian RTA adalah FTA.¹⁸³ Ada banyak RTA yang ditandatangani merupakan FTA seperti NAFTA, US FTAs, Uni Eropa (*European Union*), MERCOSUR, *Central America Common Market*, *ASEAN Free Trade Agreement*, *Southern African Customs Union*, dan lainnya. Buku tersebut

¹⁸² David A. Gantz, *Regional Trade Agreements: Law, Policy and Practice*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2009.

¹⁸³ *Ibid.*

membahas antara lain mengenai *benefit and costs of regionalism*, sejarah GATT Article XXIV, konflik antara WTO dan RTA dalam *dispute settlement mechanism*, disamping *political, legal and policy considerations* dari *US FTA negotiations*.

Buku lain yang menjadi referensi penting adalah “*The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*”,¹⁸⁴ karangan Peter Van den Bossche. Buku ini merupakan referensi internasional yang menjadi rujukan utama dalam pembahasan tentang WTO. Buku ini membahas dan memberikan informasi tentang struktur organisasi, badan-badan dalam WTO, prinsip-prinsip WTO, *decision making in the WTO*, *dispute settlement* WTO, dan berbagai aspek terkait tentang WTO. Buku ini membahas secara mendalam penyelesaian sengketa yang melibatkan negara anggota WTO, mulai dari proses awal hingga akhir tahapan penyelesaian sengketa.

Buku berikutnya adalah “*Key Issues in WTO Dispute Settlement, The First Ten Years*”¹⁸⁵ yang disusun oleh Rufus Yerxa dan Bruce Wilson sebagai editor. Buku ini merupakan buku kunci yang memberi informasi dan inspirasi yang membahas masalah-masalah berkaitan dengan *dispute settlement*. Buku ini menjelaskan berbagai isu yang berhubungan dengan keseluruhan sistem penyelesaian sengketa baik mengenai proses, kelembagaan, maupun isu-isu yang sistemik yang hingga sekarang masih menjadi masalah hangat dalam sistem

¹⁸⁴ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, United Kingdom, First Published, 2005.

¹⁸⁵ Rufus Yerxa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement, The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, First Published, 2005.

WTO. Buku tersebut sekaligus menjadi fakta yang menunjukkan bahwa masih terdapat isu-isu dan persoalan WTO yang perlu dikaji sebagai bahan penelitian.

Buku karya ilmiah yang tidak kalah penting adalah “*Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariff and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques*”¹⁸⁶ tulisan dari Gerald Curzon. Buku ini dapat dikatakan buku klasik tentang *multilateral commercial diplomacy* yang memuat sejarah diplomasi perdagangan pasca terbentuknya GATT, perjanjian perdagangan pada awal abad ke-20 dan perkembangan awal periode regionalisme ekonomi (*economic regionalism*). Buku ini sangat inspiratif yang memotivasi kita untuk mengenal diplomasi perdagangan.

Karya referensi penting tentang perdagangan adalah “*The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*”¹⁸⁷ tulisan John H. Jackson. Buku ini membahas berbagai aspek dan isu yang berhubungan dengan sistem perdagangan dunia yang menyangkut semua aspek tentang perdagangan dan hubungan ekonomi internasional. Prinsip MFN (*most favoured nation*), *tariff* dan *non-tariff barriers*, *national treatment*, *safeguards*, dan *unfair trade* semuanya dibahas secara mendalam di dalam buku ini. Melalui buku ini Jackson yang dikenal sebagai *pioneer* dalam pengembangan hukum perdagangan internasional memperkenalkan dua teori penting yaitu *power-oriented diplomacy* dan *rule-oriented diplomacy*. Buku ini menjadi referensi utama bagi berbagai pihak yang ingin memahami teori dan konsepsi tentang perdagangan internasional.

¹⁸⁶ Gerald Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariff and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, Frederick A. Praeger, New York, 1965.

¹⁸⁷ John H. Jackson, *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, Amerika Serikat, 1997.

Berkaitan dengan penyelesaian sengketa, referensi pustaka penting adalah buku “*Why Adjudicate?, Enforcing Trade Rules in the WTO*”¹⁸⁸ ditulis oleh Christina L. Davis. Seperti judulnya, buku ini membahas hal ihwal *adjudication* dan litigasi dalam menegakkan hukum perdagangan internasional (*international trade law*). Berbagai contoh kebijakan perdagangan negara-negara yang menjadi sengketa dagang diinformasikan dalam buku ini seperti Amerika Serikat, Jepang, Peru dan Vietnam. Buku ini secara khusus membahas tentang *adjudication* yang dilakukan negara-negara anggota WTO dalam menegakkan aturan WTO.

Sumber lain terkait dengan penyelesaian sengketa adalah buku “*Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement*”,¹⁸⁹ karya dari Chad P. Bown. Buku ini mengupas isu seputar perkembangan penyelesaian sengketa dari GATT ke WTO, partisipasi negara berkembang (*developing countries*) dalam penyelesaian sengketa di WTO dan peran institusi non-negara (*non-state actor*) dalam penyelesaian sengketa. Buku ini memberikan perhatian besar terutama pada keberadaan negara-negara berkembang dalam sistem sengketa WTO.

Karya ilmiah penting yang menjadi sumber terkait penelitian adalah “*Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT Article XXIV*”¹⁹⁰ tulisan dari Kerry Chase. Tulisan ini dimuat dalam jurnal *World Trade Review*

¹⁸⁸ Christina L. Davis, *Why Adjudicate? Enforcing Trade Rules in the WTO*, Princeton University Press, Princeton, 2012.

¹⁸⁹ Chad P. Bown, *Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Brookings Institutions Press, Washington, DS, 2009.

¹⁹⁰ Kerry Chase, “*Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT Article XXIV*”, dalam *World Trade Review*, Economics, Law, International Institutions, Volume 5, Number 1, March 2006, World Trade Organization and Cambridge University Press.

Volume 5, Number 1, March 2006. Tulisan tersebut membahas tentang sejarah awal munculnya Article XXIV GATT yang sekarang merupakan sumber dasar dari pembicaraan tentang *free trade agreement*, *customs unión*, dan *common market*. Tulisan tersebut menjelaskan betapa alotnya negosiasi dan kompromi multilateral yang dilakukan negara-negara barat, terutama Amerika Serikat dan Eropa, untuk mencapai kesepakatan, sehingga Article XXIV pada akhirnya dapat masuk dan diterima menjadi bagian dari ketentuan GATT.

Bahan lain yang menjadi sumber informasi adalah "*Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*"¹⁹¹ tulisan dari Jeffrey J. Schott sebagai editor. Buku ini membahas tentang berbagai perjanjian FTA, pelajaran yang diperoleh dari kesepakatan FTA dan pengalaman berbagai negara dalam pembahasan FTA seperti Australia, Brazil, Chile, Korea, Singapore, Maroko, Jordan, dan Taiwan. Secara komprehensif buku ini membahas manfaat dan pentingnya FTA sebagai bagian dari strategi kebijakan luar negeri dan perdagangan Amerika Serikat. Buku tersebut juga menjelaskan adanya *trade creation* dan *trade diversión* dengan terbentuknya FTA.

Referensi lain sebagai literatur terkait adalah "*Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*"¹⁹², ditulis oleh Lorand Bartels and Federico Ortino. Buku ini membahas cakupan yang luas terkait *regional trade agreement* (RTA) meliputi antara lain mengenai aspek ekonomi politik (*political economy*) RTA,

¹⁹¹ Jeffrey J. Schott (ed), *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*, Institute for International Economics, Washington DC, 2004.

¹⁹² Lorand Bartels and Federico Ortino, *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, New York, 2006.

penyelesaian sengketa dalam RTA dan FTA, termasuk tumpang-tindih (*overlap*) dan pertentangan (*conflict*) yurisdiksi antara WTO dan RTA.

B. Teori dan Metode Penyelesaian Sengketa

1. Teori Penyelesaian Sengketa

Dalam kehidupan antar masyarakat dan hubungan antar negara lazim diketahui, dapat terjadi berbagai perselisihan, pertentangan, konflik atau sengketa, baik berkaitan dengan masalah politik, ekonomi, kedaulatan negara, perbatasan wilayah negara, hak cipta produk budaya, perebutan sumber daya alam, maupun perdagangan. Jika terjadi sengketa maka setiap negara akan berupaya mencari solusi sebagai jalan keluar penyelesaian. Penyelesaian sengketa antar negara jika dianalogikan dengan konflik, perselisihan dan sengketa internasional, pada hakekatnya merupakan wujud lain dan pengembangan dari konflik dan sengketa seperti yang terjadi pada tataran masyarakat pada umumnya.

Menurut J.G. Merrills, sengketa dapat didefinisikan sebagai ketidaksepahaman tertentu berkaitan dengan fakta, hukum atau kebijakan dimana klaim atau desakan satu pihak dihadapkan dengan penolakan (*refusal*), *counter-claim*, atau penolakan (*denial*) oleh pihak yang lain.¹⁹³ Sejalan dengan itu, dalam konteks yang lebih besar, sengketa internasional akan eksis manakala ketidaksepahaman melibatkan pemerintah negara-negara, berbagai institusi, badan hukum (*juristic persons*) atau individu perseorangan di berbagai belahan dunia

¹⁹³ J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge, 1998, hlm 1.

yang berbeda.¹⁹⁴ Sengketa juga tidak dapat dipungkiri sebagai bagian dari hubungan internasional, sama seperti halnya sengketa antara individu yang tidak dapat dielakkan dalam hubungan domestik.¹⁹⁵ Sengketa internasional dalam pengertian lain adalah sengketa bilateral atau multilateral antar negara mengenai sebuah fakta atau hukum, yang timbul dalam bentuk yang berbeda dari aktivitas negara yang berkaitan dengan interpretasi atau penerapan suatu perjanjian internasional, yang berhubungan dengan persoalan tanggung jawab (*responsibility*) atau lainnya.¹⁹⁶

Penyelesaian sengketa pada dasarnya merupakan proses, tahapan dan prosedur yang dilakukan untuk menyelesaikan perselisihan, kesalahpahaman, hubungan yang tidak baik atau ketegangan hubungan yang terjadi baik pada tataran masyarakat, kelompok atau negara. Dengan penyelesaian sengketa maka hubungan yang tidak baik, perselisihan dan ketegangan dapat diselesaikan dan hubungan antar negara dapat terjalin, menjadi baik, dan normal kembali seperti sediakala. Dengan penyelesaian sengketa, maka inti permasalahan atau pokok persoalan akan dapat diurai, ditengahi dan diharapkan kejadian atau kasus serupa tidak akan terulang dan terjadi lagi di masa yang akan datang.

Sengketa dalam bahasa Inggris berasal dari kata "*dispute*". Dari kata ini, maka penyelesaian sengketa disebut dengan "*dispute settlement*". Teori penyelesaian sengketa disebut pula dengan "*dispute settlement theory*". Terdapat kecenderungan para sarjana lebih sering menggunakan istilah *dispute* untuk

¹⁹⁴ *Ibid*, hlm 1

¹⁹⁵ *Ibid*, hlm 1.

¹⁹⁶ B.M. Klimenko, V.F. Petrovsky, and Yu M. Rybakov (Editor), *A Dictionary of International Law*, Progress Publishers, 1986, hlm 73.

terminologi sengketa, sehingga secara khas hanya istilah ini yang digunakan sebagai istilah sengketa dan tidak menggunakan kata lain sebagai padanan istilah sengketa. Kata *dispute* digunakan secara khusus dan ketat sebagai konsep hukum. Bagian hukum PBB, *Office of Legal Affairs – Codification Division*, dalam buku pegangan penyelesaian sengketa menggunakan istilah *dispute*.¹⁹⁷ John H. Jakson, pakar hukum GATT/WTO dan hukum perdagangan internasional menggunakan istilah *dispute* dalam buku dan jurnal ilmiah.¹⁹⁸ Demikian pula David Palmeter dan Petros C. Mavroidis¹⁹⁹, Terence P. Stewart dan Christopher J. Callahan²⁰⁰, dan Rufus Yerxa dan Bruce Wilson²⁰¹ semuanya menggunakan istilah *dispute* untuk terminologi penyelesaian sengketa.

Sebaliknya, ada pula yang menyebut perselisihan atau sengketa dengan istilah “*conflict*”, sehingga penyelesaian konflik sering disebut “*conflict resolution*” atau “*dispute resolution*” dan bukan *conflict settlement*. Dengan kata lain, terdapat pula sarjana yang menyamakan dan menyatukan istilah sengketa dengan kata “*konflik*”, sehingga tidak ada perbedaan secara prinsip antara *conflict* dan *dispute*. Terminologi *conflict* kemudian diadopsi dan dipakai sebagai istilah hukum. Sebagai ilustrasi, Lawrence M. Friedman dalam menjelaskan fungsi

¹⁹⁷ Office of Legal Affairs-Codification Division, *Handbook on the Peaceful Settlement of Dispute between States*, United Nations, New York, 1992.

¹⁹⁸ John H. Jackson, *The World Trading System - Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, Massachusetts, 1997, hlm. 107-133.

¹⁹⁹ David Palmeter and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

²⁰⁰ Terence P. Stewart and Christopher J. Callahan, *Dispute Settlement Mechanisms – The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Kluwer Law and Taxation Publisher, Netherlands, 1993.

²⁰¹ Rufus Yerxa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

hukum sebagai penyelesaian sengketa menggunakan kata “*dispute settlement*”²⁰² dan bukan dengan kata konflik. Friedman menyatakan, dengan mengacu pada pernyataan Richard L. Abel, sengketa (*dispute*) adalah pernyataan publik mengenai tuntutan yang tidak selaras (*inconsistent*) terhadap sesuatu yang bernilai.²⁰³ Friedman menegaskan, bahwa sengketa bisa meruncing atau menurun, sengit atau sedang-sedang saja.²⁰⁴ Menurutnya, frase “penyelesaian sengketa” biasa digunakan untuk menyelesaikan pertentangan lokal yang skalanya kecil antara perorangan atau perusahaan swasta.²⁰⁵

Namun, ada juga pertentangan besar yang lebih mendasar dalam masyarakat, yaitu pertentangan antara golongan atau kelompok.²⁰⁶ Pertentangan seperti ini misalnya adalah pertentangan antara tenaga kerja dan pemilik modal, antar daerah dalam suatu negara, atau antara kulit hitam dan kulit putih.²⁰⁷ Pertentangan-pertentangan yang makro ini sebaiknya disebut sebagai konflik (*conflict*) selain sengketa.²⁰⁸ Ditegaskan, bahwa sistem hukum itu sama-sama terkait dengan konflik dan sengketa.²⁰⁹ Dengan kata lain, dikemukakan lebih lanjut, bahwa sistem hukum adalah agen pemecahan konflik dan juga agen penyelesaian sengketa.²¹⁰

²⁰² Lawrence M. Friedman, *Hukum Amerika Sebuah Pengantar*, Tata Nusa, Jakarta, 2001, hlm. 11, diterjemahkan oleh Wishnu Basuki dari judul aslinya *American Law: An Introduction*, Second Edition, 1998.

²⁰³ *Ibid*, hlm. 11.

²⁰⁴ *Ibid*, hlm. 12.

²⁰⁵ *Ibid*, hlm. 12.

²⁰⁶ *Ibid*, hlm. 12.

²⁰⁷ *Ibid*, hlm. 12.

²⁰⁸ *Ibid*, hlm. 12.

²⁰⁹ *Ibid*, hlm. 12.

²¹⁰ *Ibid*, hlm. 12.

Kata konflik sebagai padanan untuk istilah pertentangan (*conflict*) umumnya digunakan dalam pengertian umum, misalnya konflik politik (*political conflict*), konflik militer (*military conflict*), konflik sosial (*social conflict*) di masyarakat dan konflik kepentingan (*conflict of interest*) dalam dunia politik. Istilah konflik dalam teori akademis hukum, umumnya digunakan pada terminologi untuk pertentangan norma (*conflict of norms*), pertentangan hukum (*conflict of laws*) dan pertentangan yurisdiksi (*conflict of jurisdiction*).

Dalam kaitan dengan sengketa hukum Friedman mengemukakan terdapat empat karakteristik sengketa hukum, yaitu (i) *capable of settled by the application of certain principles & rules of international law*; (ii) *influence vital enterest of States such as territorial integrity*; (iii) *implementation of existing international law enough to raise a justice decisió n and support to progessive international relations*; dan (iv) *the dispute related with legal rights by claims to change the existing rule*.²¹¹

Sementara itu, ahli hukum lain, Waldock dalam hal karakter sengketa menyatakan, bahwa:²¹²

The legal or political character of dispute is ultimately determined by the objective aimed at or the position adopted by each party in the dispute. If both parties are demanding what they conceive to be their existing legal rights as, for example in the Corfu Channel case, the dispute is evidently legal. If both are demanding the application of standards or factors not rooted in the existing rules of international law as, for example a dispute regarding disarmament, the dispute is evidently political.

²¹¹ Sefriani, *Peran Hukum Internasional dalam Hubungan Internasional Kontemporer*, Rajawali Pers, Depok, 2016, hlm 355.

²¹² Sebagaimana dikutip Sefriani dalam "Peran Hukum Internasional dalam Hubungan Internasional Kontemporer, Rajawali Pers, Depok 2016, hlm 356.

Sengketa memiliki karakter politik atau hukum pada akhirnya ditentukan oleh tujuan atau posisi yang diterima oleh para pihak yang bersengketa. Jika kedua pihak menuntut apa yang mereka pahami sebagai hak-hak hukum yang ada, seperti pada kasus Corfu Channel, sengketa pada dasarnya bersifat hukum. Sebaliknya, jika kedua pihak menuntut penerapan standar atau faktor-faktor yang tidak berakar pada aturan hukum internasional, seperti perlucutan senjata, sengketa tersebut jelas bersifat politik.

Pakar hukum internasional Oppenheim dalam hubungan dengan sengketa lebih jauh mengemukakan:²¹³

All disputes have their political aspects by the very fact that they concern relation between sovereign States. Dispute which according to the distinction, are said to be legal nature might involve highly important political interests of the States concerned, conversely dispute reputed according to that distinction to be a political character more often than not concern the application of a principle or a norm of international law.

Oppenheim secara tegas menyatakan bahwa semua sengketa memiliki aspek politik dengan fakta yang sangat jelas bahwa sengketa tersebut berkaitan dengan hubungan antara negara-negara yang berdaulat. Sengketa yang bersifat hukum juga melibatkan kepentingan politik yang besar dari negara-negara yang bersengketa.

Dalam perdagangan internasional, sengketa dagang antar negara banyak terjadi, tidak saja pada masa setelah terbentuknya WTO pada tahun 1995, tetapi sebelumnya, pada masa GATT sudah terdapat berbagai sengketa. Sengketa dagang yang berkembang menjadi sengketa yang besar dan melibatkan negara-

²¹³ *Ibid.*

negara industri maju yang berpengaruh terhadap industri dan perdagangan dunia, tidak jarang disebut sebagai perang dagang (*trade war*). Sebagai contoh perang dagang antara Amerika Serikat (AS) dan Jepang dalam kasus produk semikonduktor pada tahun 1980-an.²¹⁴ Sengketa ini merupakan sengketa paling kontroversial dalam sejarah perdagangan AS, karena menyangkut persaingan produk semikonduktor AS dan akses pasar ke pasar Jepang.²¹⁵

Sengketa bermula terjadi atas tindakan Jepang melakukan “*dumping*” terhadap produk AS, sehingga perusahaan-perusahaan produsen industri semikonduktor AS tidak dapat memasuki pasar Jepang.²¹⁶ Atas tindakan tersebut, AS mengambil kebijakan tandingan dengan melakukan tindakan “*anti-dumping*”.²¹⁷ Akan tetapi langkah AS ini dinilai oleh GATT sebagai tindakan yang dapat tidak dibenarkan dan ilegal²¹⁸. Sebagai jalan penyelesaian, maka AS dan Jepang melakukan perundingan untuk menyelesaikan sengketa tersebut. AS dan Jepang pada tahun 1986 menandatangani kesepakatan Perjanjian Semikonduktor yang dikenal dengan *The United States of America and Japan Semiconductor Agreement* yang menegaskan, bahwa Jepang menyetujui untuk mengakhiri dumping produk semikonduktor dan memberikan jaminan untuk mencadangkan 20% *market share* pasar domestik bagi produk semikonduktor dari negara lain (*foreign producers*), termasuk dari AS selama lima tahun²¹⁹ AS menggugat langkah Jepang, karena Jepang dipandang menutup pasar dalam negeri

²¹⁴ Anne O. Krueger, *The Political Economy of Trade Protection*, National Bureau of Economic Research and the University of Chicago Press, Chicago, 1996, hlm. 5.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

bagi produk-produk asing. Jepang lebih bersikap melindungi produk dalam negeri dan melakukan ekspansi dengan memperluas pasar produk mereka ke pasar internasional, terutama AS.

Dalam perjalanannya, kesepakatan perjanjian ternyata belum sepenuhnya menyelesaikan persoalan, para produsen komputer terkemuka AS memandang bahwa perjanjian semikonduktor belum memberikan sesuatu yang maksimal. Untuk memenuhi tuntutan para produsen, pemerintah AS kemudian melakukan “renegosiasi”, meninjau ulang perjanjian pada tahun 1991²²⁰. Produsen komputer AS lebih menekankan pada “*outcome*” daripada berpegang pada prinsip *market access*. Dengan tuntutan ini maka produsen AS dapat menguasai pangsa pasar Jepang sebesar 20,2% pada akhir tahun 1992²²¹.

2. Teori Pilihan Rasional

Sebagai teori yang dikenal luas dalam ilmu sosial, teori pilihan rasional pada awalnya selalu dikaitkan dengan kekuatan yang mendominasi ekonomi²²² sejak pada masa Adam Smith. Akan tetapi pada dua dekade terakhir, pilihan rasional mulai memasuki disiplin ilmu lain seperti ilmu politik, antropologi, psikologi dan hukum.²²³ Sejalan dengan perkembangan itu, tidak terdapat batasan yang jelas yang membedakan antara teori pilihan rasional ini dari perspektif teoritis²²⁴ dan disiplin ilmu lain. Kenyataan ini menunjukkan bahwa pilihan

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*

²²² I.B. Wirawan, *Teori-Teori Sosial Dalam Tiga Paradigma: Fakta Sosial. Definisi Sosial. Dan Perilaku Sosial*, Prenadamedia, Jakarta, Cetakan Ketiga, 2014.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

rasional memiliki definisi yang beragam,²²⁵ luas dan tidak sempit atau kaku (*rigid*).

Fleksibilitas pilihan rasional tersebut sejalan dengan pandangan para pakar sosiologi yang menyatakan bahwa para sosiolog tidak menganut bentuk yang kaku dalam metodologi dan penerapan.²²⁶ Hal ini dapat dilihat dari banyaknya perspektif pilihan rasional yang dikemukakan para ahli. Menurut Patrick Baert, “*rational choice theory*” (RCT) sebagai teori sosial berusaha untuk menjelaskan perilaku politik dan sosial dengan mengasumsikan bahwa orang-orang selalu bertindak secara rasional (*act rationally*).²²⁷ Apabila orang-orang diasumsikan sebagai negara, dengan sendirinya negara dalam konteks RCT akan bertindak secara rasional. Dengan asumsi tersebut, dijelaskan oleh Baert, maka terdapat beberapa konsekuensi dari definisi dimaksud: ²²⁸

Pertama, pilihan rasional sebagai suatu teori mencoba untuk menjelaskan fenomena sosial dan politik, dan bukan terhadap pelaku ekonomi; *kedua*, RCT harus dibedakan dengan refleksi-refleksi filosofis yang berkaitan dengan rasionalitas dan pilihan rasional; *ketiga*, RCT berbeda dengan teori keputusan (*decision theory*); dan *keempat*, para teoretis RCT mengembangkan teori-teori sosiologi dengan tujuan untuk menjelaskan dan memprediksi bentuk-bentuk perilaku orang atau kelompok.

Dengan kekuatan-kekuatan dan keunggulan yang dimiliki teori tersebut, maka masyarakat dapat dengan mudah memahami konsep RCT, karena adanya kata-kata kunci yang melekat pada karakteristik RCT seperti: asumsi intensionalitas (maksud); asumsi rasionalitas; perbedaan antara informasi yang “sempurna” dan “tidak sempurna”; antara “resiko” dan “ketidakpastian”; dan

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Sebagaimana dikutip I.B. Wirawan dari Patrick Social Theory in the Twentieth Century, Coxxvm W, Polity Press, 1989.

²²⁸ *Ibid.*

perbedaan lain antara tindakan “strategis” dan “saling ketergantungan” (interdependent).²²⁹

Menurut Andrew T. Guzman, RCT didasarkan pada asumsi-asumsi tertentu.²³⁰ Dalam konteks hukum internasional negara-negara (*states*) diasumsikan sebagai institusi yang rasional, memiliki kepentingan sendiri (*self-interested*), dapat mengidentifikasi dan memperjuangkan kepentingannya (*interest*).²³¹ Kepentingan-kepentingan itu pada dasarnya merupakan fungsi utama negara yang diasumsikan tidak dipengaruhi faktor luar (*exogenous*) dan bersifat tetap (*fixed*).²³² Dalam hubungan ini, negara-negara tidak menempatkan perhatiannya pada kesejahteraan negara lain, tetapi cenderung untuk memaksimalkan keuntungan apa yang dapat diperoleh (*gains*) atau hal-hal yang tidak perlu diperoleh dengan membayar (*payoffs*).²³³

Sementara itu James S. Coleman dalam kaitan dengan RCT menekankan pada konsep “tindakan rasional dan *purposif* (bertujuan).²³⁴ Dalam pandangan Coleman, orang-orang atau manusia tidak hanya bertindak secara intensional (atas dasar maksud tertentu), tetapi juga memilih barang-barang atau tindakan-tindakan yang dapat memaksimalkan nilai (*value*).²³⁵ Pemikiran Coleman tersebut didasarkan pada dua asumsi.²³⁶ *Pertama*, teori-teori yang mengasumsikan bahwa orang-orang atau manusia cenderung memaksimalkan nilai akan memiliki

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm 17.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Op.cit.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

kekuatan produksi yang lebih besar dibandingkan dengan hanya mempostulatkan intensionalitas.²³⁷ *Kedua*, dengan mengasumsikan bahwa orang-orang cenderung memaksimalkan nilai, ini menunjukkan kesederhanaan dari teori RCT.²³⁸

3. Teori Kepatuhan

Kepatuhan (*compliance*) menempati arti penting dalam hukum internasional, termasuk dalam hukum perdagangan internasional. *Compliance* juga menjadi elemen yang sangat menentukan dalam penyelesaian sengketa dagang. Tanpa kepatuhan negara untuk mematuhi, sengketa yang diputuskan oleh badan penyelesaian sengketa akan menjadi tidak berarti. Kondisi ini menjadikan *compliance* sebagai isu yang krusial dalam hubungan internasional. Banyaknya faktor dan sikap suatu negara dalam *compliance*, menimbulkan berbagai pandangan dan teori dari para pakar tentang *compliance* dalam lapangan hubungan internasional dan hukum internasional.

Menurut Anne-Marie Slaughter sebagai penganut paham teori liberal hubungan internasional, kepatuhan terhadap hukum internasional secara signifikan ditentukan oleh struktur domestik suatu negara.²³⁹ Slaughter lebih lanjut menyatakan negara dengan struktur “liberal”, yaitu negara dengan sistem perwakilan (*representative government*), perlindungan hak-hak sipil dan politik (*civil and political rights*), dan *judicial system* yang dituntun oleh *rule of law*, cenderung mengikuti hukum internasional.²⁴⁰

Sementara itu, Andrew T. Guzman menyatakan, teori liberal hukum internasional, seperti halnya teori-teori pilihan publik (*public choice theories*) dalam studi hukum domestik, dipengaruhi oleh kompleksitas model yang menolak

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Anne-Marie Slaughter, *Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine*, 92 *Colum. L. Rev.* 1907, 1920-21 (1992), dikutip dalam Andrew T. Guzman, *A Compliance Based Theory of International Law*, 90 *Calif. L. Rev.* 1823 (2002), hlm 1840, 5 Januari 2019 [Pkl. 21.25].

²⁴⁰ *Ibid.*

asumsi adanya aktor negara yang tunggal (*unitary state actors*).²⁴¹ Dalam pandangan Guzman, keputusan kepatuhan suatu negara (*a state compliance decision*) dibuat atas dasar pengkajian (*assessment*) terhadap kepentingan sendiri (*self-interest*).²⁴² Kepentingan negara (*self-interest*) akan dapat dipengaruhi oleh hukum internasional melalui dua cara.²⁴³ Kedua cara itu adalah *pertama*, kepatuhan itu dapat mengakibatkan peneraan sanksi langsung seperti sanksi dagang, militer atau sanksi diplomatik.²⁴⁴ *Kedua*, kepatuhan itu akan membawa akibat pada hilangnya modal reputasi (*loss of reputational capital*) di tingkat internasional.²⁴⁵ Jika dampak langsung dan reputasi (*direct and reputational costs*) pelanggaran terhadap hukum internasional lebih besar atau melebihi dari keuntungan yang akan di dapat, maka negara cenderung akan melanggar hukum.²⁴⁶

Dalam kaitan dengan kepatuhan, menurut Guzman terdapat 3 aspek yang mendasari negara mematuhi (*comply*) kewajiban yang timbul dari hubunganantar negara yang disebut sebagai “*Three Rs*” of Compliance”, yaitu “*reputation*”, “*reciprocity*” dan “*retaliation*”.²⁴⁷ Pengertian *reputation* (reputasi) adalah pembenaran (*judgement*) tentang perilaku masa lalu aktor atau pelaku yang digunakan untuk memprediksi perilaku akan datang (*future behavior*).²⁴⁸ Dalam hukum internasional negara yang cenderung mematuhi kewajiban-kewajiban yang muncul sebagai dampak dari hubungan internasional akan membangun reputasi yang baik (*good reputation*) untuk mematuhi putusan atau aturan yang dikeluarkan.²⁴⁹ Sebaliknya negara yang sering melanggar kewajiban (*violate obligations*) akan memiliki reputasi yang buruk (*bad reputatuion*).²⁵⁰ Reputasi yang baik merupakan suatu yang sangat bernilai (*valueable*), karena reputasi baik

²⁴¹ Andrew T. Guzman, *A Compliance-Based Theory of International Law*, 90 Calif. L. Rev. 1823 (2002), hlm 1840, 5 Januari 2019 [Pkl 21.25].

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Andrew T. Guzman, *How International Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm 33.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*

akan membuat janji-janji (*promises*) menjadi lebih kredibel sehingga akan membawa kerja sama di masa mendatang menjadi lebih mudah (*easier*) dan tidak memakan biaya (*less costly*).²⁵¹

Reciprocity (resiprositas) merujuk pada tindakan-tindakan (*actions*) yang sering diambil tanpa dimaksudkan untuk memberikan sanksi kepada pelaku pelanggaran (*violator*).²⁵² Dalam menanggapi pelanggaran yang dilakukan, maka negara akan menarik diri atau menjauhkan diri dari kepatuhan (*compliance*) pada perjanjian internasional, karena ketika pelanggaran terjadi, perjanjian yang mewadahnya akan berhenti untuk melayani kepentingan mereka.²⁵³

Sebaliknya *retaliation* (retaliasi) menjelaskan tindakan-tindakan yang memakan biaya bagi negara yang melakukan retaliasi dan dimaksudkan untuk menghukum pihak atau yang melanggar (*violating party*).²⁵⁴ Selain itu, retaliasi juga dapat dimanfaatkan sebagai sarana untuk merespons pelanggaran yang sedang berlangsung, disamping untuk meyakinkan negara yang melakukan pelanggaran untuk menaati aturan atau putusan yang ditetapkan.²⁵⁵ Dalam hubungan ini, negara yang melakukan retaliasi (*retaliating state*) mengambil tindakan retaliasi untuk meyakinkan *violating state* untuk merubah perilakunya atau membentuk reputasi untuk menghukum *violator*.²⁵⁶

Sementara itu, menurut Abraham Chayes dan Antonia Handler Chayes terdapat tiga hal yang mendorong kecenderungan negara untuk patuh, yaitu *efficiency* (efisiensi), *interests* (kepentingan), dan *norms* (norma-norma).²⁵⁷ Negara akan patuh terhadap suatu kesepakatan atau putusan kepatuhan itu tidak menimbulkan banyaknya sumber daya yang harus digunakan oleh melaksanakan

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Abraham Chayes and Antonia Handler Chayes, *New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995, hlm 4.

suatu putusan.²⁵⁸ *Compliance* dinilai akan menghemat biaya transaksi dari semua aspek terkait dengan kepatuhan.²⁵⁹ *Compliance* dipandang bukan sebagai suatu yang memberatkan atau membebani pemerintah. Dengan demikian *compliance* dianggap sebagai tindakan organisasi yang normal.²⁶⁰

Seperti halnya suatu perjanjian internasional, negara akan mematuhi suatu kesepakatan atau putusan apabila kepentingan (*interests*) negara dilayani dengan masuk atau bergabung dalam perjanjian.²⁶¹ Dengan demikian kepentingan negara yang terlibat dalam negosiasi akan diakomodasi dalam perjanjian atau kesepakatan. Dalam pandangan Chayes and Chayes, negara bersedia mematuhi suatu kesepakatan atau putusan karena adanya *norms* (norma-norma) yang diakui dan mengikat secara hukum (*legally binding*).²⁶² Hal ini didasarkan atas pertimbangan karena perjanjian (*treaties*) merupakan kesepakatan yang mengikat secara hukum terhadap negara yang telah meratifikasi perjanjian.²⁶³ Dalam kaitan ini norma fundamental yang mengikat negara dalam hukum internasional adalah “*pacta sunt servanda*”, yang berarti perjanjian adalah untuk ditaati (*treaties are to be obeyed*).²⁶⁴ Kedudukan norma yang dijunjung tinggi oleh negara pada tataran internasional, sehingga dikatakan bahwa norma itu sendiri adalah alasan untuk adanya suatu tindakan (*the norm itself a “reason for action”*).²⁶⁵ Norma juga dapat membantu mendefinisikan metode dan cara pada diskursus internasional yang berkelanjutan dimana negara-negara akan mencari cara untuk memberikan justifikasi atas tindakan-tindakan yang dilakukan.²⁶⁶ Dengan analogi *treaties* seperti halnya suatu putusan, negara-negara akan mematuhi putusan karena terikat pada norma *pacta sunt servanda*. Kepatuhan pada *treaties* mengikat negara untuk mematuhi putusan yang dikeluarkan. Dengan kata lain, kepatuhan pada *treaties* atau *agreement* menurunkan kepatuhan pada putusan.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

Sebaliknya dalam hal ketidakpatuhan, Chayes dan Chayes menyatakan, bahwa ketidakpatuhan (*non compliance*) terhadap perjanjian pada dasarnya merupakan suatu bentuk pelanggaran yang direncanakan dan disengaja terhadap kewajiban suatu perjanjian (*non compliance is premeditated and deliberate violation of a treaty obligation*).²⁶⁷

Pakar politik internasional Michael P. Ryan berpandangan, bahwa kepatuhan terhadap hukum internasional secara konseptual dapat dibagi dalam dua bentuk, yaitu kepatuhan terhadap hukum (*comply with the law*), dan kepatuhan terhadap kesepakatan penyelesaian sengketa (*dispute settlement agreement*).²⁶⁸ Sebaliknya dalam hal ketidakpatuhan (*non-compliance*) terdapat dua kategori. *Non-compliance* jenis pertama adalah *noncompliance* terhadap hukum, yang disebut oleh Roger Fisher sebagai *first-order noncompliance*.²⁶⁹ Ketidakpatuhan yang kedua adalah *noncompliance* terhadap kesepakatan penyelesaian sengketa, disebut sebagai *second-order noncompliance*.²⁷⁰ Di antara kedua ketidakpatuhan tersebut, *second-order noncompliance* merupakan sesuatu yang memiliki dampak signifikan terhadap pemerintahan (*regime*), karena hal ini dapat merugikan (*injured*) pemerintahan yang berkuasa, tidak menyenangkan (*unhappy*) dan kemungkinan akan dapat mempertanyakan legitimasi pemerintah.²⁷¹

Ryan selanjutnya menjelaskan, dalam hal kepatuhan terhadap persetujuan penyelesaian sengketa secara teoritis terdapat empat kondisi yang menentukan, *idimplementable*: (iii) *effective monitoring procedures are provided in order to detect noncompliance*; dan (iv) *positive and/or negative incentives for compliance are offered*.²⁷² Pengertian “*expected behavior clearly specified*” adalah perilaku yang diharapkan dapat dengan jelas dispesifikasikan. Dengan kata lain, perilaku suatu negara dapat dengan mudah dipahami. “*Expected trade behavior is*

²⁶⁷ Ibid, hlm 9.

²⁶⁸ Michael P. Ryan, *Playing by the Rules: American Trade Power and Diplomacy in the Pacific*, Georgetown University Press, Washington, DC, 1995, hlm 124.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Ibid.

implementable”, mengandung arti bahwa perilaku, tindakan atau kebijakan perdagangan dapat diimplementasikan. “*Effective monitoring procedures are provided in order to detect noncompliance*” adalah adanya prosedur monitoring yang efektif untuk mendeteksi kemungkinan adanya ketidakpatuhan (*noncompliance*). Sedangkan “*positive and/or negative incentives for compliance are offered*” adalah insentif positif atau negatif yang tersedia atau ditawarkan untuk mematuhi putusan.

Dalam praktik masa lalu, resiko terhadap *noncompliance* seringkali dirasakan cukup besar dalam penyelesaian sengketa, karena dipengaruhi dan merupakan hasil dari *power-oriented diplomacy*.²⁷³ Sebaliknya penyelesaian sengketa melalui *rule-oriented trade diplomacy* memiliki *rules* yang lebih *legitimate* secara internasional.²⁷⁴

4. Teori *Pacta Sunt Servanda*

Salah satu teori penting dalam hukum internasional adalah “*pacta sunt servanda*” yang berarti perjanjian harus ditaati. Teori ini berasal dari Hukum Romawi (*Roman Law*) yang pada awalnya dirumuskan oleh ahli hukum dari Spanyol bernama Ramon de Penafort (1175-1275) atas perintah Paus Gregorius IX (1145-1241).²⁷⁵ Sebagai prinsip utama, doktrin ini memiliki keterkaitan dengan adagium itikad baik (*bona fides*) yang menegaskan bahwa tidak ada perjanjian atau kontrak yang berguna apabila sejak semula kontrak dibuat hanya untuk dilanggar.²⁷⁶ Dengan kata lain, tidak ada gunanya membuat suatu perjanjian jika perjanjian itu tidak ditaati dan tidak dijalankan.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Budiono Kusumohamidjojo, Ilmu Hukum: Dilemma antara Hukum dan Kekuasaan, Yrama Media, Bandung, 2016, hlm 202.

²⁷⁶ *Ibid.*

Menurut Sumaryo Soeryokusumo teori ini menjadi dasar yang mengharuskan semua negara melaksanakan dengan itikad baik (*good faith*) kewajiban yang timbul dari perjanjian internasional dan sumber hukum internasional.²⁷⁷ Sebagai prinsip hukum internasional paling tua,²⁷⁸ dengan *pacta sunt servanda* negara-negara menjadi terikat terhadap berbagai kesepakatan dalam perjanjian internasional, termasuk putusan lembaga atau badan internasional yang dibentuk atas dasar perjanjian internasional. Dengan doktrin *pacta sunt servanda*, maka negara yang menjadi anggota badan internasional dan mengikatkan diri melalui ratifikasi perjanjian internasional menjadi terikat atas ketentuan atau putusan yang dikeluarkan, termasuk WTO yang telah diratifikasi dalam hukum nasional.

Lebih lanjut Soeryokusumo menyatakan, bahwa *pacta sunt servanda* dipandang merupakan prinsip yang paling mendasar dalam hukum internasional.²⁷⁹ Oleh karena itu dalam pandangan Soeryokusumo yang benar-benar merupakan prinsip dasar dari perjanjian tidak lain hanya *pacta sunt servanda*.²⁸⁰ Prinsip ini kemudian dimasukkan dalam Article 26 Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian (*Vienna Convention 1969 on the Law of Treaties*) yang menyatakan: “*Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed in good faith*”. Menurut Anthony Aust, pemasukan dan pencantuman Article dimaksud merupakan aspek yang penting dalam “*duty to*

²⁷⁷ Sumaryo Soeryokusumo, *Studi Kasus Hukum Internasional*, Tatanusa, Jakarta, hlm 42.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

perform treaties” atau kewajiban untuk melaksanakan perjanjian.²⁸¹ Selain itu juga mengandung makna yang menegaskan kedudukan *pacta sunt servanda* sebagai *fundamental principle* dalam perjanjian, baik *treaty*, *agreement*, maupun yang lainnya.²⁸² Pasal tersebut oleh Soeryokusumo diartikan bahwa “setiap perjanjian yang berlaku adalah mengikat terhadap para pihak dari perjanjian tersebut dan harus dilaksanakan oleh mereka dengan itikad baik”.²⁸³ Perjanjian yang berlaku dengan demikian menyangkut seluruh perjanjian yang telah diterima suatu negara dan mengikat secara hukum (*legally binding*) melalui proses ratifikasi seperti perjanjian-perjanjian yang terdapat dalam WTO.

Sebagai teori yang berlaku universal, *pacta sunt servanda* mengajarkan bahwa semua perjanjian atau traktat internasional dan seluruh pasal-pasalannya mengikat para anggotanya dan harus dijalankan dengan itikad baik.²⁸⁴ Semua negara yang terikat dalam perjanjian harus menjalankan isi dari perjanjian atau traktat.²⁸⁵ Hal ini karena keterikatan negara pada traktat adalah atas dasar kehendak bebas dari para anggotanya untuk mengikatkan diri pada traktat.²⁸⁶ Di sisi lain, keterikatan pada perjanjian internasional berdasarkan teori *pacta sunt servanda* sekaligus merupakan wujud pembuktian bahwa hukum internasional itu memang benar-benar “hukum” yang mengikat.²⁸⁷ Dengan demikian, perjanjian internasional adalah perjanjian dan hukum yang hidup di tengah masyarakat

²⁸¹ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000, hlm 144.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Munir Fuady, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, Prenadamedia, Jakarta, Edisi Pertama, Cetakan Ketiga, 2013, hlm 240-241,

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

internasional. *Pacta sunt servanda* tanpa disadari memaksa negara-negara secara moral dengan itikad baik dituntut untuk mematuhi dan melaksanakan perjanjian yang telah disepakati bersama. Kedudukan *pacta sunt servanda* sebagai *maxim* yang tinggi ditegaskan oleh Philip C. Jessup yang menyatakan bahwa penghormatan terhadap *pacta sunt servanda* dan perkembangan hukum perjanjian (*treaty law*) akan menjadi perhatian semua negara (*concern to all states*), karena pelanggaran hukum akan berdampak terhadap kepentingan semua pihak.²⁸⁸

5. Arbitrase Penyelesaian Sengketa

Satu di antara metode penyelesaian sengketa yang dikenal secara internasional adalah penyelesaian melalui arbitrase. Sebagai metode penyelesaian sengketa, arbitrase digunakan dalam banyak sengketa dagang dan bisnis internasional. Arbitrase dipandang sebagai model dan cara penyelesaian antar pelaku bisnis internasional yang baik, cepat dan murah. Penyelesaian melalui arbitrase dinilai dapat menyelesaikan sengketa antar negara yang bersifat transnasional dan lintas regional.

Untuk memberikan landasan hukum yang kuat, masyarakat internasional mengadopsi dan meratifikasi “*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*” atau Konvensi tentang Pengakuan dan Penegakan Putusan-Putusan Arbitrase Asing, yang lazim dikenal dengan sebutan Konvensi New York 1958. Konvensi ini menjadi dasar bagi negara-negara untuk mengimplementasikan putusan (*award*) badan arbitrase internasional yang lintas

²⁸⁸ Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, The Macmillan Company, New York, 1956, hlm 154.

negara agar dapat diakui, diterima dan dilaksanakan oleh pihak lawan yang dinyatakan bersalah atau kalah dalam sengketa. Dengan konvensi tersebut, negara dari pihak yang bersengketa yang kalah dan berbeda sistem hukum dapat melaksanakan putusan yang dikeluarkan arbiter, meskipun memiliki sistem hukum dan yurisdiksi yang berbeda.

Indonesia telah meratifikasi Konvensi New York melalui Keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981 pada tanggal 5 Agustus 1981²⁸⁹. Dengan ratifikasi tersebut Indonesia secara resmi menjadi anggota konvensi sejak 7 Oktober 1981.²⁹⁰ Untuk memberikan payung hukum pemanfaatan arbitrase pada tingkat nasional, Indonesia juga mengeluarkan Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Selain itu, untuk memfasilitasi penyelenggaraan arbitrase oleh pelaku bisnis di dalam negeri, Indonesia memiliki Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) sebagai badan arbitrase yang otonom, bebas, dan independen.²⁹¹ Sebagai lembaga arbitrase independen, BANI tidak saja menangani sengketa antar pelaku usaha nasional di dalam wilayah Indonesia, tetapi juga menangani sengketa internasional yang melibatkan pihak dan badan usaha atau korporasi asing yang berada di luar negeri. Sebagai badan arbitrase internasional, BANI memiliki kedudukan yang sama dengan lembaga arbitrase lain seperti *London Court of International Arbitration* (LCIA), *International Chamber of Commerce* (ICC), *American Arbitration Association* (AAA) dan *Singapore International Arbitration Center* (SIAC).

²⁸⁹ Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Suatu Pengantar*, Fikahati Aneska dan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), Jakarta, 2002, hlm 245.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*

Menurut Priyatna Abdurrasyid, arbitrase dapat menyelesaikan berbagai sengketa internasional, termasuk yang berkaitan dengan perdagangan (*commercial*).²⁹² Dikemukakan, bahwa perdagangan meliputi bidang yang sangat luas, tidak saja berkaitan dengan perselisihan kontrak, tetapi juga usaha patungan (*joint venture*) dalam bisnis seperti perbankan, pengangkutan, komoditas, kekayaan intelektual, industri konstruksi, dan bidang-bidang usaha lainnya.

C. *Regional Trade Agreement* Dalam Perspektif Ekonomi Politik

1. Regionalisme Dalam Perdagangan Internasional

Seiring dengan kemajuan dan perkembangan hubungan antar negara, perdagangan internasional berkembang dan membentuk berbagai formasi entitas dan kerjasama perdagangan. Perdagangan tidak saja merupakan interaksi antara satu negara dengan negara lain secara individual, dimana satu negara menjual produk ke negara lain secara dua arah timbal balik, tetapi juga berkembang dalam bentuk yang khusus. Perdagangan berkembang dan meluas, tidak saja dalam satu wilayah regional yang berdekatan, tetapi juga dapat melintasi batas-batas regional antara satu wilayah dengan wilayah regional lain yang jauh dan berbeda lokasi secara geografis. Perdagangan regional dapat berbentuk dalam format perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement*), kesatuan pabean (*customs unions*), pasar bersama (*common market*) atau kesatuan ekonomi (*economic union*).

Sebagai perjanjian perdagangan yang melibatkan banyak pihak dari berbagai negara dan wilayah geografis yang berbeda, tidak dapat dipungkiri, RTA memberikan dampak dan pengaruh terhadap perdagangan global. Dalam

²⁹² *Ibid.*

hubungan perdagangan, RTA akan mendorong peningkatan perdagangan secara bilateral maupun regional. Ekspor dan impor antar negara akan meningkat, karena adanya permintaan produk dari masing-masing negara. Hal ini dialami banyak negara yang terlibat dalam RTA. Sebagai misal Peru, salah satu negara di Amerika Selatan yang banyak mengikatkan diri dalam perjanjian perdagangan bebas. Peru memiliki tidak kurang dari 18 (delapan belas) perjanjian perdagangan bebas, termasuk yang terbaru dengan *Trans Pacific Partnership* (TPP), yang melibatkan 12 (dua belas) negara yang dimotori oleh Amerika Serikat dan Jepang. Selama satu dekade abad 21, perdagangan Peru mengalami peningkatan lima kali lipat, dari semula hanya US\$ 6,88 miliar meningkat menjadi US\$ 35,80 miliar.²⁹³ Perdagangan Peru secara keseluruhan 95% merupakan transaksi dengan mitra dagang dalam RTA.

RTA dipandang sebagai instrumen yang dapat mendorong percepatan dan peningkatan perdagangan. RTA berkembang menjadi instrumen perjanjian perdagangan internasional antara negara maju (*develop country*) dan negara berkembang (*developing country*). RTA tidak saja antara negara maju dan berkembang yang relatif besar, tetapi antara negara maju yang besar dan negara kecil yang dinilai penting dan memiliki posisi strategis secara geopolitik dan ekonomi di kawasan²⁹⁴. Amerika Serikat termasuk negara yang memiliki banyak perjanjian perdagangan di antara negara maju yang tergabung dalam G-7.²⁹⁵ AS

²⁹³ Ministerio Comercio y Turismo (Mincetur), *Trans-Pacific Partnership (TPP): 105 Questions and Answers*, 2016, Peru.

²⁹⁴ Yang dimaksud negara kecil disini dalam arti dari segi populasi dan produk domestik bruto.

²⁹⁵ G-7 atau Group-7 adalah kelompok negara industri dan ekonomi maju terdiri dari Amerika Serikat, Inggris, Italia, Jepang, Jerman, Kanada, dan Perancis.

menandatangani tidak kurang dari 20 perjanjian perdagangan bilateral.²⁹⁶ AS tidak saja membuat perjanjian perdagangan dengan negara-negara di kawasan Asia dan Amerika Selatan, tetapi juga dengan negara-negara di kawasan Timur Tengah hingga Afrika. AS memandang bahwa RTA merupakan instrumen penting untuk meningkatkan hubungan ekonomi dan geostrategis dalam jangka panjang. Perjanjian perdagangan yang ditandatangani AS dengan negara-negara di kawasan tersebut antara lain US-Bahrain, US-Chile, US-Colombia, US-Israel, US-Jordan, US-Maroko, US-Panama, US-Peru dan US-Singapore.²⁹⁷

Perkembangan RTA yang pesat sejak awal dekade 1990-an menjadikan RTA sebagai instrumen perjanjian perdagangan yang terdepan. Data dari WTO menunjukkan, hingga 1 Juli 2016, sebanyak 635 RTA yang mencakup perjanjian perdagangan barang (*trade in goods*) dan jasa (*services*) dinotifikasikan ke WTO.²⁹⁸ Dari jumlah tersebut, 423 RTA telah berlaku efektif.²⁹⁹

a. *Free Trade Agreement (FTA)*

Free trade agreement (FTA) merupakan bentuk perjanjian perdagangan yang paling populer dan umum dikenal. FTA dapat berbentuk bilateral, regional atau multilateral. FTA bilateral sebagai contoh adalah Australia-US FTA, Korea-US FTA, Singapore-US FTA, dan US-Maroko FTA. FTA dapat berbentuk konvensional yang memuat ketentuan yang umum dan standar, tetapi juga dapat berbentuk yang lebih luas dan komprehensif. FTA komprehensif sebagai contoh

²⁹⁶ <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>, diakses 5 Agustus 2016.

²⁹⁷ Data dalam “*Regional trade agreement notified to the GATT/WTO and in force*” dari WTO, <http://rtais.wto.org>.

²⁹⁸ Data dari informasi *Regional trade agreement*, www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm.

²⁹⁹ *Ibid.*

Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement (IJEPA).³⁰⁰ Kesepakatan ini merupakan perjanjian perdagangan bilateral pertama yang ditandatangani Indonesia. IJEPA memuat ketentuan dan *pengaturan yang jauh lebih luas dari FTA bilateral yang umum berlaku*. FTA ini disebut juga dengan istilah FTA+(Plus). FTA regional antara lain adalah *ASEAN Free Trade Area (AFTA)*, *European Free Trade Agreement (EFTA)*, *LAFTA (Latin American Free Trade Agreement)*

Sebagai kesepakatan perdagangan, FTA memberikan pengaturan tentang tarif bea impor (*import duty*) produk yang masuk dari satu negara ke negara yang lain. FTA mempertukarkan tarif dan melakukan penurunan tarif secara periodik pada waktu tertentu. Melalui FTA, masing-masing pihak menentukan besar nilai tarif yang disepakati dan menentukan jadwal penurunan tarif (*tariff scheduling*). Masing-masing pihak akan menentukan tarif produk yang dikategorikan perlu mendapatkan perlakuan khusus dan dinilai sensitif serta produk yang diperlakukan sama. Untuk produk yang termasuk dalam kategori sensitif, negara yang bersangkutan akan mengenakan tarif khusus dan tinggi.

Konsep FTA pada mulanya dibangun sebagai sarana untuk mengakomodasi dan memfasilitasi keberatan melalui “reservasi” yang dilakukan negara-negara yang termasuk dalam “*under-developed countries*” pada Konferensi GATT tahun 1947.³⁰¹ FTA dipandang sebagai suatu solusi kompromi (*compromise solution*) karena adanya hambatan teknis dan administrasi (*technical*

³⁰⁰ *Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement (IJEPA)* ditandatangani 20 Agustus 2007 di Jakarta dan berlaku efektif 1 Juli 2008.

³⁰¹ Gerald Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy The General Agreement on Tariffs and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, Frederick A. Praeger, New York, 1965, hlm. 261.

and administration difficulties) jika harus membentuk *customs union*.³⁰² Negara-negara tersebut dinilai belum memiliki kapabilitas untuk membentuk dan bergabung dalam *customs union*.³⁰³ Untuk membentuk *customs union* diperlukan dukungan dan kemampuan birokrasi yang cukup tinggi (*well developed bureaucracy*).³⁰⁴ Sebagai alternatif, negara-negara dapat membentuk *free trade area*.³⁰⁵ Dengan kondisi tersebut, maka FTA merupakan bentuk regionalisme perdagangan yang paling awal dan tingkat pertama sebelum memasuki ke tingkat yang lebih tinggi.

b. *Customs Union*

Customs union merupakan bentuk kerjasama perdagangan yang menyatukan wilayah masing-masing negara sebagai satu kesatuan wilayah pabean atau wilayah pabean yang tunggal (*single customs territory*). Dengan kesatuan pabean, maka seluruh wilayah negara berlaku ketentuan pabean atau bea dan cukai yang sama. Masing-masing negara akan mengenakan besar tarif bea masuk yang berlaku sama bagi produk dari masing-masing negara. Negara-negara yang menerapkan kesatuan pabean sebagai contoh adalah negara-negara yang tergabung dalam *Gulf Cooperation Council* (GCC) atau Dewan Kerja Sama Negara-Negara Teluk, yaitu Saudi Arabia, Uni Emirat Arab, Oman, Qatar, Bahrain dan Kuwait. *Customs union* didirikan berdasarkan *Common Customs Law*

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*

(CCL) yang mulai berlaku 1 Januari 2002.³⁰⁶ Kemudian pada 1 Januari 2003 secara efektif enam negara anggota membentuk *customs union* dengan memberlakukan *Common External Tariff* (CET) sebesar 5% yang dikenakan terhadap semua produk impor dari luar negeri.³⁰⁷ Akan tetapi sejumlah komoditas penting (*essential commodities*) dikecualikan dari *customs duties* seperti yang ditetapkan dalam CCL dan *WTO tariffs binding* yang mengikat negara-negara anggota di WTO.³⁰⁸ Dengan berlakunya *customs unions*, semua negara menerapkan prosedur pabean yang sama terhadap barang-barang impor dari luar (*foreign goods*). Setiap wilayah pabean (*customs territory*) yang menjadi pintu masuk pertama (*first point of entry*) pemeriksaan akan melakukan inspeksi dan memeriksa semua barang yang diimpor (*foreign goods imported*).³⁰⁹

Customs union sebelumnya didahului dengan pembentukan FTA pada tahun 1983. Setelah tujuan FTA secara penuh tercapai, GCC memasuki periode *customs union*. Dengan berlakunya *customs union* pos-pos pemeriksaan pabean di daerah perbatasan atau *intra-GCC customs border posts* masing-masing negara dihapuskan.³¹⁰ Sebagai bentuk kerjasama perdagangan, *customs union* dipandang merupakan instrumen yang penting dalam memacu peningkatan perdagangan. Hal ini seperti yang dialami negara-negara GCC setelah berlakunya *customs union* pada tahun 2003, dimana *intra-GCC trade* mengalami pertumbuhan dan

³⁰⁶<http://www.gcc-sg.org/en-us/CooperationAndAchievements/Achievements/EconomicCooperation/TheCustomsUnion/Pages/Practicalproceduresfortheestab.aspx>, Akses 22 April 2017.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

peningkatan volume perdagangan yang signifikan.³¹¹ Setelah tahun 2003 peningkatan volume *intra-GCC trade* mencapai rata-rata di atas 20% per tahun.³¹² Tujuan *customs union* pada dasarnya adalah untuk menghilangkan hambatan tarif dan non-tarif (*eliminate tariff and non-tariffs barreirs*) sehingga dapat memacu peningkatan *intra-GCC flow of goods*.³¹³

Selain GCC, *European Union* (EU) atau Uni Eropa (UE) merupakan *customs union* yang paling maju di dunia. UE adalah kelompok negara yang menjalankan fungsi *customs union* paling komprehensif dalam perekonomian global, karena *customs union* juga masuk dan meluas menjadi satu wilayah pasar tunggal (*single market*) dengan melakukan harmonisasi standar untuk memfasilitasi empat kebebasan (*four freedom*), yaitu kebebasan pergerakan barang (*freedom of movement of goods*), modal (*capital*), jasa (*services*) dan orang (*people*).³¹⁴ Sebagai *customs union*, UE menerapkan empat prinsip (*four principles*) penerapan *customs union*, yaitu: (i) *No customs duties at internal borders between the EU member states*; (ii) *Common customs duties on imports from outside the EU*; (iii) *Common rules of origin for products from outside the EU*; dan (iv) *A common definiton of customs value*.³¹⁵

Customs union dinilai memberikan manfaat dan keuntungan ekonomi bersama, serta efisiensi dalam administrasi dan manajemen kepabeanan, karena

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

³¹³ <http://www.gcc-sg.org/eus/CooperationAndAchievements/Achievements/EconomicCooperation/TheCustomsUnion/Pages/Objectives.aspx>, Akses 22 April 2017

³¹⁴ Charley Coleman, *Leaving the European Union: Customs Unions – An Introduction*, Library Note, House of Lords, 27 January 2017, diakses 7 Juni 2017.

³¹⁵ *Ibid*, hlm 8.

terjadi proses penyederhanaan prosedur dan sistem kepabeanan. Selain itu, dengan *customs union* tidak diperlukan pengaturan *rules of origin* (ROO) dan tidak perlu adanya kebijakan insentif untuk *transshipment* impor di antara negara anggota.³¹⁶ Dengan *customs union* juga tidak diberlakukan pengenaan pajak re-ekspor untuk produk dari satu negara ke negara anggota. Di samping itu, CET menciptakan adanya “*destination-neutrality*” (netralitas tujuan) untuk impor ke *customs union*, karena *customs union* menempatkan semua anggota dengan perlakuan yang sama.³¹⁷ CET hanya dikenakan terhadap negara-negara yang bukan anggota (*non-members*).³¹⁸ *Customs union* juga berdampak positif mendorong adanya *common competition policy* di negara anggota.³¹⁹ Hingga Januari 2014 terdapat 17 *customs union* yang dinotifikasikan kepada WTO.³²⁰ Dalam konteks integrasi ekonomi regional dapat dikatakan, *customs union* merupakan FTA yang lebih tinggi (*enhanced version of FTA*) dan lebih maju (*more advanced*).³²¹

Kesepakatan *customs union* dalam praktik telah ada jauh sebelum terbentuknya GATT. Ini dapat dilihat dari *customs union* antara Austria dan Jerman atau *Austro-German Customs Union* tahun 1931.³²² Definisi *customs union* dalam *Austrian Memorandum* yang juga diakui oleh *Permanent Court of International Justice* (PCIJ) didefinisikan sebagai “*uniformity of customs laws and customs tariffs, unity of the customs frontier and of the customs territory vis-*

³¹⁶ Rolf Mirus and Nataliya Rylska, *Economic Integration: Free Trade Areas vs Customs Union*, Western Centre for Economic Research, University of Alberta, Edmonton, hlm 3.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Tadashi Yasui, *Customs Administrations Operating Under Customs Union Systems*, World Customs Organization, WCO Research Paper No. 29 (Januari 2014), hlm 3.

³¹⁹ *Op.Cit.*

³²⁰ *Ibid*, hlm 4.

³²¹ *Ibid*, hlm 11.

³²² V.A. Seyid Muhammad, *The Legal Framework of World Trade*, Stevens & Sons Limited, London, 1958, hlm 242.

a-vis third states, freedom from import and export duties in exchange of goods between partner States and apportionment of the duties according to a fixed quota” (keseragaman aturan *customs* dan *tariff customs*, kesatuan perbatasan *customs* dan wilayah *customs* dengan Negara ketiga, kebebasan dari bea masuk impor dan ekspor dalam lalu lintas barang antara Negara mitra dan besarnya bea masuk sesuai dengan kuota yang ditetapkan).³²³

c. Common Market

Common market memiliki karakteristik yang berbeda dan khas dari bentuk integrasi regional di atas, karena menerapkan seluruh wilayah negara yang menjadi anggota sebagai pasar bersama. Negara-negara yang termasuk dalam pasar bersama adalah pasar tunggal Eropa (*European Single Market*) sejak 1 Januari 1993. Sebelum menjadi Uni Eropa seperti saat ini, negara-negara di wilayah Eropa memberlakukan semua negara di kawasan sebagai satu pasar tunggal (*one single market*). Dengan *common market*, maka semua wilayah dari masing-masing negara merupakan pasar bersama dan tidak lagi membedakan antara pasar domestik dengan pasar luar negeri. Pasar di wilayah negara anggota yang lain tidak lagi dipandang sebagai pasar yang terpisah dan bukan merupakan pasar luar negeri (*foreign market*). Semua produk barang dan jasa dari masing-masing negara mendapatkan perlakuan yang sama. *National treatment* yang berlaku di satu negara, juga berlaku di negara yang lain. Organisasi internasional lain yang merupakan *common market* adalah MERCOSUR (*El Mercado Comun del Sur*) atau *Southern Common Market* dan COMESA (*Common Market of*

³²³ *Ibid.*

Eastern and Southern Africa).³²⁴ Di Asia, *common market* yang terbentuk adalah *ASEAN Economic Community* (AEC) pada tahun 2015.

AEC merupakan metamorfosa dari tercapainya pembentukan ASEAN sebagai kawasan perdagangan bebas (*ASEAN free trade area/AFTA*) yang dibentuk melalui *Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme* (CEPT) tahun 1992.³²⁵ Melalui *AEC Blueprint* yang ditandatangani tahun 2007, para Pemimpin ASEAN (*ASEAN Leaders*) menegaskan komitmen tujuan integrasi ekonomi regional yang sebelumnya dideklarasikan pada *Bali Summit* 2003.³²⁶ *Blueprint* menjadi landasan dasar bagi operasionalisasi Visi ASEAN untuk membangun suatu komunitas ekonomi (*economic community*). AEC menempatkan empat pilar (*four pillars*) sebagai bangunan besar suatu komunitas ekonomi, yaitu : (i) *A Single Market and Production Base*; (ii) *A Competitive Economic Region*; (iii) *Equitable Economic Development*; (iv) *ASEAN's Integration into the Global Economy*.³²⁷ Sebagai komunitas ekonomi, ASEAN melangkah lebih jauh dengan mengkonkritkan prinsip dasar *common market*, yaitu *single market* sebagai pilar atau penyangga komunitas ekonomi. Demikian pula kebijakan berkaitan dengan produksi, menempatkan kawasan regional sebagai basis produksi (*base of production*) dan pengembangan industri manufaktur. Kebijakan ASEAN membangun *common market* melalui pilar-pilar ekonomi merupakan inovasi kebijakan (*policy innovation*) penting dan maju ke depan. Untuk mewujudkan *common market*, negara-negara ASEAN harus

³²⁴ Karen J. Alter, *The New Terrain of International Law, Courts, Politics, Rights*, Princeton University Press, 2014, hlm. 370-374.

³²⁵ ASEAN Secretariat, *ASEAN Integration Report 2015*, Jakarta, hlm 7.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

membuka kran terjadinya pergerakan arus bebas barang (*free flow of goods*). Tanpa *free flow of goods*, keinginan menuju komunitas ekonomi tidak akan dapat diwujudkan. Hal ini menjadikan *free flow of goods* sebagai kunci utama (*key element*) dan elemen fundamental bagi pilar pertama AEC.

Common market juga dipandang merupakan tingkat pertama (*first stage*) dari proses menuju integrasi ekonomi yang mendalam (*deep economic integration*).³²⁸ Karakteristik utama *common market* adalah mobilitas bebas (*free mobility*) dari pelaku kunci (*key participants*) dalam proses produksi.³²⁹ Manfaat diharapkan akan diperoleh dari efisiensi melalui alokasi sumber daya dengan adanya pergerakan modal (*capital*) dimana keterampilan (*skills*) dan orang (*people*) bergerak di antara peluang (*opportunities*) yang terbuka.³³⁰ Untuk dapat terimplementasi dengan baik pasar bersama sangat ditentukan oleh adanya regulasi yang sama (*uniform regulation*) yang dilakukan di antara anggota mengenai pergerakan orang dan modal.³³¹ Selain itu, untuk efektivitas *common market* diperlukan kerjasama dalam bidang yang lebih luas, tidak saja dalam penghapusan hambatan non-tarif (*non-tariff barriers*), tetapi juga melakukan pengkajian ulang secara bersama terhadap kebijakan penyesuaian struktural (*structural adjustment*), kebijakan distribusi (*distribution policies*) serta kebijakan fiskal dan moneter (*fiscal and monetary policies*).³³²

d. Economic Union

³²⁸ *Op. Cit.*, Rolf Mirus and Nataliya Rylska, hlm 4.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

Tahap lanjutan menuju *deep economic integration* adalah *economic union* (kesatuan ekonomi) yang merupakan penguatan dari harmonisasi kebijakan fiskal (*harmonized fiscal*), moneter (*monetary*) dan kebijakan pasar tenaga kerja (*labor market policies*) dari fase *common market*.³³³ Kebijakan fiskal, termasuk pajak, dan moneter merupakan kebijakan strategis yang dapat mempengaruhi dan memberikan dampak terhadap tempat kedudukan bisnis.³³⁴ Disamping itu, kebijakan tenaga kerja akan berdampak terhadap pola migrasi dan biaya produksi (*production cost*), yang harus diserasikan di antara negara anggota.³³⁵ Dengan kesatuan ekonomi tidak akan ada lagi perbedaan dalam sistem transportasi nasional, regional maupun kebijakan industri.³³⁶ Hal ini diperlukan agar tidak mengganggu daya saing antar perusahaan di antara sesama negara anggota yang berbeda.³³⁷ Dengan kata lain, *economic union* merupakan perluasan dari *common market*, melalui penyatuan kebijakan fiskal dan moneter, termasuk penggunaan mata uang bersama (*common currency*) atau mata uang tunggal (*single currency*).³³⁸ Contoh bentuk *common market* dan *economic union* adalah Uni Eropa yang telah mengintegrasikan secara penuh seluruh sistem fiskal dan moneter dengan menggunakan satu mata uang Euro yang berlaku negara UE. Negara-negara UE menyadari pentingnya satu mata uang tunggal dan penyatuan mata uang bersama untuk menopang dan memperkuat UE sebagai *single market*.³³⁹ UE menetapkan berlakunya *single currency* pada 1 Januari 1999 dan

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Op.Cit*, Malebakeng Agnes Forera, hlm 57.

³³⁹ European Union, *The European Union Explained*, Brussels, 2016, hlm 3.

tiga tahun kemudian *euro notes* dan *coins* sebagai alat tukar dan transaksi yang sah berlaku di 18 negara anggota yang disebut dengan “*euro area*”³⁴⁰ atau *euro zone*.

Sebagai kesatuan ekonomi yang besar, untuk mengatur dan mengelola *economic union* yang melibatkan banyak negara, diperlukan kelembagaan/institusi lintas nasional yang merupakan badan supranasional yang membuat legislasi, regulasi dan aturan perdagangan (*rules of commerce*) untuk seluruh wilayah dan menempatkan peran *supranasional administrative tribunal* untuk menjamin penerapan yang seragam semua aturan.³⁴¹ Dengan *economic union*, ketentuan perdagangan nasional tidak berlaku, sehingga *supranational commercial law* memiliki kedudukan yang lebih tinggi dan menggantikan *national law*.³⁴² Namun, sangat disayangkan, ketentuan tentang *common market* dan *economic union* tidak tercakup dalam GATT/WTO.³⁴³ Negara-negara yang merancang dan menyusun perjanjian GATT pada tahun 1947 belum memikirkan dan tidak memprediksi kemungkinan negara-negara membentuk lembaga *common market* dan *economic union* di masa mendatang. Hingga sekarang ketentuan GATT/WTO belum menjangkau pengaturan yang mencakup kedua bentuk regionalisme ekonomi dan perdagangan tersebut.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Op.Cit*, Rolf Mirus and Nataliya Rylska, hlm 4.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ *Op.Cit*, Malebakeng Agnes Forera, hlm 57.

2. Gelombang Periode Perkembangan Regionalisme

Regionalisme hubungan internasional pada masa sekarang telah berkembang dalam dimensi yang lebih luas. Pasca Perang Dunia ke-2, regionalisme tidak saja terbatas dalam konteks politik internasional, tetapi juga berkembang dan mencakup kerjasama ekonomi dan perdagangan, terlebih secara khusus dalam bentuk perjanjian perdagangan (*trade agreement*). Meskipun perdagangan internasional telah berkembang sebelum krisis depresi ekonomi tahun 1930-an yang kemudian mendorong negara-negara melakukan kebijakan proteksionisme perdagangan, akan tetapi gelombang regionalisme perdagangan dalam skala yang lebih besar mengalami momentum setelah terbentuknya GATT 1947.

Regionalisme dalam definisi kerja WTO adalah segala bentuk perjanjian perdagangan yang melibatkan dua atau lebih negara, tetapi tidak mencakup dari semua anggota WTO.³⁴⁴ Terdapat berbagai alasan dan motivasi negara-negara dan pemerintahan melibatkan diri berpartisipasi dalam regionalisme.³⁴⁵ Menurut laporan yang dikeluarkan oleh *First Warwick Commission* (2007), di antara alasan yang paling penting adalah untuk mencari akses pasar (*market access*), memajukan tujuan kebijakan luar negeri (*foreign policy objectives*) dan memengaruhi kebijakan dalam negeri (*domestic policies*) mitra dagang (*trading partners*), seperti dalam bidang kekayaan intelektual (*intellectual property*) dan migrasi.³⁴⁶ Alasan lain termasuk “*CNN effect*”, dengan publikasi jangka pendek

³⁴⁴ Theresa Carpenter, A Historical Perspective on Regionalism, dalam Richard Baldwin and Patrick Low, *Multilateralizing Regionalism*, Cambridge University Press, hlm 13.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*

melalui penandatanganan perjanjian tampak lebih penting dari substansi perjanjian; dan alasan “*laboratory motive*”, sebagai eksperimen dengan berbagai bentuk *international rule-making* atau *trade liberalization*, sebelum melakukan liberalisasi atau komitmen yang berbasis multilateral.³⁴⁷

Secara umum terdapat berbagai faktor yang mendorong pertumbuhan *trade agreements*. *Pertama*, selama beberapa periode, jumlah negara-negara merdeka yang menjadi *state actors* dan memenuhi syarat menjadi anggota GATT/WTO mengalami peningkatan dari 70 negara pada tahun 1949 menjadi 195 negara tahun 2008.³⁴⁸ Bertambahnya jumlah negara dengan sendirinya meningkatkan potensi jumlah *bilateral trade agreements*. *Kedua*, perdagangan internasional telah bertumbuh baik secara absolut maupun dalam proporsi nilai Produk Domestik Bruto (GDP).³⁴⁹ Dengan kata lain, jika perdagangan meningkat, maka akan makin bertambah *trade agreements*, baik dalam jumlah maupun kedalaman ruang lingkup.³⁵⁰ *Ketiga*, pada saat bersamaan terjadi perluasan dan kedalaman regionalisme, serta perkembangan sistem multilateral.³⁵¹ *Keempat*, mengingat pentingnya regionalisme dan dampak potensial terhadap sistem perdagangan multilateral, penting pula dicatat bahwa multiateralisme merupakan kepentingan utama dari berbagai pihak sebagai *key players*.³⁵² Kenyataan tersebut menunjukkan, bahwa pertumbuhan regionalisme muncul dan berkembang beriringan/bergandengan tangan (*hand in hand*) dengan perkembangan multilateralisme.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid*, hlm 23.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Ibid*, hlm 25.

a. Periode Pertama: 1951-1986

Perjanjian *free trade* pertama adalah antara Nicaragua dan El Salvador yang ditandatangani tahun 1951.³⁵³ Perjanjian ini adalah perjanjian yang unik, karena Nicaragua merupakan anggota GATT, sedangkan El Salvador bukan anggota GATT.³⁵⁴ Untuk notifikasi kepada GATT telah ditandatangani FTA, Nicaragua melaporkan penandatanganan FTA tersebut dalam Sidang Pleno GATT yang dihadiri seluruh *Contracting Parties* dan El Salvador hadir dengan status sebagai negara “observer”.³⁵⁵ FTA ini menyepakati kedua negara untuk menghapus bea masuk (*import duties*) dan biaya-biaya (*charges*) terhadap 150 jenis produk.³⁵⁶ Perjanjian ini kemudian diperluas dengan melibatkan semua Negara-negara Amerika Tengah (*Central American States*) pada tahun 1956.³⁵⁷ Perjanjian ini dinilai telah memberikan efek menguntungkan yang memunculkan evolusi regionalisme di Afrika dan Asia dimana negara-negara Non-GATT dan GATT menggabungkan diri dalam FTA dan *customs union*.³⁵⁸

Regionalisme berikutnya terjadi di Eropa dengan *terbentuknya European Coal and Steel Community* (ECSC) tahun 1952 antara Perancis, Jerman, Belanda, Belgia, Luxemburg dan Itali.³⁵⁹ Perjanjian ini menyepakati untuk menghapus hambatan perdagangan (*trade restriction*), termasuk tarif, di antara negara anggota

³⁵³ *Op.Cit*, Gerald Curzon, hlm 264.

³⁵⁴ *Ibid*.

³⁵⁵ *Ibid*, hlm 265.

³⁵⁶ *Ibid*.

³⁵⁷ *Ibid*.

³⁵⁸ *Ibid*.

³⁵⁹ *Ibid*, hlm 266.

mencakup dua kelompok produk, yaitu *coal* dan *steel*.³⁶⁰ Sesuai dengan nama perjanjian, *coal* (batubara) dan *steel* (baja) merupakan dua produk strategis pada masa itu. Batubara menjadi komoditas mata dagangan penting sebagai sumber energi untuk pembangkit listrik. Sementara baja sebagai komoditas strategis untuk mendukung industri manufaktur dan industrialisasi di Eropa.

Kesepakatan ECSC kemudian berkembang tahun 1958 menjadi *European Economic Community* (EEC) yang ditandatangani melalui Perjanjian Roma atau *Treaty of Rome*.³⁶¹ Dalam perjalanan waktu, perjanjian dipandang kurang sejalan dengan semangat GATT Article XXIV, karena mengesampingkan seluruh sektor pertanian.³⁶² Sebagai komunitas ekonomi (*economic community* (EC)), meskipun memberi manfaat bagi anggotanya, para ahli, termasuk John H. Jackson, menilai bahwa EC merupakan kesatuan yang tidak sempurna (*imperfect union*) dan bertentangan dengan GATT's *legal discipline*.³⁶³

Regionalisme Eropa sepuluh tahun kemudian, 1968, berkembang dengan terbentuknya entitas baru *European Free Trade Area* (EFTA) yang didirikan oleh negara-negara Non-EC, terdiri dari Austria, Denmark, Norwegia, Portugal, Swedia, Swiss dan Inggris.³⁶⁴ Namun seiring perjalanan waktu, EFTA sebagai *rival* dari EC dinilai kurang membawa keberhasilan, sehingga lima dari tujuh, diluar Swiss dan Norwegia bergabung ke dalam EC.³⁶⁵ Inggris yang sebelumnya mengharapkan dengan bergabung dalam EC akan tetap dapat menjaga kedaulatan dari kebijakan perdagangan (*trade policy*), kemudian setelah melalui analisa yang

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Op.Cit*, Theresa Carpenter, hlm 17.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid*, hlm 18.

mendalam, memutuskan bergabung dalam EEC merupakan pilihan yang terbaik.³⁶⁶ Regionalisme Eropa pada awal 1980-an semakin berkembang dengan bergabungnya Yunani pada tahun 1981, yang sebelumnya diawali dengan masuknya Irlandia dan Denmark di tahun 1973.³⁶⁷

Pasca EC dan EFTA, berbagai regionalisme terbentuk sebagai dampak dari dekolonisasi, kebangkitan *Non-Aligned Movement*, dan *Economic Commission for Latin America and the Carribean* (ECLAC).³⁶⁸ Dari tahun 1955 hingga 1974 setidaknya terdapat 57 (lima puluh tujuh) *trade agreement* yang ditandatangani.³⁶⁹ EC dan EFTA merupakan dua dari keseluruhan *trade agreement* tersebut.³⁷⁰ *Trade agreement* melibatkan lebih dari dua negara juga ditandatangani dengan terbentuknya *Tripartite Agreement* antara Mesir, India dan Yugoslavia yang merupakan pelopor Gerakan Non-Blok (GNB). Perjanjian Tripartit ini memberikan *trade concession* pemotongan tarif hingga 50% untuk 193 jenis produk.

Kurun waktu 1960-an dapat dipandang sebagai masa dan pondasi bertumbuhnya regionalisme.³⁷¹ Kelompok regional makin berkembang disusul dengan terbentuknya ASEAN tahun 1967³⁷² sebagai organisasi terkemuka yang meletakkan landasan bagi kerjasama ekonomi regional dari lima negara sebagai pendiri, yaitu Indonesia, Malaysia, Filipina, Singapura dan Thailand. ASEAN dicatat sebagai organisasi regional terkemuka di kawasan Asia Tenggara yang

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ *Ibid.*, hlm 19-20.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Ibid.*

dapat menjaga stabilitas keamanan sebagai landasan pembangunan ekonomi. Secara perlahan penguatan dalam dimensi perdagangan kemudian dikembangkan.

Regionalisme antar negara berkembang di kawasan Amerika Latin berkembang dengan berbagai variasi pada tahun 1960-an dan 1970-an.³⁷³ Pasar domestik yang relatif kecil mendorong mereka melakukan integrasi ekonomi. Negara-negara di kawasan Amerika Tengah membentuk *Central American Common Market* (CACM) tahun 1961; *Andean Community* tahun 1969³⁷⁴; dan *Caribbean Community and Common Market* (CARICOM) tahun 1973.³⁷⁵ Organisasi CARICOM dibentuk melalui *Treaty Establishing the Caribbean Community* (the ‘Treaty’) dan *the Annex to the Treaty – Caribbean Common Market* (the ‘Annex’).³⁷⁶ Selain itu, *Andean Community* juga ingin memperluas perdagangan melalui inisiatif pembentukan *pan-Latin American integration* dengan mendirikan LAFTA (*Latin American Free Trade Agreement*) atau *Asociacion Latinoamerica de Libre Comercio* yang kemudian meningkat menjadi integrasi ekonomi dalam ALADI (*Asociacion Latinoamerica de Integracion*) dengan suatu visi menuju terbentuknya *Latin american free trade area and common market* melalui pemberian preferensi ekonomi secara regional atau bilateral di antara negara anggota.³⁷⁷

³⁷³ Ibid, hlm 19.

³⁷⁴ Negara anggota *Andean Community* adalah Peru, Bolivia, Ecuador dan Colombia. Markas besar *Andean Community* berada di Lima, Peru.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ David S. Berry, *Caribbean Integration Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, hlm 23. CARICOM terdiri dari negara-negara kecil di Kepulauan Karibia dengan 14 negara, yaitu Antigua and Barbuda, Bahama, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, St. Kitts and Nevis, St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Suriname, serta Trinidad and Tobago.

³⁷⁷ Ibid.

b. Periode Kedua: 1986-1994 (*Uruguay Round*)

Periode kedua regionalisme ditandai dengan dua perkembangan regionalisme yang secara simultan terjadi di Eropa dan Amerika Utara.³⁷⁸ Di Eropa terjadi perluasan dan pendalaman EC (*European Community*), dimana Spanyol dan Portugal bergabung ke dalam EC bersamaan dengan proses pembantukan *Single European Market* (Pasar Tunggal Eropa) yang mencakup produk *goods* (barang), *services* (jasa), *capital* (modal) dan *labour* (tenaga kerja).³⁷⁹ Langkah ini menimbulkan dua keprihatinan negara-negara di dunia, yaitu *pertama*, EC terkesan kurang *interest* dalam memajukan negosiasi multilateral dalam kerangka GATT; *kedua*, kekuatiran akan tercipta "*Fortress Europe*" (Benteng Eropa), dimana EC akan menjadi kurang terbuka dalam perdagangan dengan pihak luar.³⁸⁰ Sementara itu di Amerika Utara usaha untuk pembentukan *free trade* yang menggabungkan Kanada dan Amerika Serikat berhasil dibentuk dan terwujud CUSFTA (*Canada-US Free Trade Agreement*).³⁸¹

Meskipun terjadi gelombang perubahan regional di dua kawasan tersebut, namun terdapat dua perbedaan besar dibandingkan dengan periode pertama. Amerika Serikat merubah jalur (*track*), dari posisi multilateralis, masuk dan mulai melakukan perundingan *preferential agreement* secara bilateral.³⁸² Eropa melalui EC memperdalam integrasi di *Western Europe* (Eropa Barat) yang mempercepat jalan masuknya sektor jasa (*services*) dalam *Uruguay Round*.³⁸³ Perubahan kebijakan Amerika Serikat menuju regionalisme dan keinginan Meksiko untuk

³⁷⁸ *Op.Cit*, Theresa Carpenter, hlm 20.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ *Ibid*, hlm 21.

bergabung dengan AS dan Kanada dalam NAFTA merupakan faktor kunci yang membentuk isi (*content*) dan lansekap (*landscape*) *new regionalism* di kawasan Amerika.³⁸⁴ Langkah AS dalam FTA pertama dilakukan dengan Israel tahun 1985,³⁸⁵ kemudian disusul dengan CUSFTA tahun 1988. Segera setelah CUSFTA, AS menandatangani NAFTA tahun 1992 bersama-sama dengan Kanada dan Meksiko. Di Amerika Latin, Argentina dan Brazil bergabung dengan membentuk FTA tahun 1990 yang kemudian menjelma menjadi MERCOSUR³⁸⁶ tahun 1991 terdiri dari Argentina, Brazil, Paraguay dan Uruguay.³⁸⁷

Perkembangan yang sama terjadi di Afrika dimana *Southern Africa Development Coordination Conference* mengalami transformasi dengan lebih berorientasi ke ekonomi menjadi *Southern Africa Development Community* (SADC) tahun 1992.³⁸⁸ Afrika Barat kemudian merevisi *Economic Community of West Africa* tahun 1993 dengan memasukkan tujuan untuk mencapai integrasi ekonomi.³⁸⁹

Di Asia, negara-negara yang tergabung dalam ASEAN membentuk *ASEAN Free Trade Area* (AFTA) tahun 1992³⁹⁰ yang merupakan lompatan kemajuan untuk membentuk wilayah regional sebagai suatu kawasan perdagangan bebas. AFTA dipandang sebagai capaian besar dalam memajukan ekonomi

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Malebakeng Agnes Forere, *The Relationship of WTO Law and Regional Trade Agreements in Dispute Settlement from Fragmentation to Coherence*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2015, hlm. 59.

³⁸⁶ MERCOSUR merupakan singkatan dari bahasa Spanyol, *Mercado Comun del Sur* atau *Southern Common Market*.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*, hlm 59-60. SADC dibentuk melalui penandatanganan *Treaty of the Southern Africa Development Community*, 1992.

³⁸⁹ *Ibid.*, hlm 60.

³⁹⁰ AFTA melibatkan sepuluh negara anggota ASEAN, yaitu Brunei Darussalam, Indonesia, Kamboja, Laos, Malaysia, Myanmar, Filipina, Singapura, Thailand dan Vietnam.

dengan mengurangi hambatan tarif (*tariff barrier*), hambatan non-tarif (*non-tariff barriers*), penjadwalan penurunan tarif (*tariff scheduling*) dan mempercepat proses menuju integrasi ekonomi.

c. Periode Ketiga: Pasca *Uruguay Round*

Periode ini bersamaan dengan kesepakatan *Uruguay Round* di Marrakesh, Maroko, 1994, dengan terbentuknya *World Trade Organization* (WTO). Kesepakatan ini mendorong negara-negara untuk memperdalam atau memperluas *trade agreement* seperti terjadi pada *European Union* (EU) dan negara-negara Eropa yang baru.³⁹¹ Negara-negara terinspirasi dengan faktor-faktor baru untuk mencapai kesuksesan seperti yang terjadi pada EU.³⁹² Sebagai contoh negara yang tergabung dalam *customs territories*, hanya *least favoured nations* membayar tarif MFN, negara lain membayar *preferential tariff* atau tidak sama sekali.³⁹³ Situasi ini membawa ke arah iklim kompetisi di antara negara-negara untuk membentuk *preferential arrangements* dengan *selected partners* (mitra tertentu) untuk menghindari situasi dimana membayar tarif MFN menjadi satu dari *least favoured nations*.³⁹⁴

Kesepakatan *trade agreement* yang *special case* juga terjadi dengan didasari 'CNN motive' dalam FTA bilateral *Australia-US FTA*.³⁹⁵ Kesepakatan ini dinilai bukan kebijakan yang baik bagi Australia, akan tetapi lebih didasarkan atas keinginan pimpinan pemerintahan, seorang perdana menteri sebagai cerminan

³⁹¹ *Op.Cit*, Theresa Carpenter, hlm 22.

³⁹² *Ibid*.

³⁹³ *Ibid*.

³⁹⁴ *Ibid*.

³⁹⁵ *Ibid*. AUSFTA ditandatangani 18 Mei 2004. Peluncuran perundingan perdagangan dilakukan 21 Maret 2003 di Sydney, Australia.

demokrasi liberal, yang akhirnya perjanjian ditandatangani.³⁹⁶ FTA dibuat atas dasar keinginan untuk menjadi sekutu dekat AS dan kemudian menjadi berita internasional besar di CNN.

Di Asia, AS membuat perjanjian perdagangan dengan Singapura yang pada awalnya diprakarsai oleh Presiden Bill Clinton, akan tetapi kemudian ditandatangani oleh Presiden Bush.³⁹⁷ FTA ini merupakan *trade agreement* yang dibuat atas dasar keinginan dan kepentingan yang saling menguntungkan antara kedua pihak. FTA ini merupakan *free trade agreement* pertama AS dengan negara Asia dan dinilai merupakan sebuah *token* (penghargaan) yang menunjukkan kedekatan dan kehadiran (*engagement*) AS dengan kawasan Asia Tenggara.³⁹⁸ Dari segi isi perjanjian, FTA dapat menjadi contoh baku (*template*) bagi perundingan AS dengan negara-negara dan ekonomi di Asia.³⁹⁹

Pada periode ini terjadi peningkatan jumlah *North-South agreements* dan *South-South agreements* yang mewakili dua pertiga dari seluruh RTA.⁴⁰⁰ RTA telah menjangkau lintas kontinen dan tidak lagi hanya terbatas di negara yang berdekatan. Terminologi regionalisme kemudian berkembang menjadi '*any preferential agreement between or among trading partners irrespective of the location*' (segala perjanjian preferensial antara dua atau lebih mitra dagang tanpa memperhatikan lokasi).⁴⁰¹ Periode ini juga ditandai dengan karakteristik

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ Tommy Koh and Chang Li Lin, *The United States Singapore Free Trade Agreement Highlights and Insights*, World Scientific Publishing, Singapore, hlm. 290. *US-Singapore Free Trade Agreement* (USSFTA) ditandatangani 6 Mei 2003 di White House, Washington, DC, oleh Presiden Bush dan PM Singapura Goh Cok Tong.

³⁹⁸ *Ibid.*, hlm x.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Op.Cit.*, Malebakeng Agnes Forera, hlm 61.

⁴⁰¹ *Ibid.*

munculnya perdagangan *mega-regional* yang membawa perubahan paradigma dalam *trade policy*.⁴⁰² *Mega-regional* sebagai contoh dapat dilihat dari *Trans-Pacific Partnership* (TPP)⁴⁰³ dan *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP).⁴⁰⁴

Kebangkitan *mega-regional* dipandang dipengaruhi karena adanya keterkaitan dengan munculnya *global value chains* (rantai pasok-global) atau *production networks* (jaringan produksi) yang dihasilkan dari globalisasi dimana *supply-chain* ‘*expanded from regional production-sharing arrangements to fully-fledged global-supply chain*’ (meluas dari pengaturan *production-sharing* regional ke rantai pasok-global secara penuh).⁴⁰⁵ Hal ini dapat dilihat dari TPP yang tidak memasukkan China dalam jaringan produksi atau rantai pasok-global.⁴⁰⁶

3. Keberadaan ASEAN Sebagai *Regional Trading Bloc*

Pembentukan *ASEAN free trade area* atau kawasan perdagangan bebas ASEAN melalui penandatanganan *Common Effective Preferential Tariff* (CEPT) *for AFTA* tahun 1992 yang mulai berlaku tahun 2002 merupakan kebijakan regional seluruh negara anggota ASEAN yang menegaskan posisi ASEAN sebagai blok perdagangan kawasan (*regional trading bloc*). Kebijakan tersebut diwujudkan melalui penurunan tarif bea masuk secara bertahap yang mengikat dan berlaku di dalam lingkungan internal ASEAN. Pembentukan blok

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Trans-Pacific Partnership* (TPP) melibatkan 12 negara, terdiri dari Amerika Serikat, Australia, Brunei Darussalam, Chile, Jepang, Kanada, Malaysia, Meksiko, New Zealand, Peru, Singapura, dan Vietnam.

⁴⁰⁴ *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) merupakan blok perdagangan Amerika Serikat dan Uni Eropa.

⁴⁰⁵
⁴⁰⁶ *Ibid*

perdagangan dipandang penting, karena akan dapat mendorong interaksi dan meningkatkan intensitas hubungan perdagangan antar sesama negara anggota. Blok perdagangan merupakan bagian dari langkah liberalisasi perdagangan dan investasi untuk menciptakan kawasan yang lebih atraktif dan memiliki daya saing (*competitiveness*) ekonomi.

Sebagai blok perdagangan, ASEAN menerapkan prinsip *most-favoured nations* (MFN) yang berlaku dalam lingkungan masing-masing negara. Dengan blok perdagangan, volume perdagangan masing-masing negara akan meningkat dan secara akumulatif akan meningkatkan daya saing kawasan. Nilai perdagangan kawasan akan bertumbuh dan terus meningkat. Hal ini tampak dari nilai ekspor impor kawasan dari tahun 1967 hingga 2016. Tahun 1967 saat awal didirikan, perdagangan ekspor ASEAN hanya mencapai US\$ 4,45 miliar dan impor US\$ 5,52 miliar.⁴⁰⁷ Tahun 1984, ekspor meningkat menjadi US\$ 76,478 miliar dan impor US\$ 72,852 miliar.⁴⁰⁸ Selanjutnya tahun 1995 ekspor meningkat lagi menjadi US\$ 302,068 miliar dan impor US\$ 323,897 miliar.⁴⁰⁹ Tahun 2016 perdagangan ASEAN telah melampau angka 1 (satu) triliun dolar, yaitu ekspor sebesar US\$ 1,141 triliun dan impor US\$ 1,076 triliun.⁴¹⁰ Statistik tersebut menunjukkan, bahwa perdagangan ASEAN mengalami perkembangan dan peningkatan yang sangat signifikan selama lima dekade.

Eksistensi blok perdagangan dapat dilihat dari kesepakatan negara-negara ASEAN yang menandatangani perjanjian dagang dengan berbagai negara sebagai

⁴⁰⁷ ASEAN Secretariat, *Celebrating ASEAN: 50 Years of Evolution and Progress*, Jakarta, 2017, hlm 18.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*

mitra dagang, meliputi *ASEAN-China FTA*, *ASEAN-India FTA*, *ASEAN-Korea FTA*, *ASEAN-Japan FTA* dan *ASEAN-Uni Eropa FTA*. Kesepakatan tersebut sekaligus menunjukkan bahwa semua negara sebagai negara pihak (*contracting party*) bersedia mengikatkan diri dalam kerangka perdagangan (*trade framework*) sesuai dengan kaidah dan aturan (*rules*) yang ditentukan oleh ASEAN. Akan tetapi, sebagai blok perdagangan, ASEAN tidak menjadikan kawasan sebagai blok perdagangan yang tertutup (*close trading block*). ASEAN membuka diri dan menjadikan kawasan sebagai blok perdagangan terbuka (*open trading block*). Sikap ini dilakukan untuk menunjukkan fleksibilitas dan posisi ASEAN yang menjunjung tinggi semangat multilateralisme. Di satu sisi memajukan dan memperkuat regionalisme, di sisi lain berjalan beriringan dengan multilateralisme sesuai dengan prinsip-prinsip dalam WTO. Perjanjian dengan negara mitra dagang dengan sendirinya akan memberi manfaat, yaitu semakin memperluas jangkauan dan akses perdagangan ke luar wilayah kawasan.

Blok perdagangan regional seperti ASEAN sebagai bagian dari perdagangan global (*global trade*) merupakan kekuatan yang lahir dari efek ikutan (*contagion effect*) globalisasi ekonomi yang terjadi di berbagai kawasan. ASEAN dipandang sebagai blok perdagangan yang terus-menerus secara konsisten mengalami peningkatan sejak ditandatanganinya AFTA. Selain ASEAN terdapat blok perdagangan lain seperti *NAFTA* yang melibatkan Amerika Serikat, Kanada dan Meksiko; Uni Eropa yang melibatkan 27 negara kawasan Eropa; *Mercosur*, terdiri dari Argentina, Brazil, Paraguay dan Uruguay; *Pacific Alliance*, mencakup Chile, Colombia, Meksiko, dan Peru; dan *Comprehensive and Progressif Trans-*

Pacific Partnership (CPTPP)⁴¹¹ yang mencakup 11 (sebelas) negara di Asia, Amerika dan Oseania, yaitu Australia, Brunei Darussalam, Chile, Jepang, Kanada, Malaysia, Meksiko, Singapura, New Zealand, Peru, dan Vietnam.

D. *Regional Trade Agreement* dan Penyelesaian Sengketa

1. Article XXIV GATT Sebagai Landasan FTA/RTA

Pengaturan utama terkait dengan perdagangan internasional dalam kerangka GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) diatur dalam Article XXIV. Pasal ini dipandang sebagai landasan konstitusional perdagangan internasional, karena merupakan dasar rujukan dari perkembangan hubungan perdagangan dunia pasca Perang Dunia ke-2 hingga terbentuknya WTO yang berlangsung sampai dengan sekarang. Di satu sisi dipandang menjadi pendorong kemajuan perdagangan, di sisi lain terdapat pandangan yang melihat ketentuan tersebut memiliki kontroversi dan menimbulkan perdebatan di belakang hari.

Article XXIV pada mulanya merupakan aspirasi Amerika Serikat untuk mempromosikan integrasi Eropa dan sebagai upaya untuk meyakinkan negara berkembang untuk menerima *Havana Charter* dalam rangka pembentukan *International Trade Organization* (ITO).⁴¹² Pasal ini dirancang oleh para pembuat kebijakan Amerika Serikat (*US policy makers*) untuk mengakomodasi perjanjian dagang (*trade treaty*) yang sebelumnya secara rahasia dibuat dan disepakati antara

⁴¹¹ *Trans-Pacific Partnership* (TPP) pada mulanya mencakup 12 negara, namun Amerika Serikat melalui Presiden Donald J. Trump menyatakan menarik diri (*withdraw*) dari TPP pada 22 Januari 2017. TPP mengalami perubahan nama menjadi CPTPP setelah Menteri Perdagangan dari 11 negara tersebut secara resmi menandatangani perjanjian dagang baru di Chile, 8 Maret 2018.

⁴¹² Kerry Chase, *Multilateralism Compromised: the Mysterious Origins of GATT Article XXIV*, *World Trade Review*, Vol. 5, No. 1, Tahun 2006, hlm 1.

Amerika Serikat dan Canada.⁴¹³ Sebagai akibat dari kesepakatan tersebut, ketentuan pengecualian (*exemption*) tentang kawasan perdagangan bebas (*free trade area*) dilekatkan dalam rejim GATT-WTO, meskipun kemudian *Havana Charter* maupun *US-Canada free trade agreement* tidak pernah diratifikasi.⁴¹⁴

Keinginan Amerika Serikat untuk mendorong Eropa dengan mendukung unifikasi Eropa Barat dimaksudkan sebagai “*antidote*” (pencegah) menghindari kemungkinan terjadinya Perang Dunia ke-3.⁴¹⁵ Sementara itu, pada waktu bersamaan *Marshall Plan* dan Bank Dunia merancang usaha untuk mendukung rekonstruksi ekonomi dan industri Eropa yang disalurkan melalui ‘*common European program*’.⁴¹⁶ Program bantuan ini disediakan, mengingat Eropa mengalami kehancuran yang besar sebagai dampak dari Perang Dunia ke-2.⁴¹⁷ Dalam rangka memajukan Eropa, Amerika Serikat menentang upaya Perancis untuk mencegah Jerman menjadi kekuatan industri (*industrial power*) di Eropa.⁴¹⁸ Hal ini didasarkan pertimbangan, karena Jerman telah memiliki kemampuan industri manufaktur dengan memproduksi mesin-mesin dan berbagai peralatan sejak sebelum Perang Dunia ke-2.

Sebagai dasar perjanjian perdagangan multilateral dan regional, para ahli berpandangan bahwa Article XXIV merupakan ‘*loophole*’ dari *GATT treaty* tentang *free trade areas* (FTA).⁴¹⁹ Pasal ini dinilai merupakan sumber

⁴¹³ *Ibid*, hlm 1.

⁴¹⁴ *Ibid*.

⁴¹⁵ David A. Gantz, *Regional Trade Agreement: Law, Policy and Practice*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, hlm. 32.

⁴¹⁶ *Ibid*.

⁴¹⁷ *Ibid*.

⁴¹⁸ Peter Sutherland (et.al), *The Future of the WTO 20* (2005), dalam David A. Gantz, hlm 32.

⁴¹⁹ Kerry Chase, *op.cit*, hlm 1.

kejangkalan dan kekesalan sejak diterimanya GATT pada tahun 1947.⁴²⁰ Ini disebabkan karena adanya klausul yang mengecualikan *free trade areas* dan *custom unions* dari kewajiban untuk melaksanakan perlakuan prinsip ‘*most-favoured nation*’ (MFN) dalam perdagangan internasional.⁴²¹ Dengan kesepakatan perdagangan bebas atau *customs union*, negara-negara yang menjadi pihak dari perjanjian dapat mengesampingkan dan tidak menerapkan ketentuan MFN.

Berbagai ungkapan dikemukakan para ahli tentang pasal tersebut. Curzon menyebut Article XXIV sebagai “*extremely elastic*”,⁴²² Dam menyebut dengan istilah ‘*unusually complex*’,⁴²³ Bhagwati dengan sebutan ‘*full of holes*’,⁴²⁴ karena menurut Haight bahasa yang digunakan menimbulkan makna ganda (*ambiguities*) dan frase yang samar-samar (*vague phrases*).⁴²⁵ Bahkan Haight menganggap Article XXIV sebagai sesuatu yang mengacaukan (*absurdity*) dan kontradiksi (*contradiction*),⁴²⁶ sementara Dam mencitrakannya sebagai ‘*a failure, if it is not a fiasco*’ (kegagalan).⁴²⁷ GATT diumpamakan sebagai suatu perjanjian yang mengandung banyak kekurangan.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² Gerald Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariffs and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, London, Michael Joseph, 1965, hlm 65.

⁴²³ Kenneth W. Dam, *The GATT: Law and International Economic Organization*, University of Chicago Press, Chicago, 1970, dalam Kerry Chase, hlm 1.

⁴²⁴ Jagdish Bhagwati, *Regionalism and Multiateralism: An Overview*, dalam Jaime de Melo and Arvind Panagariya (eds) *New Dimensions in Regional Integration*, New York, Cambridge University Press, 1993, dalam Kerry Chase, hlm 1.

⁴²⁵ F.A. Haight, *Customs Unions and Free Trade Areas Under GATT: A Reappraisal*, *Journal of World Trade Law*, 6(4): 391-404, dalam Kerry Chase, hlm 1.

⁴²⁶ F.A. Haight, dalam Kerry Chase, hlm 1.

⁴²⁷ Kenneth W. Dam, dalam Kerry Chase, hlm 1.

Menurut Curzon, perjanjian GATT telah memberikan banyak pengecualian,⁴²⁸ sehingga tidak memperkuat kedudukan GATT. Hal ini disebabkan oleh, *pertama*, GATT membolehkan berlakunya *rule* tentang ‘*non-discrimination*’ dalam Article XIV; *kedua*, membolehkan adanya *customs union* dan *free trade areas*; dan *ketiga*, dalam Article I, paragraf 2, mengizinkan penerapan ‘*preferences*’ dalam *import duties* atau *charges*⁴²⁹ dengan skema dan ruang lingkup tertentu.

Article XXIV memberi kesan adanya dikotomis di dalam substansi, terutama Article XXIV(4).⁴³⁰ Ini dapat dilihat dari frase yang terdapat dalam isi teks sebagai berikut :⁴³¹

“The contracting parties *recognize the desirability of increasing freedom of trade* by the development, through voluntary agreements, of close integration between the economies of the countries parties to such agreements. They also recognize that the purpose of a *customs union* or a *free trade area* should be to facilitate trade between the constituent territories and not to raise barriers to the trade of other contracting parties with such territories” (cetak miring dari penulis)

Dalam Article XXIV(5) selanjutnya secara eksplisit disebutkan, bahwa “... *this agreement shall not prevent*, as between the territories of contracting parties, the *formation of a customs union or free trade area* or the adoption of an interim agreement for formulation of a customs union or of a free trade area”⁴³²

Pasal tersebut menunjukkan, di satu sisi mengakui keinginan para pihak dalam perjanjian untuk meningkatkan kebebasan perdagangan (*freedom of trade*) melalui kesepakatan yang bersifat sukarela (*voluntary agreement*) untuk

⁴²⁸ Curzon, hlm 65.

⁴²⁹ Gerald Curzon, op.cit, hlm 64.

⁴³⁰ David A. Gantz, hlm 33.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² *Ibid.*

memajukan pembangunan (*development*). Akan tetapi di sisi lain mengakui adanya *customs union* atau *free trade area* yang tidak sepenuhnya seiring dengan semangat keterbukaan perdagangan (*open tradde*), dan juga dapat membatasi kebebasan perdagangan serta membentuk blok perdagangsn ysng eksklusif. Demikian pula Article XXIV pada Paragraf 5 menegaskan bahwa GATT, melalui pasal ini tidak melarang atau mencegah peluang terbentuknya *customs union* atau *free trade area*, atau penerimaan “interim agreement” seperti *Preferential Trade Agreement* (PTA) atau *Regional Trade Agreement* (RTA). Hal ini dipandng memiliki efek positif, karena tujuan dari *customs union* dan *free trade area* adalah untuk memfasilitasi perdagangan antara *regional parties* (pihak-pihak dalam RTA) dan bukan untuk menaikkan hambatan (*barriers*) terhadap perdagangan negara yang bukan anggota RTA.⁴³³ Ini merupakan esensi dari GATT dan negara-negara anggota WTO sekarang telah capai, tanpa memperhatikan implikasi kesejahteraan masing-masing.⁴³⁴ Menurut Snape (1993) pengecualian (*exception*) terhadap prinsip ‘*non-discrimination*’ adalah sesuatu yang *vital* untuk menjaga klub multilateral (*multilateral club*).⁴³⁵ Dengan pengecualian tersebut, semangat multilateralisme menjadi dapat tetap tumbuh dan berkembang.

Sejarah awal munculnya Article XXIV dan rasionalitas di balik kelahirannya telah membuat bingung banyak para ahli.⁴³⁶ Kemunculan pasal

⁴³³ Kyle W. Bagwell and Petros C. Mavroidis, *Preferential Trade Agreements: A Law and Economic Analysis*, Columbia Studies in WTO Law and Policy, Cambridge University Press, New York, 2011, hlm 39.

⁴³⁴ Ibid.

⁴³⁵ Snape R, *The History and Economics of GATT’s Article XXIV, Regional Integtration and the Global Trading System*, New York, St. Martin Press, 273-91, dalam Kyle W Bagwell and Petros C. Mavroidis, *Preferential Trade Agreements: A Law and Economic Analysis*, Columbia Studies in WTO Law and Policy, Cambridge University Press, New York, 2011, hlm 41.

⁴³⁶ Kerry Chase, hlm 2.

tersebut tidak terlepas dari peristiwa yang mewarnai konperensi pasca perang dunia, terutama sikap bijaksana (*wisdom*) Amerika Serikat yang sangat ingin memajukan prinsip-prinsip multilateral (*multilateral principles*) dan menolak adanya *preferential trade*.⁴³⁷ Dalam pandangan ini, para pejabat Amerika Serikat (*US officials*) tetap ingin mengakomodasi permintaan untuk memberikan ruang gerak pengaturan regional (*regional arrangements*) dengan dua alasan, yaitu : *pertama*, adanya kekuatiran jika Inggris dan negara berkembang akan menolak pembicaraan; dan *kedua*, Amerika Serikat ingin menghilangkan hambatan untuk terbentuknya integrasi Eropa.⁴³⁸

Dengan kenyataan itu dan perdebatan akademik yang terus berlangsung hingga sekarang, para ahli seperti Bhagwati, McMillan, dan Krueger berpandangan perlunya Article XXIV ditulis dengan isi yang berbeda.⁴³⁹ Ahli yang lain mengusulkan perubahan terhadap *rule* tentang '*regional trading arrangements*' (RTA), sementara Lawrence⁴⁴⁰ menyerukan agar ketentuan tersebut dapat ditegakkan secara lebih efektif.⁴⁴¹ Sorotan ini diberikan karena dirasakan bahwa implementasi Article XXIV dalam praktik tidak berjalan dengan baik.⁴⁴²

Dari perspektif hukum perjanjian (*treaty law*) dapat diposisikan bahwa Article XXIV merupakan ekspresi hukum yang bersifat konstitutif dari negara-negara anggota WTO tentang hubungan hukum (*legal relationship*) antara sistem

⁴³⁷ *Ibid*, hlm 2.

⁴³⁸ *Ibid*.

⁴³⁹ Kerry Chase, hlm 1.

⁴⁴⁰ Robert Z. Lawrence, Regionalism and the WTO: Should the Rules Be Changed? dalam Jeffrey J. Schott (ed), *The World Trading System, Challenges Ahead*, Washinto, DC, Institute for International Economics, 1996, dalam Kerry Chase, hlm 1.

⁴⁴¹ *Ibid*, hlm 1.

⁴⁴² *Ibid*.

perdagangan preferential (*preferential trading system*) dan *General Agreement* (GATT).⁴⁴³

2. FTA Sebagai Elemen RTA dalam Perdagangan Internasional

Kawasan perdagangan bebas atau *free trade area* merupakan elemen penting dari *regional trade agreement* (RTA) atau *preferential trade agreement* (PTA). Sebagai isi (*content*) utama dari RTA/PTA, FTA menjadi jiwa (*soul*) dari RTA dalam hubungan perdagangan. Dengan FTA, perdagangan internasional dalam kerangka RTA atau PTA menjadi bermakna dan dapat dioperasikan. Tanpa FTA, RTA layaknya seperti rumah kosong tanpa penghuni. Tanpa FTA, interaksi ekonomi dan perdagangan dalam wilayah kawasan (*regional*) tidak akan mengalami pergerakan. Dengan FTA, para pelaku bisnis, eksportir dan importir akan membangun hubungan dan menciptakan transaksi perdagangan. Dengan FTA, perdagangan barang (*trade in goods*) dan jasa (*services*) akan berkembang.

Sebagai elemen dan mesin pendorong perdagangan, FTA akan menggerakkan dan merangsang perdagangan dengan berbagai instrumen yang melekat dalam FTA. Salah satu elemen pemantik adalah tarif bea masuk impor (*import tariff*). Hal ini esensial, karena dengan RTA/PTA masing-masing negara pihak akan memberikan konsesi tarif (*tariff concession*) yang atraktif yang dapat melipatgandakan perdagangan. Tarif yang atraktif adalah persentase nilai tarif yang rendah. Dengan tarif yang rendah, maka produk ekspor negara A ke negara B akan dikenakan bea masuk (*import duty*) yang juga rendah. Dengan tarif yang rendah (*low tariff*), importir negara B akan membayar bea masuk yang murah.

⁴⁴³ Kyle W. Bagwell and Petros C. Mavroidis, hlm 38.

Dengan bea masuk yang murah, pelaku bisnis, importir masing-masing negara tidak akan membayar pajak bea masuk yang mahal. Bea masuk yang tinggi seringkali dipandang kurang menarik, karena pelaku bisnis harus membayar ongkos yang mahal (*high cost*) untuk memasukkan dan mengimpor produk dari negara lain. Bea masuk yang tinggi juga dinilai akan memberatkan pelaku impor dan secara ekonomi dipandang kurang kompetitif. Negara yang mengenakan tarif bea masuk yang tinggi dinilai sebagai negara yang tidak kompetitif dalam ekonomi.

Penciptaan kawasan perdagangan bebas untuk memacu hubungan perdagangan dengan pemberian konsesi tarif yang berlaku dan diterapkan dalam berbagai RTA dan PTA, baik dalam konteks bilateral maupun pada tingkat regional. Sebagai contoh, pada tingkat regional adalah *ASEAN Free Trade Agreement (AFTA)*, *Trans-Pacific Partnership (TPP)*, *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*, dan *Free Trade Area of the Asia and Pacific (FTAAP)*. Kawasan perdagangan bebas TPP merupakan blok perdagangan yang melibatkan 12 (dua belas negara), yaitu Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Jepang, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, Vietnam dan Amerika Serikat. Akan tetapi Amerika Serikat di bawah Presiden Donald J. Trump, melalui *Executive Order* pada tanggal 21 Januari 2017 menyatakan menarik diri dari kesepakatan TPP, sehingga memaksa 11 negara harus meneruskan TPP dengan melakukan amandemen perjanjian. RCEP akan melibatkan 16 (enam belas) negara, meliputi 10 negara ASEAN ditambah dengan 6 (enam) negara lain, Australia, China, India, Jepang, New Zealand dan Korea Selatan. Sementara itu FTAAP direncanakan menjadi kawasan perdagangan bagi

semua negara yang tergabung dalam APEC (*Asia Pacific Economic Cooperation*). TPP, RCEP dan FTAAP akan merupakan perjanjian mega-regional yang melibatkan banyak negara, lintas regional dan benua. Faktor pendorong muncul dan berkembangnya mega-regional adalah akses pasar (*market access*) yang menjanjikan bagi kemajuan perdagangan. *Market access* dengan pasar yang besar dan terbuka akan semakin memacu peningkatan perdagangan ekspor impor.

Pengaruh perdagangan bebas terhadap perkembangan dan kemajuan perdagangan internasional secara ekonomi menunjukkan dampak yang besar. Dalam konteks ASEAN, berlakunya AFTA memberikan dampak positif dengan meningkatnya nilai perdagangan. Sebelum berlakunya AFTA, tahun 1999, ekspor negara-negara ASEAN mencapai US\$ 354,58 miliar dan impor US\$ 293,76 miliar.⁴⁴⁴ Setelah berlakunya AFTA, tahun 2002, hingga tahun 2016, ekspor ASEAN telah mencapai US\$ 1,14 triliun dan impor US\$ 1,076 triliun.⁴⁴⁵ Terjadi peningkatan ekspor sebesar 220% dan impor 270%.⁴⁴⁶ Suatu pencapaian angka yang sangat signifikan.

Dalam kerangka APEC, total arus perdagangan APEC dengan mitra RTA pada tahun 2005 hanya sebesar US\$ 2,808 triliun dolar.⁴⁴⁷ Tahun 2015 meningkat menjadi US\$ 7,769 triliun.⁴⁴⁸ Demikian pula total arus perdagangan APEC dengan dunia mengalami lonjakan yang tajam. Tahun 2005 sebesar US\$ 9,794

⁴⁴⁴ The ASEAN Secretariat, *Celebrating ASEAN: 50 Years of Evolution and Progress, A Statistical Publication*, Jakarta, 2017, hlm 18.

⁴⁴⁵ *Ibid*, hlm 19.

⁴⁴⁶ *Ibid*.

⁴⁴⁷ Policy Support Unit APEC Secretariat, *Trends and Developments in Provisions and Outcomes of RTA/FTAs Implemented in 2015 by APEC Economies – Presentation*, Dialogue on Regional Trade Agreements and Free Trade Agreements, Lima, Peru, 25 Agustus 2016, hlm 3.

⁴⁴⁸ *Ibid*.

triliun, tahun 2015 bertambah menjadi US\$ 16,509 triliun.⁴⁴⁹ Demikian pula pertumbuhan arus perdagangan dengan dunia mengalami kenaikan yang tajam. Tahun 2005 sebesar 29%, tahun 2015 meningkat hampir dua kali lipat, menjadi 47%. Dalam kurun waktu 10 tahun terjadi peningkatan yang sangat signifikan.

Tabel 1
Persentase Total Arus Perdagangan APEC Di Bawah RTA

Year	Total APEC Trade Flows with RTA/FTA Partners (US\$ Billion)	Total APEC Trade Flows with the World (US\$ Billion)	% of APEC Trade Flows under RTA/FTA of APEC Trade Flows with the World
2005	2,808.8	9,794.8	29%
2015	7,769.5	16,509.1	47%

Dalam konteks TPP, gabungan 12 negara sebelum pengunduran diri Amerika Serikat, akan memiliki kekuatan perdagangan dengan nilai ekspor sebesar US\$ 5,3 triliun, atau 23% dari total perdagangan dunia, dan jumlah Produk Domestik Bruto (PDB)/*Gross Domestic Product* (GDP) dengan nilai mencapai US\$ 28 triliun, atau menguasai 36% dari total GDP dunia.⁴⁵⁰ Suatu gabungan negara dengan nilai pendapatan yang sangat variatif, dari yang berpendapatan rendah (*low income*), pendapatan menengah (*middle income*), dan pendapatan tinggi (*high income*), serta sistem ekonomi yang beragam.⁴⁵¹ TPP dinilai merupakan perdagangan generasi terbaru, yang sangat mendalam dan

⁴⁴⁹ *Ibid*, hlm 3.

⁴⁵⁰ Peter A. Petri and Michael G. Plummer, The Economic Effect of the TPP: New Estimates, dalam Cathleen Cimino-Isaacs and Jeffrey J. Schott, (ed), *Trans-Pacific Partnership: An Assessment*, Policy Analysis in International Economics 104, Peterson Institute for International Economics, Washington D.C., 2016, hlm. 23.

⁴⁵¹ *Ibid*, hlm 23.

komprehensif, dengan target integrasi ekonomi yang mencakup sektor barang (goods), jasa (*services*), dan investasi (*investment*), hingga isu-isu terbaru yang kritikal seperti *digital economy*, hak milik intelektual, *regulatory coherence*, hingga perburuhan dan lingkungan.⁴⁵²

Selain tarif, sebagai elemen RTA, kawasan perdagangan bebas dapat merangsang perdagangan dengan menjadikan wilayah tertentu sebagai pasar tunggal dan basis produksi (*single market and production base*). Kebijakan perdagangan dengan menyediakan fasilitas dan wilayah tertentu sebagai pasar tunggal dan basis produksi akan membuat negara yang bersangkutan menjadi semakin atraktif dan kompetitif serta merangsang kemajuan ekonomi dan pertumbuhan perdagangan. Kebijakan negara menetapkan kawasan sebagai *single market and production base* dapat dilihat dari ASEAN. Komitmen ASEAN tersebut ditegaskan dalam tujuan (*purpose*) dari ASEAN Charter, yaitu : “*To create a single market and production base which is stable, prosperous, highly competitive and economically integrated with effective facilitation for trade and investment ...*”.⁴⁵³ Sebagai kebijakan yang jauh ke depan, untuk mencapai kemajuan perdagangan, ASEAN menjadikan wilayah di lingkungan regional sebagai satu kesatuan pasar tunggal dan pusat produksi yang kompetitif.

⁴⁵² *Ibid*, hlm 23.

⁴⁵³ Article 1(5) ASEAN Charter.

3. Pertentangan Yurisdiksi dalam Penyelesaian Sengketa WTO dan RTA

Sebagai dua rejim hukum berkaitan dengan sengketa dagang yang memiliki wilayah yurisdiksi, tidak dapat dipungkiri terdapat persinggungan antara WTO dan RTA. Persinggungan antara keduanya pada tingkat tertentu dapat merupakan bentuk tumpang tindih (*overlapping*) maupun pertentangan yurisdiksi (*conflict of jurisdiction*).⁴⁵⁴ Pertentangan ini menurut J.P. Tachtman, timbul karena dipengaruhi adanya keterkaitan masalah (*linkage problem*) antara perdagangan (*trade*) dengan faktor alokasi yurisdiksi.⁴⁵⁵ Menurut Trachtman terdapat tiga hal dasar (*basic*) terkait alokasi yurisdiksi, yaitu : (i) *horizontal allocation of jurisdiction among States*; (ii) *vertical allocation of jurisdiction between states and international organization*; and (iii) *horizontal allocation of jurisdiction among international organization*.⁴⁵⁶ Yurisdiksi mencakup tiga matra dimensi, yang mencakup dimensi alokasi horizontal antar negara, yurisdiksi vertikal antara negara dan organisasi internasional, dan yurisdiksi horizontal antar organisasi internasional. Persinggungan dan tumpang tindih antar ketiganya kemudian menjadikan pertautan satu sama lain sangat dekat dan tarik-menarik.

Dalam perspektif umum, yurisdiksi sering dikaitkan dengan yurisdiksi legislatif (*legislative jurisdiction*) atau yurisdiksi yudisial (*judicial jurisdiction*), yaitu kewenangan untuk membuat undang-undang atau mengadili suatu

⁴⁵⁴ Kyung Kwak and Gabrielle Marceau, Overlaps and Conflicts of Juidisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, dalam Regional Lorand Bartels and Feerico Ortino (eds), *Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, New York, 2006, hlm 465.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid*, hlm 465-466.

perkara.⁴⁵⁷ Yurisdiksi juga dapat dilihat dari sudut pandang horizontal dan vertikal.⁴⁵⁸ Dalam hubungan antara WTO dan RTA, hal ini terkait dengan alokasi horizontal dari yurisdiksi yudisial, seperti yang tertuang dalam ketentuan penyelesaian sengketa masing-masing perjanjian (*treaty/agreement*).⁴⁵⁹ RTA menjadi suatu yang kompleks/rumit, karena GATT 1994 memberikan kewenangan kepada anggota WTO untuk membentuk RTA.⁴⁶⁰ Hal ini diperkuat dengan yurisdiksi WTO yang menegaskan bahwa negara-negara anggota memiliki “hak” (*right*) untuk membuat perjanjian perdagangan preferensial (*preferential trade agreement/PTA*),⁴⁶¹ baik dengan negara yang secara geografis berdekatan maupun dengan negara lain di wilayah geografis yang berbeda dan berjauhan.

Tumpang tindih yurisdiksi (*overlaps of jurisdiction*) penyelesaian sengketa dapat diartikan sebagai situasi dimana sengketa atau aspek-aspek terkait dari sengketa yang sama dapat dibawa pada dua institusi yang berbeda atau pada dua sistem penyelesaian sengketa yang berbeda pula.⁴⁶² Dalam keadaan tertentu, hal tersebut dapat membuat kesulitan pihak-pihak yang bersengketa (*disputing countries*) dalam menentukan ‘*forum shopping*’, dimana *disputing entities* harus memilih antara dua badan peradilan (*two adjudicating bodies*) atau antara dua yurisdiksi berbeda (*two different jurisdiction*) untuk kasus/fakta yang sama.⁴⁶³ *Overlaps of jurisdiction* dapat terjadi dalam berbagai bentuk dan skenario.⁴⁶⁴ *Pertama*, ketika dua fora mengklaim memiliki yurisdiksi eksklusif terhadap suatu

⁴⁵⁷ *Ibid*, hlm 465.

⁴⁵⁸ *Ibid*.

⁴⁵⁹ *Ibid*, hlm 466.

⁴⁶⁰ *Ibid*.

⁴⁶¹ *Ibid*.

⁴⁶² *Ibid*.

⁴⁶³ *Ibid*.

⁴⁶⁴ *Ibid*.

perkara.⁴⁶⁵ *Kedua*, manakala satu forum mengklaim yurisdiksi eksklusif dan yang lain menawarkan yurisdiksi, atas dasar persetujuan, untuk menangani perkara yang sama atau yang terkait salah satu.⁴⁶⁶ *Ketiga*, manakala mekanisme penyelesaian sengketa dari dua fora yang berbeda (atas dasar mandatori) menguji masalah yang sama atau serupa.⁴⁶⁷ Contoh tumpang tindih yurisdiksi ini dapat dilihat pada *Canada-United States Free Trade Agreement/North American Free Trade Agreement (NAFTA)* dan *GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism*,⁴⁶⁸ FTA lain dengan “*Forum Election Clause*” dan “*Exclusivity Forum Clause*”,⁴⁶⁹ dan *Mercosur/WTO Dispute Settlement Mechanism*.⁴⁷⁰

Dalam kasus yang riil, sengketa tumpang tindih dan pertentangan yurisdiksi terjadi antara lain pada *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks*,⁴⁷¹ *Argentina – Anti Dumping Duties on Poultry from Brazil*,⁴⁷² *Turkey – Textile Restrictions*,⁴⁷³ dan *Brazil – Tyres*.⁴⁷⁴

a. *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks*

Sengketa bermula dari kebijakan Mexico yang mengenakan tarif pajak terhadap produk *soft drinks* dan minuman lain yang diimpor dari Amerika

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid*, hlm 467.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid*, hlm 468.

⁴⁶⁹ *Ibid*, hlm 470.

⁴⁷⁰ *Ibid*, hlm 471.

⁴⁷¹ David A. Gantz, *Regional Trade Agreement: Law, Policy and Practice*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, hlm 52.

⁴⁷² Malebakeng Agnes Forere, *The Relationship of WTO Law and Regional Trade Agreements in Dispute Settlement*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2015, hlm 77.

⁴⁷³ David A. Gants, *Op.cit*, hlm 46

⁴⁷⁴ *Ibid*, hlm 47.

Serikat.⁴⁷⁵ Langkah ini dipandang merupakan tindakan balasan dari sikap Amerika Serikat yang mengenakan pajak terhadap produk gula (*sugar*) yang diekspor Mexico ke pasar Amerika Serikat.⁴⁷⁶ Sengketa menjadi persoalan yang rumit, karena Amerika Serikat dan Mexico, keduanya negara anggota NAFTA menggunakan yurisdiksi dan landasan hukum yang berbeda. Amerika Serikat menyatakan tidak mengakui anggapan bahwa pengenaan pajak tersebut terkait dengan kasus *soft drinks* dengan gula impor dari Mexico.⁴⁷⁷ Untuk menyelesaikan sengketa tersebut, Mexico mengajukan penyelesaian sengketa melalui pembentukan panel arbitrase sesuai ketentuan *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) Chapter 20, akan tetapi Amerika Serikat menolak untuk membentuk panel arbitrase.⁴⁷⁸ Berbeda dengan WTO dimana pembentukan panel bersifat otomatis apabila salah satu pihak mengajukan permintaan, dalam NAFTA para pihak harus memilih panel secara bersama-sama.⁴⁷⁹ Akibatnya, jika salah satu pihak menolak, maka panel tidak dapat dibentuk. Dengan sikap Amerika Serikat yang menolak pembentukan panel, Mexico berpandangan bahwa klaim yang ada tidak dapat diselesaikan.⁴⁸⁰ Dengan penolakan itu, sebagai tindakan balasan, Mexico mengenakan pajak (*impose tax*) terhadap *high fructose corn syrup* (HFCS).⁴⁸¹ Sebaliknya Amerika Serikat menggunakan pengenaan pajak tersebut sebagai dasar pengajuan gugatan (*complaint*) ke WTO.⁴⁸² Amerika Serikat menilai pengenaan pajak terhadap *soft drink sweetened* dengan HFCS

⁴⁷⁵ *Ibid*, hlm 52.

⁴⁷⁶ *Ibid*.

⁴⁷⁷ *Ibid*.

⁴⁷⁸ *Ibid*, hlm 52-53.

⁴⁷⁹ Malebakeng Agnes Forera, *Op.cit*, hlm 76.

⁴⁸⁰ *Ibid*, hlm 76.

⁴⁸¹ David A. Gants, *Op.cit*, hlm 53.

⁴⁸² *Ibid*.

melanggar Article III GATT tentang prinsip ‘*national treatment*’.⁴⁸³ Mexico berpandangan, bahwa sengketa ini hanya dapat diselesaikan secara efektif melalui NAFTA, mengingat kompleksitas dan latar belakang rejim pajak (*tax regime*) yang diterapkan Mexico.⁴⁸⁴ Secara spesifik Mexico menanggapi dan menyatakan bahwa *tax regime* yang diberlakukan adalah sarana untuk menyeimbangkan kembali (*rebalance*) situasi berkaitan dengan sengketa gula (*sugar dispute*) dalam kerangka NAFTA.⁴⁸⁵ Dengan alasan seperti itu, maka masalah gula yang dijual di Amerika Serikat dapat dijual di pasar internal Mexico sampai sengketa tersebut dapat diselesaikan.⁴⁸⁶ Mexico juga berpandangan bahwa *tax regime* yang berlaku dapat dibenarkan di bawah Article XX(d) GATT,⁴⁸⁷ dimana langkah tersebut dimaksudkan untuk menjamin ketaatan Amerika Serikat (*US compliance*) sesuai kewajiban dalam NAFTA.⁴⁸⁸ Perbedaan sudut pandang dan tuntutan kedua pihak membuat pertentangan masing-masing pihak berseberangan di WTO. Menanggapi sikap Mexico itu, Amerika Serikat dalam panel WTO menyatakan :

“Mexico attempts to change the subject by raising issues that are irrelevant or otherwise outside the Panel’s term of reference – including the economic importance of the Mexican sugar industry, bilateral negotiations on sugar trade, and bilateral obligations under the NAFTA. The Panel need not and should not engage itself on these issues. These issues are outside the Panel’s term of reference.”⁴⁸⁹

Sementara itu, Mexico meminta panel WTO untuk tidak menggunakan yurisdiksi yang dimiliki terhadap sengketa pajak (*tax dispute*), akan tetapi panel

⁴⁸³ Malebakeng Agnes Forera, Op.cit, hlm 76.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ *Ibid*, hlm 76-77.

⁴⁸⁸ *Ibid*, hlm 77.

⁴⁸⁹ *Ibid*,

dan *Appellate Body* berkeberatan.⁴⁹⁰ Kedua pihak berpandangan, bahwa panel berdasarkan Article 11 mempunyai kewajiban untuk memutuskan atas sengketa yang dihadapi, dan tidak memiliki kewenangan untuk menolak menjalankan yurisdiksi.⁴⁹¹ Dengan kondisi itu, panel dipandang gagal melakukan penilaian secara obyektif (*objective assessment*) atas sengketa yang diajukan.⁴⁹² Dalam *'findings'* putusan, panel menyatakan: (i) menolak klaim Amerika Serikat bahwa penerapan *anti-dumping* dalam kasus ini bertentangan (*inconsistent*) dengan Article 5:2 karena ketidakcukupan bukti dari ancaman kerugian material (*material injury*);⁴⁹³ (ii) menolak klaim Amerika Serikat bahwa Article 12:1 mensyaratkan penyelidikan dari institusi berwenang mengenai defenisi industri dalam negeri yang relevan (*relevant domestic industry*);⁴⁹⁴ (iii) menolak klaim Amerika Serikat bahwa Mexico tidak memiliki cukup bukti ancaman kerugian (*injury*) atau keterkaitan penyebab lain (*causal link*) antara impor yang didumping (*dumped import*) dan kerugian (*injury*) untuk membenarkan langkah investigasi berdasarkan Article 5 maupun tindakan Mexico yang tidak sesuai yang diatur dalam Article 5:8 ketika Mexico tidak menolak penerapan industri dalam negeri.⁴⁹⁵

Sebaliknya terhadap Mexico, panel menyatakan, bahwa : (i) Mexico melanggar Article 3:1, 3:4, 3:7, yaitu gagal membahas semua faktor yang mengatur *kerugian (injury)* berdasarkan Article 3, karena investigasi ancaman

⁴⁹⁰ *Ibid*, hlm 53.

⁴⁹¹ *Ibid*.

⁴⁹² *Ibid*.

⁴⁹³ World Trade Organization, *WTO Dispute Settlement : One Page Case Summaaries, 1995 – Desember 2007*, Geneva, hlm 45.

⁴⁹⁴ *Ibid*.

⁴⁹⁵ *Ibid*.

material injury mensyaratkan pembahasan tidak saja faktor terkait ancaman kerugian secara material (*material injury*), tetapi juga faktor-faktor yang terkait dengan dampak impor terhadap *domestic industry* (Article 3:4);⁴⁹⁶ (ii) Panel menemukan bahwa penerapan langkah *anti-dumping* sementara (*provisional anti-dumping measure*) melebihi 6 bulan adalah tidak konsisten dengan Article 7:4;⁴⁹⁷ (iii) Panel pada akhirnya menyimpulkan bahwa bea masuk (*duties*) *anti-dumping* final yang diterapkan secara *retroactive* (mundur ke belakang) tidak konsisten dengan Article 10:2.⁴⁹⁸ Panel pada dasarnya menolak permintaan Mexico bahwa panel tidak memiliki kewenangan (*discretion*) untuk memutuskan apakah menjalankan atau tidak yurisdiksi (*exercise jurisdiction*) terhadap suatu sengketa dengan benar yang diajukan kepada panel.⁴⁹⁹

Dalam banding, selanjutnya Appellate Body memutuskan untuk menegakkan (*upheld*) putusan yang telah ditetapkan panel terhadap permintaan Mexico.⁵⁰⁰ Panel tidak dapat membahas apakah tindakan Amerika Serikat sejalan atau bertentangan (*contrary*) dengan kewajibannya dalam NAFTA, mengingat yurisdiksi panel terbatas hanya pada perjanjian-perjanjian (*covered agreement*) dalam WTO, dan perjanjian NAFTA bukan bagian dari WTO.⁵⁰¹ Selain itu, berdasarkan Article 23 Appellate Body menyatakan, dalam hal terjadi '*nullification and impairment*' (*peniadaan dan gangguan*), negara anggota dapat mencari jalan lain sesuai dengan *rules and procedures* dari *Dispute Settlement*

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Malebakeng Agnes Forera, Op.cit, hlm 77,

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.*

Understanding (DSU).⁵⁰² *Appellate Body* juga menegaskan, tidak ada dasar dalam DSU bagi panel dan *Appellate Body* untuk mengadili (*to adjudicate*) *non-WTO disputes*.⁵⁰³ *Appellate Body* tidak disiapkan untuk untuk mengadili keberatan (*complaints*) yang didasarkan pada *substantive provisions* dari RTA yang tidak termuat dalam GATT atau *WTO Agreement*.⁵⁰⁴

b. *Argentina – Anti Dumping Duties on Poultry from Brazil*

Kasus ini melibatkan Argentina dan Brazil yang keduanya merupakan negara anggota *Mercosur* (*Mercado comun del sur*), organisasi Perdagangan Bersama Kawasan Selatan, yaitu sengketa dalam konteks *Mercosur* yang disampaikan kepada WTO.⁵⁰⁵ Kasus diajukan oleh Brazil terhadap Argentina sebagai langkah balasan (*retaliation*) atas pengenaan bea masuk (*duties*) anti-dumping Argentina terhadap produk *poultry* (makanan ayam) dari Brazil.⁵⁰⁶ Brazil mengklaim bahwa pengenaan bea masuk anti-dumping melanggar kewajiban yang tertuang dalam GATT dengan mengenakan bea masuk anti-dumping terhadap *poultry* impor dari Brazil.⁵⁰⁷

c. *Turkey – Textile Restriction*

Sengketa DS34: *Turkey – Restriction on imports of Textile and Clothing Products* berawal dari gugatan India yang menilai Turki melakukan pembatasan impor produk tekstil dengan menetapkan *quantitative import restriction*.⁵⁰⁸ Langkah tersebut dilakukan Turki dengan mendasarkan pada kedudukan sebagai

⁵⁰² *Ibid*, hlm 53.

⁵⁰³ David A. Gantz, *Op.cit*, hlm 53.

⁵⁰⁴ *Ibid*.

⁵⁰⁵ Malebakeng Agnes Forere, *Op.cit*, hlm 77.

⁵⁰⁶ *Ibid*.

⁵⁰⁷ *Ibid*.

⁵⁰⁸ World Trade Organization, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995-December 2007*, Geneva, 2008, hlm 12.

negara pihak dari kesepakatan *Customs Union* dengan *European Communities* (EC) atau Uni Eropa. Kasus ini merupakan sengketa yang unik, karena India menggugat kebijakan Turki dalam kapasitas kedudukannya sebagai penandatangan *EC Customs Union*. Turki menyatakan seharusnya India mengajukan gugatan kepada EC dan Turki, mengingat klaim yang diajukan diadopsi dalam *EC - Turkey Customs Union*.⁵⁰⁹ India menyatakan tidak dapat mengajukan gugatan kepada *European Communities*, karena langkah yang diambil tidak terkait dengan EC, dan kewajiban EC di dalam WTO tidak mencakup *customs union* dengan Turki.⁵¹⁰ India lebih lanjut menyatakan, bahwa DSU tidak membolehkan adanya pihak bersama atau gabungan pihak (*co-parties*) menjadi tergugat dalam satu sengketa.⁵¹¹ EC juga tidak diwajibkan untuk merubah kewajibannya di bawah perjanjian *EC - Turkey Customs Union*.⁵¹² Panel memutuskan bahwa tidak ada ketentuan dalam DSU yang mencegah India mengajukan gugatan terhadap suatu anggota yang mengambil langkah tertentu sebagai dampak dari kesepakatan perjanjian dagang (*trade agreement*).⁵¹³ Selain itu, juga tidak ada ketentuan khusus dalam DSU yang berhubungan dengan prosedur penyelesaian sengketa melibatkan *customs union* atau segala bentuk *regional trade agreement*.⁵¹⁴ Lebih dari itu, yang tidak kalah penting, *EC - Turkey Customs Union* bukan merupakan anggota WTO.⁵¹⁵ Konsekuensinya *EC -*

⁵⁰⁹ Malebakeng Agnes Forere, Op.cit, hlm 80.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ *Ibid*, hlm 80-81.

Turkey tidak memiliki *WTO legal personality*, sehingga tidak dapat menjadi subyek dari ketentuan DSU.⁵¹⁶

Dalam putusan, panel menilai kebijakan *quantitative restriction* yang diterapkan Turki bertentangan dengan Article XI dan XIII GATT.⁵¹⁷ Panel menemukan, bahwa langkah Turki tersebut merupakan bentuk pembatasan baru (*new restriction*) yang dilarang oleh Article 2:4 *Agreement on Textile and Clothing* (ATC).⁵¹⁸ Dalam kaitan dengan *customs union*, *Appellate Body* menerima putusan panel bahwa langkah yang diambil Turki tidak dapat dibenarkan berdasarkan Article XXIV GATT, karena masih terdapat alternatif yang tersedia bagi Turki untuk memenuhi syarat yang ditentukan di bawah Article XXIV:8(a) yang seharusnya menjadi dasar keberadaan perjanjian *customs union*, selain dari menerapkan *quantitative restriction*.⁵¹⁹ *Appellate Body* lebih jauh menegaskan bahwa tujuan *customs union* adalah untuk memfasilitasi perdagangan (*facilitate trade*) di antara negara anggota dari pada untuk menaikkan hambatan perdagangan dengan negara ketiga (*third countries*).⁵²⁰ *Appellate Body* dalam putusannya menyatakan :

“... Article XXIV may justify a measure which is inconsistent with certain other GATT provisions. However, in a case involving the formation of a customs union, this “defence” is available only when two conditions are fulfilled. *First*, the party claiming the benefit of this defence must demonstrate that the measure at issue is introduced upon the formation of a customs union that fully meets the requirements of sub-paragraph 8(a) and 5(a) of Article XXIV. And *second*, that party must demonstrate that the formation of that customs union would be prevented if it were not allowed to introduce the measure at issue. Again, both these condition must be met to have the benefit of the defence under Article XXIV.”⁵²¹ Cetak miring dari penulis.

⁵¹⁶ *Ibid*, hlm 81.

⁵¹⁷ World Trade Organization, WTO Dispute Settlement: One-Page Summaries, Op.cit, hlm 12.

⁵¹⁸ *Ibid*.

⁵¹⁹ *Ibid*.

⁵²⁰ David A. Gantz, Op.cit, hlm 47.

⁵²¹ *Ibid*, hlm 46-47,

Putusan tersebut memberikan panduan, bahwa dua syarat harus dipenuhi untuk mendapatkan manfaat dari “*defence*” (mempertahankan) *customs union*, pertama pihak yang mengklaim manfaat dari *defence* harus menunjukkan bahwa langkah yang menjadi *issue* diperkenalkan sejak pembentukan *customs union*. Kedua, para pihak harus menunjukkan bahwa pembentukan *customs union* akan dicegah jika tidak diperkenankan untuk memperkenalkan langkah yang menjadi isu.

d. *Brazil – Imports of Tyres*

Kasus ini merupakan sengketa dagang ban kendaraan bermotor antara organisasi regional besar, *European Communities* (EC) dengan Brazil sebagai anggota MERCOSUR. Sengketa DS332: “*Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*” berawal dari gugatan *European Communities* (EC) yang keberatan terhadap larangan impor (*import ban*) atas ban kendaraan bermotor bekas (*retreaded tyres*) yang berlaku di Brazil.⁵²² Isu pokok lain yang menjadi pemicu gugatan adalah Brazil mengenakan denda (*finer*) atas impor, *marketing*, transportasi, penyimpanan (*storage*) atau menggudangkan (*warehousing*) ban bekas,⁵²³ restriksi hukum yang dilakukan negara bagian Brazil terhadap pemasaran ban bekas impor;⁵²⁴ dan pengecualian (*exemption*) ban bekas impor (*retreaded tyres imported*) yang berasal dari negara anggota MERCOSUR dari *import ban* dan *finer* (“MERCOSUR exemption”).⁵²⁵

EC menilai kebijakan perdagangan larangan impor yang dilakukan MERCOSUR melanggar Article Xi:1 dan tidak dapat dibenarkan berdasarkan

⁵²² World Trade Organization. *Op.cit*, hlm 122.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Ibid.*

Article XX GATT.⁵²⁶ Selain itu, EC menyatakan bahwa langkah tersebut bertentangan dengan Article I:1 (*Most-Favoured Nation treatment*) dan XIII:1 GATT (*non-discrimination in the use of quantitative restraint*), dan juga tidak dapat dibenarkan di bawah Article XXIV:5 GATT yang lazim disebut dengan “*Enabling Clause*”.⁵²⁷ Kebijakan ban Brazil sebelumnya telah digugat Uruguay sebagai anggota MERCOSUR yang mengajukan gugatan kepada MERCOSUR Tribunal.⁵²⁸ Dari gugatan Uruguay, Tribunal memutuskan bahwa larangan impor ban Brazil melanggar putusan MERCOSUR untuk tidak membuat pembatasan perdagangan baru (*new trade restriction*) di antara negara anggota.⁵²⁹

Dalam putusan, panel menemukan larangan impor ban Brazil melanggar Article XI:1 dengan melarang ijin impor (*import licenses*).⁵³⁰ Panel menegaskan bahwa langkah yang dilakukan Brazilian State, Negara Bagian Grande do Sul dengan mengeluarkan Undang-Undang No. 12.114 yang kemudian diamandemen dengan Undang-Undang No. 12.381 bertentangan dengan Article III:4 (*national treatment*).⁵³¹ Panel juga menemukan, putusan MERCOSUR untuk mengimplementasikan perjanjian yang dimaksudkan untuk meliberalisasi perdagangan antar anggota dari perjanjian tersebut, dengan sendirinya mengarah pada diskriminasi antara anggota MERCOSUR dan anggota WTO yang lain.⁵³²

Panel lebih lanjut menyatakan :

We note that this type of agreement is expressly recognized in Article XXIV, which provides a framework for WTO Members to discriminate in favour of their partners in

⁵²⁶ Malebakung Agnes Forere, *Op.cit*, hlm 79.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ World Trade Organization, *Op.cit*, hlm 122

⁵³² Malebakeng AGnes Forere, *Op.cit*, hlm 79.

customs unions or free trade areas, subject to certain conditions, in making this observation, we make no discrimination as to whether MERCOSUR meets the requirements of Article XXIV in respect of customs unions.⁵³³

Panel mencatat bahwa perjanjian *customs union*, secara jelas diakui dalam Article XXIV, yang menyediakan kerangka bagi anggota WTO untuk mendiskriminasikan mitra mereka dalam *customs union* atau *free trade areas*, sesuai dengan kondisi tertentu. Namun, dalam menangani sengketa ini, panel tidak mendiskriminasikan apakah MERCOSUR memenuhi syarat Article XXIV dalam kaitan *customs union* atau tidak.

4. Dimensi Hubungan Kelembagaan FTA/RTA dan Penyelesaian

Sengketa WTO

Keberadaan FTA/RTA dan penyelesaian sengketa pada dasarnya memiliki keterkaitan hubungan satu sama lain. Untuk memahami hubungan yang bersifat kelembagaan (*institutional*) tersebut dalam kenyataannya terdapat dimensi teoritis yang dapat digunakan untuk menjabarkan keterkaitannya secara lebih mendalam, yaitu teori *Multilevel Governance* dan teori *Network of Bargain*.

a. Teori *Multilevel Governance*

Teori *multilevel governance* (tata kelola multilevel) pertama kali dikemukakan oleh Gary Marks pada tahun 1992 yang digunakan sebagai suatu alat (*tool*) untuk memahami Uni Eropa dan cara UE menjalankan fungsinya.⁵³⁴

Multilevel governance menjelaskan bahwa seperti halnya UE, dalam suatu sistem terjadi interaksi dari berbagai lapisan pada tingkat nasional, internasional,

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ Malebakeng Agnes Forera, *The Relationship of WTO Law and Regional Trade Agreements in Dispute Settlement: From Fragmentation to Coherence*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2015, hlm 10.

termasuk tingkat regional.⁵³⁵ Gagasan *multilevel governance* berpandangan, bahwa semua tingkatan yang ada (*local, sub-national, national, regional* dan *global*) sebagai suatu kerangka tata kelola bersama yang tunggal (*single coherence framework of governance*).⁵³⁶ Berbagai definisi diberikan mengenai *multilevel governance*. Menurut Marks *multilevel governance* adalah ‘*a system of continuous negotiation among nested governments at several territories tiers – supranational, national, regional and local*’ (suatu sistem negosiasi yang antar jaringan pemerintah pada beberapa tingkatan wilayah, yaitu supranasional, nasional, regional dan lokal).⁵³⁷

Peters dan Piere mendefinisikan bahwa *multilevel governance* adalah ‘*connected processes of governance, incorporating both public and private actors in contextually defined form of exchanges and collaboration*’ (*multilevel governance* adalah proses tata kelola yang terkoneksi, menggabungkan aktor publik dan privat dalam konteks pertukaran dan kolaborasi).⁵³⁸ Sementara itu Bache dan Flinders menyatakan, bahwa *multilevel governance* ‘*reflect a shared concern with increased complexity, proliferating jurisdiction, the rise of non-state actors, and the related challenges to state power*’ (*multilevel governance* merefleksikan *concern* bersama dengan kompleksitas yang tinggi, menyebarnya yurisdiksi, munculnya aktor non-negara, dan tantangan terkait kekuasaan negara).⁵³⁹ Dengan partisipasi *non-state actor* dalam tata kelola menunjukkan bahwa keputusan yang dibuat tidak hanya dalam batas teritorial nasional, tetapi

⁵³⁵ *Ibid.* 10.

⁵³⁶ *Ibid.*, hlm 10-11.

⁵³⁷ *Ibid.*, hlm 11.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.*

juga mencakup jaringan *overlapping* yang kompleks. Definisi ini juga berimplikasi terjadinya transformasi peran negara dalam pemerintahan yang *multilevel*, melakukan *coordination* (koordinasi), *steering* (mengarahkan) dan *networking* (membangun jaringan).⁵⁴⁰

Pakar yang lain, Schmitter, mengelaborasi lebih lanjut *mutilevel governance* sebagai:

“[A]n arrangement for making binding decision that engage a multiplicity of politically inderdependent but otherwise interdependent actor – private and public – at different levels of territorial aggregation in more-or-less continous negotiation/deliberation/implementation, and that does not assign exclusive policy competence or assert a stable hierarchy of political authority to any of these levels. (Pengaturan untuk membuat keputusan yang mengikat, yang melibatkan interdependensi yang secara politik berlipat ganda, tetapi aktor interdependen – privat and publik – pada tingkat yang berbeda keterkaitan teritorial melakukan negosiasi/deliberasi/implementasi yang berkelanjutan, dan tidak menunjuk pada kompetensi kebijakan yang eksklusif atau mengutamakan hirarki permanen dari kewenangan politik pada tiap tingkatan tersebut).⁵⁴¹

Pendapat Scmitter dipandang dapat menghilangkan kekuatiran kelompok yang berhaluan *state-centric* bahwa *multilevel governance* akan menghapus kedaulatan negara (*state sovereignty*).⁵⁴² *Multilevel governance* masih menekankan dan mengakui kedaulatan negara, tetapi dengan kedaulatan yang berbeda, yaitu yang didekatkan dengan kerjasama antar negara.⁵⁴³ Hal ini karena kerjasama adalah sesuatu yang hakiki dan melekat dengan regionalisasi, globalisasi, dan integrasi pasar (*integration of market*).⁵⁴⁴ Kerjasama kedaulatan (*cooperative sovereignty*) menempatkan negara-negara berdaulat berada dalam

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ *Ibid.*

suatu bentuk kerjasama (*cooperation*) daripada bersaing (*rivalries*).⁵⁴⁵ Dengan begitu, kerjasama secara efektif menawarkan lebih kedaulatan yang responsif (*responsive sovereignty*) pada realitas interdependensi ekonomi di abad ke-21.⁵⁴⁶ Definisi ini semakin menegaskan bahwa *multilevel governance* adalah hasil dari negosiasi antar para pihak daripada kerangka hukum yang formal (*formalized legal framework*).⁵⁴⁷

Multilvel governance sangat berkaitan dengan alokasi atau *sharing of power* secara vertikal dan horizontal, di antara berbagai lapisan yang berbeda dalam tata kelola.⁵⁴⁸ *Multilevel governance* telah ditafsirkan dalam berbagai lintas bidang yang berbeda, dan ini terutama karena didefinisikan secara berbeda tergantung dari *nature of policy problems* (sifat dari masalah kebijakan) dan lokasi aktor secara kelembagaan yang diperlukan untuk menyelesaikan permasalahan.⁵⁴⁹ Sebagai kerangka analisis (*analytical framework*), *multilevel governance* membantu menjelaskan bagaimana *different players* dari *different layers of governance* memengaruhi bidang kebijakan tertentu atau hukum.⁵⁵⁰ *Multilevel governance* sangat membantu dalam membandingkan alokasi dan saling interaksi dari kekuasaan regulator (*regulatory powers*) dalam hukum kontemporer (*contemporary law*) dan peralihan kekuasaan lintas lapisan tata kelola yang berbeda.⁵⁵¹ *Multilevel governance* membantu dalam analisis peralihan kekuasaan

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ *Ibid.*, hlm 12.

⁵⁵¹ *Ibid.*

(*shift of power*) dari *nation states* ke bilateralisme dan multilateralisme.⁵⁵² *Multilevel governance* juga membantu dalam menjelaskan dan menganalisis peran RTA dan kelembagaan penyelesaian sengketa WTO terhadap *global trade governance* (tata kelola perdagangan global).⁵⁵³ Di samping itu, *multilevel governance* membantu dalam menjelaskan ketegangan (*tensions*) yang ada antara berbagai RTA dan penyelesaian sengketa WTO.⁵⁵⁴

b. Teori *Network of Bargain*

Teori ini dikemukakan oleh Susan Strange (1988), seorang pakar dalam ilmu ekonomi politik internasional (*international political economy*).⁵⁵⁵ Strange mengemukakan, bahwa aktor internasional seperti pemerintahan-pemerintahan/negara-negara (*governments*), perusahaan-perusahaan (*firms*), *non-governmental organization* (NGO) dan kelompok-kelompok yang memiliki tujuan tertentu (*purposeful groups*) semuanya terikat dalam suatu sistem interaksi (*caught up in a system of interaction*) yang disebut dengan “*network of bargain*” (jaringan tawaran), dimana mereka memiliki “*feasible choices*” (pilihan-pilihan yang layak) yang tergantung, pada tingkat tertentu dari pilihan-pilihan yang dibuat oleh aktor lain.⁵⁵⁶ Strange berpandangan bahwa para pakar ekonomi politik internasional (EPI) memerlukan cara untuk mensintesisakan politik dan ekonomi melalui suatu analisis struktural (*structural analysis*) *effects of states* (dampak negara-negara) – atau segala bentuk kekuatan politik (*political authority*) –

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ Marc D. Froese, *Canada at the WTO: Trade Litigation and the Future of Public Policy*, University of Toronto Press, 2010, hlm 33.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

terhadap pasar (*market*) dan sebaliknya pengaruh kekuatan pasar (*market forces*) terhadap negara.⁵⁵⁷ Konseptualisasi ini menyadari bahwa pada tingkat tertentu pada *structural understanding* dari dunia internasional, yang mana merupakan suatu pemahaman EPI yang menempatkan kepentingan utama pada cara dimana sistem itu sendiri membentuk kebijakan dan prioritas (*shapes policies and priorities*).

Strange mengemukakan, bahwa “*network of bargain*” bukan merupakan sesuatu yang statis atau konstruksi monolitik.⁵⁵⁸ Pada kenyataannya aktor yang memiliki kekuatan besar (*powerful actors*) memiliki kemampuan untuk membuat dan merubah aturan permainan (*rules of the game*) – yang dapat menyerang lapangan permainan sesuai keinginan mereka.⁵⁵⁹ Dalam kaitan dampak konsep “*network of bargain*” dengan penyelesaian sengketa, Strange menyatakan, bahwa kita harus mencari “*key bargain*” dalam setiap situasi dan kemudian memutuskan yang mana paling memungkinkan dan tidak memungkinkan memberikan dampak terhadap perubahan, menggantikan berbagai pilihan bagi semua atau beberapa yang menjadi perhatian.⁵⁶⁰ Pada dasarnya pendekatan “*network of bargain*” menguji hubungan dimana kelompok-kelompok yang berbeda bersikap untuk menang atau kalah (*stand to win or lose*).⁵⁶¹ Hal ini dapat dilihat dari, *pertama*, hubungan antara aktor ekonomi yang hampir selalu perusahaan multinasional, dan institusi pemerintah akan membawa sengketa ke WTO.⁵⁶² Dengan biaya litigasi

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibid.*

yang mahal, masing-masing pemerintah akan memutuskan kasus mana yang akan dibawa ke WTO dan mana yang tidak.⁵⁶³

Kedua, Strange menyatakan, terdapat hubungan antar pemerintah negara anggota. Kedekatan perdagangan dan hubungan diplomatik (*density of trade and diplomatic ties*) merupakan variabel yang signifikan dalam kesuksesan penyelesaian sengketa.⁵⁶⁴ Manakala arus perdagangan masih sangat jarang, terdapat sedikit daya tawar untuk retaliasi perdagangan jika putusan panel tidak dapat diterima oleh tergugat, membuat penyelesaian lebih sulit.⁵⁶⁵ *Ketiga*, terdapat hubungan antara WTO dan negara-negara anggotanya.⁵⁶⁶ Variabel ini dapat pula disebut sebagai hubungan antara pemerintah negara anggota dan lingkungan tata kelola perdagangan (*trade governance environment*).⁵⁶⁷ Dalam konteks ini beberapa negara lebih *confident* (percaya diri) dan *skilled* (terampil) pada diplomasi ekonomi multilateral daripada anggota yang lain.⁵⁶⁸ *Keempat*, terdapat hubungan antara aktor pasar (*market actors*) dan WTO.⁵⁶⁹ Dalam hal ini, secara teknis perusahaan atau korporasi tidak memiliki *legal standing* (kedudukan hukum) untuk berperkara di WTO, tetapi mereka memiliki opini (*opinions*) tentang cara yang mujarab dalam penyelesaian sengketa WTO.⁵⁷⁰ *Kelima*, terdapat pula hubungan antara negara anggota dan warga negara (*citizen*) mereka. Warga negara adalah keduanya sebagai aktor pasar dan anggota komunitas politik (*public*

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*, hlm 34.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ *Ibid.*, hlm 35.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*

community).⁵⁷¹ Akan tetapi karena mekanisme WTO tidak dikomandoi oleh pejabat yang dipilih secara demokratis, sehingga pengaruh mereka terhadap kebijakan publik (*public policy*) seringkali kontroversial.⁵⁷² Oleh karena itu, menjadi tugas pemerintah untuk menggunakan mekanisme WTO secara yudisial, melihat di satu sisi kepentingan konstituen (*constituent interest*), tetapi juga melihat pada gambaran yang besar (*big picture*) – biaya jangka panjang (*long term costs*) dan manfaat (*benefits*) bagi komunitas nasional.⁵⁷³ Di sisi lain, menjadi tugas warga negara untuk meminta tanggung jawab pemerintah (*government accountable*) terhadap tindakan di tingkat internasional dan memilih perwakilan pemerintah yang dapat mengelola pada tingkat domestik dan internasional dengan tepat.⁵⁷⁴

5. Penyelesaian Sengketa RTA dalam Sistem Uni Eropa

Salah satu organisasi blok ekonomi dan perdagangan yang sudah terbentuk sejak lama adalah Uni Eropa. Untuk menjalankan fungsi penegakan hukum, UE memiliki institusi khusus sebagai *judicial body* yang disebut dengan *Court of Justice of the European Union* (CJEU) atau *European Court of Justice* (ECJ). Sebagai lembaga penyelesaian sengketa, ECJ memiliki yurisdiksi yang luas.⁵⁷⁵ ECJ dapat menangani sengketa yang diajukan oleh *European Commission* atau gugatan dari Negara Anggota terhadap negara anggota yang lain jika dipandang melanggar kewajiban yang terdapat dalam *European Treaty*.⁵⁷⁶ Selain itu, ECJ dapat memberikan putusan pendahuluan (*preliminary rulings*) yang diajukan pengadilan nasional (*national court*) negara anggota

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ *Ibid.*

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, New York, 1999, hlm 105.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

terhadap masalah-masalah yang memerlukan putusan terhadap pengadilan nasional.⁵⁷⁷ Di samping itu, ECJ juga dapat menangani legalitas tindakan dari *Community*.⁵⁷⁸ Dengan yurisdiksi yang demikian luas, ECJ layaknya sebuah *supranational court* (pengadilan supranasional). ECJ berada di atas lembaga atau badan pengadilan nasional. Akan tetapi ECJ berbeda dengan WTO *legal system*.⁵⁷⁹ Dalam hal sengketa dagang, WTO memiliki *quasi-judicial body* yaitu panel dan *Appellate Body* yang berperan dalam penyelesaian sengketa dagang yang diakui yurisdiksinya oleh semua negara anggota WTO: Yurisdiksi ECJ mencakup negara anggota EU yang berada dalam teritorial Uni Eropa. Negara yang bukan anggota UE tidak dapat menyelesaikan sengketa dagang internasional di ECJ. Yurisdiksi ECJ hanya mencakup negara-negara yang berada di wilayah UE.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*

BAB III

**PENYELESAIAN SENGKETA DAGANG NEGARA-NEGARA
YANG MENJADI PIHAK DALAM *FREE TRADE
AGREEMENT (FTA) DALAM KERANGKA WTO DAN ASEAN***

A. Penyelesaian Sengketa Dalam Kerangka WTO

1. Penyelesaian Sengketa Negara Pihak dalam FTA Bilateral dan Regional melalui WTO

Dalam rangka meningkatkan akses pasar dan perdagangan internasional, negara-negara membentuk perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement/FTA*). Adanya FTA dipandang akan dapat menjamin kelancara lalu lintas perdagangan secara bilateral maupun regional. Dengan FTA diperkirakan tidak akan terjadi sengketa antara para pihak. Akan tetapi dalam kenyataan, perbedaan pemahaman dan interpretasi salah satu pihak terhadap FTA yang telah ditandatangani dapat timbul di masa mendatang. Untuk mengantisipasi terjadinya sengketa dagang, negara-negara yang mengikatkan diri dalam perjanjian FTA memberikan pengaturan penyelesaian sengketa. Dengan pemuatan ketentuan penyelesaian sengketa diharapkan sengketa yang muncul dapat diselesaikan sesuai dengan pengaturan dalam perjanjian. Namun, fakta yang ada menunjukkan, ketika terjadi sengketa, para pihak tidak menyelesaikan secara bilateral sesuai koridor di dalam perjanjian FTA. Terdapat kecenderungan para pihak menggunakan instrumen di luar perjanjian, dengan menggunakan mekanisme penyelesaian sengketa yang terdapat dalam sistem WTO. Hal ini dapat dilihat dari berbagai

kasus sengketa dagang bilateral yang melibatkan dua pihak yang keduanya telah menandatangani kesepakatan dan terikat dalam perjanjian FTA.

Australia dan New Zealand merupakan dua negara penandatangan dan terikat perjanjian pasar tunggal (*single market*) dalam kerangka *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Agreement* (ANZCER), lazim dikenal sebagai *CER Agreement* yang berlaku efektif sejak 1 Januari 1983.⁵⁸⁰ Tujuan CER sesuai ketentuan Article 1 perjanjian antara lain adalah “untuk mengembangkan perdagangan antara New Zealand dan Australia didasarkan atas persaingan yang adil” (*to develop trade between New Zealand and Australia under conditions of fair competition*). Akan tetapi ketika terjadi sengketa impor buah apel dari New Zealand, kedua negara tidak menyelesaikan sengketa melalui pengaturan dalam instrumen perjanjian yang telah ditandatangani. Australia dan New Zealand membawa kasus ke forum WTO dan menyelesaikan sengketa dagang sesuai mekanisme yang diatur dalam WTO. Kasus ini masuk dalam sengketa DS367: *Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*.⁵⁸¹

Amerika Serikat dan Meksiko merupakan dua negara, bersama-sama dengan Canada, menandatangani kesepakatan perjanjian dagang *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) 17 Desember 1992 dan berlaku efektif 1 Januari 1994.⁵⁸² Sesuai pengaturan dalam NAFTA, apabila terjadi sengketa dagang, negara anggota harus menggunakan mekanisme penyelesaian yang terdapat dalam

⁵⁸⁰ P.J. Lloyd, *The Future of the CER: A Single Market for Australia and New Zealand*, dalam Ross Garnaut and Peter Drysdale (ed), *Asia Pacific Regionalism: Readings in International Economic Relations*, Harper Educational, Australia, 1994, hlm 341.

⁵⁸¹ World Trade Organization, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, 2017 Edition, Geneva, 2017, hlm 152.

⁵⁸² Simon Lester and Bryan Mercurio (ed), *Bilateral and Regional Trade Agreement: Case Studies*, Cambridge University Press, 2009, United Kingdom, hlm xxiii,

perjanjian. Namun, kenyataan di lapangan menunjukkan, dalam kasus *Mexico – Corn Syrup*, Amerika Serikat mengajukan penyelesaian sengketa melalui WTO. Hal ini membuat pengaturan dalam perjanjian tidak berfungsi. Fakta ini menunjukkan, bahwa Amerika Serikat lebih mempercayai penyelesaian melalui WTO daripada menggunakan mekanisme yang telah disepakati dalam NAFTA. Kasus ini merupakan sengketa kontroversial antara Amerika Serikat sebagai negara ekonomi besar dengan Meksiko sebagai negara berkembang dan tetangga yang berbatasan langsung. Kasus ini terdaftar dalam sengketa DS132: *Mexico – Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup from the United States*.⁵⁸³

Serupa dengan kasus di atas, hal yang sama dapat dilihat pada sengketa Amerika Serikat dengan Korea Selatan. Kedua negara memiliki perjanjian perdagangan bilateral yang ditandatangani 30 Juni 2007 dan berlaku efektif 15 Maret 2012.⁵⁸⁴ Meskipun memiliki perjanjian dagang dan Korea Selatan merupakan sekutu dekat Amerika Serikat, namun Amerika Serikat dan Korea merupakan dua negara yang mempunyai banyak sengketa dagang, baik sebelum adanya perjanjian dagang maupun setelah ditandatanganinya FTA. Kedua pihak menggunakan penyelesaian melalui forum WTO. Sebagai contoh, dalam kasus mesin cuci (*washing machine*), Korea menggugat Amerika Serikat yang dipandang melakukan *anti-dumping* dan menerapkan *countervailing duties*. Sengketa diajukan Korea Selatan ke WTO sebagai sengketa DS464: *United States*

⁵⁸³ World Trade Organization, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995-December 2007*, 2008 Edition, Geneva, hlm 45.

⁵⁸⁴ Yong-Shik Lee, The United States-Korea Free Trade Agreement, dalam Simon Lester, Bryan Mercurio, Lorand Bartel (ed), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, Cambridge University Press, United Kingdom, Second Edition, 2015, hlm 1.

– *Anti Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea.*⁵⁸⁵

Di kawasan Amerika Latin, sengketa dagang melibatkan dua negara yang menandatangani perjanjian dagang terjadi antara Peru dan Guatemala. Kedua negara menandatangani FTA pada 6 Desember 2011. Dalam kasus *Price Range System (PRS)*, Guatemala mengajukan gugatan ke WTO dugaan atas pelanggaran yang dilakukan Peru yang mengenakan bea masuk impor (import duty) terhadap produk pertanian Guatemala. Kasus ini merupakan sengketa yang kompleks karena terdapat persinggungan antara pengaturan perjanjian dalam kerangka FTA dan pengaturan dalam disiplin WTO. Kasus ini merupakan kasus DS457: *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products.*⁵⁸⁶

2. Yurisdiksi WTO Dalam Penyelesaian Sengketa

Salah satu aspek penting dan menjadi kekuatan WTO adalah adanya *exclusive and compulsory jurisdiction* atau yurisdiksi yang bersifat eksklusif and wajib. Yurisdiksi ini melekat dan menjadikan negara anggota secara otomatis dapat memiliki akses menggunakan instrumen WTO dalam menyelesaikan sengketa. Dengan yurisdiksi itu, negara satu dapat menggugat dan memaksa negara lain menjadi pihak dalam sengketa. Yurisdiksi tersebut menjadikan WTO berbeda dengan *international court* atau *international tribunal* lain seperti *International Court of Justice (ICJ)*, *International Criminal Court (ICC)* atau *International Tribunal on the Law of the Sea (ITLOS)*. Dalam sistem Mahkamah

⁵⁸⁵ World Trade Organization, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, 2017 Edition, hlm 194.

⁵⁸⁶ *Ibid*, hlm 192.

Internasional, Pengadilan Pidana Internasional, dan Tribunal Internasional Hukum Laut, negara-negara tidak terikat dan otomatis menjadi pihak dari suatu sengketa ketika terjadi pelanggaran yang dilakukan negara lain. Negara-negara juga tidak menjadi anggota dan dapat berpartisipasi secara langsung dalam sengketa yang diajukan negara lain. Negara-negara akan terikat dan menjadi pihak dalam sengketa, apabila negara yang bersangkutan secara deklaratif menyatakan menerima dan mengakui yurisdiksi masing-masing lembaga peradilan tersebut.

Yurisdiksi merupakan isu fundamental yang tidak dapat dipisahkan dalam hukum internasional. Demikian pula halnya dengan *judicial body* panel dan *Appellate Body* WTO, yurisdiksi selalu bergandengan dalam penyelesaian sengketa. Yurisdiksi dan pengadilan internasional menjadi dua sisi mata uang yang saling menguatkan. Apabila diumpamakan seperti aliran darah dalam tubuh manusia, yurisdiksi merupakan darah segar yang diperlukan untuk pengadilan. Sebaliknya lembaga peradilan tidak dapat menjalankan fungsinya jika tidak ditopang dengan yurisdiksi. Yurisdiksi diperlukan *judicial body*, dan *judicial body* tidak berarti apa-apa tanpa yurisdiksi. Sesuai kaidah hukum internasional, *court* atau *tribunal* memiliki batasan kekuasaan dan yurisdiksi yang spesifik.⁵⁸⁷ Pengadilan atau *judicial body* mempunyai kekuasaan yang diberikan berdasarkan atas perjanjian (*treaty*) yang menjadi dasar pembentukan.⁵⁸⁸ *Treaty* WTO yang memberikan peran dan memberdayakan badan adjudikasi WTO.⁵⁸⁹ Hal ini penting dipahami, mengingat dalam WTO dan *international legal order* tidak terdapat

⁵⁸⁷ Joel Trachtman, *Jurisdiction in WTO Dispute Settlement*, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2005, hlm 132.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.*

sentralisasi kedaulatan (*centralized sovereign*), akan tetapi kekuasaan mutlak (*absolute power*) dijalankan melalui lembaga peradilan.⁵⁹⁰

Dalam WTO, yurisdiksi memiliki berbagai keterkaitan dalam penanganan sengketa. Yurisdiksi antara lain terkait dengan yaitu, *pertama*, yurisdiksi terhadap klaim; *kedua*, yurisdiksi terhadap spesifikasi hukum yang akan diterapkan dalam klaim; *ketiga*, yurisdiksi terhadap orang-orang tertentu; *keempat*, yurisdiksi terkait banding yang diajukan oleh negara-negara dari sengketa panel; dan *kelima*, yurisdiksi arbitrator WTO terhadap aspek tertentu dalam *remedy*. Klaim merupakan motor penggerak yurisdiksi. Tanpa klaim, yurisdiksi dan kewenangan WTO tidak akan dapat dijalankan. Sesuai DSU, klaim diajukan negara anggota melalui proses konsultasi dan ketentuan penyelesaian sengketa yang terdapat dalam '*covered agreement*', termasuk seluruh ketentuan *WTO law*.⁵⁹¹ DSU diaplikasikan terhadap penyelesaian sengketa yang berkaitan dengan hak (*rights*) dan kewajiban (*obligations*) di bawah *WTO Agreements* dan ketentuan DSU sendiri.⁵⁹² Di bawah DSU terdapat badan-badan *established* yang memiliki yurisdiksi terhadap masalah-masalah tertentu, yang mencakup (i) *Dispute Settlement Body* (DSB); (ii) panel *ad hoc* penyelesaian sengketa; (iii) *standing Appellate Body* (Badan Banding tetap); dan (iv) *arbitrator* yang akan menilai isu-isu khusus yang ditentukan dalam DSU.⁵⁹³

Dalam WTO terdapat banyak ketentuan tentang *dasar* konsultasi dan penyelesaian sengketa dalam '*covered agreement*'.⁵⁹⁴ Hal ini dapat dilihat pada

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ *Ibid*, hlm 134.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ *Ibid*, hlm 133.

⁵⁹⁴ *Ibid*, hlm 134.

Article XXIII GATT, dimana negara anggota merasa bahwa keuntungan (*benefit*) yang mereka dapatkan secara langsung atau tidak langsung di bawah GATT 1994 ditiadakan (*nullified*) atau diganggu (*impaired*).⁵⁹⁵ Contoh ini menunjukkan, komponen yang kritical dari *nullification* dan *impairment* menjadi faktor yang mengganggu manfaat atau keuntungan yang diperoleh anggota WTO di bawah GATT.⁵⁹⁶ Serupa dengan itu, dalam sektor jasa di bawah GATS, ruang lingkup klaim yang diatur hampir sama dengan Article XXIII:1 GATT.⁵⁹⁷ Dalam GATS negara anggota dapat mempertimbangkan anggota lain yang gagal menjalankan kewajiban di bawah GATS atau mempertimbangkan bahwa segala keuntungan yang dapat diperoleh di bawah komitmen spesifik mengalami *nullified* atau *impaired*.⁵⁹⁸ Contoh serupa seperti pada sengketa *EC – Banana III*, dalam putusannya *Appellate Body* menyatakan tidak menemukan syarat adanya '*legal interest*' sebagai dasar *legal standing* gugatan untuk membawa kasus di bawah DSU.⁵⁹⁹ Kasus ini memberi pelajaran bagi *Appellate Body* bahwa anggota WTO mempunyai diskresi yang besar dalam mengajukan sengketa.⁶⁰⁰

Sementara itu, berdasarkan Article 4:7 DSU, permintaan konsultasi merupakan syarat dasar (*prerequisite*) untuk membentuk panel.⁶⁰¹ Selanjutnya dalam hal tidak adanya jawaban dalam periode tertentu, negara yang meminta (*requesting member*) pembentukan panel dapat memproses secara langsung untuk

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*, hlm 135.

membentuk panel.⁶⁰² Sesuai kerangka waktu yang berlaku, setelah 60 hari normal periode konsultasi, panel akan dibentuk pada pertemuan DSB, kecuali pada pertemuan tersebut DSB memutuskan dengan konsensus tidak akan membentuk panel.⁶⁰³ Pengaturan ini menunjukkan, di bawah DSU, negara anggota memiliki “*de facto right*” atau hak *de facto* terhadap panel.⁶⁰⁴ Dengan kata lain, bahwa *WTO legal system* merupakan sistem yang didasarkan pada ‘*de facto mandatory jurisdiction*’.⁶⁰⁵

Menurut Joel Trachtman masalah yurisdiksional yang paling penting dalam penyelesaian sengketa adalah hukum yang akan diterapkan (*applicable law*).⁶⁰⁶ Masalah yang paling utama (*prominent questions*) terkait dengan ini adalah sejauh mana hukum internasional lain diterapkan dalam sengketa WTO.⁶⁰⁷ Dalam hal ini terdapat beberapa distingsi yang perlu menjadi perhatian dalam membuat analisis, yaitu :

- (i) Pertama, harus dibedakan antara penggunaan *general international law* yang berhubungan dengan interpretasi dan konstruksi WTO law, dan penggunaan *general international law* sebagai *applicable law*.
- (ii) Harus dibedakan antara yurisdiksi terhadap klaim dan yurisdiksi untuk menerapkan hukum. Seperti diketahui, bahwa sistem penyelesaian sengketa hanya berhubungan dengan klaim pelanggaran (*violation*) *WTO law*. Masalah kritikal apakah penyelesaian sengketa WTO termasuk yurisdiksi untuk menerapkan hukum internasional yang lain dalam kasus berdasarkan klaim *violation of WTO law*. Hal utama adalah apakah penyelesaian sengketa WTO dapat membawa *non-WTO*

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*

law sebagai *substantive defence* terhadap klaim *violation of WTO law*.

- (iii) Yang paling penting, harus dibedakan masalah hukum yang diterapkan (*aplicable law*) dalam *WTO dispute settlement* dari masalah hukum bahwa dapat diterapkan secara umum pada produk tertentu (*certain product*). Hal ini dapat dipahami, karena *WTO dispute settlement* adalah pengadilan dengan yurisdiksi yang terbatas (*court of limited jurisdiction*) dalam dua hal relevan, yaitu : (i) klaim yang dapat dibahas (*claim it can consider*); dan (ii) hukum yang dapat diterapkan (*the law it can apply*).⁶⁰⁸

Kebanyakan bukti yang ada menunjukkan, bahwa mandat bagi panel dan *Appellate Body* dalam penyelesaian sengketa WTO, *substantive law* yang diterapkan hanya *WTO law*, yaitu yang terdapat dalam ‘*covered agreement*’.⁶⁰⁹ Pada kenyataannya argumen yang bertentangan (*contrary*) mempertanyakan ketika mengabaikan bukti tekstual (*textual evidence*) dan inter yurisdiksi untuk menerapkan hukum lain.⁶¹⁰ Namun kenyataan tampak, *international tribunal* tidak memiliki yurisdiksi yang tegas (*implicit jurisdiction*).⁶¹¹ *International tribunal* adalah pengadilan dengan yurisdiksi yang terbatas (*limited jurisdiction*) yang tidak diperbolehkan melebihi mandat yang diberikan.⁶¹² Yurisdiksi WTO yang didasarkan pada ‘*covered agreement*’ merupakan bagian dari ‘*jurisdiction ratione materiae*’.⁶¹³

Dalam kasus *US – Gasoline*, *Appellate Body* menyatakan bahwa *WTO dispute settlement* tidak secara klinis terpisah dari hukum internasional umum.⁶¹⁴ Akan tetapi ini bukan berarti bahwa *general international law* terintegrasi secara

⁶⁰⁸ *Ibid*, hlm 135-136.

⁶⁰⁹ *Ibid*.

⁶¹⁰ *Ibid*.

⁶¹¹ *Ibid*.

⁶¹² *Ibid*.

⁶¹³ David Palmetter and Petros C. Mavroidis, *Op.cit*, hlm 21.

⁶¹⁴ *Op.Cit*, hlm 136.

penuh (*fully integrated*) dalam *WTO dispute settlement*.⁶¹⁵ Ini memberi arti bahwa keduanya merupakan dua hal yang terpisah.⁶¹⁶ Akan tetapi tepat dinyatakan bahwa WTO adalah bagian dari sistem hukum internasional (*international law system*).⁶¹⁷ Merupakan logika yang salah (*error of logic*) apabila dikonklusikan bahwa *general international law* dapat diterapkan dalam *WTO dispute settlement*.⁶¹⁸

Sementara itu, dalam hal yurisdiksi terhadap orang (*jurisdiction over persons*), secara teknis, WTO tidak mempunyai yurisdiksi terhadap ‘anggota’ (*members*).⁶¹⁹ WTO hanya memiliki kewenangan membuat temuan (*‘findings’*) and rekomendasi (*‘recommendations’*), meskipun *finding* dan *recommendations* memiliki konsekuensi hukum.⁶²⁰ Dalam berbagai kasus, *persons* yang hanya memiliki *direct legal consequences* adalah hanya ‘*members*’.⁶²¹ Yurisdiksi yang merujuk pada *members* merupakan bentuk dari ‘*jurisdiction racione personae*’.⁶²²

3. Negara, Para Pihak dan Kelembagaan Penyelesaian Sengketa

a. Negara sebagai Subyek Sengketa

Sebagai organisasi internasional publik, dimana negara merupakan anggota dari WTO, dengan sendirinya negara menjadi subyek sengketa. Negara anggota WTO tidak dapat menggugat eksportir sebagai pelaku perdagangan internasional, baik. Demikian pula sebaliknya, eksportir tidak dapat menggugat

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ *Ibid*, hlm 136-137.

⁶¹⁹ *Ibid*, hlm 142.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² David Palmetter and Petros C. Mavroidis, *Op.cit*, hlm 29.

negara yang dinilai merugikan perdagangan⁶²³ karena menerapkan kebijakan bea masuk dengan mengenakan tarif impor yang tinggi (*high import tariff*), memberlakukan hambatan non tarif (*non-tariff barrier*), membatasi impor, maupun hambatan lainnya. Eksportir harus meyakinkan pemerintah negara mereka untuk membawa kasus ke WTO yang mungkin bukan merupakan interes dari pemerintah.⁶²⁴ Hal yang sama juga berlaku dalam hal impor, para importir tidak dapat menggugat negara sumber impor sebagai tempat asal barang, jika negara yang bersangkutan melakukan pembatasan ekspor. Meskipun WTO dibentuk untuk mendorong peningkatan perdagangan dunia dimana kegiatan perdagangan dilakukan oleh eksportir yang merupakan ujung tombak perdagangan, sehingga terkesan seolah WTO tidak memihak pada eksportir (*pro exporter*), namun kepentingan eksportir harus disalurkan melalui pemerintah. Eksportir harus meminta negara mewakili kepentingan mereka di WTO. Eksportir harus mempercayakan dan menyerahkan sepenuhnya persoalan dan kasus yang dihadapi kepada negara. Negara akan mewakili kepentingan eksportir dalam sengketa dengan negara lain. Negara merupakan representasi eksportir (*exporter representation*) dalam menghadapi dan menyelesaikan sengketa dagang di WTO.

Bersamaan itu, sebagai subyek sengketa, negara A juga tidak dapat menolak gugatan negara B apabila negara B mengajukan keberatan terhadap kebijakan perdagangan yang dinilai merugikan kepentingan dan ekspor negara B. Hal ini terjadi karena masing-masing negara memiliki independensi dan

⁶²³ Bernard Hoekman, Proposal for WTO Reform: A Synthesis and Assessment, dalam Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M. Stern, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, New York, 2014, hlm 761.

⁶²⁴ *Ibid.*

kedaulatan nasional dalam menentukan kebijakan perdagangan. Kedaulatan (*sovereignty*) yang melekat pada tiap-tiap negara membuat masing-masing negara memiliki hak untuk mengajukan keberatan dan menggugat negara lain. Kedudukan negara yang masing-masing memiliki tempat yang setara, menjadikan negara memiliki keleluasaan untuk menggugat dan mengajukan sengketa. Kenyataan tersebut sesuai dengan kaidah internasional yang berlaku dimana negara merupakan subyek utama dalam hukum internasional. Hukum internasional menjamin independensi negara dalam menjalankan dan membangun interaksi perdagangan antara negara satu dengan negara yang lain.

b. Konsultasi (*Consultations*) sebagai Tahap *Prima Facie*

Dalam sistem WTO konsultasi merupakan tahapan awal sebelum suatu negara mengajukan keberatan dan melakukan gugatan sengketa kepada negara lain. WTO memberikan kesempatan negara anggota mengajukan konsultasi kepada negara mitra dagang (*trade partner*) untuk melakukan konsultasi sebagai langkah awal untuk membahas dugaan (*allegation*) kemungkinan adanya kebijakan perdagangan yang melanggar (*violate*) ketentuan WTO dan merugikan negara lain. Tujuan konsultasi adalah dimaksudkan untuk memungkinkan para pihak mendapatkan informasi yang relevan dan benar (*correct*), sehingga para pihak dapat menemukan jawaban dan solusi yang disepakati bersama (*mutually agreed solution*).⁶²⁵ Jika solusi dua pihak tidak tercapai melalui konsultasi, setidaknya hasil konsultasi akan menjadi informasi yang dapat membantu para

⁶²⁵ David Palmetier and Peter C. Mavroidis, *World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, Second Edition, New York, 2004, hlm 87.

pihak memberikan informasi yang akurat pada forum panel.⁶²⁶ Melalui konsultasi pada tingkat banding, *Appellate Body* dapat mengamati lebih dekat pertukaran informasi (*exchange of information*), mengkaji posisi mereka masing-masing (*assess the merit of positions*), dan mempersempit isu-isu (*narrow the issues*) yang menjadi keberatan para pihak.⁶²⁷

Konsultasi dipandang merupakan aspek yang penting bagi *Appellate Body* dalam penyelesaian sengketa.⁶²⁸ Hal ini dikemukakan *Appellate Body* dalam sengketa *Mexico-Corn Syrup* (Article 21.5 – US).⁶²⁹ Konsultasi memberikan manfaat bagi *Appellate Body*, karena melalui konsultasi, para pihak melakukan pertukaran informasi, mengkaji kekuatan (*strength*) dan kelemahan (*weakness*) masing-masing, mempersempit ruang perbedaan para pihak, dan mencapai *mutually agreed solution* seperti yang tertuang dalam Article 3.7 DSU.⁶³⁰ Ketentuan dalam Article 3.7 DSU menegaskan bahwa tujuan penyelesaian sengketa adalah untuk menjamin solusi yang positif (*to secure a positive solution*) terhadap suatu sengketa. Solusi yang dicapai hendaknya merupakan solusi yang dapat saling diterima semua pihak (*mutually acceptable to the parties*) dan konsisten dengan perjanjian yang dicakup (*covered agreement*) yang menjadi isu sengketa.⁶³¹ Lebih dari itu, konsultasi akan memberikan kesempatan (*opportunity*) para pihak untuk menentukan dan memperluas ruang lingkup sengketa di antara

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2005, hlm 256.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ *Ibid.*

mereka.⁶³² Konsultasi juga akan memberikan banyak manfaat (*benefits*) baik bagi pihak penggugat dan tergugat (*complaining and responding parties*) serta pihak ketiga, maupun terhadap penyelesaian sengketa secara keseluruhan.⁶³³ Selain itu, resolusi sengketa melalui konsultasi dipandang akan memberikan *cost-effective* dan memuaskan untuk hubungan perdagangan jangka panjang (*long term trade relations*) dengan para pihak dalam sengketa dari pada melakukan adjudikasi melalui panel.⁶³⁴

Sebagai suatu proses, konsultasi membuka forum bagi pihak-pihak yang bersengketa (*disputing parties*) untuk memahami dengan baik situasi faktual dan *legal claims* terkait sengketa.⁶³⁵ Dengan pemahaman yang baik, konsultasi memungkinkan para pihak untuk menyelesaikan masalah yang dihadapi tanpa melalui persidangan.⁶³⁶ Apabila titik temu kesepakatan tidak tercapai, setidaknya akan memungkinkan satu pihak untuk mempelajari secara seksama fakta-fakta dan *legal argument* yang kemungkinan akan digunakan pihak lain ketika sengketa memasuki ke proses adjudikasi.⁶³⁷ Dengan berbagai sisi positif tersebut, Peter Van den Bossche memandang konsultasi sebagai mekanisme untuk menemukan pra-peradilan informal (*informal pre-trial discovery mechanism*).⁶³⁸ Konsultasi yang akan diajukan harus memuat setidaknya dua alasan, yaitu *measure at issue* dan dasar hukum (*legal basis*) dari keberatan.⁶³⁹

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ *Ibid.*, hlm 256.

Pengaturan tentang konsultasi tertuang dalam Article XXII:1, Article XXIII:1 GATT dan Article 4 DSU.⁶⁴⁰ Dua ketentuan GATT, Article XX:1⁶⁴¹ dan Article XXIII:1,⁶⁴² menjadi dasar anggota WTO untuk mengajukan suatu sengketa (*initiate a dispute*) dengan melakukan permintaan konsultasi.⁶⁴³ Ketentuan tersebut juga akan menentukan apakah negara anggota yang lain dapat memiliki hak untuk berpartisipasi sebagai pihak ketiga dalam konsultasi.⁶⁴⁴ Apabila *complainant* menggunakan Article XXII:1 sebagai dasar, maka partisipasi pihak ketiga dalam proses konsultasi tergantung dari kesediaan *respondent*, apakah akan menerima atau menolak permintaan partisipasi pihak ketiga.⁶⁴⁵ Sementara itu, jika permintaan konsultasi menggunakan Article XXIII:1, *complainant* dapat mencegah keinginan partisipasi pihak ketiga dalam konsultasi.⁶⁴⁶ Pihak ketiga hanya dapat memperoleh hak jika permintaan konsultasi didasarkan atas Article XXII:1 GATT, Article XXII: GATS atau ketentuan yang terdapat dalam *covered agreements*⁶⁴⁷. Oleh karena itu, pilihan antara menggunakan Article XII:1, Article XXIII:1 GATT akan sangat menentukan dan menjadi sesuatu yang strategis.⁶⁴⁸

Sesuai dengan *ketentuan* DSU, konsultasi dilakukan dalam waktu 30 hari.⁶⁴⁹ Konsultasi diajukan melalui permintaan secara formal (*formal request*)

⁶⁴⁰ World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement*, Second Edition, 2017, United Kingdom, hlm 52.

⁶⁴¹ Article XXII GATT memuat ketentuan tentang Consultation.

⁶⁴² Article XXIII GATT mengatur mengenai Nullification or Impairment.

⁶⁴³ World Trade Organization, *Op.Cit*, hlm 52.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Second Edition, 2017, United Kingdom, hlm 52-53.

⁶⁴⁸ *Ibid*, hlm 53.

⁶⁴⁹ Gabrielle Marceau, Consultations and the Panel Process in the WTO Dispute Settlement System, dalam Rufus Yerxa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2005, hlm 31.

dan tertulis (*in writing*) oleh pihak yang mengajukan keberatan (*complaining party*) dengan memuat fakta-fakta dasar (*basic facts*) dan dasar gugatan (*legal claim*) yang disampaikan kepada negara tergugat (*responding country*), dengan disertai copy kepada *Dispute Settlement Body* (DSB), *WTO Secretariat*,⁶⁵⁰ dan WTO Councils and Committees terkait.⁶⁵¹ *Council* mencakup *Council for Trade in Goods*, *Council for Trade in Services*, dan *Council for TRIPs*.⁶⁵² Untuk *Committee* disampaikan kepada komite yang memiliki keterkaitan substansi seperti *Committee on Anti Dumping Practices*, *Committee on Technical Barriers to Trade* (TBT), dan *Committee on Subsidies and Countervailing Measures*.⁶⁵³ Jika dalam 60 hari sejak tanggal permintaan konsultasi tidak dicapai penyelesaian, *complaining party* dapat mengajukan permintaan pembentukan panel.⁶⁵⁴ Bersamaan itu, jika pihak digugat (*defending party*) tidak menanggapi permintaan konsultasi dalam waktu 10 hari sejak diterimanya permintaan, atau apabila tidak dilakukan konsultasi dalam 30 hari sejak tanggal permintaan, *complaining party* dapat meminta DSB membentuk panel penyelesaian sengketa (*dispute settlement panel*).⁶⁵⁵

Konsultasi merupakan suatu yang bersifat *confidential* dan hanya diikuti oleh negara-negara yang berpartisipasi (*participating country*).⁶⁵⁶ Konsultasi juga tidak melibatkan pihak WTO Secretariat.⁶⁵⁷ Dalam praktik, konsultasi pada

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ David Palmeter and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2004, hlm 87.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ *Ibid.*, hlm 31.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ World Trade Organization, *Op.cit.*, hlm 54.

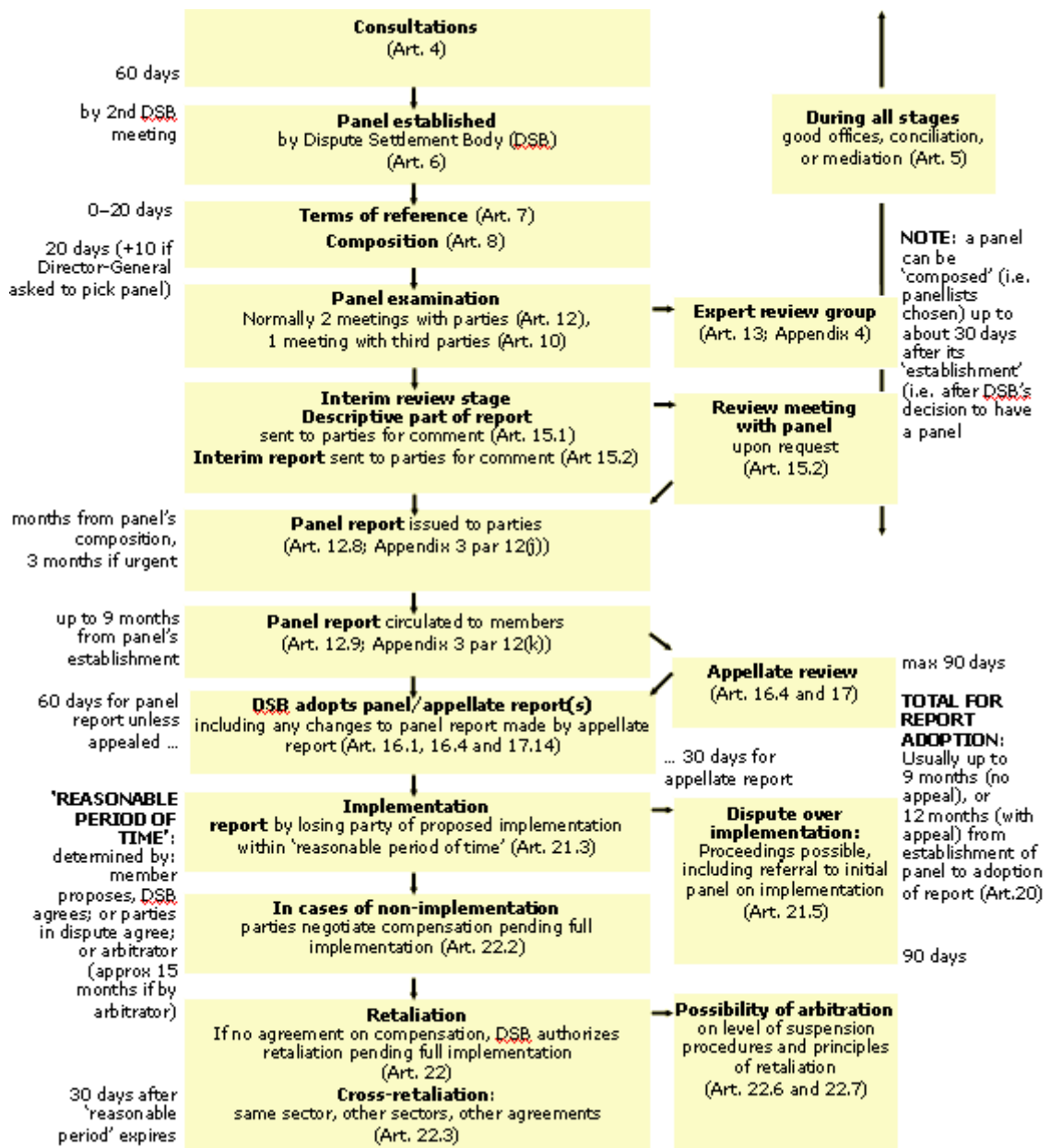
⁶⁵⁷ *Ibid.*

dasarnya dilakukan secara tertutup (*behind closed doors*), tanpa menyampaikan secara formal (*formal transmission*) tentang isi konsultasi kepada panel yang menangani kasus tersebut.⁶⁵⁸ Panel dapat tidak menggunakan dasar penentuan (*determination*) pokok persoalan yang diduga menjadi pembicaraan dalam konsultasi.⁶⁵⁹ Hasil konsultasi akan menentukan dan bermuara pada apakah para pihak sepakat menerima hasil konsultasi atau para pihak tidak mencapai kesepakatan. Dalam hal para pihak menerima hasil konsultasi (*mutually agreed solution*), maka *complainin party* tidak akan melanjutkan ke tingkat panel dan gugatan hanya sampai pada tahap konsultasi. Sebaliknya, jika salah satu pihak tidak mencapai kesepakatan, maka *complaining party* akan membawa gugatan ke forum panel. Gugatan akan menjadi sengketa yang akan diselesaikan melalui panel WTO. Dengan demikian, konsultasi merupakan langkah strategis dan menentukan apakah persoalan akan menempuh proses yang panjang dan masuk dalam adjudikasi. Konsultasi akan menjadi *prima facie* bagi para pihak yang terkait dalam sengketa. Jika para pihak gagal mencapai kesepakatan, konsultasi akan menjadi titik masuk (*entry point*) untuk mulai terjadinya sengketa. Proses dan keseluruhan tahapan waktu dalam penyelesaian sengketa WTO dapat dilihat dari grafik *flowchart* di bawah ini.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ *Ibid*, hlm 55.

Grafik 1
Flowchart Tahap dan Proses Penyelesaian Sengketa WTO



c. Posisi Para Pihak dalam Sengketa

Sebagai lembaga penyelesaian sengketa dagang, WTO memiliki sistem yang unik, berbeda dengan sengketa dalam peradilan konvensional di tingkat nasional maupun arbitrase. Sengketa WTO tidak saja melibatkan dua pihak antara penggugat (*complainant*) dan tergugat (*respondent* atau *defendent*), tetapi juga melibatkan partisipasi pihak ketiga (*third parties*). *Complaining party* dapat terdiri dari satu negara, tetapi juga dapat mencakup banyak negara. Dalam sengketa otomotif, “*Indonesia-Measures Affecting Automobile Industry*”, penggugat terdiri dari banyak negara, yaitu *European Communities* (EC), Amerika Serikat dan Jepang. Sementara untuk pihak ketiga selalu melibatkan lebih banyak negara.

Dalam hal posisi para pihak dalam sengketa, penggugat dan tergugat memiliki hak dan kedudukan yang lebih besar dibandingkan dengan pihak ketiga. Penggugat dan tergugat memiliki kedudukan yang setara dalam proses peradilan dan adjudikasi WTO. Meskipun kedudukan penggugat dan tergugat tidak disebutkan secara khusus dalam bab-bab DSU, akan tetapi keberadaan penggugat dan tergugat merupakan faktor penting yang menjadikan penyelesaian sengketa WTO eksis. Tanpa penggugat dan tergugat, sistem dalam WTO tidak akan berfungsi dan tidak akan melahirkan berbagai yurisprudensi. Penggugat dan tergugat akan berpartisipasi penuh dari tahap konsultasi, panel hingga ke proses banding di *Appellate Body*. Adanya gugatan yang diajukan penggugat terhadap tergugat akan menciptakan keseimbangan hukum (*legal balance*) dalam penerapan hukum WTO (*WTO Law*) dan perdagangan dunia. Munculnya gugatan menunjukkan adanya respons dan koreksi negara anggota terhadap implementasi

perjanjian WTO sebagai instrumen yang mengatur perdagangan dunia untuk menjamin terjaganya *rules-based* sistem perdagangan global. Adanya gugatan yang dilakukan negara penggugat, selain sebagai langkah penegakan *WTO agreement*, juga sebagai wujud ‘*concern*’ negara anggota terhadap kelangsungan perdagangan multilateral.

Dalam praktik dan konteks WTO, penggugat dan tergugat dapat merupakan negara maju (*develop country*) dan negara berkembang (*developing country*). WTO tidak membedakan antara *develop country* dan *developing country* untuk berpartisipasi dan berperan dalam sengketa. WTO juga tidak melihat apakah *developing country* memiliki kapasitas dalam berperkara dan mengajukan sengketa. Negara berkembang dapat memenangkan sengketa dengan negara maju atau mengalahkan negara maju. Dengan kata lain, negara yang maju dan memiliki berbagai kemampuan baik *legal expertise*, *financial capability* maupun *trade power* dapat menjadi pihak yang kalah dalam sengketa. Sengketa antara negara maju dan negara berkembang yang dimenangkan negara berkembang dapat dilihat dari beberapa kasus. Dalam kasus *US – Underwear*, antara Amerika Serikat (AS) dengan Costa Rica, dimana Costa Rica sebagai *complainant*.⁶⁶⁰ Costa Rica menggugat AS yang menerapkan kebijakan *safeguard* di bawah *Agreement of Textiles and Clothing (ATC Agreement)* dengan membatasi impor produk “*underwear*” dari Costa Rica.⁶⁶¹ Costa Rica menggugat AS dengan argumentasi bahwa langkah yang diambil AS bertentangan (*contrary*) dengan ketentuan

⁶⁶⁰ Mitsuo Matsushita, *The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems*, dalam Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M Stern, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, 2014, New York, hlm 510.

⁶⁶¹ *Ibid.*

safeguard dalam *ATC Agreement*.⁶⁶² *Appellate Body* kemudian menerima gugatan Costa Rica dan memutuskan bahwa langkah AS merupakan pelanggaran (*violation*) terhadap *ATC Agreement* dan AS harus membuat kebijakan baru yang konsisten dengan WTO.⁶⁶³

Sengketa lain, dalam kasus *US – Gambling*, antara Amerika Serikat dan Antigua-Burbuda, AS melarang perjudian dengan internet (*internet gambling*) oleh operator di Antigua-Burbuda yang diperuntukkan bagi pelanggan AS. Antigua-Burbuda menggugat bahwa pelarangan tersebut bertentangan dengan prinsip ‘*national treatment*’, karena AS melarang transfer internasional untuk *gambling service (international transfer of gambling service)*, akan tetapi mengizinkan *interstate transfer* untuk *gambling service* di wilayah AS. *Appellate Body* memutuskan bahwa AS telah melanggar ketentuan *General Agreement on Trade in Services (GATS)* dengan bersikap diskriminasi terhadap *international gambling services* yang di dalam negeri. *Appellate Body* dengan tegas mengizinkan Antigua-Burbuda melakukan tindakan pembalasan (*retaliate*) terhadap AS dengan menangguhkan hak kekayaan intelektual (*intellectual property rights*) warga negara AS di Antigua-Burbuda.

Dalam kasus lain, *EC – Sardines*, Peru sebagai negara berkembang berhadapan dengan *European Communities (EC)* yang melarang penggunaan label ‘*sardines*’ untuk produk ikan tuna kaleng (*canned tuna*) yang dibuat dari ikan tangkap di daerah (*area*) selain dari *North Sea, Mediterranean Sea*, dan

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ *Ibid.*

Black Sea.⁶⁶⁴ Peru mengemukakan, bahwa langkah tersebut merupakan pelanggaran (*violation*) terhadap Article 2.4 dari *Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT)*, karena ketentuan TBT mengamanatkan anggota WTO untuk mendasarkan *compulsary standard* mereka pada standar internasional, dan standar internasional lain yang diijinkan dengan beberapa kondisi.⁶⁶⁵ Kasus ini membuktikan kembali bahwa Appellate Body sepakat dengan Peru dan memutuskan bahwa tindakan EC merupakan pelanggaran terhadap *TBT Agreement*.⁶⁶⁶

Indonesia telah berpartisipasi dalam berbagai sengketa WTO, baik sebagai *complainant*, *respondent* maupun *third party*. Keterlibatan Indonesia dalam sengketa WTO pertama kali pada kasus mobil nasional, 1996, dimana Indonesia berkedudukan sebagai tergugat berhadapan dengan *European Communities*, Jepang dan Amerika Serikat. Sengketa "*Indonesia-Measures Affecting Automobile Industry*" merupakan pengalaman pertama yang dialami Indonesia dalam sengketa dagang dunia. Sebagai tergugat, dapat dikatakan, Indonesia belum memiliki pengalaman yang cukup untuk menghadapi sengketa dagang. Dalam sengketa di tingkat panel, pemerintah terpaksa menggunakan *private lawyer* selama berlangsungnya sengketa. *Private lawyer* menjadi bagian dari delegasi pemerintah dalam menyampaikan argumen pada sidang panel.

Dalam kaitan dengan pihak ketiga, *third party* tidak dalam kedudukan yang mandiri. Partisipasi dan keterlibatan pihak ketiga muncul ke permukaan karena adanya sengketa yang diajukan penggugat dan tergugat. Pihak ketiga tidak

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ *Ibid.*

berperan sebagai pelaku utama dan penggerak sengketa (*case initiator*). Pihak ketiga dapat dikatakan sebagai '*follower of the dispute*', akan mengikuti dan mengambil peran setelah terjadinya sengketa. Negara anggota WTO akan berperan sebagai pihak ketiga setelah menyampaikan permohonan mengajukan diri untuk berpartisipasi dalam sengketa. Dalam sistem WTO pihak ketiga mendapatkan tempat dan pengaturan tersendiri. Ketentuan tentang pihak ketiga dituangkan dalam Article 10 DSU. Negara dapat berkedudukan sebagai *third party* apabila memiliki '*substantial interest*' terhadap suatu isu atau kasus yang diajukan penggugat. Partisipasi pihak ketiga dalam sengketa merupakan bagian dari semangat transparansi (*transparency spirit*) yang diberikan WTO kepada negara anggota.⁶⁶⁷ Dengan adanya pihak ketiga, akan tercipta proses yang transparan (*transparency process*) dalam penyelesaian sengketa.⁶⁶⁸ Sengketa yang melibatkan pihak ketiga dengan sendirinya akan dapat mengakomodasi kepentingan pihak ketiga (*third party interest*) sehingga dapat mencegah hasil penyelesaian yang diskriminatif (*discriminatory outcome*) yang dinegosiasikan antara *complainant* dan *respondent*.⁶⁶⁹ Kehadiran pihak ketiga dipandang akan dapat menempatkan peran transparansi (*transparency role*) dalam penyelesaian sengketa WTO.⁶⁷⁰ Para pihak yang bersengketa sangat mungkin mencapai penyelesaian politik yang memuaskan (*satisfactory solution*) di antara mereka, akan tetapi dapat pula menjadi penyelesaian yang tidak memuaskan

⁶⁶⁷ Chad P. Bown, *Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Brooking Institution Press, Washington, 2009, hlm 54.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ *Ibid.*

(*unsatisfactory solution*) dari perspektif ekonomi atau politik negara anggota lain, yang merasakan dampak dari suatu sengketa.⁶⁷¹

d. Badan Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Body*) sebagai Representasi dan Majelis Umum Anggota WTO

Satu di antara institusi penting dalam penyelesaian sengketa WTO adalah *Dispute Settlement Body* (DSB) atau Badan Penyelesaian Sengketa. DSB beranggotakan seluruh anggota WTO.⁶⁷² DSB menjadi representasi pemerintahan, umumnya merupakan misi perwakilan diplomatik di Jenewa, berasal dari kementerian yang menangani urusan luar negeri maupun perdagangan.⁶⁷³ Sebagai kepanjangan misi kantor pusat (*head office*) masing-masing negara, mereka menerima instruksi mengenai posisi yang harus diambil, menyampaikan *statement*,⁶⁷⁴ melakukan *lobby* dengan perwakilan negara lain, negosiasi dan membahas isu-isu yang menjadi kepentingan nasional (*national interest*). Dengan struktur misi seperti itu, DSB adalah lembaga politik (*political body*)⁶⁷⁵ WTO.

DSB menempati kedudukan penting dan strategis, karena memiliki kewenangan (*authority*) untuk membentuk panel, menerima (*adopt*) laporan (*report*) panel dan *Appellate Body*, menjaga pengawasan (*surveillance*) implementasi *ruling and recommendations*, dan mengizinkan penangguhan konsesi (*authorize suspension of concession*) serta kewajiban lain yang ditetapkan dalam *covered agreement*.⁶⁷⁶ Kewenangan tersebut seperti dituangkan dalam Article 2:1 DSU. Dalam konteks non teknis, DSB bertanggung jawab dalam

⁶⁷¹ *Ibid*, hlm 55.

⁶⁷² World Trade Organization, *Op.Cit*, hlm 24.

⁶⁷³ *Ibid*.

⁶⁷⁴ *Ibid*.

⁶⁷⁵ *Ibid*.

⁶⁷⁶ *Ibid*.

menentukan adjudikasi (membentuk panel), membuat putusan adjudikasi (menerima *panel and Appellate Body report*), mengawasi implementasi putusan, dan mengizinkan untuk melakukan *countermeasures* (tindakan balasan) jika terdapat anggota WTO yang tidak sejalan dengan (*comply with*) putusan.⁶⁷⁷

Dalam menjalankan manajemen operasional organisasi, DSB layaknya *General Council* atau Majelis Umum (*General Assembly*), merupakan *supreme decision making body* (badan pembuat keputusan tertinggi), di luar Konferensi Tingkat Menteri (KTM) (*Ministerial Conference*)⁶⁷⁸ atau pertemuan tingkat menteri (*Ministerial Meeting*) yang diselenggarakan setiap dua tahun. Setelah selesai pertemuan menteri dan ketika tidak berlangsungnya KTM, maka DSB merupakan otoritas tertinggi WTO yang menjalankan roda organisasi, membuat putusan dan menangani berbagai isu terkait penyelesaian sengketa. DSB dipimpin seorang ketua (*Chairman*) yang dipilih dari perwakilan negara anggota WTO, biasanya setingkat Duta Besar (Ambassador).⁶⁷⁹ *Chairman* dipilih pada setiap awal tahun untuk memimpin semua pertemuan DSB.⁶⁸⁰

Sebagai pemegang otoritas tertinggi, DSB memiliki kekuasaan untuk membuat *rules of procedures* sesuai dengan keperluan untuk menjalankan tanggung jawab yang melekat pada DSB.⁶⁸¹ Bersamaan dengan itu, DSB mengembangkan *working practice* untuk menangani masalah-masalah praktis seperti penyampaian notifikasi dan mensirkulasi dokumen-dokumen penyelesaian sengketa ketika *legal deadlines* jatuh pada tanggal di luar hari kerja (*non working*

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ Rufus Yersa and Bruce Wilson, hlm 25.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ *Ibid.*

day) WTO. Dalam kaitan ini penting dicatat, bahwa peran utama (*main role*) DSB sebagai institusi yang menyediakan kerangka (*framework*) yang memungkinkan negara anggota menyampaikan pandangan dan komentar mengenai *legal interpretations* dan *reasonings* (alasan-alasan) panel dan *Appellate Body*.⁶⁸² Melalui DSB negara-negara anggota WTO bebas untuk mengangkat semua masalah prosedural (*procedural matters*) berkaitan dengan operasional DSU.⁶⁸³ DSB juga menjaga pengaruh tertentu terhadap proses dan melaksanakan kontrol atas apa yang sudah dilakukan oleh panel dan *Appellate Body*.⁶⁸⁴

Mengingat proses penyelesaian diatur dengan jadwal waktu yang ketat (*strict deadlines*) dimana DSB harus mengambil langkah aksi, DSB harus melakukan pertemuan sesering mungkin untuk melaksanakan fungsinya dalam batas waktu yang ketat.⁶⁸⁵ DSB menjadwalkan pertemuan dengan anggota WTO dalam kerangka waktu yang ditentukan setiap bulan, baik pertemuan yang bersifat umum (*general meeting*) maupun pertemuan khusus (*special meeting*).⁶⁸⁶ Pertemuan khusus diadakan berdasarkan permintaan (*request*) negara anggota untuk memenuhi batas waktu tertentu (*particular deadline*) dimana tidak dijadwalkan pertemuan reguler dalam periode waktu tersebut.⁶⁸⁷ Dalam praktik, DSB melakukan pertemuan reguler (*regular meeting*) dalam siklus bulanan.⁶⁸⁸

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Op.cit*, hlm 24.

⁶⁸⁸ World Trade Organization, *Op.cit*, hlm 24.

Secara rata-rata, setidaknya dua pertemuan dilakukan DSB setiap bulan, yaitu satu reguler dan satu khusus.⁶⁸⁹

Dalam pembuatan putusan, sesuai Article 2:4, DSB membuat putusan berdasarkan konsensus, dimana konsensus terjadi apabila tidak terdapat anggota WTO yang keberatan ketika dilangsungkan pengambilan putusan.⁶⁹⁰ Sesuai *procedural rule* yang berlaku di WTO, dalam penerimaan (*adopted*) *report* panel dan Appellate Body berlaku prinsip yang lazim dikenal sebagai “*negative*” atau “*reverse*” *consensus*.⁶⁹¹ Dengan “*negative consensus*” atau “*reverse consensus*”, ketika membentuk panel, menerima (*adopted*) *panel and Appellate Body reports*, dan mengizinkan *countermeasures*, putusan akan disetujui, kecuali terdapat konsensus yang menolak.⁶⁹² Ini berarti bahwa satu negara anggota atau satu kelompok anggota (*a group of members*) tidak dapat mencegah pengambilan keputusan terhadap tiga hal tersebut.⁶⁹³ Untuk menciptakan kondisi yang kondusif pencapaian *negative consensus*, *consensus rule* mensyaratkan semua anggota dalam pertemuan untuk menentang aksi/tindakan yang diusulkan (*proposed action*) atau putusan (*decision*) yang dapat mencegah aksi atau usulan tersebut agar tidak disetujui.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Op.cit*, hlm 26.

⁶⁹⁰ World Trade Organization, *Op.Cit*, hlm 24-25.

⁶⁹¹ World Trade Organization, *Op.Cit*, hlm 25.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*

e. **Panel Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Panel*) sebagai *Judicial Body* Tingkat Pertama**

Panel merupakan tahap penyelesaian sengketa yang diterapkan WTO sebagai peradilan tingkat pertama (*first instance*). Panel menerapkan proses penyelesaian sengketa layaknya seperti pada pengadilan nasional, sehingga disebut sebagai *quasi-judicial*. Sebagai *international judicial-body*, panel diakui dan diterima oleh anggota WTO untuk menyelesaikan sengketa dagang. Panel dipergunakan para pihak dalam menyelesaikan sengketa setelah konsultasi yang dilakukan tidak berhasil mencapai kesepakatan untuk menyelesaikan isu atau masalah perdagangan. Panel dianggap sebagai wahana yang dapat menyelesaikan sengketa dagang yang dihadapi negara anggota. Panel dibentuk berdasarkan permintaan (*request*) negara anggota yang merasa bahwa negara anggota lain membuat kebijakan yang melanggar ketentuan WTO dan merugikan anggota yang lain. Panel menjadi aktivitas hukum yang setiap waktu harus disediakan dan dijalankan WTO. Akan tetapi jumlah panel yang dibentuk WTO tidak dalam jumlah yang linear. WTO tidak menargetkan panel yang diproyeksikan akan dibentuk setiap tahun. WTO juga tidak dapat memprediksi jumlah panel yang akan diajukan negara anggota. Secara statistik tidak terdapat jumlah panel yang konstan setiap tahun. Tahun 2016 terdapat 25 (dua puluh lima) sengketa yang diajukan dan sampai ke tingkat panel.

Dalam sistem WTO, fungsi panel adalah membantu *Dispute Settlement Body* (DSB) dalam menjalankan tugas dan tanggung jawab di bawah *Dispute*

Settlement Understanding (DSU) dan *WTO agreements*.⁶⁹⁵ Dalam menjalankan tugas DSB, panel membahas isu-isu yang setidaknya mencakup dua hal.⁶⁹⁶ *Pertama*, tugas membahas isu-isu yang disampaikan para pihak kepada panel, dan *kedua*, membahas dan memastikan isu-isu yang bersifat yurisdiksional, meskipun tidak dikemukakan para pihak.⁶⁹⁷ Panel juga berperan dalam mengontrol proses penyelesaian sengketa sesuai dengan kaidah yang diatur dalam DSU, menetapkan batas waktu penyampaian submisi tertulis (*written submission*) dan mengatur jadwal⁶⁹⁸ proses panel para pihak yang bersengketa. Dalam sengketa yang spesifik, panel harus melakukan *review* terhadap fakta-fakta dan aspek hukum sengketa, serta menyampaikan *report* kepada DSB yang memuat kesimpulan apakah gugatan *complainant* benar-benar terjadi dan langkah-langkah (*measures*) yang diajukan tidak bersesuaian (*inconsistent*) dengan WTO.⁶⁹⁹ Apabila panel menemukan bahwa keberatan (*claim*) yang diajukan ditemukan dan terjadi pelanggaran kewajiban WTO oleh negara anggota, panel selanjutnya akan membuat *report* yang memuat rekomendasi untuk dilaksanakan oleh *respondent*.⁷⁰⁰ *Respondent* memiliki peran penting dalam *quasi-judicial* WTO, karena akan menentukan apakah putusan *rulings and recommendations* akan diterapkan atau tidak. Apakah putusan akan ditaati atau diabaikan. Jika *respondent* tidak mengimplementasikan putusan panel, maka sistem *judicial body* yang diterapkan akan pincang dan mempengaruhi citra serta eksistensi panel WTO.

⁶⁹⁵ *Ibid*, hlm 108.

⁶⁹⁶ *Ibid*.

⁶⁹⁷ *Ibid*.

⁶⁹⁸ *Ibid*.

⁶⁹⁹ *Ibid*, hlm 29.

⁷⁰⁰ *Ibid*.

Putusan panel yang dikeluarkan dibuat oleh panelis ahli⁷⁰¹ yang terdiri dari ketua dan anggota. Ketua panel akan dipilih di antara dan oleh anggota panel sendiri. Praktik WTO selama ini menunjukkan, komposisi panel sesuai Article 8:5 terdiri dari 3 (tiga) orang, kecuali karena alasan tertentu, berdasarkan kesepakatan negara anggota menginginkan komposisi 5 (lima) orang. Hingga saat ini belum pernah terjadi panel terdiri dari lima orang.⁷⁰² Mengingat WTO tidak memiliki panel yang permanen, panel yang dibentuk adalah panel *ad hoc*.⁷⁰³ Panel akan bekerja secara *ad hoc* untuk setiap sengketa.⁷⁰⁴ Setiap kasus akan ditangani oleh panel baru yang bersifat *ad hoc* yang akan menyelesaikan sengketa dari awal hingga selesainya seluruh proses panel. Dengan komposisi tiga orang, panel merupakan *collegial body*⁷⁰⁵ yang bekerja secara kolektif dan kolegial dalam menjalankan seluruh proses panel dan pembuatan putusan. Panel akan bekerja dengan bantuan dan dukungan dari tim *lawyer*, staf *WTO Secretariat*, termasuk pakar ekonomi, tergantung dari isu/masalah dari kasus.⁷⁰⁶ Apabila terdapat kasus yang memerlukan keahlian (*expertise*) bidang tertentu, seperti pertambangan, penerbangan, dan sektor industri yang lain, WTO akan meminta kehadiran tenaga ahli (*expert*) untuk mendapatkan data, informasi dan pandangan (*opinion*) yang diperlukan dalam menyelesaikan sengketa. Kebutuhan akan tenaga ahli di sektor industri tertentu dapat dilihat dari banyaknya sengketa dan pembuatan *report* yang harus memakan waktu cukup lama, karena kompleksitas permasalahan dan keperluan mendapatkan masukan serta opini tenaga ahli.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² *Ibid*, hlm 71.

⁷⁰³ *Ibid*, hlm 29.

⁷⁰⁴ *Ibid*, hlm 71.

⁷⁰⁵ *Ibid*, hlm 73.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

Dalam WTO, putusan panel dapat menjadi putusan akhir yang bersifat final dan diterima oleh para pihak, dimana para pihak tidak melanjutkan sengketa ke tingkat banding. Apabila para pihak tidak berkeberatan dengan putusan panel, dengan otomatis sengketa akan berakhir di tingkat panel. Dalam sengketa *Indonesia – Autos*, sengketa hanya sampai di tingkat panel. Indonesia menerima putusan panel dan tidak mengajukan banding ke *Appellate Body*. Indonesia menyatakan sepenuhnya (*fully comply*) mengimplementasikan *rulings and recommendations* panel.

f. Badan Banding (*Appellate Body*) Sebagai *Judicial Body* Tingkat Akhir dan Tertinggi

1) Perkembangan *Appellate Body*

Salah satu bagian dari penyelesaian sengketa yang unik dalam sistem WTO adalah adanya forum yang memberikan kesempatan bagi para pihak yang bersengketa (*disputant*) untuk melakukan banding melalui *Appellate Body*. Dengan *Appellate Body*, para pihak dapat mengajukan permintaan kepada WTO agar dapat melakukan tinjauan banding (*appellate review*) atas putusan yang dikeluarkan panel. Proses banding yang diajukan *disputant* dapat dilakukan dengan mudah, karena penerimaan (*adoption*) *panel report* yang bersifat otomatis (*automatic adoption*).⁷⁰⁷ Keunikan *Appellate Body* ini dipandang sebagai inovasi paling signifikan yang diciptakan WTO dari pada sistem penyelesaian sengketa

⁷⁰⁷ John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, New York, 2006, hlm 136.

yang digunakan di era GATT.⁷⁰⁸ *Appellate Body* beranggotakan tujuh orang dengan masa jabatan empat tahun dan dapat dipilih kembali untuk masa empat tahun berikutnya. Sesuai Article 17 DSU, *Appellate Body* adalah badan banding permanen atau *Standing Appellate Body*. *Uruguay Round* membentuk *Appellate Body* sebagai *standing body* adalah untuk memperkuat penyelesaian sengketa dalam sistem perdagangan multilateral (*multilateral trading system*).⁷⁰⁹ Status sebagai *standing body* menjadikan *Appellate Body* berbeda dengan pengadilan (*court*) atau *international tribunal* lain seperti *International Court of Justice* (ICJ), *International Criminal Court* (ICC) dan *International Tribunal on the Law of the Sea* (ITLOS).⁷¹⁰ *International court* atau *international tribunal* umumnya hanya sebagai pengadilan tingkat pertama (*court of first instance*) dan tidak memiliki banding. Kenyataan tersebut menjadikan *Appellate Body* sebagai pengadilan tingkat kedua (*the second*) dan terakhir (*final stage*) dalam adjudikasi di bawah sistem penyelesaian sengketa.⁷¹¹

Dalam struktur WTO, menurut Peter Van den Bossche, *Appellate Body* merupakan organ yang paling penting dalam penyelesaian sengketa WTO.⁷¹² Van den Bossche menyatakan, *Appellate Body* dapat dikatakan layaknya sebagai “*World Trade Court*”.⁷¹³ Hal ini karena keberadaan *Appellate Body* sebagai *standing body* yang dapat melakukan peninjauan banding (*appellate review*) atas

⁷⁰⁸ Peter Van den Bossche, *The Making of the “World Trade Court”: the origin and development of the Appellate Body of the World Trade Organization*, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2005, hlm 64.

⁷⁰⁹ World Trade Organization, *Op.cit*, hlm 31.

⁷¹⁰ Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Op.cit*, hlm 66.

⁷¹¹ World Trade Organization, *Op.cit*, hlm 31.

⁷¹² Rufus Yersa and Bruce Wilson, hlm 64.

⁷¹³ *Ibid*, hlm 64.

putusan dari pengadilan tingkat pertama yang tidak terdapat dalam pengadilan internasional lain. *Appellate Body* merupakan satu-satunya *quasi-judicial international tribunal*⁷¹⁴ yang memfasilitasi para pihak bersengketa dalam proses banding. Sesuai Article 17:6 DSU, *Appellate Body* akan melakukan *appellate review* “*issues of law in a panel report*” dan “*legal interpretation developed by a panel*”. Para pihak yang bersengketa dapat melakukan banding terhadap hal-hal yang dipandang sebagai “*issues of law*” dari *panel report*.⁷¹⁵ *Appellate Body* akan membuat putusan atas “*issues of law*” yang diajukan. Dalam membuat putusan tinjauan banding, *Appellate Body* dapat berupa “*uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of a panel*”.⁷¹⁶ Putusan banding yang dikeluarkan dapat bersifat menegakkan (*uphold*), memodifikasi (*modify*) atau kembali (*reverse*) pada temuan hukum (*legal findings*) dan kesimpulan (*conclusion*) panel. Akan tetapi jika putusan *Appellate Body* bersifat “*modify*” atau “*reverse*”, *Appellate Body* tidak melakukan “*remand*” (mengirim kembali) sengketa ke tingkat panel sebagai pengadilan yang lebih rendah.⁷¹⁷ Untuk menjamin posisi para pihak yang bersengketa, persidangan (*proceeding*) *Appellate Body* bersifat “*confidential*”. Dengan persidangan yang *confidential*, *Appellate Body* akan dapat menjaga kewibawaan dan kehormatan pihak-pihak bersengketa sebagai anggota WTO. Sifat *confidential* ini menjadi sisi positif dari DSU yang merupakan warisan dari sistem GATT ketika *trade disputes* diselesaikan melalui diplomasi

⁷¹⁴ Debra P. Steger, *The Appellate Body and Its Contribution to WTO Dispute Settlement*, dalam Daniel M. Kennedy and James D. Southwick, *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, hlm 482.

⁷¹⁵ John H. Jackson, *Op.Cit.*, hlm 136.

⁷¹⁶ Article 17:13.

⁷¹⁷ David Palmeter and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2004, hlm210.

dari pada adjudikasi.⁷¹⁸ Sejalan dengan itu, DSU menegaskan, bahwa tugas *Appellate Body* adalah menjaga hak-hak (*rights*) dan kewajiban (*obligation*) negara anggota di bawah *covered agreement*, dan mengklarifikasi ketentuan-ketentuan dari perjanjian WTO sesuai dengan *customary rules of interpretation of public international law*.⁷¹⁹

Dalam kaitan dengan putusan, sesuai *rule* dalam WTO, secara formal (*formally*) seperti halnya panel, *Appellate Body* bukan badan pembuat putusan (*not decision making body*).⁷²⁰ Fungsi *Appellate Body* adalah menyiapkan *report* untuk penyelesaian suatu sengketa yang kemudian disampaikan kepada DSB.⁷²¹ DSB menerima *report* dan menyelesaikan sengketa (*resolves the disputes*).⁷²² Dengan demikian *Appellate Body* adalah entitas yang melekat pada DSB yang berfungsi memberikan rekomendasi resolusi sengketa (*recommend resolution of dispute*).⁷²³

Prosedur banding pada *Appellate Body* dilakukan setelah pihak yang bersengketa menyampaikan *Notice of Appeal* kepada *Dispute Settlement Body* (DSB) dan *Appellate Body Secretariat*.⁷²⁴ Pemberitahuan banding disampaikan oleh pihak yang mengajukan banding (*'appellant'*) kepada pihak yang menjadi lawan banding (*'appellee'*). Submisi yang disampaikan "*appellant*" harus memuat hal-hal yang mencakup : (i) *legal argument* yang mendukung posisi *appellant*, termasuk pernyataan yang tepat (*precise statement*) dasar melakukan

⁷¹⁸ Rufus Years and Bruce Wilson, hlm 67.

⁷¹⁹ Article 3:2 DSU.

⁷²⁰ Mitsuo Matsuhito, *Op.cit*, hlm 511.

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Appellate Body Rule 20(1).

banding (*grounds for appeal*), disamping dugaan spesifik (*specific allegation*) dari kesalahan (*error*) dalam isu hukum (*issues of law*) yang dicakup di *panel report*, dan *legal interpretation developed by the panel*; (ii) *precise statement of the provisions* dari *covered agreement* dan sumber-sumber hukum lain (*other legal sources*) yang menjadi landasan; dan (iii) sifat (*nature*) dari *decision or ruling sought*.⁷²⁵ Sementara itu, untuk lawan banding sebagai “*appellee*” harus menyampaikan : (i) *precise statement of the grounds* yang menolak (*opposing specific allegation of errors* dalam isu-isu hukum yang dicakup dalam *panel report* dan *legal interpretation developed by the panel* yang diangkat (*have been raised*) dalam submisi *appellant*, dan dalam *legal argument raised by the appellant* yang mendukung posisi *appellant*; (ii) penerimaan (*an acceptance*), atau penolakan (*opposition*), dari dasar yang masuk dalam submisi *appellant*; (iii) *precise statement of the provisions of the covered agreements and other legal sources relied on*; dan (iv) *the nature of the decision or rulings sought*.⁷²⁶

Sebagai pengadilan banding dan tingkat akhir, *Appellate Body* dengan sendirinya menjadi tumpuan harapan bagi para pihak untuk menyelesaikan sengketa. *Appellate Body* menjadi puncak penyelesaian sengketa untuk mendapatkan putusan yang adil (*fair*) dan memuaskan (*satisfactory*). *Appellate Body* akan menjadi medan pertempuran hukum (*legal battle*) untuk memenangkan dan memastikan bahwa posisi negara anggota sesuai dengan kaidah-kaidah perdagangan internasional dalam *WTO Agreement*. Sebagai badan banding, putusan *Appellate Body* akan sangat menentukan, karena kekuasaan (*power*) yang

⁷²⁵ Appellate Body Rule 21.

⁷²⁶ Appellate Body Rule 22(2).

dimiliki *Appellate Body* akan mempengaruhi sistem perdagangan multilateral pada pergerakan arus barang dan jasa internasional. Putusan *Appellate Body* juga akan menjadi referensi bagi negara-negara dalam membawa arah kebijakan perdagangan global di masa depan. Putusan *Appellate Body* akan berdampak dalam menegakkan *rule-based* perdagangan multilateral dan menjadi yurisprudensi hukum perdagangan internasional (*international trade law*). Dalam sengketa *US – Shrimp*⁷²⁷ dan *EC – Asbestos*⁷²⁸ yang melibatkan dua kekuatan perdagangan dunia, Amerika Serikat dan European Communities (EC), yang berdampak besar terhadap banyak negara, putusan *Appellate Body* telah dapat mengakhiri pertentangan sengketa yang kompleks dan sensitif antar negara anggota WTO.⁷²⁹

2) Reformasi Struktural *Appellate Body*

Sebagai badan perdagangan dunia, *Appellate Body* telah banyak menyelesaikan sengketa dagang yang memberikan kontribusi dalam menjaga stabilitas (*stability*) dan prediktabilitas (*predictability*) perdagangan internasional.⁷³⁰ Akan tetapi sebagai institusi manusia (*human institution*), *Appellate Body* tidak lepas dari kelemahan⁷³¹ dan dipandang perlu dilakukan perbaikan. Sistem yang telah berjalan di *Appellate Body* dinilai tidak sepenuhnya sempurna dan tuntas. Terdapat cara dan pendekatan lain sebagai usulan yang perlu

⁷²⁷ *US – Shrimp* (DS58) adalah sengketa produk udang (*shrimp*) antara Malaysia, India, Pakistan dan Thailand sebagai *complainant*, dan Amerika Serikat sebagai *respondent* pada tahun 1997.

⁷²⁸ *EC – Asbestos* (DS135) adalah sengketa produk asbestos antara Canada sebagai *complainant* dan European Communities sebagai *respondent* pada tahun 1998.

⁷²⁹ Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Op.Cit*, hlm 63.

⁷³⁰ Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M. Stern, *Op.Cit*, hlm 524.

⁷³¹ *Ibid*.

diterapkan dalam *Appellate Body*. Dalam menyelesaikan sengketa, *Appellate Body Member*, Yuejiao Zhang memandang WTO perlu mengeksplorasi kemungkinan lebih menggunakan ‘resolusi informal’ (*informal resolution*) dari sengketa dagang antar negara, seperti melalui konsultasi (*consultation*), mediasi (*mediation*), dan konsiliasi (*conciliation*), yang dikenal sebagai *Alternative Dispute Resolution* (ADR).⁷³² Cara ini dipandang sebagai pilihan yang ideal (*ideal choice*), karena *ADR proceeding* lebih cepat (*faster*) dari pada *formal adjudication proceedings*.⁷³³ Dari segi biaya lebih rendah bagi para pihak, *proceeding* tidak terlalu formalistik (*less formalistic*) dan tidak terlalu membebani para pihak (*less burdensome to the parties*).⁷³⁴ ADR juga akan mengurangi konfrontasi di antara para pihak dan dapat menjaga *long term relationship* antar anggota WTO.⁷³⁵ Untuk itu, DSU perlu memberikan insentif untuk memberi kesempatan negara anggota menyelesaikan sengketa mereka melalui ADR.⁷³⁶

Dalam pembuatan putusan, sesuai DSU, *Appellate Body* memiliki waktu maksimal 90 hari untuk menyampaikan *report*. Alokasi waktu ini dirasakan terlalu ketat dan kurang fleksibel, mengingat kompleksitas dan berbagai isu hukum baru. Memperhatikan tingkat kesulitan tersebut, untuk memberi keleluasaan bagi *Appellate Body* menyelesaikan *report*, Zhang menilai WTO perlu menyediakan waktu yang lebih fleksibel dengan memberikan waktu lebih

⁷³² Pandangan tersebut dikemukakan Yuejiao Zhang, *Appellate Body Member* pada Pidato Perpisahan (*Farewell Speech*) setelah bertugas selama dua periode, 8 tahun, sebagai anggota banding WTO.

⁷³³ *Ibid*, hlm 5.

⁷³⁴ *Ibid*, hlm 5-6.

⁷³⁵ *Ibid*, hlm 6.

⁷³⁶ *Ibid*.

dari 90 hari.⁷³⁷ Dengan waktu yang lebih fleksibel, Appellate Body tidak tergesa-gesa dalam menyiapkan laporan dan tidak akan terjadi laporan yang tertunda.

Dalam kaitan dengan perubahan atau reformasi (*reform*) WTO, terdapat pandangan dari berbagai pihak, baik negara anggota (*government*), *civil society*, *industry* maupun akademisi.⁷³⁸ WTO dipandang antara lain : (i) kurang memiliki legitimasi (*‘lacked legitimacy’*) dan mengalami defisit demokrasi (*democratic deficit*); (ii) terlalu demokratis (*too democratic*) karena praktik *concensus-based decision making*; (iii) masih menggunakan prosedur era abad pertengahan (*medieval procedures*); (iv) mengizinkan pedagang besar (*largest traders*) untuk memaksakan keinginan mereka; (v) sistem penyelesaian sengketa yang terlalu memberikan kebijaksanaan (*discretion*) kepada hakim yang tidak terpilih untuk membuat hukum (*unelected judges to write law*); dan (vi) tidak memberikan ruang lingkup yang cukup untuk menginterpretasikan perjanjian dan membantu kontrak WTO yang sempurna (*complete the WTO contracts*).⁷³⁹ Menurut Bernard Hoekman, apabila diklasifikasikan, argumentasi untuk reformasi kelembagaan (*institutional reform*) WTO menyangkut tiga dimensi, yaitu : (i) *rule-making and decision making process (the legislative function)*; (ii) *mangement of day-to-day activities (the executive function)*; dan (iii) *enforcement of negotiated commitments and rules of the game (the judicial function)*.

Selain itu, terdapat elemen inti (*core elements*) yang dapat menjadi fokus usulan reformasi (*reform proposals*) WTO seperti : (i) *concensus practice*; (ii)

⁷³⁷ *Ibid*, hlm 8.

⁷³⁸ Bernard Hoekman, *Proposals for Reform: A Synthesis and Assessment*, dalam Amrita Narlikar, Martin Dounton, and Robert M. Stern, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, New York, 2012, hlm 744.

⁷³⁹ *Ibid*.

single undertaking dalam negosiasi multilateral; (iii) *non-discrimination principle*; (iv) *member driven, collective management through a ministerial conference and various councils* yang meliputi seluruh anggota; (v) *Secretariat* tanpa *power of initiative*; dan (vi) *self-enforcing dispute settlement system* yang terbatas untuk menjaga keseimbangan konsesi yang dapat diterima (*negotiated balance of cession*).⁷⁴⁰ *Single undertaking* sejenis (*analogue*) dengan konsensus adalah prinsip yang digunakan dalam perundingan perdagangan WTO yang merupakan suatu paket kesepakatan (*package deal*) hasil putaran perundingan multilateral dimana “tidak ada yang disetujui sampai semuanya disetujui (*‘nothing is agreed until everything is agreed’*). Prinsip ini mengandung arti, tidak ada kesepakatan yang disetujui, kecuali keseluruhannya disepakati. Semua negara harus menyetujui paket perundingan agar kesepakatan dalam perjanjian WTO dapat diterima secara utuh dan lengkap. Keseluruhan kesepakatan merupakan satu kesatuan yang integral, yang tidak dapat dipisahkan. Jika satu negara tidak menyepakati satu perjanjian, dengan demikian sama artinya tidak menerima dan tidak menyetujui semua perjanjian. *Single undertaking* memberikan penegasan bahwa semua negara harus mengambil atau ‘melaksanakan semua kesepakatan sebagai suatu yang tunggal’.

Tahun 2016 *Appellate Body* menerima 8 (delapan) *Notice of Appeal* dan 2015 sama dengan 2016 sebanyak 8 (delapan). Sedangkan report yang disirkulasi tahun 2016 sebanyak 6 dan 2015 dengan 8 (delapan) report.

⁷⁴⁰ *Ibid*, hlm 746.

g. Peran Aktor Non Negara

1) Peran *Amicus Curiae* dalam Sengketa WTO

Salah satu aspek terkait partisipasi *non-state actors* yang menjadi perdebatan dan kontroversi dalam penyelesaian sengketa WTO adalah kedudukan *amicus curiae* atau "*friend of court*".⁷⁴¹ Meskipun partisipasi *amicus curiae* hanya sebagai tambahan dan subsider, akan tetapi banyak mengundang kontra dari para pihak yang bersengketa. *Amicus curiae* mendapat tempat sesuai dengan ketentuan Article 13 DSU tentang *Right to Seek Information* yang menyatakan bahwa "*Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate*".⁷⁴² Pasal ini mengisyaratkan bagi panel untuk mendapatkan informasi dan nasehat teknis sebagai sumber tambahan dalam membuat putusan. Pasal tersebut memberikan keleluasaan yang memungkinkan panel memanfaatkan berbagai sumber informasi di luar para pihak dalam memastikan pelanggaran yang dilakukan pihak-pihak yang bersengketa. *Amicus curiae* menjadi persoalan karena *non-state actors* dapat menyampaikan submisi pada forum panel dan *Appellate Body*.

Submisi *amicus curiae* dapat berasal dari NGO, asosiasi bisnis dan industri, maupun akademisi. Submisi mendapat penolakan dari para pihak yang bersengketa karena partisipasi dinilai merupakan bentuk intervensi terhadap kedaulatan negara.⁷⁴³ Kepentingan negara anggota akan dibajak dengan pandangan aktor swasta melalui media *amicus curiae*.⁷⁴⁴ Submisi *Amicus curiae*

⁷⁴¹ World Trade Organization, hlm 21.

⁷⁴² Article 13:1 DSU.

⁷⁴³ Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Op.cit*, hlm 221.

⁷⁴⁴ *Ibid*, hlm 222.

dipandang cenderung bersifat *repetitive* (pengulangan) dan *duplicative* (peniruan) posisi para pihak yang disampaikan dalam panel dan *Appellate Body*.⁷⁴⁵ Selain itu, submisi yang disampaikan dinilai tidak membantu *adjudicative body* dalam menyelesaikan sengketa yang berkaitan dengan tuntutan kepada panel atau *Appellate Body*.⁷⁴⁶

Isu *amicus curiae* pertama kali muncul dalam sengketa *US – Shrimp* dimana panel menerima *brief* dari tiga NGO yang *concern* dengan sengketa tersebut.⁷⁴⁷ Isu *amicus curiae* mendapat perhatian menonjol dari kelompok NGO yang menyuarakan hal-hal yang berkaitan dengan masalah lingkungan yang *notabene* merupakan kelompok pro lingkungan hidup (*environmentalist*). Setelah menyampaikan *brief*, *complainant* meminta panel agar tidak mempertimbangkan pandangan dari *amicus*.⁷⁴⁸ Panel kemudian berpandangan bahwa menerima pandangan dari entitas yang tidak semestinya adalah tidak sejalan ketentuan dalam DSU.⁷⁴⁹ Apakah akan menerima dan mempertimbangkan *brief* yang disampaikan *amicus* sepenuhnya merupakan kebijakan (*discretionary right*) dari panel.⁷⁵⁰ Hal yang sama juga terjadi pada *Appellate Body* yang menerima *brief* dari berbagai kalangan swasta (*private individuals*) atau organisasi terhadap sengketa yang ditangani.⁷⁵¹ *Appellate Body* tetap berpandangan bahwa *brief* yang disampaikan *amicus curiae* tidak membantu *Appellate Body* dalam membuat

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ World Trade Organization, hlm 164.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid*, hlm 165.

putusan banding.⁷⁵² Jika Appellate Body menerima *brief amicus*, hal ini akan bertentangan dengan *procedural rules* WTO yang dirancang untuk mempromosikan penyelesaian sengketa dagang yang *fair, prompt* dan *effective resolution*.⁷⁵³ Terdapat pandangan yang menolak (*antagonism*) dari sebagian besar negara berkembang mengenai *amicus curiae*.⁷⁵⁴ Setidaknya dua alasan yang menjadi pandangan.⁷⁵⁵ *Pertama*, adanya kekuatiran untuk mempertimbangkan dan menanggapi *amicus curiae* yang dapat mengambil sumber-sumber hukum yang langka (*scarce legal resources*) dan kemudian membelokkan prosedur penyelesaian sengketa WTO yang lebih berpihak pada negara-negara yang memiliki lebih banyak sumber hukum (*legal resources*) yang menguntungkan mereka.⁷⁵⁶ *Kedua*, banyak NGO yang *vocal* dan dengan pendanaan yang besar (seperti Greenpeace, WWF dan *labor unions*) sering memiliki posisi yang “kurang bersahabat” (*unfriendly*) dengan kepentingan dan kebijakan *developing countries*.⁷⁵⁷

2) Kedudukan *Advisory Centre on WTO Law* (ACWL) bagi Negara Berkembang dalam Sengketa WTO

Sebagai organisasi perdagangan dunia, keanggotaan WTO terdiri dari negara maju (*develop country*) dan negara berkembang (*developing country*). Variasi keanggotaan tersebut tidak dapat dipungkiri mencerminkan adanya perbedaan kapasitas antara negara maju dan berkembang dalam memanfaatkan

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ Peter Van den Bossche, *Op.cit.*, hlm 201.

⁷⁵⁴ *Ibid.*

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ *Ibid.*

penyelesaian sengketa di WTO. Negara maju yang memiliki sumber daya manusia dan keahlian hukum (*legal expertise*) WTO yang tinggi dengan sendirinya memiliki kemampuan dan kapasitas yang lebih baik dari pada negara berkembang. Jika kondisi tersebut tidak diatasi, maka hanya negara-negara maju yang dapat memanfaatkan dan mendominasi forum penyelesaian sengketa. Untuk mengatasi kesenjangan (*gap*) yang ada, atas inisiatif beberapa negara, terutama Belanda dan Kolombia, mendirikan *Advisory Centre on WTO Law (ACWL)*.⁷⁵⁸ Dengan *ACWL*, keterbatasan *legal expert* dan finansial negara berkembang akan dapat difasilitasi. Misi utama *ACWL* adalah memfasilitasi keterwakilan dan partisipasi negara berkembang dalam menghadapi sengketa WTO.⁷⁵⁹ *ACWL* akan memberikan bantuan hukum (*legal assistance*) mengenai *WTO law* yang dibutuhkan negara berkembang.⁷⁶⁰ Melalui *ACWL*, *developing country* akan mendapatkan *effective assistance* dengan biaya yang lebih rendah (*lower rates*) dari biaya yang dikenakan konsultan hukum swasta (*private law firm*).⁷⁶¹ Hal ini mengingat sebagian besar *private practitioner* berasal dari *develop country law firm*.⁷⁶² *ACWL* didirikan tahun 2001 di Jenewa sebagai *legal service center* untuk negara-negara berkembang.⁷⁶³ Disamping itu memberikan *general legal advice* mengenai masalah-masalah WTO.⁷⁶⁴ Hal fundamental yang menjadi tujuan *ACWL* adalah menawarkan negara berkembang *subsidized, low-cost*, bantuan hukum ketika

⁷⁵⁸ World Trade Organization, *Op.Cit*, hlm 181.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ Chad P. Bown, *Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Brooking Institution Press, Washington, 2009, hlm 140.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

negara berkembang bertindak sebagai *complainant, respondent*, atau *third parties* dalam *dispute settlement proceeding* di WTO.⁷⁶⁵

Dalam menjalankan operasional litigasi, sebagai organisasi antar-pemerintah (*inter-governmental organization/IGO*), ACWL akan bersikap independen, terpisah dari WTO, yang memfasilitasi tiga puluh tiga negara berkembang.⁷⁶⁶ Untuk menggunakan fasilitas yang disediakan ACWL, negara anggota harus memberikan kontribusi kepada *ACWL Endowment Fund*.⁷⁶⁷ Pendanaan ini dilakukan dengan *hybrid-model* atau cara campuran. Kontribusi negara berkembang didasarkan pada karakteristik negara, yaitu *share* dalam *global trade* dan pendapatan per kapita.⁷⁶⁸ Negara kategori C memberikan kontribusi sebesar US\$ 50.000; kategori B sejumlah US\$ 100.000; dan kategori A sebanyak US\$ 300.000.⁷⁶⁹ Selain itu, pendanaan juga diperoleh dari negara-negara dengan pendapatan tinggi (*high income*) sebagai *developed country donor*, yang tidak termasuk dalam kualifikasi menggunakan *legal service* yang disediakan ACWL.⁷⁷⁰

Layanan hukum (*legal service*) yang diberikan ACWL secara umum mencakup dua jenis layanan, yaitu : (I) bantuan dalam beracara di penyelesaian sengketa WTO; dan (ii) bantuan terhadap isu-isu dan masalah-masalah yang tidak menjadi isu penyelesaian sengketa.⁷⁷¹ Dalam praktik, ACWL akan membantu dan mewakili negara anggota WTO dalam seluruh proses acara (*proceeding*)

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ World Trade Organization, Op.cit, hlm 181.

⁷⁶⁷ *Ibid.*

⁷⁶⁸ Chad P. Bown, Op.cit, hlm 142.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ *Ibid*, hlm 143.

⁷⁷¹ *Ibid*, hlm 182.

penyelesaian sengketa, baik dalam menyusun submisi (*drafting submission*) maupun partisipasi dalam *oral pleading* di forum panel dan *Appellate Body*.⁷⁷² ACWL juga membantu menyusun rancangan opini (*legal opinion*) terhadap isu-isu yang muncul dalam negosiasi WTO, atau langkah-langkah (*measures*) yang diambil atau persoalan-persoalan yang masih memerlukan pemikiran (*contemplated*) oleh anggota ACWL dan negara terbelakang (*least developed countries*). Anggota ACWL terbagi dalam tiga kategori A, B dan C. Indonesia termasuk dalam kategori B.

Dari perspektif analisis ekonomi, pendirian *legal assistance center* untuk negara-negara sangat terbelakang (*poor countries*) di WTO dapat dipandang secara parsial sebagai bentuk kegagalan pasar (*market failure*) dalam kaitan dengan *positive externalities* dan penyediaan *public good*.⁷⁷³ Dengan tidak adanya intervensi, masalah “*free-rider*” dari penegakan sendiri (*self-enforcement*) yang sangat rendah dapat tampil mengatasi pelanggaran WTO dari akses pasar luar negeri (*foreign market access*) yang secara negatif mempengaruhi eksportir di banyak negara.⁷⁷⁴ Hal ini karena adanya *positive externalities* terkait dengan *individual country self-enforcing*, dimana eksportir yang secara langsung mengalami dampak di negara lain akan mendapatkan manfaat dari upaya yang dilakukan negara eksportir lain.⁷⁷⁵ Sementara itu, dalam kaitan *public good*, manfaat yang diperoleh adalah perbaikan hak-hak kepemilikan intelektual (*property rights*), terutama hak akses pasar (*market access right*), disamping

⁷⁷² *Ibid*

⁷⁷³ Chad P. Bown, *Op. Cit*, hlm 142.

⁷⁷⁴ *Ibid*.

⁷⁷⁵ *Ibid*.

bagaimana negara berkembang diperlakukan dan dihargai (*valued*) dalam sistem perdagangan dunia.⁷⁷⁶

Menurut *WTO Secretariat*, ACWL telah berpartisipasi sebanyak 20% dari semua sengketa yang ditangani WTO.⁷⁷⁷ Sementara untuk opini, ACWL mengeluarkan tidak kurang dari 2.100 *legal opinion*.⁷⁷⁸ Sebagai anggota ACWL, Indonesia memanfaatkan *legal service* yang disediakan ACWL. Dalam sengketa *Indonesia – Measures Concerning the Importation of Chicken Meat and Chicken Products* (DS 484), sebagai *respondent*, ACWL membantu Indonesia dalam menghadapi sengketa yang diajukan Brazil.⁷⁷⁹ Demikian pula dalam sengketa *European Union - Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Fatty Alcohols from Indonesia* (DS 442), sebagai *complainant*, Indonesia menggunakan *legal assistance* ACWL menghadapi Uni Eropa.⁷⁸⁰ Dalam menangani sengketa, sesuai *Billing Policy and Time Budget*, ACWL mengenakan tarif maksimum yang sama baik sebagai *complainant* maupun *respondent*.⁷⁸¹ Sebagai anggota kategori B, ACWL mengenakan tarif penyelesaian sengketa berbeda pada tingkat panel dan *Appellate Body*.⁷⁸² Pada forum panel, ACWL akan mengenakan tarif sebesar Swiss Franc (CHF) 107.892, sedangkan untuk banding CHF 63.909.⁷⁸³

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ *Ibid*, hlm 182.

⁷⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁷⁹ Advisory Council on WTO Law (ACWL) *Report on Operations 2016*, hlm 26.

⁷⁸⁰ *Ibid*, hlm 31.

⁷⁸¹ Advisory Council on WTO Law (ACWL), *Billing Policy and Time Budget*, dikeluarkan oleh Management Board ACWL, 19 November 2007.

⁷⁸² *Ibid*, hlm 15.

⁷⁸³ *Ibid*, hlm 16.

h. Perbedaan Kemampuan Ekonomi dalam Sengketa WTO

Sebagai organisasi perdagangan dunia, WTO terbuka bagi semua negara anggota tanpa memperhatikan latar belakang dan kekuatan ekonomi. Secara prinsipil, WTO tidak membedakan kapasitas negara atas dasar tingkat kemajuan ekonomi. Meskipun secara umum seperti lazim diketahui, ada kelompok negara maju (*develop countries*), negara berkembang (*developing countries*) dan negara terbelakang (*least develop countries*), akan tetapi dalam hal sengketa, semua negara dapat mengajukan gugatan. Tidak saja negara maju dan berkembang yang bisa mengajukan sengketa, negara terbelakang juga dapat mengajukan sengketa dan menggugat negara maju atau negara berkembang. Semua negara memiliki kesempatan dan kedudukan yang sama dalam bersengketa. Negara yang memiliki kekuatan ekonomi tidak simetris (*asymmetry economical power*) dapat berinteraksi satu dengan yang lain dan mengajukan gugatan sengketa. Hal ini dapat dilihat dari sengketa antara Costa Rica dengan Amerika Serikat dalam kasus DS24: “*United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear*” yang dikenal dengan kasus “Underwear”.

Kasus tersebut merupakan gugatan Costa Rica sebagai negara kecil di kawasan Kepulauan Karibia menghadapi Amerika Serikat sebagai negara maju dan ekonomi terbesar dunia. Dengan perbedaan kemampuan dan ekonomi yang tidak simetris, Costa Rica dapat menggugat Amerika Serikat. Costa Rica merupakan negara dengan GDP hanya US\$ 58,056 miliar. Secara ekonomi, Costa Rica jauh lebih kecil dari pada Malaysia atau Vietnam. Gugatan diajukan Costa Rica tahun 1995 dan setelah putusan banding *Appellate Body* tahun 1997,

Amerika Serikat menyatakan menerima putusan dan mematuhi secara penuh (*fully comply*) rekomendasi dari DSB. Costa Rica menilai bahwa Amerika Serikat melakukan pelanggaran ketentuan WTO tentang *Agreement on Textile and Clothing* (ATC) dengan melakukan pembatasan terhadap impor produk *underwear* ke pasar Amerika Serikat.

4. Implementasi dan Tindak Lanjut Putusan Panel (*Panel Rulings*) dan Banding (*Appeal Rulings*)

a. Kepatuhan (*Compliance*) Para Pihak Terhadap Putusan WTO

Kepatuhan (*compliance*) merupakan salah satu isu yang kontroversial dalam WTO. *Compliance* selalu mengundang pertanyaan, karena implementasi *rulings and recommendations*, berhasil dan efektif atau tidak ditentukan oleh komitmen *compliance* negara anggota WTO. Putusan panel dan *Appellate Body* apakah akan dapat diimplementasikan dan menghormati putusan pihak yang menang sangat tergantung dari kemauan dan sikap *compliance* dari pihak-pihak yang bersengketa (*disputing parties*). Putusan panel dan *Appellate Body* tidak memberikan dampak dan tidak memiliki arti apa-apa apabila tidak dapat diimplementasikan. Hal ini menjadikan *compliance* menjadi aspek yang kritical dan krusial. Putusan panel dan *Appellate Body* dipertaruhkan dengan cara pandang dan sikap negara anggota terhadap *compliance*, apakah akan menaati atau tidak. Penerimaan negara terhadap *compliance* memberikan konsekuensi pada kebijakan perdagangan, ekonomi, pertanian dan aspek lainnya pada tataran legislatif dan eksekutif. Pada tingkat legislatif, konsekuensi *compliance* dapat berdampak pada perubahan legislasi nasional. Sementara pada tataran eksekutif mengharuskan

institusi terkait melakukan revisi undang-undang, membuat regulasi baru atau reformasi aturan yang lebih luas (*regulatory reform*).

Secara umum terdapat faktor-faktor yang mempengaruhi negara-negara menerapkan kepatuhan (*national compliance*). Faktor-faktor ini dapat dikelompokkan dalam empat kategori. *Pertama*, dipengaruhi oleh karakteristik permasalahan (*characteristic of the problem*);⁷⁸⁴ *kedua*, karakteristik dari perjanjian itu sendiri (*characteristic of the agreement*), yang menyangkut *hard* atau *soft obligations*, syarat pelaporan (*reporting requirements*), pengaturan pendanaan (*funding arrangements*);⁷⁸⁵ *ketiga*, pengaruh lingkungan internasional (*international environment*);⁷⁸⁶ dan *keempat*, faktor nasional (*national factors*), yang terkait politik, ekonomi dan administratif, dll).⁷⁸⁷

Dalam melaksanakan *compliance*, tidak dapat dipungkiri, setiap negara memiliki pendekatan dan strategi yang menjadi dasar pertimbangan. Negara-negara umumnya menerapkan tiga strategi *compliance* dari kesepakatan perjanjian internasional, yaitu *transparency or sunshine methods*, *positive incentives* dan *coercive measure*.⁷⁸⁸ Strategi transparansi atau *sunshine methods* adalah strategi yang berkaitan dengan sistem demokrasi suatu negara, yang diarahkan untuk membawa perilaku negara atau aktor lain yang ditargetkan ke dalam perilaku terbuka dalam penyelidikan yang sesuai.⁷⁸⁹ Strategi *positive incentives* (insentif positif) diwujudkan dalam berbagai bentuk seperti pemberian *special fund* untuk

⁷⁸⁴ Eyal Benvenisti and Mosche Hirsch (eds), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004, hlm 141.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Ibid.*, hlm 146.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, hlm 147.

bantuan teknik dan finansial; *training programs and materilas*; akses pada teknologi; dan bantuan bilateral dan multilateral di luar kerangka perjanjian.⁷⁹⁰ Strategi *coercive measures* (langkah atau tindakan pemaksaan) adalah strategi dengan menggunakan ancaman (*threat*) agar pihak atau negara anggota *compliance* dengan kewajiban internasional yang terdapat dalam perjanjian.⁷⁹¹ Tindakan paksaan (*coercive*) mencakup *sanctions* (sanksi), *penalties* (denda), dan pencabutan hak-hak istimewa sebagai anggota (*withdrawal of membership privileges*),⁷⁹² termasuk memasukkan negara dalam publikasi pelanggaran (*publication of violation*), serta langkah-langkah lain yang dapat mempermalukan kedudukan sebagai anggota.⁷⁹³

Dalam konteks WTO, bagi pihak yang wajib mengimplementasikan putusan, terdapat faktor atau alasan tertentu yang mendorong pihak yang kalah (*losing party*) melakukan *compliance*. Kepatuhan ini berkaitan dengan tiga aspek yang dikenal dengan istilah “3Rs”,⁷⁹⁴ yaitu: *pertama*, *reputation* atau keinginan untuk tidak dilihat sebagai pelanggar peraturan (*scafflow*);⁷⁹⁵ *kedua*, *retaliation*, melakukan tindakan balasan sepanjang diijinkan DSB;⁷⁹⁶ dan *ketiga*, *role reversal*, yaitu kemampuan untuk menuntut implementasi sebagai *victorios complainant* pada kasus di masa akan datang.⁷⁹⁷

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ *Ibid*, hlm 148.

⁷⁹² *Ibid*, hlm 147.

⁷⁹³ *Ibid*, hlm 147.

⁷⁹⁴ John Magnus, *Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions : Is there a crisis*, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University PRes, New York, 2006, hlm 244.

⁷⁹⁵ *Ibid*, hlm 244-245.

⁷⁹⁶ *Ibid*, hlm 245.

⁷⁹⁷ *Ibid*, hlm 245.

Selain itu, terdapat faktor lain yang relevan menjadi pertimbangan dalam pembuatan putusan bagi pihak yang dinyatakan kalah (*losing respondent*) untuk melaksanakan (*comply with*) putusan. Menurut John Magnus ada empat faktor yang relevan umum dan satu faktor yang khusus terkait dengan Amerika

Serikat.⁷⁹⁸ Faktor-faktor tersebut adalah sebagai berikut :

- (i) *Attachment to measure*. Tergugat yang kalah (*losing respondent*) akan lebih memilih untuk memberikan kompensasi atau menerima penangguhan konsesi (*suspension of concession*), meskipun *attachment to measure* ditemukan tidak konsisten dengan WTO;
- (ii) *Disagreement with adopted decision*. Pejabat senior tergugat yang kalah akan mempertimbangkan keputusan dengan alasan yang lemah atau tidak persuasif – terutama jika keputusan *feature 'gap-filing'* oleh panel WTO atau *Appellate Body*;
- (iii) *Information gap*. Institusi politik *losing respondent* kemungkinan kekurangan informasi tertentu yang relevan terhadap keputusan tentang apakah berusaha menaati – terutama informasi tentang dampak perdagangan dari tindakan/langkah ofensif yang secara signifikan mempengaruhi *cost-benefit analysis*;
- (iv) *Systemic concern*. Langkah-langkah tantangan yang tidak dengan siap ditunjukkan mempengaruhi perdagangan dijadikan alasan adalah kesalahan penggunaan dalam sistem penyelesaian sengketa WTO, bahkan jika diijinkan oleh aturan DSU;
- (v) *US front-loaded compliance system*. Undang-undang untuk pelaksanaan perjanjian perdagangan (*trade agreement*) Amerika Serikat pada dasarnya menolak efek hukum (*legal effect*) terhadap perjanjian mereka sendiri dan tidak memasukkan peran *domestic judicial* dalam mempolisikan *compliance* Amerika Serikat. Akan tetapi Pemerintah Amerika Serikat berusaha untuk menjamin *compliance* dengan cepat merubah, sebelum kewajiban internasional baru berlaku efektif, undang-undang apapun yang diyakini melanggar, atau meminta badan-badan pemerintah melanggar kewajiban-kewajiban baru tersebut.⁷⁹⁹

Implementasi *compliance* dalam kenyataan di lapangan memiliki karakteristik sesuai dengan praktik dan sistem pemerintahan masing-masing negara. Dalam perspektif Amerika Serikat terdapat faktor-faktor tertentu yang menjadi pertimbangan untuk membawa Amerika Serikat *compliance* dengan putusan WTO. Setidaknya ada tiga kategori implementasi. Kategori A adalah menerapkan (*applies*), sebagai contoh dalam kasus *US – Section 110(5) Copyright*

⁷⁹⁸ *Ibid*, hlm 245.

⁷⁹⁹ *Ibid*, hlm 245-246.

Act, tindakan Amerika Serikat dalam *measure at issue* dipandang lebih dari sekedar justifikasi *cost of a cash settlement* yang dapat diterima bagi European Communities.⁸⁰⁰ Kategori B, yang melibatkan beberapa kasus pending, meskipun sengketa-sengketa seperti *US – FSC* dan *US – Countervailing Measures on Certain EC Products* menunjukkan, bahkan perbedaan yang tajam dalam putusan tidak akan mencegah implementasi secara definitif.⁸⁰¹ Kategori C, penerapan *compliance* dalam berbagai *defensive cases* Amerika Serikat, dimana dalam ketentuan peraturan terdapat ketidaksesuaian dengan WTO, meskipun menurut para ahli perdagangan (*trade expert*) pemerintah konsisten dengan WTO.⁸⁰² Kategori D adalah *compliance* yang merupakan *systemic concern*, dimana Amerika Serikat tidak mengimplementasikan *compliance* dalam waktu yang panjang (*lengthy period*) pada kasus *US – 1916 Act*.⁸⁰³ Kasus ini menunjukkan dalam hal konsekuensi *compliance* memiliki implikasi yang bersifat sistemik, dimana Amerika Serikat harus melakukan proses pembuatan kebijakan nasional yang demikian kompleks, maka langkah-langkah untuk membawa kebijakan yang *compliance* tidak dapat dilakukan dalam waktu yang singkat.

Sementara itu, dalam pandangan Magnus apabila disarikan, terdapat tiga skenario implementasi yang berimplikasi dalam *compliance* putusan panel atau *Appellate Body*, yaitu :

- (i) *Direct legal effect* (efek hukum langsung). Dalam hal *compliance* membawa efek hukum secara langsung, negara anggota WTO harus menyiapkan, untuk putusan yang diterima DSB, yang memiliki efek otomatis dan konklusif pada semua tingkatan *domestic legal proceeding*, mencegah perilaku lembaga administratif

⁸⁰⁰ *Ibid*, hlm 246.

⁸⁰¹ *Ibid*, hlm 246.

⁸⁰² *Ibid*, hlm 246.

⁸⁰³ *Ibid*, hlm 246-247.

- dan eksekutif (*administrative/executive agencies*) pada tingkat yang sama seperti dalam putusan pada pengadilan domestik (*domestic court*);
- (ii) *Retaliation exceeding trade effects* (retaliasi yang melampaui efek perdagangan). Penangguhan konsesi yang diijinkan dikalkulasi senilai dua kali efek komersial dari langkah-langkah yang ditemukan tidak konsisten dengan WTO;
 - (iii) *Collective security* (keamanan kolektif). DSB mengizinkan penangguhan konsesi (*suspension of concession*) kepada setiap atau semua negara anggota yang meminta otorisasi, dalam setiap jumlah kerugian yang setara dengan dampak kerugian perdagangan (*adverse trade effect*) yang dialami oleh pihak penggugat (*complaining Member (s)*).⁸⁰⁴

Di luar konteks di atas, dalam kenyataan di lapangan, terdapat indikasi negara anggota tidak menerapkan *compliance*. Kondisi ini dikuatirkan dapat mencerminkan citra negatif terhadap WTO. Terdapat alasan tertentu yang melatarbelakangi keengganan anggota WTO menerapkan *compliance*. Ketidapatuhan itu terjadi karena : *pertama, lack of incentives for swift compliance; kedua, lack of viable alternatives to trade sanctions; dan ketiga, lack of consideration for the impact of the remedies on private sectors.*⁸⁰⁵ Alasan pertama kurangnya insentif dipandang cenderung lebih berorientasi pada keuntungan secara komersial. Meskipun sengketa WTO berkaitan dengan transaksi bisnis dan perdagangan, akan tetapi dalam konteks hubungan internasional publik sulit diwujudkan, mengingat secara normatif hubungan internasional, antar negara, *government to government (G to G)* selalu didasarkan atas penciptaan hubungan yang bersifat membangun dan saling memajukan. Alasan kedua, kurangnya alternatif yang memungkinkan untuk memberikan sanksi dagang, dipandang akan merugikan WTO sendiri. Sanksi dagang dinilai akan *counter productive* bagi eksistensi WTO, karena bersifat penghukuman

⁸⁰⁴ *Ibid*, hlm 250

⁸⁰⁵ Gary N. Horlick, Problems with the Compliance Structure of the WTO Dispute Settlement Process, dalam Daniel L.M. Kennedy and James D. Southwick, *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, hlm 637.

(*punishment*) yang akan memberikan citra buruk bagi negara yang kalah. Alasan ketiga, kurangnya pertimbangan dampak terhadap sektor swasta, akan sulit dilakukan WTO, mengingat kepentingan pihak swasta diwakili oleh negara sebagai pihak yang bersengketa. WTO tidak mungkin memberikan kompensasi kepada *private sector* sebagai dampak kerugian dari sengketa.

Dalam kaitan dengan insentif untuk *compliance*, terdapat kerangka waktu usulan yang dapat menjadi pertimbangan. Alejandro Jara memberikan tiga usulan sebagai pertimbangan,⁸⁰⁶ yaitu : *pertama*, enam bulan setelah *reasonable period of time* (RPT), *non-complying member* kehilangan hak sebagai pihak ketiga (*third party*);⁸⁰⁷ *kedua*, dua belas bulan setelah RPT, *non-complying member* kehilangan hak untuk mengajukan klaim kepada pihak lain dalam sengketa;⁸⁰⁸ dan *ketiga*, dua puluh empat bulan setelah RPT, *non-complying member* tidak dapat mengajukan kasus terhadap negara anggota lain.⁸⁰⁹

b. Jangka Waktu Yang Cukup Beralasan (*Reasonable periode of time*) untuk Melaksanakan Putusan

Salah satu karakteristik dan aspek yang *special* dari sistem penyelesaian sengketa WTO adalah adanya fasilitas pengaturan tentang jangka waktu yang cukup beralasan atau *reasonable period of time* (RPT). WTO memberikan alokasi waktu yang memungkinkan *rulings and recommendations* yang dikeluarkan akan dapat diimplemenasikan secara efektif dalam kurun waktu tertentu. Pemberian

⁸⁰⁶ Alejandro Jara, The Legal Affairs Division at Thirty and Beyond, dalam Gabrielle Marceau (edt), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017, hlm 611.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ *Ibid.*

alokasi waktu untuk implementasi dimaksudkan untuk memberikan kepastian para pihak bahwa putusan yang dikeluarkan benar-benar dilaksanakan secara penuh (*fully comply*). *Respondent* melaksanakan putusan sebagai wujud *compliance*. Sebaliknya *complainant* mendapatkan kepastian bahwa keberatan yang diajukan dan putusan yang memenangkan *complainant* ditaati. Terpenting pula bagi *complainant*, *respondent* bersedia merubah dan membuat kebijakan baru (*new policy*) yang sesuai dalam koridor *WTO agreement*, yang sebelumnya merugikan *complainant* dan merupakan pelanggaran (*violation*) yang dilakukan *respondent*. Fasilitas RPT tidak terdapat dalam sistem peradilan nasional. RPT dapat dikatakan menjadi faktor pembeda (*distinction factor*) utama WTO dari peradilan nasional dan resolusi sengketa yang lain. RPT pada dasarnya merupakan *grade period*⁸¹⁰ (tenggang waktu) yang disediakan DSU agar putusan dapat diimplementasikan dengan baik dalam kurun waktu yang ditentukan. Ketentuan RPT diatur dalam Article 21:3 DSU.

RPT diterapkan apabila *immediate compliance* tidak secara praktis dapat dilaksanakan (*impracticable*).⁸¹¹ Dalam kondisi seperti itu, *respondent* memiliki RPT untuk mencapai *compliance*.⁸¹² Penerapan RPT oleh *respondent* pada prinsipnya dilakukan tanpa syarat (*unconditionally*), karena *immediate compliance* yang tidak dapat dilaksanakan dalam waktu yang relatif singkat.⁸¹³ Secara umum penggunaan RPT ditentukan oleh tiga hal, yaitu (i) diusulkan oleh *respondent* dan disetujui oleh DSB dengan konsensus; (ii) dengan *mutually*

⁸¹⁰ World Trade Organization, Op.cit, hlm 132.

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ *Ibid.*

agreed oleh para pihak bersengketa dalam waktu 45 (empat puluh lima) hari setelah penerimaan (*adopted*) laporan (*report*); dan (iii) ditetapkan oleh arbitrator.⁸¹⁴ Pilihan pertama dengan persetujuan DSB hingga sekarang menurut WTO tidak pernah terjadi.⁸¹⁵ Hal ini karena *complainant* harus menyepakati usul dari *respondent* sehingga dapat dicapai konsensus.⁸¹⁶ Kenyataan ini sulit dicapai, karena terdapat kecenderungan *complainant* menginginkan *respondent* dapat mengimplementasikan putusan dalam waktu yang singkat dan secepat-cepatnya. Dengan tidak dimungkinkannya pilihan tersebut, para pihak akan menempuh pendekatan kedua.⁸¹⁷ Pilihan dengan kondisi kedua sering digunakan melalui kesepakatan bersama.⁸¹⁸ Sebagai contoh pada sengketa *Philippines - Distilled Spirits*; *US - Clove Cigarettes*; *Canada - Renewable Energy*; *Canada - Feed in Tariff Program*; *Dominican Republic - Safeguards Measures*; *US - Shrimp and Diamond Sawblades*; dan *China - X-Ray Equipment*⁸¹⁹, para pihak sepakat untuk mengimplementasikan putusan sesuai dengan kerangka waktu yang disepakati para pihak.

Akan tetapi jika kedua pilihan tidak berhasil dicapai, sebagai langkah terakhir (*last resort*) para pihak akan memilih pendekatan melalui arbitrase seperti pada Article 21:3 (c). Arbitrase dipandang sebagai pilihan terbaik yang dapat memperkuat penetapan RPT. Sengketa yang menggunakan penyelesaian melalui arbitrase diterapkan antara lain dalam kasus *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*; *European Communities - Regime for the Importation, Sale and*

⁸¹⁴ *Ibid*, hlm 133.

⁸¹⁵ *Ibid*.

⁸¹⁶ *Ibid*.

⁸¹⁷ *Ibid*.

⁸¹⁸ *Ibid*.

⁸¹⁹ *Ibid*.

*Distribution of Bananas; EC Measures Concerning Meat and Meat Products; Indonesia – Measures Affecting the Automobile Industry; dan Australia – Measures Affecting Importation of Salmon.*⁸²⁰ Penetapan RPT melalui arbitrase diputuskan oleh arbitrator tunggal (*single arbitrator*) yang umumnya ditunjuk oleh Direktur Jenderal WTO setelah konsultasi dengan para pihak.⁸²¹ Dalam praktik, arbitrator yang memutuskan RPT adalah anggota *Appellate Body* dalam kapasitas individual.⁸²² Putusan penetapan RPT sepenuhnya menjadi kewenangan arbitrator dan tidak melibatkan DSB.⁸²³

Pada dasarnya sesuai Article 21:1, untuk menjamin penyelesaian yang efektif (*effective resolution*), sesuai prinsip '*prompt compliance*', DSU sangat menekankan para pihak untuk dapat mematuhi secepatnya (*prompt compliance*) putusan yang telah dikeluarkan. Namun, kenyataan di lapangan yang dialami *respondent*, terdapat berbagai tantangan, faktor dan keadaan tertentu (*particular circumstances*)⁸²⁴ yang menyebabkan *respondent* memerlukan waktu untuk mengimplementasikan *rulings and recommendations*. Putusan yang dikeluarkan tidak dengan serta merta dalam waktu singkat dan mudah dilaksanakan. Faktor-faktor yang mempengaruhi RPT antara lain menyangkut tingkat kompleksitas (*complexity*)⁸²⁵ persoalan/segketa yang dihadapi, tindakan/aksi legislatif

⁸²⁰ Werner Zdouc, The Reasonable of Time for Compliance with rulings and recommendations adopted by the WTO Dispute Settlement Body, dalam Rufus Yerxa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2005, hlm 96.

⁸²¹ *Ibid*, hlm 90.

⁸²² *Ibid*.

⁸²³ *Ibid*.

⁸²⁴ Article 21:3 (c)

⁸²⁵ David Palmeter and Petros C, Mavroidis, *Op.cit*, hlm 243.

(*legislative action*)⁸²⁶ dari parlemen, penolakan dari kelompok oposisi (*domestic opposition*),⁸²⁷ gangguan kondisi ekonomi (*economic harm*),⁸²⁸ dan status kedudukan sebagai negara berkembang (*developing countries*).⁸²⁹

Complexity dipandang sebagai faktor yang dominan menjadi bahan pertimbangan arbitrator. Dalam kasus *Indonesia – Autos*, Indonesia menyampaikan, bahwa sengketa otomotif merupakan masalah yang kompleks dan memerlukan waktu yang cukup untuk implementasi.⁸³⁰ Terdapat faktor-faktor tertentu yang harus dipertimbangkan sebagai “*particular circumstances*”. Indonesia dihadapkan dengan situasi ekonomi yang hampir *collapse*, serta meningkatnya pengangguran (*unemployment*) sebagai akibat krisis ekonomi dan keuangan (*economic and financial crisis*) yang mengganggu stabilitas sosial.⁸³¹ Arbitrator menerima permintaan Indonesia untuk mempertimbangkan faktor mengikat secara hukum (*legally binding*), kondisi domestik dan *rule-making requirements*.⁸³² Faktor *complexity* persoalan juga menjadi dasar pertimbangan yang diterima arbitrator dalam sengketa yang lain seperti *Canada – Pharmaceutical Patents*, *EC – Bananas III*, dan *US – 1916 Act*.⁸³³

Tindakan/aksi legislatif (*legislative action*) di parlemen, merupakan faktor yang terkait dan menjadi tantangan yang selalu dihadapi *respondent*. Hal ini beralasan, karena kebijakan dan regulasi perdagangan di tingkat nasional

⁸²⁶ *Ibid*, hlm 244.

⁸²⁷ *Ibid*, hlm 245.

⁸²⁸ *Ibid*, hlm 246.

⁸²⁹ *Ibid*.

⁸³⁰ World Trade Organization, *Award of Arbitrator, Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Arbitration under Article 21:3 (c) of the DSU, 7 Desember 1998.

⁸³¹ *Ibid*, hlm 4.

⁸³² *Ibid*, hlm 243.

⁸³³ *Ibid*, hlm 242

seringkali bersinggungan dan memerlukan konsultasi dengan parlemen. Apabila kebijakan yang akan dirubah berkaitan dengan undang-undang yang dibuat oleh parlemen, dengan sendirinya diperlukan pembahasan dengan institusi parlemen. Di Amerika Serikat, dalam hal legislasi, pembahasan dilakukan dengan Kongres Amerika Serikat (*US Congress*). Di negara lain, Australia, legislasi dibahas dengan *House of Representative*; Korea Selatan dengan *National Assembly*; dan Indonesia dengan DPR RI. Pembahasan dengan parlemen tidak dapat dilakukan dengan cepat, tergantung dari jadwal pembahasan legislasi, masa reses dan sikap fraksi/perwakilan partai di parlemen. Jika perubahan legislasi yang diusulkan bertentangan dengan pandangan dan sikap politik partai oposisi pemerintah, maka pembahasan akan memakan waktu yang cukup lama hingga mendapatkan persetujuan parlemen secara keseluruhan. Demikian juga jika usulan perubahan bertabrakan dengan masa reses parlemen, maka kebijakan legislasi untuk mendukung RPT harus menunggu berakhirnya masa reses.

Penolakan dari dalam negeri (*domestic opposition*) merupakan faktor lain yang dapat menjadi tantangan untuk memuluskan perubahan kebijakan. Tidak jarang masyarakat dalam negeri tidak mengetahui secara luas persoalan yang berkaitan dengan perdagangan internasional. *Domestic opposition* juga dapat datang dari masyarakat umum, LSM dan *civil society*, jika isu perdagangan dinilai membawa dampak negatif dan tidak menguntungkan masyarakat secara ekonomi.

Gangguan kondisi ekonomi (*economic harm*), yang berkaitan dengan situasi politik dalam negeri dapat menjadi pertimbangan. Hal ini karena pembuatan keputusan memerlukan keterlibatan pimpinan tertinggi negara, Presiden atau Perdana Menteri dan kabinet di pemerintahan. Di tengah situasi

dalam negeri yang kurang kondusif akan menyulitkan pemerintah membuat keputusan yang berdampak terhadap kondisi ekonomi dalam negeri. Dalam kasus *Indonesia – Autos*, Indonesia menyampaikan argumen, bahwa Indonesia sedang menghadapi situasi ekonomi yang berat yang hampir *collapse* dan penurunan ekonomi yang menggoncang dunia bisnis dan industri, mengakibatkan perusahaan yang memiliki beban utang (*heavily indebted companies*) mengalami kebangkrutan (*bankruptcy*).⁸³⁴

Pertimbangan sebagai negara berkembang (*developing country*) merupakan aspek penting dalam menentukan RPT. Sebagai negara yang sedang dalam proses memajukan ekonomi dan pembangunan di segala bidang, maka pembuatan kebijakan memerlukan berbagai pertimbangan dari berbagai sektor terkait, di samping keahlian dalam sektor tertentu, sehingga kebijakan baru dibuat tidak menimbulkan dampak yang merugikan bagi kepentingan negara dan kemajuan ekonomi. Sebagai suatu kebijakan publik (*public policy*), keputusan harus memperhatikan implikasi terhadap publik yang akan terjadi setelah kebijakan dikeluarkan. Kepentingan terhadap negara berkembang ditegaskan dalam Article 21:2 DSU yang menyatakan, bahwa “*particular attention should be paid to matters affecting the interest of developing country*”. Pasal Ini menegaskan bahwa perhatian khusus harus diberikan terhadap masalah yang dapat memberikan dampak terhadap kepentingan negara berkembang. Sebagai anggota WTO dalam kelompok negara berkembang, dengan sendirinya faktor dan kondisi yang dihadapi negara berkembang tidak dapat diabaikan.

⁸³⁴ Award of the Arbitrator, *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, 7 Desember 1998, hlm 3.

Praktik di lapangan menunjukkan bahwa putusan arbitrase yang mengikat (*binding arbitration*) dipandang akan menguatkan dan menjamin bahwa RPT akan ditaati untuk mengimplementasikan putusan panel dan banding. Dalam sengketa *Indonesia – Autos*, penerapan RPT dilakukan dengan putusan arbitrator yang menetapkan batas waktu bagi Indonesia untuk implementasi *rulings and recommendations* selama 12 (dua belas) bulan terhitung sejak 23 Juli 1998.⁸³⁵ Akan tetapi kemudian pada 24 Juni 1999 Indonesia dapat mengimplementasikan putusan lebih awal sebelum batas waktu akhir yang ditetapkan oleh arbitrator. Hingga saat ini sejak pertama kali putusan arbitrase dikeluarkan tahun 1997, terdapat tidak kurang dari 38 (tiga puluh delapan) putusan RPT yang diputuskan oleh arbitrator, baik yang bersifat *legislative* maupun *regulatory*.⁸³⁶ Putusan arbitrase terhadap Indonesia merupakan putusan keempat yang bersifat *legislative*.⁸³⁷ RPT yang ditetapkan arbitrator sangat bervariasi. Dalam sengketa *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural*, arbitrator menetapkan RPT berlaku selama 7 bulan 29 hari.⁸³⁸ Peru menyatakan bahwa perubahan kebijakan yang dibuat bersifat *administrative*.⁸³⁹ Sementara itu, dalam sengketa *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, arbitrator memberikan waktu RPT selama 11 bulan 2 minggu. Korea menyatakan, bahwa kebijakan yang akan dikeluarkan bersifat *legislative* yang memerlukan konsultasi dengan parlemen.⁸⁴⁰

c. Peran dan Kedudukan Arbitrase dalam Implementasi Putusan

⁸³⁵ *Ibid.*, hlm 24.

⁸³⁶ Arbitration under Article 21:3 (c) of the DSU, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/arbitrations_e.htm, [diakses tanggal 15/03/2018, pukul 09.16]

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ *Ibid.*

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

Arbitrase memiliki peran dan kedudukan yang unik dalam sistem WTO. Berbeda dengan praktik arbitrase pada umumnya yang berperan dalam penyelesaian berbagai sengketa, arbitrase WTO merupakan instrumen pelengkap untuk menegaskan *reasonable period of time* (RPT) implementasi dari *rulings and recommendations* putusan panel atau banding, sehingga benar-benar dipatuhi oleh pihak yang wajib melaksanakan putusan. Ketentuan arbitrase diatur dalam Article 25 DSU yang menyatakan, bahwa arbitrase merupakan “*alternative means of dispute settlement*” untuk mempercepat proses penyelesaian sengketa. Arbitrase adalah sarana alternatif (*alternative means*) yang diterapkan terhadap “*certain disputes*” (sengketa tertentu). Selain itu dinyatakan, bahwa proses arbitrase yang dilakukan adalah bersifat “*expeditious arbitration*”, yaitu arbitrase yang cepat. Untuk melaksanakan proses ini arbitrase dapat dilakukan dengan satu orang “arbitrator”. Apabila salah satu pihak mengajukan permintaan agar putusan dilaksanakan melalui penetapan putusan arbitrase yang mengikat dan pihak lain yang bersengketa menyetujui pembentukan arbitrase, Sekretariat WTO akan menetapkan arbitrator yang disetujui para pihak.

Dalam sengketa otomotif “*Indonesia-Certain Measures Affecting Automobile Industry*”, *European Communities* (EC) sebagai pihak penggugat mengajukan kepada WTO agar implementasi *rulings and recommendations* ditetapkan melalui putusan arbitrase yang mengikat (*binding arbitration*). Permintaan tersebut dimaksudkan agar implementasi putusan benar-benar dilaksanakan dalam jangka waktu yang ditetapkan sesuai dengan “*reasonable period of time*”. Arbitrase dinilai merupakan instrumen penting yang dapat memastikan bahwa putusan *rulings and recommendations* dilaksanakan dengan

sungguh-sungguh dan tidak ada satu pihak pun yang menunda atau mengimplementasikan putusan di luar jangka waktu yang ditetapkan dalam RPT.

Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa arbitrase merupakan unsur penopang agar para pihak sepenuhnya mematuhi (*fully comply*) dengan *rulings and recommendations* dari putusan yang dikeluarkan WTO. Arbitrase menjadi sarana untuk mendukung implementasi putusan panel atau *Appellate Body*. Article 25 secara eksplisit menyebutkan keterkaitan Article 21 dan Article 22 yang bersifat *mutatis mutandis*. Article 21 memuat ketentuan tentang *Surveillance of Implementations of Recommendations and Rulings* dan Article 22 mengatur mengenai *Compensations and the Suspensions of Concessions*.

d. Pemberian Konsesi dan Kompensasi atas Kerugian (*Remedies*)

Salah satu aspek penting terkait penyelesaian sengketa dagang adalah tentang kompensasi (*compensation*) dan penundaan konsesi (*suspension of concession*). WTO melalui DSU menyediakan fasilitas *remedies* (penggantian kerugian) ketika pihak yang kalah (*losing party*) dalam sengketa tidak melaksanakan putusan. Apabila tergugat (*respondent*) gagal membawa langkah yang diperlukan bersesuaian dengan kewajiban WTO dalam *reasonable period of time*, penggugat (*complainant*) dalam kondisi tertentu dapat mengambil langkah sementara baik *compensation, suspension of concession* atau kewajiban-kewajiban lain.⁸⁴¹ Kompensasi dan penundaan konsesi tertuang dalam Article 22

⁸⁴¹ World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Second Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017, hlm 139.

DSU yang menyatakan, '*compensation and suspension of concession or other obligations*' merupakan langkah yang bersifat sementara (*temporary measures*).

Dalam hal *respondent* tidak melaksanakan kepatuhan secara penuh (*full compliance*) hingga masa akhir dari RPT, *respondent* harus melakukan negosiasi dengan *complainant*.⁸⁴² Jika kesepakatan tidak tercapai mengenai kompensasi dalam waktu 20 hari setelah batas waktu RPT, *complainant* dapat meminta kewenangan dari DSB melakukan penangguhan kompensasi untuk mengenakan *countermeasure*.⁸⁴³ Contermeasure pada dasarnya mencakup *suspension of concession* dan *other obligations*. Akan tetapi kompensasi yang diminta harus konsisten dengan ketentuan WTO (*WTO-consistent*) dan disetujui kedua pihak (*mutually agreed*).⁸⁴⁴ Penundaan konsesi atau kewajiban lain merupakan langkah atau jalan tindakan terakhir (*final*) yang memberikan konsekuensi serius bagi *respondent* yang tidak melaksanakan putusan WTO.⁸⁴⁵ Konsesi dapat berbentuk komitmen pengurangan tarif (*tariff reduction*).⁸⁴⁶ Contermeasure dapat dilakukan, namun hanya dalam keadaan yang sangat mendesak atau langkah akhir (*last resort*) dan tidak digunakan dalam banyak kasus.⁸⁴⁷ Hingga sekarang dari jumlah sengketa di WTO, kewenangan untuk mengenakan *countermeasure* hanya diterapkan sepuluh kasus.⁸⁴⁸

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ *Ibid*, hlm 140.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ *Ibid*, hlm 141.

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ *Ibid*, hlm 142.

⁸⁴⁸ *Ibid.* Sepuluh kasus terdiri dari *EC – Banana III*; *EC – Hormones*; *Brazil – Aircraft*, *US – FSC*; *Canada – Aircraft*; *US – 1916 Act (EC)*; *US – Offset Act (Byrd Amendments)*; *US – Gambling*; *US – Upland Cotton*; dan *US – COOL*.

Dua sengketa utama terkait *suspension of concession* yang menjadi *landmark case* dan referensi anggota WTO adalah *EC – Bananas*⁸⁴⁹ dan *EC – Hormones*⁸⁵⁰ yang melibatkan Amerika Serikat dan *European Communities*. Amerika Serikat sebagai *complainant* mengajukan permintaan *authorization* kepada DSB untuk mengenakan *suspension of concession* kepada EC.⁸⁵¹ Dalam kasus *EC – Bananas*, Amerika Serikat meminta *authorization* untuk suspend *concession* sesuai Article 22.2 DSU sebesar US\$ 520 juta.⁸⁵² Akan tetapi arbitrator memutuskan jumlah untuk *suspend concession* sejumlah US\$ 191,4 juta sesuai dengan tingkat *nullification* yang dialami Amerika Serikat.⁸⁵³ Pada kasus kedua, *EC – Hormones*, Amerika Serikat meminta *authorization* dari DSB untuk *suspension of concession* sebesar US\$202 juta.⁸⁵⁴ Arbitrator kemudian memutuskan hanya memberikan Amerika Serikat sebanyak US\$ 116,8 juta.⁸⁵⁵

5. Kelemahan WTO

Sebagai organisasi internasional yang berperan dalam menyelesaikan sengketa dagang, setelah lebih dari 23 tahun sejak didirikan tahun 1995, dirasakan terdapat kekurangan/kelemahan dalam WTO, baik bersifat administratif dan prosedural maupun manajemen organisasi. Kelemahan ini disebabkan banyak negara anggota WTO yang tidak siap untuk mentransformasi prosedur

⁸⁴⁹ DS27: *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*. Dalam sengketa ini Amerika Serikat bertindak sebagai *complainant*.

⁸⁵⁰ DS26: *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products*.

⁸⁵¹ Scott D. Andersen and Justine Blanchet, *The United States' Experience and Practice in Suspending WTO Obligations*, dalam Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, New York, 2013, hlm 238.

⁸⁵² *Ibid.*

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ *Ibid.*, hlm 238.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

penyelesaian sengketa menjadi sistem yudisial yang lebih efektif, dengan ganti rugi hukum (*legal remedies*) yang lebih efektif seperti penggantian atas kerugian (*injury*) sesuai dengan *general international law rules* tentang tanggung jawab negara (*state responsibility*) terhadap pelanggaran hukum internasional.⁸⁵⁶

Kelemahan lain mencakup aspek yang lebih luas. *Pertama*, banyak panelis yang dipilih untuk satu kali atau beberapa panel penyelesaian sengketa, dan remunerasi yang kurang memadai, sebagian besar panelis WTO banyak kurang familiar dengan ratusan GATT dan WTO *dispute settlement report*.⁸⁵⁷ Disamping itu, otonomi hukum (*legal autonomy*) para panelis dan independensi *WTO Secretariat* kurang dapat menjamin secara efektif.⁸⁵⁸ *Kedua*, prosedur penyelesaian sengketa WTO dapat memakan waktu hingga lebih dari tiga tahun, bahkan dalam kasus *illegal trade remedies* hingga berakhirnya langkah perdagangan ilegal (*illegal trade measures*) atau sanksi setelah berakhirnya *reasonable period of time* (RPT), fungsi pencegahan sengketa (*dispute prevention function*) prosedur penyelesaian sengketa WTO dinilai lemah (*weak*).⁸⁵⁹ *Ketiga*, tidak adanya bantuan sementara (*provisional relief*) selama berlangsungnya prosedur penyelesaian sengketa WTO.⁸⁶⁰ *Keempat*, *Dispute Settlement Understanding* (DSU) tidak menyediakan kompensasi atas kerugian sebelumnya atau mengganti kembali (*reimbursement*) biaya hukum (*legal expenses*) dari pihak yang menang (*the winning party*) dalam sengketa.⁸⁶¹ *Kelima*, kebanyakan negara

⁸⁵⁶ Ernst-Ulrich Petersmann, *Ten Years of the WTO Dispute Settlement System: Past, Present, and Future*, *Journal of International Law & Policy*, Vol III, University of Pennsylvania,

⁸⁵⁷ *Ibid*, hlm 5.

⁸⁵⁸ *Ibid*.

⁸⁵⁹ *Ibid*, hlm 5-6.

⁸⁶⁰ *Ibid*, hlm 6.

⁸⁶¹ *Ibid*.

anggota WTO selalu mencegah pengadilan dalam negeri (*domestic court*) menerapkan *WTO rules*, menegakkan temuan *WTO dispute settlement*, dan menerapkan menjalankan kontrol yudisial yang efektif dalam pembuatan kebijakan perdagangan (*trade policy making*).⁸⁶² *Keenam*, dalam hal *non-implementation of obligation*, negara-negara tidak memiliki kemampuan praktik yang sama untuk melaksanakan penangguhan kewajiban (*suspension of obligation*).⁸⁶³ Tidak terdapat keseragaman praktik antar negara. *Ketujuh*, dalam beberapa kasus, penangguhan konsesi (*suspension of concession*) tidak efektif (*ineffective*) dalam implementasi.⁸⁶⁴

6. Tuntutan Perlunya Reformasi Institusional

Setelah melewati waktu lebih dari dua dekade sejak terbentuknya WTO yang menandai keberadaan dan beroperasinya penyelesaian sengketa dagang multilateral, berbagai pihak melihat adanya elemen dan praktik penyelesaian sengketa yang perlu ditinjau kembali. Para pakar menilai perlu dilakukan perbaikan dan penyempurnaan sistem yang terdapat dalam WTO, baik institusi panel, *Appellate Body* maupun *WTO Secretariat*, secara parsial maupun perubahan dalam skala yang lebih besar (*reform*). Perubahan atau reformasi dipandang penting untuk menjaga reputasi dan peran WTO dalam penyelesaian sengketa.

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ World Trade Organization, *Evaluation of the WTO dispute settlement system, results to date*, dalam <http://www.wto.org/english>, [diakses tanggal 11/9/2017, pukul 2010].

⁸⁶⁴ *Ibid*, hlm 2.

Sebagai lembaga banding, *Appellate Body* telah memberikan kontribusi besar yang melahirkan berbagai yurisprudensi dan menciptakan ‘*stability*’ dan ‘*predictability*’ dalam *international trading system*.⁸⁶⁵ Dengan hal itu, *Appellate Body* dapat mendukung terciptanya iklim ‘*rule-oriented*’ sistem perdagangan internasional.⁸⁶⁶ Akan tetapi, dalam kenyataan, *Appellate Body* dipandang cenderung berperan dalam “*making law*” (membuat hukum) daripada melakukan interpretasi hukum (*interpreting law*).⁸⁶⁷ Hal ini didasarkan pertimbangan, karena *Appellate Body* dapat memiliki kekuasaan (*power*) yang tidak terbatas (*unlimited*) dan dapat menaikkan kekuasaan.⁸⁶⁸ Jika terjadi, hal itu dapat mengarah pada perebutan kekuasaan yang dimiliki anggota WTO.⁸⁶⁹ Di sisi lain, sistem penyelesaian sengketa WTO dipandang terlalu bersifat “mengadili” (*judicialized*), sementara komunitas perdagangan internasional (*international trade communities*) belum mencapai tahap yang matang untuk menerima sistem tersebut.⁸⁷⁰

Dalam sistem tata pemerintahan yang demokratis, *Appellate Body* dan sistem WTO dinilai tidak memiliki sistem “*checks and balances*” yang efektif.⁸⁷¹ Dengan analogi sistem peradilan dalam negeri, jika institusi Mahkamah Agung melakukan kesalahan, parlemen sebagai lembaga legislatif akan dapat melakukan koreksi dengan membuat undang-undang.⁸⁷² Akan tetapi dalam praktik WTO, situasi politik dalam forum *ministerial conference* (konferensi tingkat menteri)

⁸⁶⁵ Mitsuo Matsushita, *The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems*, dalam Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M. Stern (eds), *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, New York, 2014, hlm 528.

⁸⁶⁶ *Ibid*, hlm 528.

⁸⁶⁷ *Ibid*.

⁸⁶⁸ *Ibid*.

⁸⁶⁹ *Ibid*.

⁸⁷⁰ *Ibid*.

⁸⁷¹ *Ibid*.

⁸⁷² *Ibid*.

tidak memungkinkan untuk dapat memainkan peran legislatif, sehingga tidak tercipta ‘*checks and balances*’ dan legislasi di WTO.⁸⁷³ Setiap dua tahun sekali WTO menyelenggarakan Konferensi Tingkat Menteri (KTM) yang dihadiri seluruh Menteri Perdagangan negara anggota WTO. Tahun 2017, KTM WTO diselenggarakan di Buenos Aires, Argentina. Indonesia menjadi tuan rumah KTM WTO ke-9 di Bali, 3-6 Desember 2013, yang menghasilkan dokumen yang disebut “*Bali Package*” atau Paket Bali, sebagai terobosan mengatasi beberapa kebuntuan dari Putaran Perundingan Doha sejak 2001, termasuk *Doha Development Agenda* (DDA) yang menjadi kepentingan negara berkembang untuk mempercepat kemajuan dan pembangunan.

Aspek lain yang juga menjadi usulan reformasi menyangkut masalah penerapan sistem *consensus*,⁸⁷⁴ peran sekretariat,⁸⁷⁵ *agenda setting and trade negotiating rounds*,⁸⁷⁶ *third parties*,⁸⁷⁷ *remedies*⁸⁷⁸, dan *enforcement capacity*.⁸⁷⁹ *Consensus* merupakan isu yang menjadi perhatian banyak pihak, karena dinilai menjadi sumber utama *inefficiency* dan *deadlock*, yang menghambat kelompok mayoritas untuk bergerak ke depan dan memberikan ruang yang sangat besar (*excessive scope*) bagi minoritas kecil untuk memblok suatu keputusan pertemuan.⁸⁸⁰ Terdapat tiga proposal penting dalam konsensus.⁸⁸¹ *Pertama*, secara

⁸⁷³ *Ibid.*

⁸⁷⁴ Bernard Hoekman, *Proposals for WTO Reform: A Synthesis and Assessment*, dalam Amrita Narlikar, Martin Dounton, and Robert M. Stern, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, New York, 2014, hlm 751.

⁸⁷⁵ *Ibid*, hlm 754.

⁸⁷⁶ *Ibid*, hlm 757.

⁸⁷⁷ *Ibid*, hlm 762.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ *Ibid*, hlm 763.

⁸⁸⁰ *Ibid*, hlm 751.

⁸⁸¹ *Ibid.*

praktis menempatkan konsensus sebagai *basic practice*.⁸⁸² Kedua, dengan menggunakan pendekatan bobot suara (*weighted voting*).⁸⁸³ Ketiga, dengan membentuk badan eksekutif (*executive board*) atau *committee*, seperti yang berlaku struktur manajemen IMF dan World Bank.⁸⁸⁴ Namun, sebagian besar *developing countries* menolak sistem ini, karena *consensus principle* lebih dapat memaksimalkan posisi mereka untuk mengamankan kepentingan negara berkembang dalam WTO.⁸⁸⁵

Dalam hal panel, untuk meningkatkan efisiensi lembaga panel, dipandang perlu dilakukan reformasi, karena dirasakan terdapat *inefficiency*. Kondisi ini dinilai krusial ketika resolusi sengketa yang berdampak terhadap pelaku bisnis (*business person*) harus menunggu waktu penyelesaian satu hingga dua tahun.⁸⁸⁶ Panel secara perlahan cenderung memakan waktu yang semakin lama dalam proses penyelesaian sengketa.⁸⁸⁷ Dalam biaya untuk operasional personal (*human cost*), anggaran yang dikeluarkan setiap tahun tidak kurang dari US\$ 30 juta.⁸⁸⁸ Anggaran dibutuhkan untuk menggunakan tenaga ahli (*experts*) untuk satu sengketa berkisar antara CHF 3.000 hingga CHF 88.000.⁸⁸⁹ Biaya pengiriman dokumen per tahun kepada panelis, *parties* dan *experts* sebesar CHF 60.000.⁸⁹⁰ Lima *Appellate Body proceeding* yang dilakukan tahun 2011, di luar dua sengketa

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ *Ibid.*, hlm 752.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ Deputy Director General Alejandro Jara Reports on consultation to enhance efficiency of panels, dalam http://www.wto.org/english/news-e/news12_e/ddg_13mar12_e.htm, [diakses tanggal 12/12/2017, pukul 21.00]

⁸⁸⁷ *Ibid.*, hlm 2.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, hlm 1.

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ *Ibid.*

civil aircraft, harus memuat laporan sebanyak 8.244 halaman,⁸⁹¹ jumlah yang sangat besar.

Berdasarkan masukan dari berbagai pihak terkait, yaitu perwakilan delegasi negara anggota, *practitioners*, *WTO Secretariat* dan ACWL melalui konsultasi, secara komprehensif disusun tiga kategori besar proposal reformasi.⁸⁹² *Kategori pertama*, dimaksudkan untuk membuat *substantive meeting* lebih efektif.⁸⁹³ Kategori ini mencakup : (i) *double briefing*; dan (ii) *early questions*.⁸⁹⁴ Dalam *double briefing*, *parties written submission* disampaikan kepada panel sebelum *first hearing* dilakukan panel dengan para pihak.⁸⁹⁵ Pendekatan ini digunakan merujuk pada Article 21:5. *Early (indicative) question* adalah proses dimana panel memberikan daftar pertanyaan (*list of questions*) kepada para pihak sebelum *first substantive meeting* dilakukan, yang biasanya menjadi forum untuk menentukan *basic factual* dan *legal questions*⁸⁹⁶ dari sengketa yang diajukan. *Kategori kedua*, dalam kaitan dengan *length of time* dan *cost of process*.⁸⁹⁷ Kategori ini proposal reformasi berkaitan dengan dua aspek, yaitu (i) *time limits on oral statements*; dan (II) *agenda for the panel meeting*.⁸⁹⁸ Batas waktu *oral statements* panel selayaknya meniru praktik *Appellate Body* dengan menentukan *setting time limits* bagi para pihak dan pihak ketiga.⁸⁹⁹ Dengan batas waktu yang

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² *Ibid*, hlm 2.

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid*, hlm 3.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ *Ibid.*

jas, proses *proceeding* akan lebih efisien waktu.⁹⁰⁰ Dalam *agenda for the panel meeting*, panel harus menyampaikan kepada para pihak agenda sidang atau struktur pertemuan dan menginformasikan kepada para pihak alokasi waktu untuk setiap *agenda item*.⁹⁰¹ Kategori ketiga, bertalian dengan presentasi *panel reports* dan pengurangan biaya (*costs*).⁹⁰² Kategori ini terkait dengan dua hal, yaitu (i) *page limits of executive summaries*; dan (ii) *reduction of annexes*.⁹⁰³ Reformasi lain termasuk usulan penyampaian pendaftaran sengketa melalui sistem *electronic filing* atau *Dispute Settlement (DS) Registry electronic filing (e-filing)*.⁹⁰⁴ Cara ini merupakan gagasan inovatif yang dapat mengurangi *cost for shipping, storage* dan *photocopy* dokumen.⁹⁰⁵

7. Efektivitas Penyelesaian Sengketa WTO

Efektivitas lembaga seperti WTO yang memiliki peran dalam penyelesaian sengketa internasional selalu menjadi perhatian dan memerlukan penelusuran serta pengkajian yang mencakup aspek yang luas. Oran Young dan Marc Levy membedakan keefektifan (*effectiveness*) yang mencakup beberapa hal, yaitu : *problem-solving, legal, economic, normative dan political*.⁹⁰⁶ Keefektifan dalam *problem solving* (penyelesaian masalah) merupakan suatu yang paling intuitif, karena menyangkut kemampuan sebuah rejim apakah dapat atau tidak

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ *Ibid*, hlm 4.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ Keisuke Iida, Is WTO Dispute Settlement Effective?, dalam Paul F. Diehl (Editor), *The Politics of Global Governance, International Organization in an Interdependent World*, Lynne Rienner Publisher, 2005, hlm 314.

menyelesaikan persoalan, meskipun ini hal yang sangat menjadi perhatian.⁹⁰⁷ *Legal effectiveness* (keefektifan hukum) akan memfokuskan pada kepatuhan (*compliance*), apakah para pihak (*contacting parties*) berperilaku sesuai dengan aturan (*rules*) yang ditentukan dalam undang-undang.⁹⁰⁸ *Economic effectiveness* (keefektifan ekonomi) berkaitan dengan dimensi ekonomi dari *problem-solving*.⁹⁰⁹ *Normative effectiveness* merujuk pada apakah suatu peraturan mencapai nilai-nilai (*values*) seperti *fairness* dan *participation*.⁹¹⁰ Sedangkan *political effectiveness* (keefektifan politik) merujuk pada keefektifan suatu peraturan dalam merubah perilaku para aktor yang sesuai dengan pengelolaan yang baik seperti pada masalah-masalah lingkungan (*environmental problems*).⁹¹¹

Menurut Keisuke Iida dalam mengkaji dan melakukan evaluasi efektivitas WTO satu hal yang tidak dapat dilupakan dan diabaikan adalah kerangka kelembagaan (*institutional framework*) yang menyangkut perubahan dalam prosedur kelembagaan (*institutional procedures*) dari GATT ke rejim WTO yang baru.⁹¹² Ada empat perubahan besar dari GATT ke WTO dalam kaitan dengan penyelesaian sengketa, dimana perubahan ini mempengaruhi sesuatu yang diinginkan (desiderata) perusahaan (*firms*) dan pemerintah yang terlibat dalam sengketa.⁹¹³ *Pertama*, perubahan yang paling menentukan dari GATT ke WTO adalah diperkenalkannya konsep “*negative consensus*”: yaitu putusan Panel sebagai pengadilan tingkat pertama (*first instance*) dan Appellate Body (AB) akan

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ *Ibid.*

diterima (*adopted*) secara otomatis (*automatically*) kecuali terdapat konsensus dari *Dispute Settlement Body* (DSB) sebagai organ antar pemerintahan (*intergovernmental organ*) memutuskan lain.⁹¹⁴ Perubahan lain yang menyertai “*automaticity*” adalah kemungkinan menghadapi “*retaliation*” (tindakan pembalasan) ketika *defending party* (pihak yang mempertahankan) menolak menaati putusan bersalah (*guilty verdict*).⁹¹⁵ Pada masa GATT pihak yang kalah (*losing side*) dapat dengan mudah memblok *panel report* atau permintaan untuk retaliasi.⁹¹⁶ Sekarang baik ditemukan kesalahan atau tidak, permintaan untuk retaliasi dengan mudah diblok.⁹¹⁷ Oleh karena itu, *defending party*, sekali menerima temuan pelanggaran (*violation finding*), harus mengundurkan diri sendiri terhadap kemungkinan retaliasi yang diijinkan oleh WTO.⁹¹⁸

Kedua, perubahan besar dari GATT ke WTO adalah percepatan proses (*speeding up of the process*).⁹¹⁹ Hal ini didasarkan pada pengalaman, pada masa GATT tidak ada batas waktu dan suatu kasus dapat berlangsung selamanya.⁹²⁰ Sebaliknya proses di WTO memiliki jadwal waktu yang ketat (*strict timetable*).⁹²¹ Pada waktu GATT para pihak dapat menggunakan taktik memperlambat (*delaying tactics*), akan tetapi di WTO *delaying tactics* menjadi kurang efektif, meskipun masih digunakan.⁹²²

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ *Ibid.*, hlm 316

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² *Ibid.*

Ketiga, perubahan yang dibawa ke WTO adalah adanya tambahan proses banding (*appellate process*).⁹²³ Meskipun *Appellate Body* (AB) tidak dapat merubah putusan panel (*panel rulings*) secara keseluruhan, namun modifikasi secara parsial sering dilakukan.⁹²⁴ Banding (*appeal*) adalah baik untuk kepentingan reputasi pemerintah, dimana mereka dapat menunjukkan kepada konstituennya bahwa pemerintah telah melakukan perlawanan dengan perlawanan yang baik (*good fight*) dalam menghadapi suatu sengketa.⁹²⁵

Keempat, perubahan utama dari GATT ke WTO adalah partisipasi organisasi non-pemerintah (*non-governmental organization/NGO*).⁹²⁶ Meskipun WTO merupakan mekanisme organisasi penyelesaian sengketa antar pemerintah yang menolak posisi *non-state actors*, akan tetapi WTO telah membuat prosesnya lebih transparan dan dapat diakses (*accessible*).⁹²⁷ Sebagai contoh, AB mengizinkan NGOs untuk melampirkan masukan mereka dalam submisi pemerintah Amerika Serikat ke WTO dalam sengketa “*shrimp-turtle case*”.⁹²⁸ Kenyataan ini telah merubah karakter proses dalam WTO.⁹²⁹

Selain itu, sebagai bagian dari perubahan kelembagaan penyelesaian sengketa, dari Uruguay Round menuju pembentukan WTO, perubahan penting dalam ketentuan substantif (*substantive rules*).⁹³⁰ Banyak penambahan isu-isu baru (*new issues*) seperti *agriculture, services, trade-related investment measures*,

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ *Ibid.*

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ *Ibid.*

dan *intellectual property rights*.⁹³¹ Hingga sekarang setidaknya sepertiga dari sengketa berkaitan dengan “new” issues.⁹³² Di samping itu, perluasan yurisdiksi sistem perdagangan multilateral (*jurisdiction of multilateral trade system*) juga dinilai memberikan dampak besar terhadap *effectiveness* penyelesaian sengketa di WTO.⁹³³

Untuk mengkaji efektivitas penyelesaian sengketa, menurut Iida terdapat lima hal yang dapat dilihat, yaitu: *solving disputes*, *fending off unilateralism*, *assuring a level playing field*, *reconciling trade and non trade*, dan *balancing legislative and judicial functions*.⁹³⁴ Pertama, dalam kaitan dengan *solving disputes* suatu hal yang perlu dinilai adalah kepuasan (*satisfactory*) para pihak.⁹³⁵ Kedua, terdapat dua kategori sebagai *outcome* dari kepuasan, yaitu (i) para pihak melaksanakan putusan WTO; dan (ii) para pihak menyelesaikan sengketa di antara mereka dengan atau tanpa adjudikasi WTO.⁹³⁶ Ketiga yang mungkin dapat dimasukkan dalam “*possibly satisfactory*”, apabila WTO tidak menemukan adanya tindakan yang salah (*wrongdoing*) dari sisi *defendant*, oleh karena itu tidak diperlukan aksi tertentu.⁹³⁷ Hal tersebut dapat dipandang sebagai “*successful*” *dispute outcome* (hasil sengketa yang sukses), setidaknya dari kacamata hukum (*legal point of view*).⁹³⁸ Pada tingkat ini, semua kasus dapat diklasifikasikan sebagai “resolved” (terselesaikan).⁹³⁹

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ *Ibid.*, hlm 317.

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ *Ibid.*

Penyelesaian sengketa dipandang efektif karena dapat menangkis langkah dan kebijakan yang dilakukan suatu negara yang bersifat unilateralism (*fending off unilateralism*).⁹⁴⁰ Hal ini dapat ditelusuri dari banyaknya langkah unilateral yang dilakukan Amerika Serikat dengan menggunakan Section 301 dari US Trade Act 1974.⁹⁴¹ Section 301 menyatakan, bahwa United States Representative (USTR) dapat melakukan tindakan (*actions*) yang bersifat “mandatory actions” dan “discretionary actions”.⁹⁴² Tindakan yang bersifat *mandatory* dilakukan apabila : (a) *the rights of the United States under any trade agreement are being denied*; atau (b) *an act, policy, or practice of a foreign country*.⁹⁴³ AS umumnya melakukan tindakan *mandatory* apabila terdapat tindakan, kebijakan dan praktik negara lain yang merugikan perdagangan AS. Dalam sengketa Kodak dengan Jepang, AS menggunakan Section 301 sebagai landasan tindakan perdagangan.⁹⁴⁴ AS sering menggunakan ketentuan Section 301 untuk mengesampingkan putusan GATT dan menggunakan kekuatannya untuk memblokir penerimaan putusan panel (*panel rulings*).⁹⁴⁵ Hal ini dapat dilihat dari 77 kasus sengketa yang diajukan AS dari 1995-2002 menggunakan Section 301.⁹⁴⁶ Pada perundingan GATT, AS menginginkan adanya sistem penyelesaian sengketa yang kuat disamping menggunakan Section 301 sebagai dasar tindakan perdagangan.⁹⁴⁷ Langkah tersebut pada saat bersamaan mendorong Eropa dan Jepang untuk membatalkan

⁹⁴⁰ *Ibid*, hlm 319.

⁹⁴¹ *Ibis*, hlm 320.

⁹⁴² John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes Jr, *Legal Problems of International Economic Relations*, West Publishing Co, USA, Sixth Edition, 2013, hlm. 1244.

⁹⁴³ *Ibid*.

⁹⁴⁴ *Op-Cit*, hlm 320.

⁹⁴⁵ *Ibid*.

⁹⁴⁶ *Ibid*.

⁹⁴⁷ *Ibid*.

(*annulment*) Section 301.⁹⁴⁸ Akan tetapi seiring dengan perjalanan waktu dan banyaknya sengketa yang dihadapi AS, korporasi industri dan USTR secara perlahan merubah strategi dan tidak lagi semata-mata menggunakan Section 301, tetapi menggunakan perjanjian WTO sebagai dasar sengketa.⁹⁴⁹ Kebijakan ini dilakukan untuk menghindari kemungkinan negara lain melakukan retaliasi terhadap AS.⁹⁵⁰

Faktor lain untuk mengukur efektivitas penyelesaian sengketa adalah seberapa jauh WTO dapat menjamin *level of playing field*, dimana semua negara, termasuk negara berkembang dapat mengajukan sengketa ke WTO.⁹⁵¹ *Level of playing field* menjadi isu bagi negara berkembang, karena berkaitan dengan kemampuan negara berkembang secara finansial untuk membiayai penyelesaian sengketa. Apakah negara berkembang mampu membiayai penyelesaian sengketa, mengingat biaya sengketa di WTO yang tidak murah.⁹⁵² Bagi perusahaan dan negara berkembang yang kecil mungkin akan merasakan sengketa di WTO sesuatu yang mahal dan tidak dapat membiayainya (*unaffordable*).⁹⁵³ Dengan hal seperti itu kemungkinan negara berkembang hanya bersikap diam, pasif dan tidak akan mampu memanfaatkan WTO untuk mempertahankan kepentingan dagangnya dan mengajukan sengketa, termasuk berhadapan dengan negara maju.⁹⁵⁴ Pertimbangan biaya (*cost consideration*) dan kurangnya keahlian hukum (*legal expertise*) dirasakan akan menghalangi negara berkembang memanfaatkan

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Ibid*, hlm. 321.

⁹⁵² *Ibid*, hlm 321.

⁹⁵³ *Ibid.*

⁹⁵⁴ *Ibid.*

secara penuh penyelesaian sengketa yang tersedia di WTO.⁹⁵⁵ Asumsi tersebut pupus dan dapat diatasi dengan inisiatif negara berkembang mendirikan *Advisory Center on WTO Law (ACWL)* untuk memanfaatkan penyelesaian sengketa WTO lebih efektif.⁹⁵⁶ ACWL didirikan pada Konferensi Tingkat Menteri (KTM) WTO di Seattle tahun 1999. Kemudian ACWL diresmikan pendiriannya di Jenewa, Oktober 2001.⁹⁵⁷ Hingga sekarang ACWL memiliki 30 negara anggota yang terdiri dari kategori A, B dan C.⁹⁵⁸ Indonesia termasuk negara anggota ACWL pada kategori B, bersama-sama dengan antara lain Kolombia, Mesir, India, Pakistan, Filipina, Thailand, Turki, dan Vietnam.⁹⁵⁹ Dukungan dan bantuan ACWL dirasakan memberikan manfaat besar bagi negara berkembang. Dengan ACWL kepentingan dan keberadaan negara berkembang menjadi berarti di WTO. Kontribusi dan arti penting ACWL dapat dilihat dari survei kepuasan (*satisfaction*) negara berkembang terhadap *legal advice* ACWL.⁹⁶⁰ Sebanyak 71% menyatakan *highly satisfactory*, 27% *very satisfactory*, dan hanya 2% merasakan *satisfactory*.⁹⁶¹ Dengan ACWL eksistensi *level of playing field* negara berkembang menjadi terjamin dan mendapatkan akses yang besar dalam penyelesaian sengketa WTO.

Aspek lain terkait efektivitas WTO dipandang perlu melihat rekonsiliasi antara *trade concern* dan *non-trade concern*.⁹⁶² Penyelesaian sengketa WTO perlu

⁹⁵⁵ *Ibid*, hlm 322.

⁹⁵⁶ *Ibid*.

⁹⁵⁷ *Ibid*.

⁹⁵⁸ Advisory Centre on WTO Law (ACWL), *Report on Operations 2015*, Jenewa, 2016, hlm 51.

⁹⁵⁹ *Ibid*, hlm 51.

⁹⁶⁰ *Ibid*, hlm 18.

⁹⁶¹ *Ibid*.

⁹⁶² *Op.Cit*, hlm 323.

melihat keterkaitan antara isu perdagangan dan non perdagangan. Apakah WTO semata-mata dan lebih dominan dengan isu perdagangan dan tidak memperhatikan isu non perdagangan seperti masalah lingkungan (*environment*), keselamatan konsumen (*consumer safety*), hak asasi manusia (*human rights*), kebudayaan (*cultural*) dan nilai-nilai lain.⁹⁶³ Menurut Iida tidak terdapat banyak kasus yang melibatkan isu non perdagangan di WTO.⁹⁶⁴ Hanya beberapa kasus besar saja yang memiliki keterkaitan dengan non perdagangan, terutama masalah lingkungan.⁹⁶⁵ Dua kasus besar yang menarik perhatian para pemerhati lingkungan adalah kasus “*reformulated gasoline case*” dan “*shrimp-turtle case*”.⁹⁶⁶ Dalam kasus pertama, kebijakan institusi Amerika Serikat, *Environmental Protection Agency* (EPA) yang menerapkan perlakuan berbeda terhadap *unreformulated gasoline* dipandang sebagai pelanggaran atas prinsip perlakuan nasional (*principle of national treatment*).⁹⁶⁷ Sedangkan kasus kedua menjadi perhatian karena keprihatinan atas sikap AS yang melarang impor udang dari negara-negara yang tidak mewajibkan penggunaan *turtle excluder devices*.⁹⁶⁸ Atas kebijakan tersebut, empat negara Asia mengajukan gugatan terhadap AS dan kemudian memenangkan putusan WTO.⁹⁶⁹

Aspek lain yang juga penting untuk melihat efektivitas penyelesaian sengketa adalah apakah WTO terlalu efektif dan kuat (*powerful*)?⁹⁷⁰ Pengukuran

⁹⁶³ *Ibid*, hlm 323.

⁹⁶⁴ *Ibid*.

⁹⁶⁵ *Ibid*.

⁹⁶⁶ *Ibid*.

⁹⁶⁷ *Ibid*, hlm 323.

⁹⁶⁸ *Ibid*.

⁹⁶⁹ *Ibid*.

⁹⁷⁰ *Ibid*, hlm 325.

aspek ini karena peran WTO yang menjalankan fungsi legislasi dan adjudikasi.⁹⁷¹ Hal ini mengingat terdapat kemungkinan terjadinya tumpang tindih (*overlapping*) peran antara kekuasaan legislatif (*legislative branch*) dan yudisial (*judicial branch*) seperti pemisahan kekuasaan (*separation of power*) pada sistem nasional.⁹⁷² Dengan adanya kedekatan antara peran legislatif dan yudisial, sebagai badan pengadilan penyelesaian sengketa (*court*), WTO memiliki kewajiban untuk mengisi kesenjangan (*fill the gap*) legislasi yang tidak cukup jelas.⁹⁷³ Dalam keadaan seperti itu, WTO sebagai pengadilan berperan dalam menjalankan fungsi “*quasi-legislative function*”.⁹⁷⁴ Selain itu, sistem yang bersifat otomatis (*automaticity*), membuat hampir dapat dipastikan putusan (*rulings*) WTO akan diterima (*adopted*) dan diimplementasikan (*implemented*).⁹⁷⁵ Ketentuan ini sesuai dengan sistem WTO yang menganut prinsip “*reverse consensus*” rule atau “*negative consensus*” dimana Badan Penyelesaian Sengketa (DSB) harus menerima (*adopt*) temuan (*findings*) dari *panel* dan *Appellate Body* (AB), kecuali anggota WTO setuju secara bulat tidak menerima.⁹⁷⁶ Sistem otomatisasi dipandang negara-negara sebagai sesuatu yang dapat membahayakan.⁹⁷⁷ Sebagian melihat dengan kritis peran AB yang melanggar batas-batas dasar legislatif (*legislative ground*) dalam menginterpretasikan aturan-aturan yang bersifat substantif (*substantive rules*) dari WTO.⁹⁷⁸ Lebih jauh juga terdapat pandangan

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ *Ibid.*

⁹⁷⁵ *Ibid.*, hlm 325.

⁹⁷⁶ World Trade Organization, *Twenty Years of the WTO A Retrospective*, Jenewa, 2015, hlm. 78.

⁹⁷⁷ *Op.Cit.*, hlm 325.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, hlm 325.

menyatakan bahwa peran *panel* dan *AB* bertindak sangat jauh dalam menjalankan adjudikasi antara dua ketentuan yang bertentangan (*conflicting provisions*) dari perjanjian WTO, sebagai contoh dalam kasus sengketa otomotif Indonesia.⁹⁷⁹

Menurut Christina L. Davis, pakar politik dan masalah-masalah international, penyelesaian sengketa WTO dinilai efektif karena dapat membawa kemajuan untuk merubah hambatan perdagangan (*trade barrier*) dan memperpendek masa sengketa (*shorten the duration of the dispute*).⁹⁸⁰ Bahkan terhadap kasus yang memiliki bobot politik di forum WTO, tidak dapat dipungkiri bahwa sistem penyelesaian sengketa relatif sukses dalam menyelesaikan sengketa dagang.

Sebagai lembaga penyelesaian sengketa, eksistensi dan kredibilitas WTO sangat dipengaruhi oleh efektivitas dalam menjalankan operasional peradilan. Faktor-faktor yang dipandang mempengaruhi efektivitas tersebut antara lain :⁹⁸¹

- i. WTO menawarkan pengalaman dan legitimasi sebagai institusi yang teruji dibandingkan perjanjian perdagangan bebas yang baru dan belum teruji;
- ii. Keberadaan lembaga-lembaga yang sudah dikenal seperti DSB untuk mengatur mekanisme sebagai elemen yang positif;
- iii. Sistem yang bersifat otomatis (*automaticity of the system*) dan tidak menghentikan langkah-langkah dalam proses penyelesaian sengketa melalui WTO daripada mekanisme FTA;
- iv. WTO memberikan peluang untuk membentuk aliansi sengketa dengan anggota yang lain, baik sebagai *co-complainants* dalam sengketa atau partisipasi sebagai pihak ketiga (*third parties*), dalam konteks sengketa yang dapat menimbulkan isu sistemik atau langkah-langkah yang berdampak terhadap beberapa pihak lain, yang tidak mungkin dilakukan melalui FTA bilateral atau FTA dengan beberapa anggota;

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ Christina L. Davis, *The Effectiveness of WTO Dispute Settlement: An Evaluation of Negotiation Versus Adjudication Strategies*, Princeton University, August 2008, hlm 36.

⁹⁸¹ C. Chase, A Yanovich, J. Crawford, and P. Ugaz, "Mapping of Dispute Settlement Mechanism in Regional Trade Agreement – Innovative or Variation on a Theme?", WTO Staff Working Paper (ERSD-2013-07, 2013) pp6, 46-49.

- v. Adanya pengawasan multilateral menjadikan WTO lebih menarik, terutama *reputational cost* untuk *non-compliance* yang mahal di dalam forum multilateral dibandingkan forum bilateral atau trilateral;
- vi. Alasan keuangan karena tidak adanya biaya yang dikeluarkan dalam membawa sengketa di WTO (biaya keseluruhan yang dibayarkan di luar dari anggaran reguler WTO), sementara sistem yang lain mungkin mengenakan biaya registrasi atau harus membayar biaya panelis atau arbiter yang biasanya mahal;
- vii. Adanya kemungkinan melakukan banding terhadap *panel report*, yang sangat jarang dalam forum adjudikasi internasional;
- viii. WTO telah mengembangkan *case law* selama lebih dari dua puluh tahun, sehingga lebih memiliki prediktabilitas dalam hasil putusan, dibandingkan badan adjudikasi yang baru atau belum teruji.
- ix. Panel dan *Appellate Body* dibantu dengan staf Sekretariat yang berpengalaman seperti diamanatkan oleh DSU.

B. Penyelesaian Sengketa Dalam Kerangka ASEAN

1. Landasan dan Legitimasi Internasional ASEAN

a. Instrumen Landasan Hukum Penyelesaian Sengketa

Dalam konteks penyelesaian sengketa dagang, instrumen sebagai landasan hukum penyelesaian sengketa didasarkan pada ketentuan pokok yang termaktub dalam *ASEAN Charter*⁹⁸², *Protocol on ASEAN Enhanced Dispute Settlement Mechanism* (EDSM) 2004⁹⁸³ dan *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism* 2010.⁹⁸⁴

i. ASEAN Charter

Sebagai landasan konstitusional tertinggi, *ASEAN Charter* (AC) atau Piagam ASEAN memberikan rambu-rambu dan pedoman umum pengaturan

⁹⁸² ASEAN Charter atau Piagam ASEAN ditandatangani 20 November 2007 di Singapura. ASEAN Charter terdiri atas 13 Bab dan 55 Pasal.

⁹⁸³ Protokol ini disebut juga dengan “Vientiane Protocol”, karena ditandatangani di Vientiane, Laos, dan berlaku sejak tahun 2004. Protokol ini dikenal juga sebagai Protokol 2004.

⁹⁸⁴ Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism disebut juga dengan Protokol 2010.

penyelesaian sengketa. ASEAN Charter juga merupakan landasan bagi terbentuknya ASEAN sebagai *rules-based organization* seperti halnya WTO.⁹⁸⁵ ASEAN Charter juga dirancang sebagai pondasi untuk terbentuknya legal framework bagi ASEAN sebagai *rules-based organization*.⁹⁸⁶ Dengan ASEAN Charter, maka ASEAN mulai melangkah ke tingkat lebih tinggi menjadi organisasi yang mendasarkan diri pada hukum (*legal basis*) dan tidak lagi sepenuhnya didasarkan atas putusan politik seperti pada masa sebelum lahirnya piagam ASEAN. ASEAN akan menjalankan dan mulai menempatkan prinsip-prinsip hukum sebagai rujukan dalam menggerakkan roda organisasi. Penyelesaian sengketa melalui mekanisme hukum dengan demikian mendapatkan tempat dan menjadi *legitimate*. Dengan ASEAN Charter, mekanisme penyelesaian sengketa menjadi instrumen fundamental dalam menjaga hak dan kewajiban (*preserving rights and obligations*) Negara Anggota (*Member States*) dalam berbagai perjanjian yang ditandatangani dan sekaligus menyelesaikan sengketa yang ada di antara Negara Anggota.⁹⁸⁷

ASEAN Charter mengamanatkan Negara Anggota untuk bertindak berdasarkan atas prinsip-prinsip antara lain berpegang teguh menyelesaikan sengketa dengan cara damai (*reliance on peaceful settlement of disputes*), memperhatikan *rule of law*, dan aturan perdagangan multilateral (*multilateral trade rules*) dan ASEAN *rules-based regimes* untuk implementasi secara efektif komitmen ekonomi.⁹⁸⁸ Prinsip-prinsip ASEAN Charter diperlukan untuk

⁹⁸⁵ Koesnaldi, Shalmon, Fransisca, Sahari, hlm 3.

⁹⁸⁶ *Ibid*, hlm 3.

⁹⁸⁷ *Ibid*, hlm 3.

⁹⁸⁸ ASEAN Charter, Pasal 2, Prinsip 2 (d), (h) dan (n).

menopang tujuan yang ingin dicapai ASEAN, terutama dalam menuju terbentuknya pasar tunggal dan basis produksi (*single market and production base*) yang stabil, makmur, sangat kompetitif dan terintegrasi secara ekonomi (*highly competitive dan economically integrated*).⁹⁸⁹

Secara khusus pengaturan penyelesaian sengketa diatur dalam Bab VIII tentang Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement*). Dalam Pasal 22 tentang Prinsip Umum (*General Principles*), ASEAN Charter menegaskan dua prinsip dalam penyelesaian sengketa, yaitu : *pertama*, mengamanatkan untuk menyelesaikan semua sengketa (*all disputes*) dengan cara damai (*peacefully*) melalui dialog (*dialogue*), konsultasi (*consultation*) dan perundingan (*negotiation*); *kedua*, ASEAN akan membentuk mekanisme penyelesaian sengketa dalam semua lapangan kerjasama ASEAN (*in all fields of ASEAN cooperation*).

Selain itu, ASEAN Charter juga memberikan ruang bagi penyelesaian dengan cara diplomatik melalui *good offices*, *concilliation* dan *mediation*, yang dituangkan dalam Pasal 23. Permintaan penyelesaian dengan cara tersebut dapat diajukan negara anggota ASEAN kepada Chairman ASEAN atau Sekretaris Jenderal ASEAN untuk menyediakan dan memfasilitasi penyelesaian sengketa.

Dalam kaitan dengan mekanisme penyelesaian sengketa melalui instrumen tertentu (*specific instrument*), Pasal 24 ASEAN Charter memberikan pengaturan tentang sengketa terkait dengan interpretasi (*interpretation*) atau aplikasi (*aplication*) perjanjian ekonomi ASEAN (*ASEAN economic agreement*), sengketa akan diselesaikan melalui *ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement*

⁹⁸⁹ Pasal 1 Para (5) ASEAN Charter.

Mechanism.⁹⁹⁰ Sementara itu, dalam hubungan dengan arbitase, ASEAN Charter juga mengamanatkan bahwa penyelesaian melalui arbitrase dapat dilakukan dalam hal sengketa berhubungan dengan interpretasi atau aplikasi Charter, termasuk instrumen perjanjian ASEAN lainnya.⁹⁹¹

ii. ***Protocol on ASEAN Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM) 2004***

Sebagai instrumen hukum, keberadaan *Protocol on ASEAN Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM)*⁹⁹² atau *ASEAN Protocol on Dispute Settlement Mechanism (DSM)* ditegaskan di dalam ASEAN Charter, sehingga menjadi landasan yuridis utama penyelesaian sengketa dagang. ASEAN DSM berlaku sejak tahun 2004 dan menjadi dasar pengaturan penyelesaian ‘*non-adjudicatory mechanism*’ dan ‘*formal adjudicatory mechanism*’ terhadap sengketa yang secara umum berkaitan dengan *ASEAN economic agreements*.⁹⁹³

Dari segi isi (*content*), Protokol DSM 2004 memuat ketentuan yang relatif singkat. Protokol hanya memiliki 21 pasal, lebih sedikit dari WTO DSM yang tercantum dalam *Understanding on Rules and Procedure Governing the Settlement of Dispute* yang memiliki 27 pasal. Secara substantif, Protokol mengatur hal-hal pokok mengenai ruang lingkup,⁹⁹⁴ konsultasi,⁹⁹⁵ non-

⁹⁹⁰ Penegasan tersebut diatur dalam Pasal 24 Ayat 3.

⁹⁹¹ Pengaturan tentang arbitrase diatur dalam Pasal 25.

⁹⁹² *ASEAN Protocol on Dispute Settlement Mechanism* sebagai perjanjian payung, dalam bahasa sehari-hari juga disebut dengan istilah ASEAN DSM atau Protokol 2004.

⁹⁹³ Krit Kraichitti, *Dispute Settlement Mechanism for ASEAN Community: Experiences, Challenges and Way Forward*, paper pada Workshop on Trade and Investment, ASEAN Law Association 12th General Assembly, 25-28 February 2015, Manila, Republic of the Philippines, hlm 5.

⁹⁹⁴ Pasal 1 Protokol.

adjudicatory (good offices, conciliation or mediation),⁹⁹⁶ pembentukan dan prosedur panel,⁹⁹⁷ pihak ketiga (*third parties*),⁹⁹⁸ banding (*appeal review*),⁹⁹⁹ pengawasan (*surveillance*) implementasi *findings and recommendations*,¹⁰⁰⁰ *compensation and suspension of concessions*,¹⁰⁰¹ ASEAN DSM Fund,¹⁰⁰² *maximum time-frame*,¹⁰⁰³ peran sekretariat¹⁰⁰⁴ dan tempat sidang penyelesaian sengketa (*venue for proceeding*).¹⁰⁰⁵

Sistem yang terdapat dalam Protokol 2004 merupakan dasar rujukan sengketa yang dibawa berdasarkan perjanjian-perjanjian ekonomi ASEAN yang termasuk dalam *covered agreement*. Protokol memuat ketentuan terkait dengan non-adjudikasi (*consultation, good offices, conciliation and mediation*) dan adjudikasi yang mencakup panel dan banding. Implementasi Protokol 2004 dijalankan oleh ASEAN Senior Economic Officials Meeting (SEOM) yang akan membentuk panel, menerima *report* dan mengizinkan melakukan *countermeasures*.¹⁰⁰⁶

Sebagai pedoman penyelesaian sengketa, Protokol 2004 mengatur tentang proses konsultasi, panel dan banding yang dapat dilakukan pihak-pihak yang bersengketa. Berdasarkan Protokol ini maka setiap pihak yang bersengketa harus

⁹⁹⁵ Pasal 3 Protokol.

⁹⁹⁶ Pasal 4 Protokol.

⁹⁹⁷ Pasal 5 Protokol.

⁹⁹⁸ Pasal 11 Protokol.

⁹⁹⁹ Pasal 12 Protokol.

¹⁰⁰⁰ Pasal 15 Protokol.

¹⁰⁰¹ Pasal 16 Protokol.

¹⁰⁰² Pasal 17 Protokol.

¹⁰⁰³ Pasal 18 Protokol.

¹⁰⁰⁴ Pasal 19 Protokol.

¹⁰⁰⁵ Pasal 20 Protokol.

¹⁰⁰⁶ Krit Kraichitti, *Dispute Settlement Mechanism for ASEAN Community: Experiences, Challenges and Way Forward*, Workshop on Trade and Investment, ASEAN Law Association 12th General Assembly, Manila, Filipina, hlm 6.

memulai tahapan penyelesaian melalui permintaan konsultasi. Konsultasi merupakan sesuatu yang wajib (*mandatory*) dan tahap yang harus dilalui (*prerequisite step*) sebagai kesempatan para pihak untuk membicarakan isu yang menjadi permasalahan untuk menuju solusi yang dapat saling diterima (*mutually acceptable solution*) sebelum memasuki proses litigasi.¹⁰⁰⁷ Jika konsultasi gagal menyelesaikan sengketa dalam kerangka waktu yang ditentukan, sengketa disampaikan kepada SEOM berdasarkan permintaan dari pihak yang keberatan (*complaining party*) untuk membentuk panel.¹⁰⁰⁸

Protokol juga memuat ketentuan tentang sistem kepatuhan (*compliance*) seperti langkah-langkah sementara dalam bentuk kompensasi dan penangguhan konsesi (*compensation and suspension of concessions*) apabila para pihak tidak sejalan dengan temuan dan rekomendasi (*findings and recommendations*) dalam waktu 60 (enam puluh) hari sejak penerimaan laporan (*adoption of the report*).¹⁰⁰⁹ Proses dan tahapan waktu penyelesaian sengketa dalam kerangka ASEAN dapat dilihat dari grafik flowchart berikut ini.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, hlm 6.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, hlm 6.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

Tabel 2
Matriks Tahapan dan Proses Penyelesaian Sengketa berdasarkan
Protokol ASEAN *Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM) 2004**

Dispute under ASEAN economic agreements		
1	Permintaan Konsultasi oleh Negara Anggota ASEAN (<i>ASEAN Member Countries</i>) (Request for “consultation” by an AMS)	
2	Melakukan Konsultasi (dalam kurun waktu 60 hari) Consultation step (mandatory) – within 60 days	
3	Mekanisme adjudikasi: AMS meminta pembentukan Panel ASEAN (Adjudicatory mechanism: request to establish ASEAN Panel)	Mekanisme non-adjudication yang disediakan (<i>Non-adjudicatory mechanism</i>): Good offices, Consultation, Mediation (Tidak ada kerangka waktu: dapat dimulai/diakhiri kapan saja) No time frame: can begin/terminate at any time
4	SEOM establish ASEAN panel (unless SEOM agreed otherwise by consensus) Panel will consist of 3 – 5 panelists Guided by Standard term of reference	Terbuka peluang untuk penyelesaian yang disepakati bersama Opportunity to mutually agreed solution
5	Panel procedures	
6	Panel sampaikan laporan tertulis Laporan Panel kepada SEOM dalam waktu 60 hari (dapat diperpanjang 10 hari) Panel submit written report (Panel Report) to SEOM within 60 days from its establishment (10 additional days permitted)	
7	SEOM menerima laporan dalam 30 hari SEOM adopt report within 30 days	SEOM memutuskan dengan konsensus mengajukan banding SEOM decides by consensus to appeal
8		Badan Banding ASEAN dibentuk dengan 3 orang ASEAN Appellate Body established (3 persons)
9		Badan Banding keluaran Tinjauan Banding dalam waktu 60 – 90 hari Appellate Review must be issued within 60 – 90 days (uphold, modify, or reverse panel decisions)

*) Matriks adaptasi dan modifikasi dari Krit Kraichitti,

iii. *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism 2010*

Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism (PDSM) berlaku secara efektif sejak 27 Juli 2017 setelah 10 (sepuluh) negara meratifikasi protokol.¹⁰¹⁰ Protokol 2010 atau PDSM terdiri atas 6 Annexes yang disusun berdasarkan ketentuan Pasal 25 dari ASEAN Charter tentang *Establishment of Dispute Settlement Mechanism*. Pasal 25 menyatakan, penyelesaian sengketa, termasuk arbitrase akan dibentuk untuk menyelesaikan sengketa berkaitan dengan interpretasi atau aplikasi ASEAN Charter dan instrumen ASEAN yang lain, kecuali ditentukan lain dalam piagam.¹⁰¹¹

Protokol 2010 pada dasarnya merupakan instrumen yang mengatur sengketa yang timbul dari interpretasi atau penerapan ASEAN Charter dan berbagai instrumen ASEAN lain, yang tidak memiliki cara yang spesifik dalam *resolving disputes* dan tidak berada dalam kerangka TAC (*Treaty of Amity and Cooperation*) maupun EDSM.¹⁰¹² Dalam implementasi, DSMP dijalankan dengan kerangka waktu yang ketat, dan tidak dapat dimodifikasi oleh pihak-pihak yang bersengketa.¹⁰¹³ Cara penyelesaian sengketa (*means of resolving dispute*) dalam DSMP meliputi *consultation, good offices, mediation and conciliation*, serta

¹⁰¹⁰ Informasi dari <http://agreement.asean.org/agreement/details>.

¹⁰¹¹ *Ibid*, hlm 8.

¹⁰¹² Michael Ewing-Chow and Ranyta Yusran, *If You Build It They Still Will Not Come: ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism*, hlm 13.

¹⁰¹³ *Ibid*, hlm 13.

arbitrase.¹⁰¹⁴ Sebagai penuntun pelaksanaan, DSMP juga dilengkapi dengan aturan (*rules*) tentang *good offices, mediation, conciliation* dan arbitrase dalam Annex 1-4.¹⁰¹⁵ Dalam hubungan dengan EDSM, terdapat perbedaan dengan EDSM, DSMP tidak membentuk badan tetap (*standing body*) penyelesaian sengketa.¹⁰¹⁶ Semua cara penyelesaian dijalankan bersifat *ad hoc* (*ad hoc basis*).¹⁰¹⁷

Secara administratif Protokol 2010 atau DSMP tidak memiliki sekretariat tetap (*standing secretariat*).¹⁰¹⁸ Apabila Negara Anggota (*Member State*) meminta *consultation, good offices, mediation* atau *conciliation* dalam menyelesaikan sengketa, Sekretariat Jenderal ASEAN akan bertindak sebagai pusat notifikasi (*point of notification*) yang kemudian akan menginformasikan kepada Negara-negara Anggota ASEAN (*ASEAN Member States*) adanya permintaan (*request*) penyelesaian sengketa.¹⁰¹⁹ Sekjen ASEAN bertanggung jawab terhadap daftar individu (*list of individuals*) yang akan bertindak sebagai *mediators, conciliators*, atau *arbitrators*.¹⁰²⁰ Dalam hal kepatuhan (*compliance*), Sekretaris Jenderal dan Sekretariat ASEAN akan memonitor *compliance* dari negara anggota.¹⁰²¹

Para pihak yang bersengketa juga diwajibkan untuk menyampaikan kepada Sekretaris Jenderal laporan perkembangan (*status report*) mengenai sejauh mana kepatuhan mereka terhadap putusan arbitrase yang dikeluarkan atau kesepakatan

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, hlm 14.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ *Ibid.*

penyelesaian (*settlement agreement*) yang dicapai kedua pihak.¹⁰²² Dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase, semua biaya (*cost*) yang untuk *Chair of the arbitral tribunal* dan biaya-biaya lain terkait seluruh proses sidang (*proceeding*) akan ditanggung para pihak dengan jumlah yang sama. Setiap pihak akan menanggung biaya arbitrator yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa.¹⁰²³ Dengan kata lain, secara kelembagaan DSMP tidak memiliki unsur sekretariat tetap, mekanisme pendanaan (*funding*) maupun pembiayaan (*cost*) seperti yang terdapat dalam EDSM. DSMP tidak memiliki *special fund* seperti *ASEAN DSM Fund* dalam sistem EDSM.

**b. Legitimasi ASEAN sebagai Organisasi Internasional
Penyelesaian Sengketa**

Keberadaan ASEAN sebagai organisasi regional, terlebih dalam peran penyelesaian sengketa, tidak dapat dipungkiri akan menjadi perhatian masyarakat internasional. Dalam perspektif politik internasional, sebuah lembaga dipandang eksis karena memiliki legitimasi. Legitimasi merupakan sesuatu yang sangat penting dalam melakukan interaksi dan menjalankan berbagai aktivitas organisasi internasional. Ekspansi pengaruh politik yang dijalankan institusi internasional terkait dengan kebijakan negara (*states' policies*), proses politik (*political process*) dan kelembagaan itu sendiri merupakan aspek utama yang mendorong perhatian terhadap tata kelola global kontemporer dari legitimasi

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ *Ibid*, hlm 15.

(*contemporary global governance*).¹⁰²⁴ Pada tataran tertentu isu legitimasi tidak dapat dipungkiri telah menjadi perdebatan kontroversial. Sebagian ahli mempertanyakan apakah legitimasi lembaga internasional didasarkan atas dan harus memenuhi standar akuntabilitas demokratis (*democratic accountability*) untuk menopang legitimasi.¹⁰²⁵ Sebagian yang berpandangan pragmatis menekankan, bahwa kunci dari legitimasi lembaga-lembaga internasional terletak pada pencegahan penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) dan pengadopsian mekanisme akuntabilitas yang sesuai.¹⁰²⁶ Kelompok yang lain menekankan bahwa pada dasarnya tidak ada legitimasi demokratis (*democratic legitimacy*) relevan dengan lembaga internasional yang dapat memenuhi syarat.¹⁰²⁷

Menurut para pakar, untuk melihat legitimasi lembaga internasional, perlu didasarkan atas standar yang akan digunakan untuk menentukan kriteria legitimasi.¹⁰²⁸ Mayoritas para ahli menggunakan pendekatan normatif (*normative approach*) untuk mengkaji legitimasi lembaga regional dan internasional yang cenderung mengadopsi standar normatif yang diambil dari ide aturan demokratis (*democratic rule*). Dalam kaitan ini contoh utama untuk legitimasi orde politik (*political order*) yang melampaui negara dipusatkan pada Uni Eropa, karena UE mengeluarkan putusan otoritatif yang mengikat negara anggota dan mempengaruhi kehidupan warga negaranya. Tantangan utama syarat legitimasi dalam konteks UE adalah karena kebijakan UE selalu membawa implikasi yang redistributif, dengan menciptakan adanya pemenang (*winners*) dan yang kalah

¹⁰²⁴ Berthold Rittberger and Philip Schroeder, *The Legitimacy of Regional Institutions*,

¹⁰²⁵ *Ibid.*, hlm 2.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ *Ibid.*

(*losers*). Budaya politik UE yang demokratis dan egaliter dengan sendirinya terbiasa dengan adanya *winners* dan *losers*. Sementara organisasi regional di luar UE, legitimasi dicirikan dengan adanya pembuatan putusan yang didasarkan atas konsensus antar pemerintah (*intergovernmental consensus-based decision making*), sehingga dapat dikatakan memiliki tantangan legitimasi yang rendah (*less pertinent legitimacy challenges*).¹⁰²⁹ Dalam konteks ini institusi regional yang berlandaskan pada konsensus dan mencegah negara anggota melampaui aturan (*overruled*), tidak berhadapan dengan *society-centered conceptions of legitimacy*, maupun melemahkan prinsip kesetujuan negara (*principle of state consent*) dengan demikian secara penuh dapat dikategorikan sebagai *state-centered view on legitimacy*.¹⁰³⁰

Sebagai contoh dari *state centered view on legitimacy* dalam integrasi kawasan adalah organisasi regional negara-negara di kawasan Asia Tenggara atau ASEAN.¹⁰³¹ Untuk menjaga kekuatan, eksistensi organisasi dan kesesuaian dengan kebijakan yang berorientasi pada *state centered policy*, ASEAN menjunjung tinggi komitmen prinsip yaitu *non-interference principle* dan prinsip *consensual decision making* di antara elit pemimpin negara anggota yang dikenal dengan “*ASEAN Way*”.¹⁰³² Dengan doktrin *ASEAN Way*, negara anggota akan dapat mengendalikan dan mencegah pergerakan organisasi melampaui kohesifitas kerjasama regional antar pemerintahan (*intergovernmental regional cooperation*).¹⁰³³ Kedekatan ASEAN dengan meningkatkan kedaulatan negara

¹⁰²⁹ *Ibid.*, hlm 8.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Ibid.*, hlm 9.

¹⁰³² *Ibid.*

¹⁰³³ *Ibid.*

anggotanya dan memperkuat ketahanan regional yang memberi dukungan penuh terhadap kepentingan elit penguasa dengan mempertaruhkan tujuan organisasi dan kepentingan konstituen mereka.¹⁰³⁴

Dalam perspektif empiris, legitimasi institusi regional menitikberatkan pada *social and inter-subjective quality of legitimacy*.¹⁰³⁵ Dalam konteks ini, legitimasi dipandang sebagai kualitas yang bersifat subyektif (*subjective legitimacy*), hubungan yang saling terkait antara aktor dan institusi, dan didefinisikan oleh persepsi aktor dari institusi (*defined by the actor's perception of the institution*).¹⁰³⁶ Legitimasi dinilai tidak hanya melekat secara sosial, tetapi juga politik (*political*): dimana legitimasi mengklaim dan mempraktikkan ditujukan untuk meningkatkan atau menegakkan kembali legitimasi institusi, meskipun jarang tidak ditampilkan.¹⁰³⁷ Dengan kata lain, legitimasi dapat diperoleh (*gained*), dipelihara (*maintained*) atau hilang sebagai hasil dari proses sosial dan politik, karena para aktor (pemegang kekuasaan) berusaha untuk membentuk legitimasi dan juga legitimasi aksi mereka (*legitimacy of their actions*) melalui retorika konstruksi citra diri (*self images*) serta prioritas dan praktik justifikasi publik.¹⁰³⁸

Selain itu, dalam konteks yang lebih luas, legitimasi institusi regional tidak hanya dipertahankan (*defended*) dan mendapatkan tantangan di lingkungan sendiri (*at home*) – di dalam kawasan dan konstituen sendiri, tetapi juga dari luar

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ *Ibid.*, hlm 10.

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ *Ibid.*

¹⁰³⁸ *Ibid.*

(*outside*).¹⁰³⁹ *Pertama*, pengaruh dari kekuatan luar ke dalam (*outside-in*), dimana aktor luar berupaya menegaskan (*affirm*), menantang (*challenge*) atau melemahkan (*undermine*) legitimasi institusi.¹⁰⁴⁰ *Kedua*, dari dalam ke luar (*inside-out*), dimana aktor regional berusaha keras untuk mendapatkan pengakuan eskternal (*external recognition*) dari aktor politik dan konstituen sosial di luar kawasan untuk memperkuat legitimasi yang dimiliki.¹⁰⁴¹ Dalam konteks *inside-out*, ASEAN memiliki kekuatan untuk mendapatkan legitimasi. Hal ini dapat dilihat dari penerimaan dan pengakuan negara-negara serta organisasi internasional terhadap keberadaan ASEAN sebagai institusi regional dengan melakukan akses terhadap perjanjian internasional *Treaty of Amity and Cooperation* (TAC)¹⁰⁴² dan akreditasi perwakilan diplomatik terhadap organisasi ASEAN. Hingga sekarang 31 negara menjadi negara pihak dari TAC, dimana 21 negara merupakan non-ASEAN, termasuk Amerika Serikat, Australia, Canada, China, India, Inggris, Jepang, Korea Selatan, Perancis, Rusia, Selandia Baru, dan Uni Eropa.¹⁰⁴³ Dalam hal akreditasi perwakilan diplomatik untuk ASEAN, tidak kurang dari 89 negara memiliki perwakilan tetap dengan ASEAN.¹⁰⁴⁴ Pengakuan-pengakuan tersebut menunjukkan bahwa ASEAN memiliki legitimasi

¹⁰³⁹ *Ibid*, hlm 11.

¹⁰⁴⁰ *Ibid*.

¹⁰⁴¹ *Ibid*.

¹⁰⁴² Treaty of Amity and Cooperation (TAC) ditandatangani tahun 1976.

¹⁰⁴³ Krit Kraichitti, *Dispute Settlement Mechanism for ASEAN Community: Experiences, Challenges and Way Forward*, Workshop on Trade and Investment, ASEAN Law Association 12th General Assembly, 25-28 February 2015, Manila, Republic of the Philippines.

¹⁰⁴⁴ Data hingga Juli 2015, *List of Non-AMS' Ambassadors to ASEAN*, http://www.asean.org/storage/images/2015/August/list_of_non_ams/Listofn-AMSAmbsasofJuly2015fortheWebsite_2.pdf, [diakses tanggal 4/12/2017, pukul 20.10]. Berdasarkan informasi dari Perutusan Tetap RI (PTRI) untuk ASEAN, hingga 5 Desember 2017, jumlah perwakilan diplomatik dan organisasi yang terakreditasi hampir mencapai 90. Masih menunggu satu negara, yaitu Oman yang belum menyerahkan Letter of Credential (LOC) kepada Sekretaris Jenderal ASEAN. Dari jumlah 89, sebanyak 79 negara Residence di Jakarta. Sedangkan 10 yang lain merupakan perwakilan Non-Residence.

internasional untuk mengimplementasikan kesepakatan dan perjanjian internasional, termasuk dalam menjalankan proses penyelesaian sengketa dagang.

2. Pandangan Negara-Negara Anggota ASEAN Terhadap ASEAN DSM

Terdapat pandangan negara-negara anggota ASEAN terhadap dua Protokol yang mengikat secara hukum (*legal binding protocols*) dalam mekanisme menyelesaikan sengketa ASEAN sesuai dengan yang disyaratkan *ASEAN Charter*, yaitu *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement* dan *ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement*. Pandangan ini dapat dilihat dari sikap negara-negara ASEAN terhadap protokol yang telah ditandatangani secara bersama-sama. Dua hal terkait dengan pandangan dan sikap tersebut, yaitu: *pertama*, dari ratifikasi yang dilakukan masing-masing negara, dan *kedua*, dari sikap politik (*political will*) dan kesiapan masing-masing negara dari sebelumnya menggunakan penyelesaian politik dan diplomatik, beralih menggunakan penyelesaian melalui proses yudisial dan menjunjung tinggi prinsip *rule of law*.

Dalam hal ratifikasi, dari sepuluh negara anggota, hingga saat ini lima negara yang meratifikasi protokol penyelesaian sengketa, yaitu Brunei Darussalam,¹⁰⁴⁵ Indonesia,¹⁰⁴⁶ Kamboja,¹⁰⁴⁷ Thailand¹⁰⁴⁸ dan Vietnam.¹⁰⁴⁹ Ini menunjukkan bahwa ratifikasi baru mencapai 50 persen atau separo dari sepuluh anggota ASEAN. Ratifikasi tersebut memberikan kesan, baru lima negara yang

¹⁰⁴⁵ Brunei Darussalam meratifikasi *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism* tanggal 29 September 2015.

¹⁰⁴⁶ Indonesia meratifikasi *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism* tanggal 2 September 2014 melalui Peraturan Presiden No. 71 Tahun 2014.

¹⁰⁴⁷ Kamboja meratifikasi *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism* tanggal 23 Januari 2015.

¹⁰⁴⁸ Thailand meratifikasi *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism* tanggal 24 Juni 2015.

¹⁰⁴⁹ Vietnam meratifikasi *Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism* tanggal 15 Oktober 2012.

menunjukkan komitmen tinggi untuk menggunakan protokol sebagai instrumen penyelesaian sengketa.

Banyaknya negara yang belum meratifikasi menunjukkan sikap negara-negara yang kurang memiliki komitmen dan keinginan untuk merealisasikan DSM diterima secara penuh serta menerapkan penyelesaian sengketa melalui badan yang dibuat sendiri.

3. Adjudikasi Internasional dalam Struktur ASEAN

Dalam adjudikasi ASEAN terdapat berbagai pihak dan institusi terkait dalam penyelesaian sengketa. Pihak dan institusi yang terlibat dalam proses adjudikasi meliputi para pihak yaitu negara anggota yang bersengketa (*parties*), SEOM (*Senior Economic Officials Meeting*), panelis, Appellate Body, AEM (*ASEAN Economic Ministers*), dan *ASEAN Secretary General*.

SEOM merupakan lembaga utama yang berperan sentral dalam proses sengketa. Keberadaan SEOM hampir sama dengan lembaga *Dispute Settlement Body* (DSB) dalam sistem WTO.¹⁰⁵⁰ SEOM menjadi muara lalu lintas hubungan dan interaksi para pihak yang bersengketa. SEOM bertanggung jawab dalam menjalankan penyelesaian sengketa seperti yang tertuang dalam Protokol 2004 atau *Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism* (EDSM). SEOM berwenang dalam membentuk panel, menerima (adopt) laporan (*report*) panel and *Appellate Body*, memonitor implementasi *finding and recommendations* panel dan *Appellate Body* serta memutuskan penundaan konsesi (*suspension of concession*)

¹⁰⁵⁰ Michael Ewing-Chow and Ranyta Yusran, *If You Build They Still Will not Come: ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism*, hlm 5.

dan kewajiban lain yang terdapat dalam perjanjian ekonomi ASEAN (*ASEAN economic agreements*).¹⁰⁵¹

Peran SEOM sangat strategis dalam penyelesaian sengketa, mengingat semua aktivitas penyelesaian sengketa dilakukan melalui SEOM. Keberatan (*complain*) harus disampaikan kepada SEOM, komposisi panel ditentukan oleh SEOM, banding (*appeal*) kepada Appellate Body disampaikan pada SEOM, dan permintaan adanya forum arbitrase untuk adanya *non-compliance* dibentuk oleh SEOM.¹⁰⁵² Demikian juga *report* arbitrase diputuskan (*authorised*) oleh SEOM.

Serupa dengan DSB WTO, SEOM menjalankan peran operasional dengan menggunakan prinsip “*negative consensus*”.¹⁰⁵³ Dengan *negative consensus*, para pihak yang bersengketa menerima pembentukan panel dan *panel report*, kecuali SEOM dengan konsensus memutuskan sebaliknya, tidak membentuk panel dan tidak menerima *report* panel dan Appellate Body.¹⁰⁵⁴ Penerapan *negative consensus* dimaksudkan untuk menghindari dan membatasi kemungkinan penolakan (*blockage*) para pihak terhadap sengketa yang ditangani.¹⁰⁵⁵ Selain itu, EDSM atau Protokol 2004 menganut prinsip “*non-reply*”, dimana apabila suatu negara tidak memberikan jawaban terhadap *report* SEOM, dengan sendirinya negara tersebut menyetujui pembentukan panel.¹⁰⁵⁶ Penggunaan praktik dalam DSU sekaligus merepresentasikan keinginan ASEAN untuk menghilangkan

¹⁰⁵¹ *Ibid*, hlm 5.

¹⁰⁵² *Ibid*, hlm 29.

¹⁰⁵³ *Ibid*, hlm 5.

¹⁰⁵⁴ *Ibid*.

¹⁰⁵⁵ *Ibid*.

¹⁰⁵⁶ *Ibid*.

budaya organisasi yang berupaya menghindari sengketa (*dispute avoidance*) dengan selalu ingin menggunakan “*consensus rule*”.¹⁰⁵⁷

Implementasi EDSM tidak terlepas dari mekanisme proses yang berlangsung secara otomatis (*automatic process*) yang dibentuk oleh SEOM untuk membahas sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui cara konsultasi.¹⁰⁵⁸ Sebagai lembaga sentral, SEOM memiliki kekuasaan membentuk panel sesuai dengan permintaan satu pihak yang bersengketa dalam waktu 45 hari setelah menerima permintaan resmi.¹⁰⁵⁹ Setelah terbentuknya panel, para pihak memiliki waktu 10 hari untuk menunjuk individu yang akan duduk dalam panel.¹⁰⁶⁰ Panel dapat terdiri dari 3 atau 5 orang panelis sesuai dengan kesepakatan para pihak.¹⁰⁶¹ Sebaliknya, apabila para pihak gagal mencapai kesepakatan untuk menunjuk panelis, dalam waktu 20 hari setelah terbentuk panel, salah satu pihak dapat meminta Sekretaris Jenderal ASEAN (*ASEAN Secretary General*) untuk menentukan komposisi panel.¹⁰⁶² Sebagai *chief executive* tertinggi organisasi, Sekretaris Jenderal memiliki waktu 10 hari untuk menentukan komposisi panel yang paling sesuai setelah melakukan konsultasi dengan SEOM dan para pihak dalam sengketa.¹⁰⁶³

Seperti halnya panel dalam DSB WTO, panel berfungsi melakukan pengkajian secara obyektif (*objective assessment*) terhadap sengketa yang diajukan dan membuat *finding and recommendation* berkaitan dengan sengketa yang

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

¹⁰⁶² *Ibid.*, hlm 6.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

ditangani.¹⁰⁶⁴ Setelah melakukan pengkajian dan pembahasan secara seksama sengketa, panel harus menyampaikan *findings and recommendations* kepada SEOM dalam waktu 60 hari.¹⁰⁶⁵ Apabila dipandang kurang cukup waktu, panel dapat memperpanjang waktu 10 hari lagi untuk menyampaikan *report* kepada SEOM.¹⁰⁶⁶ Setelah *report* selesai, panel memberikan waktu kepada para pihak untuk melihat secara keseluruhan *report* yang telah disusun sebelum menyampaikan kembali kepada SEOM.¹⁰⁶⁷ Selanjutnya SEOM harus menerima *report* panel dalam waktu 30 hari sejak dari penyampaian hasil *report*.¹⁰⁶⁸

Selain panel, EDSM atau Protokol 2004 mengamanatkan pembentukan *Appellate Body* oleh *ASEAN Economic Ministers Meeting* (AEM).¹⁰⁶⁹ Sebagai forum banding yang bersifat permanen, pembentukan *Appellate Body* ditentukan oleh para menteri ekonomi yang tergabung dalam AEM. Seperti halnya *Appellate Body* WTO, komposisi *Appellate Body* ASEAN terdiri dari 7 (tujuh) orang.¹⁰⁷⁰ Tiga orang akan menangani sengketa banding berdasarkan rotasi.¹⁰⁷¹ Dalam hal keanggotaan, *Appellate Body* akan ditunjuk oleh AEM untuk masa empat tahun dan dapat ditunjuk kembali untuk satu periode.¹⁰⁷²

Dalam hal pihak yang bersengketa mengajukan banding, *Appellate Body* harus menyampaikan laporan banding tidak melebihi 60 (enam puluh) hari sejak tanggal pemberitahuan banding disampaikan oleh salah satu pihak dalam

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ Pasal 8(2) EDSM.

¹⁰⁶⁶ Pasal 8(3) EDSM.

¹⁰⁶⁷ Pasal 8(3) EDSM.

¹⁰⁶⁸ Pasal 9 EDSM.

¹⁰⁶⁹ Pasal 12(1) EDSM.

¹⁰⁷⁰ Pasal 12(1) EDSM.

¹⁰⁷¹ Pasal 12(1) EDSM.

¹⁰⁷² Pasal 12(2) EDSM.

sengketa.¹⁰⁷³ Akan tetapi apabila tidak dapat menyampaikan laporan dalam kurun waktu tersebut, Appellate Body harus menyampaikan kepada SEOM secara tertulis alasan tertundanya laporan dan estimasi waktu dapat menyampaikan laporan.¹⁰⁷⁴ EDSM memberikan batas waktu selambat-lambatnya hingga 90 (sembilan puluh) hari.

Appellate Body akan membuat laporan sebagai putusan hanya terhadap isu-isu hukum yang tercakup dalam panel report dan interpretasi hukum yang disusun oleh panel.¹⁰⁷⁵ Appellate Body tidak akan mengkaji dan melakukan penelusuran terhadap berbagai aspek yang menjadi latar belakang kasus yang diajukan, akan tetapi melakukan kajian dan analisis hukum (*legal analysis*) atas putusan yang dikeluarkan oleh panel. Appellate Body akan mengkaji apakah panel telah menerapkan hukum dengan tepat dari perjanjian yang tercakup dalam EDSM (*covered agreement*) dan pelanggaran yang dilakukan oleh pihak-pihak yang bersengketa. Appellate Body akan menegakkan (*uphold*), memodifikasi (*modify*) atau mengikuti kembali (*reverse*) temuan hukum (*legal findings*) dan kesimpulan (*conclusions*) yang dibuat oleh panel.¹⁰⁷⁶

Setelah laporan selesai, SEOM harus menerima *Appellate Body report* dan disampaikan kepada para pihak yang bersengketa.¹⁰⁷⁷ Para pihak harus menerima laporan *Appellate Body* tanpa syarat apapun (*unconditionally*), kecuali SEOM secara bulat (*consensus*) karena sesuatu hal menyatakan tidak menerima dalam

¹⁰⁷³ Pasal 12(5) EDSM.

¹⁰⁷⁴ Pasal 12(5) EDSM.

¹⁰⁷⁵ Pasal 12(6) EDSM.

¹⁰⁷⁶ Pasal 12(12) EDSM.

¹⁰⁷⁷ Pasal 12(13) EDSM.

waktu 30 (tiga puluh) hari.¹⁰⁷⁸ Secara prosedural, laporan *Appellate Body* harus dibahas dan disampaikan dalam forum sidang SEOM.¹⁰⁷⁹ Akan tetapi, apabila laporan *Appellate Body* selesai di luar jadwal sidang SEOM dan SEOM tidak melakukan pertemuan dalam kurun waktu tersebut, laporan *Appellate Body* dapat disampaikan dan diteruskan kepada para pihak melalui sirkulasi.¹⁰⁸⁰ Para pihak dapat menyatakan menerima laporan secara sirkulasi tidak dalam 30 (tiga puluh) hari.¹⁰⁸¹ Namun, jika dalam kurun waktu tersebut para pihak tidak memberikan jawaban menerima atau menolak, maka berlaku prinsip *non-reply* (*non-reply principle*).¹⁰⁸² Aturan ini menegaskan, apabila para pihak tidak memberikan tanggapan dan jawaban terhadap laporan *Appellate Body*, maka SEOM dapat menyatakan bahwa para pihak telah menerima dan menyetujui putusan yang dikeluarkan oleh *Appellate Body*.¹⁰⁸³ Dengan kata lain, proses penerimaan (*adoption process*) laporan akan dicapai dalam waktu 30 hari, baik melalui forum SEOM ataupun melalui sirkulasi.¹⁰⁸⁴ *Appellate Body report* harus diterima para pihak, baik masing-masing pihak setuju atau menolak putusan banding.

4. Prosedur Penyelesaian Sengketa *Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM) 2004*

i. Para Pihak

¹⁰⁷⁸ Pasal 12(13) EDSM.

¹⁰⁷⁹ Pasal 12(13) EDSM.

¹⁰⁸⁰ Pasal 12(13) EDSM.

¹⁰⁸¹ Pasal 12(13) EDSM.

¹⁰⁸² Pasal 12(13) EDSM.

¹⁰⁸³ Pasal 12(13) EDSM.

¹⁰⁸⁴ Pasal 12(13) EDSM.

Seperti halnya sengketa dagang WTO, dalam konteks hukum internasional publik, para pihak dalam sengketa ASEAN sebagai subyek utama adalah negara-negara anggota ASEAN (*ASEAN Member States*). Negara anggota yang satu dapat menggugat negara anggota yang lain sebagai penggugat dan tergugat. Negara anggota yang bersengketa dapat berkedudukan langsung sebagai subyek atau pihak dalam sengketa (*party to the dispute*) atau sebagai pihak ketiga (*third party*). Pihak ketiga adalah negara anggota yang memiliki kepentingan terhadap sengketa yang dihadapi. Sebagai pihak ketiga, maka negara anggota harus menyampaikan secara tertulis kepada SEOM untuk berpartisipasi proses penyelesaian sengketa. Pengaturan tentang kedudukan dan peran pihak ketiga diatur dalam Pasal 11.

Sesuai ketentuan EDSM, pihak ketiga mendapatkan tempat yang sangat dihargai, dimana SEOM akan mendengarkan pandangan yang disampaikan negara anggota dalam kapasitas sebagai pihak ketiga.¹⁰⁸⁵ Selain itu, pihak ketiga diperkenankan menyampaikan submisi tertulis (*written submission*) kepada panel tentang pandangan dan analisis hukum dari sengketa dagang yang diajukan masing-masing pihak.¹⁰⁸⁶ Submisi pihak ketiga akan diberikan kepada para pihak bersengketa. Submisi ini nantinya akan dimasukkan dalam laporan panel.¹⁰⁸⁷ Pihak ketiga juga akan menerima submisi dari para pihak bersengketa pada pertemuan pertama panel.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁵ Pasal 11(2) EDSM.

¹⁰⁸⁶ Pasal 11(2) EDSM.

¹⁰⁸⁷ Pasal 11(2) EDSM.

¹⁰⁸⁸ Pasal 11(3) EDSM.

ii. Tahap dan Prosedur

(a) Tahap Konsultasi

Sebagai tahapan awal penyelesaian sengketa, konsultasi merupakan langkah pertama yang harus dilakukan oleh para pihak yang merasa dirugikan oleh pihak lain dan melakukan pelanggaran atas perjanjian ekonomi dan perdagangan yang tercakup dalam *covered agreements*. Negara anggota memiliki kesempatan untuk melakukan konsultasi terhadap negara lain dalam hal terkait dengan implementasi (*implementation*), interpretasi (*interpretation*) atau aplikasi (*application*) dari perjanjian tertentu (*the agreement*) atau perjanjian lain yang terdapat dalam *covered agreements*.¹⁰⁸⁹ Apabila masing-masing pihak memiliki perbedaan pandangan dan memandang tidak tercapai kesepakatan, para pihak sejauh mungkin diminta untuk menyelesaikan dengan cara baik (*amicable solution*) perbedaan di antara negara anggota.¹⁰⁹⁰

(b) Tahap Proses Panel (*Panel Process*)

Panel merupakan tahap kedua dalam penyelesaian sengketa. Proses panel dilakukan jika terdapat tiga kondisi, yaitu : *pertama*, apabila negara anggota tidak memberikan jawaban terhadap permintaan konsultasi dalam waktu 10 (sepuluh) hari setelah diterimanya permintaan konsultasi;¹⁰⁹¹ *kedua*, apabila negara anggota tidak melakukan konsultasi dalam waktu 30 (tiga puluh) setelah tanggal penerimaan permintaan konsultasi;¹⁰⁹² atau *ketiga*, apabila konsultasi gagal

¹⁰⁸⁹ Pasal 3(1) EDSM.

¹⁰⁹⁰ Pasal 3(1) EDSM.

¹⁰⁹¹ Pasal 5(1) EDSM.

¹⁰⁹² Pasal 5(1) EDSM.

menyelesaikan sengketa dalam waktu 60 (enam puluh) hari setelah tanggal penerimaan permintaan konsultasi.¹⁰⁹³ Dalam tiga kondisi tersebut, maka isu yang menjadi persoalan harus disampaikan kepada SEOM untuk mendapatkan perhatian, sehingga perlu dipertimbangkan membentuk panel.¹⁰⁹⁴ Atas dasar itu, SEOM akan membentuk panel, kecuali karena sebab dan faktor tertentu SEOM memutuskan secara mufakat (*consensus*) tidak membentuk panel.¹⁰⁹⁵

Forum panel akan secepatnya dibentuk SEOM setelah diterimanya permintaan dari negara anggota.¹⁰⁹⁶ Setelah permintaan tersebut, maka pembentukan panel akan menjadi agenda dalam pertemuan SEOM.¹⁰⁹⁷ Akan tetapi dalam hal tidak terdapat jadwal pertemuan SEOM dalam waktu 45 (empat puluh lima) hari sejak penerimaan permintaan, membentuk panel atau tidak membentuk panel, akan dilakukan melalui penyampaian sirkulasi (*circulation*) kepada negara anggota.¹⁰⁹⁸ Negara-negara harus menyampaikan jawaban dan tanggapan dari sirkulasi tersebut.¹⁰⁹⁹ Namun, dalam keadaan tertentu dimana negara anggota tidak menyampaikan tanggapan dan jawaban, maka SEOM akan menerapkan prinsip “*non-reply*” terhadap permintaan pembentukan panel.¹¹⁰⁰ Pembentukan panel pada dasarnya harus dapat dituntaskan dalam periode waktu 45 (empat puluh) lima hari, tanpa memperhatikan apakah dibentuk melalui forum SEOM atau dengan sirkulasi.¹¹⁰¹

¹⁰⁹³ Pasal 5(1) EDSM.

¹⁰⁹⁴ Pasal 5(1) EDSM.

¹⁰⁹⁵ Pasal 5(1) EDSM.

¹⁰⁹⁶ Pasal 5(2) EDSM.

¹⁰⁹⁷ Pasal 5(2) EDSM.

¹⁰⁹⁸ Pasal 5(2) EDSM.

¹⁰⁹⁹ Pasal 5(2) EDSM.

¹¹⁰⁰ Pasal 5(2) EDSM.

¹¹⁰¹ Pasal 5(2) EDSM.

Sesuai *Working Procedures of the Panel* dalam Appendix II *Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism* (EDSM), komposisi panel terdiri dari 3 (tiga) panelis atau 5 (lima) panelis apabila para pihak bersengketa menginginkan jumlah panelis yang lebih banyak dari jumlah minimal 3 orang.¹¹⁰² Sekretariat ASEAN akan mengajukan nama-nama panelis kepada para pihak berdasarkan *indicative list* nama-nama individu dari institusi pemerintah maupun non-pemerintah.¹¹⁰³ Panelis yang menangani sengketa adalah individu dari kalangan pemerintah dan non-pemerintah yang memiliki kualifikasi dan pengalaman menangani kasus di panel, bekerja di Sekretariat, mengajar dan menerbitkan publikasi tentang hukum dan kebijakan perdagangan internasional (*international trade law or policy*), dan pejabat senior yang menangani kebijakan perdagangan (*senior trade policy official*) dari negara anggota. Dalam penentuan panelis, nominasi panel diutamakan dari negara anggota ASEAN.¹¹⁰⁴ Panel harus bersifat independen, *impartial* terlepas dari pengaruh negara asal, memiliki latar belakang yang beragam dan spektrum pengalaman yang luas.¹¹⁰⁵ Para panelis juga memiliki pengetahuan tentang perdagangan internasional dalam sektor tertentu dan *subject matter* yang terdapat dalam *covered agreements*.¹¹⁰⁶ Sebagai referensi, Direktorat *Legal Service and Agreement Division* (LSAD) Sekretariat ASEAN memiliki nama-nama individu dan para ahli yang masuk dalam daftar “*rooster of panelists*” jika suatu waktu akan dinominasikan, dipilih dan digunakan.¹¹⁰⁷

¹¹⁰² Appendix II Working Procedures of the Panel para (5), Protocol on EDSM 2004.

¹¹⁰³ Working Procedures Para (4) dan (6).

¹¹⁰⁴ *Ibid*, Para (1).

¹¹⁰⁵ *Ibid*, Para (2).

¹¹⁰⁶ *Ibid*, Para (4).

¹¹⁰⁷ Koesnaidi, Shalmon, Fransisca, Sahari, hlm 17.

Secara administratif, permohonan permintaan panel harus disampaikan secara tertulis.¹¹⁰⁸ Permohonan tersebut harus mengindikasikan apakah konsultasi akan diadakan (*held*), mengidentifikasi (*identify*) langkah-langkah spesifik berkaitan dengan isu yang menjadi persoalan, disertai dengan *brief summary* dasar hukum (*legal basis*) dari keberatan (*complain*) yang cukup mengenai permasalahan dengan jelas.¹¹⁰⁹

Sebagai penyelesaian sengketa tingkat pertama, fungsi panel adalah melakukan pengkajian secara obyektif dari sengketa, (termasuk fakta-fakta dari kasus dan penerapan ketentuan dari perjanjian (*the agreement*) serta sesuai dengan bagian-bagian dari agreement yang dimaksudkan atau perjanjian lain dalam *covered agreement*), dan temuan dan rekomendasi (*findings and recommendations*) terkait dengan kasus yang diajukan.

Dalam membuat laporan (*report*), panel harus menyampaikan *findings and recommendations* kepada SEOM dalam bentuk laporan tertulis dalam waktu 60 (enam puluh) hari sejak pembentukan panel.¹¹¹⁰ Dalam keadaan yang tertentu, sebagai pengecualian, panel dapat memperpanjang waktu 10 (sepuluh) hari untuk menyampaikan *findings and recommendations* kepada SEOM.¹¹¹¹ Praktis panel memiliki waktu 60-70 hari untuk menyampaikan laporan panel.¹¹¹² Sebelum menyampaikan kepada SEOM, panel terlebih dahulu memberi kesempatan kepada pihak yang bersengketa (*parties to the dispute*) untuk melihat dan mempelajari

¹¹⁰⁸ Pasal 5(3) EDSM.

¹¹⁰⁹ Pasal 5(3) EDSM.

¹¹¹⁰ Pasal 8(2) EDSM.

¹¹¹¹ Pasal 8(2) EDSM.

¹¹¹² Koesnaldi, Shalmont, Fransisca, Sahari, hlm 16.

laporan yang dibuat oleh panel.¹¹¹³ Untuk pembuatan laporan, panel dapat meminta informasi dan nasehat teknis (*technical advice*) baik dari individu maupun badan/lembaga yang dipandang terkait dengan sengketa yang ditangani. Dalam hal ini negara anggota harus memberikan tanggapan dengan segera dan penuh terhadap segala permintaan yang disampaikan oleh panel. Putusan panel adalah bersifat rahasia (*confidential*).

Apabila panel telah menyelesaikan laporan, maka SEOM harus menerima panel report dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak submisi disampaikan oleh panel, kecuali salah satu pihak *secara resmi memberitahukan kepada SEOM melakukan banding (appeal)*.¹¹¹⁴ Pengecualian lain juga dapat terjadi apabila SEOM memutuskan secara konsensus tidak akan menerima *panel report*.¹¹¹⁵

(c) Tahap Tinjauan Banding (*Appellate Review*)

Seperti halnya pengadilan nasional, banding merupakan peradilan tingkat kedua dalam penyelesaian sengketa. Akan tetapi tinjauan banding (*appellate review*) yang dilakukan oleh *Appellate Body* merupakan pengadilan tingkat akhir dan mengikat. Para pihak tidak dapat lagi mengajukan keberatan atas putusan banding. Para pihak harus menerima hasil putusan banding dan mengimplementasikan *findings and recommendation* yang telah ditetapkan.

Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM) memberikan pengaturan umum tentang ketentuan banding pada Pasal 12. Operasional banding sepenuhnya dilakukan oleh *Appellate Body* yang terdiri dari

¹¹¹³ Pasal 8(3) EDSM.

¹¹¹⁴ Pasal 9(1) EDSM.

¹¹¹⁵ Pasal 9(1) EDSM.

7 (tujuh) orang.¹¹¹⁶ Satu proses sengketa banding akan dijalankan oleh tiga orang secara bergiliran (*rotation basis*).¹¹¹⁷ Sesuai stratifikasi kelembagaan, *ASEAN Economic Ministers Meeting* (AEM) akan menunjuk individu yang akan duduk dalam *Appellate Body* untuk masa empat tahun.¹¹¹⁸ Setelah masa satu periode, anggota banding dapat ditunjuk kembali untuk satu periode berikutnya.¹¹¹⁹ Dalam hal pemilihan anggota banding, sesuai kriteria Pasal 12(3), AEM akan memilih calon yang diakui memiliki keahlian hukum (*law*), perdagangan internasional (*international trade*) dan secara umum mengetahui isu utama (*subject matter*) dalam *covered agreements*, dan tidak berafiliasi dengan pemerintah manapun.

Dalam hal banding, Protokol 2004 menegaskan hanya pihak yang terkait dengan sengketa yang dapat mengajukan permohonan banding.¹¹²⁰ Pihak lain seperti pihak ketiga tidak dapat mengajukan banding. Namun, *Appellate Body* dapat mendengarkan pandangan dan analisis hukum pihak ketiga.¹¹²¹ Disamping itu, pihak ketiga juga dapat menyampaikan submisi kepada *Appellate Body*.¹¹²²

Appellate Body harus melakukan proses pembahasan banding dalam waktu 60 (enam puluh) hari sampai dengan dikeluarkannya laporan banding (*appeal report*). Akan tetapi apabila dalam waktu tersebut belum dapat menyelesaikan pemeriksaan kasus dan mengeluarkan laporan, *Appellate Body* dimungkinkan menambah waktu penyelesaian laporan hingga 90 (sembilan puluh)

¹¹¹⁶ Pasal 12(1) EDSM.

¹¹¹⁷ Pasal 12(1) EDSM.

¹¹¹⁸ Pasal 12(2) EDSM.

¹¹¹⁹ Pasal 12(2) EDSM.

¹¹²⁰ Pasal 12(4) EDSM.

¹¹²¹ Pasal 12(4) EDSM.

¹¹²² Pasal 12(4) EDSM.

hari, dengan terlebih dahulu menginformasikan kepada *Senior Economic Official Meeting* (SEOM) untuk meminta perpanjangan waktu tersebut.¹¹²³

Dalam pemeriksaan kasus, Appellate Body akan membahas banding yang diajukan terbatas pada isu-isu hukum (*issues of law*) yang tercakup dalam panel report dan interpretasi hukum (*legal interpretation*) yang dibuat oleh panel.¹¹²⁴ Appellate Body tidak membahas latar belakang kasus, dokumen terkait sengketa atau alat bukti yang telah disampaikan para pihak kepada panel. Opini yang disampaikan masing-masing anggota *Appellate Body* dalam *Appellate Body report* adalah bersifat *anonymous*,¹¹²⁵ tidak menyebutkan nama maupun pandangan hukum personal (*personal legal opinion*) yang bersifat subyektif. Putusan *Appellate Body* dapat berupa menegakkan putusan (*uphold*), memodifikasi (*modify*) atau kembali (*reverse*) pada *legal findings* dan kesimpulan yang telah dibuat oleh panel. Setelah putusan *Appellate Body* dikeluarkan, laporan banding harus diterima SEOM dan para pihak tanpa syarat (*unconditionally*) dalam waktu 30 (tiga puluh) hari.¹¹²⁶ Penerimaan laporan banding dapat diterima para pihak secara resmi dalam forum SEOM atau melalui sirkulasi yang disampaikan kepada masing-masing pihak yang bersengketa.¹¹²⁷

Dalam penerimaan laporan, SEOM juga dapat memutuskan para pihak menerima dan menyetujui putusan banding, apabila para pihak tidak memberikan jawaban dan tanggapan atas laporan berdasarkan prinsip *non-reply*, dengan tidak

¹¹²³ Pasal 12(5) EDSM.

¹¹²⁴ Pasal 12(6) EDSM.

¹¹²⁵ Pasal 12(10) EDSM.

¹¹²⁶ Pasal 12(13) EDSM.

¹¹²⁷ Pasal 12(13) EDSM.

memberikan jawaban dalam waktu 30 (tiga puluh) hari.¹¹²⁸ Aturan (*rule*) *non-reply* memiliki kekuatan hukum yang mengikat dan menjadi dasar hukum bagi SEOM untuk memastikan bahwa para pihak secara yuridis formal menerima putusan yang telah dikeluarkan *Appellate Body*. Dengan aturan *non-reply* para pihak tidak dapat menyatakan menolak atau tidak menyetujui putusan *Appellate Body*, mengingat prinsip *non-reply* telah disebutkan dalam Protokol 2004 dan menjadi bagian dari klausul perjanjian.

Dalam proses operasional penyelesaian perkara, *Appellate Body* dipimpin oleh seorang ketua (Chairman) untuk masa kepemimpinan satu tahun. Ketua *Appellate Body* dapat dipilih kembali memimpin banding untuk masa satu tahun berikutnya. Setelah dua periode kepemimpinan, *Appellate Body* harus memilih anggota lain yang akan memimpin *Appellate Body* di antara tiga orang anggota.¹¹²⁹

d. Tahap Implementasi Pasca Putusan

Pembahasan implementasi pasca putusan seringkali menjadi suatu yang krusial, mengingat hasil putusan penyelesaian sengketa akan ditentukan oleh kesediaan para pihak untuk menerima dan melaksanakan hasil putusan. Implementasi pasca putusan juga akan mencerminkan kepatuhan (*compliance*) semua pihak terhadap badan penyelesaian sengketa. Protokol DSM 2004 memberikan pengaturan tentang implementasi dari temuan (*findings*) dan

¹¹²⁸ Pasal 12(13) EDSM.

¹¹²⁹ Working Procedures for Appellate Review Para (2).

rekomendasi (*recommendations*) setelah Panel dan *Appellate Body* mengeluarkan putusan dan diadopsi SEOM.¹¹³⁰

Sesuai kaidah yang diatur dalam Protokol, implementasi pasca putusan dilakukan oleh SEOM. SEOM akan melakukan pengawasan (*surveillance*) secara seksama dan membahas hasil laporan Panel dan Badan Banding (*Panel and Appellate Body report*) sebagai agenda untuk pembahasan pada sidang SEOM.¹¹³¹ Laporan Panel dan Badan Banding akan tetap menjadi agenda pembahasan SEOM hingga sengketa dan permasalahan dapat diselesaikan oleh masing-masing pihak.¹¹³² Pihak-pihak terkait harus menyampaikan laporan status perkembangan (*status report*) secara tertulis kemajuan (*progress*) implementasi dari *findings and recommendations* yang telah diadopsi SEOM.¹¹³³

Dalam hal implementasi pasca putusan, aspek yang tidak kalah penting adalah terkait dengan kompensasi dan penangguhan konsesi (*compensation and the suspension of concessions*), apabila putusan yang dikeluarkan dan diadopsi tidak dilaksanakan dalam waktu 60 (enam puluh) hari oleh pihak yang dinyatakan melakukan pelanggaran terhadap perjanjian (*covered agreement*) yang menjadi obyek gugatan.¹¹³⁴ Kompensasi merupakan langkah sementara (*temporary measure*) yang bersifat sukarela (*voluntary*).¹¹³⁵ Pemberian kompensasi akan dikenakan sesuai dengan ketentuan dalam *covered agreements*.¹¹³⁶

¹¹³⁰ Pasal 9.1 Protokol.

¹¹³¹ Pasal 15.6 Protokol.

¹¹³² Pasal 15.6 Protokol.

¹¹³³ Pasal 15.6 Protokol.

¹¹³⁴ Pasal 16.1 Protokol.

¹¹³⁵ Pasal 16.1 Protokol.

¹¹³⁶ Pasal 16.1 Protokol.

e. Kepatuhan (*Compliance*) Terhadap Putusan

Ketentuan tentang kepatuhan (*compliance*) para pihak terhadap putusan panel dan *Appellate Body* merupakan unsur penting dalam penyelesaian sengketa. Pasal 15 (1) Protokol EDSM dengan tegas menyatakan para pihak untuk melaksanakan dengan sungguh dan dalam waktu singkat mematuhi (*prompt compliance*) *findings and recommendations* putusan panel dan *Appellate Body* yang diterima oleh SEOM dalam waktu 60 (enam puluh) hari. Kepatuhan para pihak terhadap laporan (*report*) panel dan *Appellate Body* juga dipandang sebagai sesuatu yang penting (*essential*) untuk menjamin penyelesaian sengketa yang efektif (*effective resolution of disputes*).¹¹³⁷

Dalam konteks praktik kekinian, dipandang tidak mudah untuk mengukur kepatuhan (*compliance*) negara atau pihak yang bersengketa terhadap putusan yang telah dikeluarkan oleh panel dan *Appellate Body*. Hal ini mengingat hingga sekarang belum terdapat penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh panel maupun *Appellate Body*. Lembaga panel dan *Appellate Body* belum berfungsi dan menjalankan operasional sebagai badan penyelesaian sengketa.

Secara teoritis eksistensi putusan dan kepatuhan merupakan dua sisi yang bersebelahan dan saling terkait. Putusan dikeluarkan, tetapi tidak dilaksanakan dan dipatuhi, akan menjadi putusan yang sia-sia. Putusan yang tidak dijalankan, dengan demikian akan tidak berarti apa-apa dan hanya menjadi macan kertas. Akan tetapi *compliance* yang baik tidak semata-mata tergantung pada penegakan

¹¹³⁷ Pasal 15(1) EDSM.

dan mekanisme pemantauan, seperti yang selama ini berlaku di ASEAN.¹¹³⁸ Sebagai produk putusan, hukum tidak ditaati hanya karena sanksi yang diberikan (*law is not obeyed just because of sanction*), tetapi juga tidak ada negara menaati produk hukum yang mensyaratkan mereka untuk membayar mahal untuk barang yang sama tanpa penegakan yang efektif.¹¹³⁹

Bagi ASEAN, sebagai masyarakat yang berpandangan realis (*realism*) yang selalu dilekatkan dengan pembangunan norma dan institusi, kedudukan *compliance* melampaui pertimbangan reputasi, sikap timbal balik (*reciprocity*) dan tindakan balasan (*retaliation*).¹¹⁴⁰ *Compliance* merupakan sesuatu yang kompleks, melibatkan faktor efektivitas (*effectiveness*), implementasi, keorganisasian (*organizational*) dan struktur sumber daya (*resource structure*), pembuatan hukum (*law making*) dan penegakan (*enforcement*).¹¹⁴¹

Dalam hal penyelesaian sengketa, ASEAN memilih untuk menyelesaikan melalui “*ad hoc panel*” dari pada membentuk peradilan tetap (*permanent tribunal*).¹¹⁴² Hingga saat ini *ad hoc tribunal* belum berfungsi dengan aktif untuk menyelesaikan perbedaan-perbedaan yang ada di tingkat regional (*regional differences*).¹¹⁴³ Dengan tanpa memperhatikan pertentangan pandangan yang pro dan kontra (*pro and cons*) dari *ad hoc tribunal* dan pengadilan permanen (*permanent court*) (dimana *permanent court* diyakini lebih fair (*fairer*) dari pada *ad hoc tribunal*), adjudikasi internasional (*international adjudication*) secara

¹¹³⁸ Robert Beckman (et.al), *Promoting Compliance: The Role of Dispute Settlement and Monitoring Mechanisms in ASEAN Instruments*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2016, hlm 45.

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² *Ibid.*, hlm 49.

¹¹⁴³ *Ibid.*

umum dipercaya efektif dalam mendorong *compliance* dengan hukum internasional.¹¹⁴⁴ Meskipun mekanisme badan adjudikasi cukup kompleks,¹¹⁴⁵ akan tetapi dipandang memiliki kredibilitas yang tinggi. Sebagai contoh, ini dapat dilihat dari putusan panel dan Appellate Body *Dispute Settlement Body* (DSB) WTO yang diakui dan diterima secara penuh oleh negara-negara anggota WTO. Dalam hal ASEAN, dua lembaga terpenting dalam penyelesaian sengketa adalah AEM dan SEOM.¹¹⁴⁶ Hal ini mengingat kedua badan ini berperan dalam mengkoordinasikan dan memonitor implementasi seluruh *ASEAN economic agreements*, disamping sebagai *arbiter* dari *ASEAN economic agreements*.¹¹⁴⁷

f. Kompensasi dan Penangguhan Konsesi (*Compensation and the Suspension of Concessions*)

Protokol 2004 tentang *Enhanced Dispute Settlement Mechanism* (EDSM) memberikan perhatian khusus dengan menempatkan pengaturan tentang kompensasi dan penangguhan konsesi (*compensation and the suspension of concessions*) dalam pasal tersendiri yang diatur dalam Pasal 16. Ketentuan ini memberikan tuntunan dari awal yang menyatakan bahwa kompensasi dan penangguhan konsesi merupakan langkah dan tindakan yang bersifat sementara (*temporary measures*).¹¹⁴⁸ Sebagai langkah sementara, maka penerapan aturan (*rule*) ini bersifat jangka pendek, dibatasi waktu dan hanya dilakukan dalam periode waktu tertentu. Bersifat sementara ini dimaksudkan dan tidak terlepas dari

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, hlm 117.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*

¹¹⁴⁸ Pasal 16(1) EDSM.

upaya EDSM untuk menegakkan putusan yang telah dikeluarkan dan sebagai cerminan tanggung jawab yang harus dijalankan para pihak dari putusan panel dan *Appellate Body*. Kompensasi dan penanggungan konsesi diberlakukan apabila para pihak tidak melaksanakan putusan panel dan *Appellate Body* dalam waktu 60 (enam puluh) hari atau lebih sejak putusan dikeluarkan.¹¹⁴⁹

Di sisi lain EDSM juga memberikan penegasan, bahwa pengenaan dan pemberlakuan kompensasi adalah bersifat sukarela (*voluntary*). Selain itu, kompensasi yang diberikan harus sejalan (*consistent*) dengan ketentuan yang terdapat dalam perjanjian ekonomi dan perdagangan (*covered agreements*) ASEAN. Sebaliknya, apabila negara anggota sebagai pihak yang bersengketa gagal melaksanakan kompensasi sesuai *covered agreements* dalam waktu 60 (enam puluh) hari, negara anggota terkait dalam sengketa dapat melakukan negosiasi untuk mencapai kesepakatan kompensasi yang dapat diterima oleh masing-masing pihak (*mutually acceptable compensation*).¹¹⁵⁰ Ketentuan ini tampak sejalan dengan praktik yang berlaku dalam WTO, dimana WTO memberikan kesempatan kepada para pihak yang bersengketa untuk mencari solusi yang dapat diterima masing-masing pihak (*mutually agreed solution*) atas sengketa yang dihadapi baik pada pada tahap konsultasi maupun panel.

Sementara itu, apabila tidak terdapat kompensasi yang memuaskan (*no satisfactory compensation*) yang disetujui dalam waktu 20 (dua puluh) hari setelah batas akhir waktu 60 (enam puluh) hari atau lebih yang disetujui para pihak, para pihak yang bersengketa dapat meminta kewenangan SEOM untuk

¹¹⁴⁹ Pasal 16(1) EDSM.

¹¹⁵⁰ Pasal 16(2) EDSM.

menanggihkan penerapan terhadap negara anggota konsesi atau kewajiban lain (*other obligations*) seperti yang diatur dalam *covered agreements*.¹¹⁵¹

Dalam menentukan penanggihan konsesi atau kewajiban lain, EDSM memberikan *guidance*, situasi dan kondisi bagi pihak yang keberatan (*complaining party*) untuk menerapkan prinsip-prinsip (*principles*) dan prosedur (*procedures*)¹¹⁵² yang ditentukan dalam koridor yang mencakup batasan, yaitu :

- (a) *Pertama*, sebagai prinsip umum (*general principle*), sebagai langkah pertama, *complaining party* harus berupaya menanggihkan konsesi atau kewajiban lain terhadap sektor yang sama (*the same sector*) seperti yang disebutkan dalam putusan panel dan *Appellate Body* telah ditemukan terjadi pelanggaran (*violation*) atau *nullification* atau *impairment*. Dengan kata lain, penanggihan harus diberlakukan terhadap “sektor yang sama (*the same sector*)”,¹¹⁵³ bukan terhadap sektor yang berlainan.
- (b) *Kedua*, apabila salah satu pihak menilai bahwa penanggihan konsesi atau kewajiban lain “tidak praktis (*not practicable*) dan efektif (*effective*)” terhadap sektor yang sama, pihak tersebut dapat mencari penanggihan konsesi atau kewajiban lain di “sektor-sektor yang lain (*other sector(s)*)” di bawah perjanjian yang sama (*the same agreement*).¹¹⁵⁴
- (c) *Ketiga*, dalam hal salah satu pihak menilai penanggihan konsesi atau kewajiban lain tidak praktis dan efektif diberlakukan terhadap sektor lain dalam perjanjian yang sama, dan dalam keadaan yang sangat serius, maka pihak yang bersangkutan dapat mencari penanggihan konsesi atau kewajiban lain dari “*covered agreements* yang lain (*another covered agreement*)”.¹¹⁵⁵

Dalam menerapkan ketiga prinsip tersebut di atas, pihak yang bersangkutan dituntut untuk memperhatikan dua aspek penting yang menjadi tuntunan, yaitu : (I) perdagangan di dalam sektor (*trade in the sector*) tersebut dan

¹¹⁵¹ Pasal 16(2) EDSM.

¹¹⁵² Pasal 16(3) EDSM.

¹¹⁵³ Pasal 16(3) (a) EDSM.

¹¹⁵⁴ Pasal 16(3) (b) EDSM.

¹¹⁵⁵ Pasal 16(3) (c) EDSM.

pentingnya perdagangan terhadap pihak yang bersangkutan,¹¹⁵⁶ dan (ii) elemen ekonomi yang besar (*broader economic elements*) terkait dengan *nullification or impairment* dan konsekuensi ekonomi yang lebih besar (*broader economic consequences*) dari penangguhan konsesi atau kewajiban-kewajiban lain.¹¹⁵⁷ Dalam kaitan dengan sektor yang dicakup dalam perjanjian, untuk produk barang (*goods*), pengertian sektor mencakup segala jenis barang (*all goods*).¹¹⁵⁸ Sedangkan dalam kaitan dengan jasa (*services*), adalah sektor-sektor jasa seperti yang terdapat dalam jadwal komitmen (*schedule of commitment*) liberalisasi sektor jasa yang tertuang dalam *ASEAN Framework Agreement on Services* (AFAS).¹¹⁵⁹

Berkaitan dengan pengertian “perjanjian (*agreement*)” terkait dengan penangguhan konsesi atau perjanjian lain, dalam hubungan dengan barang (*goods*), maka perjanjian yang dimaksud adalah seperti yang termasuk dalam Lampiran (*Appendix*) I tentang *Covered Agreements* dari Protokol EDSM.¹¹⁶⁰ Dalam hal jasa, perjanjian yang dimaksud adalah Perjanjian AFAS berikut protokol turunannya.¹¹⁶¹ Selain itu, perjanjian dimaksud tidak terbatas hanya yang terdapat Appendix I Covered Agreements, tetapi juga meliputi perjanjian-perjanjian ekonomi dan perdagangan lain di masa akan datang (*future economic agreements*), yang belum disusun pada waktu berlakunya Protokol EDSM.¹¹⁶²

¹¹⁵⁶ Pasal 16(3) (d) EDSM.

¹¹⁵⁷ Pasal 16(3) (d) EDSM.

¹¹⁵⁸ Pasal 16(3) (e) EDSM.

¹¹⁵⁹ Pasal 16(3) (f) EDSM.

¹¹⁶⁰ Pasal 16(3) (f), (i) EDSM.

¹¹⁶¹ Pasal 16(3) (f), (ii) EDSM.

¹¹⁶² Pasal 16 (3) (f), (iii) EDSM.

5. Efektivitas Protokol EDSM 2004

Sejak *Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism* atau Protokol DSM berlaku tahun 2004, hingga sekarang belum terdapat kasus sengketa dagang antar negara anggota ASEAN. Negara anggota ASEAN belum pernah mengajukan gugatan dan menggunakan penyelesaian sengketa melalui mekanisme yang diatur dalam Protokol DSM 2004. Kondisi ini selayaknya ditelusuri, sehingga dapat diketahui hal-hal yang menyebabkan Protokol 2004 belum diimplementasikan. Faktor apa yang membuat negara-negara anggota ASEAN tidak menggunakan instrumen yang disediakan oleh institusi sendiri. Apabila negara-negara anggota ASEAN menggunakan Protokol 2004 sebagai sarana penyelesaian sengketa, berarti keberadaan instrumen tersebut berlaku secara efektif. Akan tetapi sebaliknya, apabila negara-negara anggota ASEAN tidak menggunakan instrumen tersebut sebagai landasan, dengan sendirinya keberadaan Protokol DSM 2004 belum dapat digunakan secara efektif.

Pengaturan yang bersifat prosedural dan kekurangan secara kelembagaan (*institutional shortcomings*) juga tidak menguntungkan ASEAN DSM jika dihadapkan dengan sistem penyelesaian sengketa seperti yang terdapat dalam WTO. Hal ini membuat ASEAN DSM menjadi kurang menarik (*not attractive*) apabila dibandingkan dengan WTO yang lebih dipercaya (*more reliable*), lebih dapat diprediksi (*more predictable*), biaya yang lebih murah (*less costly*), lebih

jelas (*clearer*), memiliki prosedur interpretasi yang baik, aturan substantif yang baik, dan lebih dapat ditegakkan (*more enforceable*).¹¹⁶³

Faktor lain yang mengurungkan minat menggunakan ketentuan dalam Protokol DSM 2004 juga adalah kekuatiran, jika memanfaatkan sistem penyelesaian sengketa dapat memunculkan sikap tindakan balasan (*tit-for-tat*) di antara negara anggota ASEAN yang sedang bersengketa atau dengan negara anggota yang lain.¹¹⁶⁴ Jika terjadi langkah saling membalas, hal ini akan dapat membuat hubungan menjadi terasa kurang baik, mengancam soliditas dan kesatuan ASEAN, sehingga dapat mengurangi kohesifitas ASEAN di masa depan.

Disamping itu, secara yuridis Protokol DSM 2004 tidak secara absolut memberlakukan '*exclusive jurisdiction*' dan memberi opsi '*forum shopping*' bagi negara anggota dalam menyelesaikan sengketa.¹¹⁶⁵ Ketentuan ini secara khusus terdapat dalam Article 1.3 Protokol DSM 2004 yang menyatakan :¹¹⁶⁶

The provisions of this Protocol are without prejudice to the rights of Member States to seek recourse to *other fora* for the settlement of disputes involving other Member States. A Member State involved in a dispute can resort to *other fora* at any stage before a party has made a request to the Senior Economic Officials Meeting ("SEOM") to establish a panel pursuant to paragraph 1 Article 5 of this Protocol. (cetak miring dari penulis).

Penegasan pasal tersebut memberi makna, di satu sisi Protokol ingin menyelesaikan sengketa melalui mekanisme sendiri. Di sisi lain, Protokol membuka pilihan untuk memanfaatkan mekanisme dan forum tribunal lain di luar

¹¹⁶³ Paolo R. Vergano, *The ASEAN Dispute Settlement Mechanism and ITs Role in a Rules-Based Community: Overview and Critical Comparison*, Asian International Economic Law Network (AIELN) Inaugural Conference, 30 Juni 2009, hlm 11.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ *Op.Cit*, Paolo R. Vergino, hlm 7.

¹¹⁶⁶ *Ibid*, hlm 7. Cetak miring dari penulis.

ASEAN. Hal tersebut memberikan kesan seolah ASEAN kurang *confidence* dalam menerapkan penyelesaian sengketa di antara negara anggota. Selain itu, tidak digunakannya ASEAN DSM sesuai dengan karakteristik Protokol DSM 2004 yang tidak memiliki ‘*exclusive and compulsory jurisdiction*’.¹¹⁶⁷ Hal ini membuat negara-negara anggota ASEAN tidak memiliki ikatan yang kuat untuk menggunakan Protokol DSM sebagai satu-satunya instrumen utama penyelesaian sengketa. Alasan lain yang juga berkontribusi absennya sengketa dari ASEAN DSM karena kurangnya kesadaran (*awareness*) negara anggota terhadap DSM *rules* di ASEAN.¹¹⁶⁸ Negara anggota ASEAN lebih *aware* dan *confidence* dengan WTO DSM yang telah eksis jauh lebih awal daripada ASEAN DSM dan memiliki banyak contoh kasus hukum (*case law*) yang dihasilkan oleh anggota Panel dan *Appellate Body*.¹¹⁶⁹

6. Penyelesaian Sengketa Melalui “*ASEAN Way*”

Di luar pendekatan penyelesaian sengketa secara hukum (*judicial settlement*), terdapat cara dan pendekatan lain yang digunakan dalam penyelesaian sengketa atau perselisihan bagi negara-negara anggota ASEAN yang dikenal dengan “*ASEAN Way*”. Pendekatan penyelesaian melalui *ASEAN Way* dapat dikatakan telah berkembang dan hidup di tengah-tengah interaksi di antara negara-negara anggota ASEAN. Dalam kenyataannya, penyelesaian melalui *ASEAN Way* telah dipraktikkan lebih awal dari pada upaya penyelesaian melalui

¹¹⁶⁷ Joseph Wira Koesnaldi, *For More Effective and Competitive ASEAN Dispute Settlement Mechanism*, Paper for WTI/SECO Project, Jakarta, June, 2014, hlm 36.

¹¹⁶⁸ Ibid.

¹¹⁶⁹ Ibid.

formal prosedural hukum. *ASEAN Way* dirasakan telah menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari organisasi masyarakat ASEAN.

ASEAN Way menempatkan negara anggota untuk mengedepankan cara penyelesaian yang *non-confrontation negotiable way of ASEAN*.¹¹⁷⁰ Pendekatan ini didasarkan pada prinsip penghormatan terhadap kedaulatan (*principle of respect sovereignty*) dengan tidak mencampuri urusan dalam negeri negara anggota ASEAN.¹¹⁷¹ Dengan cara ini ASEAN mencegah terjadinya konflik dengan sesama negara anggota dalam rangka mewujudkan integrasi ekonomi.¹¹⁷² Dengan *ASEAN Way*, pengambilan keputusan dilandasi oleh semangat ‘musyawarah’ (*consultation*) dan mufakat (*concensus*).¹¹⁷³ Hal ini dapat dilihat dari putusan tingkat Konferensi Tingkat Tinggi (*Summit*) yang selalu menggunakan pendekatan *concensus* dan tidak dengan suara terbanyak (*majority votes*).¹¹⁷⁴ Dengan kata lain, ASEAN membuat keputusan lebih menekankan melalui konsultasi dan konsensus daripada semata-mata hukum. Pendekatan non hukum tampak mendapat tempat dan terpelihara, disamping pendekatan hukum atau yuridis formal.

Dalam hal terjadi sengketa, negara anggota ASEAN dapat membawa permasalahan melalui forum *Council* untuk menyelesaikan persoalan yang dihadapi. Apabila sengketa atau perselisihan yang dihadapi belum mencapai titik temu penyelesaian, negara anggota selanjutnya dapat membawa dan membicarakan persoalan melalui forum ekonomi yang lebih tinggi yaitu *ASEAN*

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ *Ibid.*, hlm 42.

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ *Ibid.*

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

Economic Ministers (AEM) sebagai forum menteri ekonomi untuk membahas dan menyelesaikan perselisihan atau sengketa masalah-masalah ekonomi dan perdagangan yang dihadapi. Penyelesaian dilakukan melalui pembahasan yang bertahap dan bertingkat berdasarkan tingkatan forum. Apabila penyelesaian pada tingkat menteri belum dapat mencapai hasil yang optimal, penyelesaian dapat dibawa pada tingkat tertinggi melalui forum konferensi tingkat tinggi para kepala negara (*Head of State*). Para kepala negara dengan dilandasi semangat musyawarah dan mufakat akan membahas secara bersama-sama untuk menentukan putusan terhadap permasalahan atau sengketa yang diajukan oleh negara anggota ASEAN.

BAB IV

**ANALISIS PRAKTIK BEBERAPA NEGARA ANGGOTA
ASEAN DAN WTO DALAM PENYELESAIAN SENGKETA
DAN PENGATURAN PENGUATAN INSTITUSIONAL
PENYELESAIAN SENGKETA**

A. Analisis Praktik Beberapa Negara Anggota ASEAN dan WTO dalam Penyelesaian Sengketa

Untuk mengetahui praktik negara-negara dalam penyelesaian sengketa di WTO dan ASEAN, akan dibahas praktik lima negara yang merupakan negara anggota WTO dan ASEAN, yaitu Indonesia, Thailand, Australia, Korea dan Peru. Dalam konteks ASEAN, negara yang dipilih adalah Indonesia dan Thailand, mengingat keduanya merupakan anggota WTO yang banyak berpartisipasi dalam sengketa WTO, negara pendiri ASEAN dan memiliki kemampuan ekonomi serta industri yang cukup maju. Sementara itu, untuk kategori negara anggota WTO dipilih Australia, Korea dan Peru. Pemilihan Australia sebagai contoh praktik didasarkan atas pertimbangan, karena Australia merupakan negara maju tetangga (*developed neighboring country*) terdekat di selatan Indonesia, pendiri APEC dan memiliki sengketa dengan Indonesia. Korea menjadi pilihan contoh praktik, mengingat Korea merupakan negara industri baru (*newly industrialized country/NIC*) di Asia Timur, aktif dalam banyak sengketa di WTO, anggota APEC dan terlibat sengketa dengan Indonesia. Negara satu lagi yang dipilih adalah Peru, mengingat Peru merupakan negara terkemuka di kawasan Amerika

Selatan (Latin), pendiri blok ekonomi dan perdagangan *Pacific Alliance*, anggota blok perdagangan *Trans Pacific Partnership* (TPP), dan anggota APEC.

1. Indonesia

a. Partisipasi Dalam FTA/RTA dan Sengketa Dagang

Indonesia merupakan negara berkembang yang memiliki komitmen dalam memajukan perdagangan internasional. Komitmen ini ditunjukkan dengan partisipasi Indonesia dalam kesepakatan pembentukan perjanjian perdagangan bilateral maupun regional. Dalam hal pembentukan FTA, Indonesia cenderung melibatkan diri berpartisipasi melalui gabungan negara (*group of countries*) daripada pendekatan bilateral dengan satu negara (*one to one country*). Hal ini dapat dilihat dari kesepakatan RTA yang diikuti, dimana Indonesia lebih banyak mengikatkan kesepakatan melalui ASEAN seperti AFTA,¹¹⁷⁵ ASEAN-Australia-New Zealand,¹¹⁷⁶ ASEAN-China,¹¹⁷⁷ ASEAN-India,¹¹⁷⁸ ASEAN-Japan,¹¹⁷⁹ dan ASEAN-Korea.¹¹⁸⁰ Satu-satunya FTA bilateral dengan negara mitra dagang yang saat ini dimiliki Indonesia adalah dengan Jepang.¹¹⁸¹

Dalam kaitan dengan sengketa dagang, Indonesia banyak melibatkan diri dalam sengketa WTO sebagai penggugat (*complainant*), tergugat (*respondent*) atau pihak ketiga (*third party*). Sebagai *complainant*, Indonesia melibatkan diri dalam 11 kasus, *respondent* dengan 15 kasus dan *third party* sebanyak 33 kasus.

¹¹⁷⁵ AFTA berlaku efektif 1 Januari 1993.

¹¹⁷⁶ AANZ FTA berlaku efektif 1 Januari 2010.

¹¹⁷⁷ ASEAN-China FTA berlaku efektif 1 Januari 2005.

¹¹⁷⁸ ASEAN-India berlaku efektif 1 Januari 2010.

¹¹⁷⁹ ASEAN-Japan berlaku efektif 1 Desember 2008.

¹¹⁸⁰ ASEAN-Korea FTA berlaku efektif 1 Januari 2010.

¹¹⁸¹ FTA dengan Jepang disebut dengan Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement (IJEPA), berlaku efektif 1 Juli 2008.

Sebagai negara pihak dalam FTA, dalam kerangka ASEAN-Australia-New Zealand Indonesia memiliki sengketa dengan Australia pada kasus DS457: “*Australia-Certain Measures Concerning Trademark, Geographical Indications and other Plain Packaging Requirements applicable to Tobacco Products and Packaging*”, dan DS 529: “*Australia-Anti Dumping Measures on A4 Copy Paper*”. Sementara itu, dalam kerangka AFTA, sesama negara anggota ASEAN, Indonesia digugat Vietnam dalam kasus DS496: “*Indonesia-Safeguard on Certain Iron or Steel Products*”.

b. Pengambilan Keputusan untuk Menentukan Partisipasi dalam Sengketa Dagang

Sesuai ketentuan dalam WTO bahwa subyek sengketa dan para pihak adalah negara, maka dengan sendirinya institusi yang terlibat dan berperan dalam proses sengketa adalah institusi pemerintah yang terkait dengan perdagangan. Sesuai struktur pemerintahan dan undang-undang perdagangan, institusi perdagangan di Indonesia berada di bawah Kementerian Perdagangan. Sementara dalam proses sengketa di Badan Penyelesaian Sengketa (DSB) WTO, bertindak mewakili Indonesia sebagai penggugat (*complainant*), tergugat (*respondent*) atau sebagai pihak ketiga (*third party*) adalah Perwakilan Tetap Indonesia untuk WTO (*Indonesia Permanent Representative to the World Trade Organization*) atau Duta Besar RI untuk WTO di Jenewa, Swiss.

Pada tingkat nasional, untuk menentukan posisi dan langkah bersama dalam menghadapi sengketa, Kementerian Perdagangan melakukan koordinasi lintas sektoral dan kelembagaan dengan melibatkan kementerian/institusi lain

yaitu Kementerian Luar Negeri, Kementerian Perindustrian, Kementerian Pertanian, Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian dan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), maupun institusi terkait dengan isu dan permasalahan sengketa.

Dalam hal sengketa terkait dengan isu investasi atau *Trade Related Investment Measures* (TRIMs), koordinasi secara intensif dan mendalam dilakukan dengan BKPM, baik secara teknis maupun substantif. Untuk isu sengketa terkait dengan hak kepemilikan intelektual atau *Trade Related Intellectual Property Rights* (TRIPs), koordinasi langsung dilakukan dengan Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia (Kemenkum & HAM).

Selain dengan institusi pemerintah, koordinasi juga dilakukan dengan asosiasi dan produsen/korporasi yang terkait dengan sengketa. Dalam sengketa rokok kretek dengan Amerika Serikat. Kementerian Perdagangan melakukan koordinasi dengan Gabungan Perserikatan Pabrik Rokok Indonesia (GAPPRI) dan para produsen rokok yang mengekspor produk rokok seperti PT. Gudang Garam, Tbk, PT. H.M. Sampoerna, Tbk, dan PT. Djarum.

Dalam kasus tertentu, sengketa yang dihadapi murni merupakan inisiatif pemerintah sebagai bagian dari upaya menegakkan kebijakan dan regulasi yang telah dikeluarkan pemerintah. Sebagai contoh dapat dilihat pada kasus impor produk hortikultura dan larangan impor daging hewan. Pemerintah menegaskan diri tetap berpartisipasi dalam sengketa meskipun harus menjadi pihak yang kalah.

c. Instansi Yang Memimpin

Dalam hal penyelesaian sengketa dagang di WTO, secara kelembagaan nasional, instansi utama dan memimpin (*the leading agency*) di Indonesia adalah Kementerian Perdagangan. Kementerian Perdagangan mendapatkan kewenangan dan menjadi pemegang otoritas utama dalam penanganan sengketa Indonesia di WTO. Unit khusus yang menangani operasional pelaksanaan tugas penanganan sengketa adalah Direktur Jenderal Perundingan Perdagangan Internasional (PPI).

d. Penunjukan Pengacara

Dalam berbagai kasus sengketa yang dihadapi, penunjukan pengacara dilakukan oleh Kementerian Perdagangan, dalam hal ini Direktorat Jenderal Perundingan Perdagangan Internasional (Ditjen PPI), karena PPI memiliki informasi dan mengetahui keahlian pengacara sesuai dengan kasus yang akan dihadapi. Penunjukan pengacara dilakukan dengan melihat jenis kasus yang akan disengketakan di WTO. Pemilihan pengacara juga didasarkan atas besar kecilnya biaya yang harus dikeluarkan kepada pengacara. Mengingat besarnya biaya yang harus dikeluarkan dalam menyelesaikan sengketa, Indonesia cenderung memilih dan menunjuk *Advisory Council on WTO Law (ACWL)* sebagai pengacara. Sementara penggunaan pengacara swasta (*private law firms*) merupakan pilihan kedua, apabila tidak terbuka peluang untuk menggunakan ACWL. Dengan kata lain, apabila ACWL telah digunakan oleh negara pihak lain yang terlibat dalam sengketa, maka Indonesia tidak dapat menggunakan jasa ACWL. Ini sesuai dengan kode etik yang berlaku di ACWL, dimana ACWL tidak dapat bertindak mewakili dua negara dalam satu sengketa yang sama. Etika ini menjadi panduan

ACWL untuk menghindari terjadinya konflik kepentingan atau tarik-menarik kepentingan dua pihak bersengketa terhadap ACWL yang dapat mempengaruhi independensi ACWL sebagai pengacara untuk mewakili salah satu pihak yang bersengketa.

e. Pembiayaan dalam Penyelesaian Sengketa

Pembiayaan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan jenis kasus dan pihak-pihak yang berkepentingan dengan kasus yang dihadapi. Dalam hal sengketa menyangkut kepentingan industri tertentu sektor swasta, pembiayaan sengketa akan dibiayai oleh pihak swasta dari industri terkait. Pemerintah mengajukan sengketa dan menangani seluruh proses persidangan mewakili kepentingan korporasi swasta. Dalam sengketa kertas dengan Korea, Amerika Serikat dan Australia, mengingat produk yang diekspor berkaitan dengan kepentingan para produsen dan eksportir kertas, biaya sengketa merupakan anggaran yang dikeluarkan oleh korporasi swasta. Perusahaan dan eksportir yang mengeluarkan biaya sengketa antara lain adalah Asia Pulp & Paper (APP), PT. Sinar Mas, dan PT. Tjiwi Kimia.¹¹⁸² or

Sementara itu pada sengketa produk hortikultura dengan Amerika Serikat dan New Zealand, pembiayaan dilakukan oleh pemerintah, dalam hal ini Kementerian Perdagangan. Pembiayaan ini dilakukan dengan pertimbangan, mengingat sengketa yang dihadapi berkaitan dengan kebijakan regulasi impor yang sebelumnya dikeluarkan oleh pemerintah. Pemerintah mengeluarkan regulasi

¹¹⁸² Informasi dari Status Report, Prof. Joost Pauwelyn dan Dirjen Perundingan Perdagangan Internasional, Kemendag.

dengan maksud untuk mengatur arus lalu lintas impor produk buah-buahan yang ditengarai dalam kondisi yang kurang baik untuk konsumsi manusia dan bukan dimaksudkan untuk membatasi atau melarang masuknya buah-buahan impor dari luar negeri. Akan tetapi oleh negara penghasil buah-buahan dan sumber impor dianggap sebagai regulasi yang menghambat dan membatasi permintaan impor.

f. Penyusunan Argumentasi

Dalam hal penyusunan argumentasi, sebagai institusi pemerintah, Kementerian Perdagangan (Kemendag) memiliki peran penting dalam penyusunan argumentasi. Sebelum menyusun argumentasi, Kemendag terlebih dahulu melakukan pembahasan secara internal untuk menentukan pelanggaran yang dilakukan oleh suatu negara dalam WTO. Setelah pembahasan di tingkat internal, pembahasan dilakukan dengan melibatkan para pemangku kepentingan (*stakeholders*), baik institusi pemerintah maupun swasta yang terkait dengan isu sengketa. Setelah mendapatkan berbagai masukan dan pandangan di tingkat nasional, penyusunan argumentasi akan dilakukan oleh *lawyer* yang ditunjuk dalam menangani sengketa di WTO. Argumentasi yang disusun akan menjadi materi dan posisi Indonesia ketika menyampaikan submisi tertulis (*written submission*) di tingkat panel.

g. Implementasi Pasca Putusan

Implementasi pasca putusan merupakan bagian penting dari keseluruhan proses penyelesaian sengketa WTO. Indonesia telah berpartisipasi dalam berbagai sengketa sejak 1997 hingga 2018. Dari kasus-kasus yang dihadapi, dapat dilihat

praktik Indonesia dalam mengimplementasikan putusan yang dikeluarkan oleh WTO.

a) **Sengketa Otomotif**

Sebagai negara yang berpartisipasi dalam berbagai sengketa di WTO dan menjunjung tinggi multilateralisme, Indonesia memiliki komitmen yang tinggi dalam implementasi putusan WTO. Komitmen itu dapat dilihat dari tindak lanjut implementasi putusan yang dijalankan dalam berbagai kasus seperti pada sengketa otomotif “*Indonesia – Measures Affecting the Automotive Industry*” yang melibatkan Komunitas Eropa (WT/DS54), Jepang (DS 55 dan DS 64) dan Amerika Serikat (DS 59). Kasus ini merupakan sengketa pertama yang dihadapi Indonesia di WTO dan merupakan *landmark case*.

Kasus bermula ketika Komunitas Eropa (*European Communities/EC*)¹¹⁸³ mengajukan permintaan konsultasi kepada Indonesia pada 3 Oktober 1996. EC menilai bahwa Indonesia melanggar ketentuan Article I dan II GATT 1994, Article 2 *Trade Related Investment Measures* (TRIMs) dan Article 2 *Subsidy and Countervailing Measures* (SCM). Setelah EC, Jepang kemudian meminta untuk melakukan konsultasi dengan Indonesia pada 4 Oktober 1996 dan 29 November 1996. Amerika Serikat pada 8 Oktober 1996 juga mengajukan permintaan konsultasi dengan Indonesia. DSB kemudian membentuk panel pada 30 Juli 1997. Pada 2 Juli 1998 Laporan Panel (*Panel Report*) disirkulasi dan diterima (*adopted*) *Dispute Settlement Body* (DSB) 23 Juli 1998.

¹¹⁸³ *European Communities* atau EC adalah organisasi institusi Eropa sebelum berubah menjadi Uni Eropa (*European Union*) pada 31 Desember 1999.

Dalam putusan, panel menyatakan, bahwa ketentuan syarat kandungan lokal (*local content*) dalam Program Mobil Nasional (*National Car Program*) tahun 1993 dan 1996 yang terkait dengan keuntungan pajak penjualan (*sales tax benefits*) terhadap *finished motor vehicles* dan keuntungan bea masuk (*customs duty benefits*) untuk suku cadang dan komponen impor yang diberlakukan Indonesia melanggar Article 2 TRIMs Agreement¹¹⁸⁴ tentang *National Treatment and Quantitative Restriction*. Berkaitan dengan diskriminasi pengenaan pajak penjualan (*sales tax discrimination*), panel menyatakan bahwa Indonesia telah melanggar ketentuan Article III.2 GATT¹¹⁸⁵ tentang *National Treatment on Internal Taxation and Regulation*. Indonesia dinilai menerapkan pajak secara diskriminatif antara kendaraan otomotif dalam rangka mobil nasional dengan kendaraan merek lain yang dijual di pasaran. Penjualan kendaraan otomotif merek lain dari Eropa, Jepang dan Amerika Serikat dikenakan pajak yang berbeda dengan kendaraan mobil nasional. Selain itu, pengenaan *customs duty benefits* dan *sales tax benefit* juga dipandang melanggar ketentuan dalam Article I GATT¹¹⁸⁶ tentang *General Most-Favoured Nation Treatment*.

Berkaitan dengan SCM, meskipun *European Communities* dan Amerika Serikat menyatakan Indonesia bertentangan dengan ketentuan Article 5(c) SCM¹¹⁸⁷ mengenai *serious prejudice to the interest of another Members*, akan tetapi panel menilai Indonesia tidak melanggar ketentuan Article 28.2 SCM

¹¹⁸⁴ World Trade Organization, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Report of the Panel, Geneva, hlm 398.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, hlm 398.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

Agreement¹¹⁸⁸, tentang *Existing Programmes* untuk perluasan ruang lingkup (*extend the scope*) yang terkait dengan program subsidi (*subsidy programmes*). Panel merekomendasikan (*recommends*) kepada DSB untuk meminta Indonesia agar mengambil langkah-langkah kebijakan yang sejalan dengan kewajibannya di bawah *WTO Agreement*.¹¹⁸⁹ Melalui komunikasi dengan DSB, 21 Agustus 1998, Indonesia menginformasikan akan “*fully comply*” dengan *recommendations and rulings* dari laporan panel.¹¹⁹⁰ Indonesia juga menyatakan memerlukan waktu yang cukup (*reasonable period of time/RPT*) untuk memenuhi kewajibannya sebagai anggota WTO.¹¹⁹¹ Akan tetapi untuk mencapai kesepakatan mengenai kerangka waktu implementasi bagi Indonesia, pada 8 Oktober 1998, EC meminta agar RPT ditetapkan dengan putusan arbitrase yang mengikat (*binding arbitration*).¹¹⁹² Pada 21 Oktober 1998, para pihak menginformasikan kepada Direktur Jenderal WTO bahwa mereka sepakat membentuk arbitrase tunggal untuk menetapkan RPT. Tidak lama berselang, 9 Desember 1998, Arbitrator memberikan RPT untuk implementasi *recommendations and rulings* selama 12 (dua belas) bulan sejak diterimanya laporan panel 23 Juli 1998.

Dalam rangka implementasi putusan panel, Indonesia menyampaikan kepada DSB *Status Report* perkembangan langkah-langkah dan kebijakan yang dilakukan Indonesia. Pada Status Report pertama pemerintah menyatakan bahwa implementasi putusan panel tidak dapat dilakukan dalam waktu singkat dan cepat, mengingat pemerintah harus melakukan pembahasan inter-departemen di antara

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, hlm 398.

¹¹⁹⁰ World Trade Organization, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Award of the Arbitrator, Geneva, hlm 1.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, hlm 2.

¹¹⁹² *Ibid.*

institusi terkait, dengan sektor swasta industri otomotif dalam negeri, termasuk dengan negara-negara yang melakukan gugatan (*complainant*), EC, Jepang dan Amerika Serikat. Untuk melakukan perubahan kebijakan, pemerintah secara terbuka juga menyampaikan rancangan (*draft*) peraturan kepada DSB, yang nanti akan dijadikan peraturan Menteri Perindustrian dan Perdagangan.

Pada *Status Report* kedua, melalui Perwakilan Tetap Republik Indonesia atau Watap RI untuk WTO (*Permanent Mission of Indonesia to the WTO*) menyampaikan, bahwa pada 24 Juni 1999, pemerintah telah mengeluarkan paket kebijakan baru mengenai industri otomotif, yang disebut dengan Kebijakan Otomotif 1999 atau *1999 Automotive Policy* yang mencakup empat regulasi, yaitu Peraturan Pemerintah (PP) No. 55/1999, Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan (Menperindag) No. 275 /1999 dan Keputusan Menperindag No. 276/1999, serta Keputusan Menteri Keuangan No. 344/1999.¹¹⁹³ Putusan WTO dirasakan memberikan implikasi luas terhadap Indonesia. Sebagai konsekuensi putusan, Indonesia harus melakukan perubahan regulasi dan membuat kebijakan baru terkait dengan industri dan perdagangan serta fiskal yang berhubungan dengan pajak dan bea masuk. Kebijakan Otomotif 1999 dipandang sebagai kebijakan yang bersifat *non-discriminatory* dan konsisten dengan ketentuan WTO tentang tarif dan pajak. Dengan dikeluarkan kebijakan yang korektif dan langkah cepat tersebut, Indonesia menyatakan telah secara penuh (*fully comply*) melaksanakan *rulings and recommendations* WTO. Hal yang menarik dari kasus ini adalah Indonesia tidak mengajukan banding (*Appellate Review*) terhadap

¹¹⁹³ World Trade Organization, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Status Report by Indonesia, Geneva, 1998, hlm 1.

putusan panel, meskipun putusan tersebut berimplikasi besar terhadap industri otomotif nasional. Padahal, sengketa ini merupakan kasus besar yang memiliki implikasi luas terhadap industri otomotif nasional di dalam negeri.

b) Sengketa Produk Hortikultura

Dalam sengketa impor produk hortikultura dan hewan, DS 477: “*Indonesia – Importation of Horticultural Products, Animals and Animal Products*”, Indonesia menunjukkan komitmen dalam implementasi putusan WTO. Sengketa bermula dari gugatan New Zealand yang mengajukan permintaan konsultasi dengan Indonesia, 8 Mei 2014. New Zealand berpandangan bahwa tindakan yang dilakukan Indonesia melalui kebijakan pembatasan impor bertentangan dengan ketentuan Article III:4 dan X:1 GATT 1994; Article 4.2 *Agreement on Agriculture*; ketentuan *Import Licensing Agreement*; dan *Agreement on Preshipment Inspection*. Pada 8 Oktober 2015, Direktur Jenderal WTO membentuk panel. Dua bulan kemudian, 22 Desember 2016, laporan panel disirkulasi ke anggota WTO. Indonesia keberatan dengan putusan panel dan menyatakan banding kepada Appellate Body berkaitan dengan isu-isu hukum dan interpretasi hukum dari *panel report*.

Pada 9 November 2017, laporan *Appellate Body* disirkulasi, dan 22 November 2017, DSB menerima laporan *Appellate Body*. Dalam kurun waktu kurang dari satu bulan, 15 Desember 2017, Indonesia menginformasikan ke DSB menerima putusan banding dan menyatakan memerlukan waktu yang cukup (*reasonable period of time*) atau RPT untuk menjalankan *rulings and recommendations* WTO. Indonesia dan Selandia Baru selanjutnya dalam waktu

dekat akan melakukan pembahasan bersama untuk menentukan waktu yang disetujui bersama (*mutually agreed period*).

Serupa dengan kasus impor produk hortikultura dan hewan, dalam sengketa dengan Amerika Serikat, DS 478: “*Indonesia – Importation of Horticultural Products, Animals and Animal Products*”, Indonesia menghadapi kenyataan yang berbeda. Untuk implementasi *rulings and recommendations* setelah putusan banding *Appellate Body*, 9 November 2017, Indonesia diharuskan melaksanakan putusan berdasarkan RPT dalam dua tahapan waktu. Tahap pertama, implementasi dilakukan 22 Juli 2018 dan tahap kedua, 22 Juni 2019.¹¹⁹⁴ Akan tetapi, Amerika Serikat menilai dalam kurun waktu tersebut Indonesia gagal mematuhi putusan yang dikeluarkan DSB.¹¹⁹⁵ Sebagai kelanjutan dari putusan tersebut, sesuai Article 22.2 DSU, Amerika Serikat meminta otorisasi dari DSB untuk menunda konsesi tarif terhadap Indonesia sebesar US\$ 350 juta untuk tahun 2017.¹¹⁹⁶

Dua sengketa tersebut, DS 477 dan DS 478 bermula dari keberatan New Zealand dan Amerika Serikat terhadap kebijakan importasi yang dinilai merupakan tindakan pembatasan impor yang dikeluarkan melalui Peraturan Menteri Pertanian (Permentan) No. 86 Tahun 2013 tentang Rekomendasi Impor Produk Hortikultura (RIPH) dan Peraturan Menteri Perdagangan (Permendag) No. 16 Tahun 2013 tentang Ketentuan Impor Produk Hortikultura. Sebagai tindak lanjut dari putusan banding *Appellate Body*, Kementerian Pertanian telah

¹¹⁹⁴ Siaran Pers Biro Humas Kementerian Perdagangan, *Sengketa Dagang Produk Hortikultura, Hewan dan Produk Hewan: Indonesia Memahami, Namun Keberatan*, 8 Agustus 2018.

¹¹⁹⁵ Berdasarkan komunikasi Amerika Serikat tanggal 2 Agustus 2018 kepada Chairperson DSB, hlm 1.

¹¹⁹⁶ *Ibid*, hlm 1.

melakukan tiga kali perubahan regulasi. Pertama dengan Permentan No. 16 Tahun 2017; kedua, Permentan No. 38 Tahun 2017; dan ketiga, Permentan No. 24 Tahun 2018. Demikian pula dengan Permendag, Kementerian Perdagangan melakukan serangkaian perubahan, yaitu melalui Permendag No. 30 Tahun 2017, dan Permendag No. 16 Tahun 2018 tentang Ketentuan Impor Produk Hortikultura.

c) Sengketa Importasi Produk Daging Ayam (*Chicken Meat*)

Sengketa lain yang terkait dengan implementasi putusan WTO dapat dilihat dari kasus DS 484: “*Indonesia – Measures Concerning the Importation of Chicken Meat and Chicken Products*” dimana Indonesia sebagai tergugat (*respondent*) dan Brazil sebagai penggugat (*complainant*). Sengketa ini terkait dengan impor produk daging ayam (*chicken meat*) dan produk ayam (*chicken products*) yang digugat oleh Brazil. Gugatan Brazil didasarkan atas pertimbangan indikasi terjadinya penurunan impor *chicken meat* dan *chicken products* ke Indonesia sejak tahun 2006 untuk ayam potong (*chicken cuts*) dan 2009 untuk ayam utuh (*whole chicken*). Brazil menilai penurunan impor tersebut terkait dengan dua langkah tindakan yang dilakukan Indonesia. Kedua langkah tersebut adalah : *pertama*, diduga karena adanya larangan umum yang tidak tertulis (*unwritten general prohibition*) dari langkah pembatasan perdagangan (*trade restrictive*); *kedua*, adanya *six individual trade-restrictive measures* yang menyangkut hal-hal seperti *non-inclusion* terhadap produk ayam tertentu yang termasuk dalam *list of products* yang diimpor, pembatasan impor daging dan produk ayam untuk tujuan yang diinginkan (*intended uses*), aspek tertentu tentang rejim ijin impor Indonesia (*import licensing regime*), pengawasan (*surveillance*) dan implementasi

penyembelihan ayam secara halal (*halal slaughtering*), serta persyaratan label (*labelling requirements*).

Brazil mengklaim bahwa Indonesia melanggar ketentuan yang terdapat dalam Article II.4 dan XI GATT 1994, Article 4.2 *Agreement on Agriculture*, Article 3.2 *Agreement on Import Licensing Procedures*, dan Article 8 serta Annex C(1)(a) *SPS Agreement*. Sementara itu, Indonesia mendasarkan dan mempertahankan posisi pada Article XX GATT 1994. *Panel report* disirkulasi 17 Oktober 2017 dan selanjutnya 22 November 2017, DSB menerima (*adopted*) laporan panel. Pada pertemuan DSB 22 November 2017, Indonesia menyatakan menerima putusan DSB dan memerlukan waktu yang cukup untuk melaksanakan putusan agar sesuai dengan kewajiban dalam WTO. Selanjutnya pada 15 Desember 2017, Indonesia menegaskan memerlukan *reasonable period of time* (RPT) untuk mengimplementasikan *rulings and recommendations* DSB. Pada 11 Januari 2018, Brazil menyatakan dapat menerima perpanjangan batas waktu (*deadline*) untuk dibahas pada pertemuan reguler DSB berikutnya yang akan diadakan 28 Februari 2018. Apabila kesepakatan RPT dicapai oleh kedua pihak, Indonesia akan melaksanakan sungguh-sungguh putusan DSB WTO.

Implementasi putusan DSB terkait impor produk daging ayam dan produk ayam diperkirakan akan memiliki implikasi luas yang akan bersinggungan dengan kebijakan dan regulasi di bidang pangan seperti Undang-Undang Ketahanan Pangan, Undang-Undang Jaminan Produk Halal (UUJPH), dan Undang-Undang Peternakan. Implikasi perbaikan kebijakan juga akan melibatkan berbagai institusi dan badan teknis sektoral seperti Kementerian Pertanian,

Majelis Ulama Indonesia (MUI), Badan Pengawas Jaminan Produk Halal (BPJPH) dan Kementerian Perdagangan.

d. Sengketa Rokok Kretek

Sengketa ekspor rokok kretek (*clove cigarettes*) merupakan sengketa dagang antara Indonesia dengan Amerika Serikat. Sengketa ini terdaftar dalam kasus DS406: “*United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*”, dimana Indonesia sebagai penggugat dan Amerika Serikat sebagai tergugat. Kasus ini berkaitan dengan produksi dan penjualan rokok kretek Indonesia ke pasar Amerika Serikat.

Sengketa bermula dengan keluarnya undang-undang tentang “*Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act 2009*” yang diundangkan Amerika Serikat pada Juni 2009 dan berlaku efektif September 2009.¹¹⁹⁷ Undang-Undang Pengendalian Tembakau dan Pencegahan Merokok Keluarga atau “*Tobacco Control Act 2009*” menjadi sumber sengketa karena memiliki keterkaitan dengan Section 907(a)(1)(A) “*Federal Food, Drug and Cosmetic Act*” (FFDCA), dimana ketentuan Section 907 tersebut dimasukkan dalam bagian dari “*Tobacco Control Act 2009*” di atas.¹¹⁹⁸ Melalui FFDCA, pemerintah melarang untuk memproduksi dan menjual rokok yang memiliki aroma tertentu seperti rokok rasa kretek, strawberry, anggur, jeruk, kayu manis, nenas, vanilla, kelapa, *liquorice*, kakao,

¹¹⁹⁷ Christophorus Barutu, *Seni Bersengketa di WTO, Diplomasi dan Pendekatan Mekanisme Penyelesaian Sengketa WTO Dilengkapi Contoh dan Analisa Beberapa Kasus Sengketa antara Indonesia dengan Beberapa Mitra Dagang Anggota WTO*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015, hlm 67.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

cokelat, *cherry*, atau kopi.¹¹⁹⁹ Akan tetapi undang-undang tersebut mengecualikan dan tidak memasukkan larangan produksi dan penjualan untuk rokok dengan rasa *menthol*.¹²⁰⁰

Indonesia menilai pelarangan tersebut mengandung unsur diskriminatif yang menempatkan rokok dengan rasa menthol sebagai pengecualian dan melarang penjualan semua jenis rokok kretek di pasar Amerika Serikat.¹²⁰¹ Pelarangan penjualan rokok kretek dapat dinilai memiliki tendensi, mengingat setidaknya sekitar 99% rokok kretek yang beredar di pasar Amerika Serikat berasal dari Indonesia.¹²⁰² Indonesia berpandangan bahwa kebijakan Amerika Serikat bersifat diskriminatif tersebut merugikan ekspor rokok kretek dan melanggar ketentuan WTO.

Atas dasar kenyataan itu, sebagai langkah awal Indonesia kemudian melakukan konsultasi informal (*informal consultation*) dengan pihak Amerika Serikat.¹²⁰³ Indonesia menyampaikan keprihatinan dan meminta kepada Amerika Serikat untuk dapat meninjau ulang (*review*), merevisi, atau mencabut ketentuan tentang *Tobacco Control Act 2009*.¹²⁰⁴ Indonesia memandang, bahwa kebijakan pelarangan merupakan langkah yang bersifat diskriminatif dan bertentangan dengan prinsip dasar perdagangan multilateral WTO tentang “*national treatment*”.¹²⁰⁵ Langkah Amerika Serikat dinilai berlawanan dengan prinsip “perlakuan nasional” yang menjadi pondasi dari hubungan perdagangan

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ *Ibid.*

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ *Ibid.*

internasional. Konsultasi yang dilakukan ternyata tidak membawa hasil, dimana Amerika Serikat tidak dapat menerima permintaan Indonesia untuk melakukan peninjauan kembali, merevisi atau mencabut legislasi tersebut. Sebagai langkah lanjut Indonesia mengajukan persoalan ini kepada *Dispute Settlement Body* (DSB) WTO.

Permohonan konsultasi formal kepada DSB diajukan 7 April 2010.¹²⁰⁶ Konsultasi dengan Amerika Serikat dilakukan 13 Mei 2010, akan tetapi tidak mencapai kesepakatan yang dapat diterima kedua pihak.¹²⁰⁷ Kebuntuan konsultasi mendorong Indonesia mengajukan permohonan pembentukan panel pada 22 Juni 2010.¹²⁰⁸ Amerika Serikat keberatan dengan usulan pembentukan panel.¹²⁰⁹ Selanjutnya pada 20 Juli 2010 Indonesia mengajukan kembali permohonan pembentukan panel dan diterima oleh DSB.¹²¹⁰ Laporan panel kemudian diterima 2 September 2011.¹²¹¹ Dalam *rulings and recommendations*, DSB meminta Amerika Serikat untuk membawa Section 907 (a) (1) (A) agar bersesuaian dengan kewajiban-kewajiban yang terdapat dalam Perjanjian Hambatan Teknis terhadap Perdagangan atau *Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement*.¹²¹² Amerika Serikat keberatan atas putusan panel dan pada 5 Januari 2012 mengajukan banding ke DSB.¹²¹³

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ *Ibid.*

Pada 4 April 2012, *Appellate Body* menyampaikan laporan dan menegaskan putusan seperti yang telah dikeluarkan oleh badan panel.¹²¹⁴ *Appellate Body* memenangkan kembali posisi Indonesia dan menyatakan bahwa Amerika Serikat telah melakukan pelanggaran terhadap Article 2.1 *TBT Agreement* berkaitan dengan diskriminasi perdagangan.¹²¹⁵ Melalui putusan banding, DSB meminta Amerika Serikat untuk melakukan perubahan kebijakan sehingga sejalan dengan ketentuan WTO yaitu *TBT Agreement*.¹²¹⁶ Pada 24 April 2012, DSB memutuskan mengadopsi laporan panel dan *Appellate Body Report*.¹²¹⁷ Setelah diterimanya kedua laporan, pada 24 Mei 2012, Amerika Serikat menyatakan akan melaksanakan rekomendasi *Appellate Body* dan meminta *reasonable period of time* (RPT) untuk melaksanakan putusan. Pada 14 Juni 2012, Indonesia dan Amerika Serikat sepakat bahwa RPT untuk pelaksanaan putusan selama 15 bulan atau satu tahun tiga bulan, yang akan berakhir 24 Juli 2013.¹²¹⁸ Akan tetapi sangat disayangkan setelah berakhirnya waktu RPT 15 bulan, Indonesia memandang Amerika Serikat tidak melaksanakan *compliance* dengan sepenuhnya. Atas dasar kondisi tersebut, Indonesia kemudian pada 13 Agustus 2013 mengajukan permohonan otorisasi untuk melakukan tindakan retaliasi. Namun, Amerika Serikat merasa keberatan atas permintaan Indonesia dan memohon penyelesaian retaliasi melalui arbitrase untuk menilai permohonan yang diajukan Indonesia. Setelah melalui proses arbitrase dari Oktober 2013 hingga Juni 2014, pada 23 Juni 2014, Indonesia dan Amerika Serikat meminta

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ *Ibid.*

arbitrator untuk menunda pengumuman putusan arbitrase (*Arbitrator's Award*).¹²¹⁹ Kemudian pada 3 Oktober 2014, di luar perkiraan, Indonesia dan Amerika Serikat memberitahukan kepada DSB bahwa kedua pihak telah mencapai kesepakatan melalui solusi yang disepakati bersama (*mutually agreed solution*).¹²²⁰ Dengan kesepakatan ini Indonesia dengan sendirinya mencabut permohonan retaliasi dan Amerika Serikat menarik keberatannya atas permintaan tersebut.¹²²¹ Kemudian pada 8 Oktober 2014 arbitrator menyatakan kepada DSB tidak diperlukan lagi dikeluarkan adanya suatu putusan.¹²²² Dengan pernyataan tersebut, maka arbitrator telah menyelesaikan tugas¹²²³ dan bersamaan itu berakhir tugas arbitrator dalam sengketa rokok kretek Indonesia dan Amerika Serikat.

e. Sengketa *Safeguard* Produk Baja atau Besi Tertentu

Sengketa DS496: “*Indonesia - Safeguard on Certain Iron or Steel Products*” merupakan sengketa pertama Indonesia di WTO dengan negara anggota ASEAN.¹²²⁴ Sengketa ini berkaitan dengan produk baja atau besi tertentu, yaitu baja ringan sejenis *galvalume* yang berasal dari Vietnam.

Kasus didasari atas dugaan dan keberatan Vietnam terhadap tindakan pengamanan atau *safeguard measure* yang dikenakan Indonesia terhadap importasi *flat-rolled iron or steel products* atau produk baja/besi lembar gulungan

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ Key Facts DS496: Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds496_e.htm, diakses 2 Januari 2019 [Pkl. 15.08].

dan penyelidikan atas tindakan *safeguard* dari Vietnam. Vietnam memandang tindakan pengamanan yang dilakukan Indonesia bertentangan dengan Article I:1, XIX:1(a) dan XIX:2 GATT 1994 dan *Safeguard Agreement* antara lain Article 2.1, 3.1, 12.1 dan 12.3. Setelah permintaan dari Vietnam, Chinese Taipei menyatakan permintaan konsultasi. Setelah konsultasi tidak mencapai kesepakatan yang diinginkan, Vietnam mengajukan permohonan untuk pembentukan panel. Pada 9 Desember 2015 panel dibentuk oleh Direktur Jenderal WTO. Laporan panel (*Panel Report*) kemudian disirkulasi 18 Agustus 2017.

Laporan panel mengindikasikan adanya keberatan dan penolakan Indonesia atas putusan panel. Indonesia kemudian melakukan banding pada 28 September 2017 kepada *Appellate Body* terhadap isu-isu hukum tertentu dan interpretasi hukum (*legal interpretation*) dari *panel report*. Hampir setahun kemudian, 15 Agustus 2018, *Appellate Body report* disirkulasi dan 27 Agustus 2018 DSB menerima laporan banding. Putusan banding menegaskan bahwa Indonesia harus melaksanakan *rulings and recommendations*. Indonesia dinilai melakukan pelanggaran dalam tindakan *safeguard*. Atas putusan tersebut Indonesia meminta *reasonable periode of time* (RPT) agar dapat bersesuaian dengan (*comply*) rekomendasi DSB. Pada 20 November 2018, Vietnam, Chinese Taipei dan Indonesia sepakat RPT untuk melaksanakan putusan selama 7 (tujuh) bulan dan akan berakhir pada 27 Maret 2019.

Dengan masa waktu RPT hingga akhir Maret 2019, belum dapat diketahui langkah-langkah dan kebijakan apa yang akan dikeluarkan Indonesia untuk mengimplementasikan sebagai wujud kepatuhan (*compliance*) dari putusan DSB. Setelah periode waktu RPT baru dapat diketahui peraturan yang akan direvisi dan

regulasi baru apa yang akan dikeluarkan, berupa Peraturan Menteri atau peraturan perundang-undangan lainnya.

Aspek lain yang menarik dari sengketa tersebut adalah meskipun Indonesia dan Vietnam sama-sama merupakan negara anggota ASEAN, akan tetapi keduanya tidak menyelesaikan melalui mekanisme penyelesaian sengketa yang terdapat dalam *Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004* atau Protokol DSM 2004. Meskipun mekanisme penyelesaian sengketa telah tersedia lebih dari satu dekade, namun kedua negara menggunakan dan menempuh cara penyelesaian melalui forum WTO.

f. Kasus Penjualan Produk Otomotif Ke Vietnam

Indonesia menghadapi kasus ekspor produk otomotif ke Vietnam sebagai negara anggota ASEAN yang terjadi pada akhir tahun 2017. Kasus ini memberikan dampak terhadap ekspor produk otomotif Indonesia ke pasar Vietnam. Sengketa ini cukup mengejutkan, mengingat sebelumnya Indonesia tidak pernah mengalami hambatan dalam melakukan ekspor dan telah memenuhi semua kriteria serta prosedur ekspor yang berlaku di Vietnam. Sesuai standar internasional, Indonesia menerapkan standar teknis sesuai Standar Nasional Indonesia (SNI) yang diakui oleh Vietnam.

Kasus bermula ketika Vietnam mengeluarkan Keputusan Perdana Menteri atau Prime Minister Decree No. 116/2017/ND-CP tentang “*Requirements for Manufacturing, Assembly and Import of Motor Vehicles and Trade in Motor Vehicle Warranty and Maintenance Services*” atau Keputusan Tentang Persyaratan Manufaktur, Perakitan dan Impor Kendaraan Bermotor, Pertukaran

Kendaraan Bermotor Berjaminan serta Pelayanan Pemeliharaan pada November 2017, dan Surat Edaran atau Circular No. 04/2018/TT-BGTVT. Dengan ketentuan tersebut Vietnam menerapkan peraturan baru mengenai kelaikan kendaraan bermotor terkait dengan emisi dan keselamatan. Vietnam menilai bahwa standar kendaraan bermotor yang berlaku di Indonesia belum sesuai dengan regulasi dimaksud. Menanggapi regulasi itu, Kementerian Perdagangan RI menyatakan akan merubah sertifikat “Persetujuan Jenis Kendaraan” atau *Vehicle Type Approval* (VTA) untuk kendaraan jenis impor utuh (*completely built up/CBU*). Regulasi baru tersebut memberikan wewenang kepada lembaga Vietnam Register untuk melakukan pengawasan terhadap aspek keselamatan alat transportasi dengan melakukan inspeksi secara acak (*random*) terhadap setiap kapal yang masuk ke Vietnam. Dengan kebijakan tersebut Vietnam Register akan melakukan pengujian emisi dan keselamatan (*safety*) kendaraan sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam regulasi.

Vietnam merupakan pasar ekspor potensial produk otomotif Indonesia. Sepanjang tahun 2017 setidaknya Indonesia telah mengekspor sebanyak 38.832 unit kendaraan dalam bentuk CBU dengan nilai US\$ 718 juta. Setelah ketentuan baru tersebut, ekspor Indonesia pada November 2017 mengalami penurunan drastis hanya sebanyak 592 unit dengan nilai ekspor US\$ 10,9 juta. Sejak berlakunya ketentuan baru, Januari 2018, ekspor otomotif Indonesia praktis terhenti hingga Maret 2018. Indonesia merupakan eksportir produk ketiga terbesar ke Vietnam setelah Thailand dan Tiongkok, dengan pangsa pasar sekitar 13%.

Penyelesaian sengketa otomotif Indonesia–Vietnam tidak saja mengharuskan institusi terkait di bidang perdagangan kedua negara melakukan

pembicaraan pada tingkat teknis, tetapi juga melibatkan insitisi tingkat kepala pemerintahan untuk membahas masalah tersebut. Presiden RI Joko Widodo secara langsung juga menyampaikan keprihatinan adanya hambatan ekspor otomotif Indonesia dan membicarakan isu tersebut dengan Perdana Menteri Vietnam, Nguyen Xuan Phuc pada pertemuan bilateral di Hanoi dan kemudian dilanjutkan di sela-sela pertemuan *World Bank-IMF Annual Meeting*, Oktober 2018 di Bali.

h. Analisis

1) Teori Penyelesaian Sengketa

Dalam perspektif teori penyelesaian sengketa, sesuai praktik yang berlaku, apabila terjadi sengketa antar individu, korporasi atau negara, para pihak harus menyelesaikan dengan cara yang disepakati atau dapat diterima. Hukum internasional memberikan kesempatan dan menyediakan cara penyelesaian yang berlaku secara internasional. Secara lebih spesifik, hukum perdagangan internasional dalam konteks WTO mengatur penyelesaian sengketa seperti yang diatur dalam *Dispute Settlement Understanding (DSU)*. Tahapan penyelesaian sengketa dilakukan mulai dari konsultasi, panel dan banding melalui *Appellate Body*, hingga ke tahap implementasi putusan atau *recommendations and rulings*. Dalam konteks regional ASEAN terdapat pengaturan penyelesaian sengketa yang tertuang dalam Protokol Mekanisme Penyelesaian Sengketa atau *Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM)* 2004.

Sebagai anggota masyarakat internasional, Indonesia akan menggunakan dan mengikuti langkah penyelesaian sengketa sesuai kaidah yang berlaku dalam hukum internasional, termasuk ketentuan yang terdapat di WTO. Dalam kerangka

WTO, maka Indonesia akan menyelesaikan sengketa melalui pendekatan *judicial settlement* sebagai cara penyelesaian yang tersedia dalam penyelesaian sengketa. Teori penyelesaian sengketa sangat relevan digunakan Indonesia dalam menyelesaikan sengketa dagang.

2) Teori Pilihan Rasional

Penyelesaian sengketa WTO sesuai ketentuan dalam *Dispute Settlement Understanding* (DSU) memberikan ruang penggunaan penyelesaian melalui berbagai pendekatan. Fleksibilitas penyelesaian ini mendorong negara-negara untuk mencari penyelesaian yang cocok dan rasional sesuai kemampuan dan kebutuhan. Meskipun pendekatan *judicial settlement* tersedia dalam penyelesaian sengketa melalui Panel hingga ke tingkat banding *Appellate Body*, akan tetapi DSU memberikan peluang bagi negara-negara untuk menggunakan cara yang disepakati bersama di tengah-tengah proses yang sedang dijalani. Dengan kesepakatan bersama antara penggugat (*complainant*) dan tergugat (*respondent*), sengketa dapat diselesaikan tanpa menunggu berakhirnya proses panel atau banding.

Dalam sengketa rokok kretek (*clove cigarettes*) dengan Amerika Serikat, Indonesia secara rasional menerima penyelesaian melalui *mutually agreed solution* (MAS) atau solusi yang disepakati bersama seperti yang diatur dalam Article 3.6 DSU. Indonesia berpandangan, bahwa langkah pendekatan dengan MAS merupakan pilihan yang rasional untuk menyelesaikan sengketa, meskipun dengan konsekuensi Indonesia mencabut tuntutan kompensasi kepada Amerika Serikat. Terdapat berbagai aspek yang menjadi pertimbangan Indonesia memilih MAS dan tidak melanjutkan proses kompensasi dengan tanpa meminta serta

menunggu putusan arbitrase dikeluarkan oleh arbitrator. Dari segi *cost and benefit*, dengan MAS terdapat beberapa manfaat yang akan didapat. *Pertama*, secara politis, dengan MAS, hubungan ekonomi dan perdagangan kedua negara (*bilateral trade relations*) akan dapat terjaga dengan baik. Dengan pengakuan akan pelanggaran *Tobacco Control Act 2009* terhadap ketentuan WTO dan pencabutan regulasi tersebut, Indonesia akan dapat melakukan ekspor produk rokok ke pasar Amerika Serikat. *Kedua*, dari segi biaya, dengan MAS, Indonesia akan menghemat biaya dan waktu dalam penanganan proses sengketa di WTO. *Ketiga*, dengan MAS, sebagai dampak ikutan dari sengketa, Indonesia dapat memupuk hubungan baik dengan pelaku bisnis Amerika Serikat sebagai wujud hubungan yang bersahabat (*friendly relations*) dalam konteks *business to business* (B2B). Indonesia akan dinilai oleh berbagai kalangan di Amerika Serikat dapat menempuh penyelesaian sengketa yang damai (*amicable solution*) dan mengedepankan langkah yang lebih bersahabat serta kompromistis.

Dalam sengketa *safeguard* produk baja dengan Vietnam, meskipun sesama negara anggota ASEAN, Indonesia tampak tidak membawa dan menggunakan saluran penyelesaian melalui mekanisme seperti yang diatur dalam Protokol EDSM 2004 atau “Protokol Penyelesaian Sengketa”. Kenyataan ini menunjukkan pandangan dan sikap rasional Indonesia dalam menyelesaikan sengketa. Meskipun Indonesia negara pendiri (*founding father*) ASEAN dan ekonomi terbesar di kawasan, namun fakta ini memperlihatkan, Indonesia mengikuti tuntutan Vietnam menyelesaikan sengketa melalui WTO. Indonesia tidak menolak tuntutan Vietnam dan memaksa penyelesaian menggunakan mekanisme internal ASEAN.

Rasionalitas pilihan penyelesaian sengketa tersebut tidak terlepas dari keterbukaan dan peluang yang diberikan “Protokol Penyelesaian Sengketa” untuk memilih forum sesuai yang diinginkan atau pilihan masing-masing pihak. Hal ini sejalan dengan prinsip “*forum shopping*” atau “*choice of forum*” yang terdapat dalam praktik hukum internasional. Selain itu, pilihan yang tersedia dalam ASEAN di bawah kerangka *free trade agreement* adalah berjalan seiring dengan doktrin “*electa una via*”¹²²⁵ yang terdapat dalam Protokol Penyelesaian Sengketa. Article 1.3 Protokol menyatakan, bahwa “*The Provisions of this Protocol are without prejudice to the rights of Member States to seek recourse to other fora for the settlement of disputes involving other Member States*”. Kata-kata “*to seek a recourse to other fora*” secara eksplisit menegaskan pengakuan Protokol yang menempatkan klausul tersebut dalam instrumen FTA. Doktrin ini mengandung arti bahwa sekali pilihan dibuat, pihak yang mengajukan sengketa harus memegang pilihan tersebut.¹²²⁶ Klausul “*electa una via, non datur recursus ad alteram*” (apabila memilih satu cara, tidak dapat berubah ke pilihan yang lain) yang digunakan dalam Protokol Penyelesaian Sengketa praktis menjadi pintu pembuka penggunaan penyelesaian sengketa di luar ketentuan protokol. Menurut Joost Pauwelyn, klausul itu disebut juga dengan “*forum exclusion clause*”.¹²²⁷ Dengan klausul tersebut, para pihak dapat mengesampingkan salah satu forum dan memilih menggunakan satu forum hingga selesainya penyelesaian sengketa. Ketika satu forum telah dipilih, maka para pihak tidak dapat beralih ke forum

¹²²⁵ C.L. Lim and Henry Gao, *The Politics of Competing Jurisdictional Claims in WTO and RTA Disputes: The Role of Private International Law Analogies*, hlm 290, dalam Tomer Broude, Marc L. Busch, and Amelia Porges (eds), *The Politics of International Economic Law*, Cambridge University Press, New York, 2011, hlm 290.

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ *Ibid.*

yang lain. Pilihan forum penyelesaian akan menentukan putusan yang dikeluarkan oleh lembaga penyelesaian sengketa dan implikasi hukum yang diterima salah satu pihak sebagai tergugat.

3) Teori Kepatuhan

Sesuai dengan pandangan dari Teori Kepatuhan, dari kasus yang dihadapi di WTO, tampak Indonesia menerapkan prinsip kepatuhan (*compliance*) dalam implementasi *recommendations and rulings* WTO. Mulai dari kasus otomotif dengan Amerika Serikat, Jepang dan Uni Eropa dalam program otomotif nasional; produk hortikultura dengan New Zealand dan Amerika Serikat; produk daging ayam dengan Brazil; dan *safeguard* produk baja dengan Vietnam, dimana Indonesia semuanya berkedudukan sebagai tergugat (*respondent*), Indonesia menunjukkan komitmen tinggi menaati sepenuhnya (*fully comply*) putusan yang dikeluarkan WTO. Pada sengketa otomotif, tanpa mengajukan banding/melalui proses banding, Indonesia tetap bersedia menerima putusan panel dan menaati putusan WTO dalam rangka menjunjung tinggi dan menegakkan sistem perdagangan dunia sesuai dengan prinsip-prinsip multilateral.

Kenyataan tersebut membuktikan bahwa teori kepatuhan (*compliance theory*) sangat bersesuaian (*compatible*) dan relevan bagi Indonesia dalam penyelesaian sengketa dagang di WTO. Demikian pula dengan teori *pacta sunt servanda*, komitmen Indonesia dalam implementasi putusan WTO dan keterikatan terhadap perjanjian yang telah diratifikasi (*consent to be bound*) menunjukkan, bahwa Indonesia memegang teguh doktrin *pacta sunt servanda* seperti yang tertuang dalam *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT).

Dalam kaitan dengan kasus penjualan ekspor produk otomotif ke Vietnam, meskipun tidak diselesaikan melalui mekanisme penyelesaian sengketa sesuai Protokol EDSM 2004, setelah melalui pembahasan secara bilateral pada tingkat teknis antar Kementerian Perdagangan kedua negara dan tingkat Kepala Pemerintahan, Indonesia tetap bersedia menerima regulasi yang diberlakukan Vietnam dan menaati (*compliance*) ketentuan pengaturan yang diterapkan.

2. Thailand

a. Partisipasi Dalam FTA/RTA dan Sengketa Dagang

Sebagai negara yang memiliki orientasi kuat dalam perdagangan internasional, Thailand banyak berpartisipasi dalam perundingan perjanjian perdagangan bebas, baik dalam kerangka bilateral maupun secara bersama-sama dalam *group of countries*. Pada tataran bilateral, Thailand telah menandatangani dan mengikatkan diri dalam FTA dengan 7 negara.¹²²⁸ FTA pertama yang ditandatangani adalah dengan Laos-Thailand *Preferential Trading Arrangement* pada awal 1991.¹²²⁹ Setelah itu, semua FTA ditandatangani pada era tahun 2000-an, yaitu China-Thailand (2003),¹²³⁰ Thailand-Australia FTA (2005),¹²³¹ Thailand-New Zealand Closer EPA 2005),¹²³² Japan-Thailand EPA (2007),¹²³³ Thailand-

¹²²⁸ Asia Regional Integration Center (ARIC), <https://aric.adb.org/fta-country>, 23 Desember 2018 [Pkl. 13.19].

¹²²⁹ Laos-Thailand PTA berlaku efektif 20 Juni 1991.

¹²³⁰ People's Republic of China-Thailand berlaku efektif Oktober 2003.

¹²³¹ Thailand-Australia FTA (TAFTA) berlaku efektif 1 Januari 2005.

¹²³² Thailand-New Zealand Closer Economic Partnership Agreement berlaku efektif 1 Juli 2005.

¹²³³ Japan-Thailand Economic Partnership Agreement (JTEPA) berlaku efektif 1 November 2007.

Peru FTA (2011)¹²³⁴ dan Thailand-Chile FTA (2015).¹²³⁵ Sebagai anggota ASEAN, Thailand merupakan negara pihak dalam *ASEAN Free Trade Agreement* (AFTA) yang ditandatangani 1992. Selain itu, bersama-sama dalam *group of countries*, Thailand menjadi negara pihak dalam RTA ASEAN-Australia-New Zealand FTA (2010), ASEAN-China CEPA (2005), ASEAN-India (2010), ASEAN-Jepan (2008), dan ASEAN-Korea (2007).

Dalam hal sengketa dagang, Thailand merupakan negara yang aktif berpartisipasi dalam sengketa WTO baik sebagai penggugat (*complainant*), tergugat (*respondent*) maupun pihak ketiga (*third party*). Sebagai *complainant*, Thailand telah melibatkan diri dalam 14 kasus, *respondent* 4 kasus dan *third party* 89 kasus.¹²³⁶ Di antara kasus sebagai *complainant*, negara utama yang digugat Thailand adalah Amerika Serikat dengan 5 kasus¹²³⁷ dan Uni Eropa 3 kasus.¹²³⁸ Sebagai *respondent*, terdapat 3 kasus utama yang dihadapi Thailand yaitu dengan Uni Eropa (*European Communities*),¹²³⁹ Filipina¹²⁴⁰ dan Brazil.¹²⁴¹ Namun, di antara ketiga kasus tersebut, sengketa dengan Filipina merupakan kasus utama yang paling menyita perhatian, karena telah berlangsung cukup lama dan hingga sekarang belum dapat diselesaikan dengan tuntas.

¹²³⁴ Thailand-Peru FTA berlaku efektif 31 Desember 2011.

¹²³⁵ Thailand-Chile FTA berlaku efektif 5 November 2015.

¹²³⁶ Thailand and the WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/thailand_e.htm, 23 Desember 2018 [Pkl 21.14].

¹²³⁷ 5 kasus yang digugat terhadap Amerika Serikat adalah DS58: *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*; DS217: *United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*; DS324: *United States-Provisional Anti-Dumping Measures on Shrimp from Thailand*; DS 343: *United States-Measures Relating to Shrimp from Thailand*; DS383: *United States-Anti-Dumping Measures on Polyethylene*.

¹²³⁸ 3 kasus gugatan terhadap Uni Eropa adalah DS242: *European Communities-Generalized System of Preferences* (GSP); DS283: *European Communities-Export Subsidies on Sugar*; DS286: *European Communities-Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*.

¹²³⁹ DS370: *Thailand-Customs Valuation of Certain Products from the European Communities*.

¹²⁴⁰ DS371: *Thailand-Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*.

¹²⁴¹ DS507: *Thailand-Subsidies Concerning Sugar*.

Kasus dengan Filipina menarik perhatian, mengingat Thailand dan Filipina merupakan negara anggota ASEAN dan menjadi negara pihak dalam perjanjian perdagangan bebas AFTA. Dalam konteks organisasi regional ASEAN, secara keorganisasian ASEAN pada dasarnya memiliki instrumen penyelesaian sengketa yang terdapat dalam *ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism* (EDSM) 2004. Akan tetapi dalam kenyataannya Filipina tidak menggunakan instrumen internal yang disediakan oleh ASEAN dan lebih memilih mengajukan penyelesaian sengketa melalui forum WTO.

memiliki sengketa dengan Filipina dalam kasus DS371: *“Thailand-Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines”*.

b. Pengambilan Keputusan untuk Menentukan Partisipasi dalam Sengketa Dagang

Dalam hal pengambilan keputusan untuk menentukan apakah pemerintah akan mengajukan gugatan dan sengketa di WTO, keputusan sepenuhnya ditentukan oleh Kementerian Perdagangan, Pemerintah Kerajaan Thailand (*Ministry of Commerce, Royal Thai Government*). Hal ini didasarkan atas pertimbangan, dalam pandangan Thailand, untuk beracara dalam sengketa WTO memerlukan pengkajian yang mendalam dan pertimbangan kebijakan tingkat tinggi (*high level policy of consideration*).¹²⁴² Rekomendasi untuk menentukan perlu atau tidak berpartisipasi dalam sengketa WTO dan apa dampak terhadap industri serta

¹²⁴² Pornchai Danvivathana, Thailand's Experience in the WTO Dispute Settlement System: Challenging the EC Sugar Regime, dalam Gregory C. Shaffer and Ricardo Malendez-Ortiz (eds), *Dispute Settlement at the WTO, Developing Country Experience*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2010, hlm. 215.

perdagangan dikeluarkan oleh *Department of Trade Negotiation* (DTN) sebagai unit dari *Ministry of Commerce*. Rekomendasi DTN menjadi dasar utama kebijakan dan pertimbangan apakah terjadi pelanggaran yang dilakukan pemerintah atau terdapat kebijakan negara lain yang merugikan perdagangan Thailand. Dengan kata lain, kewenangan menentukan untuk berpartisipasi atau tidak dalam sengketa dagang (*trade dispute*) sepenuhnya berada di bawah *Ministry of Commerce*. Sektor industri dan swasta (*private and industry sector*) akan mengikuti kebijakan dan keputusan yang ditetapkan oleh pemerintah.

c. Instansi Yang Memimpin

Sesuai dengan struktur organisasi pemerintahan Thailand, dalam sengketa dagang WTO, institusi yang bertanggung jawab dan memimpin (*lead agency*) adalah *Ministry of Commerce*. Penanganan kasus sengketa secara khusus ditangani oleh *Department of Trade Negotiation* (DTN) yang bertindak sebagai *focal point* di bawah *Ministry of Commerce* untuk melakukan koordinasi inter-lembaga dan intra-lembaga.¹²⁴³ Sebagai institusi yang memimpin, *Ministry of Commerce* melakukan koordinasi lintas sektoral dan institusi terkait dengan isu yang dihadapi. Dalam sengketa *European Communities – Export Subsidies on Sugar* atau “*Sugar case*” dengan Uni Eropa, *Ministry of Commerce* melakukan koordinasi dengan Kementerian Pertanian dan Koperasi (*Ministry of Agriculture and Co-operatives*), karena isu gula sebagai produk pertanian ditangani oleh

¹²⁴³ *Ibid*, hlm. 212.

Ministry of Agriculture and Co-operatives.¹²⁴⁴ Selain itu, koordinasi juga dilakukan dengan sektor swasta (*private sector*) yaitu Asosiasi Gula Thailand (*Thai Sugar Association*) sebagai organisasi produsen dan eksportir gula.

d. Penunjukan Pengacara

Sebagai koordinator nasional penanganan sengketa, penunjukan pengacara ditentukan oleh pemerintah, dalam hal ini *Ministry of Commerce*, mengingat sengketa WTO adalah bersifat publik yang melibatkan negara, antara pemerintah satu negara dengan pemerintah negara lain (*government to government*).¹²⁴⁵ Dengan format sengketa *G to G*, pemerintah akan bertindak dengan penuh kehati-hatian untuk menjamin terjaganya hubungan yang baik (*good relationship*) di antara para pihak yang terlibat dalam sengketa (*between or among parties*) akan tetap berjalan dengan normal.¹²⁴⁶ Meskipun terjadi sengketa dengan berbagai pihak, akan tetapi hubungan sebagai sesama anggota WTO tetap berjalan dengan baik.

e. Pembiayaan dalam Penyelesaian Sengketa

Dalam hal biaya yang harus dikeluarkan untuk menyelesaikan sengketa, mengingat sengketa melibatkan negara, *Royal Thai Government* menyediakan anggaran (*budget*) untuk penanganan sengketa, sehingga dapat menjamin dan mengamankan kepentingan nasional (*national interests*), meskipun dengan biaya

¹²⁴⁴ *Ibid*, hlm. 212-213. Kasus gula atau “Sugar case” yaitu *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, Appellate Body Report, WT/DS283/AB/R (28 April 2005).

¹²⁴⁵ *Ibid*, hlm. 217.

¹²⁴⁶ *Ibid*.

yang besar.¹²⁴⁷ Dalam berbagai kasus, sektor swasta (*private sector*) selalu menawarkan kontribusi keuangan kepada pemerintah untuk menggunakan konsultan hukum (*law firm*) atau pengacara swasta (*private lawyers*).¹²⁴⁸ Akan tetapi kontribusi sektor swasta tidak akan mempengaruhi kewenangan pemerintah dalam memilih *law firm* yang akan digunakan.¹²⁴⁹

Besarnya biaya dalam sengketa (*high cost of litigation*) di WTO membuat pemerintah memperhatikan dengan sungguh-sungguh keberadaan *law firm* yang dilibatkan dalam penanganan sengketa. Dalam sengketa *Sugar case* dengan Uni Eropa (UE), pemerintah Thailand menggunakan jasa *Advisory Centre on WTO Law (ACWL)*, dimana Thailand termasuk anggota pendiri (*founding members*).¹²⁵⁰ Thailand lebih mempercayakan penanganan sengketa kepada *ACWL* daripada konsultan hukum swasta (*private law firm*) yang dipilih oleh industri gula (*sugar industry*) dalam negeri. *ACWL* secara bergandengan tangan bekerja sama dengan *private law firm* dalam membahas semua hal terkait dengan kasus yang dihadapi.¹²⁵¹ Dengan menggunakan jasa *ACWL*, pemerintah hanya membayar setengah dari biaya yang harus dikeluarkan, atau bahkan membayar sepertiga dari biaya yang dibebankan oleh *private law firm*.¹²⁵² Hal ini mengingat biaya litigasi (*litigation cost*) menggunakan *private lawyers* umumnya sangat mahal yang dapat mencapai ratusan ribu dolar.¹²⁵³

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ Sebagai contoh, kantor pengacara Amerika Serikat, Powell, Goldstein, Frazer & Murphy, berbasis di Atlanta, Georgia, yang memberikan *legal service* penyelesaian sengketa WTO di Jenewa mengenakan biaya US\$ 250.000 per satu sengketa. Keisuke Lida, *Is WTO Dispute*

f. Penyusunan Argumentasi

Dalam penyusunan argumentasi, penyusunan dilakukan secara bersama-sama antara *in-hous lawyer* dari *Department of Trade Negotiation, Ministry of Commerce*, dengan *private law firm*.¹²⁵⁴ Argumentasi disusun dalam tahap demi tahap yang berbeda (*stage by stage*), baik pada tingkat panel maupun banding.¹²⁵⁵ Argumentasi dan analisis disusun dengan memasukkan berbagai data dan informasi terkait yang relevan. Tidak saja berkaitan dengan aspek hukum, tetapi juga data dan laporan ekonomi dari lembaga-lembaga riset.¹²⁵⁶ Dalam kasus *Sugar case*, *Ministry of Commerce* menggunakan data dari lembaga riset seperti Oxfam dan *Netherland Economic Institute* (NEI) dari Belanda, serta Datagro dari Brazil.¹²⁵⁷ Data dan kajian ekonomi (*economic assessment*) digunakan sebagai bahan untuk mendukung analisis hukum (*legal analysis*).¹²⁵⁸

g. Implementasi Pasca Putusan

Sengketa dagang antara Thailand dan Filipina, DS371: “*Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*”, yang keduanya merupakan negara anggota ASEAN, merupakan kasus penting dan menarik yang perlu dicermati. Kasus ini dapat menjadi pelajaran dan referensi untuk melihat sejauh mana komitmen salah satu pihak dalam menyelesaikan

Settlement Effective?, dalam Paul F. Diehl (eds) *The Politics of Global Governance, International Organization in an Interdependent World*, Lynne Rienner Publisher, Inc, Boulder London, 3rd Edition, USA, 2005, hlm. 328.

¹²⁵⁴ *Op. Cit*, hlm. 219

¹²⁵⁵ *Ibid*, hlm. 217.

¹²⁵⁶ *Ibid*, hlm. 219.

¹²⁵⁷ *Ibid*, hlm. 218-219.

¹²⁵⁸ *Ibid*, hlm. 219.

sengketa di WTO, dan sebaliknya apabila kasus serupa terjadi dalam konteks ASEAN.

Kasus berawal dari permintaan Filipina melakukan konsultasi dengan Thailand pada 7 Februari 2008, berkaitan dengan sejumlah langkah fiskal dan kepabeanan Thailand yang berdampak terhadap produk rokok dari Filipina.¹²⁵⁹ Langkah tersebut mencakup praktik penilaian cukai (*customs valuation practices*), pajak pungutan (*excise tax*), pajak kesehatan (*health tax*), *TV tax*, rejim pajak nilai tambah (*VAT regime*), persyaratan izin retail (*retail licensing requirement*) dan jaminan impor (*import guarantees*) yang dikenakan terhadap importir rokok (*cigarettes importers*).¹²⁶⁰ Filipina menyatakan bahwa Thailand mengatur langkah-langkah tersebut secara parsial dan dengan cara yang kurang beralasan (*unreasonable manner*), dengan demikian melanggar Article X:3(a) GATT 1994¹²⁶¹ tentang *Publication and Administration of Trade Regulations*. Ketentuan dalam Article X:3(a) menyatakan, bahwa “*Each contracting party shall administer in a uniform, impartial and reasonable manner all its law, regulations, decision and rulings of the described in paragraph 1 of this Article*”. Filipina juga mengklaim bahwa Thailand bertindak tidak konsisten dengan berbagai ketentuan dari *Customs Valuation Agreement* (CVA) dan *interpretative notes* ketentuan tersebut, serta paragraf 1 dan 2 dari *General Introductory Commentary*; termasuk ketentuan-ketentuan lain dari Article II dan VII dari GATT 1994.¹²⁶² Article II

¹²⁵⁹ DS371: *Thailand – Customs and Fiscals Measures on Cigarettes from the Philippines*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds371_e.htm, [diakses tanggal 06/01/2018, pukul 22.50], hlm 2.

¹²⁶⁰ Ibid.

¹²⁶¹ Ibid.

¹²⁶² Ibid.

mengatur mengenai *Schedules of Concessions*, dan Article VII tentang *Valuation for Customs Purposes*.

Pada 15 Juli 2011, DSB menerima (*adopted*) *Appellate Body Report* dan *panel report*.¹²⁶³ Panel merekomendasikan Thailand membawa langkah yang tidak konsisten agar bersesuaian dengan kewajiban dalam GATT 1994 dan *WTO Agreement*.¹²⁶⁴ Pada 11 Agustus 2011, Thailand menginformasikan kepada DSB keinginan akan mengimplementasikan *recommendations and rulings* DSB dan memerlukan waktu yang layak (*reasonable period of time*) selama 15 bulan sampai dengan 15 Oktober 2012.¹²⁶⁵ Akan tetapi setelah melewati batas waktu implementasi, Filipina menilai Thailand belum melaksanakan *recommendations and rulings*.¹²⁶⁶ Pada 29 Juni 2016, Filipina mengajukan permintaan untuk membentuk *compliance panel* sebagai langkah lanjut untuk implementasi.¹²⁶⁷ Pada 15 Mei 2017, *Chair of the compliance* menginformasikan DSB bahwa *final report* akan dikeluarkan pada kuartal pertama 2018.¹²⁶⁸

Kasus tersebut menunjukkan, ternyata dalam konteks WTO, penyelesaian sengketa antar sesama anggota ASEAN tidak berjalan dengan mulus dan bukan merupakan hal yang mudah. Hampir 10 (sepuluh tahun) proses berlangsung, kedua pihak masih belum dapat menyelesaikan dengan tuntas. Masing-masing pihak merasa keberatan dengan capaian dan tahapan penyelesaian yang dilakukan. Satu pihak menyatakan telah melaksanakan putusan, pihak yang lain menilai belum melakukan. Dua negara anggota bersengketa menggunakan institusi di luar

¹²⁶³ Ibid, hlm 5.

¹²⁶⁴ Ibid, hlm 2

¹²⁶⁵ Ibid, hlm 5.

¹²⁶⁶ Ibid.

¹²⁶⁷ Ibid.

¹²⁶⁸ Ibid, hlm 6.

ASEAN, tampak tidak menjamin bahwa penyelesaian sengketa dapat berjalan dengan mulus. Apakah penyelesaian yang berlangsung begitu lama menunjukkan tidak dihormatinya prinsip itikad baik (*principle of good faith*) sehingga salah satu pihak tidak dengan sepenuh hati menjalankan putusan.

Sengketa Filipina dan Thailand dapat menjadi bahan kontemplasi tentang keberadaan penyelesaian sengketa di lingkungan sendiri, bagaimana apabila kasus serupa terjadi di ASEAN, memakan waktu lama dan biaya yang tidak sedikit? Apakah kasus seperti ini bermanfaat bagi ASEAN? Apakah ASEAN mampu menyelesaikan kasus sejenis, atau dengan kata lain, kasus seperti itu tidak akan terjadi di ASEAN, karena masing-masing pihak akan lebih mematuhi (*compliance*) dan akan menjaga semangat kohesivitas serta sportivitas.

h. Analisis

1) Teori Penyelesaian Sengketa

Sebagai bagian dari masyarakat internasional (*international community*), Thailand tidak dapat mengabaikan diri dari praktik penyelesaian sengketa yang berlaku dalam hukum internasional. Sesuai teori yang terdapat dalam hukum internasional, Thailand akan menggunakan metode penyelesaian yang diakui dan digunakan dalam sengketa antar negara. Tidak terkecuali dalam penyelesaian sengketa dagang, Thailand menggunakan penyelesaian yang disediakan oleh WTO. Dalam penyelesaian sengketa dagang, salah satu pendekatan digunakan adalah penyelesaian melalui *judicial settlement*. Penyelesaian secara hukum dipandang merupakan metode terkini yang digunakan setelah terbentuknya WTO pada dekade akhir abad ke-20.

Sebagai anggota WTO, penggunaan metode penyelesaian yang disediakan merupakan suatu kenyataan dan menjadi suatu kebutuhan pada saat negara menghadapi sengketa. Penyelesaian yang baik dan damai (*amicable solution*) seperti yang dikenal dalam teori penyelesaian sengketa sangat diperlukan dalam memecahkan sengketa apabila negara dihadapkan dengan sengketa dalam hubungan ekonomi dan perdagangan dengan negara lain, termasuk apabila menghadapi sengketa dengan sesama negara anggota ASEAN dalam kerangka FTA/RTA.

2) Teori Pilihan Rasional

Dalam sengketa dengan Filipina pada kasus DS371: “*Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*”, walaupun kedua pihak merupakan negara pendiri ASEAN dan terikat dengan perjanjian perdagangan bebas ASEAN (AFTA), penggunaan forum WTO untuk menyelesaikan sengketa rokok menunjukkan, bahwa Thailand mengikuti kemauan Filipina dan tidak memilih penyelesaian sengketa hukum (*legal dispute*) melalui forum ASEAN. Thailand tidak dapat menggiring Filipina untuk memprioritaskan dan memanfaatkan mekanisme internal yang telah disediakan ASEAN melalui Protokol Penyelesaian Sengketa atau Protokol EDSM 2004. Thailand lebih memilih dan mengutamakan menggunakan jalur penyelesaian melalui lembaga multilateral WTO. Thailand secara faktual dan rasional menetapkan pilihan penyelesaian melalui WTO. Rasionalitas ini jika ditelusuri tidak terlepas dari kenyataan, bahwa mekanisme dalam ASEAN belum dapat dioperasionalkan sebagaimana mestinya. Tuntutan kebutuhan untuk menyelesaikan sengketa melalui WTO dengan gugatan

yang secara sadar diajukan Filipina, membuat Thailand harus mengikuti seluruh proses penyelesaian yang diatur dalam ketentuan DSU WTO.

Dalam perspektif ASEAN, rasionalitas tersebut ditopang dengan adanya klausul “*electa una via*” yang terdapat dalam Protokol EDSM. Ketentuan ini secara eksplisit terdapat dalam Article 1.3 Protokol yang menyatakan, bahwa “*The provisions of this Protocol are without prejudice to the rights of Member States to seek recourse to other fora for the settlement of dispute involving other Member States*”. Pasal tersebut menegaskan bahwa negara-negara anggota memiliki hak (*rights*) untuk mencari cara penyelesaian melalui forum lain untuk menyelesaikan sengketa dengan negara anggota yang lain. Sebagai hak, maka negara anggota dapat menentukan pilihan secara bebas dan rasional untuk menyelesaikan sengketa berdasarkan pertimbangan ekonomi, politik dan hukum masing-masing negara. Sengketa yang dihadapi Thailand dengan Filipina itu menunjukkan relevansi teori pilihan rasional dalam pemilihan forum penyelesaian sengketa dagang.

3) Teori Kepatuhan

Dalam kasus DS371: “*Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*”, menunjukkan kurangnya kepatuhan (*compliance*) Thailand sebagai tergugat untuk melaksanakan putusan banding *Appellate Body*. Sengketa ini merupakan salah satu kasus yang paling lama memakan waktu sejak pertama kali diajukan tahun 2008. Hingga sekarang, setelah melewati waktu 10 tahun, Thailand dipandang Filipina belum sepenuhnya (*not fully comply*) melaksanakan putusan WTO.

3. Australia

a. Partisipasi Dalam FTA/RTA dan Sengketa Dagang

Australia merupakan negara yang maju dan terkemuka dalam perdagangan dunia (*major trading nation*), Hal ini dapat dilihat dari partisipasi aktif dan kontribusi Australia dalam berbagai forum perundingan dan diplomasi perdagangan, baik tingkat regional maupun global. Untuk meningkatkan akses pasar dan mendorong perdagangan, Australia mengajukan inisiatif kerja sama melalui pembentukan perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement/FTA*) atau *regional trade agreement* (RTA). Australia menandatangani FTA baik secara bilateral maupun dengan kelompok negara-negara (*group of countries*). Hingga sekarang Australia telah menandatangani tidak kurang dari 10 FTA/RTA. FTA pertama dan paling awal adalah dengan New Zealand yang dikenal dengan *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement* (ANZCERTA).¹²⁶⁹ FTA ini merupakan cikal bakal diplomasi perdagangan Australia dengan negara lain pada tahun 2000-an.

Pada tahun 2003 Australia menandatangani FTA dengan Singapura,¹²⁷⁰ kemudian dengan Amerika Serikat (2005),¹²⁷¹ Thailand (2005),¹²⁷² Chile (2009),¹²⁷³ Malaysia (2013),¹²⁷⁴ Korea (2014),¹²⁷⁵ Jepang (2015),¹²⁷⁶ China

¹²⁶⁹ *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement* (ANZCERTA) berlaku efektif sejak 1 Januari 1983.

¹²⁷⁰ Australia-Singapore FTA berlaku efektif 28 Juli 2003.

¹²⁷¹ Australia-US FTA (AUSFTA) mulai berlaku efektif 1 Januari 2005.

¹²⁷² Thailand-Australia FTA (TAFTA) berlaku efektif 1 Januari 2005.

¹²⁷³ Australia-Chile FTA (ACIFTA) berlaku efektif 6 Maret 2009.

¹²⁷⁴ Malaysia-Australia FTA (MAFTA) berlaku efektif 1 Januari 2013.

¹²⁷⁵ Korea-Australia FTA (KAFTA) berlaku efektif 12 Desember 2014.

¹²⁷⁶ Japan-Australia FTA (JAEPA) berlaku efektif 15 Januari 2015.

(2015),¹²⁷⁷ dan Indonesia (2019).¹²⁷⁸ Semua kesepakatan FTA tersebut merupakan FTA bilateral. Sedangkan FTA yang melibatkan kelompok negara-negara adalah dengan ASEAN.¹²⁷⁹ FTA dengan ASEAN merupakan kesepakatan yang unik, mengingat pemberlakuan secara efektif disesuaikan dengan kesiapan masing-masing dari 10 negara anggota ASEAN (*individual countries*).

FTA lain yang telah melalui tahapan perundingan dan belum berlaku mencakup tiga perjanjian, yaitu Australia-Hong Kong,¹²⁸⁰ TPP-11,¹²⁸¹ dan Peru-Australia.¹²⁸² Status FTA dengan Hong Kong dinyatakan sebagai kesepakatan yang telah selesai dalam pembahasan dan perundingan (*announced conclusion*), akan tetapi belum ditandatangani secara resmi oleh kedua negara.

Dalam hal sengketa dagang, Australia merupakan negara yang aktif sebagai penggugat (*complainant*) dan tergugat (*respondent*) dan pihak ketiga (*third party*) di WTO. Sebagai penggugat Australia telah mengajukan sebanyak 8 (delapan) gugatan, 16 kali sebagai tergugat dan 105 kali sebagai pihak ketiga.¹²⁸³ Sengketa dagang dengan negara pihak (*contracting party*) sebagai mitra langsung dalam FTA adalah Amerika Serikat,¹²⁸⁴ Korea¹²⁸⁵ dan New Zealand.¹²⁸⁶ Dalam

¹²⁷⁷ China-Australia FTA (ChAFTA) berlaku efektif 20 Desember 2015

¹²⁷⁸ Indonesia-Australia *Comprehensive Economic Partnership Agreement* atau IA-CEPA ditandatangani di Jakarta, 4 Maret 2019.

¹²⁷⁹ Australia-ASEAN-New Zealand FTA (AANZFTA) berlaku efektif untuk 8 negara mulai 10 Januari 2010. Sementara dengan 4 negara lain, yaitu Thailand: 12 Maret 2010; Laos: 1 Januari 2011; Kamboja: 4 Januari 2011; dan Indonesia: 14 Januari 2012.

¹²⁸⁰ FTA dengan Hong Kong dinyatakan selesai pembahasan dan perundingan 15 November 2018.

¹²⁸¹ TPP-11 atau CPTPP adalah kesepakatan RTA yang melibatkan 11 negara ditandatangani 8 Maret 2018 di Santiago, Chile.

¹²⁸² Peru-Australia FTA (PAFTA) ditandatangani 12 Februari 2018.

¹²⁸³ Disputes by member https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, 15 Desember 2018 [Pk1 17.30]

¹²⁸⁴ Sengketa dengan Amerika Serikat adalah DS 21, DS 57, DS 106, DS 126, DS 178, dan DS 217.

¹²⁸⁵ Sengketa dengan Korea terkait dengan DS 169,

sengketa dengan Amerika Serikat, terdapat dua gugatan yang diajukan Australia sebagai penggugat, yaitu DS 178: *United States-Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia* dan DS 217: *United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*. Sedangkan sebagai tergugat mencakup empat kasus, yaitu DS 21, DS 57, DS 106, dan DS 126. Sengketa dengan Indonesia sebagai penandatanganan *group of countries* dari ASEAN-Australia-New Zealand FTA adalah DS467: “*Australia-Certain Measures concerning Trademarks, Geographical Indications and other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*” yang biasa disebut juga dengan kasus *Tobacco Plain Packaging* atau Kemasan Rokok Polos.¹²⁸⁷

b. Pengambilan Keputusan untuk Menentukan Partisipasi dalam Sengketa Dagang

Australia memiliki struktur organisasi pemerintahan yang unik, dimana perdagangan dan luar negeri berada dalam satu kementerian, yaitu Departemen Luar Negeri dan Perdagangan atau *Department of Foreign Affairs and Trade* (DFAT). Sesuai dengan perubahan nomenklatur kabinet pemerintahan, kementerian urusan perdagangan berada di bawah *Minister for Trade, Tourism and Investment*. Dalam hal keputusan untuk partisipasi, Menteri Perdagangan (*Minister of Trade*) akan menentukan melalui konsultasi terlebih dahulu dengan

¹²⁸⁶ Sengketa dengan New Zealand untuk kasus DS 367.

¹²⁸⁷ Christophorus Baruru, *Seni Bersengketa di WTO* (Diplomasi dan Pendekatan Mekanisme Penyelesaian Sengketa WTO dilengkapi dengan Contoh dan Analisis Beberapa Kasus Sengketa antara Indonesia dengan Beberapa Mitra Dagang Anggota WTO), Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015, hlm xvi.

Attorney-General's Department (AGD) dan institusi relevan lainnya sesuai dengan langkah-langkah dan isu utama sengketa (*subject matter of the dispute*).¹²⁸⁸ Sebagai gambaran, jika sengketa berkaitan dengan masalah pertanian, Kementerian Pertanian, Kehutanan dan Perikanan atau *Department of Agriculture, Forests and Fisheries* (DAFF) yang mengetahui dan memiliki kepentingan substansial (*substantial interest*) ikut menentukan apakah Australia akan memprakarsai (*initiate*) atau berpartisipasi dalam sengketa WTO.¹²⁸⁹ DAFF merupakan kementerian yang penting dan strategis Australia, mengingat Australia merupakan negara pertanian (*agriculture country*) yang memiliki keunggulan di sektor pertanian dan mengekspor produk-produk pertanian ke berbagai negara di dunia. Secara keseluruhan *Minister of Trade* memegang tanggung jawab (*overall responsibility*) sepenuhnya untuk partisipasi Australia dalam sengketa di WTO.¹²⁹⁰ Keputusan untuk melancarkan aksi sengketa (*dispute action*) dilakukan dengan pertimbangan yang sangat matang (*significant consideration*), termasuk identifikasi dan konsultasi dengan para pemangku kepentingan (*stakeholders*) serta koordinasi pendekatan dari seluruh institusi pemerintah.¹²⁹¹ Sebagai contoh dalam sengketa *US - Lamb Safeguard*¹²⁹² dan *Korea - Beef*¹²⁹³, pemerintah Australia melibatkan *private sector*, asosiasi bisnis *Meat & Livestock Australia*

¹²⁸⁸ Amanda Gorely, Managing WTO Dispute, dalam *Ten Years of WTO Dispute Settlement, Australian Perspectives*, Commonwealth of Australia, Canberra, 2006, hlm. 29. Informasi yang sama juga diperoleh dari jawaban atas daftar pertanyaan yang disampaikan kepada pejabat *Department of Foreign Affairs and Trade* (DFAT), Deciana Speckmann, Investment and Economic Division (IED), DFAT, Australia, 23 Maret 2017.

¹²⁸⁹ *Ibid*, hlm 29.

¹²⁹⁰ *Ibid*.

¹²⁹¹ *Ibid*.

¹²⁹² *Ibid*, hlm 30. *United States - Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia* (WT/DS/178).

¹²⁹³ *Ibid*, hlm 30. *Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* (WT/DS/169).

yang terlibat dalam riset, analisis materi faktual dan memasukkannya menjadi *legal cases*.¹²⁹⁴ Sektor swasta yang memiliki keahlian (*expertise*) dapat memberikan kontribusi berdasarkan keahlian yang relevan dalam sengketa yang dihadapi.¹²⁹⁵ Pandangan *stakeholders* dalam negeri penting, mengingat Australia tidak akan mengajukan suatu sengketa WTO, kecuali mendapatkan dukungan yang kuat (*strong support*) dari industri terkait.¹²⁹⁶

c. Instansi Yang Memimpin

Sebagai kementerian yang menangani perdagangan, DFAT merupakan lembaga yang memimpin (*lead agency*) dalam penanganan sengketa (*management of dispute*) untuk partisipasi Australia di WTO.¹²⁹⁷ Dalam memimpin proses penyelesaian sengketa, DFAT melakukan koordinasi dan melibatkan secara luas institusi pemerintah maupun individu atau organisasi yang relevan dalam kasus yang dihadapi.¹²⁹⁸ Partisipasi di WTO bersifat terbuka (*open*) bagi setiap individu atau asosiasi bisnis untuk menyampaikan masalah yang menjadi keprihatinan (*matter of concern*) untuk mendapatkan perhatian dari *Minister* atau DFAT.¹²⁹⁹ Setiap individu atau organisasi dapat menyampaikan *concern* melalui saluran komunikasi seperti email, telepon dan faksimil kepada *WTO Trade Law Branch* DFAT yang kemudian ditampilkan (*publish*) di website DFAT.¹³⁰⁰ Pada tingkat operasional, partisipasi dalam sengketa WTO dijalankan oleh unit *WTO Trade*

¹²⁹⁴ *Ibid*, hlm 30.

¹²⁹⁵ *Ibid*.

¹²⁹⁶ *Ibid*.

¹²⁹⁷ Informasi dari Deciana Speckmann.

¹²⁹⁸ *Ibid*, hlm 29.

¹²⁹⁹ *Ibid*.

¹³⁰⁰ *Ibid*.

Law Branch yang berada di bawah *Office of Trade Negotiation* (OTN).¹³⁰¹ Untuk koordinasi aktivitas sengketa di lapangan dengan Markas Besar WTO di Jenewa dilakukan oleh Perwakilan Tetap untuk WTO (*Permanent Mission to the WTO*).¹³⁰² Sementara institusi yang bertanggung jawab dalam hal kebijakan (*policy*) dan pelaksanaan legislasi di bawah instansi sektoral. Sebagai contoh dalam sengketa *Australia's Tobacco Plain Packaging*,¹³⁰³ Kementerian Kesehatan (*Department of Health*) berperan sebagai *lead agency* dalam pembuatan kebijakan dan implementasi legislasi, mengingat isu rokok tanpa kemasan berkaitan dengan masalah kesehatan.¹³⁰⁴

d. Penunjukan Pengacara

Dalam menangani sengketa di WTO, Australia menggunakan pengacara sendiri dari DFAT bersama-sama dengan *lawyers* dari *Attorney-General's Department*.¹³⁰⁵ Dengan menggunakan *lawyers* sendiri, Australia tidak perlu mengeluarkan biaya yang besar untuk mencari *private lawyers*. Pengacara dari DFAT dan AGD akan membela seluruh kasus (*defend cases*) yang dihadapi di WTO. Pelibatan pengacara secara mandiri dapat dilakukan, karena sebagai negara maju Australia memiliki keahlian hukum (*legal expertise*) yang cukup dalam hukum WTO (*WTO law*). Sistem hukum WTO yang hampir sama dengan tradisi sistem hukum *common law*, *stare decisis* dan bahasa hukum yang sama, merupakan faktor yang memudahkan Australia untuk beradaptasi dengan

¹³⁰¹ *Ibid*, hlm 29.

¹³⁰² *Ibid*.

¹³⁰³ *Australia – Certain Measures Concerning Trademark, and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging* (WT/DS/434)

¹³⁰⁴ Informasi dari Deciana Speckmann

¹³⁰⁵ *Ibid*, Deciana Speckmann.

multilateral trade legal system. Kemandirian dengan menggunakan pengacara sendiri (*in house lawyer*) dari institusi pemerintah dengan sendirinya menjadi keunggulan, memberikan manfaat besar dan nilai tambah bagi Australia dalam menghadapi berbagai sengketa. Dari segi finansial Australia tidak perlu mengeluarkan biaya dan anggaran khusus untuk mencari dan menggunakan pengacara. Dalam bersengketa dengan sendirinya Australia tidak akan menghadapi tantangan atau hambatan biaya (*financial constraint*) untuk menghadapi sengketa, baik dengan negara maju maupun negara berkembang. Keunggulan ini dengan sendirinya berbeda dengan kebanyakan negara berkembang yang harus mempertimbangkan biaya yang harus dikeluarkan untuk merekrut pengacara swasta (*private lawyers*).

e. **Pembiayaan dalam Penyelesaian Sengketa**

Dalam kaitan dengan pembiayaan penyelesaian sengketa, badan/lembaga pemerintah terkait (*relevant agency*) dengan sengketa bertanggung jawab dalam memberikan dukungan pembiayaan.¹³⁰⁶ Dengan pembiayaan secara sektoral oleh kementerian tertentu, DFAT dan *Minister of Trade* tidak akan terbebani dengan anggaran yang perlu disediakan. DFAT dan unit di dalamnya seperti *WTO Trade Law Branch* serta OTN akan berkonsentrasi penuh dalam penanganan penyelesaian sengketa. Kemampuan pembiayaan dalam sengketa merupakan faktor penting yang tidak dapat diabaikan. Sebagai negara maju dan memiliki kemampuan finansial dalam menjalankan roda pemerintahan, kenyataan ini akan

¹³⁰⁶ Ibid, Deciana Speckmann.

mempermudah koordinasi lintas kementerian dalam mengelola dan mengikuti seluruh proses penyelesaian sengketa dalam waktu yang lama.

f. Penyusunan Argumentasi

Dengan menggunakan *in-house lawyers* sebagai pengacara, penyusunan argumentasi hukum (*legal argument*) dilakukan oleh pengacara dari *World Trade Law Branch* DFAT dan AGD.¹³⁰⁷ Hal ini akan memudahkan pengacara dalam menyusun argumentasi, karena semua dilakukan *in-house lawyers* dari institusi pemerintah. Apabila pemerintah telah menetapkan untuk mengajukan sengketa, proses akan dilakukan secara intensif dengan konsultasi lebih lanjut untuk menyiapkan legal argument.¹³⁰⁸ Data ekonomi dan perdagangan, material faktual dan analisis hukum disusun sebagai *legal argument* untuk *draft submission* pada *dispute settlement panel* sebelum mengajukan permintaan konsultasi (*consultation*) penyelesaian sengketa.¹³⁰⁹ *Legal argument* juga disiapkan jika sengketa diajukan pada proses tingkat banding di *Appellate Body*.

g. Implementasi Pasca Putusan

Dalam hal implementasi pasca putusan, Australia memiliki komitmen untuk melaksanakan *recommendations and rulings* panel dan *Appellate Body*. Akan tetapi terdapat variasi sikap Australia dalam mengimplementasikan putusan. Terdapat kasus tertentu Australia begitu responsif melaksanakan putusan dengan

¹³⁰⁷ *Op. Cit*, hlm 31.

¹³⁰⁸ *Ibid*, hlm 31.

¹³⁰⁹ *Ibid*.

cepat. Ada pula kasus lain implementasi putusan tidak diimplementasikan sesuai periode waktu yang ditentukan.

Dalam sengketa DS367 *Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, implementasi putusan tidak bersesuaian dengan putusan yang telah ditetapkan. Sengketa bermula dari tindakan Australia yang membatasi impor produk buah Apel dari New Zealand Zealand. Australia memandang bahwa apel New Zealand memiliki risiko jika memasuki Australia, karena diduga mengandung tiga jenis bakteri yang membahayakan bagi manusia, yaitu *fire blight bacterium* (*Erwinia amylovora*), jamur *European canker* (*Neonectria galigena*) dan *apple leafcurling midge* (“ALCM”) (*Desineura mali*). Sebaliknya New Zealand menilai Australia melakukan pelanggaran ketentuan Perjanjian Sanitary and Phytosanitary (*SPS Agreement*).

DSB menerima (*adopted*) putusan Appellate Body pada 17 Desember 2010, namun Australia meminta *reasonable period of time* selama 8 (delapan) bulan untuk implementasi putusan hingga 17 Agustus 2011. Panel dan *Appellate Body* menyatakan, bahwa langkah Australia membatasi produk apel New Zealand tidak didukung dengan dasar ilmu pengetahuan yang cukup. Dengan putusan tersebut, Australia memutuskan untuk melakukan peninjauan kembali (*review*) kebijakan karantina yang ada (*existing quarantine policy*) terhadap tiga hama yang menjadi dasar sengketa, *fire blight*, *European canker* dan *apple leaf curling midge*. Review dilakukan melalui tindakan “*non-regulated analysis of existing policy*”. Tindakan analisis ini dilakukan seperti halnya dengan “*import risk analysis*” (IRA) sesuai panduan dalam *Import Risk Analysis Handbook 2011*. Setelah melakukan review, *Department of Agriculture, Fisheries and Forestry*

(DAFF) menyimpulkan, tidak terdapat bukti yang mendukung hipotesis bahwa *fire blight* dapat berpindah dari apel yang matang (*mature apples*) atau dari sisa apel (*apple waste*) dari buah yang matang (*mature fruit*) untuk berkembang di Australia. Bukti tersebut menunjukkan bahwa Australia menerapkan tindakan yang tidak sesuai dengan kewajiban di bawah *SPS Agreement*. Setelah selesai tindakan review, pada 17 Agustus 2011 sebagai tenggat waktu, Australia mulai mengeluarkan izin impor untuk apel dari New Zealand. Pada 19 Agustus 2011, impor apel dari New Zealand mulai memasuki Australia. Dengan langkah tersebut Australia menyampaikan kepada WTO, bahwa Australia telah sepenuhnya mengimplementasikan *recommendations and rulings* yang diputuskan WTO.

Namun, tidak lama setelah itu, kurang dari satu bulan, Australia dan New Zealand membuat dan menandatangani kesepakatan bersama “*Understanding between New Zealand and Australia Regarding Procedures under Article 21 dan 22 of the DSU*” melalui Wakil Tetap untuk WTO (*Permanent Representative to the WTO*), yang ditandatangani oleh Ambassador John Adank mewakili Australia dan Ambassador Tim Yeend mewakili New Zealand. Melalui “kesepahaman” (*Understanding*) tersebut, kedua pihak sepakat akan menerapkan prosedur secara eksklusif (*exclusive procedures*) untuk memfasilitasi penyelesaian sengketa di kemudian hari dan mengurangi (*reduce*) ruang lingkup prosedur sengketa.

Dalam sengketa DS18 *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, Australia memiliki sikap yang berbeda dalam implementasi *recommendations and rulings*. Kasus berawal dari permintaan Canada melakukan konsultasi kepada Australia pada 5 Oktober 1995, karena adanya pelarangan impor ikan Salmon dari Canada yang didasarkan pada regulasi karantina. Canada

menilai larangan tersebut bertentangan dengan Article XI¹³¹⁰ dan XIII¹³¹¹ dari GATT 1994, serta ketentuan dalam Perjanjian *Sanitary and Phytosanitary (SPS Agreement)*. Pada 7 Maret 1997, Canada meminta pembentukan panel kepada DSB. Satu tahun kemudian, 12 Juni 1998, panel mensirkulasikan *report* kepada anggota WTO. Dari laporan, panel menemukan bahwa Australia bertentangan dengan Article 2.2, 2.3, 5.1, 5.5, dan 5.6 *SPS Agreement*, serta merugikan Canada di bawah *SPS Agreement*. Australia kemudian mengajukan banding. Laporan *Appellate Body* disirkulasi pada 20 Oktober 1998. Dari laporan, *Appellate Body* kembali menemukan bahwa Australia bertindak bertentangan dengan Article 5.1 dan 2.2 dari *SPS Agreement*. Selain itu, *Appellate Body* juga memperluas temuan panel bahwa Australia bertindak tidak sesuai dengan Article 5.5 dan 2.3 *SPS Agreement*.

Dalam perkembangan selanjutnya tampak Australia tidak sepenuhnya mengimplementasikan putusan *Appellate Body*. Hal ini mendorong Canada mengajukan pembentukan *compliance panel*. Pada 18 Februari 2000, laporan *compliance panel* disirkulasi kepada anggota DSB. *Compliance panel* menyatakan bahwa Australia “gagal mengambil langkah yang bersesuaian” dengan *SPS Agreement* seperti tercantum dalam Article 22.6 DSU. *Compliance panel* juga menemukan bahwa Australia melanggar Article 5.1 dan 2.2 *SPS Agreement*. DSB menerima (*adopted*) laporan *compliance panel* pada 20 Maret 2000. Dengan tidak terealisasi implementasi, Canada sebelumnya, pada 15 Juli 1999, telah mengajukan permintaan otorisasi dari DSB, sesuai Article 22.1 DSU,

¹³¹⁰ Article XI mengatur tentang *General Elimination of Quantitative Restrictions*.

¹³¹¹ Article XIII mengatur mengenai *Non-Discriminatory Administration of Quantitative Restrictions*.

agar dapat melakukan penangguhan konsesi (*suspension of concessions*) kepada Australia karena ketidakpatuhan (*compliance*) terhadap rekomendasi DSB. Namun, Australia menyatakan keberatan (*objection*) atas permintaan Canada untuk melakukan *suspension of concession*.

Setelah melalui proses yang panjang, pada 18 Mei 2000, Canada mengumumkan telah mencapai kesepakatan dengan Australia untuk menyelesaikan sengketa terkait ketentuan karantina impor memasukkan salmon ke Australia. Kedua pihak melakukan pertukaran surat (*exchange of letters*) yang mulai berlaku efektif 1 Juni 2000. Canada menyatakan akan memonitor dari dekat komitmen Australia untuk mengimplementasikan kesepakatan tersebut terhitung sejak 1 Juni 2000. Menteri Perdagangan Australia Mark Vaile menyatakan, bahwa kesepakatan penyelesaian dengan Canada pada akhirnya menyelamatkan Australia dari kemungkinan langkah pembalasan (*retaliation*) yang dapat dilakukan Canada terhadap produk ekspor Australia yang diekspor ke Canada,¹³¹² jika Australia tidak mencapai kesepakatan dan *compliance* terhadap putusan *Appellate Body*.

h. Analisis

1) Teori Penyelesaian Sengketa

Australia merupakan negara yang maju dalam perdagangan internasional. Ini dapat dilihat dari partisipasi Australia dalam diplomasi perdagangan dan perundingan perjanjian FTA/RTA pada tingkat bilateral, regional maupun

¹³¹² Press Release Menteri Perdagangan Australia Mark Vaile, 17 Mei 2000, <http://dfat.gov.au/international-relations/international-organisations/wto/wto-dispute-settlement/pages/australia-measures-affecting-importation-of-salmon-wt-ds18.aspx>, 10012018, [diakses tanggal 12 Januari 2018, pukul 21.45].

multilateral. Sebagai negara yang menganut sistem hukum *common law* dari tradisi Inggris, Australia tidak mengalami kesulitan dalam mengadopsi sistem penyelesaian sengketa internasional, termasuk penyelesaian sengketa dagang dalam kerangka WTO.

Sebagai negara yang memiliki pengalaman panjang dalam penerapan hukum internasional, Australia menerapkan metode penyelesaian sengketa sesuai dengan teori penyelesaian sengketa yang terdapat dalam hukum internasional. Australia menerima penggunaan penyelesaian sengketa secara hukum atau *judicial settlement* sebagai metode penyelesaian sengketa dagang. Praktik ini tampak dari keikutsertaan Australia dalam berbagai sengketa di WTO, sebagai penggugat maupun tergugat. Penyelesaian sengketa WTO yang menyerupai sistem *common law* dengan pembuatan putusan melalui *stare decisis* dan yurisprudensi, memberikan keuntungan bagi Australia, yang sehari-hari telah menerapkan praktik tersebut dalam peradilan nasional.

2) Teori Pilihan Rasional

Sebagai negara dengan sistem politik dan demokrasi liberal, Australia selalu bertindak dan membuat kebijakan secara rasional. Prinsip pemikiran yang rasional selalu melekat dan menjadi bagian dari cara pandang dan sikap pemerintahan, tidak terkecuali dalam hal-hal yang berhubungan dengan hukum dan penyelesaian sengketa. Kebijakan dan pemikiran pemerintah praktis tidak terlepas dari dasar pertimbangan yang rasional. Dengan kata lain dapat dikatakan selalu berjalan beriringan dengan pemikiran dalam teori pilihan rasional (*rational choice theory/RCT*).

Rasionalitas pemerintah dalam penentuan keputusan dalam praktik antara lain tampak dari pengambilan kebijakan untuk melakukan banding (*appeal*), penundaan (*delaying*) atau memilih menggunakan pendekatan *mutually agreed solution* (MAS) dalam implementasi putusan. Untuk menjaga kepentingan ekonomi dan bisnis jangka panjang, Australia secara fleksibel dan rasional akan membuat perubahan kebijakan (*policy change*) sesuai dengan tuntutan kebutuhan pemangku kepentingan dalam negeri (*domestic stakeholder*), kondisi yang akan dihadapi di masa mendatang, dan kalkulasi biaya dan keuntungan (*cost and benefit*) yang akan didapat. Penentuan sikap dan perubahan kebijakan yang didasarkan atas pertimbangan yang rasional akan selalu menjadi tuntunan (*guidance*) bagi Australia dalam penyelesaian sengketa baik pada tataran bilateral, regional maupun multilateral. Pertimbangan yang rasional dipandang sebagai cara pandang yang positif (*positive view*) dan bukan didasarkan atas perasaan merasa bersalah (*guilty feeling*) atau ketidakenakan seperti pada kebanyakan negara di Asia. Melakukan perubahan sikap dan kebijakan dinilai sebagai sesuatu yang rasional dan bukan merupakan suatu kesalahan.

3) Teori Kepatuhan

Sebagai masyarakat maju yang selalu berlandaskan hukum, maka kepatuhan terhadap hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan dalam kehidupan masyarakat dan negara. Secara umum dapat diasumsikan, apabila kebiasaan masyarakat menaati hukum terbangun, dengan sendirinya akan tercermin dalam praktik negara dalam hubungan internasional. Namun, pada

kondisi tertentu dalam hubungan antar negara, pandangan dan sikap negara dapat terjadi sebaliknya.

Dalam sengketa DS18: *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon* dengan Canada tampak Australia memiliki sikap yang berbeda dalam implementasi *recommendations and rulings*. Sebagai tergugat, Australia dipandang Canada tidak menunjukkan sikap menaati putusan yang dikeluarkan. Hal ini tercermin dari tindakan Canada yang mengajukan permintaan pembentukan *compliance panel*, pada tahun 1997, sementara putusan telah dikeluarkan, agar Australia mematuhi putusan WTO. Meskipun kedua negara merupakan anggota Negara-negara Persemakmuran (*Commonwealth Countries*) dan memiliki sistem hukum dari tradisi hukum yang sama, *common law system*, namun pengaruh dampak putusan terhadap negara dapat mendorong pemerintah mengambil sikap yang berbeda. Dalam sengketa tersebut Australia baru menerima dan menjalankan putusan melalui kesepakatan *mutually agreed solution* (MAS) pada tahun 2000.

Dalam sengketa dengan New Zealand, DS367: *Australia-Measures Affecting the Importation of Apples from the New Zealand*, Australia juga tidak secara serta merta (*prompt compliance*) menaati putusan yang dikeluarkan. Setelah

Putusan panel dan banding *Appellate Body* yang dikeluarkan tahun 2010, Australia dan New Zealand baru mencapai kesepakatan melalui “*Agreed Procedures*” yang ditandatangani kedua pihak 13 September 2011. Meskipun kedua negara memiliki tradisi hukum *common law system* dan tergabung dalam anggota persemakmuran (*Commonwealth*), namun kenyataan dalam sengketa

tidak selalu sama. Australia selalu mendasarkan pertimbangan atas dasar *cost and benefit* secara ekonomi, tidak menerapkan prinsip *compliance* secara apa adanya dengan segera dan cenderung menunda (*delay*) melalui berbagai pertimbangan dan alasan.

4. Korea Selatan

a. Partisipasi Dalam FTA/RTA dan Sengketa Dagang

Sebagai negara yang termasuk dalam kelompok negara industri baru (*newly industrialized country/NIC*), untuk meningkatkan akses pasar dan ekspor produk-produk industri ke pasar internasional, Korea membuat banyak kesepakatan dan mengikatkan diri dengan berbagai negara dalam FTA. Korea telah menandatangani 15 FTA baik bilateral maupun regional dengan blok ekonomi di kawasan tertentu. Korea mulai menandatangani kesepakatan FTA pada tahun 2000-an, dimulai dengan Korea-Chile (2004),¹³¹³ Korea-Singapore (2006),¹³¹⁴ EFTA (2006),¹³¹⁵ Korea-ASEAN (2007)¹³¹⁶ disusul dengan India (2010)¹³¹⁷ dan kemudian berlanjut pada dekade kedua tahun 2000.

Kesepakatan FTA yang dicapai pada dekade kedua adalah Korea-European Union (2011),¹³¹⁸ Korea-Peru (2011),¹³¹⁹ Korea-US (2012),¹³²⁰ Korea-Turki (2013),¹³²¹ Korea-Australia (2014),¹³²² Korea-China (2015),¹³²³ Korea-New

¹³¹³ Korea-Chile FTA berlaku efektif 1 April 2004.

¹³¹⁴ Korea-Singapore FTA berlaku efektif 2 Maret 2006.

¹³¹⁵ Korea-EFTA berlaku efektif 1 September 2006.

¹³¹⁶ Korea-ASEAN FTA mulai berlaku paling awal adalah Indonesia, 7 Desember 2007.

¹³¹⁷ Korea-India FTA berlaku efektif 1 Januari 2010.

¹³¹⁸ Korea-European Union (EU) berlaku efektif 1 Juli 2011.

¹³¹⁹ Korea-Peru FTA berlaku efektif 1 Agustus 2011.

¹³²⁰ Korea-US FTA (KORUS FTA) berlaku efektif 15 Maret 2012.

¹³²¹ Korea-Turki FTA berlaku efektif 1 Mei 2013.

Zealand (2015),¹³²⁴ Korea-Canada (2015),¹³²⁵ Korea-Colombia (2015)¹³²⁶ dan Korea-Vietnam (2015).¹³²⁷

Dalam kaitan dengan sengketa dagang, Korea merupakan negara yang aktif menggunakan WTO sebagai sarana dalam menyelesaikan masalah perdagangan. Korea terlibat dalam sengketa WTO baik sebagai penggugat (*claimant*), tergugat (*respondent*) maupun pihak ketiga (*third party*). Sebagai penggugat, Korea telah mengajukan sebanyak 20 gugatan, 18 kali sebagai tergugat, dan 122 kali sebagai pihak ketiga.¹³²⁸ Korea juga mengajukan gugatan sengketa dengan mitra dagang yang merupakan negara pihak (*contracting party*) sebagai mitra langsung dari FTA, seperti Amerika Serikat dan European Union. Meskipun Korea memiliki kesepakatan FTA dengan Amerika Serikat dan secara politik merupakan sekutu dekat Amerika Serikat (*US ally*), Korea tidak segan-segan mengajukan gugatan apabila terdapat perselisihan dagang yang dipandang merugikan Korea. Di antara sekian banyak gugatan yang diajukan Korea ke WTO, gugatan terbanyak adalah terhadap Amerika Serikat sebanyak 14 gugatan.¹³²⁹ Demikian pula sebaliknya sebagai *respondent*, Korea banyak menerima gugatan dari Amerika Serikat, yaitu 6 gugatan.¹³³⁰

Sengketa Korea dengan Amerika Serikat menjadi kasus yang menarik, mengingat Korea merupakan mitra dagang utama (*main trading partner*) dan

¹³²² Korea-Australia FTA berlaku efektif 12 Desember 2014.

¹³²³ Korea-China FTA berlaku efektif 20 Desember 2015.

¹³²⁴ Korea-New Zealand FTA berlaku efektif 20 Desember 2015.

¹³²⁵ Korea-Canada FTA berlaku efektif 1 Januari 2015.

¹³²⁶ Korea-Colombia FTA berlaku efektif 15 Juli 2015.

¹³²⁷ Korea-Vietnam FTA berlaku efektif 20 Desember 2015.

¹³²⁸ Disputes member, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, 16 Desember 2018, [Pk. 11.15]

¹³²⁹ DS89, DS99, DS179, DS202, DS217, DS251, DS296, DS402, DS420, DS464, DS488, DS539, DS545, DS546.

¹³³⁰ DS3, DS5, DS41, DS84, DS161, DS163.

negara pihak (*contracting party*) dari Korea-US FTA (KORUS FTA).¹³³¹ Kedua negara memiliki hubungan baik dan saling pengertian yang tinggi, tetapi pada waktu tertentu menjadi pihak dalam sengketa dan mengajukan gugatan kepada WTO. Kasus utama dan menjadi perhatian besar dalam sengketa dagang (*landmark case*) kedua negara antara lain adalah DS161: “*Korea-Measure Affecting Imports of Fresh, Chilled, and Frozen Beef*” yang berkaitan dengan ketentuan impor daging yang diterapkan Korea terhadap produk daging (*beef*) dari Amerika Serikat, dan DS163: “*Korea-Measure Affecting Government Procurement*”, yaitu gugatan Amerika Serikat terhadap Korea berkaitan dengan kebijakan dan regulasi pengadaan barang pemerintah (*government procurement*) dalam pembangunan bandara internasional di Korea. Kasus lain yang menempatkan Korea sebagai penggugat adalah DS 464: “*United States – Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea*”, dimana Korea menggugat pengenaan bea masuk anti-dumping yang dikenakan Amerika Serikat terhadap produk mesin cuci yang diproduksi oleh Korea. Kasus serupa kemudian berkembang dengan penolakan Korea terhadap kebijakan *safeguard* yang diterapkan Amerika Serikat untuk menahan arus masuk produk mesin cuci yang diekspor oleh Korea melalui kasus DS: 546: “*United States-Safeguard Measure on Imports of Large residential washers*”.

b. Pengambilan Keputusan untuk Menentukan Partisipasi dalam Sengketa Dagang

¹³³¹ KORUS FTA berlaku efektif 15 Maret 2012.

Dalam kaitan dengan Korea, insititusi yang memutuskan untuk membawa kasus ke WTO atau tidak adalah Kementerian Perdagangan, Industri dan Energi atau *Ministry of Trade, Industry and Energy* (MTIE).¹³³² Keputusan berpartisipasi dalam sengketa WTO tidak saja dalam kedudukan sebagai penggugat (*complainant*), tetapi juga sebagai tergugat (*respondent*) dan pihak ketiga (*third party*).¹³³³ Pada masa sebelumnya, tahun 2013, posisi sebagai institusi yang memutuskan berada di bawah Kementerian Luar Negeri dan Perdagangan atau *Ministry of Foreign Affairs and Trade* (MFAT).¹³³⁴ Sebelum perubahan struktur kementerian yang baru tersebut, MFAT juga memutuskan untuk mengajukan sengketa ke WTO ataupun berpartisipasi sebagai *third party* dalam kasus yang diajukan negara lain.¹³³⁵

c. Instansi Yang Memimpin

Dengan kedudukan sebagai institusi yang menentukan untuk membawa kasus dan berpartisipasi dalam sengketa di WTO, MTEI merupakan insititusi yang memimpin (*lead agency*) kementerian lain dalam menangani kasus WTO.¹³³⁶ MTEI melakukan koordinasi dengan kementerian yang relevan sesuai dengan isu dan permasalahan sengketa. Dalam kasus Korea – Dairy, MTEI

¹³³² Informasi dari jawaban pertanyaan yang disampaikan kepada Mr. Seung-in Hong, Deputy Chief of Mission, Embassy of Korea di Lima, Peru.

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ *Ibid.*

¹³³⁵ *Ibid.*

¹³³⁶ *Ibid.*

melakukan konsultasi dan koordinasi dengan Kementerian Pertanian (*Ministry of Agriculture*).¹³³⁷

d. Penunjukan Pengacara

Sebagai *lead agency*, MTEI memiliki *in-house lawyers* untuk berpartisipasi dalam sengketa.¹³³⁸ Akan tetapi dalam hal menggunakan *private law firm*, MTEI akan menandatangani kontrak dengan *private law firm* yang akan menyediakan *legal services* dalam penanganan kasus.¹³³⁹ Korea menggunakan *private law firm* yang berbeda dalam berbagai kasus WTO.¹³⁴⁰ Dalam kasus *Korea – Dairy*¹³⁴¹ dan *Japan – DRAMS*¹³⁴² menggunakan *law firm King & Spalding* dan *White & Case*; *Korea – Various Measures on Beef*.¹³⁴³ *Vermulst, Verhaeghe & Graafsma*; dan *Korea – Alcoholic Beverages*.¹³⁴⁴ *Wilmer Hale*.¹³⁴⁵ Akan tetapi dalam praktik, selain pemerintah, pihak korporasi swasta yang terlibat dalam kasus juga menyewa *private law firm* yang secara terpisah.¹³⁴⁶ Sebagai misal, apabila sengketa melibatkan perusahaan raksasa Korea seperti Samsung dan LG, masing-masing juga meng-*hire private lawyers*. Samsung memiliki pengacara sendiri, LG juga memiliki pengacara yang berbeda. Pemerintah akan

¹³³⁷ Won-Mog Choi, Esq, Korea's Experience of Peaceful Settlement of WTO Disputes (Some Lessons for Asia), dalam *ISIL-KSIL International Law Conference Paper on Peaceful Settlement of International Disputes in Asia*, 13 Desember 2012, Jakarta.

¹³³⁸ *Ibid.*

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ Chad P. Bown, *Self-Enforcing Trade, Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Brookings Institution Press, Washington, 2009, hlm122-123.

¹³⁴¹ *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products* (WT/DS 298)

¹³⁴² *Japan – Countervailing Duties on Dynamic Random Access memories from Korea* (WT/DS 336).

¹³⁴³ *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* (WT/DS 161, 169)

¹³⁴⁴ *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages* (WT/DS 75)

¹³⁴⁵ *Ibid.*, hlm 122-123.

¹³⁴⁶ *Op.Cit.*, Seung-in Hong

mengkoordinir semua pengacara yang disewa masing-masing pihak.¹³⁴⁷ Dalam hal penggunaan *private law firm*, Korea tidak menggunakan jasa *Advisory Council on WTO Law (ACWL)*, karena tidak termasuk sebagai anggota ACWL, meskipun Korea merupakan negara berkembang (*developing country*).

e. Pembiayaan dalam Penyelesaian Sengketa

Dalam hal pembiayaan sengketa WTO, MTEI akan menyediakan anggaran (*budget*) untuk *legal service* yang diberikan *private law firm* dan pembiayaan lain yang diperlukan selama berlangsungnya sengketa.¹³⁴⁸ Dengan kondisi ini, MTEI memiliki peran lebih besar, tidak saja menjalankan penanganan sengketa (*management of dispute*), tetapi juga urusan finansial sengketa.

f. Penyusunan Argumentasi

Dalam penyusunan argumentasi *in-house lawyer* MTEI akan menyiapkan arahan (*direction*) dan rambu-rambu dari sengketa yang akan dihadapi, dan *private law firm* menyusun *submission* yang akan disampaikan kepada *Dispute Settlement Body (DSB)*.¹³⁴⁹ *Private lawyers* juga menyusun *submission* kepada *dispute settlement panel* hingga ke tingkat banding di *Appellate Body (AB)*.¹³⁵⁰ Keduanya, *government lawyers* dan *private law firm lawyers* bersama-sama menghadiri proses *hearing* dan membela kasus (*defend the case*) baik pada tingkat panel maupun banding.¹³⁵¹

g. Implementasi Pasca Putusan

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ *Ibid.*

¹³⁵¹ *Ibid.*

Dalam implementasi putusan yang dikeluarkan oleh DSB, Korea Selatan sangat *committed* melaksanakan. Hal ini dapat dilihat dari sengketa *Government Procurement*, DS163: *Korea-Measures Affecting Government Procurement*, untuk pengadaan proyek pemerintah dalam pembangunan *Incheon International Airport* yang digugat Amerika Serikat, dimana Korea mengeluarkan kebijakan dengan membuat undang-undang baru tentang kontrak pengadaan barang-barang untuk proyek pemerintah.¹³⁵² Dengan kontrak yang baru, perusahaan-perusahaan Amerika Serikat kemudian dapat ikut serta dalam proyek pembangunan dan kontrak pengadaan barang dan jasa.¹³⁵³ Sengketa *Government Procurement* merupakan sengketa pertama yang dihadapi Korea di WTO.¹³⁵⁴

Sengketa bermula dari keberatan Amerika Serikat yang melihat Korea menutup akses dan melarang pihak asing terlibat dalam pembangunan proyek bandara internasional di Incheon.¹³⁵⁵ Amerika Serikat meminta konsultasi dengan Korea Selatan 16 Februari 1999.¹³⁵⁶ Amerika Serikat menilai praktik pengaturan pengadaan yang dilakukan *Korea Airport Construction Authority* (KOACA) tidak konsisten (*inconsistent*) dengan kewajiban Korea berdasarkan *Agreement on Government Procurement* (AGP) atau Perjanjian Pengadaan Pemerintah.¹³⁵⁷ Praktik tersebut terutama berkaitan dengan kualifikasi untuk *bidding* (penawaran) sebagai kontraktor utama (*prime contractor*), kemitraan dengan pihak dalam

¹³⁵² *Ibid.*

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ *Ibid.*

¹³⁵⁶ World Trade Organization, DS163: Korea - *Measures Affecting Government Procurement*, hlm 2.

¹³⁵⁷ *Ibid*, hlm 2.

negeri, dan ketiadaan akses yang semuanya melanggar ketentuan AGP.¹³⁵⁸ Kasus ini menjadi pelajaran bagi Korea tentang perbedaan (*discrepancy*) dalam organisasi pemerintah, dimana mekanisme organisasi di institusi pemerintah didasarkan atas “*decision-making structures*”, sedangkan praktik konsesi WTO dalam konteks GPA (*Government Procurement Agreement*) berdasarkan pada *institutional “entities”*.¹³⁵⁹ Panel Report diterima (*adopted*) DSB pada 19 Juni 2000.¹³⁶⁰

Dalam sengketa DS312: *Korea-Anti Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*, Korea menunjukkan komitmen melaksanakan putusan DSB.¹³⁶¹ Kasus bermula dari permintaan Indonesia sebagai penggugat (*complainant*) melakukan konsultasi pada 4 Juni 2004.¹³⁶² Konsultasi dilakukan berkaitan dengan pengenaan (*imposition*) bea masuk *anti-dumping* oleh Korea sebagai tergugat (*respondent*) terhadap impor kertas informasi bisnis (*business information paper*) dan *uncoated wood-free printing paper* dari Indonesia dan aspek-aspek tertentu dari investigasi pengenaan bea masuk.¹³⁶³ Indonesia menilai bahwa Korea melanggar kewajiban WTO. DSB menerima (*adopted*) *Panel Report* pada 28 November 2005.¹³⁶⁴

Dalam *recommendations and rulings* dari *Panel Report*, panel menemukan, bahwa *Korea Trade Commission* (KTC) atau Komisi Perdagangan

¹³⁵⁸ *Ibid*, hlm 2.

¹³⁵⁹ Dukgeun Ahn, *WTO Dispute Settlement in East Asia*, <http://www.nber.org/chapters/c0197>, [diakses tanggal 06/01/2018, pukul 17.00] hlm 305.

¹³⁶⁰ WTO, *Op.Cit*, hlm 2.

¹³⁶¹ Office of United States Trade Representative, *Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*, <http://ustr.gov/trade-topics/enforcement/dispute> settlement-process [diakses tanggal 3/19/2014, pukul 1:04 p.m]

¹³⁶² WTO, *Op.Cit*, hlm 2.

¹³⁶³ *Ibid*.

¹³⁶⁴ *Ibid*.

Korea bertindak tidak konsisten (*acted inconsistently*) dengan ketentuan yang relevan dengan *Anti-Dumping Agreement* atau Perjanjian Anti-Dumping dalam menentukan *margin of dumping* (batas dumping) kepada perusahaan Indonesia, gagal menyediakan informasi yang benar dari hasil verifikasi dan rincian kalkulasi dari harga normal (*normal value*) untuk dua perusahaan Indonesia,¹³⁶⁵ dan juga gagal melakukan kehati-hatian khusus dalam menggunakan informasi dari sumber sekunder (*secondary sources*) disamping *domestic sales data* yang disediakan oleh kedua perusahaan Indonesia.¹³⁶⁶ Setelah diterimanya Report DSB, pada 20 Desember 2005, Korea menyatakan memerlukan waktu yang layak (*reasonable period of time*) untuk melaksanakan *recommendations and rulings* DSB dan bersedia melakukan konsultasi dengan Indonesia mengenai implementasi putusan DSB.¹³⁶⁷ Korea dan Indonesia sepakat *reasonable period of time* selama 8 (delapan) bulan hingga 28 Juli 2006.¹³⁶⁸ Namun, untuk implementasi secara penuh, pada 22 Desember 2007 Indonesia meminta DSB membentuk *compliance panel*.¹³⁶⁹ Pada pertemuan 23 Januari 2007, DSB pada akhirnya menyetujui dan meminta kepada Korea agar melaksanakan putusan panel DSB yang telah ditetapkan sebelumnya (*original panel*).¹³⁷⁰ Dengan putusan panel pada Oktober 2007 yang menegaskan bahwa pengenaan bea anti-dumping oleh Korea tidak

¹³⁶⁵ Dua perusahaan Indonesia yang mengekspor produk kertas dan dituduh melakukan dumping adalah perusahaan yang berada di bawah Sinar Mas Group, yang merupakan produsen dan eksportir kertas terbesar Indonesia. Informasi dari Office of United States Trade Representative, *Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*, <http://ustr.gov/trade-topics/enforcement/dispute> settlement-process [diakses tanggal 3/19/2014, pukul 1:04 p.m]

¹³⁶⁶ *Ibid.*, hlm 2.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ *Ibid.*

sesuai dengan ketentuan dalam Perjanjian Anti-Dumping, maka sengketa dinyatakan berakhir yang memenangkan Indonesia sebagai penggugat.¹³⁷¹

Dalam kasus DS75: *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, Korea melaksanakan putusan yang dikeluarkan oleh DSB. Kasus bermula dari permintaan konsultasi dari Uni Eropa (*European Communities/EC*, sebelum menjadi *European Union/EU*), sebagai *complainant* berkaitan dengan pajak dalam negeri (*internal taxes*) yang dikenakan Korea terhadap minuman beralkohol (*alcoholic beverages*) tertentu berdasarkan pada *Liquor Tax Law* dan *Education Tax Law*.¹³⁷² Uni Eropa berpendapat bahwa kedua ketentuan tersebut bertentangan (*inconsistent*) dengan kewajiban Korea berdasarkan Article III:2 dari GATT 1994.¹³⁷³ Permintaan konsultasi disampaikan pada 4 April 1997.¹³⁷⁴ Laporan Panel disirkulasi pada 17 September 1998.¹³⁷⁵ Panel menemukan bahwa minuman beralkohol Korea yang dikenal dengan “Soju” (*diluted and distilled*), pada dasarnya kompetitif dan dapat diganti (*substitutable*) dengan *distilled alcoholic beverages* yaitu *whisky, brandy, rum, gin, vodka, tequila, liqueurs*, dan *admixtures*.¹³⁷⁶ Korea dinilai telah membebaskan pajak produk yang diimpor dengan cara yang berbeda (*dissimilar manner*) dan perbedaan pajak yang dikenakan lebih dari batas minimal (*de minimis*), serta diterapkan agar dapat melindungi produksi dalam negeri.¹³⁷⁷ Panel dengan demikian memutuskan bahwa Korea telah

¹³⁷¹ Direktorat Perdagangan, Perindustrian, Investasi dan HKI, Ditjen Multilateral, Kementerian Luar Negeri, *Sekilas WTO*, Edisi ke-8, Jakarta, 2016, hlm 51-52.

¹³⁷² World Trade Organization, *DS75: Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, hlm 1

¹³⁷³ *Ibid*, hlm 1.

¹³⁷⁴ *Ibid*.

¹³⁷⁵ *Ibid*.

¹³⁷⁶ *Ibid*, hlm 2.

¹³⁷⁷ *Ibid*, hlm 2.

melanggar Article III:2 dari GATT 1994.¹³⁷⁸ Untuk implementasi, Korea memerlukan *reasonable period of time* yang diputuskan oleh arbitrase.¹³⁷⁹ Pada 4 Juni 1994, arbitrator menetapkan waktu implementasi selama 11 bulan dan dua minggu sampai dengan 31 Januari 2000.¹³⁸⁰

Setelah penetapan batas waktu oleh arbitrator, pada 27 Januari 2000, Korea menyatakan akan secara penuh mengimplementasikan *rulings and recommendations* DSB dengan mengamandemen *Liquor Tax Law* dan *Education Tax Law* dengan mengenakan tarif yang rata (*flate rates*) sebesar 72% untuk *liquor tax* dan 30% *education tax* untuk semua *distilled alcoholic beverages* termasuk soju (*dilute and distilled*) tanpa diskriminasi (*non-discriminatory basis*).¹³⁸¹ Dalam *Status Report* kepada DSB, Korea menyampaikan bahwa lembaga perwakilan rakyat, *The National Assembly*, telah menyetujui amandemen kedua undang-undang tersebut pada 7 Desember 1999 yang mulai berlaku 1 Januari 2000, satu bulan sebelum berakhirnya batas waktu yang ditentukan oleh arbitrase.¹³⁸² Selain itu, Korea juga merubah peraturan lain berupa keputusan presiden (*presidential decree*) yang berlaku efektif 1 Januari 2000.¹³⁸³ Dengan berlakunya amandemen *Liquor Tax Law* dan *Education Tax Law* serta keputusan presiden, Korea menegaskan telah melaksanakan sepenuhnya *rulings and recommendations* DSB tersebut.¹³⁸⁴

¹³⁷⁸ *Ibid.*

¹³⁷⁹ *Ibid.*

¹³⁸⁰ *Ibid.*

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² World Trade Organization, *Korea – Taxes Alcoholic Beverages, Status Report by Korea*, Geneva, 2000, hlm 1.

¹³⁸³ *Ibid.*, hlm 1.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

Tabel 2
Korea dan Implementasi Pasca Putusan DSB

No	Nomor Sengketa dan Nama Kasus	Reasonable Period of Time	Konsultasi	Penerimaan (Adopted) Report	Arbitrase	Implementasi/ Status Report
1	DS163: Korea – Measures Affecting Government Procurement	Tanpa RPT	16/02/1999	19/06/2000	Tidak	19/06/2000
2	DS312: Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia	8 bulan	04/06/2004	28/11/ 2005	Tidak	23/01/2007
3	DS75: Korea – Taxes on Alcoholic Beverages	11 bulan dan 2 minggu	04/04/1997	17/02/1999	Ya	01/012000

h. Analisis

1) Teori Penyelesaian Sengketa

Sebagai negara industri baru di Asia Timur dan maju dalam perdagangan internasional, tidak dapat dipungkiri, Korea harus menghadapi tantangan kemungkinan adanya perselisihan dan gugatan sengketa dagang dengan negara lain sebagai mitra dagang. Kenyataan di lapangan menunjukkan, Korea banyak melibatkan diri dalam sengketa dagang WTO dengan negara maju seperti Amerika Serikat maupun negara berkembang lain, termasuk Indonesia. Sebagai suatu sengketa internasional, pendekatan yang digunakan Korea dalam menyelesaikan sengketa dagang adalah menggunakan pendekatan penyelesaian secara hukum atau *judicial settlement*. Pendekatan ini sesuai dengan format dan sistem penyelesaian sengketa yang digunakan WTO. Pendekatan ini dinilai lebih

memiliki kekuatan dibandingkan dengan yang lain. Dengan pendekatan ini, penyelesaian akan mengikat secara hukum (*legally binding*) dan lebih mudah diimplementasikan oleh anggota WTO. Negara-negara akan dapat menerima putusan yang dikeluarkan.

Selain itu, meskipun anggota WTO, Korea mengikatkan diri dalam kesepakatan FTA/RTA yang di dalamnya memuat pengaturan penyelesaian sengketa. Akan tetapi fakta empiris memperlihatkan, Korea memilih penyelesaian melalui *judicial settlement*. Penggunaan metode penyelesaian sengketa dengan *judicial settlement* merupakan bagian dari teori penyelesaian sengketa yang terdapat dalam hukum internasional. Penggunaan metode tersebut praktis dapat diterapkan dalam penyelesaian berbagai sengketa dagang baik dengan negara maju, negara berkembang maupun negara yang masih terbelakang.

2) Teori Pilihan Rasional

Dalam kaitan sengketa dengan Amerika Serikat, sebagai sekutu dekat dan mitra dagang utama, meskipun keduanya terikat dengan FTA bilateral, Korea tidak menggunakan penyelesaian sengketa yang diatur dan tersedia dalam perjanjian Korea-US FTA. Korea lebih memilih WTO sebagai institusi penyelesaian sengketa. Kecenderungan ini dimungkinkan dengan adanya klausul *electa una via* yang terdapat dalam FTA yang ditandatangani. Ketentuan ini tercantum pada Article 22.6: Choice of Forum yang menyatakan: “*Where a dispute regarding any matter arises under this Agreement and under the WTO Agreement or any other agreement to which both parties are party, the complaining Party may select the forum in which to settle the dispute*”. Kata-kata

dalam kalimat “*the complaining Party may select the forum in which to settle the dispute*” ini menegaskan kepada kedua pihak dan memberikan kesempatan untuk menentukan pilihan forum yang akan digunakan dalam penyelesaian sengketa.

Selanjutnya dinyatakan, “*Once the complaining Party has requested the establishment of, or referred a matter to, a dispute settlement panel under an agreement referred to in paragraph 1, the forum selected shall be used to the exclusion of other fora*”. Kalimat dari paragraf 2 ini semakin jelas menegaskan dan memberikan konsekuensi yang mengharuskan untuk menggunakan forum yang dipilih. Dengan menentukan forum yang dipilih, kedua pihak tidak dapat merubah pilihan ke forum yang lain ketika proses sengketa yang dihadapi sedang berjalan di forum yang telah ditentukan. Pilihan jalan penyelesaian melalui WTO merupakan pandangan yang rasional bagi Korea dari pada menggunakan penyelesaian yang diatur dalam FTA/RTA. Penyelesaian melalui FTA/RTA kemungkinan akan memakan waktu dan proses yang panjang. Selain itu, penggunaan forum FTA/RTA kemungkinan akan menimbulkan efek psikologis yang kurang kondusif karena berhadapan langsung antara dua pihak.

Pilihan menggunakan WTO tidak terlepas dari peran dan reputasi WTO yang telah menyelesaikan berbagai sengketa dagang baik antar negara berkembang, antara negara maju dan negara berkembang maupun antara negara maju dengan negara terbelakang. Penggunaan forum WTO dari segi efisiensi dipandang lebih baik karena didukung dengan keberadaan Sekretariat dan sistem administrasi yang mampu menangani semua proses gugatan, pemeriksaan dan persidangan.

3) Teori Kepatuhan

Dalam berbagai kasus yang dihadapi, Korea sangat menjunjung tinggi WTO dalam penyelesaian sengketa. Hal ini dapat dilihat dari banyaknya kasus yang diajukan Korea kepada WTO. Dengan menempatkan WTO sebagai institusi utama (*principal judicial body*) dalam penyelesaian sengketa secara adil (*fair trial*) dan objektif, membawa konsekuensi Korea menaati dengan penuh (*fully comply*) putusan yang dikeluarkan panel dan banding *Appellate Body*.

Kepatuhan terhadap putusan merupakan sarana untuk mewujudkan perdagangan yang adil (*fair trade*) dan menegakkan *rules* WTO untuk kebaikan semua negara anggota serta menjaga eksistensi dan berfungsinya perjanjian WTO. Ketaatan dalam melaksanakan putusan dengan sendirinya menunjukkan relevansi teori kepatuhan (*compliance theory*) dalam praktik dan kebijakan perdagangan Korea. Kepatuhan terhadap putusan yang dikeluarkan diwujudkan dengan pembuatan kebijakan perdagangan baru melalui perubahan regulasi yang dinilai tidak sejalan dengan *recommendations and rulings* WTO.

5. Peru

a. Partisipasi Dalam FTA/RTA dan Sengketa Dagang

Salah satu negara terkemuka di kawasan Amerika Selatan (Latin) dalam pengembangan perdagangan bebas adalah Peru. Hal ini dapat dilihat dari partisipasi aktif Peru dalam berbagai perundingan dan diplomasi perdagangan

baik bilateral maupun regional. Pada tingkat bilateral, Peru telah menandatangani dan menjadi negara pihak tidak kurang dari 16 FTA.¹³⁸⁵ FTA bilateral yang ditandatangani antara lain dengan Amerika Serikat (2009), Meksiko (2012), Chile (2009), Canada (2009), Singapura (2009), China (2010), Jepang (2012) dan Korea (2011). Pada tingkat regional Peru berpartisipasi dalam berbagai RTA seperti Komunitas Andina, Mercosur,¹³⁸⁶ LAIA (*Latin American Integration Association*), *Pacific Alliance*,¹³⁸⁷ Peru-Uni Eropa, Peru-EFTA dan CPTPP.¹³⁸⁸

Dalam hal sengketa dagang, Peru berpartisipasi dalam sengketa WTO sebagai *complainant* dengan 3 kasus, *respondent* sebanyak 6 kasus dan pihak ketiga dengan 19 kasus.¹³⁸⁹ Dalam sengketa WTO tampak, sebagai *complainant* maupun *respondent*, meskipun Peru merupakan negara pihak dalam kesepakatan FTA, akan tetapi penyelesaian sengketa dagang yang ada menggunakan forum penyelesaian di WTO. Dalam kasus DS 410: “*Argentina-Anti Dumping Duties on Fasteners and Chains from Peru*”, dimana Peru menggugat Argentina, pemilihan penyelesaian dilakukan melalui WTO, meskipun Peru dan Argentina merupakan negara pihak dari LAIA (*Latin American Integration Association*)¹³⁹⁰ dan

¹³⁸⁵ Acuerdos Comerciales del Peru, http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=47&Itemid=68, 24 Desember 2018 [Pkl. 11.06]

¹³⁸⁶ Mercosur didirikan 31 Desember 1994 oleh Argentina, Brazil, Paraguay dan Uruguay.

¹³⁸⁷ *Pacific Alliance* atau Aliansi Pasifik terdiri atas empat negara, yaitu Peru, Chile, Columbia dan Mexico.

¹³⁸⁸ CPTPP adalah perjanjian *Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership* terdiri dari 11 negara anggota sebagai pengembangan dari TPP yang sebelumnya 12 negara dengan melibatkan Amerika Serikat. Negara anggota CPTPP adalah Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapura dan Vietnam.

¹³⁸⁹ Peru and the WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/peru_e.htm, 24 Desember 2018, [Pkl 15.16]

¹³⁹⁰ LAIA (*Latin American Integration Association*) berlaku efektif 18 Maret 1981.

Mercosur.¹³⁹¹ Demikian pula dalam kasus DS457: “*Peru-Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*”, dimana Peru sebagai tergugat dan Guatemala sebagai penggugat, keduanya telah menandatangani perjanjian dan menjadi pihak dalam FTA bilateral.¹³⁹² Kasus terbaru dengan Argentina dimana Peru sebagai tergugat dalam sengketa DS572: “*Peru-Anti Dumping and Countervailing Measures on Biodiesel from Argentina*”, juga menunjukkan kenyataan yang sama, menggunakan WTO sebagai institusi utama dalam menyelesaikan sengketa.

b. Pengambilan Keputusan untuk Menentukan Partisipasi dalam Sengketa Dagang

Dalam kaitan dengan institusi pemerintah yang menentukan untuk berpartisipasi dalam sengketa WTO, keputusan ditentukan oleh Kementerian Perdagangan Luar Negeri dan Parwisata atau *Ministerio de Comercio Exterior y Turismo* (Mincetur) melalui koordinasi dengan sektor-sektor yang memiliki kepentingan dan terlibat dalam isu perdagangan.¹³⁹³ Keputusan untuk membawa kasus ke WTO dan berpartisipasi dalam sengketa ditentukan oleh Mincetur bersama-sama dengan Kelompok Kerja Nasional (*National Working Group*) yang terutama terdiri dari Kementerian Luar Negeri (*Ministerio de Relaciones Exteriores/MRE*), Kementerian Ekonomi dan Keuangan (*Ministerio de Economía*

¹³⁹¹ Peru efektif menjadi bagian dari Mercosur (*Mercado comun del Sur*) atau *Southern Common Market* pada 30 Desember 2005.

¹³⁹² Perjanjian Perdagangan Bebas Peru-Guatemala (*Tratado de Libre Comercio Peru-Guatemala*) ditandatangani 6 Desember 2011.

¹³⁹³ Informasi dari jawaban atas pertanyaan yang disampaikan kepada pejabat Mincetur, Maria Vargaray, WTO/OECD Coordination, Directorate Multilateral Affairs, 23 Maret 2017.

y *Finanzas*/MEF) dan yang lainnya.¹³⁹⁴ Sesuai dengan struktur pemerintahan Peru, Mincetur memiliki peran dan tanggung jawab dalam merancang (*designing*), mengelola (*managing*) dan memonitor kebijakan perdagangan luar negeri (*foreign trade policy*).¹³⁹⁵ Meskipun merupakan badan pemerintah yang mengemban tugas khusus dalam merumuskan dan menjalankan kebijakan perdagangan luar negeri, Mincetur melakukan koordinasi dan konsultasi dengan institusi pemerintah utama seperti MRE, MEF, berdasarkan pada isu spesifik yang menjadi *concern* sengketa.¹³⁹⁶ Isu spesifik yang menjadi *concern* dapat termasuk antara lain perikanan (*fisheries*), pertanian (*agriculture*), atau produksi (*production*).¹³⁹⁷ Melalui *National Working Group*, Mincetur menentukan akan mengajukan sengketa banding ke *Appellate Body* atau berpartisipasi sebagai *third party*.

c. Instansi Yang Memimpin

Sesuai dengan kedudukan yang memutuskan untuk membawa kasus ke WTO, Mincetur merupakan institusi yang memimpin (*lead agency*) kementerian sektoral dalam menyelesaikan sengketa perdagangan multilateral.¹³⁹⁸ Dalam kaitan ini Mincetur akan membentuk dan memimpin Kelompok Kerja Nasional (*National Working Group*) yang terdiri dari MRE, MEF dan kementerian lain.¹³⁹⁹ Mincetur juga mengikutsertakan korporasi swasta (*private company*) dan asosiasi bisnis dalam seluruh tahapan sesuai dengan prosedur dalam *Dispute Settlement*

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ *Ibid.*

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ *Ibid.*

Body (DSB) dari WTO.¹⁴⁰⁰ Dalam kasus *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products* (WT/DS 457) yang diajukan Guatemala, Mincetur melakukan koordinasi dengan Minagri dan MEF, karena sengketa menyangkut masalah pertanian dan bea masuk pajak (*import duty*) yang dikenakan terhadap produk pertanian Guatemala yang masuk ke Peru. Untuk isu yang terkait dengan perikanan dan produksi, Mincetur melakukan koordinasi dengan Kementerian Produksi (*Ministerio de Produccion*) yang membawahi kebijakan di bidang perikanan dan produksi, dalam arti industri manufaktur. Selain itu, koordinasi juga dilakukan dengan *Permanent Mission to the WTO* di Jenewa yang melakukan semua komunikasi lapangan dan aktivitas sengketa dengan Sekretariat WTO dan negara lain yang menjadi pihak dalam sengketa.

d. Penunjukan Pengacara

Dalam hal pengacara, Mincetur akan menunjuk pengacara yang akan ditugaskan untuk menangani sengketa.¹⁴⁰¹ Akan tetapi juga menggunakan *in-house lawyer* dan ahli ekonomi dari internal Mincetur.¹⁴⁰² Selain itu, Mincetur menggunakan *legal service* dari ACWL, mengingat Peru merupakan anggota ACWL dan merupakan negara berkembang (*developing country*).¹⁴⁰³ Peru termasuk dalam negara berkembang anggota ACWL kategori “C”.¹⁴⁰⁴

e. Pembiayaan dalam Penyelesaian Sengketa

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

¹⁴⁰² *Ibid.*

¹⁴⁰³ *Ibid.*

¹⁴⁰⁴ *Op. Cit.*, Chad P. Bown, hlm. 141.

Sebagai *lead agency* dan *focal point* sengketa, Mincetur akan menyediakan anggaran yang diperlukan untuk beracara dan mengikuti seluruh proses sengketa WTO.¹⁴⁰⁵ Pembiayaan sengketa tidak saja untuk *legal service* yang diberikan ACWL sebagai *private law firm lawyers*,¹⁴⁰⁶ tetapi juga biaya lain yang terkait dengan kehadiran dalam setiap persidangan di Jenewa.

f. Penyusunan Argumentasi

Dengan komposisi pengacara yang merupakan gabungan dari *in-house lawyer* dan *private law firm* serta didasarkan atas *direction* dan *guidance* dari Mincetur, penyusunan argumentasi dengan sendirinya harus memasukkan elemen-elemen penting yang menjadi garis kebijakan utama dan posisi pemerintah. *Private law firm* seperti ACWL harus bekerja sama secara intensif untuk menyusun argumentasi hukum mulai dari konsultasi, panel hingga ke tingkat banding. Argumentasi yang disusun tidak saja berkaitan dengan analisis hukum dari ketentuan perjanjian perdagangan multilateral yang tercakup dalam *covered agreement*, tetapi juga data serta informasi ekonomi dan perdagangan.

g. Implementasi Pasca Putusan

Dalam kaitan dengan implementasi pasca putusan, Peru memiliki komitmen untuk melaksanakan putusan *Dispute Settlement Body* (DSB) sesuai dengan ketentuan Article 21(3) DSU yang menyatakan, bahwa “pihak terkait akan menyampaikan kepada DSB *”its intention in respect of implementation of the*

¹⁴⁰⁵ *Op.Cit*, Maria Vergaray.

¹⁴⁰⁶ Sebagai anggota ACWL kategori “C”, Peru setidaknya membayar US\$ 50.000 yang juga merupakan kontribusi sebagai anggota di luar biaya operasional lain.

recommendations and rulings of the DSB". Ini dapat dilihat dari sengketa Peru dan Guatemala pada kasus *Price Range System (PRS)* dalam "*Peru - Additional Duty Imports of Certain Agricultural Products*" (DS/457; WTDSB/M/367).¹⁴⁰⁷ Peru menyampaikan kepada DSB akan melaksanakan *recommendations and rulings* DSB pada kasus tersebut.¹⁴⁰⁸

Setelah putusan DSB dikeluarkan tanggal 31 Juli 2015 yang menerima *recommendations and rulings* dari sengketa DS457, satu bulan kemudian, 31 Agustus 2015, pada pertemuan DSB, Peru memberitahukan kepada seluruh anggota DSB, bahwa Peru akan menjalankan *recommendations and rulings* yang diputuskan sebagai wujud penghormatan kewajibannya sebagai anggota WTO.¹⁴⁰⁹ Akan tetapi Peru memerlukan waktu yang cukup (*reasonable period of time*) untuk melaksanakan.¹⁴¹⁰ Pada tanggal 16 Desember 2015, sesuai dengan Article 21.3(c) DSU, setelah putusan arbitrase diedarkan, ditetapkan *reasonable period of time* bagi Peru untuk implementasi selama 7 (tujuh) bulan dan 29 (dua puluh sembilan) hari, akan berakhir tanggal 29 Maret 2016.¹⁴¹¹

Sebagai langkah kongkrit implementasi *recommendations and rulings*, pemerintah Peru mengeluarkan kebijakan melalui legislasi dengan merevisi ketentuan *Price Range System*, yaitu Supreme Decree No. 103-2015-EF (1 Mei 2015) dan Supreme Decree No. 055-2016-EF (28 Maret 2016).¹⁴¹² Dengan dua legislasi tersebut, Peru melakukan perubahan kebijakan agar sesuai dengan

¹⁴⁰⁷ World Trade Organization, *Dispute Settlement Body Annual Report 2015*, Geneva, 2015, hlm 8.

¹⁴⁰⁸ *Ibid*, hlm 8.

¹⁴⁰⁹ World Trade Organization, *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, Status Report by Peru*, Geneva, 2016, hlm 1.

¹⁴¹⁰ *Ibid*, hlm 1.

¹⁴¹¹ *Ibid*.

¹⁴¹² *Ibid*.

multilateral trade rules.¹⁴¹³ Perubahan utama yang sesuai dengan prinsip multilateral tersebut menegaskan, bahwa bea masuk tambahan (*additional duties*) dari penerapan *Price Range System* yang ditambahkan pada impor CIF dengan bea masuk *ad valorem* tidak akan melebihi maksimum 20% dari nilai CIF produk yang diimpor.¹⁴¹⁴ Dengan Supreme Decree No. 115-2001-EF dan Supreme Decree No. 411-205-EF, pemerintah juga melakukan pembaruan tabel pabean (*customs table*) untuk produk impor, termasuk *Price Range System*.¹⁴¹⁵ Perubahan yang dilakukan termasuk penghapusan faktor penyesuaian (*adjustment factor*) yang secara spesifik digunakan untuk menghitung *additional duties* yang diterapkan terhadap impor gula, dan juga faktor lain yang terkait dengan biaya impor (*import costs*) untuk penentuan bea masuk yang spesifik.¹⁴¹⁶ Dengan memperkenalkan perubahan-perubahan terhadap *Price Range System* tersebut menunjukkan, bahwa Peru sejalan dengan *recommendations and rulings* DSB, dan secara penuh telah melaksanakan komitmen di bawah *multilateral trading system*.¹⁴¹⁷

h. Analisis

1) Teori Penyelesaian Sengketa

Sengketa dagang sebagai sengketa internasional dapat terjadi di berbagai wilayah dan belahan dunia tanpa memperhatikan sistem hukum yang berbeda antara satu negara dengan negara yang lain, tidak terkecuali di kawasan Amerika Selatan (Latin) seperti Peru. Meskipun terdapat variasi sistem hukum, akan tetapi

¹⁴¹³ *Ibid.*

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

¹⁴¹⁷ *Ibid.*

melalui teori penyelesaian sengketa dalam hukum internasional, negara-negara akan mendapatkan informasi dan tuntunan untuk menggunakan teori yang sesuai dengan tantangan dan kebutuhan negara yang bersangkutan.

Dalam konteks internasional, meskipun Peru merupakan negara yang memiliki tradisi hukum Spanyol, namun dalam menghadapi sengketa dagang tidak dapat melepaskan diri dari praktik yang lazim berlaku dalam dunia internasional, termasuk dalam WTO. Sebagai bagian dari penyelesaian sengketa internasional, dalam sengketa dagang yang dihadapi negara-negara, WTO memfasilitasi proses penyelesaian melalui *judicial settlement*. Dengan sistem tersebut, negara-negara, tidak terkecuali Peru, dapat mengikuti proses penyelesaian sengketa secara hukum melalui lembaga panel dan *Appellate Body*. Sementara itu, dalam kerangka perjanjian FTA/RTA, jika terjadi sengketa dengan negara mitra, dapat menggunakan proses penyelesaian sengketa yang diatur dalam FTA/RTA yang telah disepakati. Penyelesaian dalam FTA/RTA juga memberikan peluang negara-negara yang terikat dalam perjanjian menggunakan pendekatan *judicial settlement* maupun *non-judicial settlement*. Dalam kerangka WTO, penyelesaian melalui *judicial settlement* adalah penyelesaian yang mengikat bagi para pihak. Setelah putusan dikeluarkan oleh panel atau *Appellate Body*, maka tergugat dituntut untuk melaksanakan putusan. Penyelesaian melalui *judicial settlement* telah menjadi cara penyelesaian yang kuat (*strong judicial settlement*) dan melahirkan yurisprudensi dalam WTO.

2) Teori Pilihan Rasional

Sebagai *emerging market*, Peru melibatkan diri dalam berbagai sengketa baik dengan sesama negara anggota WTO maupun dalam kerangka FTA/RTA. Peru dikenal sebagai negara *pro free trade* yang memiliki banyak perjanjian perdagangan bebas. Hingga sekarang Peru telah menandatangani tidak kurang dari 18 FTA/RTA dengan berbagai negara. Banyaknya FTA membawa konsekuensi pada pilihan forum penyelesaian sengketa. Akan tetapi dalam sengketa yang dihadapi, penyelesaian cenderung dilakukan melalui WTO. Meskipun terdapat klausul penyelesaian sengketa dalam FTA/RTA yang ditandatangani, namun kenyataan memperlihatkan Peru memilih WTO sebagai lembaga yang dipandang tepat dalam menyelesaikan sengketa dagang. Pilihan pada WTO sebagai forum penyelesaian sengketa dagang dunia (*world trade dispute settlement*) yang dinilai kredibel merupakan pandangan dan pilihan yang rasional.

Penggunaan WTO sebagai forum penyelesaian sengketa di luar mekanisme yang diatur dalam FTA/RTA adalah sejalan dengan doktrin *electa una via* sebagai klausul yang terdapat dalam FTA/RTA yang telah disepakati dan ditandatangani. Dalam FTA/RTA Peru dengan Guatemala, pengaturan ini tercantum dalam bab Penyelesaian Sengketa (*Solucion de Controversiales*) Pasal (Articulo) 15.3 Pilihan Forum (*Eleccion del Foro*) yang menyatakan, “*In the event of any conflict arising under this Agreement and under another free trade agreement of which the disputing parties are a party or the WTO Agreement, the complaining Party may choose the forum to resolve the dispute*”.¹⁴¹⁸ Teks pada

¹⁴¹⁸ Teks perjanjian dalam Bahasa Spanyol Artículo 15.3: Eleccion del Foro:

1. “En caso cualquier controversia que surja bajo este Tratado y bajo otro tratado de libre comercio del que los Partes contendientes sean parte o el *Acuerdo sobre la OMC*, la Parte reclamante podra elegir el foro para resolver la controversia”.

bagian akhir kalimat berbunyi : “*the complaining Party may choose the forum to resolve the dispute*”, memberikan penegasan adanya pilihan forum yang dapat dipilih dalam penyelesaian sengketa sesuai dengan prinsip *electa una via*.

Selanjutnya pada paragraph 2 dinyatakan bahwa “*Once the complaining Party has requested the establishment of a panel under one of the treaties referred to in paragraph 1, the selected forum will be exclusive of the others*”. Para ini menegaskan, apabila salah satu forum telah dipilih, maka para pihak tidak dapat memilih dan menggunakan forum lain ketika proses penyelesaian sengketa sedang berlangsung. Pihak-pihak yang bersengketa harus sepenuhnya menggunakan dan mengikuti proses yang terdapat dalam forum tersebut. Forum yang digunakan menjadi forum eksklusif bagi kedua pihak yang bersengketa dan pada saat yang sama mengesampingkan forum yang lain. Rasionalitas pilihan forum pada WTO dipandang cukup beralasan, mengingat WTO telah menjalankan fungsi penyelesaian sengketa sebagai pilar dalam prinsip perdagangan multilateral. WTO telah menjalankan tugas penyelesaian sengketa sejak berdiri 1995 dan memiliki reputasi dalam menyelesaikan sengketa dagang internasional yang melibatkan negara maju (*developed country*), negara berkembang (*developing country*) maupun negara terbelakang (*least developed country*).

3) Teori Kepatuhan

Sebagai negara dengan ekonomi terbuka (*open economy*) dan menganut perdagangan bebas dan adil (*free and fair trade*), Peru sangat *committed* terhadap putusan WTO dalam penyelesaian sengketa dagang. Sebagai wujud komitmen

2. Una vez que la Parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un panel al amparo de uno de los tratados a los que se hace referencia en el parrafo 1, el foro seleccionado sera excluyente de los otros.

pelaksanaan *recommendations and rulings*, Peru menaati sepenuhnya (*fully comply*) putusan yang dikeluarkan dengan melakukan *review* dan revisi terhadap regulasi dan ketentuan yang dipandang bertentangan dan melanggar perjanjian WTO. Sesuai dengan ketentuan DSU, Article 3.3, Peru menjunjung tinggi prinsip *prompt settlement* (penyelesaian segera) dalam pelaksanaan putusan. Untuk perubahan yang lebih luas, pemerintah dengan sigap membuat regulasi baru agar bersesuaian dengan putusan yang dikeluarkan panel dan banding *Appellate Body*. Hal itu tampak dari pelaksanaan *reasonable period of time* (RPT) yang ditepati sesuai dengan kerangka waktu yang disepakati antara Peru sebagai *respondent* dengan negara lain sebagai penggugat.

Dalam sengketa *Price Range System* dengan Guatemala, meskipun keduanya terikat dalam FTA/RTA dan dari segi ekonomi serta populasi Guatemala relatif lebih kecil, Peru tetap menghormati putusan yang dikeluarkan oleh WTO. Sikap dalam implementasi putusan tersebut menunjukkan relevansi teori kepatuhan (*compliance theory*) dalam penyelesaian sengketa yang dihadapi Peru. Kebijakan yang dijalankan pemerintah mencerminkan dianutnya teori kepatuhan dalam berbagai penyelesaian sengketa dagang.

Dari praktik penyelesaian sengketa yang dilakukan negara-negara tersebut di atas, dalam kaitan dengan penerapan teori penyelesaian sengketa, teori pilihan rasional dan teori kepatuhan pada implementasi putusan, tampak terdapat aneka variasi.

Dalam hal teori penyelesaian sengketa, secara keseluruhan Indonesia, Thailand, Australia, Korea dan Peru memiliki kesamaan dengan menggunakan pendekatan penyelesaian secara hukum (*judicial settlement*) dalam menyelesaikan

sengketa. Penyelesaian melalui *judicial settlement* dipandang merupakan cara penyelesaian yang tepat daripada cara penyelesaian lain yang terdapat dalam hukum internasional seperti *good offices*, arbitrase, mediasi dan yang lainnya. *Judicial settlement* dinilai tidak saja mengikat secara hukum (*legally binding*), tetapi juga lebih memberikan kepastian, memuaskan dan efek langsung terhadap negara sebagai tergugat.

Dalam kaitan dengan teori pilihan rasional, baik Indonesia, Thailand, Australia, Korea, maupun Peru, dalam menentukan pilihan cara penyelesaian cenderung menggunakan pendekatan yang rasional. Meskipun masing-masing negara dalam perdagangan internasional memiliki perjanjian perdagangan bebas FTA/RTA, akan tetapi secara rasional memilih menggunakan WTO sebagai forum untuk penyelesaian sengketa. Pilihan menggunakan WTO dalam menyelesaikan sengketa dagang dinilai lebih tepat dan rasional daripada menggunakan penyelesaian sengketa melalui mekanisme internal yang diatur dalam kesepakatan FTA/RTA. Sebagai forum penyelesaian sengketa, WTO dipandang telah *established* dan memiliki reputasi dengan pengalaman yang telah dimiliki dalam menyelesaikan berbagai sengketa dagang.

Sementara itu, dalam hubungan dengan teori kepatuhan tampak terdapat sikap dan pandangan yang berbeda dari negara-negara dalam mematuhi putusan. Indonesia, Korea dan Peru dapat dikatakan merupakan negara yang sangat *committed* dan dapat mematuhi putusan secara penuh (*fully comply*) dan dengan serta merta menaati (*prompt compliance*). Ketiga negara memiliki komitmen yang tinggi dalam implementasi putusan tanpa bersikap menunda-nunda (*delaying*) dengan mengulur-ulur waktu untuk mematuhi putusan. Sementara Australia dan

Thailand tampak kurang menunjukkan komitmen tinggi untuk mematuhi dan melaksanakan putusan dengan cepat. Keduanya cenderung menunda-nunda implementasi putusan, meskipun *rulings and recommendations* telah dikeluarkan dan diputuskan oleh DSB untuk dilaksanakan.

Sikap Indonesia, Korea dan Peru, dalam konteks teori kepatuhan, sejalan dengan salah satu dari tiga komponen “*Three Rs of Compliance*” seperti dikemukakan Guzman, yaitu mengedepankan komponen “*reputation*”.¹⁴¹⁹ Negara yang mengedepankan dan menegakkan reputasi dengan baik (*better reputation*) akan lebih mematuhi hukum internasional dan akan memiliki kredibilitas dalam memanfaatkan pengaturan kerja sama di masa depan dalam jangka panjang.

Dalam sengketa dengan Filipina, meskipun putusan panel dan *Appellate Body* telah dikeluarkan, Thailand tidak dengan mudah menerima putusan dan melaksanakan putusan dengan penuh (*fully comply*) serta mematuhi dengan cepat (*prompt compliance*). Ini dapat dilihat dari sikap Thailand yang menunda sekian lama, tidak kurang dari 10 tahun, putusan yang telah dikeluarkan, namun implementasi putusan tidak diwujudkan dalam pelaksanaan. Hal serupa juga tampak pada Australia dalam sengketa dengan New Zealand dan Canada. Australia menunjukkan sikap yang tidak mudah menerima dan melaksanakan putusan. Australia cenderung bersikap menunda putusan dan tidak melaksanakan putusan dengan cepat (*prompt compliance*). Sikap ini sebaliknya berlawanan dengan komponen kepatuhan yang mengedepankan “*reputation*”. Dengan kata lain merupakan pencerminan sikap yang “*non reputation*”.

¹⁴¹⁹ Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm 35.

B. Pengaturan Yang Diperlukan Untuk Penguatan Penyelesaian Sengketa WTO dan ASEAN

1. Pengaturan Dalam Konteks WTO

a. Komitmen Yang Tinggi Dalam Penerapan Ketentuan Periode Waktu Yang Ditentukan

Sesuai ketentuan dalam DSU, untuk implementasi putusan yang telah dikeluarkan pada tingkat panel atau banding *Appellate Body*, terdapat pengaturan yang diberikan kepada tergugat untuk melaksanakan putusan dalam suatu kerangka waktu tertentu atau “*reasonable period of time*” (RPT). Dengan RPT maka WTO memfasilitasi tergugat dengan menyediakan waktu yang dinilai cukup dan dapat diterima secara rasional untuk melaksanakan putusan. Akan tetapi dalam kenyataan terdapat sengketa, walaupun RPT telah diberikan, pihak penggugat memandang tergugat tidak melaksanakan putusan yang telah diterima dalam kerangka waktu yang disepakati. Terdapat pandangan penggugat yang menilai dalam jangka waktu yang ditentukan, tergugat belum melaksanakan sepenuhnya putusan yang ditetapkan.

Fakta dari kasus tersebut dapat dilihat pada sengketa rokok antara Filipina dan Thailand. Dalam sengketa DS371: “*Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*”, Filipina menilai Thailand belum melaksanakan sepenuhnya (*not fully comply*) putusan yang telah dikeluarkan. Sengketa telah berlangsung selama 10 tahun dan Filipina merasa Thailand tidak (DS54) dengan itikad baik untuk melaksanakan putusan. Kejadian serupa juga dialami Indonesia dalam sengketa otomotif dengan Amerika Serikat (DS59),

Jepang (DS55 dan DS64) dan *European Community* (EC) (DS54): “*Indonesia – Measures Affecting the Automotive Industry*”. Terdapat kesan, EC meragukan kemauan Indonesia untuk mengimplementasikan putusan dalam jangka waktu yang layak (RPT). Keraguan itu mendorong EC meminta kepada DSB agar RPT ditetapkan dengan putusan arbitrase yang mengikat (*binding arbitration*).

Dalam berbagai kasus tampak RPT dimanfaatkan penggugat sebagai sarana untuk menekan tergugat agar melaksanakan putusan lebih cepat setelah putusan diterima pada tingkat panel atau banding *Appellate Body*. Pihak penggugat juga dapat menggunakan RPT untuk meragukan kemauan tergugat untuk melaksanakan putusan setelah diterimanya putusan panel atau banding. Article 21.3 menyatakan bahwa “... *to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time ...*”. Untuk menjamin pemberian RPT kepada tergugat dan penghargaan kepada tergugat dalam melaksanakan RPT, Article 21.3 perlu dilakukan perubahan dengan formulasi :

“The reasonable period of time shall be:

- (a) the period of time proposed by the Member concerned, provided that such period is approved by the DSB; *Parties should respect period of time proposed by and given to the Member concerned*; or, in the absence of such approval.

Dengan penambahan kalimat “*Parties should respect period of time proposed by and given to the Member concerned*”, pihak-pihak sebagai penggugat akan dapat menghormati dan memberikan penghargaan yang tinggi atas kerangka waktu RPT yang diajukan (*proposed*) dan dibutuhkan sebagai wujud kesediaan dan kepatuhan

tergugat dalam implementasi putusan. Dengan penegasan kalimat di atas, penggugat tidak akan dengan cepat dan mudah meragukan atau menyangsikan itikad baik tergugat untuk melaksanakan putusan dalam RPT. Selain itu, dengan pernyataan kesediaan waktu yang diajukan, tergugat akan memiliki beban moral untuk melaksanakan putusan dan kecil kemungkinan akan menyimpang dari waktu yang telah diberikan. Sebaliknya di sisi lain, penggugat akan mendapatkan jaminan (*guarantee*) dari tergugat yang akan mempertaruhkan citra negara (*country image*) di mata anggota WTO.

b. Kompensasi Yang Bersifat Wajib

Sebagai salah satu bentuk penegakan putusan yang dikeluarkan dalam penyelesaian sengketa adalah pemberian kompensasi. Article 22: *Compensation and the Suspension of Cession* pada paragraf 1 menyatakan bahwa “*compensation is voluntary*”. Pasal ini menunjukkan bahwa kompensasi bersifat “*voluntary*” (sukarela) apabila putusan tidak diimplementasikan dalam periode waktu yang ditentukan (*reasonable period of time/RPT*). Kompensasi yang sukarela dengan sendirinya tidak memiliki sifat paksaan (*coercion*). Untuk memberikan efek kepatuhan (*compliance*), kompensasi akan memberikan dampak apabila pemberlakuannya bersifat wajib (*obligatory*), sehingga putusan akan lebih mudah diimplementasikan dan tergugat (*respondent*) tidak dapat melakukan penolakan atau menyatakan keberatan. Disamping itu, dengan penerapan kompensasi yang bersifat wajib (*obligatory*) dan pemaksaan (*coercive*), tergugat tidak akan melakukan strategi membeli waktu (*buying time*) untuk mengulur waktu atau mencegah penerapan kompensasi.

Penerapan kompensasi yang bersifat “*voluntary*” cenderung membuat pihak tergugat dapat mengelak dan tidak serta melaksanakan putusan. Hal ini dapat dilihat dari sengketa Rokok Kretek (*Clove Cigarette*) antara Indonesia dan Amerika Serikat. Kompensasi yang diajukan kepada tergugat, Amerika Serikat, sebesar US\$ 350 juta, tidak dapat dilaksanakan, karena pihak tergugat dapat menggunakan cara dan pendekatan lain untuk mengubah penyelesaian yang dapat diterima kedua pihak melalui solusi yang disetujui dan diterima bersama (*mutually agreed and acceptable solution*). Dengan pendekatan *mutually agreed solution* (MAS), permintaan kompensasi dapat ditarik kembali dan sengketa dinyatakan selesai, meskipun proses sengketa telah berlangsung cukup panjang dan memakan waktu yang lama. Dengan MAS, maka pihak tergugat dapat melakukan “*trade off*” berdasarkan pertimbangan dan kalkulasi “*cost and benefit*”. Oleh karena itu, untuk menjamin pelaksanaan putusan dengan tepat waktu, pengaturan kompensasi perlu diberlakukan sebagai kewajiban. Amandemen Article 22.1 perlu diformulasi menjadi : “*Compensation is obligatory*” and, if granted, shall be consistent with the covered agreement.

2. Pengaturan Dalam Konteks ASEAN

a. Kelembagaan Badan Penyelesaian Sengketa ASEAN

Kenyataan yang ada menunjukkan hingga sekarang belum tersedia badan penyelesaian sengketa yang dapat langsung menerima dan memproses gugatan sengketa yang diajukan negara anggota ASEAN. Ketidakterseediaan badan tersebut menjadikan tidak beroperasinya misi yang diemban badan penyelesaian sengketa. Apabila satu negara merasa keberatan dan menilai negara anggota lain melakukan

pelanggaran terhadap perjanjian yang dicakup (*covered agreement*) yang termasuk dalam perjanjian ekonomi, perdagangan dan investasi sebagai perjanjian ASEAN (*ASEAN Treaties, Agreement and Protocol*), penggugat tidak dapat menyampaikan pengajuan sengketa kepada institusi yang memiliki otorisasi langsung berperan sebagai suatu *secretariat office*. Untuk menjalankan tugas administrasi yang menerima dan memproses pengajuan sengketa, sebagai langkah awal perlu dibentuk unit atau lembaga khusus yang berperan sebagai Sekretariat yang dapat menangani penerimaan, pendaftaran dan pemrosesan pengajuan sengketa. Sekretariat akan dapat cepat memproses dan memfasilitasi para pihak yang bersengketa, sehingga tidak harus menunggu tindak lanjut pertemuan dan pembahasan dari forum *Senior Economic Official Meeting* (SEOM).

Sekretariat dibentuk sebagai badan mandiri (*autonomy body*) di luar tugas-tugas kesekretariatan umum yang dilakukan oleh *ASEAN Secretariat* yang berperan sebagai Sekretariat Jenderal organisasi ASEAN. Selain itu, untuk operasional tugas-tugas *judicial*, perlu dibentuk Divisi Hukum (*Legal Division*) tersendiri yang secara penuh dan khusus bertugas membantu dalam menyiapkan putusan tingkat panel dan tinjauan banding (*Appellate Review*). *Legal Division* akan membantu para panelis sebagai hakim tingkat pertama dan hakim banding dari badan banding (*Appellate Body*). Tugas *Legal Division* nantinya hanya membantu penanganan sengketa yang diajukan negara penggugat dan berbeda dengan tugas yang selama ini dilakukan oleh *Legal Service Directorate* yang menangani tindak lanjut perjanjian-perjanjian yang dikeluarkan oleh ASEAN.

Ketiadaan unit penyelesaian sengketa dalam konteks ASEAN secara manajemen, disadari dan dipandang oleh para pemerhati ASEAN sebagai

kekurangan yang besar, kalau tidak mau dikatakan sebagai kelemahan dalam struktur organisasi ASEAN.¹⁴²⁰ Ketiadaan unit atau lembaga yang kuat¹⁴²¹ dalam proses penyelesaian sengketa dengan sendirinya menjadi hambatan yang dapat mengganggu operasional kegiatan yang akan dijalankan. Tugas dan fungsi yang ingin dijalankan kurang ditopang dengan struktur lembaga yang memadai dan sesuai dengan kebutuhan. Kendala ini dirasakan membuat penanganan tugas dan misi organisasi di lingkungan ASEAN tidak dapat dijalankan secara optimal.

Selain itu, untuk operasional Sekretariat dan *Legal Division* diperlukan anggaran (*budget*) yang memadai untuk menopang tugas-tugas yang akan dijalankan kedua lembaga tersebut. Anggaran diperlukan untuk membiayai tugas panelis pada tingkat panel maupun banding yang dilakukan lembaga banding (*Appellate Body*). Informasi terkini menunjukkan, dana dalam *Dispute Settlement Mechanism (DSM) Fund Management* untuk penyelesaian sengketa hanya tersedia US\$ 356.473,-.¹⁴²² Dana sebesar ini dinilai masih kurang memadai untuk membiayai seluruh aktivitas dan operasional badan penyelesaian sengketa. Selama ini anggaran operasional ASEAN dipandang tidak terlalu besar untuk mendukung aktivitas organisasi. Tahun 2015, anggaran ASEAN sebesar US\$ 19 juta dari iuran tahunan masing-masing negara anggota sebesar US\$ 1,9 juta.¹⁴²³

b. Amandemen Protokol EDSM Tentang Yurisdiksi Forum

¹⁴²⁰ Kishore Mahubani and Jeffery SNG, *Keajaiban ASEAN: Penggerak Perdamaian*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2017, hlm 268.

¹⁴²¹ *Ibid.*

¹⁴²² ASEAN Seretariat, Information Paper pada Pertemuan Putaran ke-28 *Task Force on ASEAN Dispute Settlement Mechanism* (28th TF-EDSM), Jakarta, 11-14 Desember 2018.

¹⁴²³ *Op.Cit.* hlm 269.

Untuk penguatan fungsi penyelesaian sengketa, sebagai suatu upaya perbaikan, dipandang perlu amandemen terhadap Protokol Penyelesaian Sengketa 2004. Amandemen dapat dilakukan secara parsial dengan melakukan revisi seperlunya pada bagian dari pasal tertentu yang dipandang penting dan mendesak dilakukan revisi. Hal penting yang perlu mendapat perhatian untuk perubahan adalah pengaturan tentang yurisdiksi yang bersifat wajib.

Salah satu persoalan yang membuat Protokol Penyelesaian Sengketa kurang memiliki kekuatan memaksa negara anggota ASEAN untuk menyelesaikan sengketa melalui mekanisme internal adalah tidak adanya yurisdiksi yang bersifat wajib atau (*mandatory and compulsory jurisdiction*) di dalam pilihan forum penyelesaian sengketa. Article 1.3 menyatakan, “*The provisions of this Protocol are without prejudice to the rights of Member States to seek recourse to other fora for the settlement of dispute involving other Member States*”. Kalimat *to seek recourse other fora* “ menjadi celah hukum untuk dapat mencari forum lain dalam menyelesaikan sengketa. Selanjutnya disebutkan “*A Member State involved in a dispute can resort to other fora at any stage*”. Ini menegaskan, bahwa negara anggota memiliki kesempatan untuk mencari forum lain sebelum permintaan (*request*) pembentukan panel melalui SEOM diajukan. Pengaturan dalam Article 1.3 yang sangat fleksibel dan bersifat ambigu tersebut memberi peluang negara anggota untuk menggunakan saluran penyelesaian melalui WTO dan menjadikan WTO sebagai pilihan forum utama. Reputasi WTO yang diakui negara-negara di dunia dan pengalaman panjang dalam penyelesaian sengketa menjadi kekuatan serta daya tarik negara anggota untuk menjadikan WTO sebagai prioritas pilihan dibandingkan forum yang lain.

Banyaknya negara-negara mengajukan sengketa ke WTO dengan sendirinya menjadi rujukan untuk memilih WTO. Tanpa penegasan yang mewajibkan penyelesaian melalui forum ASEAN sebagai satu-satunya forum penyelesaian sengketa, negara-negara akan cenderung memilih forum WTO. Tanpa penegasan itu, pengaturan dalam Article 1.3 akan dipandang hanya sebagai ketentuan yang bersifat fakultatif dan bukan sebagai suatu kewajiban (*compulsary*). Untuk memperkuat kedudukan dan keberadaan forum ASEAN, maka diperlukan penegasan, bahwa penyelesaian melalui mekanisme Protokol Peyelesaian Sengketa merupakan suatu kehatusan (*mandatory*), sehingga benar-benar memiliki yurisdiksi yang bersifat wajib (*compulsary jurisdiction*).

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Negara-negara yang terikat dan menjadi pihak dalam *free trade agreement* yang berpartisipasi dalam sengketa dagang dalam kenyataannya menyelesaikan sengketa melalui WTO, meskipun pengaturan penyelesaian sengketa antara para pihak telah diatur dalam perjanjian FTA. Negara-negara cenderung mengesampingkan pengaturan penyelesaian sengketa yang terdapat di dalam FTA. Hal tersebut menjadikan pengaturan penyelesaian sengketa di dalam FTA tidak berfungsi sebagaimana mestinya. Akan tetapi, penyelesaian sengketa dagang WTO, meskipun telah diatur dalam *Dispute Settlement Understanding* (DSU), dalam praktik putusan dan rekomendasi (*rulings and recommendations*) panel dan *Appellate Body* yang diadopsi *Dispute Settlement Body* dan mengikat secara hukum (*legally binding*) pada beberapa kasus tidak sepenuhnya dipatuhi (*fully comply*) oleh *respondent* dalam periode waktu yang layak (*reasonable period of time*) yang ditetapkan dan diimplementasikan secara serta merta (*prompt compliance*). Hal ini disebabkan karena faktor-faktor tertentu, yaitu :
 - a. Kurangnya komitmen dan tanggung jawab moral sebagai anggota WTO untuk menjunjung tinggi dan menerima kepatuhan

(*compliance*) sebagai norma hukum (*legal norm*) dalam sistem penyelesaian sengketa WTO demi tegaknya putusan dan dihormatinya WTO sebagai lembaga yang dipilih dan disepakati para pihak dalam menyelesaikan sengketa dagang.

- b. Tidak adanya sanksi dan aturan dari WTO sebagai lembaga *quasi-judicial* penyelesaian sengketa dagang yang dapat dikenakan kepada *respondent* atau negara yang tidak mematuhi untuk melaksanakan *rulings and recommendations* yang diadopsi oleh DSB.

2. Negara-negara anggota ASEAN dalam kenyataan tidak menyelesaikan sengketa dagang melalui forum penyelesaian sengketa yang telah dibentuk sendiri oleh ASEAN sesuai dengan mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur dalam *Protocol on ASEAN Dispute Settlement Mechanism 2004*. Hal ini disebabkan oleh :

- a. Sebagai institusi penyelesaian sengketa, keberadaan badan penyelesaian sengketa seperti yang diamanatkan *Protocol on EDSM*, secara institusional belum terbentuk (*does not exist*). Badan penyelesaian sengketa yang dimaksudkan dalam kenyataan baru pada tataran konsep atau merupakan suatu gagasan yang masih memerlukan waktu yang lama dan proses yang panjang untuk dapat diwujudkan.
- b. Secara kelembagaan, struktur organisasi ASEAN untuk membentuk badan penyelesaian sengketa masih kurang memadai untuk

melaksanakan tugas dan peran sebagai badan penyelesaian sengketa. Struktur yang ada dalam ASEAN cenderung bersifat umum yang menjalankan tugas bersifat administratif operasional memberikan pelayanan hukum sebagai *Legal Service and Agreement Directorate* (LSAD) yang menangani proses ratifikasi perjanjian dan kesepakatan yang dibuat negara-negara ASEAN, dan belum sampai pada taraf sebagai lembaga *quasi-judicial* seperti pada WTO.

- c. Sesuai dengan tradisi yang hidup di lingkungan ASEAN, sebagai alternatif penyelesaian sengketa dan perselisihan, ASEAN menggunakan pendekatan penyelesaian melalui “*ASEAN Way*” sebagai pendekatan komplementer (*complementary approach*) disamping penyelesaian secara hukum atau *judicial settlement*.
- d. Dengan keterbatasan dan kondisi yang ada, penyelesaian sengketa dagang antar negara anggota ASEAN sulit dapat diwujudkan, mengingat banyaknya kelengkapan dan prasarana yang harus dimiliki untuk menjadikan ASEAN sebagai *judicial body* dalam menyelesaikan sengketa dagang secara mandiri seperti yang terdapat di WTO.

B. Saran

1. Negara-negara yang mengikatkan diri dalam *free trade agreement* selayaknya memiliki komitmen yang tinggi dan menempatkan pengaturan secara tegas penyelesaian sengketa dagang melalui WTO di dalam

perjanjian FTA/RTA sebagai pilihan utama penyelesaian sengketa, sehingga menghindari kemungkinan terjadinya *ambiguity* mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur dalam FTA/RTA.

2. Sebagai institusi internasional, ASEAN hendaknya memastikan di dalam protokol atau perjanjian ASEAN tertentu yang secara khusus menegaskan penggunaan *Dispute Settlement Understanding* (DSU) WTO sebagai instrumen utama penyelesaian sengketa dagang bagi negara anggota, apabila ASEAN tidak dapat mengimplementasikan penyelesaian sengketa seperti yang diatur dalam Protokol *ASEAN Enhanced Dispute Settlement Mechanism* (EDSM) 2004.

DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU

- Ade Saptomo, *Pokok-Pokok Metodologi Penelitian Hukum Empiris Murni Sebuah Alternatif*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2009.
- Alter, Karen J, *The New Terrain of International Law, Courts, Politics, Rights*, Princeton University Press, 2014.
- Andersen, Scott D, and Justine Blanchet, The United States' Experience and Practice in Suspending WTO Obligations, dalam Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, New York, 2013.
- ASEAN Secretariat, *Celebrating ASEAN: 50 Years of Evolution and Progress*, Jakarta, 2017
- Bagwell, Kyle W and Petros C. Mavroidis, *Preferential Trade Agreements: A Law and Economic Analysis*", Columbia Studies in WTO Law and Policy, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Beckman, Robert (et.al), *Promoting Compliance: The Role of Dispute Settlement and Monitoring Mechanisms in ASEAN Instruments*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2016.
- Benvenisti, Eyal and Moshe, Hirsch, *The Impact of International Law on International Cooperation*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004.
- Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum, Sebuah Penelitian tentang Pondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, Cetakan Ketiga, 2009.
- Berry, David S, *Caribbean Integration Law*, Oxford University Press, New York, 2014.
- Bhagwati, Jagdish, Regionalism and Multilateralism: An Overview, dalam Jaime de Melo and Arvind Panagariya (eds) *New Dimensions in Regional Integration*, New York, Cambridge University Press, 1993.
- Bhala, Raj, *International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice*, Lexis Nexis, Third Edition, Massachusset, 2007.
- Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Penerbit Alumni, Bandung, Edisi Kedua, 2005.

- Bown, Chad P, *Self-Enforcing Trade, Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Brooking Institution Press, Washington, 2009.
- Broude, Tomer, Busch, Marc L, and Porges, Amelia (Eds), *The Politics of International Economic Law*, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Budiono Kusumohamidjodjo, *Teori Hukum: Dilema antara Hukum dan Kekuasaan*, Yrama Media, Bandung, 2016.
- Bullard, Alfredo, *Arbitration Guide*–IBA Arbitration Committee, International Bar Association (IBA), Peru 2012.
- Campbell, Enid, et al, *Legal Research*, The Law Book Company, Melbourne, 1988, dalam Peter Mahmud Marzuki,
- Carpenter, Theresa, A Historical Perspective on Regionalism, dalam Richard Baldwin and Patrick Low, *Multilateralizing Regionalism*, Cambridge University Press.
- Chase, Kerry, *Multilateralism Compromised: the Mysterious Origins of GATT Article XXIV*, World Trade Review, Vol. 5, No. 1, Tahun 2006.
- Chayes, Abraham and Chayes, Antonia Handler, *New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995.
- Chow, Michael Ewing and Ranyta Yusran, *If You Build They Still Will not Come: ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism*, National University of Singapore, tanpa tahun.
- Chow, Michael Ewing and Ranyta Yusran, *If You Build They Still Will not Come: ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism*, National University of Singapore.
- Cohen, Morris L. & Kent C, Olson, *Legal Research*, West Publishing Company, St. Paul, Minn, 1992, p.1 dalam Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Coleman, Charley, *Leaving the European Union: Customs Unions – An Introduction*, Library Note, House of Lords, 27 January 2017, diakses 7 Juni 2017.
- Christophorus Baruru, *Seni Bersengketa di WTO* (Diplomasi dan Pendekatan Mekanisme Penyelesaian Sengketa WTO dilengkapi dengan Contoh dan Analisis Beberapa Kasus Sengketa antara Indonesia dengan Beberapa Mitra Dagang Anggota WTO), Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015.
- Curzon, Gerald, *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariffs and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, London, Michael Joseph, 1965.

- Dam, Kenneth W, *The GATT: Law and International Economic Organization*, University of Chicago Press, Chicago, 1970.
- Danvivathana, Pornchai, Thailand's Experience in the WTO Dispute Settlement System: Challenging the EC Sugar Regime, dalam Gregory C. Shaffer and Ricardo Malendez-Ortiz (eds), *Dispute Settlement at the WTO, Developing Country Experience*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2010.
- Davis, Christina L, *The Effectiveness of WTO Dispute Settlement: An Evaluation of Negotiation Versus Adjudication Strategies*, Princeton University, August 2008.
- De Mestral, Armand, NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion, dalam Lorand Bartel and Federico Ortino (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Diehl, Paul F (eds) *The Politics of Global Governance, International Organization in an Interdependent World*, Lynne Rienner Publisher, Inc, Boulder London, 3rd Edition, USA, 2005.
- Direktorat Perdagangan, Perindustrian dan Investasi dan HKI (PPIH), Ditjen Multilateral Kementerian Luar Negeri, *Sistem Penyelesaian Sengketa WTO*, Direktorat PPIH Ditjen Multilateral, Jakarta, 2011.
- Evans, David and Creso de Tarso Pereira, DSU Review: A View from the Inside, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Fisher, Simon (et.al), *Working with Conflict: Skills and Strategies for Action*, Zed Books, London, 2000.
- Forere, Malebakeng Agnes, *The Relationship of WTO Law and Regional Trade Agreements in Dispute Settlement*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2015.
- Franck, Thomas M,+ *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Friedman, Lawrence M., *Hukum Amerika Sebuah Pengantar*, Tata Nusa, Jakarta, 2001, hlm. 11, diterjemahkan oleh Wishnu Basuki dari judul aslinya American Law: An Introduction, Second Edition, 1998.
- Froese, Marc D, *Canada at the WTO: Trade Litigation and the Future of Public Policy*, University of Toronto Press, 2010.
- Gantz, David A, *Regional Trade Agreement: Law, Policy and Practice*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2009.
- Gardiner, Mayling Oey dan Susanto Imam Rahayu (et al), *Era Disrupsi: Peluang dan Tantangan Pendidikan Tinggi Indonesia*, Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia (AIPI), Jakarta, Cetakan II, 2017.

- Gilpin, Robert, The Politics of International Trade, dalam *The Political Economy of International Relations*, Princeton University Press, Princeton, 1987.
- Goldsmith, Jack L, and Posner, Eric A, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005.
- Gorely, Amanda, Managing WTO Dispute, dalam Commonwealth of Australia, *Ten Years of WTO Dispute Settlement, Australian Perspectives*, Canberra, 2006.
- Guzman, Andrew T. and Pauwelyn, Joost H.B, *International Trade Law*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012.
- Guzman, Andrew T, *How International Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Guzman, Andrew T, *A Compliance-Based Theory of International Law*, 90 Calif. L. Rev. 1823 (2002).
- Haight, F.A., *Customs Unions and Free Trade Areas Under GATT: A Reappraisal*, Journal of World Trade Law, 6(4): 391-404.
- Hata, Aspek-Aspek Hukum dan Non-Hukum Perdagangan Internasional dalam Sistem GATT dan WTO, STHB Press, Bandung, 1998.
- Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional Dalam Perspektif Indonesia Sebagai Negara Berkembang*, Penerbit Yasrif Watampone, Jakarta, 2010.
- Hilton Tarnama Putra dan Eka An Aqimuddin, *Mekanisme Penyelesaian Sengketa Di ASEAN*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2011.
- Hoekman, Bernard, Proposal for WTO Reform: A Synthesis and Assessment, dalam Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M. Stern, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, New York, 2014.
- Horlick, Gary N, Problems with the Compliance Structure of the WTO Dispute Settlement Process, dalam Daniel L.M. Kennedy and James D. Southwick, *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002.
- H.S. Kartadjoemena, *Substansi Perjanjian GATT/WTO dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa: Sistem, Kelembagaan, Prosedur Implementasi dan Kepentingan Negara Berkembang*, UI Press, 2007.
- Hufbauer, Cary Clyde and Ben Goodrich, Lessons from NAFTA, dalam Jeffrey J. Schott (editor), *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*, Institute for International Economics, Washington, DC, 2004.
- Hutchinson, Terry, *Researching and Writing in Law*, Lawbook Company, Sydney, 2002, dalam Peter Mahmud Marzuki.

- Iida, Keisuke, Is WTO Dispute Settlement Effective?, dalam Paul F. Diehl (Editor), *The Politics of Global Governance, International Organization in an Interdependent World*, Lynne Rienner Publisher, 2005.
- Jackson, John H., *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2006.
- Jackson, John H, Davey, William J. Davey and Sykes, Alan O, Jr, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, Third Edition, American Casebook Series, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1995.
- Jackson, John H., *The World Trading System - Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, Massachusetts, 1997.
- Jackson, John H, William J. Davey, Alan O. Sykes Jr, *Legal Problems of International Economic Relations*, West Publishing Co, USA, Sixth Edition, 2013.
- Jara, Alejandro, The Legal Affairs Division at Thirty and Beyond, dalam Gabrielle Marceau (eds), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017.
- Jessup, Philip C., *A Modern Law of Nations: An Introduction*, The Macmillan Company, New York, 1956.
- Klimenko, B.M., Petrovsky, V.F, and Rybakov, Yu M (Editors), *A Dictionary of International Law*, Progress Publishers, 1986.
- Koh, Tommy and Chang Li Lin (Editors), *The United States Singapore Free Trade Agreement Highlights and Insights*, World Scientific Publishing, Singapore, 2005.
- Kraichitti, Krit, *Dispute Settlement Mechanism for ASEAN Community: Experiences, Challenges and Way Forward*, paper pada Workshop on Trade and Investment, ASEAN Law Association 12th General Assembly, 25-28 February 2015, Manila, Republic of the Philippines.
- Krueger, Anne O., *The Political Economy of Trade Protection*, National Bureau of Economic Research and the University of Chicago Press, Chicago, 1996.
- Kulovesi, Kati, *The WTO Dispute Settlement System, Challenges of the Environment, Legitimacy, and Fragmentation*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2011.
- Kwak, Kyung and Gabrielle Marceau, Overlaps and Conflicts of Juisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, dalam Lorand Bartels and Federico Ortino (eds), *Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, New York, 2006.

- Lawrence, Robert Z., Regionalism and the WTO: Should the Rules Be Changed? dalam Jeffrey J. Schott (ed), *The World Trading System, Challenges Ahead*, Washington, DC, Institute for International Economics, 1996.
- Lim, C.L and Gao, Henry, The Politics of Competing Jurisdictional Claims in WTO and RTA Disputes: The Role of Private International Law Analogies, hlm 290, dalam Tomer Broude, Marc L. Busch, and Amelia Porges (eds), *The Politics of International Economic Law*, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Magnus, John, Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions : Is there a Crisis, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Marceau, Gabrielle, Consultations and the Panel Process in the WTO Dispute Settlement System, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Marceau, Gabrielle (eds), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Role of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge University Press, London, 2015.
- Matsushita, Mitsuo, The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems, dalam Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M Stern, *The The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, New York, 2014.
- Mavroidis, Petros C, George A. Berman, and Mark Wu, *The Law of the World Trade Organization (WTO) Documents, Cases & Analysis*, West, United States of America, 2010.
- Matsushita, Mitsuo, The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems, dalam Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M. Stern (eds), *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, New York, 2014.
- Ministerio Comercio y Turismo (Mincetur), *Trans-Pacific Partnership (TPP): 105 Questions and Answers*, 2016, Peru.
- Mitchell, Andrew D, Due Process in WTO Disputes, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Mitchell, Andrew D, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Bina Cipta, Bandung, 1986.

_____, Pengantar Hukum Internasional, Buku I: Bagian Umum, Penerbit Binacipta, Bandung, 1977.

Mog Choi, Won, Esq, Korea's Experience of Peaceful Settlement of WTO Disputes (Some Lessons for Asia), dalam *ISIL-KSIL International Law Conference Paper on Peaceful Settlement of International Disputes in Asia*, 13 Desember 2012, Jakarta.

M. Syamsudin, *Operasionalisasi Penelitian Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007.

Muhammad, V.A. Seyid, *The Legal Framework of World Trade*, Stevens & Sons Limited, London, 1958.

Munir Fuady, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, Prenadamedia, Jakarta, Cetakan Ketiga, 2014.

Office of Legal Affairs-Codification Division, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, United Nations, New York, 1992.

Oxford Handbook on the World Trade Organization, Oxford University Press, New York, 2014.

Palmeter, David, and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Petri, Peter A and Michael G. Plummer, The Economic Effect of the TPP: New Estimates, dalam Cathleen Cimino-Isaacs and Jeffrey J. Schott, (ed), *Trans-Pacific Partnership: An Assessment*, Policy Analysis in International Economics 104, Peterson Institute for International Economics, Washington D.C., 2016.

Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2010.

Petersmann, Ernst-Ulrich, *Ten Years of the WTO Dispute Settlement System: Past, Present, and Future*, Journal of International Law & Policy, Vol III, University of Pennsylvania.

Porges, Amelia, *Dispute Settlement*, dalam Jean Pierre Chaeffour dan Jean Christophe Maur, *Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook*, World Bank Publication, 2011.

Pruitt, Dean G. dan Jeffrey Z. Rubin, *Teori Konflik Sosial*, Pustaka Pelajar, Cetakan III, Yogyakarta, 2011.

Rittberger, Berthold and Philip Schroeder, *The Legitimacy of Regional Institutions*

Snape R, The History and Economics of GATT's Article XXIV, Regional Integration and the Global Trading System, New York, St. Martin Press, 273-91, dalam Kyle W Bagwell and Petros C. Mavroidis, *Preferential Trade Agreements: A Law and*

- Economic Analysis*”, Columbia Studies in WTO Law and Policy, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Sabarti Akhadiah dan Winda Dewi Listyasari (Editor), *Filsafat Ilmu Lanjutan*, Prenadamedia Group, Jakarta, Cetakan ke-3, 2015.
- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014.
- Sefriani, *Peran Hukum Internasional Dalam Hubungan Internasional Kontemporer*, Rajawali Pers, Depok, 2016.
- Schwab, Susan C, *Trade-Off: Negotiating the Omnibus Trade and Competitiveness Act*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 1994.
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Paradigma, Metode dan Masalahnya*, Huma, Jakarta, 2002.
- Steger, Debra P, The Appellate Body and Its Contribution to WTO Dispute Settlement, dalam Daniel M. Kennedy and James D. Southwick, *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002.
- Stewart, Terence P. and Christopher J. Callahan, *Dispute Settlement Mechanisms – The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Kluwer Law and Taxation Publisher, Netherlands, 1993.
- Suteki dan Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum (Filsafat, Teori dan Praktik)*. Rajawali Pers, Depok, 2018.
- Sutherland, Peter (et.al), *The Future of the WTO* (2005).
- Termudomchai, Natthada, *ASEAN Dispute Settlement Mechanism: a Study of its Ineffectiveness in Resolving Economic Disputes*, Assumption University Law Journal, Vol. 7 No. 2 (July – December 2016).
- The ASEAN Secretariat, *Celebrating ASEAN: 50 Years of Evolution and Progress, A Statistical Publication*, Jakarta, 2017.
- Toohey, Lisa, *When ‘Failure’ Indicate Success: Understanding Trade Disputes between ASEAN Members*, dalam Ross P. Buckley (ed) *East Asia Economic Integration: Law, Trade and Finance*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom, 2011.
- Trachtman, Joel, Jurisdiction in WTO Dispute Settlement, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Umar Suryadi Bakri, *Ekonomi Politik Internasional Suatu Pengantar*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, Cetakan I, 2015.

- Van den Bossche, Peter, The Making of the “World Trade Court”: the origin and development of the Appellate Body of the World Trade Organization, dalam Rufus Yersa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005.
- Van Grastek, Craig, *The History and Future of the World Trade Organization*, WTO, Geneva, 2013.
- Vergano, Paolo R, *The ASEAN Dispute Settlement Mechanism and its Role in a Rules-Based Community: Overview and Critical Comparison*, paper presented at Asian International Economic Law Network (AIELN) Inaugural Conference, 30 Juni 2009.
- WTO, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations-The Legal Text*, Geneva, 1995.
- World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Second Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017.
- World Trade Organization, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995 – December 2007*, WTO, Geneva, 2008.
- Yerxa, Rufus and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Zdouc, Werner, The Reasonable of Time for Compliance with rulings and recommendations adopted by the WTO Dispute Settlement Body, dalam Rufus Yerxa and Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, New York, 2005

B. PAPER/MAKALAH

- C. Chase, A Yanovich, J. Crawford, and P. Ugaz, “*Mapping of Dispute Settlement Mechanism in Regional Trade Agreement – Innovative or Variation on a Theme?*”, WTO Staff Working Paper (ERSD-2013-07, 2013).
- Koesnaldi, Joseph Wira, *For More Effective and Competitive ASEAN Dispute Settlement Mechanism*, Paper for WTI/SECO Project, Jakarta, June, 2014.
- Ministerio Comercio y Turismo (Mincetur), *Trans-Pacific Partnership (TPP): 105 Questions and Answers*, 2016, Peru.

Mirus, Rolf and Nataliya Rylska, *Economic Integration: Free Trade Areas vs Customs Union*, Western Centre for Economic Research, University of Alberta, Edmonton, Canada.

Mog Choi, Won, Esq, Korea's Experience of Peaceful Settlement of WTO Disputes (Some Lessons for Asia), dalam *ISIL-KSIL International Law Conference Paper on Peaceful Settlement of International Disputes in Asia*, 13 Desember 2012, Jakarta.

Policy Support Unit APEC Secretariat, *Trends and Developments in Provisions and Outcomes of RTA/FTAs Implemented in 2015 by APEC Economies – Presentation*, Dialogue on Regional Trade Agreements and Free Trade Agreements, Lima, Peru, 25 Agustus 2016.

Vergano, Paolo R, *The ASEAN Dispute Settlement Mechanism and Its Role in a Rules-Based Community: Overview and Critical Comparison*, Asian International Economic Law Network (AIELN) Inaugural Conference, 30 Juni 2009.

World Trade Organization, *Twenty Years of the WTO A Retrospective*, Jenewa, 2015.

Yasui, Tadashi, *Customs Administrations Operating Under Customs Union Systems*, World Customs Organization, WCO Research Paper No. 29 (Januari 2014).

C. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-Undang No. 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing the World Trade Organization*

Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Undang-Undang No. 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan.

D. PERJANJIAN/AGREEMENT

Agreement on Agriculture

Agreement on Anti-Dumping

Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures

Agreement on Safeguard

Agreement on Subsidies and Countervailing Measures

Agreement on Technical Barriers to Trade

Agreement on Textile and Clothing

Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs)

Agreement on Trade- Related Intellectual Property Rights (TRIPS)

ASEAN Charter

ASEAN – China Free Trade Agreement

ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism of 2004 (EDSM)

Australia – New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement

Common Effective Preferential Tariff Agreement for the ASEAN Free Trade Area (CEPT for AFTA)

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership

Indonesia – Japan Economic Partnership Agreement,

General Agreement on Tariff and Trade (GATT) 1947

Korea – United States Free Trade Agreement

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization

North American Free Trade Agreement (NAFTA)

Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanism of 2010 (ACDSM)

Statute of the International Court of Justice

Trans-Pacific Partnership Agreement

Tratado de Libre Comercio Peru – Guatemala

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

United Nations Charter

E. REPORT

Advisory Centre on WTO Law (ACWL), *Report on Operations 2015*, Jenewa, 2016

Advisory Council on WTO Law (ACWL), *Billing Policy and Time Budget*, dikeluarkan oleh Management Board ACWL, 19 November 2007.

ASEAN Secretariat, *ASEAN Integration Report 2015*, Jakarta.

Court of Justice of the European Union, *Annual Report 2016, The Year in Review*, European Union 2017, Belgium, 2017.

European Union, *The European Union Explained*, Brussels, 2016.

WTO Appellate Body, *Annual Report for 2011 - July, 2012*, Geneva, 2012

World Trade Organization, *Appellate Body Report*, WT/DS283/AB/R/28 April 2005.

World Trade Organization, *Dispute Settlement Body Annual Report 2015*, Geneva, 2015

World Trade Organization, *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, Status Report by Peru*, Geneva, 2016

World Trade Organization, *Annual Report 2018*, Geneva, 2018.

F. OFFICIAL WEBSITES

Association of South East Asian Nation, www.asean.org

Advisory Center on WTO Law, www.acwl.ch

Gulf Cooperation Council, <http://www.gcc-sg.org>

Peru Acuerdos Comerciales, <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe>

United State Trade Representative, www.ustr.gov

World Trade Organization, www.wto.org

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

- I. N a m a** : Ahmad Saleh B. Kusnowibowo
- Tempat/Tgl. Lahir : Pontianak, 7 Mei 1967
- Alamat Rumah : Jl. Mandor Ety, RT 03/RW 02, Tanah Baru, Beji,
Depok
- Alamat Kantor : Jl. Taman Pejambon No. 6, Jakarta Pusat 10110
- Status Perkawinan : Menikah
- Isteri/Suami : Sri Gupayani

II. Pendidikan

Sekolah Dasar di SDN 18 Pontianak, tamat tahun 1980.

Sekolah Menengah Tingkat Pertama di SMPN 8 Pontianak, tamat tahun 1983.

Sekolah Lanjutan Atas di SMA Mujahidin Pontianak, tamat tahun 1986.

Fakultas Hukum (S1) di Universitas 17 Agustus 1945 Semarang, tamat tahun 1992.

Program Pascasarjana Master of Business Administration (S2) di Newport University, Karachi, Pakistan, tamat tahun 2001. (Judul Tesis: **“The Role of Container Management in Promoting Export”**)

Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum (S2) di Universitas Jayabaya, tamat tahun 2012. (Judul Tesis: **“Perlindungan Hukum Terhadap Foreign Direct Investment Dalam Perjanjian Penanaman Modal Di Era Perdagangan Bebas”**)

III. Pekerjaan

PT. Sagita Sarana Raharja (General Insurance) (dari tahun 1992 s/d tahun 1994)

Kementerian Luar Negeri RI (dari tahun 1994 s/d sekarang)

IV. Pengalaman Organisasi**V. Karya Ilmiah**

Buku: "Hukum Investasi Internasional", Penerbit Pustaka Reka Cipta,
Bandung

VI. Lain-Lain Yang Dianggap Perlu