

HUKUM INTERNASIONAL

Dalam Pusaran Politik dan Kekuasaan

Buku yang hadir di tangan pembaca sekalian ini, mencoba mengupas perbedaan pandangan tentang eksistensi Hukum Internasional, bahkan terkait dengan identitas apakah merupakan hukum atau tidak.

Para ahli ada yang berpendapat bahwa hukum internasional tidak dapat digolongkan kedalam kelompok ilmu hukum tetapi hanya sekedar moral internasional yang tidak mengikat secara positif.

Namun ada sarjana yang menyatakan bahwa hukum internasional merupakan hukum positif yang sudah terbukti menyelesaikan atau mengatur persoalan - persoalan dunia bahkan ada pendapat yang menyatakan hukum internasional sebagai "world law" atau hukum dunia yang didalamnya ada jaringan, sistem serta mekanisme dari suatu pemerintahan dunia yang mengatur pemerintah-pemerintah dunia.

Penerbit
Pustakapedia Indonesia
Jl. Kertamukti No. 80
Pisangan Timur - Tangerang Selatan
Email: penerbitpustakapedia@gmail.com
Website: <http://pustakapedia.com>

Seri: HUKUM



HUKUM INTERNASIONAL

Dr. Isharyanto, S.H., M.Hum

HUKUM INTERNASIONAL

Dalam Pusaran Politik dan Kekuasaan

Dr. Isharyanto, S.H., M.Hum

Pustakapedia

Pustakapedia

HUKUM INTERNASIONAL
dalam Pusaran Politik
dan Kekuasaan

Dr. Isharyanto, S.H., M.Hum.

Pustakapedia Indonesia

Hukum Internasional dalam Pusaran Politik dan Kekuasaan

Isharyanto

©2017, **Isharyanto**

Hak cipta dilindungi undang-undang

Editor: Abdullah Maulani

Tata Letak: Abdullah Maulani Desain

Sampul: Tim Grafis Pustakapedia

Gambar Sampul: Pixabay

ISBN 978-602-6719-15-7

Cetakan ke-I, Agustus 2017

Diterbitkan oleh:

Pustakapedia

(CV Pustakapedia Indonesia)

Jl. Kertamukti No 80 Pisangan

Ciputat Timur - Tangerang Selatan 15419

Email: penerbitpustakapedia@gmail.com

Website: <http://pustakapedia.com>

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara apapun tanpa izin tertulis dari Penulis

KATA PENGANTAR

Buku yang hadir di tangan pembaca sekalian ini, mencoba mengupas perbedaan pandangan tentang eksistensi Hukum Internasional, bahkan terkait dengan identitas apakah merupakan hukum atau tidak. Para ahli ada yang berpendapat bahwa hukum internasional tidak dapat digolongkan kedalam kelompok ilmu hukum tetapi hanya sekedar moral internasional yang tidak mengikat secara positif. Namun ada sarjana yang menyatakan bahwa hukum internasional merupakan hukum positif yang sudah terbukti menyelesaikan atau mengatur persoalan-persoalan dunia bahkan ada pendapat yang menyatakan hukum internasional sebagai "*world law*" atau hukum dunia yang didalamnya ada jaringan, sistem serta mekanisme dari suatu pemerintahan dunia yang mengatur pemerintah-pemerintah dunia.

Untuk memperdalam kajian dalam buku ini, Penulis mencoba untuk mengupas permasalahan dengan pengayaan berbagai negara, seperti negara-negara di kawasan Uni Eropa, Indonesia, Jepang, China, dan India. Pengayaan permasalahan itu dilakukan

demi dalamnya kajian buku ini. Dalam kajian tersebut ditemukan sebuah persamaan corak bahwa hukum nasional setiap negara mempunyai arti penting dalam konstelasi politik dunia dewasa ini dan masyarakat internasional.

Akhir kata, penulisan buku ini jauh dari kata sempurna, karena kesempurnaan hanya milik Tuhan YME. Demi sempurnanya buku ini Penulis mengharapkan masukan dan saran dari pembaca sekalian. Teriring ucapan terima kasih penulis sampaikan kepada semua pihak yang telah membantu hingga terbitnya buku ini.

Penulis

Dr. Isharyanto, S.H., M.Hum

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR.....	i	
DAFTAR ISI.....	iii	
BAB I	<i>THE EUROPEAN WAY</i> DAN MASA	
	DEPAN HUKUM INTERNASIONAL.....	1
	A. Pengantar.....	1
	B. Ancaman Baru, Respon Baru.....	8
	C. Penguatan Institusi Domestik.....	12
	D. Dukungan terhadap Pemerintahan	
	Domestik.....	20
	E. Pengaruh terhadap Hukum Nasional....	23
BAB II	PRIORITAS HUKUM	
	INTERNASIONAL TERHADAP	
	HUKUM DOMESTIK.....	29
	A. Pengantar.....	29
	B. Hubungan Hukum Nasional dan	
	Hukum Internasional.....	33
	C. Perbandingan dengan Negara Lain.....	36
	D. Relasi dengan Sistem Hukum	
	Indonesia.....	40
BAB III	EFEK HUKUM INTERNASIONAL	
	DALAM SISTEM HUKUM NASIONAL	
	(PENGALAMAN JEPANG).....	55

	A. Pengantar.....	55
	B. Kedudukan Hukum Internasional dalam Sistem Hukum Jepang.....	58
	C. Fase Penerimaan.....	64
	D. Penutup.....	67
BAB IV	PENERIMAAN HUKUM INTERNASIONAL KE SISTEM HUKUM NASIONAL (PENGALAMAN CHINA).....	69
	A. Pengantar.....	69
	B. Makna Implementasi.....	77
	C. Hukum Hak Asasi Manusia.....	82
	D. Respon Peradilan.....	86
	E. Firma Hukum Global.....	98
	F. Penutup.....	102
BAB V	PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL (<i>BILATERAL INVESTMENT TREATIES</i>): PENGALAMAN INDIA.....	103
	A. Pengantar.....	103
	B. Postur BIT.....	105
	C. Praktik 1947-1990.....	113
	D. Periode 1990-an-sekarang.....	118
	E. BIT: Instrumen Pemikat Asing.....	122
	F. Periode 2011-sekarang.....	126

BAB VI	PENUTUP.....	131
DAFTAR PUSTAKA.....		139
BIOGRAFI PENULIS.....		147

BAB I

***THE EUROPEAN WAY* DAN MASA DEPAN HUKUM INTERNASIONAL**

A. Pengantar

Selama bertahun-tahun, hukum internasional dan hubungannya dengan hukum nasional telah didefinisikan dalam berbagai cara. Sangat penting bahwa hukum internasional dipahami sebagai undang-undang, dan relatif otonom berkenaan dengan kedaulatan hukum nasional, dan juga mengenai politik nasional dan internasional. Tentu saja, selalu ada teori yang berbeda dan berlawanan mengenai masalah ini. Ada beberapa argumen untuk melawan klaim bahwa hukum internasional benar-benar “hukum.” Di sini, kita dihadapkan dengan isu monisme atau dualisme. Jika condong ke arah monisme, kita cenderung mendefinisikan hukum internasional dan nasional sebagai satu kesatuan, sementara pendekatan dualistik membawa pembentukan perbedaan penting antara kedua entitas tersebut.

Kalangan internasional harus memperhatikan teori, pertanyaan dan fakta yang berkaitan dengan kepatuhan negara terhadap hukum internasional.

Seperti yang dikatakan oleh Sekretaris Perserikatan Bangsa-Bangsa ('PBB') Kofi Annan, *"we enjoy a set of international rules of everything from trade to the law of the sea, from terrorism to the environment and from small arms to weapons of mass destruction...but, without implementation, our declarations ring hollow."*¹ Di luar kebutuhan belaka, studi tentang kepatuhan didorong oleh keingintahuan intelektual yang kuat. Karena kekurangan alat penegakan hukum yang kompleks yang mendukung hukum nasional, hukum internasional tetap memproyeksikan legitimasi dan wewenang dan memunculkan tingkat kepatuhan yang mengesankan dari negara pihak.²

Berdasarkan tradisional hukum internasional, klaim individu dapat mencapai tanggung gugat internasional hanya jika sebuah negara melakukan perlindungan diplomatik dan mendukung klaim warga negaranya dalam sebuah forum internasional. Baru-baru ini, hukum internasional telah merambah zona urusan dalam negeri yang dulu eksklusif untuk mengatur hubungan antara pemerintah dan warganya sendiri, terutama melalui perkembangan rezim hak asasi manusia dan hukum pidana internasional. Tetapi bahkan dalam contoh-contoh ini, hukum internasional telah

¹ United Nations General Assembly, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All: Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/59/2005 (2005).

² Harold Hongju Koh, 'Why Do Nations Obey International Law?' (1997) 8 *The Yale Law Journal* 106, hlm. 2656.

mengakui batasan yang jelas antara politik domestik dan internasional. Model klasik hukum internasional yang terpisah dari ranah domestik mencerminkan masalah tradisional yang dianut sistem hukum internasional, yaitu fasilitasi kerja sama antarnegara dan perlakuan terhadap satu negara sebuah warga negara oleh negara lain. Termasuk dalam hal ini adalah isu kekebalan diplomatik atau hak-hak kapal di laut lepas, di mana tujuan-tujuan hukum internasional dapat diwujudkan tanpa halangan.

Ekspansi internasional merupakan salah satu kecenderungan terbesar di antara firma hukum dalam beberapa dekade terakhir. Banyak firma hukum saat ini memutuskan melakukan aksi global. Wartawan dan ilmuwan sama-sama telah banyak menulis tentang bangkitnya firma hukum global, terutama beberapa firma raksasa yang mempekerjakan ribuan orang di seluruh dunia.³ Namun demikian bagaimanakah postur firma hukum internasional tersebut? Apakah mereka menjadi bagian dari pusat perusahaan finansial atau perusahaan perifer yang dikelola oleh beberapa orang? Bagaimana mereka memikirkan keunggulan komparatif mereka dibandingkan perusahaan lokal? Ekspansi itu sendiri merupakan bagian dari “tipologi globalisasi.”⁴

³ Abel, Richard L. 1993. *Transnational Law Practice*. *Case Western Law Review* 44, hlm. 737-870.

⁴ Faulconbridge, James R., Jonathan V. Beaverstock, Daniel Muzio, and Peter J. Taylor. 2008. *Global Law Firms*:

Landasan hukum internasional masih mencerminkan prinsip-prinsip kedaulatan Westphalian, yang seringkali tampil sebagai mitos dan retorika. Dalam konsepsi ini, negara adalah wilayah fisik yang didefinisikan sebagai ruang “ *within which domestic political authorities are the sole arbiters of legitimate behavior.*”⁵ Negara dapat menjadi bagian sistem hukum internasional dengan menyetujui peraturan tertentu. Demikian juga, negara dapat memilih untuk tetap menegaskan kedaulatan mereka sendiri dan menghindari keterlibatan internasional. Secara formal, kedaulatan Westphalia bukan saja hak untuk mandiri, untuk dikecualikan, terbebas dari campur tangan eksternal. Tapi juga hak untuk diakui sebagai subyek otonom dalam sistem internasional, mampu berinteraksi dengan negara lain dan menandatangani kesepakatan internasional. Dengan latar belakang pemahaman kedaulatan ini, sebuah sistem hukum internasional, yang meliputi negara-negara dan dibatasi oleh prinsip persetujuan negara, menampakkan eksistensinya.

Akan tetapi dalam kehidupan dewasa ini, tantangan yang dihadapi negara dan masyarakat internasional sama-sama menuntut tanggapan yang

Globalization and Organizational Spaces of Cross-Border Legal Work. *Northwestern Journal of International Law and Business* 28: 455-88, hlm. 464.

⁵ Stephen D. Krasner, 1999, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, hlm. 20.

sangat berbeda dan dengan demikian melahirkan peran baru bagi sistem hukum internasional. Proses globalisasi dan munculnya ancaman transnasional telah mengubah secara mendasar sifat pemerintahan dan tujuan hukum internasional yang diperlukan dalam beberapa tahun terakhir. Dari isu polusi lintas batas ke kamp pelatihan teroris, mulai dari isu pengungsi sampai proliferasi senjata, masalah internasional memiliki hambatan bahwa sistem hukum antarnegara seringkali tidak berdaya mengatasinya. Untuk memberikan respons yang efektif terhadap tantangan baru ini, sistem hukum internasional harus dapat mempengaruhi kebijakan domestik sebuah negara dan memanfaatkan institusi nasional dalam mencapai tujuan global yang diidealkan. Untuk menciptakan kondisi yang diinginkan dalam sistem internasional, mulai dari isu perdamaian hingga kesehatan dan kesejahteraan, hukum internasional harus memperhatikan kapasitas dan kehendak pemerintah sebuah negara untuk menerima keberlakuan hukum internasional dalam sistem domestik. Pada gilirannya, medan utama hukum internasional harus bergeser, dari peraturan independen yang melampaui yurisdiksi di negara nasional menjadi keterlibatan langsung dengan institusi domestik. Ada tiga bentuk keterlibatan tersebut yaitu memperkuat institusi domestik, mendukung institusi domestik, dan mendorong institusi domestik untuk bertindak. Fitur yang paling mencolok dari

konsepsi hukum internasional ini adalah penekanan langsung pada pembentukan atau dalam menentukan hasil politik di negara-negara berdaulat sesuai dengan peraturan hukum internasional. Bahkan di tahun 1945, perancang Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tetap mempertahankan posisi klasik yang tidak boleh dilakukan oleh hukum dan lembaga internasional “*intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state.*”⁶ Namun, sekarang tujuan hukum internasional dan stabilitas sistem internasional itu sendiri sangat bergantung pada pilihan domestik lewat proses politik nasional yaitu apakah akan memberlakukan undang-undang tertentu, membentuk institusi, atau bahkan membadankan dalam pemerintahan yang efektif. Dengan memastikan pemerintah dalam mengejar tujuan kolektif, hukum internasional mulai memainkan peran yang jauh lebih aktif dalam membentuk pilihan politik nasional ini. Dengan asumsi bahwa kecenderungan politik, ekonomi, dan teknologi saat ini terus berlanjut, keefektifan hukum internasional di masa depan akan menghidupkan kemampuannya untuk mempengaruhi dan mengubah politik dalam negeri.

Fungsi hukum internasional ini sudah dikenal oleh anggota Uni Eropa. Memang, dalam memperluas keanggotaan ke 10 negara baru selama dekade yang lalu, Uni Eropa telah mengandalkan undang-undang sebagai

⁶ Lihat Piagam PBB Pasal 2 Paragraf 7.

alat utama reformasi dan sosialisasi.⁷ Bahkan di antara negara anggota pendiri. institusi Uni Eropa terus fungsi baru hukum internasional tersebut. Para sarjana hukum Eropa sendiri mulai mengenali penggunaan hukum ini; sebuah generasi baru yang dikenal sebagai “cara-cara ber hukum mode Eropa” (*European Way Of Law*).⁸ Tentu saja terbuka pandangan bahwa cara-cara ber hukum itu berlaku di luar konteks Eropa.⁹ Sejumlah ahli juga mengakui, potensi bahaya dalam kecenderungan baru tersebut. Visi tentang fungsi utama masa depan hukum internasional mengasumsikan adanya interaksi yang intensif antara hukum internasional dan politik dalam negeri. Tetapi politisi dalam negeri dapat memanipulasi lembaga dan mandat hukum internasional untuk melayani tujuan mereka sendiri, seperti memenjarakan pembangkang politik sebagai bagian dari mematuhi resolusi Dewan Keamanan yang mewajibkan tindakan domestik melawan terorisme. Secara lebih luas, dasar-dasar positivis hukum internasional, yang

⁷ Mark Leonard, 2005, *Why Europe Will Run the 21st Century*, hlm. 43–46.

⁸ Gráinne de Búrca, “Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union”, 27 *Fordham Int’l L.J.* 679, 680 (2004).

⁹ Eric Posner dan John Yoo, “Reply to Helfer and Slaughter”, 93 *Cal. L. Rev.* 957, 966 (2005). Kedua ahli ini berujar, “There is no reason to think that a court that works for Europe, where political and legal institutions in most countries are of high quality, would work for a world political community that lacks the same level of cohesion and integration. Whatever one thinks about the EU, it is nothing like the international community.”

mengharuskan negara-negara untuk secara bebas menerima campur tangan semacam itu dalam politik domestik, meningkatkan kemungkinan manipulasi dan bahkan penerapan “ semacam itu sebagai akibat dari disparitas kekuasaan.

B. Ancaman Baru, Respon Baru

Hukum dapat mencerminkan dan mewujudkan aspirasi dunia yang lebih baik. Sebagai alternatif, dan kemungkinan besar, muncul-muncul norma-norma baru untuk merespons masalah konkret. Perubahan sifat hukum internasional saat ini ditujukan untuk menanggapi masalah baru di dunia. Gambaran yang paling mencolok dari perspektif ini adalah bahwa hal itu muncul dari dalam negara dan bukan dari aktor negara sendiri. Contohnya: ada tuduhan bahwa serangan teroris 11 September 2001, diluncurkan oleh sekelompok aktor non-negara yang beroperasi dari wilayah Afghanistan. Kemudian, kejahatan etnis besar-besaran di Rwanda, Kongo, dan Sudan sebagian besar merupakan produk kelakuan pemberontak di negara tersebut.

Contoh paling berbahaya adalah proliferasi nuklir yang seringkali dikaitkan dengan jaringan penjahat non-negara seperti yang dilakukan oleh A. Q. Kahn. Laporan Panel Tingkat Tinggi Sekretaris Jenderal untuk Ancaman, Tantangan dan Perubahan mengidentifikasi masalah antarnegara seperti “ *poverty, infectious disease and*

environmental degradation . . . civil war, genocide and other large scale atrocities. . . nuclear, radiological, chemical and biological weapons, terrorism, [and] transnational organized crime”, sebagai salah satu ancaman utama yang dihadapi masyarakat internasional saat ini. Ancaman-ancaman transnasional seperti itu lebih sering ditanggulangi oleh pemerintahan nasional sebuah negara. Menangkap penjahat atau teroris, mengamankan bahan nuklir, dan mencegah polusi berada di dalam kewenangan hukum nasional. Hasilnya adalah keamanan eksternal banyak negara bergantung pada kemampuan pemerintah nasional untuk menjaga keamanan dalam negeri cukup. Jika sebuah negara cukup kuat untuk melawan ancaman internal tersebut, hukum internasional dapat dan harus memainkan peran koordinasi untuk memastikan bahwa pemerintah bekerja sama dalam menangani ancaman sebelum masalah-masalah itu menjadi persoalan lintasnegara. Terlalu sering, pemerintah domestik tidak memiliki kemauan atau kemampuan untuk menanggapi tantangan-tantangan ini secara memadai.

Sejak awal 1990an, jumlah negara yang tidak dapat mengendalikan wilayah mereka secara efektif telah meningkat.¹⁰ Seperti dituturkan oleh Fukuyama, bahwa “*[s]ince the end of the Cold War, weak or failing states have arguably become the single most important problem for*

¹⁰ Jeremy W. Weinstein et al., *On the Brink, Weak States and US National Security: A Report of the Commission for Weak States and US National Security* 9-12 (2004).

*the international order Weak or failing states commit human rights abuses, provoke humanitarian disasters, drive massive waves of immigration, and attack their neighbors.”*¹¹ Bila pemerintah nasional tidak mampu atau tidak mau menghadapi ancaman ancaman itu sendirian, hukum internasional dapat masuk untuk membantu membangun kapasitas mereka atau memperkuat kemauan mereka. Penggunaan hukum internasional ini bergerak melampaui definisi klasiknya sebagai “*the rights subsisting between na- tions,*” dan konsepsi yang lebih modern, seperti, mengatur perilaku negara terhadap warganya sendiri.¹²

Manakala identitas hukum hak asasi manusia merupakan seperangkat pembatasan perilaku pemerintah, ditambah dengan serangkaian aspirasi positif terhadap hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya, fungsi hukum internasional yang baru ini berusaha secara aktif untuk membentuk tidak hanya hukum domestik tetapi juga lingkungan politik dalam negeri yang memungkinkan peningkatan tindakan pemerintah. Hasilnya jauh lebih invasif, tapi juga berpotensi transformatif. Bagi banyak negara, mulai dari Amerika Serikat sampai Rusia, dari negara-negara Timur Tengah

¹¹ Francis Fukuyama, *State Building: Governance and World Order in the 21st Century* 92–93 (2004).

¹² Lihat dalam Anne-Marie Slaughter & William Burke-White, *An International Constitutional Moment*, 43 *Harv. Int’l L.J.* 1 (2002).

hingga Afrika, penggunaan hukum internasional yang baru ini juga jauh lebih menakutkan.

Model baru ini muncul dari konsepsi hukum internasional yang menyebar ke luar Eropa. Perjanjian Limburg, mengakhiri Perang Tiga Puluh Tahun dengan prinsip "*cuius regio, eius religio*", memberi jalan Perjanjian Roma, mengakhiri satu abad perang intra-Eropa dengan konsep kedaulatan gabungan yang telah terus berkembang dan diperdalam dalam kelembagaan Uni Eropa kontemporer. Karena sistem hukum Uni Eropa telah berevolusi, tujuan utama *the European Court of Justice* dan bahkan Komisi Eropa cenderung menciptakan dan memberlakukan undang-undang Uni Eropa sebagai hukum internasional daripada memacu pengadilan nasional dan badan legislatif menerapkan undang-undang Uni Eropa sebagai hukum nasional. Perhatikan cara yang tepat bahwa hukum Eropa bekerja dalam persamaan ini. Dengan menerbitkan 80.000 butir ketentuan, Dewan Uni Eropa dan Komisi Uni Eropa mengeluarkan arahan yang menentukan tujuan dan bukan sarana semata. Terserah kepada legislatif dan pengadilan nasional untuk memutuskan dengan tepat bagaimana negara anggota yang bersangkutan akan memenuhi ketentuan tertentu. Begitu aturan tersebut disahkan, institusi Pengadilan dan Komisi Uni Eropa menekan negara-negara anggota untuk memastikan bahwa mereka benar-benar melakukan apa yang harus

mereka lakukan. Cara ber hukum model Eropa ini justru merupakan idealisasi peran hukum internasional umumnya di seluruh dunia. Banyak pakar strategi keamanan terkemuka secara terbuka menyerukan perluasan “proyek integratif” regional model Uni Eropa tersebut untuk dilaksanakan di Afrika, Amerika Latin, dan Asia. Strategi Keamanan Eropa, yang diajukan oleh Javier Solana dan disahkan oleh Dewan Eropa pada bulan Desember 2003, tidak lagi secara terbuka merangkul visi ini, namun menyadari bahwa ASEAN, MERCOSUR, dan Uni Afrika memberikan kontribusi penting bagi dunia yang lebih tertib. Menyebarkan cara-cara ber hukum di luar Eropa, sebagaimana sedang berjalan, memerlukan pemikiran ulang yang lebih luas mengenai fungsi hukum internasional. Seperti di Eropa, meningkatnya jumlah peraturan internasional tidak lagi berhubungan antarnegara akan tetapi seiring meningkatnya kapasitas dan kemauan pemerintah untuk bertindak sesuai dengan cara yang ditentukan terhadap masyarakat mereka sendiri. Bentuk lebih lanjut adalah interaksi yang berkembang antara hukum internasional dan politik dalam negeri.

C. Penguatan Institusi Domestik

Keterbatasan utama sistem internasional adalah kelemahan institusi pemerintah di banyak negara di seluruh dunia. Karena kekerasan, kemiskinan,

penyakit, korupsi, dan teknologi atau pelatihan yang terbatas, pemerintah nasional terlalu sering kekurangan sumber daya, keterampilan, dan kemampuan untuk memberikan solusi yang memadai terhadap masalah lokal dan transnasional. Contohnya kegagalan negara di Somalia pada awal 1990an, kehancuran akibat bencana alam seperti tsunami tahun 2004, perang saudara seperti di Angola dari tahun 1998 sampai 2003, atau korupsi yang merajalela di Rusia pada pertengahan tahun 1990an. Hukum internasional memiliki peran penting dalam proses ini.

Sarana penting dalam memperkuat institusi pemerintah nasional adalah formalisasi dan penyertaan “jaringan pemerintah” (*government networks*) sebagai mekanisme pemerintahan global. Sebagian besar jaringan sukarela ini menghubungkan pejabat pemerintah domestik dari berbagai negara dalam keahlian atau tanggung jawab serupa. Jaringan semacam itu menyediakan sarana yang efektif untuk memanfaatkan sistem hukum nasional dalam mengejar tujuan internasional. Jaringan semacam itu dapat membantu menyelaraskan kebijakan nasional dan dapat mendukung upaya pejabat dalam negeri. Jaringan pejabat pemerintah ini telah beroperasi melintasi antarnegara untuk mengatur individu dan perusahaan yang beroperasi dalam ekonomi global, memerangi kejahatan global, dan menangani masalah lain dalam

skala global. Mereka menjalankan berbagai fungsi untuk meningkatkan efektivitas tata pemerintahan dalam negeri. Mereka membangun kepercayaan dan membangun hubungan di antara peserta dengan menciptakan insentif untuk membangun reputasi yang baik dan menghindari yang buruk. Mereka secara teratur bertukar informasi dan mengembangkan database terbaik, atau di bidang peradilan, pendekatan yang berbeda terhadap masalah hukum secara kolektif. Akhirnya, mereka menawarkan bantuan teknis dan sosialisasi kepada anggota, apakah parlemen, hakim, atau badan-badan regulator, terhadap negara-negara kurang berkembang.¹³ Jika keberadaan dan kapasitas mereka lebih dikenal luas, jaringan pemerintah bisa melakukan jauh lebih banyak sumbangsih dalam tata kelola dalam negeri. Membangun kapasitas dasar pemerintahan di negara-negara yang seringkali kekurangan bahan dan sumber daya manusia terdidik dan menerapkan undang-undang secara efektif merupakan konsekuensi penting keberadaan jaringan pemerintah tersebut. Jaringan regulasi, pengadilan, dan legislatif semuanya terlibat dalam pengembangan kapasitas secara langsung, melalui program pelatihan dan bantuan teknis, dan secara tidak langsung, melalui penyediaan informasi, solusi kebijakan yang

¹³ Kal Raustiala, "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", 43 Va. J. Int'l L. 1 (2002).

terkoordinasi, dan dukungan moral kepada anggotanya. Akibatnya, jaringan pemerintah menimbulkan kesan seperti pernah diucapkan oleh Ketua Mahkamah Agung Zimbabwe bahwa, "*I am not alone.*"¹⁴

Contoh terbaik jaringan transnasional yang memperkuat tata kelola dalam negeri mungkin berada di wilayah transplantasi hukum. Kal Raustiala memberikan contoh regulasi-regulasi di bidang sekuritas, lingkungan, dan antimonopoli dengan mengambil model Amerika Serikat. Akibatnya, badan pengawas Amerika Serikat lebih mudah dalam menawarkan bantuan teknis dan pelatihan kepada mitra asing mereka, karena otoritas asing yang kuat dengan rezim sekuritas, lingkungan, dan antimonopoli yang kompatibel akan secara efektif memperluas jangkauan regulator A.S.

Contoh lain dari jaringan semacam itu yang memperkuat kapasitas dalam negeri di arena ekonomi mencakup Komite Basel untuk Pengawasan Perbankan (*the Basel Committee on Banking Supervision*)¹⁵ dan Organisasi Internasional Komisaris Efek (*the International Organization of Securities Commissioners*), yang telah berpengaruh dalam meningkatkan kemampuan pemerintah nasional untuk mengatur sekuritas dan

¹⁴ Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (2004), hlm. 99.

¹⁵ David Zaring, "Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration", 5 *Chi. J. Int'l L.* 547, 595 (2005).

menjaga independensi bank sentral.¹⁶ Hasil dari jaringan ini ada 2 yaitu: *pertama*, konvergensi terhadap serangkaian praktik standar di tingkat nasional dan, *kedua*, penciptaan kapasitas peraturan domestik yang lebih besar diantara negara-negara peserta. Seharusnya tidak diasumsikan bahwa keahlian membuat regulasi tidak hanya diperuntukkan negara-negara berkembang belaka. Paling tidak, di sektor peradilan, pengadilan Eropa dan Kanada telah belajar banyak dari pengadilan Afrika Selatan dan India.¹⁷ Bagi pembentuk regulasi, pengalaman lokal dengan berbagai permasalahannya dapat diandalkan untuk pertukaran praktik terbaik.

Pemerintah dapat berbuat lebih banyak untuk memperkuat tata kelola dalam negeri melalui jaringan pemerintah. Misalnya: penguatan Jaringan Internasional Untuk Kerjasama dan Penegakan Lingkungan (*the International Network for Environmental Cooperation and Enforcement*), yang terdiri dari pejabat-pejabat di bidang lingkungan; memperluas inklusivitas dan keterwakilan jaringan keuangan dan kepemimpinan global (seperti memperluas G-8 ke G-20); Menciptakan Jaringan Keadilan Global (*Global Justice Network*) yang meliputi para menteri kehakiman; membuat Jaringan Hak Asasi Manusia Global (*Global Human Rights Network*) dari pejabat pemerintah yang

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 561.

¹⁷ Anne-Marie Slaughter, *op.cit.*, hlm. 65-103.

bertanggung jawab atas kondisi hak asasi manusia; dan membawa jaringan legislator bersama-sama di bawah naungan Perserikatan Bangsa-Bangsa dan institusi internasional lainnya. Jaringan semacam itu harus dilengkapi dengan tugas konkret dan sumber daya untuk mencapainya, sehingga memungkinkan setiap negara untuk bekerja sama guna memperkuat kapasitas pemerintahan secara kolektif maupun individual.

Sistem hukum internasional dapat memanfaatkan kekuatan jaringan antarpemerintah ini. Misalnya, hukum internasional dapat secara lebih eksplisit mengenali peran jaringan dan peraturan lunak (*soft law*) yang sering mereka produksi. Instrumen hukum keras (*hard law*) dapat mengamankan atau memfasilitasi terciptanya jaringan transnasional di berbagai bidang yang sering dituding akar kelemahan di banyak negara seperti pengadilan dan hak asasi manusia. Karena kelemahan pemerintah dalam area fungsional tertentu merupakan ancaman bagi tatanan internasional, Dewan Keamanan PBB dapat meminta partisipasi negara dalam jaringan semacam itu. Jaringan pemerintah menawarkan alat penting untuk memperbaiki kapasitas negara. Aktor dalam sistem hukum internasional akan dilayani dengan baik untuk bermitra dengan jaringan semacam itu dan secara lebih langsung mengintegrasikan ke dalam kerangka hukum internasional yang lebih besar.

Sekali lagi, sistem hukum internasional dapat

mengambil cara-cara ber hukum di Uni Eropa. Sebagian besar undang-undang Uni Eropa dibuat dan dilaksanakan melalui jaringan antar pemerintah Uni Eropa, yang meliputi himpunan para menteri dan pejabat-pejabat lainnya. Memang, Mark Leonard menggambarkan Uni Eropa sebagai “*a decentralised network that is owned by its member-states.*” Menjangkau di luar perbatasan Eropa, Uni Eropa telah berusaha memperluas model jaringan tersebut ke Timur Tengah dan Afrika Utara melalui Kemitraan Euro-Mediterrania (*the Euro-Mediterranean Partnership*), yang dirilis di Spanyol sejak 1995.

Di luar jaringan pemerintah, Stephen Krasner mengemukakan bahwa hukum dan institusi internasional dapat memperkuat kapasitas negara dengan melakukan proses kedaulatan bersama dengan pemerintah nasional.¹⁸ Contoh pengaturan ini mencakup pembuatan pengadilan hibrida khusus di Sierra Leone, Timor Lorosa'e, dan, mungkin, Kamboja, yang melibatkan gabungan hukum dan hakim internasional dan domestik. Demikian pula, kesepakatan pipa minyak yang diusulkan antara Chad dan Bank Dunia akan melibatkan kontrol dan tata kelola bersama.¹⁹ Kedaulatan bersama semacam itu, kata Krasner, bisa “*gird new political structures with more expertise, better-crafted policies,*

¹⁸ Stephen D. Krasner, *Building Democracy After Conflict: The Case for Shared Sovereignty*, 16 *J. Democracy*, Jan. 2005, at 69, 76.

¹⁹ *Ibid.*

and guarantees against abuses of power” terhadap negara lemah atau bahkan negara gagal.²⁰

Bahkan dalam kerangka yang lebih tradisional, sistem hukum internasional dapat menggunakan berbagai mekanisme untuk memperkuat pemerintah domestik. Instrumen hukum dan kode etik terbaik secara internasional dapat menjadi kepada pemerintah nasional untuk meningkatkan kemampuan mereka sendiri. Lembaga internasional dapat memberikan utang dan bantuan yang secara khusus ditargetkan untuk penguatan institusi domestic negara penerima. Lembaga Keuangan Internasional seperti Dana Moneter Internasional (IMF) dan Bank Dunia mungkin memainkan peran yang sangat kuat dalam membangun kapasitas domestik. Persyaratan-persyaratan yang diajukan oleh badan-badan ini memberi pengaruh kuat terhadap kapasitas dalam negeri. Keberhasilan IMF dalam meningkatkan kemampuan pemerintah dalam negeri banyak diperdebatkan, tetapi Bank Dunia relatif memiliki rekam jejak yang lebih baik. Apapun keberhasilan dan kegagalan mereka sampai saat ini, IMF dan Bank Dunia memiliki pengaruh yang signifikan untuk meningkatkan kapasitas pemerintah dalam negeri. Yang mereka butuhkan jauh lebih banyak masukan dari negara peminjam, atau setidaknya para reformis dan aktivis politik di negara peminjam, tentang cara terbaik

²⁰ *Ibid.*, hlm. 70.

untuk mencapai tujuan ini.

D. Dukungan terhadap Pemerintahan Domestik

Cara kedua melalui mana hukum internasional dapat mendorong tata pemerintahan domestik yang lebih efektif adalah dengan mencegah kegagalan institusi dalam negeri. Dalam beberapa hal, gagasan ini sama sekali bukan hal baru, melainkan sudah menempuh tradisi intelektual yang panjang. Tanpa lembaga internasional yang dikembangkan seperti Pengadilan Pidana Internasional (ICC), kerja sama banyak negara, beberapa negara akan menuntut seorang tersangka bahkan jika negara terduga pelaku enggan melakukan proses yudisial. Bahkan, pada awal tahun 1625, Hugo Grotius telah menyadari bahwa pengadilan domestic di berbagai negara dapat saling mendukung satu sama lain. Beberapa abad kemudian, M. Maurice Travers mengusulkan konsep "*la superposition des compétences législatives concurrentes*", untuk menunjukkan bahwa berlapis yurisdiksi yang tumpang tindih dari sejumlah negara akan memungkinkan pengadilan nasional untuk saling memperkuat satu sama lain. Contoh paling jelas ketika hukum internasional mencegah ketidakberdayaan institusi domestik adalah ketentuan pelengkap Statuta Roma (1998). Dalam hal ini, ICC dirancang untuk beroperasi saat pengadilan nasional gagal bertindak melakukan tuntutan pertanggungjawaban pidana.

Dengan kata lain, jika Amerika Serikat atau Irak adalah anggota ICC dan kedua negara terbukti tidak mampu atau tidak mau menuntut sepenuhnya semua anggota militer yang terlibat dalam pelanggaran Abu Ghraib, ICC akan memiliki yurisdiksi untuk melakukannya. Bentuk lain dari desain institusional internasional juga bisa menghasilkan fungsi pendayagunaan institusi domestik. Di berbagai pengadilan hak asasi manusia, manakala pengadilan domestik dapat memberikan kesimpulan yang dapat diterima oleh institusi internasional sehingga pengadilan internasional tidak perlu melakukan intervensi untuk meninjau kasus tersebut. Perjanjian Perdagangan Bebas Kawasan Amerika Utara (*the North American Free Trade Agreement* , NAFTA). Di bawah NAFTA, panel arbitrase internasional diberi wewenang untuk meninjau keputusan administratif dalam negeri dan dapat membuat pengujian ke negara yang menetapkan. Jika para pihak mengeluarkan keputusan yang dapat diterima, tidak ada tindakan lebih lanjut yang diambil. Namun, jika panel tetap tidak puas dengan tanggapan para pihak, panel dapat mengeluarkan keputusan lebih lanjut dan meninjau kembali kasus tersebut. Seperti rezim komplementaritas Statuta Roma, prosedur ini memberikan kesempatan kepada institusi domestik di negara-negara NAFTA untuk bertindak lebih dulu dan mewujudkannya dengan benar. Manakal mereka gagal melakukannya, proses internasional telah

disediakan.

Efek sebenarnya dari ketentuan semacam itu dalam rancangan institusional internasional ada 2 hal. Pertama, dan yang paling jelas, adalah penyediaan lini pertahanan kedua saat lembaga nasional gagal. Kedua, adalah kemampuan proses internasional untuk mengkatalisasi aksi di tingkat nasional. Efek kedua ini paling sering terjadi bila ada proses hukum atau politik dalam negeri yang dapat dimanfaatkan, jika pemerintah domestik memutuskan untuk melakukannya, namun pejabat pemerintah, atau setidaknya beberapa kelompok pejabat tinggi yang berkuasa, menganggap bahwa biaya politik atau keuangan dari aksi domestik lebih besar mudharat daripada manfaatnya. Dalam kasus tersebut, keberadaan pengadilan internasional dengan yurisdiksi serupa dapat memberikan insentif struktural yang mengubah perhitungan biaya-manfaat dan mengakibatkan penggunaan proses domestik yang seharusnya tidak terbengkalai. Dalam konteks ini, lembaga hukum internasional yang beroperasi tidak perlu dibatasi hanya untuk pengadilan internasional semata. Ajudikasi di pengadilan negeri asing juga dapat meningkatkan kemauan pengadilan nasional di negara-negara nasional untuk bertindak sendiri. Kemajuan terbaru yang dicapai oleh pengadilan Chili terhadap penuntutan Augusto Pinochet sebagian, karena masyarakat internasional, yang bertindak sebagian besar

melalui pengadilan Spanyol dan Inggris, semakin serius dalam memastikan akuntabilitas atas kejahatannya.

Efek mencegah impotensi institusi domestik bagi lembaga internasional akan mengambil bentuk yang berbeda dan seringkali bersifat kasuistik. Terkadang, lembaga internasional akan menghasilkan insentif bagi otoritas pemerintah dalam negeri untuk bertindak negara yang bersangkutan sebagai alternatif penuntutan internasional. Di lain waktu, terutama di mana aktor berpengaruh di dalam pemerintahan nasional tidak memiliki kemauan politik untuk bertindak, institusi internasional dapat mengubah keseimbangan manakala terjadi perebutan kekuasaan domestik, memperkuat kapasitas pejabat nasional yang ingin bertindak. Sebagai alternatif, di mana pemerintah domestik benar-benar tidak memiliki kapasitas untuk bertindak, institusi internasional dapat mendukung pengadilan domestik dengan benar-benar menyediakan forum lain. Dalam situasi seperti ini, institusi internasional secara langsung mempengaruhi keputusan pemerintah dalam negeri, mengubah insentif untuk tindakan domestic, dan menyediakan forum tindakan hukum internasional.²¹

E. Pengaruh terhadap Hukum Nasional

Pada satu titik, penggunaan hukum internasional

²¹ William W. Burke-White, *Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation*, 42 Harv. Int'l L.J. 467 (2001).

untuk membangun kemauan dan kapasitas negara-negara menawarkan kesempatan besar untuk meningkatkan keefektifan sistem hukum internasional. Pemerintah nasional akan memiliki insentif baru untuk bertindak. Lembaga domestik akan tumbuh lebih kuat, dan dapat dimanfaatkan untuk mencapai tujuan internasional. Negara-negara dapat merespons ancaman transnasional secara lebih efektif dan efisien. Namun, masing-masing fungsi baru sistem internasional tersebut adalah pedang bermata dua. Lembaga-lembaga nasional dapat menjadi kontraproduktif karena menunda sebuah forum internasional sebagai alternatif yang memiliki lebih sedikit pengaruh politis dan finansial. Upaya yang bertujuan baik, seringkali melalui LSM dan juga institusi internasional, dapat berakhir dengan melemahkan pelaku pemerintah daerah dengan menyedot dana dan personil. Proses memperkuat institusi dalam negeri, jika tidak dirancang dan dilaksanakan dengan benar, juga dapat menekan kapasitas domestik. Akhirnya, dan yang paling berbahaya, dengan memaksakan tindakan nasional, sistem hukum internasional dapat merusak proses demokrasi lokal dan mencegah eksperimen di dalam negeri.

Namun, bahaya yang paling signifikan yang melekat pada fungsi baru hukum internasional ini, terletak pada potensi pemerintah nasional untuk mengkoordinasikan kekuatan hukum internasional guna memenuhi tujuan mereka sendiri. Salah satu batasan

modern untuk konsep kedaulatan Westphalia adalah kewajiban yang diberlakukan oleh hukum internasional - terutama hukum hak asasi manusia - mengenai perilaku negara terhadap warganya sendiri. Namun, dengan memperkuat kapasitas negara, hukum internasional benar-benar dapat membuat negara lebih efektif dalam melakukan penindasan dan penganiayaan yang semestinya harus diatasi.

Demikian pula, dengan memaksakan tindakan negara, hukum internasional dapat memberi izin baru kepada pemerintah negara untuk melakukan kebijakan ilegal atau tindakan tidak adil lainnya. Bila nilai-nilai kritis seperti hak asasi manusia dan keamanan negara terlihat dalam konflik, paksaan hukum internasional mengenai kebijakan yang menguntungkan satu nilai tertentu mungkin akan merugikan pihak lain. Ketegangan ini sangat bermasalah dimana rezim represif dapat menggunakan paksaan di tingkat internasional sebagai kedok atau alasan untuk menjalankan kebijakan domestik yang dapat merusak kelompok oposisi yang sah dan melanggar hak warga negara. Contohnya apresiasi pemerintahan nasional terhadap hukum kontra terorisme. Undang-undang baru dan praktik penahanan yang represif telah diperkenalkan di sejumlah negara secara signifikan, yang secara luas dibenarkan oleh perang internasional baru mengenai terorisme. Di antara pelaku terburuk, menurut *Human Rights First*, adalah Tanzania,

Indonesia, Rusia, Pakistan, dan Uzbekistan, yang masing-masing telah membentuk “undang-undang anti-terorisme yang kejam” (*draconian anti-terrorism laws*) yang membahayakan hak asasi manusia dan memperkuat tangan pemerintah dalam menghadapi kelompok oposisi.²²

Jika tujuan baru hukum internasional ini efektif dan adil, tujuannya adalah memaksimalkan manfaat fungsi mundur (*backstopping*), memperkuat, dan mende-sak sambil menghindari bahaya yang tampak dalam kasus kontra-terorisme. Dasar teoritis dari fungsi baru hukum internasional ini adalah bahwa institusi domestik dapat digunakan untuk mencapai tujuan hukum internasional lebih lanjut. Namun institusi yang sama ini bisa menjadi sumber penyalahgunaan oleh pemerintah nasional. Tantangannya, kemudian, adalah merancang peraturan yang akan memanfaatkan kekuatan institusi dalam negeri yang berfungsi dengan baik sambil menargetkan dan membatasi jangkauan kekerasan. Salah satu cara untuk membuat perbedaan tersebut adalah agar hukum internasional mempertimbangkan secara langsung kualitas institusi dalam negeri. Negara-negara dengan institusi yang kuat dan independen, kerangka kerja konstitusional yang kuat, proses politik yang transparan, dan sistem *checks and balances* yang terlembaga, ke-

²² Baca juga: Kim L. Scheppelle, “Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11”, 6 U. Pa. J. Const. L. 1001 (2000).

ungkinan mustahil memanfaatkan hukum internasional untuk tujuan mereka sendiri dan melibatkan atau menyalahgunakan kekuasaan baru mereka. Di negara-negara ini, perlindungan hukum domestik dan institusi lain di dalam pemerintah nasional dapat mencegah penyalahgunaan atau keseimbangan kekuatan lembaga lain. Penyalahgunaan masih akan terjadi di negara-negara dengan kerangka kelembagaan yang baik, namun, asumsi yang dibangun di dalam institusi seperti ICC adalah bahwa ketika pelanggaran dilakukan di negara yang memiliki *rule of law* secara sempurna, maka sistem domestik negara itu sendiri yang akan memberikan mekanisme koreksi internal. Negara-negara ini memiliki lembaga domestik independen dan transparan yang seharusnya paling menerima fungsi baru sistem hukum internasional. Negara-negara Eropa, setidaknya, sebagian besar menanggung prediksi ini.

Akhirnya, kedua konsepsi tentang hukum internasional dan fungsi khusus yang diuraikan di sini akan bertemu dengan perlawanan keras dari negara-negara dengan sistem hukum domestik yang sangat kuat, seperti Amerika Serikat, dan dari banyak negara dengan sistem hukum yang sangat lemah tetapi memiliki penguasa yang secara politik kuat. Negara-negara Eropa, seperti disebutkan di atas, terbiasa dengan *soft intervention*. Namun negara-negara lain akan merasa kurang nyaman dengan intervensi tersebut. Amerika Serikat

tidak akan sendirian di sini, tapi mungkin juga dengan sejumlah perlawanan yang tidak menyenangkan. Di sisi lain, banyak kekuatan di Eropa mungkin lebih sulit untuk mempromosikan model kedaulatan gabungan Uni Eropa tersebut.

BAB II

PRIORITAS HUKUM INTERNASIONAL TERHADAP HUKUM DOMESTIK

A. Pengantar

Hukum nasional dan hukum internasional adalah dua domain hukum yang pada satu sisi terkadang dipahami sebagai satu kesatuan sistem hukum dan pada sisi lainnya terkadang pula diposisikan dalam dua entitas sistem hukum yang berbeda serta terpisah antara satu dengan yang lainnya. Kedua sudut pandang tersebut dalam prakteknya memetakan hubungan antara hukum nasional pada satu sisi dan hukum internasional pada sisi lainnya. Terutama soal eksistensi dan daya laku hukum internasional dalam sistem hukum nasional suatu negara. Pandangan yang menyakini bahwa hukum nasional merupakan sub dan bagian dari hukum internasional dengan sendirinya menundukan hukum nasional pada hukum internasional. Sebaliknya pandangan yang menyakini bahwa eksistensi dan daya laku hukum internasional tergantung pada penerimaan hukum nasional, dengan sendirinya memaknai keberadaan hukum internasional

interdependensi atas pengakuan dan penerimaan suatu negara. Memaknai hukum internasional sebagai satu domain hukum yang mengatur hubungan antara negara-negara nasional secara tidak langsung memberi satu sudut pandang bahwa eksistensi hukum internasional terkait erat dengan keberadaan negara-negara nasional. Hadirnya negara nasional di seluruh belahan bumi tidak lain karena latar belakang sejarah, sosial, politik, hukum, dan budaya yang berbeda hingga membentuk suatu identitas yang menjadi perekat sebagai satu bangsa sekaligus pembeda dengan negara bangsa lainnya.

Terbentuknya negara dengan satu pemerintahan nasional tidak sekedar karena sedimentasi identitas yang bersifat historis di antara komunitas masyarakat yang tergabung di dalamnya tetapi lebih dari itu terdapat cita-cita bersama yang hendak diwujudkan seperti memajukan kesejahteraan bersama serta melindungi seluruh warganya. Terbentuknya suatu negara secara otomatis membentuk sistem hukum sendiri sebagai dasar menyelenggarakan segala urusan pemerintahan negara. Melalui sistem hukum, suatu negara meneguhkan kedaulatannya ke dalam maupun ke luar. Kedaulatan ke dalam dimanifestasikan melalui berbagai produk hukum yang dihasilkan oleh baik lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Produk hukum yang dihasilkan memiliki kekuatan yang bersifat memaksa kepada seluruh subjek

hukum yang terdapat dalam yurisdiksi wilayah suatu negara.

Kedudukan produk-produk hukum secara formal tidak merupakan subordinasi dari kekuatan eksternal di luar negara tetapi validitasnya senantiasa mengacu pada konstitusi sebagai hukum dasar tertinggi pada masing-masing negara. Sedangkan kedaulatan ke luar termanifestasikan melalui kemandirian dan kebebasannya menyelenggarakan pemerintahan serta bekerjasama secara bebas dan setara dengan negara lainnya dalam memenuhi berbagai kepentingan masing-masing negara.

Serangkaian uraian ini, merupakan suatu kenyataan bahwa terbentuknya suatu negara berdaulat, suka atau tidak suka dengan sendirinya menjadi bagian dari masyarakat dunia internasional. Bahkan dalam prakteknya, kelahiran suatu negara, tidak jarang tanpa bantuan negara lain, baik langsung maupun tidak langsung, baik secara fisik maupun melalui proses diplomasi. Selain itu, pengakuan negara lain, merupakan salah satu syarat akan lahirnya suatu negara.

Negara nasional pada satu sisi dan internasional pada sisi lainnya adalah dua kenyataan dunia yang hanya mampu dipilah tetapi tidak dapat dipisahkan. Satu sisi diakui bahwa landasan bagi terbentuknya

komunitas internasional tidak lain karena keberadaan negara-negara nasional dengan identitas serta hak kedaulatan masing-masing tetapi pada sisi lainnya kelahiran suatu negara hingga pemenuhan kebutuhan domestik tidak jarang membutuhkan bantuan bahkan memaksa suatu negara bekerjasama dengan negara lainnya. Bahwa dalam hubungan internasional tidak jarang menimbulkan perselisihan kepentingan yang sangat sulit dihindari dalam lalu lintas hak dan kewajiban antara satu negara dengan negara lainnya.

Dalam konteks tersebut berbagai konvensi internasional baik multilateral maupun bilateral untuk mengatasi persoalan yang timbul dalam hubungan internasional. Bahkan pada tingkat yang lebih mapan telah terbentuk berbagai organisasi-organisasi supranegara yang menjadi forum- forum internasional dalam menangani berbagai persoalan antar negara. Lantas seketika suatu negara tunduk dan terikat terhadap berbagai produk hukum yang dihasilkan oleh konvensi-konvensi internasional. Jika demikian di mana letak hukum internasional dalam tata hukum nasional dan di mana dimensi kedaulatan negara sebagai prinsip dasar untuk menempatkan negara sebagai subjek hukum internasional.

B. Hubungan Hukum Nasional dan Hukum Internasional

Dukungan negara-negara bagi lahir dan terbentuknya suatu negara merdeka dan berdaulat tidak berarti bahwa negara-negara lain bebas mengatur dan mengintervensi negara baru tersebut. Sebab merdeka dan berdaulat berarti adanya kebebasan dan kesetaraan yang dimiliki suatu negara untuk mengatur dan menyelenggarakan pemerintahan sendiri serta menentukan pilihan-pilihan secara bebas dan setara untuk bekerjasama dengan negara lainnya dan bergabung dalam masyarakat internasional. Tunduknya suatu negara dan bekerjasama dalam konteks internasional tidak berarti hilang atau tercederainya kedaulatan suatu negara tetapi hal itu tidak lain dari pilihan bebas dalam perwujudan kedaulatan suatu negara dalam menentukan preferensi negara dalam pergaulan internasional. Mengeksploitasi logika praktis tersebut di atas dalam analisis teoritik, setidaknya terdapat dua sudut pandang yang lazim digunakan dalam melihat relasi hukum internasional dan hukum nasional. Pandangan pertama adalah aliran monisme yang memahami kedudukan hukum internasional dan hukum nasional sebagai satu kesatuan yang tidak terpisahkan. Seperti dikatakan oleh Hans Kelsen bahwa *“Since the international legal order not only requires the national legal orders as a necessary complementa-*

tion, but also determines their sphere of validity in all respects, international and national law form one inseparable whole."²³ Pendapat tersebut meneguhkan pandangan Kelsen akan kesatuan sebagai keseluruhan antara hukum nasional dan hukum internasional. Sebab itu menurut Kelsen, *"the creation and execution of an order are the functions of its organ and the international legal order is created and executed by state."*²⁴ Teranglah bahwa pangkal hukum internasional bagi Kelsen adalah negara dan *"it is from standpoint of international law that its connection with national law and hence with a universal legal order is seen."*²⁵ Rangkaian uraian tersebut menunjukkan jika Kelsen termasuk dalam aliran monisme dengan primat hukum nasional. Disamping aliran monisme dengan primat hukum nasional, terdapat pula aliran monisme dengan primat hukum internasional. Aliran tersebut dipandang oleh Kelsen sebagai doktrin tradisional dengan pendekatan dari sisi hukum internasional dalam memahami hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional. Pandangan tersebut membawa negara dalam hubungan intrinsik terhadap hukum internasional dan oleh sebab itu, *"all the "element" of the state are determined by international law."*²⁶

²³ Hans Kelsen, 2006, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick USA: Transaction Publishers, hlm. 351.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, hlm. 363.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 342.

Jika aliran monisme memandang hukum internasional dan hukum nasional sebagai satu kesatuan sistem di bawah satu prinsip fundamental dengan sudut pandang primat hukum baik nasional maupun internasional, maka aliran dualisme memetakan hubungan hukum internasional dan hukum nasional pada ruang yang terpisah dan berbeda serta masing-masing berdiri sendiri sebagai satu sistem hukum.²⁷ Terdapat 2 alasan aliran dualisme menganggap hukum internasional dan hukum nasional berada pada tempat yang terpisah, hal ini disebabkan oleh baik materi maupun sumbernya berbeda.²⁸ Heinrich Triepel, seorang ahli hukum Jerman yang pertama kali memetakan hal itu dengan menyatakan, "*international law and domestic (or municipal) law existed on separate planes,...*". Hukum internasional mengatur soal hubungan antara negara, sedangkan hukum nasional mengatur hubungan individu dengan individu dan individu dengan negara. Selanjutnya hukum internasional berdasarkan atas persetujuan antar negara termasuk persetujuan menurut Triepel adalah perjanjian dan kebiasaan internasional. Kedua hal tersebut merupakan pernyataan kehendak bersama negara dan oleh karena itu tidak dapat diubah secara sepihak.²⁹

²⁷ *Ibid.*, hlm. 363.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Lihat dalam Malcolm N. Shaw, 2003, *International Law*, Fifth Edition, (Cambridge: Cambridge University Press, hlm. 29.

C. Perbandingan dengan Negara Lain

Belanda mengatur letak perjanjian internasional dalam Pasal 91 dan Pasal 94 Konstitusi Belanda (1983). Pasal 91 ayat (1) Konstitusi Belanda menyatakan: *“The Kingdom shall not be bound by treaties...without the prior approval of the Parliament...”*. Berdasarkan pasal tersebut Belanda menganut model ratifikasi internal *“prior approval”*, yaitu persetujuan parlemen terhadap suatu perjanjian internasional dilakukan sebelum Belanda menandatangani perjanjian internasional. Hal ini berbeda dengan praktik DPR di Indonesia yang memberikan persetujuan setelah dilakukannya penandatanganan perjanjian Internasional oleh Indonesia. Kemudian, secara tegas mengatur dalam Pasal 91 ayat (3) Konstitusi Belanda bahwa: *“Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution... may be approved by the Chambers of the Parliament only if at least two-thirds of the votes cast are in favor.”*, oleh karena itu, apabila terjadi konflik antara perjanjian internasional dan konstitusi maka perjanjian dapat berada di atas konstitusi apabila parlemen menyetujui dengan 2/3 suara. Selain mengatur posisi perjanjian internasional terhadap konstitusi, Belanda juga dengan jelas mengatur posisi perjanjian internasional terhadap undang-undang. Dalam Pasal 94 Constitution Konstitusi yang menyatakan: *“Statutory regulation...shall not be applicable*

if such application is in conflict with provisions of treaties...."

Bedasarkan pengaturan tersebut, jelas bahwa Konstitusi Belanda memberikan kedudukan perjanjian internasional lebih tinggi daripada peraturan perundang-undangan (*statutory regulation*) di Belanda. Peraturan perundang-undangan di Belanda tidak berlaku jika penerapannya bertentangan dengan ketentuan perjanjian internasional yang mengikat.

Ketentuan yang memberikan posisi perjanjian internasional lebih tinggi dari undang-undang seperti Pasal 94 Konsitusi Belanda juga ditemukan di Konsitusi Amerika Serikat. Bab VI Pasal 2 yang menyatakan: "... *all Treaties made... shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*" Ketentuan yang dikenal sebagai "*Supremacy Clause*" tersebut memberikan kekuatan bagi Perjanjian Internasional sebagai hukum tertinggi (disamping konstitusi dan hukum Amerika Serikat). Dengan demikian konsitusi dan hukum negara bagian tidak dapat bertentangan dengan perjanjian internasional. Selain itu hakim di setiap negara bagian akan terikat pada perjanjian intenasional (disamping konstitusi dan hukum Amerika Serikat).

Selain Amerika Serikat, Afrika Selatan mengatur masalah hukum internasional dalam *Section 231, 232*

yang dihubungkan dengan Pasal 39 Konstitusi Belanda. Dalam pasal tersebut dijelaskan bahwa kewenangan negosiasi dan penandatanganan seluruh perjanjian internasional adalah wewenang dari lembaga eksekutif, hal ini sama dengan apa yang saat ini diatur oleh Pasal 11 UUD 1945.

Berbeda dengan negara lain, Konstitusi Belgia tidak mengandung klausul eksplisit yang menetapkan prioritas hukum internasional terhadap hukum nasional. Di masa lalu, sehubungan dengan amandemen konstitusi, berbagai upaya dilakukan untuk memasukkan prinsip konstitusi tersebut. Akan tetapi usulan itu tidak pernah diterima. Baru-baru ini, sebuah klausul diperkenalkan ke dalam konstitusi Belgia bahwa semua kekuasaan negara dilaksanakan melalui undang-undang atau sebuah perjanjian internasional untuk mentransfer pelaksanaan kekuasaan tertentu kepada institusi hukum internasional (Misalnya lembaga Komisi Eropa). Namun, dalam kerangka konvensi perpajakan ganda tidak ada pertanyaan mengenai pengalihan kedaulatan fiskal semacam itu. Di Belgia, efek hubungan antara hukum internasional dengan hukum domestik terutama merupakan konsekuensi penafsiran pengadilan dalam pengujian undang-undang. Jelas, dalam praktiknya hukum internasional akan berlaku efektif di Belgia sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang.

Namun, masalah akan muncul jika terdapat konflik antara klausul yang terkandung dalam sebuah hukum internasional terhadap undang-undang.

Diskusi publik di Australia tentang hukum internasional cenderung berfokus pada perjanjian atau konvensi di bidang-bidang seperti hak asasi manusia dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Terkadang perdebatan ini terjadi dalam konteks budaya lokal dan skeptisisme yang mengancam ke arah permusuhan terhadap organisasi internasional seperti Perserikatan Bangsa-Bangsa. Namun, instrumen hak asasi manusia, yang sangat penting, hanyalah satu bagian dari serangkaian perjanjian dan konvensi internasional dan hukum kebiasaan internasional yang menciptakan jaringan peraturan dan kewajiban yang secara umum dikategorikan sebagai hukum internasional. Namun akhir-akhir ini, hukum internasional terkait dengan aktivitas perdagangan dan perniagaan telah memperoleh perhatian. Misalnya, Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Kontrak untuk Penjualan Barang Internasional (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) tahun 1980 telah diadopsi di semua Negara Bagian di Australia di bawah *Sale of Goods (Vienna Convention) Act*. Pengangkutan barang internasional juga menarik serangkaian konvensi internasional. Contoh yang menonjol adalah *Carriage*

of Goods oleh Sea Act 1991 (Cth) yang memberlakukan *the Hague Rules of 1924* dan revisi *the Hague-Visby Rules of 1968*. Hubungan antara hukum internasional dan ruang lingkup kekuasaan legislatif yang diberikan kepada Parlemen Persemakmuran menurut Konstitusi dipertimbangkan dalam perkara *Polites v The Commonwealth* (1945). Kasus itu menyangkut Pasal 13A Undang-Undang Keamanan Nasional 1939-1943 soal wajib militer dan apakah kewajiban itu juga tertuju kepada orang asing yang tinggal di Australia. Dikatakan bahwa dalam putusan tersebut, bahwa dalam rangka membentuk undang-undang, kebiasaan dalam hukum internasional patut diperhatikan termasuk hak-hak setiap negara untuk membatasi orang-orang asing memasuki wilayah negaranya.

D. Relasi dengan Sistem Hukum Indonesia

Pernyataan kesediaan Negara Indonesia untuk melaksanakan ketertiban dunia dan perdamaian abadi yang tertuang dalam Pembukaan UUD 1945 menunjukkan komitmen negara untuk tunduk pada hukum Internasional. Tetapi syarat terhadap untuk tunduk pada hukum internasional adalah kemerdekaan. Sebab kemerdekaan selain sebagai syarat fundamental untuk menjadi subjek hukum internasional juga merupakan

manifestasi perikemanusiaan dan perikeadilan. Perwujudan ketertiban dunia dan perdamaian abadi hanya mungkin terwujud jika perikemanusiaan dan perikeadilan tegak. Untuk itu validitas stand point yang menjadikan negara Indonesia tunduk pada hukum internasional adalah Konstitusi (UUD 1945) baik dalam arti formal maupun dalam arti materil.

Validitas dalam arti formal mengacu pada kedudukan UUD 1945 sebagai hukum dasar tertinggi dan merupakan simbol kedaulatan negara baik ke dalam maupun ke luar. Sedangkan validitas dalam arti materil mengacu pada Pancasila dan Pembukaan UUD 1945 yang apabila ditelaah dari sudut pandang filsafat hukum merupakan perpaduan filsafat hukum ketuhanan (*Lex Aeternal*) seperti terlihat dalam sila pertama, filsafat hukum alam (*lex Natura*) seperti terlihat dalam sila kedua dan sila kelima, filsafat sejarah hukum (mazhab historis) seperti terlihat dalam sila ketiga, filsafat hukum positif (*lex positiva*), dan hukum manusia (*lex humana*) seperti tercantum dalam sila ketiga dan sila keempat.³⁰

Memperhatikan lebih lanjut keberadaan hukum internasional dalam sistem perundang-undangan Indonesia dapat dilihat dalam Pasal 11 UUD 1945 yang

³⁰ Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum; Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, (Bandung: Refika Aditama, 2004), hlm. 157-159.

berbunyi sebagai berikut:

- (1) *Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain.*
- (2) *Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.*
- (3) *Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan undang-undang.*

Ketentuan Pasal 11 UUD 1945 masih sangat umum dan karena itu melalui ayat (3), pengaturannya lebih lanjut didelegasikan pada undang-undang. Atas dasar itu dikeluarkanlah Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional. Beberapa hal yang menjadi dasar dalam menilai keberadaan hukum internasional dalam sistem perundang-undangan Indonesia sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional antara lain: pertama, dasar menimbang huruf a secara garis besar menentukan dasar melakukan kerjasama internasional yang diwujudkan melalui perjanjian internasional adalah dalam rangka mencapai tujuan

negara sebagaimana dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial, Pemerintah Negara Republik Indonesia, sebagai bagian dari masyarakat internasional; dan kedua, terkait Pasal 9 ayat (1) menyatakan Pengesahan perjanjian internasional oleh Pemerintah RI dilakukan sepanjang dipersyaratkan oleh perjanjian internasional tersebut dan ayat (2) Pengesahan perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau Keputusan Presiden.

Berdasarkan Pasal 9 ayat (2) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional maka secara formal kedudukan hukum internasional dalam sistem perundang-undangan Indonesia berada pada level Undang-Undang dan Keputusan Presiden. Selanjutnya Pasal 10 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional menentukan materi muatan Perjanjian Internasional yang harus diatur dengan undang-undang antara lain: a. masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara; b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah

negara Republik Indonesia; c. kedaulatan atau hak berdaulat negara; d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup; e. pembentukan kaidah hukum baru; dan f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri. Di luar materi sebagaimana tersebut dalam Pasal 10 pengesahannya dilakukan melalui Keputusan Presiden. Pengesahan perjanjian internasional melalui undang-undang dan Keputusan Presiden semakin mempertegas bahwa Indonesia termasuk negara yang menganut baik monisme maupun dualisme atau pluralisme dalam memahami hubungan hukum internasional dan hukum nasional. Dualisme atau pluralisme tampak dalam ketentuan sebagaimana dalam Pasal 10 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional.

Kedudukan hukum internasional dalam sistem perundang-undangan nasional merupakan salah satu sumber hukum yang pengesahan dan pemberlakuannya dalam hukum nasional dilakukan baik melalui undang-undang maupun melalui Keputusan Presiden. Penentuan materi hukum internasional yang disahkan melalui undang-undang dan atau melalui Keputusan Presiden tergantung pada derajat materi yang diatur oleh suatu hasil perjanjian internasional. Baik undang-undang maupun Keputusan Presiden adalah dua bentuk hukum yang menjadi pintu dan dasar pengesahan hukum internasional dalam hukum nasional. Hal tersebut

menunjukkan bahwa Indonesia dari sudut pandang teoritik menggunakan aliran monisme dengan primat hukum nasional dan aliran dualisme.

Aliran dualisme menempatkan hukum internasional sebagai sistem hukum yang terpisah dari hukum nasional. Dalam hal ini tidak terdapat hubungan hirarki antara kedua sistem hukum ini. Konsekuensi dari aliran ini adalah diperlukannya lembaga hukum “transformasi” untuk mengkonversikan hukum internasional ke dalam hukum nasional berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk prosedur konversi ini. Dengan dikonversikannya kaidah hukum internasional ini ke dalam hukum nasional maka kaedah tersebut akan berubah karakter menjadi produk hukum nasional dan berlaku sebagai hukum nasional serta tunduk dan masuk pada tata urutan perundang-undang nasional. Sementara itu, aliran monisme yang menempatkan hukum internasional dan hukum nasional sebagai bagian dari satu kesatuan sistem hukum. Hukum internasional berlaku dalam ruang lingkup hukum nasional tanpa harus melalui proses transformasi. Kalaupun ada legislasi nasional yang mengatur masalah yang sama maka legislasi dimaksud hanya merupakan implementasi dari kaidah hukum internasional dimaksud. Dalam hal ini, hukum internasional yang berlaku dalam sistem hukum

nasional akan tetap pada karakternya sebagai hukum internasional.

Dalam praktik yang penting adalah kepentingan nasional. Masalah transformasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional tidak terkait dengan monisme ataupun dualisme. Teori monisme dan dualisme berlaku apabila ada pertentangan antara hukum nasional dan hukum internasional. Apabila dicermati masalah transformasi ketentuan dalam perjanjian internasional ke dalam hukum nasional akan berlaku di banyak negara, karena ketentuan dalam perjanjian internasional mengikat negara yang mengikuti namun tidak berarti langsung mengikat warga yang berada di negara tersebut. Memang harus diakui terdapat perjanjian internasional yang langsung mengikat seperti Statuta Roma. Oleh karena itu jika perjanjian internasional belum ditransformasi ke dalam hukum nasional, istilah di Indonesia dibuat dalam peraturan pelaksanaan maka hakim ataupun aparat hukum belum bisa menegakkannya. Tidak mungkin hakim menggunakan perjanjian internasional yang telah diikuti oleh Indonesia untuk mempersalahkan terdakwa.

Setiap perjanjian internasional yang telah diikuti oleh Indonesia yang memuat kewajibannya untuk dilaksanakan di tingkat nasional (baik yang diratifikasi maupun tidak) perlu untuk diterjemahkan atau

ditransformasikan ke dalam hukum nasional. Perjanjian internasional yang telah diikuti tidak berhenti sampai di situ. Adapun pemerintah mempunyai kewajiban untuk menyalisir berbagai peraturan perundang-undangan Indonesia dan ditemukan mana yang bertentangan dan mana yang belum diatur. Apabila bertentangan maka perlu untuk dilakukan amandemen, sementara yang belum diatur perlu untuk dibuat aturannya.

Perlu diperhatikan bahwa tidak ada kaitan antara instrumen untuk meratifikasi suatu perjanjian internasional dengan peraturan perundang-undangan yang mentransformasikan ketentuan dalam perjanjian internasional. Instrumen untuk meratifikasi dalam Undang-Undang Perjanjian Internasional ditentukan dapat berbentuk undang-undang maupun peraturan presiden sesuai dengan kriteria yang ditentukan. Instrumen ini yang harus disampaikan ke tempat yang menerima deposit untuk menandakan keikutsertaan Indonesia. Instrumen tersebut tidak dapat digunakan untuk keberlakuan perjanjian internasional tersebut, sepanjang ketentuan yang ada belum diterjemahkan ke dalam hukum nasional. Dalam konteks demikian, meskipun Indonesia telah meratifikasi *World Trade Organisation (WTO) Agreement*, *International Convention Civil and Political Righth (ICCPR)*, dan banyak lagi, namun jika ketentuan tersebut belum ditransformasikan maka

berbagai kewajiban tersebut tidak bisa dijalankan (*enforced*) di Indonesia. Hal ini merupakan kewajiban dari pemerintah mengingat pemerintah merupakan pemegang kekuasaan membuat peraturan perundang-undangan.

Indonesia tidak konsisten dalam menentukan hubungan hukum internasional dan hukum nasional. Setidaknya terdapat 4 parameter dalam menunjukkan hal tersebut. Parameter *pertama* adalah tempat hukum internasional dalam suatu sistem hukum nasional. Parameter *kedua* adalah pemberlakuan hukum internasional dalam lingkup hukum nasional. Parameter *ketiga* adalah penerapan hukum internasional oleh lembaga peradilan. Terakhir, parameter *keempat* yaitu pertentangan antara hukum nasional dan hukum internasional.³¹

Pada parameter pertama, Indonesia tidak secara tegas mengatur apakah hukum internasional berada dalam satu sistem dengan hukum nasional. Undang-Undang Dasar 1945 tidak mengatur mengenai hal tersebut. Dengan demikian sulit ditentukan bahwa hukum internasional dan hukum sebagai nasional adalah suatu kesatuan sistem, sebagai ciri aliran monisme, atau hukum nasional dan hukum internasional berlaku pada wilayah yang berbeda, sebagai ciri aliran dualisme.

³¹ Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional*, Kajian Teori dan Praktik Indonesia, hlm. 97-98.

Parameter kedua menunjukkan bahwa Indonesia menerapkan pendekatan inkorporasi dan transformasi untuk memberlakukan hukum internasional dalam lingkup hukum nasional. Negara yang menganut aliran dualisme mengubah hukum internasional ke dalam bentuk hukum nasional (transformasi) agar kaidah isi hukum internasional yang bersangkutan dapat berlaku sebagai hukum dalam lingkungan hukum nasional. Negara yang menganut aliran monisme menganggap hukum internasional berlaku pula (terinkorporasi) di lingkungan hukum nasional, setaraf dengan hukum nasional dengan mempertahankan sifat hukum internasional tersebut tanpa mengubahnya sejauh isinya cocok untuk diterapkan pada hubungan-hubungan hukum nasional. Praktik dualisme terlihat pada pengesahan *United Nations Convention on The Law of The Sea 1982* melalui Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1985.³² Sementara praktik berbeda dari pengesahan *United Nations Convention on The Law of The Sea 1982* terlihat dari pengesahan *Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961* dan *Vienna Convention on Consular Relations 1963*. Kedua perjanjian internasional tersebut setelah diratifikasi oleh Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1982 langsung diterapkan dalam bentuk aslinya sebagai perjanjian internasional.

Beralih kepada parameter ketiga, praktik

³² *Ibid.*, hlm. 106-107.

yang dilakukan juga Indonesia juga tidak konsisten. Yurisprudensi Mahkamah Agung dalam perkara pidana hak asasi manusia dengan terpidana Eurico Guterres, mantan Wakil Panglima Pasukan Pejuang Integrasi, menunjukkan bahwa majelis hakim Mahkamah Agung merujuk langsung kepada perjanjian internasional tanpa tergantung kepada peraturan perundang-undangan nasional. Hal ini sesuai dengan aliran monisme.³³ Namun demikian, Mahkamah Konstitusi dalam putusan tentang permohonan Pengujian Undang-Undang No. 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan Penodaan Agama, cenderung menganut dualisme. Hal tersebut karena hakim menyatakan *Article 18 International Covenant on Civil and Political Rights* telah diadopsi langsung oleh Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Dengan demikian hakim menganggap Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagai bentuk transformasi *International Covenant on Civil and Political Rights*.³⁴

Parameter Keempat, menunjukkan bahwa terdapat konflik antara hukum nasional dan hukum internasional, salah satunya terlihat dalam persoalan pengenaan pajak atas penghasilan warga negara Indonesia yang bekerja pada Badan-Badan Internasional dari Perserikatan Bangsa-Bangsa. Pasal 3 ayat (1) butir

³³ *Ibid.*, hlm. 108.

³⁴ *Ibid.*

d Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan menyatakan bahwa setiap Warga Negara Indonesia yang bekerja pada organisasi internasional termasuk Perserikatan Bangsa-Bangsa adalah termasuk subjek yang dikenakan pajak. Namun, hal tersebut bertentangan dengan norma hukum internasional *Article 18 section b Convention on the Privileges and Immunities of United Nations 1946*. Indonesia terikat oleh perjanjian internasional tersebut terlebih setelah Indonesia mengesahkannya melalui Peraturan Presiden Nomor 51 Tahun 1969.

Mahkamah Konstitusi (disingkat MK), sebagai bagian dari lembaga peradilan nasional Indonesia, telah menangani beberapa kasus yang berkaitan dengan interaksi antara hukum nasional dan hukum internasional di atas. Salah satu kasus yang ditangani MK adalah permohonan pengujian konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (selanjutnya disebut undang-undang pengesahan *Asean Charter*). Kewenangan pengujian UU Nomor 38 Tahun 2008 didasarkan pada pertimbangan bahwa ASEAN Charter merupakan bagian yang tak terpisahkan dari undang-undang sebagai bentuk ratifikasi. Hal tersebut memberi preseden bahwa perjanjian internasional lainnya dapat diuji dan berpotensi untuk dinyatakan

bertentangan dengan UUD 1945.³⁵ Selain kasus mengenai Asean Charter, MK selanjutnya menangani kasus permohonan pengujian materiil dan formil Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (selanjutnya disebut UU Migas/UU Nomor 22 Tahun 2001). Dalam kasus tersebut Kontrak Kerja Sama (KKS) minyak dan gas bumi, ditolak untuk dinyatakan sebagai perjanjian internasional, walaupun ditolak terlihat bahwa awalnya masyarakat yang menggugat UU No. 22 Tahun 2001 menganggap bahwa KKS adalah perjanjian internasional yang bertentangan dengan UUD 1945.

Konstitusi Indonesia tidak dirancang untuk mengantisipasi kasus-kasus yang berkenaan dengan perjanjian internasional di atas. Pasal 11 UUD 1945 sebagai norma satu-satunya dalam konstitusi yang mengatur masalah perjanjian internasional di Indonesia sulit digunakan sebagai dasar yang kuat untuk mengetahui posisi perjanjian internasional dalam sistem hukum Indonesia. Padahal, negara-negara besar di dunia telah secara tegas mengatur hubungan antara hukum nasional dan internasional, seperti negara Amerika Serikat dan Belanda. Bahkan negara berkembang yaitu Afrika Selatan telah tegas mengatur

³⁵ Damos Dumoli Agusman, "Keputusan Mahkamah Konstitusi tentang Piagam ASEAN: Arti Penting bagi perjanjian internasional lainnya", *Jurnal Opinio Juris*, Vol. 13, Agustus 2013, hlm. 17-18

masalah perjanjian internasional dalam sistem hukumnya sehingga dikatakan sebagai salah satu konstitusi yang paling progresif di dunia.

Pasal 9 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional juga dapat dikatakan tidak secara tuntas dan jelas membahas substansi prosedur internal ratifikasi perjanjian internasional. Hal tersebut ditunjukkan dengan adanya beberapa penafsiran. Penafsiran *pertama*, menganggap undang-undang atau keputusan presiden (saat ini peraturan presiden) yang mengesahkan suatu perjanjian internasional mentransformasikan perjanjian internasional tersebut menjadi hukum nasional. Penafsiran kedua memandang undang-undang atau peraturan presiden merupakan persetujuan DPR atau Presiden yang menginkorporasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional. Perjanjian Internasional berlaku di Indonesia pada bentuknya yang asli sebagai norma hukum internasional. Penafsiran yang terakhir adalah memandang undang-undang atau penetapan presiden sebagai bentuk persetujuan DPR atau Presiden untuk mengikat diri pada perjanjian internasional dalam tatanan internasional. Dengan demikian Indonesia membutuhkan produk legislasi lain tersendiri untuk mengonversi materi yang diatur perjanjian internasional ke dalam hukum nasional. Dengan adanya beragam

penafsiran tersebut, terutama penafsiran ketiga, bahwa Undang- Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional belum memisahkan secara tegas prosedur internal dengan prosedur external ratifikasi perjanjian internasional di Indonesia. Pengesahan yang dipahami dalam ilmu perundang-undangan sangat berbeda dengan prosedur eksternal ratifikasi. Pengesahan DPR dalam bentuk Undang-Undang pengesahan perjanjian internasional bukan merupakan pengikatan diri pada perjanjian internasional yang dimaksud dalam *Article 2 (1) b Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*.

BAB III

EFEK HUKUM INTERNASIONAL DALAM SISTEM HUKUM NASIONAL (PENGALAMAN JEPANG)

A. Pengantar

Jepang telah memasukkan hukum hak asasi manusia internasional dengan berbagai cara selama 40 puluh tahun terakhir ini. Dengan meratifikasi Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sosial, Ekonomi dan Budaya (ICESCR) dan Kovenan Internasional untuk Hak Sipil dan Politik (ICCPR) pada tahun 1978, Jepang menandai keterbukaan baru terhadap hukum internasional, dan dengan cepat menginternalisasi berbagai norma global. Pada awal tahun 1980an, Parlemen (*Diet*) secara aktif terlibat dalam proses ini, merevisi undang-undang, dan mengajukan undang-undang baru untuk menerapkan kewajiban hukum internasional. Pada 1990-an, hakim mulai menerapkan perjanjian internasional secara langsung di bidang-bidang seperti hukum acara pidana dan perkara hak minoritas.

Dewasa ini ada kecenderungan bahwa Parlemen

menarik diri dari perannya sebagai penerjemah, arbiter, dan kompilator hukum internasional, karena tidak mampu atau tidak mau mengeluarkan undang-undang baru untuk memenuhi kewajiban hukum internasional Jepang. Di milenium baru, yang lebih fasih dengan norma dan perlindungan internasional, pengadilan semakin menerapkan hukum internasional dalam perkara hak asasi manusia. Sifat parlemen yang pasif dalam mengkorporasi hukum internasional, melempar harapan yang lebih aktif kepada palu hakim.

Pembalikan peran itu berlangsung secara samar-samar. Pada awal 1980-an, Parlemen memperlebar skema pensiun Jepang dan memperluas berbagai perlindungan kepada perempuan untuk memenuhi kewajibannya berdasarkan hukum internasional. Pada saat itu, pengadilan secara relatif tidak responsif terhadap tuntutan hukum internasional dalam proses pengadilan internasional. Mereka juga menolak menerapkan secara langsung hukum hak asasi manusia internasional atau bahkan mengabaikan klaim sama sekali. Situasi berubah memasuki tahun 2000-an. Suatu pembalikan sedang terjadi. Dalam dekade terakhir, pengadilan telah menerapkan ICCPR, dan Konvensi Internasional tentang Penghapusan Semua Bentuk Diskriminasi Rasial (*the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, CERD), dalam menguji

tindakan diskriminasi rasial ilegal, walaupun tidak ada hukum nasional yang secara khusus melarang tindakan semacam itu. Silsilah penilaian ini dapat ditelusuri kembali ke beberapa kasus yang diputuskan pada tahun 1990an, ketika pengadilan secara langsung menerapkan ICCPR. Pengadilan tidak secara tiba-tiba menerima gagasan bahwa perjanjian internasional berdampak langsung di Jepang. Sebaliknya, hakim secara perlahan menarik asas-asas penting dalam hukum internasional, sebelum penerapan menerapkan secara langsung dalam kasus-kasus konkrit seperti nampak dalam putusan yang terbit di kemudian hari. Para hakim mengklaim bahwa mereka menggunakan hukum internasional semata-mata sebagai standar interpretasi untuk mendefinisikan norma-norma hukum seperti hak atas persamaan atau hak pengadilan yang adil. Tetapi metode interpretif ini, ternyata merupakan saluran utama yang melaluinya kekuatan normatif konvensi hak asasi manusia internasional tersalurkan. Pengadilan saat ini menerapkan perjanjian nasional sebagai standar interpretasi, terutama dalam menerapkan restitusi, permintaan maaf, atau pemulihan lainnya bagi korban pelanggaran hukum internasional.

Lembaga-lembaga negara yang lain sadar akan delegasi *de facto* ke pengadilan ini. Pada pertengahan 1990-an, Parlemen memperdebatkan revisi Kitab Undang-

Undang Hukum Perdata yang akan melegitimasi anak-anak yang lahir di luar nikah, yang sebenarnya ini adalah aksi memenuhi kewajiban hukum internasional Jepang berdasarkan ICCPR dan Konvensi tentang Hak-hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*). Demikian juga, pada tahun 2003 dan 2005, Parlemen membahas sebuah undang-undang perlindungan hak asasi manusia yang akan memberi perlindungan terhadap diskriminasi rasial. Perdebatan yang terjadi menghasilkan legislasi. Dengan pengecualian sesekali, Parlemen sebagian besar telah bersedia mengkorporasikan norma hak asasi manusia internasional melalui pengadilan. Kabinet, pada aspek tertentu, telah memainkan peran yang berlangsung diam-diam. Meskipun kadang-kadang mengajukan usul kepada Parlemen, akan tetapi Kabinet sebagian besar menyetujui sikap diam lembaga perwakilan, membenarkan dan memperkuat minimnya aksi parlementer terhadap hukum hak asasi manusia internasional. Dapat dikatakan, bahwa secara diam-diam atau terang-terangan, lembaga-lembaga negara lain bersedia menerima kinerja pengadilan untuk menerapkan hukum internasional.

B. Kedudukan Hukum Internasional dalam Sistem Hukum Jepang

Konstitusi Jepang menyatakan bahwa hukum

internasional harus diobservasi secara penuh.³⁶ Para pemikir konvensional berpendapat selama Jepang meratifikasi sebuah hukum internasional tersebut, maka hukum internasional tersebut akan memiliki kekuatan berlaku di Jepang. Itu mungkin berlaku sebagai proposisi umum, namun manifestasi sebenarnya dari keberlakuan ini nampak sangat bervariasi.

Pertama, berbagai aktor seperti jaksa selaku pengacara negara, pejabat, hakim, penggugat, akademisi memiliki pandangan yang beragam mengenai kekuatan berlaku sebuah instrument hukum internasional. Jaksa selaku pengacara negara cenderung berpendapat bahwa hukum internasional tidak memiliki efek yang mengikat, sementara banyak penggugat berpendapat sebaliknya. Akademisi berpendapat bahwa hukum internasional memiliki efek mengikat, namun praktik peradilan menunjukkan hal yang sebaliknya. Bahkan dalam satu kelompok aktor saja, konsensus mungkin belum terbentuk. Hakim, misalnya, tidak statis atau tidak homogen, namun menanggapi karena pengaruh faktor-faktor keterpaparan terhadap hukum internasional, pandangan dunia, dan fakt-fakta yang berhubungan dengan kasus-kasus konkrit. Selama 3 dekade, hakim telah mengalami perubahan pandangan soal efek ICCPR di Jepang. Mungkin dapat dikatakan bahwa efek hukum hak asasi manusia internasional di pengadilan

³⁶ Pasal 98 ayat (2) Konstitusi 1946.

Jepang bersifat kontekstual, bergantung pada keadaan atau ketiadaan undang-undang, apakah sudah diatur dalam konstitusi atau dalam undang-undang, ketepatan kewajiban *treaty* yang dipermasalahkan, sifat dugaan pelaku pelanggaran (pemerintah atau pribadi), dan jenis tindakan (tindakan atau pembiaran). Bahkan, pandangan atau referensi pribadi hakim akan mempengaruhi penerapan hukum internasional tersebut.

Hakim pertama melihat apakah sesuatu perkara telah diatur dalam hukum dalam negeri. Dalam hirarki hukum Jepang, hukum perjanjian internasional berada di bawah Konstitusi, namun di atas undang-undang, peraturan administratif, keputusan kepala daerah, peraturan daerah, dan sebagainya. Setelah menyimpulkan sebuah hubungan konstitusional, hakim umumnya tunduk pada tingkat perlindungan yang ditawarkan oleh Konstitusi. Sebagai alternatif, jika suatu hal telah diatur dalam sebuah undang-undang, pengadilan mencoba untuk membatasi lingkup perjanjian internasional yang berlaku dibandingkan peraturan perundang-undangan tersebut. Namun, ketika hakim tidak dapat menemukan pengaturan sesuatu hal dalam hukum nasional, mereka mungkin menggunakan hukum internasional sebagai tolok ukur tambahan untuk mengevaluasi perilaku. Perjanjian internasional seperti CERD dan ICCPR memberikan standar dasar

dalam hak asasi seperti hak atas persamaan, hak untuk mendapatkan nasihat, dan hak-hak minoritas. Bila ini dilanggar, instrument hukum tersebut mengatur ikhwal pemulihan bagi para korban. Singkatnya, perjanjian internasional berfungsi kritis dalam upaya hukum pemenuhan hak asasi internasional.

Kedua, meneliti bahasa dalam perjanjian internasional. Ketentuan internasional yang secara langsung menentang undang-undang dalam negeri merupakan peluang bagi hakim untuk membatalkannya. Akan tetapi, terhadap kewajiban yang lebih ambigu, atau yang diungkapkan sebagai pelaksanaan hak asasi yang dicapai dari waktu ke waktu, seperti yang tercantum dalam ICESCR, tidak mungkin dilakukan pembatalan. Dalam kebanyakan kasus, pengadilan menyelaraskan bahasa perjanjian internasional tersebut dengan undang-undang nasional, baik dengan menggabungkan keduanya maupun dengan menafsirkan perjanjian tersebut sehingga dapat menghindari konflik langsung dengan hukum yang ada. Pengadilan juga mempertimbangkan apakah tindakan pemerintah dipertaruhkan. Sebagai agen hukum, pengadilan lebih cenderung menguji tindakan pemerintah ketika aparaturnegara dilibatkan, apalagi ketika pemerintah sengaja melakukan pembiaran. Pada tahun 1990an, hakim untuk kali pertama secara langsung menerapkan ICCPR

terhadap aktor negara, seperti petugas penjara, badan administratif, dan panitera pengadilan. Sebaliknya, jika dalam sebuah perkara ditemukan kelalaian negara, seperti kegagalan Parlemen untuk membuat undang-undang, hakim jarang memihak pemohon. Dalam tuntutan hak antar perseorangan, pengadilan pernah ragu-ragu untuk menerapkan hukum internasional. Pada tahun 1980an dan 1990an, para hakim menjunjung tinggi pandangan klasik tentang hukum internasional sebagai seperangkat prinsip yang mengatur hubungan antarnegara, namun tidak bersifat pribadi. Akhir-akhir ini, hakim telah menghangatkan gagasan bahwa hukum internasional berlaku pula bagi setiap orang dalam kapasitas pribadi. Baru-baru ini, serangkaian tuntutan hukum diskriminasi ras melenyapkan perbedaan kapasitas subyek hukum sebagai pribadi dengan publik. Dengan menerapkan perjanjian internasional untuk hubungan interpersonal, pengadilan dapat membantu memperbaiki pelanggaran yang mungkin tanpa disadari tercantum dalam undang-undang domestik Jepang.

Ketiga, disposisi hakim terhadap hukum internasional dapat mempengaruhi, atau mungkin mencerminkan, ajudikasi tertinggi. Menurut pendapat mereka, hakim memberi sinyal keterbukaan mereka terhadap hukum internasional dengan mengutip, menganalisis, dan menafsirkan ketentuan-ketentuan

di dalamnya. Terkadang mereka mungkin banyak membahas tentang evolusi hak asasi manusia. Di lain waktu, mereka mengabaikan pembahasan tentang perjanjian internasional tersebut sama sekali. Dapat dikatakan bahwa, semakin rinci pembahasan hukum internasional dalam pertimbangan putusan, semakin tinggi potensi hakim untuk mengadopsi ketentuan-ketentuan di dalamnya menjadi vonis. Secara strategis, para pemohon jarang mengandalkan hukum internasional dengan mengesampingkan hukum nasional. Sekurang-kurangnya, mereka akan menambahkan hukum internasional yang menunjang penegasan hak konstitusional, seperti kesetaraan dan akses ke pengadilan. Dengan menggunakan landasan hukum berupa instrumen internasional hak asasi manusia internasional, para pemohon mencoba menarik perhatian para hakim agar standar itu digunakan sebagai dasar pengambilan putusan. Standar global yang baru muncul dapat berbaur, dan terkadang berpengaruh signifikan terhadap, hukum tata negara Jepang. Yang pasti, interaksi semacam itu jarang terjadi karena pengadilan lebih sering menggunakan parameter untuk membatasi dampak hukum internasional. Sepanjang tahun 1980an dan 1990an, misalnya, para hakim pada beberapa kesempatan berpendapat bahwa pemeriksaan sidik jari penduduk asing sebagai kewajiban dan dilaksanakan berulang-ulang, merupakan tindakan pemerintah yang

konstitusional. Setelah mendapat tekanan internasional, Parlemen merevisi sistem sidik jari pada tahun 1992 dan kemudian menghapusnya pada tahun 2000. Namun, sepanjang isu itu diajukan sebagai permohonan pada dekade tahun 1980an dan 1990an, pengadilan tidak pernah menyatakan sebagai tindakan inkonstitusional.

C. Fase Awal Penerimaan

Jepang meratifikasi sejumlah instrumen internasional di akhir tahun 1970an dan awal 1980an. Para ilmuwan menghubungkan reorientasi ini dengan hukum hak asasi manusia internasional yang mulai mendominasi politik global. Sanksi ekonomi dan boikot internasional terhadap negara-negara seperti Israel, Cile dan Afrika Selatan saat itu menunjukkan bahwa kondisi hak asasi manusia internal dapat menimbulkan konsekuensi eksternal. Pada awal tahun 1980an, masyarakat internasional secara serius meneliti perlakuan Jepang terhadap populasi penduduknya di Korea. Pada tahun 1980, sekelompok penduduk Korea bergabung dengan Komisi Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa (Human Rights Commission , HRC) menggunakan prosedur rahasia 1503, menundukkan Jepang menjadi negara-negara dengan catatan hak asasi manusia yang bermasalah bersama-sama Argentina, Burma dan Kamboja. Simbolisme itu tidak hilang dalam Parlemen, yang dengan cepat mengusulkan

amandemen legislatif untuk memuaskan HRC. *International Commission of Jurists*, sebuah organisasi non-pemerintah terkemuka yang didedikasikan untuk mempromosikan peraturan undang-undang, mengemukakan pendapat tersebut dalam 2 laporan terpisah. Selain itu, Jepang berusaha memainkan peran dalam urusan internasional sepadan dengan kekuatan ekonominya. Untuk menegaskan kenaggotaan diri secara global, Jepang perlu menunjukkan bahwa ia selaras dengan standar masyarakat internasional. Oleh karena itu, Jepang mengasumsikan sejumlah kewajiban hukum internasional yang baru, menandatangani ICESCR dan ICCPR pada tahun 1978, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* pada tahun 1980, dan *Convention Relating to the Status of Refugees* pada tahun 1982. Secara signifikan untuk diskusi kali ini, Jepang hanya meratifikasi Konvensi Perempuan tahun 1985, lima tahun setelah penandatanganan. Periode intervensinya memberi kesempatan kepada Parlemen untuk menyesuaikan diri dengan kewajiban yang ditetapkan oleh *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Sebelumnya, setelah meratifikasi ICESCR dan ICCPR, Parlemen tidak merevisi undang-undang yang ada atau mengeluarkan undang-undang baru. Hal itu tentu saja dapat terjadi, memberikan perlindungan bagi perempuan, kelompok minoritas atau kelompok kurang beruntung lainnya

sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 26 ICCPR, dan Pasal 2 (2) dan 3 ICESCR. Sebagai gantinya, Parlemen menangani beberapa elemen diskriminasi etnis saat mengakses *Convention Relating to the Status of Refugees*. Demikian pula, setelah meratifikasi *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Parlemen melakukan melakukan pengaturan terhadap diskriminasi gender di tempat kerja. Pada awal 1980an, Parlemen secara aktif mentransformasikan hukum internasional ke dalam kerangka hukum domestik Jepang.

Ketika Parlemen memainkan peran yang relatif aktif dalam meratifikasi instrument hukum internasional pada tahun 1980an, pengadilan memainkan peran yang tak signifikan. Ilmuwan Jepang menghubungkan situasi ini karena penghormatan yang berlebihan terhadap parlemen. Menulis dalam kapasitas pribadi, mantan Hakim Agung Itō Masami mengharapkan ratifikasi ICESCR dan ICCPR akan menjadi kejutan besar bagi sistem hukum Jepang. Sebagai gantinya, Ito menemukan penilaian pengadilan yang lebih rendah tidak memiliki komitmen dalam menerapkan hukum internasional ini, sementara Mahkamah Agung tidak menanggapi tuntutan hukum internasional atau perlindungan hukum yang diperluas di luar yang telah digariskan oleh Konstitusi. Sejak saat itu, hakim telah menunjukkan

kesediaan yang lebih besar untuk mengadopsi norma dan kewajiban hukum hak asasi manusia internasional.

D. Penutup

Sejak Jepang meratifikasi ICCPR dan ICESCR lebih dari 40 tahun yang lalu, undang-undang hak asasi manusia internasional telah memainkan peran yang semakin menonjol dalam masyarakat Jepang. Hakim menunjukkan kesetiaan yang lebih besar terhadap kewajiban hak asasi manusia internasional daripada yang mereka lakukan satu generasi yang lalu. Meskipun demikian, masih terdapat keengganan untuk menerapkan hukum internasional manakala ia bertentangan dengan hukum nasional. Hal ini sampai batas tertentu karena hakim umumnya menyukai undang-undang domestik yang disahkan oleh legislatif dibandingkan undang-undang internasional yang telah disetujui negara tersebut. Pengadilan kemungkinan besar akan menerapkan undang-undang internasional mengenai hukum nasional bila ada ketentuan hukum internasional eksplisit bertentangan dengan undang-undang nasional. Sebaliknya, ketika hukum internasional tersebut ditulis dalam bahasa progresif atau programatik, pengadilan Jepang mengeksploitasi kelonggaran untuk menghindari penerapan langsung norma-norma tersebut. Dengan tidak adanya peraturan perundang-undangan domestik, hakim dapat membuat

penerapan hukum internasional yang lebih berani dan seringkali belum pernah terjadi sebelumnya.

BAB IV
PENERIMAAN HUKUM INTERNASIONAL KE
SISTEM HUKUM NASIONAL
(PENGALAMAN CHINA)

A. Pengantar

Efektivitas hukum internasional bergantung pada pelaksanaan dan penegakannya oleh negara-bangsa, termasuk yang berada dalam wilayah domestik. Dalam beberapa tahun terakhir, Perserikatan Bangsa-Bangsa meminta negara anggotanya untuk melakukan kesesuaian aturan di tingkat nasional dan internasional. Sebagai kekuatan yang tengah naik daun, China baru-baru ini menjadi perhatian internasional. Secara khusus, sejak China sekarang dipandang sebagai pemangku kepentingan yang bertanggung jawab untuk masyarakat dunia, maka perhatian tersebut menyangkut perilaku dan tindakan China berdasarkan hukum internasional. Tulisan pada bagian ini mengkaji praktik penerimaan hukum internasional di tingkat nasional melalui legislatif, administrasi, dan peradilanannya dan juga mengeksplorasi kesenjangan dan inkonsistensi, dengan mengacu pada penerapan hukum hak asasi manusia

internasional di China.

Hukum internasional diperkenalkan ke China pada akhir abad ke-19 oleh misionaris Barat. Pada tahun 1864, W.A.P. Martin menerjemahkan *Elemen-elemen Hukum Internasional* karya Henry Wheaton ke dalam bahasa China, dan diterbitkan oleh *Tsungli Yamen*.³⁷ Kemudian, berdirinya Republik Rakyat Cina (RRC) mengantarkan era baru penerapan hukum internasional di China. Saat itu, China mendeklarasikan dirinya sebagai negara sosialis dan menciptakan sistem hukum domestik sosialis yang sangat dipengaruhi oleh Uni Soviet, terutama di tahun-tahun awal RRC. Demikian juga, studi hukum internasional di China mencerminkan kecenderungan untuk menyesuaikan diri dengan Uni Soviet serta perbedaan dengan prinsip-prinsip hukum Barat dan universal. Baru setelah reformasi ekonomi dan kebijakan pintu terbuka diberlakukan pada akhir 1970-an, China menjadi lebih sesuai dengan prinsip hukum internasional yang diterima secara universal.

Sejak tahun 1978, China telah berpartisipasi dalam PBB dan organisasi internasional lainnya. China menghadiri berbagai konferensi yang menelurkan perjanjian internasional yang disponsori oleh PBB

³⁷ Meskipun sebelumnya, terjemahan karya-karya hukum internasional telah muncul di China, namun karya Martin dianggap sebagai "pengenalan hukum internasional yang formal dan sistematis" ke China.

atau organisasi dunia lainnya, seperti: *the Third United Nations Conference on the Law of the Sea* (1973-1982), yang mengadopsi *UN Convention on the Law of the Sea*; *the United Nations Conference on Environment and Development* pada tahun 1992, yang mengadopsi *UN Framework Convention on the Climate Change and the Convention on Biological Diversity*; dan *Rome Conference on the Establishment of the International Criminal Court* pada tahun 1998, yang mengadopsi *the Statute of the International Criminal Court*. Di sisi lain, China menyetujui atau meratifikasi sejumlah perjanjian multilateral di berbagai bidang mulai dari masalah maritim, penerbangan dan ruang angkasa, perlindungan lingkungan, dan pembangunan ekonomi hingga kerjasama internasional, hak asasi manusia, dan bantuan yudisial. Menurut sebuah sumber, China merupakan negara pihak untuk 273 perjanjian internasional multilateral, yang mana sebanyak 239 diantaranya mulai berlaku sesudah 1979.³⁸ Yang luar biasa soal partisipasi China dalam perjanjian internasional adalah penandatanganan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (selanjutnya disebut "ICESCR") dan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (selanjutnya disebut "ICCPR"), yang diadopsi oleh PBB pada tahun 1966. Meskipun Kovenan tidak mengikat China sampai proses ratifikasi

³⁸ Hanqin Xue, *China's Open Policy and International Law*, 4 CHINESE J. INT'L L. 136 (2005).

selesai, namun partisipasi China menunjukkan niat tulus untuk mematuhi kedua konvensi ini. Meskipun China telah meratifikasi ICESCR, seluruh dunia masih terus memperhatikan bagaimana China akan menerapkannya di tingkat domestik.

Dalam rezim keamanan internasional, China telah menunjukkan kesiapan terbesar untuk berubah. Pada tahun 1980, ketika melibatkan diri dalam Konferensi Perlucutan Senjata (*the Conference on Disarmament*), negeri panda ini mendukung pengujian nuklir lanjutan dan hak semua negara untuk memperoleh kemampuan nuklir. Namun sekarang, komitmen itu mencakup prinsip-prinsip non-proliferasi dan perlucutan senjata nuklir dan mengakui integritas organisasi keamanan internasional dan instrument hukum terkait. Selama 27 tahun, hal itu telah mengubah persepsi tentang kepentingan pribadi China sesuai dengan norma, prinsip, dan peraturan produk-produk hukum internasional tersebut. China nampaknya bersedia menegosiasikan kembali kedaulatannya dan menerima biaya serta keuntungan dari partisipasi internasional. Pada saat yang sama, kepatuhan dan kerja sama tetap bergantung pada perilaku timbal balik negara lain, terutama Amerika Serikat, yang keputusan strategisnya mampu merongrong keamanan China sendiri. Jadi, karena AS belum meratifikasi Traktat Pelarangan Uji Komprehensif

(*the Comprehensive Test Ban Treaty, CTBT*), maka China walaupun telah menandatangani namun belum meratifikasinya. Di sisi lain, China telah meratifikasi perjanjian non-proliferasi dan pelucutan senjata utama lainnya, khususnya Perjanjian Non-Proliferasi Nuklir (*the Nuclear Non-Proliferation Treaty, NPT*) dan Konvensi Senjata Kimia dan Biologis (*the Chemical and Biological Weapons Conventions*). Menurut pendapat ahli non-proliferasi dan pelucutan senjata terkemuka, China sebagian besar telah memenuhi kewajibannya berdasarkan perjanjian ini.³⁹ China juga telah menerima lebih dari 100 pelaksanaan inspeksi Organisasi untuk Larangan Senjata Kimia (*the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons, OPCW*). Salah satu bidang penting di mana China telah bekerja keras dalam Konferensi Pelucutan Senjata sejak terlibat pada tahun 1980 adalah promosi perjanjian mengenai pencegahan perlombaan senjata di luar angkasa meskipun mendapat tentangan dari AS.⁴⁰

China juga telah banyak mengubah kebijakan terkait keanggotaannya dalam Bank Dunia dan IMF.⁴¹ Meskipun pada awalnya hal China tidak mendukung

³⁹ Yuan Jingdong, 'China's Proliferation and the Impact of Trade Policy on Defense Industries in the United States and China: Testimony before the US-China Economic and Security Commission', 12 July 2007.

⁴⁰ Lihat Ann Kent, *Beyond Compliance: China, International Organisations and Global Security* (2007).

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 103-104.

norma-norma dari kedua organisasi tersebut, dan merasa sulit menyesuaikan diri dengan peraturan dan persyaratan Bank dan IMF, namun kemudian menjadi semakin baik di tingkat internasional maupun nasional. Dalam kasus Bank Dunia, China memiliki catatan teladan tentang pengelolaan proyek dan pembayaran pinjaman. Dalam kasus IMF, China mendapat manfaat dari membuka komunikasi melalui konsultasi bidang pengelolaan ekonomi makro. China telah menginternalisasi norma-norma dari organisasi internasional tersebut ke dalam peraturan perundang-undangan dalam negeri dan dilaksanakan oleh institusi domestik. Namun, pada saat norma-norma kedua organisasi internasional melemahkan kepentingan China, dilakukan adopsi sebuah kebijakan kemerdekaan 'kreatif' yang telah menimbulkan pertanyaan tentang makna kerja sama itu. Penekanan China terhadap legalitas berjalan tertatih-tatih, untuk mengambil alih usaha yang tidak berkewajiban. Ini nampak dalam adopsi dalam peraturan perundang-undangan, daripada mengembangkan hubungan institusionalnya sesuai dengan semangat keanggotaan dan tujuan dan tujuan Anggaran Dasar Bank Dunia dan IMF.

Sebagai anggota WTO, China sejak awal proaktif. Pada pertemuan Cancun bulan September 2003, munculnya blok negosiasi yang kuat, G-20, sebagian

besar disebabkan oleh kepemimpinan Brasil, India dan China. China bahkan dipromosikan oleh Direktur Jenderal WTO sebagai perantara efektif dalam dialog antara negara maju dengan negara berkembang. Akan tetapi, keinginan China untuk tidak menyinggung negara maju mencegahnya menjadi advokat yang baik dalam mewakili kepentingan negara-negara berkembang, seperti pada pertemuan di Hong Kong pada bulan Desember 2005, atau di Jenewa pada bulan Juli 2006. Pada tahun 2007, keluhan tajam disampaikan oleh AS dan Uni Eropa terhadap defisit perdagangan dengan China (diperkirakan untuk AS mencapai 232,6 miliar dolar AS pada tahun 2006 dan untuk UE, mencapai 170 miliar euro pada tahun 2007), yang menyampaikan bahwa kepatuhan dan kerjasama China kemungkinan akan diuji lebih ketat di masa depan. Pada akhir Juli 2007, AS telah mengajukan 2 kasus terhadap China untuk dipertimbangkan Badan Penyelesaian Sengketa WTO. Yang pertama, dimulai pada tahun 2006 dengan Uni Eropa dan Kanada, yang berusaha untuk menguji apakah persyaratan konten lokal mendiskriminasi bagian-bagian mobil asing. Yang kedua adalah sebuah keluhan, kemudian digabungkan dengan keluhan Meksiko, soal subsidi ekspor. Selain itu, Washington telah meluncurkan dua kasus melawan China, yang belum mencapai tahap panel, mengenai pembajakan dan pemalsuan.

Dalam praktik China, sebuah perjanjian internasional lebih unggul dari hukum nasional, walaupun Konstitusi China tidak memiliki ketentuan yang jelas soal interelasi keduanya. Prinsip Umum Hukum Perdata 1986 (*The 1986 General Principles of Civil Law*) menetapkan bahwa jika sebuah perjanjian internasional yang disahkan atau disetujui mengandung ketentuan yang berbeda dari undang-undang perdata, ketentuan perjanjian internasional berlaku, kecuali jika terhadap hal-hal yang secara tegas dilakukan reservasi.⁴² Masalahnya adalah penerapan perjanjian internasional. China harus membuat undang-undang atau pedoman domestik yang diperlukan untuk menerapkan perjanjian internasional yang relevan tersebut. Misalnya, sehubungan dengan Konvensi Hukum Laut PBB (*UN Law of the Sea Convention*), China terlibat dalam pembuatan Konvensi ini, dan diratifikasi oleh China pada tahun 1996. Namun, di tingkat domestik, China mengumumkan Undang-undang tentang Laut Teritorial dan Zona (*the Law on the Territorial Sea and the Contiguous Zone*) dan Hukum yang Bersebelahan mengenai Zona Ekonomi

⁴² Reservasi adalah suatu pernyataan sepihak, dengan bentuk dan nama apapun, yang dibuat oleh suatu negara, ketika menandatangani, meratifikasi, mengakseptasi, menyetujui, atau mengaksesi atas suatu perjanjian internasional, yang maksudnya untuk mengesampingkan atau mengubah akibat hukum dari ketentuan tertentu dari perjanjian itu dalam penerapannya terhadap negara yang bersangkutan. Lihat: Konvensi Wina 1969 Pasal 2 ayat 1 huruf d.

Eksklusif dan Landas Kontinen (*Law on the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf*) masing-masing pada tahun 1997 dan pada tahun 1998. Semua komitmen domestik ini adalah cara menerapkan Konvensi Hukum Laut PBB. Hal ini diperlukan agar hukum nasional konsisten dengan perjanjian internasional yang relevan. Jika belum, mereka harus direvisi atau diubah untuk menyesuaikannya dengan perjanjian yang sedang dilaksanakan.

B. Makna Implementasi

Pada umumnya, ada 2 pendekatan mengenai hubungan hukum internasional dan hukum nasional, yaitu pendekatan monisme dan pendekatan dualisme. Dalam pendekatan yang pertama, hukum internasional adalah bagian dari hukum nasional, dan tidak ada pembagian antara keduanya; sementara pendapat yang terakhir berpendapat bahwa hukum internasional dan hukum nasional pada hakekatnya terpisah, dan hukum internasional harus diubah menjadi undang-undang untuk tujuan pelaksanaannya di tingkat domestik. Namun di China dikembangkan pendekatan yang ketiga, sebagai variasi pandangan dualisme, yaitu memberi pengakuan bidang keberlakuan hukum internasional dan hukum nasional yang hal itu menyebabkan

bahwa yang satu lebih tinggi terhadap yang lain, atau sebaliknya. Mayoritas sarjana hukum di China mengadopsi pandangan ini, dengan argument bahwa antara hukum internasional dengan hukum nasional saling berkaitan, saling melengkapi dalam praktik penegakan dan pelaksanaan hukum di tingkat domestik. Pendekatan China di atas sebenarnya tercermin dalam praktik China. Secara legalistik, Konstitusi China tidak memberikan pengaturan soal hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional. Namun demikian, China menerima prinsip umum bahwa suatu negara terikat oleh sebuah perjanjian yang telah disetujui dan karenanya memiliki kewajiban untuk melakukannya.

China sudah menyetujui Konvensi Wina tahun 1969 tentang Hukum Perjanjian (*the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*) dan mewajibkan China untuk mematuhi kewajiban perjanjiannya dan untuk mencegah penghindaran kewajibannya dengan menggunakan hukum nasionalnya sebagai pembenaran. Contoh khas untuk mencerminkan posisi Cina dalam penerapan hukum internasional adalah ketentuan yang sering dikutip dalam Prinsip Umum Hukum Perdata Cina yang diumumkan pada tahun 1986, "*If any international treaty concluded or acceded to by the People's Republic of China contains provisions differing from those in the civil laws of the People's Republic of China, the provisions*

of the international treaty shall apply, unless the provisions are ones on which the People's Republic of China has announced reservations. International practice may be applied to matters for which neither the law of the People's Republic of China nor any international treaty concluded or acceded to by the People's Republic of China has any provisions."

Selain penerapan perjanjian di mana China menjadi negara pihak, China telah mengubah beberapa perjanjian menjadi undang-undang domestik. Praktik ini diwujudkan dengan mengundang 2 undang-undang nasional mengenai urusan diplomatik dan konsuler: Undang-Undang tentang Keistimewaan dan Kekebalan Diplomatik (*Diplomatic Privileges and Immunities*) Tahun 1986, dan Undang-Undang tentang Kekhususan Konsuler dan Kekebalan Imunitas (*Consular Privileges and Immunities*) Tahun 1990.

Seperti kita ketahui, Cina bergabung dengan Konvensi Wina tahun 1961 (*the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations*) tentang Hubungan Diplomatik dan Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler (*the 1963 Vienna Convention on Consular Relations*) masing-masing pada tahun 1975 dan 1979. China memasukkan isi utama kedua Konvensi ke dalam undang-undang. Praktik ini mengandung makna bahwa pemerintah mendukung hukum internasional dengan cara mengadopsi norma dan peraturan internasional yang

relevan dalam hukum nasionalnya. Hal ini dapat dilihat dari diundangkannya undang-undang China mengenai hukum maritim: Undang-Undang tentang Laut Teritorial dan Laut Bersyarat tahun 1992, dan Undang-Undang tentang Zona Ekonomi Eksklusif dan Landasan Kontinental tahun 1998, yang memasukkan ketentuan yang relevan dari Konvensi PBB tentang Hukum Laut tahun 1982. Ada perbedaan antara dua kategori di atas: sementara kedua undang-undang peraturan sebelumnya benar-benar menyalin isi konvensi mengenai urusan diplomatik dan konsuler, sementara kedua undang-undang yang terakhir hanya memasukkan sebagian dari Konvensi Hukum Laut PBB.

Cara lain untuk menerapkan hukum internasional di tingkat domestik adalah mempertahankan hukum domestik yang relevan sesuai dengan perjanjian yang telah diikuti oleh China atau perjanjian yang diharapkan akan diratifikasi oleh pemerintah. Jika ada ketidakkonsistenan, hukum dalam negeri yang relevan harus diubah atau bahkan dibatalkan. Dalam persiapan untuk bergabung dengan Organisasi Perdagangan Dunia (WTO), China meluncurkan keseluruhan proses peninjauan undang-undang pada awal tahun 1999. Banyak peraturan dan tindakan administratif oleh Dewan Negara China (*the Chinese State Council*) atau berbagai kementerian dibatalkan sebelum akhir tahun 2000. Sejak

masuk ke WTO, China telah mempercepat langkahnya untuk merevisi undang-undang dan peraturan yang ada. Menurut sebuah statistik, pada akhir tahun 2002, Cina telah merevisi 14 undang-undang dan 37 peraturan administratif, membatalkan 12 peraturan administratif, mengubah 34 dokumen yang relevan, dan mengubah lebih dari 1000 peraturan dan keputusan pemerintahan. Sementara itu, undang-undang baru harus diadopsi tepat waktu untuk mengatasi situasi yang berubah. Seperti yang dikatakan oleh seorang Hakim Agung China, hal-hal itu merupakan perubahan terbesar setelah masuknya WTO di lingkungan hukum. Setelah memasuki WTO pada tahun 2001, China telah mencabut, merevisi, dan mengadopsi lebih dari 3.000 undang-undang domestik, peraturan administratif dan peraturan lain yang terkait dengan prinsip dan kaidah WTO.

Dari uraian di atas, dapat dianalisis 3 hal. *Pertama*, tidak ada keraguan bahwa China menghormati hukum internasional. *Kedua*, hukum internasional dapat diterapkan di China namun terbatas pada perjanjian di mana China menjadi negara pihak. *Ketiga*, jika ada konflik antara perjanjian yang telah disetujui China dan hukum domestik China yang relevan, perjanjian menjadi lebih superior. Namun demikian hal ini tidak mengarah mengarah pada kesimpulan bahwa China mengakui kekuatan hukum internasional yang berlaku

sepanjang materi muatannya serupa dengan ketentuan hukum nasional.

C. Hukum Hak Asasi Manusia

Sampai saat ini, China telah menyetujui 22 instrumen hak asasi manusia dan menandatangani 2 undang-undang lainnya. Juga, China telah menyampaikan laporan nasional reguler seperti yang dipersyaratkan oleh 5 perjanjian internasional, yaitu (i) ICESCR; Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (*the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, CERD*); (iii) Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial terhadap Perempuan (*the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination against Women, CEDAW*); (iv) Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lainnya yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia (*the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CAT*); dan (v) Konvensi Hak-hak Anak (*the Convention on the Rights of the Child, CRC*). Meskipun China setuju menyampaikan laporan pelaksanaan dokumen internasional tersebut, pemerintah juga mengeluhkan bahwa sistem pelaporan menjadi beban yang terlalu rumit dan berat, lagipula

badan-badan yang dibentuk oleh sebuah perjanjian seringkali melebihi mandat dalam menjalankan tugas mereka.

Dalam dokumen *White Paper on Rule of Law* yang dikeluarkan pada tahun 2008, China mengumumkan posisi dasarnya mengenai pengembangan hak asasi manusia: "*placing top priority on people's rights to subsistence and development, making development the principal task, and promoting citizens' political, economic, social and cultural rights to achieve their all-round development.*"⁴³ dokumen tersebut mencantumkan undang-undang nasional yang relevan untuk melindungi hak asasi manusia. Untuk melindungi *hak atas kehidupan*, terdapat Konstitusi China, Hukum Pidana, Prinsip Umum Hukum Perdata, Undang-Undang Keselamatan Produksi, dan Undang-Undang tentang Pencegahan dan Pengobatan Penyakit. Untuk melindungi *hak atas kebebasan pribadi dan martabat*, ada Konstitusi, Hukum Pidana, Prinsip Umum Hukum Perdata, Hukum Acara Pidana, Undang-Undang Perundang-undangan, dan Undang-Undang tentang Sanksi Administratif. Selain itu, untuk melindungi *hak atas persamaan*, yang diatur dalam Konstitusi, Undang-Undang Otonomi Daerah, dan Undang-Undang tentang Perlindungan Hak dan Minat Perempuan. Untuk perlindungan *hak politik*, terdapat Konstitusi, Undang-

⁴³ White Paper Published on China's Rule of Law, February 28, 2008.

undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Undang-Undang Pemilu, Undang-Undang Kongres dan Pemerintahan Rakyat Daerah, Undang-Undang tentang Sidang, Proses, dan Demonstrasi, dan Peraturan tentang Permohonan Tertulis dan Pribadi. Untuk melindungi *kebebasan beragama*, ada Konstitusi, Peraturan tentang Urusan Agama, dan Ketentuan tentang Administrasi Kegiatan Keagamaan Orang-orang Asing di dalam Wilayah Republik Rakyat China. Untuk melindungi hak atas pekerjaan, diatur melalui Konstitusi, Undang-undang Ketenagakerjaan, Undang-Undang tentang Kontrak Perburuhan, Undang-Undang Mediasi dan Arbitrase Perselisihan Perburuhan, Undang-Undang tentang Promosi Ketenagakerjaan, Peraturan tentang Pembayaran Tahunan Pemutusan Hubungan Kerja, Peraturan Pengawasan Ketenagakerjaan, Peraturan tentang Asuransi Kecelakaan Kerja, Peraturan tentang Asuransi Pengangguran, Peraturan Sementara tentang Pengumpulan dan Pembayaran Premi Asuransi Sosial, Peraturan Sementara untuk Asuransi Maternitas untuk Karyawan Perusahaan, Peraturan Tentang Ketenagakerjaan Orang Cacat, Ketentuan tentang Perlindungan Buruh untuk Wanita, dan Ketentuan tentang Larangan Pekerja Anak. Untuk melindungi *hak-hak ekonomi, sosial, budaya, dan hak-hak lainnya*, ada Konstitusi, Undang-Undang Hak Milik, Undang-Undang Perlindungan Hak dan Minat Lansia, Undang-

Undang Kesehatan Ibu dan Bayi, Undang-Undang tentang Perlindungan Anak di Bawah Umur, Undang-Undang tentang Perlindungan Penyandang Cacat, Peraturan tentang Standar Minimum Hidup Warga Perkotaan, Peraturan tentang Kerja Pedesaan, Peraturan Perawatan Khusus dan Perlakuan Preferensi untuk Pelayan, Peraturan Tentang Penempatan Pelayanan Pelengkap Kepatuhan, dan Undang-Undang tentang Wajib Belajar.

Dari uraian di atas, kita bisa melihat bahwa China tidak memberlakukan undang-undang hak asasi manusia. Tidak ada yang namanya *Bill of Rights* atau *Human Rights Act* di China. Sebaliknya, undang-undang dan peraturan China yang relevan mewujudkan prinsip, norma, dan standar hak asasi manusia tertentu. Pendekatan terfragmentasi ini mungkin tidak menguntungkan dalam mempengaruhi keefektifan hukum hak asasi manusia internasional yang berlaku di China. Meskipun demikian, umumnya diakui bahwa sementara China telah mencapai banyak hal dalam perlindungan dan peningkatan hak asasi manusia sesuai dengan hukum hak asasi manusia internasional, masih banyak ruang untuk dilakukan perbaikan. Inilah sebabnya mengapa China dikritik oleh Amerika Serikat dan organisasi internasional yang relevan karena catatan hak asasi manusia yang buruk.

D. Respon Peradilan

Sejak tahun 1990an, pengadilan di seluruh dunia telah disoroti dalam kehadiran mereka untuk urusan publik, terutama di negara-negara transisi demokrasi. Mereka sering menyuarakan kontroversi konstitusional yang besar, yang secara signifikan mempengaruhi proses politik nasional.⁴⁴ Secara khusus, mereka lebih agresif terhadap cabang eksekutif daripada sebelumnya.⁴⁵ Fenomena ini mendorong minat yang lebih besar dalam studi komparasi hukum internasional.⁴⁶ Secara keseluruhan, pengadilan China mengikuti kecenderungan baru ini. Meskipun perjanjian yang menjadi fokus pengacara internasional Barat (misalnya perjanjian hak asasi manusia) hampir tidak diterapkan oleh pengadilan China, yang membuat Nollkaemper menempatkan pengadilan China, Afghanistan, Kuba, Iran dan Korea Utara dalam sebuah kelompok yang tidak memainkan peran apa pun dalam memenuhi perlindungan terhadap hukum internasional⁴⁷, akan tetapi peningkatan penerapan

⁴⁴ Lihat uraian yang menarik dalam Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein, and Robert A. Kagan eds., *Consequential Courts*, Cambridge University Press, 2013.

⁴⁵ Diskusi yang luas soal ini, periksa: David Sloss eds., *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge University Press, 2009.

⁴⁶ Anthea Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 60 ICLQ 57(2011).

⁴⁷ André Nollkaemper, *National Courts and the*

hukum internasional oleh pengadilan China dapat dan harus dikembangkan sebagai kenyataan baru yang sangat diperlukan untuk kajian hukum internasional komparatif. Sebenarnya, hal itu semakin menarik perhatian para pengacara internasional. Sayangnya, karya-karya yang diterbitkan berkaitan dengan analisis tekstual semata atau deskripsi kasus secara acak. Lebih penting lagi, studi-studi tersebut gagal mengeksplorasi kebijakan publik yang mendasari kebijakan peradilan dalam penerapan hukum internasional oleh pengadilan China.⁴⁸

Pengadilan tidak diragukan lagi merupakan bagian penting dkekuasaan kehakiman China. Pengadilan Rakyat didirikan sesuai dengan Konstitusi China.⁴⁹ Pengadilan tersebut, sebagaimana diamanatkan oleh Konstitusi, adalah organ negara, dan termasuk Mahkamah Agung, pengadilan di berbagai tingkat lokal, pengadilan militer, dan pengadilan khusus lainnya, seperti pengadilan maritim dan pengadilan transportasi kereta api. Susunan organisasi meliputi Mahkamah International Rule of Law, Oxford University Press, 2011, pp.13, 55.

⁴⁸ Lihat misalnya Zheng Sophia Tang, *International Treaties in Chinese Private International Law*, 42 Hong Kong L.J.311(2012); Sanzhuan Guo, *Implementation of Human Rights Treaties by Chinese Courts: Problems and Prospects*, 8 Chinese J. Int'l L.161 (2009); Jie Huang, *Direct Application of International Commercial Law in Chinese Courts*, 5 Manchester J. Int'Econ. L.105(2008); Xiao Yongping and Long Weidi, *Selected Topics on the Application of the CISG in China*, 20 Pace Int'l L. Rev. 61(2008).

⁴⁹ Lihat Pasal 123-135 Konstitusi China, 1982.

Agung, Pengadilan Tinggi di 31 provinsi, 389 peradilan regional, dan 3.067 peradilan negeri di kabupaten/kota. Mahkamah Agung, yang dibentuk 1949, menjadi badan peradilan tertinggi, yang mengawasi badan-badan peradilan lebih rendah dan peradilan-peradilan khusus. Pengadilan yang lebih tinggi mengawasi peradilan yang lebih rendah dalam setiap tingkatan. Penyelesaian perkara berlangsung dalam 2 tingkat, yaitu diputus di pengadilan negeri dan dapat diajukan banding ke pengadilan yang lebih tinggi. Kemudian, dalam hukum acara pidana, jaksa dapat mengajukan keberatan ke lingkungan pengadilan yang lebih tinggi atas putusan pengadilan di tingkat lokal. Pengadilan China memiliki yurisdiksi atas kasus-kasus dengan unsur asing, namun, dalam kasus-kasus semacam ini, pengadilan yang relevan mungkin tidak menerapkan hukum internasional. Dalam prakteknya, kasus-kasus yang menerapkan hukum internasional jarang terjadi di China, dan dalam kebanyakan kasus, peraturan hukum internasional yang memperoleh respon adalah terkait dengan masalah-masalah komersial dan bahari. Sebuah makalah yang ditulis oleh pejabat hukum di Kementerian Luar Negeri China menggambarkan beberapa kasus komersial dan maritim dimana perjanjian internasional diterapkan secara langsung. Perjanjian tersebut antara lain, Konvensi PBB tahun 1980 tentang Kontrak untuk Penjualan Barang Internasional (*the 1980 UN Convention*

on Contracts for the International Sale of Goods), Konvensi Warsawa 1929 tentang Penyatuan Aturan Tertentu yang Berkaitan dengan Pengangkutan Internasional oleh Udara (*the 1929 Warsaw Convention on the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*), Protokol Den Haag 1955 atas Konvensi Warsawa (*the 1955 Hague Protocol to the Warsaw Convention*), Konvensi PBB tahun 1974 tentang Kode Etik untuk Konferensi Liner (*the 1974 UN Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences*), Konvensi 1972 tentang Regulasi Internasional untuk Mencegah Benturan di Laut (*the 1972 Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea*), dan Konvensi Internasional untuk Keselamatan Kehidupan di Laut 1974 (*the 1974 International Convention for the Safety of Life at Sea*).

Selain perjanjian internasional multilateral, pengadilan terkadang menerapkan persetujuan bilateral dalam memeriksa kasus. Sebagai contoh, pada 1996, dalam perkara *Twentieth Century Fox Film Corporation v. Beijing Superstore* untuk Publikasi Budaya dan Seni dan *AV Products Inc.*, Pengadilan Regional Beijing memutuskan bahwa produk film penggugat dilindungi oleh hukum China, walaupun Hak cipta diperoleh di Amerika Serikat, karena China merupakan pihak dalam Konvensi Berne dan terdapat MOU tentang Perlindungan Kekayaan Intelektual yang ditandatangani antara China

dan Amerika Serikat pada tanggal 17 Januari 1992. Pada tahun 1995, Mahkamah Agung Rakyat, bersama dengan Kejaksaan Agung, Kementerian Luar Negeri, Kementerian Keamanan Publik, Kementerian Keamanan Nasional, dan Kementerian Kehakiman, bersama-sama menerbitkan Ketentuan mengenai Kasus dengan Unsur Asing, yang di dalam Bab I Pasal 3 mengatur bahwa: *In case domestic laws or internal regulations are in conflict with China's treaty obligations, the relevant provisions of international treaties shall prevail, except for those provisions to which China has made reservations.* Pada tahun 2002, Mahkamah Agung mengeluarkan pendapat mengenai isu-isu tertentu dalam penerapan undang-undang hukum acara perdata, yang mengklarifikasi istilah "hukum perdata internasional" yang bermakna: (a) satu pihak atau kedua belah pihak dalam perselisihan tersebut adalah warga negara asing, orang tanpa kewarganegaraan, perusahaan asing, atau organisasi asing; (b) fakta hukum yang menetapkan, memodifikasi, atau mengakhiri hubungan hukum perdata antara kedua belah pihak timbul di wilayah asing; atau (c) objek gugatan yang diperselisihkan tersebut berada di negara asing. Perlu dicatat bahwa ketentuan ini dikeluarkan sebelum masuknya China ke dalam WTO, oleh karena itu mungkin tidak berlaku untuk peraturan WTO.

Dengan berkembangnya kerjasama ekonomi dan

perdagangan luar negeri China, jumlah perselisihan yang melibatkan faktor asing meningkat dan karenanya dibawa ke Pengadilan Rakyat. Hukum perdata internasional diperkenalkan di China pada awal tahun 1980an untuk membantu penyelesaian perselisihan ini. Aspek sistem hukum China ini berkembang dengan pesat sehingga merupakan tugas yang berat bagi pengacara dan kalangan akademisi untuk terus mengikuti perkembangannya. Selain perkembangan pesat ini, ada kesulitan yang terkait dengan terbatasnya aksesibilitas Pengadilan Rakyat menggunakan hukum perdata internasional untuk menyelesaikan perselisihan.

Untuk waktu yang lama, Pengadilan China mengklaim tidak memiliki yurisdiksi atas tindakan negara-negara asing, dan juga tidak menerapkan putusan yang melibatkan kepentingan publik negara-negara asing. Prinsip ini diandalkan China untuk mencegah yurisdiksi, termasuk dalam *Jackson Case* (1979) yang terkenal itu. Pada tanggal 14 September 2005, China menandatangani Konvensi Imunitas Negara (2005), yang menandakan bahwa China akan mengalihkan kekebalan absolut tradisionalnya ke kekebalan relatif. Ini memungkinkan pengadilan China menerapkan hukum internasional. Memang, China belum meratifikasinya sejauh ini, namun secara strategis menggunakan kebijakan tradisionalnya dalam beberapa kasus, termasuk *Morris*

Case (2005) dan *Democratic Republic of the Congo and Others Case* (2010). Lebih jauh lagi, faktor lain, misalnya, keraguan tentang kemampuan profesional hakim dan tidak adanya undang-undang pemberdayaan nasional, dapat mencegah pengadilan China menerapkan prinsip kekebalan negara tersebut.⁵⁰ Hampir pasti, bahwa pengadilan China akan mendengar tuntutan terhadap negara-negara asing, cepat atau lambat. Alasan utamanya adalah bahwa pelaku usaha China telah memperluas relasi mereka dengan negara-negara asing di dalam dan di luar negeri karena China telah meningkat sebagai negara dengan kekuatan besar. Misalnya, lebih banyak orang Cina dipekerjakan diplomat asing di China dan lebih banyaknya aktivitas perdagangan dan investasi China di luar negeri. Sebenarnya, ada banyak laporan yang menunjukkan hak dan kepentingan orang Cina dilanggar oleh pemerintah tuan rumah. Pada tahun 2014 Cina mengumumkan sebuah strategi negara baru untuk “*protecting the legal rights and interests of Chinese nationals and corporate abroad in accordance with laws*”, menjadikannya komponen penting *rule of law*. Kebijakan ini memiliki 2 efek. *Pertama*, pemerintah China akan lebih mementingkan perlindungan kepentingan pribadi, yang jelas merupakan dasar penting kebangkitan China. *Kedua*, China lebih mengandalkan cara-cara legal

⁵⁰ Dahai Qi, *State Immunity, China and Its Shifting Position*, 7 *Chinese J.Int’L L* 307(2008).

daripada diplomasi dibandingkan era sebelumnya, yang menyebabkan depolitisasi urusan antara individu China dan negara-negara asing.

Isu yang memprovokasi adalah apakah negara asing akan dituntut di China karena kegiatannya melanggar *jus cogen*. Di China, sejumlah pengacara internasional berpendapat bahwa pengadilan China dibenarkan melakukannya terhadap Jepang karena aktivitasnya seperti penggunaan bakteri mematikan dan pemboman tanpa pandang bulu di China selama Perang Dunia II, dengan alasan bahwa Jepang tidak bisa mengajukan dalil kekebalan negara.⁵¹ Pada bulan Maret 2014 beberapa pekerja paksa dan keturunan mereka mengajukan gugatan terhadap pemerintah Jepang dan beberapa perusahaan Jepang ke Pengadilan Regional Tangshan. Penggugat dalam kedua kasus tersebut berpendapat bahwa pemerintah Jepang tidak dapat meminta kekebalan negara karena kesalahannya melanggar *jus cogen*. Kedua pengadilan tersebut tidak menyatakan persetujuan atau menolak untuk menjalankan yurisdiksi sejauh ini, tetapi penundaan persidangan menjadi menarik perhatian. Hal ini menunjukkan bahwa China sejauh ini berhati-hati dalam

51 Xiao Mingqing, Are National Immunity Rights Applicable to Bacteria War Lawsuit?(in Chinese), 1 Journal of Hunan University of Arts and Science 23(2005).

menjalankan yurisdiksi.

Praktik yang berkaitan dengan penerapan hukum internasional di pengadilan China tidak konsisten. Terkadang, pengadilan bahkan menerapkan perjanjian dimana China belum menjadi pihak. Misalnya, dalam kasus penahanan kapal asing pada tahun 1985, Pengadilan Maritim di Qingdao menetapkan yurisdiksinya atas kasus tersebut dengan dalil Pasal 28 (3) Konvensi PBB tentang Hukum Laut tahun 1982 (Praktik yang berkaitan dengan seruan hukum internasional di pengadilan China tidak konsisten. Terkadang, pengadilan China bahkan mengajukan perjanjian dimana China belum menjadi partai. Misalnya, dalam kasus penahanan kapal asing pada tahun 1985, Pengadilan Maritim di Qingdao menetapkan yurisdiksinya atas kasus tersebut dengan meminta Pasal 28 (3) dari Konvensi PBB tentang Hukum Laut tahun. Pada saat itu, China bukan merupakan negara pihak dalam Konvensi Hukum Laut, meski ditandatangani pada tahun 1982.

Terlepas dari praktik peradilan di atas, timbul pertanyaan apakah China mengizinkan pengadilannya untuk secara langsung menerapkan perjanjian internasional dalam kasus non-komersial dan maritim, terutama saat pengadilan China menangani kasus-kasus hak asasi manusia. Gambarnya tidak jelas karena kasus dalam kategori ini sangat jarang terjadi.

Namun ada kasus yang dilaporkan dalam persidangan perompak laut. Departemen Keamanan Publik Daerah Otonomi Guangxi memutuskan untuk menyelidiki kasus tersebut sesuai dengan Pasal 27 Konvensi Hukum Laut (tentang yurisdiksi pidana di dalam sebuah kapal perang). Pengadilan China pernah menerapkan perjanjian internasional yang relevan untuk tindak pidana pembajakan pesawat karena tidak ada undang-undang yang berlaku yang dapat ditemukan dalam Hukum Pidana China. Satu penjelasan adalah bahwa hak-hak fundamental yang tercantum dalam Konstitusi China belum diterapkan langsung oleh pengadilan China. Sejauh ini pengadilan China belum secara langsung menerapkan Konstitusi sebagai dasar hukum untuk sebuah kasus, karena yurisprudensi tahun 1955 Mahkamah Agung mengeluarkan sebuah jawaban ke Pengadilan Tinggi Xinjiang bahwa tidak pantas untuk membuat hukuman pidana dengan menerapkan Konstitusi sebagai dasar untuk mengadili perkara. Dengan semakin berkembangnya reformasi hukum di China, pembatasan terhadap penerapan Konstitusi China telah berkurang. Ada satu kasus di tahun 2001 yang menyentuh isu apakah pengadilan China dapat menerapkan Konstitusi. Mahkamah Agung China menunjukkan bahwa Konstitusi dapat diterapkan secara langsung dalam proses pengadilan perdata dan memberi wewenang kepada Pengadilan Tinggi Shandong untuk

menerapkan ketentuan konstitusional tentang hak atas pendidikan dalam mengadili gugatan perdata. Kasus tersebut dipuji sebagai realisasi konstitusionalisme di China. Meskipun demikian, menarik untuk dicatat bahwa Mahkamah Agung sendiri membatalkan putusan tersebut pada 8 Desember 2008, yang menyatakan bahwa hal tersebut tidak berlaku lagi.

Kesulitan penerapan langsung hukum hak asasi manusia internasional karena masalah hak asasi manusia masih sensitif di China. Pengadilan China, bergantung pada Pemerintah dan Partai Komunis, enggan menangani kasus-kasus ini, apalagi menerapkan perjanjian hak asasi manusia, terutama bila kasus tersebut terkait dengan pelanggaran hak asasi manusia oleh badan pemerintah dan/atau pejabat. Seperti diberitakan, tingkat kemenangan warga biasa dalam proses pengadilan administratif hanya sekitar 30%. Seperti diketahui, Partai Komunis China memiliki sebuah organisasi internal yang diberi nama Komite Politik-Hukum, yang mengendalikan keamanan nasional, keamanan publik, dan urusan peradilan di seluruh negeri. Peradilan China tidak independen sebagaimana pengadilan di negara demokratis versi Barat. Ketergantungan pengadilan terhadap PKC dan pemerintah dapat dilihat dengan dikeluarkannya undang-undang peradilan tentang penerapan hukum internasional sebagaimana tersebut

di atas, yang tidak dikeluarkan oleh Mahkamah Agung sendiri atau dengan Kejaksaan Agung, namun bersama-sama dengan beberapa departemen pemerintah. Faktor lainnya adalah rendahnya kualitas profesional hakim China. Kasus yang dilecehkan sering dilaporkan. Di Provinsi Heilongjiang, misalnya, antara tahun 1993-1996, putusan penjatuhan pidana dalam 438 kasus pengadilan terbukti keliru dan 460 petugas peradilan dihukum karena malpraktek. Mayoritas hakim bukan ahli hukum internasional dan mereka masih dalam proses belajar untuk mengenal dengan baik wilayah hukum baru tersebut. Akhirnya, perlu dicatat bahwa ada beberapa keengganan bagi pengadilan China untuk menerapkan hukum internasional. Hal ini dapat dilihat dari pandangan populer yang diungkapkan oleh seorang hakim China: sebuah perjanjian internasional tidak dapat memiliki efek penerapan langsung di pengadilan China kecuali jika ada persetujuan tertulis dari Kongres Rakyat Nasional saat meratifikasi sebuah perjanjian atau bila ada ketentuan yang ditetapkan departemen pemerintah yang kompeten mengenai apakah perjanjian itu harus diterapkan secara langsung atau berlaku atas hukum nasional yang relevan. Pengadilan mungkin tidak mempertimbangkan tanggung jawab internasional China manakala terjadi penolakan pengadilan menerapkan perjanjian tersebut. Untuk perkara hak asasi manusia, pengadilan biasanya secara langsung

menerapkan undang-undang nasional yang relevan untuk memperbaiki pelanggaran hak individu.

E. Firma Hukum Global

Pada tahun 2012, tercatat di Kementerian Kehakiman sebanyak 174 kantor pengacara asing yang membuka cabang di China. Banyak pengacara yang menempatkan China dalam pemikiran mereka. Sebuah firma hukum yang tumbuh secara global lebih menjanjikan daripada memperjuangkan pangsa pasar domestik dan pertumbuhan ekonomi China yang meroket telah menjadi berita utama maksud-maksud tersebut. Pada tahun 2013, investor termasyhur Warren Buffet menyimpulkan: “abad ke-19 milik Inggris, abad ke-20 milik Amerika Serikat, dan abad ke-21 milik China.” Rata-rata 12 firma hukum internasional baru per tahun membuka kantor-kantor China antara tahun 1992-2012. Pada umumnya, firma hukum internasional juga enggan untuk pergi. Meskipun rata-rata 7 firma hukum internasional per tahun menutup praktik mereka di China, 55 persen ternyata bertahan dengan jalan merger. Hanya 25 firma hukum dalam 20 tahun terakhir memutuskan untuk membuka firma di China.

Bahkan di era hambatan perdagangan yang menurun dan komitmen yang meluas terhadap gagasan

perdagangan bebas, banyak pasar masih dibentuk oleh keterlibatan negara. Hal ini terutama terjadi di China, di mana satu ciri transisi ke kapitalisme telah terus dilakukan dengan kontrol negara di beberapa daerah. Kontrol negara terutama dilakukan terhadap sektor-sektor dengan perusahaan domestik yang lemah dan memiliki kepentingan strategis tinggi.⁵² Ketika pengacara asing pertama tiba di China pada awal reformasi pasar, pasar hukum memamerkan kedua kondisi ini: hampir tidak ada persaingan dari pengacara China dan kepekaan politik yang tinggi. Meskipun firma hukum Cina telah berkembang menjadi pesaing sengit dalam beberapa tahun terakhir, pasar saat ini terus menyoroti ketegangan antara langkah China menuju pasar bebas dengan pengendalian negara yang sedang berjalan terhadap sektor-sektor utama. Yang terpenting, firma hukum asing dibatasi oleh peraturan yang melarang mereka mempraktikkan hukum China atau mempekerjakan pengacara China. Meskipun banyak firma hukum internasional mempekerjakan warga negara China yang telah lulus ujian pengacara, akan tetapi mereka ini harus menunda lisensi untuk mempraktikkan hukum selama masa kerja mereka. Ini berarti bahwa banyak pekerjaan legal, seperti mewakili di pengadilan, dapat dilakukan hanya oleh pengacara China yang bekerja di firma

⁵² Hsueh, Roselyn. 2011. *China's Regulatory State*. Ithaca, NY: Cornell University Press.

hukum China. Selain itu, firma hukum asing hanya bisa membuka kantor perwakilan, bukan kemitraan. Ini memiliki implikasi pajak, dan banyak pengacara asing mengungkapkan rasa frustrasi pada upah kemitraan dengan tingkat pajak yang lebih rendah.⁵³

Sejarah para pengacara di China pasca-Mao membantu menjelaskan keputusan pemimpin China untuk memetakan jalur tengah antara pasar bebas untuk layanan hukum dan larangan praktik pengacara asing. Pada awal reformasi ekonomi China, investasi asing menjadi prioritas dan asosiasi pengacara lokal domestik kurang terlatih. Keberadaan para pengacara asing lantas: “*Much like ‘the drummers, messengers and concubines that accompanied ancient armies on the march,’ the first foreign lawyers trailed their clients’ worldwide expansion in the 1980s and 1990s.*”⁵⁴ Usaha patungan diizinkan di China sejak tahun 1979, dan investasi asing membengkak dalam 20 dekade selanjutnya menjadi lebih dari 1 milyar USD di tahun 1980 dan kemudian menjadi 193 miliar USD pada tahun 2000. Meskipun membuka kantor hukum dilarang sampai tahun 1992, pengacara akan meminta klien untuk membuka kantor perwakilan, mensponsori visa mereka, dan kemudian, di bawah tanda yang menyertai nama klien, mendirikan firma hukum di dalamnya.⁵⁵ Pengacara China tetap menjadi bagian dari birokrasi, bekerja sebagai pegawai negeri sipil di kantor penasihat hukum yang dimodelkan pasca Soviet, sampai akhir 1990an dan sebagian besar kekurangan keahlian untuk bersaing dengan firma hukum asing dalam menangani masalah internasional.⁵⁶ Jika firma hukum asing diizinkan tumbuh tanpa hambatan, kemungkinan mereka akan cepat mendominasi pasar. Pada tahun 1992, pemerintah China mengeluarkan peraturan pertama yang mengatur firma hukum asing, sebuah perubahan yang secara simultan melegalkan kehadiran perusahaan dan membatasi

⁵³ Cohen, Mark A. 2011–2012. International Law Firms in China: Market Access and Ethical Risks. *Fordham Law Review* 80: 2569–75.

⁵⁴ Faulconbridge et al., *op.cit.*, hlm. 455.

⁵⁵ Heller, Jane J. 2003. China’s New Foreign Law Firm Regulations: A Step in the Wrong Direction. *Pacific Rim Law and Policy Journal* 12: 751–780.

⁵⁶ *Ibid.*

aktivitas mereka⁵⁷ Firma hukum asing sekarang dapat mengajukan permohonan untuk membuka kantor, meskipun diikuti persyaratan untuk mempekerjakan pengacara lokal yang terdaftar dan memberikan kuasa dalam penyelesaian masalah berdasarkan hukum domestik tetap terlarang. Setelah akses WTO di China pada tahun 2001, basis klien firma hukum asing diperluas mencakup perusahaan multinasional yang berharap bisa menjual ke pasar China, seperti Carrefour dan Wal-Mart, serta perusahaan yang tertarik untuk mengalihkan manufaktur ke luar negeri. Akses tersebut kira-kira bertepatan dengan privatisasi asosiasi profesi pengacara domestik. Setelah keputusan Dewan Negara untuk mengubah firma hukum milik negara menjadi kemitraan swasta, proporsi firma hukum milik negara turun dari 98% pada tahun 1990 menjadi 14% pada tahun 2004.⁵⁸ Pergeseran ini membuat sekelompok pengacara China bebas berkolaborasi dengan firma hukum asing, dan juga untuk bersaing dengan mereka. Pengacara yang aktif pada tahun 1990-an melaporkan bahwa hanya ada sekitar 20 undang-undang dan peraturan investasi asing China yang perlu dipelajari. Itu bukan tugas yang meresahkan, terutama setelah seorang pengacara memiliki beberapa *template* dari kontrak sebelumnya. Bahkan setelah revisi peraturan tentang pengacara asing pada tahun 2001, firma hukum asing masih diizinkan untuk memberikan informasi tentang lingkungan hukum China agar tidak mempraktikkan hukum China. Meskipun tidak ada pejabat China yang menjelaskan alasan membatasi ruang kerja firma hukum asing, namun kemungkinan adalah proteksionisme. Pengacara China memasuki abad ke-21 baru dibebaskan dari daftar gaji negara dan sadar akan keterampilan mereka. Melindungi asosiasi pengacara domestik yang baru lahir dari kompetisi internasional, setidaknya untuk sementara, adalah cara untuk memberi pengacara China kesempatan untuk menghirup ruang belajar tentang hukum komersial asing dan bagaimana menjalankan firma hukum. Sebenarnya, sejumlah negara berkembang memiliki peraturan serupa. Di Brasil, seperti halnya di China, pengacara asing terbatas untuk mempraktikkan hukum internasional atau hukum negara asal mereka. Di India juga, pengacara asing hanya bisa memberi memandu klien mereka dalam hukum asing.⁵⁹ Pertumbuhan eksplosif firma hukum China selama

⁵⁷ Li, Xueyao, and Sida Liu. 2011-2012. The Learning Process of Globalization: How Chinese Law Firms Survived the Financial Crisis. *Fordham Law Review* 80: 2847-2866.

⁵⁸ Stern, Rachel E. 2013. *Environmental Litigation in China: A Study in Political Ambivalence*. New York: Cambridge University Press, hlm. 160.

⁵⁹ Wilkins, David B., and Mihaela Papa. 2013. *The Rise of*

dekade terakhir menunjukkan bahwa strategi ini berhasil. Meskipun firma hukum awalnya memperkerjakan ²⁰⁰ pengacara pada tahun ²⁰⁰², firma hukum terbesar China, Dacheng, telah memiliki ^{3.200} pengacara pada akhir tahun ²⁰¹³.

F. Penutup

Uraian di atas menggambarkan adanya kesenjangan dalam penerapan hukum internasional China, khususnya hukum hak asasi manusia internasional. China menghadapi dilema dalam responnya terhadap perkembangan hukum internasional. Di satu sisi, ia menyadari bahwa hukum internasional berkembang lewat globalisasi masyarakat dunia seperti undang-undang yang berkaitan dengan hak asasi manusia dan perlindungan lingkungan. Di sisi lain, tampaknya China belum sepenuhnya siap untuk menanggapi perkembangan baru tersebut, terutama di bidang hukum hak asasi manusia.

BAB V
PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL
(*BILATERAL INVESTMENT TREATIES*):
PENGALAMAN INDIA

A. Pengantar

Pada bagian ini akan diuraikan evolusi pendekatan India terhadap Perjanjian Investasi Bilateral atau *Bilateral Investment Treaties* (BITs) sejak kemerdekaannya pada tahun 1947. Uraian akan melacak evolusi ini dengan membagi periode waktu dari tahun 1947 sampai sekarang dalam tiga tahap. Pada tahap pertama, dari tahun 1947 sampai akhir tahun 1990, India tidak menjalankan kewajiban perjanjian internasional dalam bentuk BIT untuk melindungi investasi asing di India terutama karena kebijakan ekonomi substitusi impor. Namun, ini mulai berubah pada awal 1991, fase kedua dari tulisan ini. Pada tahap kedua, India memutuskan untuk mengangkat isolasi dirinya dari ekonomi global dan melakukan penyesuaian struktural dan reformasi makro-ekonomi, yang mencakup kebijakan yang tidak pernah dilakukan sebelumnya. Karena pendekatan ekonomi yang berubah ini, pendekatan India terhadap

BIT juga berubah. India mulai menandatangani BIT dengan banyak negara untuk melindungi investasi asing.

India mulai menandatangani BIT pada awal 1990an. Penandatanganan tersebut adalah bagian keseluruhan strategi liberalisasi ekonomi yang dikeluarkan pada tahun 1991 dan memiliki tujuan untuk menarik investasi asing. India menandatangani BIT pertama dengan Inggris pada tahun 1994. BIT ini berfungsi sebagai *template* bagi India untuk menegosiasikan BITs lebih lanjut.⁶⁰ Model BIT yang ditetapkan pada tahun 2005 nampaknya mengambil perjanjian serupa antara India-Inggris. Sejak tahun 1994, India telah menyepakati BIT dengan 80 negara, yang mana hampir 70 diantara perjanjian itu telah berlaku efektif. India juga melakukan negosiasi BIT dengan Amerika Serikat. Dari tahun 1994 sampai 2004, praktik perjanjian investasi India terbatas pada BIT yang dilakukan sendiri-sendiri. Sejak 2004, India terus menandatangani BIT yang berdiri sendiri dan juga mulai mengadakan perjanjian perdagangan bebas (*free trade area*)⁶¹ yang berisi ketentuan investasi. Skema FTA pertama ditandatangani dengan Singapura pada tahun 2005. Selanjutnya, India memasuki FTA dengan Korea, Malaysia dan Jepang. Baru-baru ini, India secara resmi menandatangani *the Trade in Services* dan *Trade*

⁶⁰ Krishan 2008, hlm. 277.

⁶¹ Di India, FTA ini dikenals ebagai Comprehensive Economic Cooperation/Partnership Agreements.

in Investment Agreement dengan ASEAN. Selanjutnya, India sedang dalam proses negosiasi FTA dengan Uni Eropa, *European Free Trade Association* (EFTA), Thailand, Selandia Baru, dan Australia. Dengan demikian, saat ini, program perjanjian investasi India berdiri di dua kaki: yaitu dalam perjanjian investasi yang berdiri sendiri (BITs) dan menjadi ketentuan khusus investasi di dalam perjanjian FTA.⁶²

B. Postur BIT

Sebuah BIT adalah perjanjian antara dua negara untuk melindungi investasi yang dilakukan oleh investor masing-masing negara.⁶³ Sebuah BIT melakukan proteksi terhadap investasi asing terhadap “*providing guarantees for the investments of investors from one contracting state in the other contracting state.*”⁶⁴ Menurut UNCTAD (1995), ada delapan perjanjian bilateral dan multilateral yang biasanya berlaku untuk investasi, yaitu *Provisions on Capital Movement* (PCM), *Provisions on Foreign Borrowing* (PFB), *Double Taxation Treaties* (DTT), *Insurances Guarantees* dalam MIGA, *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes* (WCSID), *Preferential Trade Agreement* (PTA), dan *Bilateral Investment Treaties*

⁶² Ranjan, 2011, hlm. 192.

⁶³ Dolzer and Schreuer, 2012.

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 13.

(BIT).⁶⁵ Dalam kerjasama bilateral, negara-negara menjalin hubungan yang bersifat resiprokal. Perlakuan suatu negara terhadap tiap-tiap investor harus sama agar ada jaminan masuknya investor. Dalam hal investasi, lembaga perjanjian bilateral telah dikenal sejak decade 1970-an dalam kerangka International Guarantee Agreement (IGA). Dua negara yang membangun kerjasama bilateral dalam investasi menandatangani *Bilateral Investment Treaty* (BIT).⁶⁶ Dalam BIT telah diatur bagaimana jaminan dan perlindungan investasi di kedua negara, terutama dalam hal kepastian usaha, jaminan keamanan, dan penyelesaian perselisihan investasi asing di masing-masing negara. BIT sebagai perjanjian bilateral (*bilateral treaty*) biasanya menjadi fondasi yang membangun perjanjian multilateral (*multilateral treaty*) di kemudian hari, jika Negara-negara dalam satu rumpun dan memiliki kepentingan yang sama membentuk suatu *bilateral treaty*, maka bukan tidak mungkin di kemudian hari tercipta *multilateral treaty*. Pada umumnya, perjanjian yang melibatkan negara ini lebih disukai daripada perjanjian antar dua negara, karena perjanjian tersebut menyederhanakan sistem ekonomi internasional dan memiliki norma lebih mengikat. Di sisi lain, perjanjian

⁶⁵ Johnny W. Situmorang, *Menguak Iklim Indonesia Pascakrisis*, ESENSI, Jakarta, 2011, hlm. 142

⁶⁶ Dalam terminologi Indonesia diartikan sebagai Persetujuan Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M).

bilateral juga banyak dipilih sebagai langkah pertama untuk penyelesaian permasalahan yang sangat rumit (*highly contentious issue*) misalnya yang berhubungan dengan *Foreign Direct Investment* (FDI) karena perjanjian bilateral hanya melibatkan dua pihak dengan kepentingan berbeda.

Sebelum berkembangnya Perjanjian Investasi Antar dua negara (Bilateral Investment Treaties/BITs), hukum kebiasaan internasional yang mengatur investasi asing memberikan perlindungan yang sangat lemah terhadap investasi asing. Dulunya, hukum internasional yang melindungi investor asing merupakan bagian dari hukum umum yang mengatur tanggungjawab negara terhadap pihak asing (*the general law on state responsibility for injuries to aliens*). Hanya negara asal dari investor asing yang mengalami ekspropriasi yang dapat meminta ganti rugi, bukan investor itu sendiri dalam mengajukan tuntutan. Terlebih lagi, suatu pelanggaran kontrak sederhana antara *host state* dan investor asing tidak menimbulkan unutan apapun atas dasar *state responsibility*, melainkan *host state* bertanggung jawabnya kepada *home state* atas prinsip *breach of the "minimum standard" for the treatment of the foreigner*.⁶⁷ BITs saat ini menjadi sumber hukum internasional yang

⁶⁷ Ryan J. Bubb dan Susan Rose-Ackerman, *BITs and Bargains: Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation Of Foreign Investment*, 27 *Int'l Rev. L. & Econ.* 291 (2007), hlm. 3

paling dominan dianggap untuk melindungi investasi asing di negara berkembang. Sebaliknya, sangat jarang sekali BIT yang ditandatangani antar sesama negara maju, dimungkinkan karena para investor tersebut yakin bahwa negara tuan rumah dari negara maju telah memiliki *domestic law* yang memadai dan tidak akan melakukan diskriminasi.⁶⁸ Meskipun terdapat lebih dari 2.600 BIT berbeda yang berlaku di dunia, kebanyakan di antara mereka memiliki keseragaman peraturan dan perlindungan.⁶⁹ Hal ini dapat dilihat dari kesamaan struktur dan isi BIT masing-masing negara yang secara umum mengatur empat buah substansi yakni: “(1) *conditions for the admission of foreign investors to the host State*; (2) *standards of treatment of foreign investors*; (3) *protections against expropriation*; and (4) *methods for resolving investment disputes*.”⁷⁰

Tujuan utama BIT seharusnya dapat menugrangi resiko non-ekonomi dan dengannya membuka kesempatan investasi. BITs dapat mengurangi resiko non-ekonomi dengan membentuk standar perlakuan investasi asing yang secara hukum dapat diberlakukan.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Kenneth J. Vandeveld, *The Economics of Bilateral Investment Treaties*, 41 HARV. INT’L L.J. 469, 471 (2000), hlm. 469.

⁷⁰ Jarrod Wong, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, 14 Geo. Mason L. Rev. 135, 141 (2006), hlm. 141.

BITs seharusnya mengutamakan dan melindungi investasi dengan diiringi mekanisme lainnya. Apakah BIT sendiri benar-benar dapat meningkatkan FDI masih dipertanyakan, sebab keberadaan perjanjian bilateral hanyalah merupakan satu di antara banyak factor yang dapat mempengaruhi keputusan investor potensial dalam menginvestasikan modalnya di suatu negara berkembang. Faktor lain yang patut dipertimbangkan ialah stabilitas politik *host country*; kerangka kebijakan ekonomi, industri, dan administratif; keuntungan ekonomi dari investasi awal atau peningkatan dalam investasi yang sedang berlangsung; dan paket insentif atau pilihan pengaturan investasi yang baru. Praktiknya, kecuali *host country* dapat memberikan modal *profit-making* yang aman kepada investor asing, maka *bilateral treaty* saja tidak akan menarik investor.⁷¹ Secara umum, control didapatkan dari adanya perjanjian BITs yang memperbolehkan investor asing masuk ke dalam negara berkembang dan membeli beragam aset dalam negeri yang pada dasarnya memberkan kuasa asing atas sumber daya dalam negeri. Namun, FDI tidak selamanya buruk sebab secara teoritis, investasi dapat memberikan modal asing, lapangan pekerjaan, teknologi, peningkatan produksi dalam negeri, dan pasar atau pelaku pasar dalam negeri lebih berkembang. Ditambah lagi,

⁷¹ Michael R. Reading, *The Bilateral Investment Treaty in Asean: A Comparative Analysis*, 42 *Duke L.J.* 679 (1992), hlm. 2-3.

peraturan yang mewajibkan ADR memberikan kuasa bagi insitusi neral unuk menyelesaikan sengkera yang secara ideal dapat menghasilkan keputusan yang cepat dan akurat terkait BITS dan kewajiban Negara yang menandatangani.

Sebuah BITS, di sisi lain, dapat berperan sebagai katalis untuk pergerakan "*hot money*" dari Negara berkembang ke Negara asal investor (yang umumnya Negaramaju). Inisangatmungkinterjadi karenaperaturan BITS yang mengizinkan repatriasi bebas atas investasi asing. Repatriasi bebas memungkinkan investor untuk dengan cepat "*take their money and run*" dalam kondisi tertentu, terutama ketika adanya tanda-tanda kekacauan politik, social, atau ekonomi di *host country* tanpa adanya hukuman atau konsekuensi moneter.⁷² Sebuah BITS, khususnya perjanjian generasi awal, berisi peraturan yang kurang teliti (*imprecise*) dan ketika mengarah pada pengaturan penyelesaian sengketa di hadapan arbitrase internasional, memberikan lingkup sangat luas berdasarkan putusan yang tidak konsisten dan tidak dapat diprediksi. Kesadaran defisiensi penyelesaiiana sengketa antara investor dengan *host country* juga terjadi karena sifat pengadilan arbitrase yang sementara (*ad hoc*), kurangnya transparansi dan legitimasi.

⁷² Tom Ginsburg, *International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance*, 25 INT'L REV. L. & ECON. 107, 108 (2005), hlm. 111-112.

Permasalahan muncul karena yurisprudensi pada pengadilan ini sangat beragam dan tidak adanya proses banding sehingga mengurangi standar kebenaran dan konsistensi hukum. Peraturan perjanjian yang tidak teliti, putusan arbitrase yang tidak konsisten, dikombinasikan dengan meningkatnya jumlah tuntutan investor yang menantang kebijakan politik pemerintah *host country*, menjadi perhatian bagi banyak kalangan terhadap keberadaan BITs bagi negara berkembang.⁷³ Meskipun BITs diklaim sebagai perjanjian timbal balik (*reciprocal*) antara pihak yang terikat di dalamnya, pada faktanya perjanjian BITs tidak simetris. BITs terlihat setara karena mengatur bahwa warga negara maupun perusahaan dari masing-masing negara dapat berinvestasi di wilayah satu sama lain dengan perlindungan yang setara. Meskipun demikian, kebanyakan BITs yang ditandatangani adalah antara negara maju dengan negara berkembang. Ketidakseimbangan tercipta di antara keduanya dengan posisi tawar relatif yang dimiliki masing-masing negara tersebut dan arah dari perpindahan modal. Biasanya, negara industri menjadi sumber investasi sedangkan negara berkembang menjadi penerima.

Membuat dan menjalankan sebuah perjanjian membutuhkan tawar menawar dimana kedua belah

⁷³ Xavier Carim, *Lessons from South Africa's BITs Review*, Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 109, November 25, 2013.

pihak yakin mereka akan mendapatkan keuntungan. Suatu perjanjian investasi si antara dua negara maju, keduanya sama-sama berharap dapat berinvestasi di wilayah satu sama lain, memang dapat mewujudkan prinsip resiprositas dan perlindungan bersama. Namun, tawar menawar ini biasanya tidak berlaku untuk perjanjian antara negara maju yang berbasis ekspor modal dan negara miskin yaitu negara berkembang yang warga negaranya jarang berinvestasi keluar negeri. Jawaban dari pertanyaan ini adalah negara berkembang menandatangani BITs untuk mempromosikan investasi asing, dengannya akan terjadi peningkatan jumlah modal dan teknologi terapan yang beralih ke wilayah mereka. Asumsi dasar dibalik BIT yakni bahwa suatu perjanjian bilateral dengan peraturan yang jelas dan dapat dilaksanakan untuk melindungi dan memfasilitasi investasi asing mengurangi resiko yang bias saja dapat dihadapi investor dan pengurangan resiko tersebut meningkatkan investasi. Pada sebagian besar BIT, klausul penyelesaian sengketa investor-negara menawarkan persetujuan yang tegas terhadap arbitrase yang merupakan warga negara dari negara lainnya.⁷⁴

⁷⁴ Christoph Schreuer, "Consent to Arbitrate", dalam Peter Muchlinski *et.al*, Editors, 2008, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, hlm. 835-836.

C. Praktik 1947-1990

Pada tahun-tahun awal setelah kemerdekaan, sikap India terhadap FDI diterima meskipun kebijakan India dicirikan oleh bentuk kebijakan ekonomi berupa substitusi impor⁷⁵ dan fokus pada pengembangan industri pribumi. FDI mulai dilaksanakan pada 1950 dengan menuliskan syarat-syarat yang menguntungkan seperti bentuk usaha patungan dengan industri lokal, ketentuan konten lokal, dan kewajiban ekspor.⁷⁶ Sikap reseptif terhadap investasi asing ini mulai berubah pada tahun 1970an ketika ada pergeseran untuk mengadopsi kebijakan ekonomi proteksionis dan untuk melindungi industri pemula yang telah berkembang di tahun 1950an dan 1960an.⁷⁷

Undang-Undang yang merugikan penanaman modal asing diberlakukan seperti Undang-Undang Peraturan Devisa (*Foreign Exchange Regulation Act / FERA*), yang mengharuskan perusahaan asing untuk mengubah ekuitas asing menjadi kepemilikan minoritas. Hanya

⁷⁵ Substitusi Impor (ISI) adalah kebijakan perdagangan dan ekonomi yang mendukung penggantian barang impor asing dengan barang produksi dalam negeri. Kebijakan ini didasarkan pada anggapan bahwa sebuah negara harus mengurangi ketergantungannya pada negara asing dengan mengembangkan produk industri dalam negerinya.

⁷⁶ Nagesh Kumar, "Liberalisation and Changing Patterns of Foreign Direct Investments", *Economic and Political Weekly*, Vol. 33, No. 22, 1998, hlm. 1321.

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 1322

jika perusahaan asing melemahkan ekuitasnya menjadi minoritas memegang 40 persen yang akan memperoleh jaminan nasional. Hal ini menyebabkan perusahaan transnasional seperti IBM dan Coca Cola keluar dari India.⁷⁸ Pertumbuhan ekonomi yang rendah di tahun 1970an menyebabkan liberalisasi dan deregulasi terbatas pada tahun 1980an.⁷⁹ Sikap yang agak reseptif terhadap FDI diadopsi dengan memperkenalkan fleksibilitas dalam kepemilikan asing dan pengecualian terhadap komposisi saham 40 persen.⁸⁰ Secara keseluruhan, investasi asing tidak begitu menonjol dalam kebijakan ekonomi India sampai sekitar pertengahan 1980an. Model ekonomi India dicirikan oleh kebijakan ekonomi berwawasan ke dalam yang berfokus pada penggunaan produk lokal dan kemandirian.

Kebijakan ekonomi yang berakar pada nasionalisme ekonomi ini menjelaskan pendekatan India terhadap hukum internasional mengenai investasi asing selama periode ini. India, dan negara-negara lain yang baru merdeka di Asia dan Afrika, pada tahun 1950 dan 1960an, berusaha untuk membangun sebuah tatanan hukum internasional baru yang menekankan status kedaulatan mereka. Perkembangan utama pada tahun 1950 adalah pembentukan *Asian Legal Consultative*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 1322-1323.

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 1323.

Committee (ALCC) pada tanggal 15 November 1956 dengan India, bersama dengan 6 negara Asia lainnya, menjadi pendiri. Pada tahun 1958, negara-negara Afrika juga menjadi anggota kelompok ini dan kemudian kelompok ini dikenal sebagai *Asian-African Legal Consultative Organization* (AALCO) dengan tujuan utamanya memberi konsultasi bagi negara-negara anggota mengenai hukum internasional. Pada sesi keempat komite ini, negara-negara anggota mengadopsi sebuah dokumen berjudul "*Principles Concerning Admission and Treatment of Aliens*." Pasal 11 dokumen ini menyebutkan, "*Subject to local laws, regulations, and orders and subject also to the condition, imposed for his admission into the State, an alien shall have the right to acquire, hold and dispose of property.*" Kemudian, Pasal 12 ayat (1) mengatakan, "*The State shall, however, have the right to acquire, expropriate or nationalise the property of an alien. Compensation shall be paid for such acquisition, expropriation or nationalisation in accordance with local laws, regulations and orders.*" Ketentuan tersebut dengan jelas memberi isyarat bahwa perlakuan terhadap orang asing akan sesuai dengan hukum nasional. Selain itu, India menolak konsep seperti "*state responsibility for injuries to aliens*" dan "*direct individual rights of investors to bring disputes against states*" menurut Konvensi Penyelesaian Sengketa Investasi Antara Negara-negara dan Individu-Individu tahun 1965 (*the Settlement of Investment Disputes Between*

States and Individuals of Other States of 1965).⁸¹

Sebagai bagian dari proses ini, Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa, pada tanggal 12 Desember 1974, mengadopsi Piagam Hak Ekonomi dan Kewajiban Negara (*the Charter of Economic Rights and Duties of States, CERDS*). India sangat antusias dengan dokumen ini dan kemudian terlibat aktif dalam setiap tahapan penyusunannya.⁸² Pasal 2 ayat (2) huruf (a) Piagam memberi setiap negara hak untuk mengatur penanaman modal asing sesuai dengan hukum nasional dan prioritas nasionalnya. Sebanyak 10 negara maju menolak rumusan ini karena mengancam kepentingan investasi mereka.⁸³ Namun, India dan negara-negara berkembang lainnya bersedia mempertahankan investor asing dengan kewajiban tunduk pada hukum nasional.⁸⁴ Demikian pula, Pasal 2 ayat (2) huruf (b) CERDS mengenai perusahaan transnasional (TNC) yang memberi setiap negara hak untuk mengatur dan mengawasi kegiatan TNC di dalam yurisdiksinya sesuai dengan hukum dan prioritas nasionalnya. Seorang ilmuwan India mengomentari hal ini pada tahun 1977 dengan mengatakan, "*developed countries recognized that a state may control their entry and*

⁸¹ Diva Krisnan, "India and International Investment Law", dalam Bimal Patel, Editor, 2008, *India and International Law*, Martinus Nijhoff.

⁸² P.C. Rao, "Charter of Economic Duties and Rights", *Indian Journal of International Law*, Vol. 15, 1975, hlm. 369.

⁸³ *Ibid.*, hlm. 360.

⁸⁴ *Ibid.*

activities within its territory, they wanted the corporations to retain the protection of the international standards applicable to foreigners”,⁸⁵ sebuah rumusan yang ditentang India dan negara-negara berkembang lain. Pasal 2 ayat (2) huruf (c) CERDS memberi setiap negara hak untuk menasionalisasi dan mengambalalih investasi asing dan memutuskan masalah kompensasi sesuai dengan undang-undang nasional dan prioritasnya. Selanjutnya dinyatakan bahwa setiap perselisihan mengenai masalah kompensasi harus ditentukan oleh pengadilan domestik dengan memperhatikan hukum nasional. Atas permintaan negara maju bahwa masalah kompensasi harus diputuskan sesuai dengan prinsip hukum internasional, India dan negara-negara berkembang lainnya menolak adanya asas tersebut dalam hukum internasional.⁸⁶

Singkatnya, karena nasionalisme ekonomi di dalam negeri, India memberikan keutamaan hukum nasional dibandingkan hukum internasional untuk mengatur dan melindungi investasi asing di India dan dengan demikian, tidak memasukkan BIT dalam periode ini. Pengecualian kecil adalah saat tahun 1957 dan 1964, India menandatangani perjanjian perlindungan investasi terbatas dengan AS dan Jerman Barat.⁸⁷ Dalam

⁸⁵ S.K. Agarwala, “The Emerging International Economic Order”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 17, 1977, hlm. 271.

⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 267.

⁸⁷ Lihat P.S. Rao, “Bilateral Investment Promotion Agree-

perlindungan dan pengaturan investasi asing, fokusnya adalah pada memberikan keutamaan hukum nasional mengenai hukum perjanjian internasional. Hukum kebiasaan internasional mengenai perlindungan investasi asing diterapkan di India bahkan sebelum India mulai memasuki BIT meskipun beberapa bagian di antaranya ditantang oleh India melalui NIEO dan CERDS. Selanjutnya, pendekatan India terhadap investasi asing berbeda dengan perdagangan internasional. Dalam kasus perdagangan internasional, India adalah anggota pendiri GATT yang telah menandatangani kesepakatan pada tanggal 8 Juli 1948. Dengan demikian India menerima hukum internasional sebagai dasar untuk mengatur perdagangan internasional bersama-sama 128 Negara yang telah menandatangani GATT pada tahun 1994.

D. Periode 1990-an-sekarang

Pendekatan India terhadap kebijakan ekonomi mulai berubah pada tahun 1991 ketika India memutuskan untuk menarik diri dari isolasi yang dipaksakan terasing dari ekonomi global. Krisis Neraca Pembayaran yang parah pada tahun 1990-1991, dengan cadangan devisa

ments: A Legal Framework for the Protection of Foreign Investments", *Commonweath Law Bulletin*, Vol. 26, 2000, hlm. 624.

hanya cukup memenuhi kebutuhan 2 minggu impor⁸⁸, memaksa India melaksanakan penyesuaian struktural dan reformasi makro-ekonomi, dari jenis yang tidak pernah dilakukan sebelumnya, seperti secara bertahap menghapus pembatasan kuantitatif impor, menurunkan tingkat suku bunga dari semula 300% menjadi hanya 35%; reformasi komprehensif rezim kontrol nilai tukar; dan memperkenalkan langkah-langkah yang bertujuan liberalisasi arus masuk FDI dan *Foreign Institutional Investment* (FII) untuk mengatasi masalah ketergantungan yang berlebihan terhadap hutang.⁸⁹ Langkah berani untuk liberalisasi FDI termasuk persetujuan otomatis FDI dalam kepemilikan saham hingga 51% dalam sektor industri dengan prioritas tinggi; 100 persen saham asing di sektor energi; pembentukan Badan Promosi Penanaman Modal Asing (FIPB) untuk bertindak sebagai jalan tunggal usulan investasi asing; membuka sektor baru investasi seperti pertambangan dan telekomunikasi; amandemen peraturan devisa untuk memperlakukan perusahaan asing dengan kepemilikan lebih dari 40% setara dengan perusahaan lokal.⁹⁰

Reformasi sektor eksternal ini mengisyaratkan

⁸⁸ Ahluwalia Montek Singh, 1991, *Productivity and Growth in Indian Manufacturing*, Oxford, Oxford University Press, hlm.67.

⁸⁹ C. Rangarajan, "Two Episodes in the Reform Process", dalam Shankar Acharya dan Rakesh Mohan, Editors, 2010, *India's Economy: Performance and Challenges*, New Delhi: Oxford University Press, hlm. 100.

⁹⁰ Kumar, *op.cit.*, hlm. 1323-1324.

adanya perubahan besar dalam persepsi India terhadap investasi asing dan pergeseran paradigma dalam pemikiran ekonomi India. India, perlahan tapi pasti, mulai beralih dari model ekonomi tertutup ke dalam ke model ekonomi liberal dan global. Kebijakan industri baru yang diadopsi India pada tahun 1991 mengakui hal itu ketika mengatakan, “*foreign investment would bring attendant advantages of technology transfer, marketing expertise, introduction of modern managerial techniques and new possibilities for promotion of exports.*” Kebijakan industri tahun 1991 mengizinkan investasi melalui dua rute otomatis (di mana tidak ada izin yang dibutuhkan dari pemerintah) dan rute yang disetujui (di mana diperlukan izin dari pemerintah sebelumnya).

Pada tahun 1990an, banyak undang-undang ekonomi baru diperkenalkan seperti *Foreign Exchange Management Act* (FEMA), yang menggantikan FERA untuk mengkonsolidasikan dan mengubah undang-undang yang terkait dengan devisa dan dengan tujuan memfasilitasi perdagangan dan pembayaran eksternal. Perundang-undangan ekonomi penting lainnya yang diperkenalkan atau diubah pada tahun 1990an adalah yang memiliki hubungan langsung atau tidak langsung dengan investasi asing seperti (i) amandemen Undang-Undang Paten yang memperkenalkan peraturan paten produk untuk obat-obatan karena kewajiban WTO; (ii)

amandemen Undang-Undang Tarif Bea Masuk 1975 untuk memperkenalkan ketentuan WTO yang konsisten tentang anti dumping; (iii) berlakunya Undang-Undang Persaingan pada tahun 2002 menggantikan Undang-Undang MRTP; (iv) Berlakunya Undang-Undang Kawasan Ekonomi Khusus (KEK) pada tahun 2005 untuk menetapkan zona ekonomi khusus guna meningkatkan ekspor; dan (v) Berlakunya Undang-undang Arbitrase dan Konsiliasi yang baru pada tahun 1996 bertujuan untuk mengkonsolidasikan dan mengubah undang-undang yang terkait dengan arbitrase domestik, arbitrase komersial internasional, dan eksekusi putusan arbitrase asing.

Sejak 1991, kebijakan ekonomi India terus mengakui pentingnya investasi asing. Kebijakan FDI tahun 2015, menyatakan pentingnya FDI ke India dengan kata-kata berikut, *"It is the intent and objective of the Government of India to attract and promote foreign direct investment in order to supplement domestic capital, technology and skills, for accelerated economic growth."* Baru-baru ini, India meluncurkan program nasional yang disebut *"Make in India"* untuk memfasilitasi investasi dan mendorong inovasi. Sejak tahun 1990an, India juga telah secara progresif meliberalisasi sektor-sektor ekonomi di mana FDI diperbolehkan. Dengan demikian, pembatasan kegiatan seperti perjudian, bisnis

undian, real estat, energi atom, dan transportasi kereta api, dihilangkan dan FDI diperbolehkan masuk dalam sektor tersebut dengan persyaratan-persyaratan tertentu. Jadi, dalam 2 dekade terakhir, sikap India terhadap investasi asing mengalami pergeseran paradigma dari keengganan dan bahkan permusuhan menjadi ramah. Saat ini, dalam upaya mencapai pertumbuhan ekonomi yang lebih tinggi, investasi asing menempati tempat yang mencolok dalam kebijakan ekonomi internasional India. Bahkan India bersedia memberikan perlindungan sesuai hukum perjanjian internasional.

E. BIT: Instrumen Pemikat Investasi Asing

Tujuan memikat investasi asing tercermin dengan jelas dalam berbagai pernyataan dari Menteri Keuangan India, dari tahun 1994 sampai 2011, sebagaimana tercantum dalam pengantar untuk “compendium” BIT India. Pada volume pertama (diterbitkan pada 1996-1997) Menteri Keuangan, P. Chidambaram, menulis bahwa setelah diadopsinya kebijakan ekonomi liberal pada tahun 1991, India memulai proses memasuki BIT dengan maksud untuk memberikan kepercayaan investor kepada investor asing. Pandangan yang sama lalu kembali ditekankan dalam penerbitan volume berikutnya, oleh berbagai Menteri Keuangan

dalam pemerintahan yang berbeda. Tak satu pun dari pernyataan ini berbicara tentang hubungan arus investasi dengan masalah investasi non-investasi lainnya, juga tidak mengakui bahwa perlindungan investasi harus diimbangi dengan tujuan noninvestasi lainnya.

Memang benar bahwa FDI yang mengalir ke India telah meningkat bersamaan dengan kemauan menyepakati BIT. Sebagai contoh, arus FDI ke India meningkat secara besar-besaran dari USD 4.029 juta pada tahun 2000-2001 menjadi USD 31.853 juta pada tahun 2014, mencapai pada USD 46.556 juta pada tahun 2011-2012 (Kementerian Perdagangan 2014). Namun, tidak ada bukti sejauh mana arus FDI yang meningkat disebabkan oleh BIT India. Hanya ada satu studi yang secara singkat melihat dampak BIT terhadap aliran masuk FDI ke India.⁹¹ Namun, penelitian tersebut melihat aliran masuk FDI ke 15 negara Asia termasuk India dan karenanya bukan spesifik India. Selanjutnya, tulisan ini terbatas menawarkan panduan mengenai dampak aktual BIT terhadap arus masuk FDI ke India antara periode 1980-81 sampai 1999-2000, masa ketika India hanya menandatangani 13 BIT dibandingkan jumlah 73 BIT yang masih berlaku sekarang. Dengan tidak adanya bukti semacam itu, asumsi pemerintah India

⁹¹ Lihat selengkapnya dalam R. Banga, "Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI Inflows", Indian Council for Research on International Economic Relations Working Paper No 116. New Delhi: ICRIER, 2003.

bahwa BIT akan menghasilkan peningkatan investasi asing dapat dipersoalkan. Bukti empiris, mengenai masalah ini, secara global, terbelah dan karenanya tidak meyakinkan. Penandatanganan BIT saja tidak menjamin masuknya investasi asing yang lebih besar karena investasi asing lebih terkait dengan faktor ekonomi makro seperti stabilitas ekonomi, keuntungan lokasi, tingkat infrastruktur, dan faktor terkait lainnya. Di sisi lain, ada juga pendapat bahwa BIT dapat menjadi alat penting untuk menarik investasi asing karena dengan menandatangani perjanjian ini, negara tuan rumah memberi sinyal adanya lingkungan investasi yang menyenangkan, menawarkan perlindungan berbasis perjanjian, dan dengan demikian meningkatkan keamanan untuk investasi.⁹²

Meskipun, dalam fase ini, India memandang BIT sebagai alat untuk menarik dan melindungi investasi asing, menjelang akhir fase ini, India mulai tumbuh sebagai negara pengekspor modal, yang membawa sedikit perubahan dalam persepsi India terhadap BITs. Arus keluar FDI India (pinjaman dan ekuitas) meningkat dari US \$ 7856,49 juta pada 2005-2006 menjadi US \$ 18,506 juta pada 2008-2009.⁹³ Kenaikan ini tidak

⁹² K.J. Vandeveld, 1998, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, hlm. 522-525.

⁹³ H.R. Khan, *Outward Indian FDI – Recent Trends and Emerging Issues. Reserve Bank of India Speeches*, 2012.

mengubah karakter India, secara keseluruhan, sebagai negara pengimpor modal. Meskipun demikian, karena adanya peningkatan arus keluar investasi asing dari India, menjelang akhir fase ini, India mulai melihat BIT sebagai instrumen utama, tidak hanya untuk menarik dan melindungi investasi asing di India, tetapi juga untuk melindungi investasi India. Ini menjelaskan BIT India dengan negara-negara Afrika seperti Mozambik, Senegal dan Sudan pada tahun 2005 dan juga dengan negara-negara berkembang lainnya seperti Bahrain, Trinidad dan Tobago, Arab Saudi, Myanmar dan Bangladesh, kumpulan negara di mana India memiliki kepentingan ekspor modal. Bagi negara-negara di mana India memiliki kepentingan ekspor-modal, model BIT "*capital-exporting*" bisa bermanfaat.

Meskipun menjadi negara "pengimpor modal", India mengadopsi model BIT "*capital exporting*" ketika meluncurkan program BIT-nya. Model BIT "*capital-exporting*" berarti model yang dikembangkan terutama oleh negara-negara OECD untuk mendukung perlindungan investasi atas hak negara tuan rumah (OECD 1967). Dengan demikian, Model BIT India tahun 2003 didasarkan pada BIT India-Inggris yang berisi jaminan substantif dan prosedural yang rumit untuk perlindungan investasi asing, kecuali hak untuk pendirian, dengan pengecualian yang semakin berkurang.

Model BIT tahun 2003 mengakui bahwa investasi asing akan menikmati perlakuan yang adil sementara masalah kompensasi untuk pengambilalihan akan diputuskan sesuai dengan BIT dan bukan oleh undang-undang nasional, dan arbitrase perjanjian investasi akan memiliki yurisdiksi atas semua hak substantif. Di dalam BITs ini nampak jelas India meninggalkan CERDS yang diadvokasi India sebagai bagian dari NIEO pada tahun 1970an. India mengadopsi model BIT seperti itu dalam semangat dan antusiasmenya untuk memberi sinyal kepada dunia luar bahwa negara ini siap menawarkan perlindungan berbasis perjanjian yang luas, baik secara substansial maupun prosedural, untuk investasi asing.

F. Periode 2011-sekarang

Periode 2011 sampai saat ini dapat digambarkan sebagai fase ketiga dari pendekatan India terhadap BITs. Fase ini berbeda dengan fase kedua. Perbedaan penting adalah banyaknya BIT yang telah masuk India sejak awal tahun 2011. Dari tahun 1994 sampai dengan 2011, hampir tidak ada diskusi mengenai signifikansi BIT di India. India menerima BIT tanpa hambatan. Namun, keadaan berubah pasca 2011. India mulai menampakkan keragu-raguan tentang BITs. Bukti statistik dari hal ini adalah bahwa sementara pada periode 1994-2010, rata-

rata penandatanganan BIT tahunan India sekitar 4 sampai 5 perjanjian, sejak 2011, India hanya memiliki 4 BIT, yang 2 di antaranya telah diberlakukan. BIT pertama yang harus diberlakukan adalah dengan Lithuania, yang ditandatangani pada tanggal 31 Maret 2011 dan diberlakukan pada tanggal 1 Desember 2011. BIT kedua adalah dengan Uni Emirat Arab, yang ditandatangani pada 12 Desember 2013. Tanggal pasti pelaksanaan BIT ini tidak diketahui. Namun, Kementerian Keuangan menyatakan bahwa kedua negara telah meratifikasi BIT ini. Terdapat 2 BIT lainnya terhadap Nepal dan Slovenia, yang telah ditandatangani namun belum diberlakukan. Selain itu, dari 4 BIT ini, India, pada tahun 2011, memberlakukan BIT dengan Bangladesh yang ditandatangani pada tahun 2009.

Keragu-raguan India terhadap BIT jelas terlihat dari pernyataan pemerintah India di Forum Investasi Dunia UNCTAD pada tahun 2014, yang mengungkapkan bahwa India menganggap rezim perjanjian investasi saat ini secara tidak adil membatasi hak kedaulatannya dan bahwa perjanjian investasi telah digunakan sebagai alat untuk meninjau bukan hanya ukuran peraturan penerapan umum seperti lingkungan dan kesehatan masyarakat, namun juga putusan yang dijatuhkan oleh pengadilan tertinggi di dalam negeri. Sebuah studi yang cermat mengenai perkembangan terakhir menunjukkan

bahwa ada 3 faktor yang pada prinsipnya berkontribusi pada keragu-raguan India tentang BIT. Penulis membahas masing-masing faktor ini secara terpisah.

Berbeda dengan fase kedua, pasca 2010, telah terjadi peningkatan jumlah tuntutan peninjauan BIT yang diajukan terhadap India. Menjelang akhir tahun 2011, sebuah pengadilan dalam perkara *White Industries v India* menemukan bahwa India telah melanggar kewajibannya berdasarkan BIT India dan Australia. Kasus ini berasal dari *White Industries* yang keberatan pengesampingan aturan komersial internasional oleh pengadilan negeri. Pengadilan ITA menganggap India bersalah karena tidak memberikan *White Industries* cara-cara efektif untuk menyatakan klaim dan penegakan hak, terlepas dari fakta bahwa BIT India-Australia tidak menyebutkan atau menyertakan klausula semacam itu untuk negara tuan rumah. Pada sisi ini, arbiter menyatakan bahwa saat klausula penyelesaian sengketa tidak ada, *White Industries* dapat meminjam ketentuan serupa sebagaimana tercantum dalam BIT antara India dengan Kuwait.

Ketentuan serupa menjadi dasar gugatan investor asing terhadap pemerintah India yaitu (i) dalam kasus *Vodafone* sehubungan dengan BIT India-Belanda untuk pengukuran pajak retrospektif; (ii) dalam kasus *Deutsche Telekom* dari Jerman sehubungan dengan BIT India-

Jerman atas usaha satelit yang dibatalkan; (iii) dalam kasus *ByCell*, seorang investor asing lainnya, terhadap BIT India-Cyprus masalah pembatalan izin; (iv) dalam perkara perusahaan multimedia sehubungan dengan BIT India-Mauritius. Untuk yang terakhir sudah dibentuk panel untuk memeriksa di ITA.

Perkembangan kedua berkaitan dengan tuntutan di India untuk meninjau kembali BIT disuarakan aktor yang berbeda-beda, seperti akademisi, anggota parlemen, dan organisasi masyarakat sipil. Di kalangan akademisi, beberapa komentator, telah menuntut penilaian kritis terhadap BIT India sebelum pemeriksaan kasus *White Industries*.⁹⁴ Pasca putusan terhadap *White Industries* suara-suara miring terhadap BIT semakin gencar dilakukan. Sebelum kasus itu mencuat, parlemen bahkan nyaris tak pernah menyentuh isu BIT. Namun pasca putusan, suara kritis parlemen mulai bermunculan bahkan dengan keras menilai bahwa putusan arbitrase itu sengaja melecehkan kedaulatan peradilan India. Kalangan masyarakat sipil juga mulai gerah dan menuntut pemerintah meninjau ulang BIT yang masih berlaku karena menyebabkan kemerosotan pemerintah India untuk memberikan peraturan-peraturan yang memperhatikan situasi ekonomi dan sosial.

⁹⁴ Prabhash Ranjan, "Medical Patents and Expropriation in International Investment Law with Special Reference to India", *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol. 5, No. 72, 2008.



BAB VI

PENUTUP

Terhadap Hukum Internasional terdapat perbedaan pandangan, bahkan terkait dengan identitas apakah merupakan hukum atau tidak. Para ahli ada yang berpendapat bahwa hukum internasional tidak dapat digolongkan kedalam kelompok ilmu hukum tetapi hanya sekedar moral internasional yang tidak mengikat secara positif. Namun ada sarjana yang menyatakan bahwa hukum internasional merupakan hukum positif yang sudah terbukti menyelesaikan atau mengatur persoalan-persoalan dunia bahkan ada pendapat yang menyatakan hukum internasional sebagai "*world law*" atau hukum dunia yang didalamnya ada jaringan, sistem serta mekanisme dari suatu pemerintahan dunia yang mengatur pemerintah-pemerintah dunia.⁹⁵ Hukum Internasional dapat didefinisikan sebagai keseluruhan hukum yang sebagian besar terdiri dari prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah perilaku yang terhadapnya

⁹⁵ A.Masyhur Effendi, 1980, *Tempat Hak-hak Asasi Manusia dalam Hukum Internasional/Nasional*, Bandung: Penerbit Alumni, hlm. 1

negara- negara merasa dirinya terikat untuk menaati, dan karenanya, benar-benar ditaati secara umum dalam hubungan-hubungan mereka satu sama lain.⁹⁶

Meski demikian pada awalnya banyak kontroversi teoritis yang muncul mengenai hakikat dan dasar hukum internasional, satu teori yang telah memperoleh pengakuan luas bahwa hukum internasional bukan hukum yang sebenarnya, melainkan suatu himpunan kaidah perilaku yang hanya mempunyai kekuatan moral semata.⁹⁷ Menurut teori Austin, hukum *stricto sensu* dihasilkan dari keputusan-keputusan formal yang berasal dari badan legislatif yang benar-benar berdaulat. Secara logis, apabila kaidah-kaidah yang bersangkutan pada analisis akhir bukan berasal dari otoritas yang berdaulat, yang secara politis berkedudukan paling tinggi atau apabila tidak terdapat otoritas yang berdaulat demikian, maka kaidah-kaidah tersebut tidak dapat digolongkan dalam kaidah-kaidah hukum, melainkan hanya kaidah-kaidah dengan validitas moral atau etika semata-mata.⁹⁸ Namun seiring dengan perkembangan jaman mengenai hukum internasional teori yang di kemukakan oleh Austin dapat dibantah.

Yurisprudensi pada jaman modern tidak

⁹⁶ J.G. Starke, Pengantar Hukum Internasional, (Jakarta: PT Sinar Grafika, 2010), hlm. 3.

⁹⁷ *Ibid.*, hlm. 19.

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 20.

memperhitungkan kekuatan teori umum tentang hukum dari Austin. Telah ditunjukkan bahkan pada beberapa kelompok masyarakat yang tidak mempunyai suatu otoritas legislatif formal, suatu sistem hukum telah berjalan dan ditaati, dan bahwa hukum tersebut tidak berada dalam hal ketentuan mengikatnya dari suatu hukum negara yang benar-benar mempunyai otoritas legislatif. Pandangan-pandangan Austin tersebut meskipun benar pada zamannya, namun sekarang tidak tepat lagi bagi hukum internasional sekarang ini. Dalam abad sekarang banyak sekali perundang-undangan internasional terbentuk sebagai akibat-akibat dari traktat-traktat dan konvensi-konvensi yang membuat hukum, dan sejalan dengan perkembangan ini maka proporsi kaidah-kaidah kebiasaan hukum internasional makin berkurang. Bahkan andaikata benar bahwa tidak ada otoritas legislatif yang secara tegas berdaulat dibidang internasional, prosedur untuk merumuskan kaidah-kaidah perundang-undangan internasional ini telah dipecahkan dengan cara penyelenggaraan konferensi-konferensi internasional atau melalui organ-organ internasional yang ada, meskipun tidak seefisien seperti prosedur legislatif pada suatu negara. Persoalan-persoalan hukum internasional senantiasa diperlakukan sebagai persoalan-persoalan hukum oleh kalangan yang menangani urusan internasional dalam berbagai Kementerian Luar Negeri, atau melalui berbagai badan

administrasi internasional. Dengan perkataan lain, badan-badan otoritatif yang bertanggung jawab untuk memelihara hubungan-hubungan internasional tidak menganggap hukum internasional hanya sebagai suatu himpunan peraturan moral semata-mata.⁹⁹

Di era globalisasi seperti saat ini eksistensi hukum internasional tidak dapat terbantahkan kembali keberadaannya, bahkan hukum internasional bukan hanya mengatur tentang hubungan antarbangsa, saat ini hukum internasional telah berkembang pesat sedemikian rupa sehingga subjek-subjek negara tidaklah terbatas pada negara-negara saja sebagaimana diawal perkembangan hukum internasional. Hal ini dikuatkan oleh pendapat Mochtar Kusumaatmadja yang menyatakan: "hukum internasional adalah keseluruhan kaidah-kaidah dan asas-asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas-batas negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata."¹⁰⁰

Terhadap permasalahan-permasalahan yang muncul seperti yang dipaparkan diatas, terdapat dua teori yang dapat menjawabnya. Yang pertama teori monisme dikemukakan oleh aliran monisme. Menurut aliran ini hukum internasional dan hukum negara merupakan

⁹⁹ *Ibid.*, hlm. 21.

¹⁰⁰ Sefriani, *Hukum Internasional*, (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hlm. 2

dua kesatuan hukum dari satu sistem hukum yang lebih besar yaitu hukum pada umumnya. Karena terletak dalam satu sistem hukum maka sangat besar sekali kemungkinan terjadi konflik antar keduanya. Dalam perkembangannya aliran monisme terpecah menjadi dua, yaitu aliran monisme primat hukum internasional dan monisme primat hukum nasional.¹⁰¹

Monisme primat hukum internasional berpendapat bahwa apabila terjadi suatu konflik dalam tatanan sistem hukum antara hukum internasional dan hukum negara maka hukum internasional haruslah lebih diutamakan dan diberlakukan dari pada hukum negara. Sedangkan monisme primat hukum nasional memiliki pandangan yang terbalik yaitu apabila terdapat suatu konflik dalam tatanan sistem hukum maka hukum negara terlebih dahulu yang harus diutamakan dan diberlakukan. Hal ini berdasarkan pendapat bahwa hukum internasional berasal dari hukum negara. Contohnya adalah hukum kebiasaan yang tumbuh dari praktik negara-negara. Karena hukum internasional berasal atau bersumber dari hukum negara maka hukum negara kedudukannya lebih tinggi dari hukum internasional.

Meski demikian hingga saat ini Indonesia belum pernah secara tegas menyatakan aliran mana yang

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm. 86.

digunakan, hanya saja apabila menelaah apa yang telah diamanahkan oleh konstitusi Indonesia mengatur suatu kaidah hukum internasional dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional yang mewajibkan suatu kaidah hukum internasional apabila ingin menjadi suatu kaidah hukum nasional maka harus melalui tahap ratifikasi. Ratifikasi pada hakikatnya merupakan salah satu cara pengesahan sebuah perjanjian internasional untuk dapat dijadikan salah satu produk hukum di negara-negara peserta perjanjian tersebut. Istilah pengesahan yang dipergunakan dalam praktik hukum perjanjian internasional di Indonesia khususnya Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional diambil dan diterjemahkan dari istilah ratifikasi.¹⁰²

Perjanjian internasional yang tidak mensyaratkan pengesahan dalam pemberlakuannya, biasanya memuat materi yang bersifat teknis atau suatu pelaksana teknis terhadap perjanjian induk. Perjanjian internasional seperti ini dapat langsung berlaku setelah penandatanganan atau pertukaran dokumen perjanjian/nota diplomatik, atau melalui cara lain yang disepakati dalam perjanjian oleh para pihak. Perjanjian yang termasuk dalam kategori ini diantaranya adalah perjanjian yang materinya mengatur secara teknis kerjasama bidang pendidikan, sosial, budaya,

¹⁰² Damos Dumoli Agusman, *op.cit*, hlm. 69.

pariwisata, penerangan kesehatan, pertanian, kehutanan dan kerjasama antar propinsi atau kota. Perjanjian internasional mulai berlaku dan mengikat para pihak setelah memenuhi ketentuan yang ditetapkan dalam perjanjian tersebut.

Pembahasan tentang tempat atau kedudukan hukum internasional dalam rangka hukum secara keseluruhan didasarkan atas anggapan bahwa sebagai suatu jenis atau bidang hukum, hukum internasional merupakan bagian dari hukum pada umumnya. Hukum Internasional sebagai suatu perangkat ketentuan dan asas yang efektif yang hidup dimasyarakat dan karenanya mempunyai hubungan yang efektif dengan ketentuan atau bidang hukum lainnya, diantaranya yang paling penting ialah ketentuan hukum yang mengatur kehidupan manusia dalam lingkungan kebangsaannya masing-masing yang dikenal dengan hukum nasional.

Hukum nasional setiap negara mempunyai arti penting dalam konstelasi politik dunia dewasa ini dan masyarakat internasional, sehingga akan memunculkan persoalan bagaimanakah hubungan antara berbagai hukum nasional itu dengan hukum internasional dan kedudukan hukum internasional dalam keseluruhan tata hukum di lihat dari sudut praktis. Pembahasan mengenai hubungan antara hukum inter-

nasional dan hukum nasional dapat ditinjau dari sudut teori dan kebutuhan praktis.

DAFTAR PUSTAKA

- Abel, Richard L. 1993. *Transnational Law Practice*. Case Western Law Review 44.
- Ahluwalia Montek Singh, 1991, *Productivity and Growth in Indian Manufacturing*, Oxford, Oxford University Press.
- A. Masyhur Effendi, 1980, *Tempat Hak-hak Asasi Manusia dalam Hukum Internasional/Nasional*, Bandung: Penerbit Alumni.
- André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011.
- Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (2004).
- Ann Kent, *Beyond Compliance: China, International Organisations and Global Security* (2007).
- Anthea Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 60 ICLQ 57(2011).
- Christoph Schreuer, "Consent to Arbitrate", dalam Peter Muchlinski *et.al*, Editors, 2008, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Cohen, Mark A. 2011-2012. *International Law Firms in China: Market Access and Ethical Risks*. Fordham

Law Review 80.

C. Rangarajan, "Two Episodes in the Reform Process", dalam Shankar Acharya dan Rakesh Mohan, Editors, 2010, *India's Economy: Performance and Challenges*, New Delhi: Oxford University Press.

Dahai Qi, *State Immunity, China and Its Shifting Position*, 7 Chinese J.Int'L L 307(2008).

Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, (Bandung: PT Refika Aditama, 2010).

_____, "Keputusan Mahkamah Konstitusi tentang Piagam ASEAN: Arti Penting bagi perjanjian internasional lainnya", *Jurnal Opinio Juris*, Vol. 13, Agustus 2013.

David Zaring, "Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration", 5 Chi. J. Int'l L. 547, 595 (2005).

Diva Krisnan, "India and International Investment Law", dalam Bimal Patel, Editor, 2008, *India and International Law*, Martinus Nijhoff.

Eric Posner dan John Yoo, "Reply to Helfer and Slaughter", 93 Cal. L. Rev. 957, 966 (2005).

Faulconbridge, James R., Jonathan V. Beaverstock, Daniel Muzio, and Peter J. Taylor. 2008. *Global Law Firms: Globalization and Organizational*

Spaces of Cross-Border Legal Work. *Northwestern Journal of International Law and Business* 28: 455-88.

Gráinne de Búrca, "Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union", 27 *Fordham Int'l L.J.* 679, 680 (2004).

Hanqin Xue, China's Open Policy and International Law, 4 *CHINESE J. INT'L L.* 136 (2005).

Harold Hongju Koh, 'Why Do Nations Obey International Law?' (1997) 8 *The Yale Law Journal* 106.

Heller, Jane J. 2003. China's New Foreign Law Firm Regulations: A Step in the Wrong Direction. *Pacific Rim Law and Policy Journal* 12.

H.R. Khan, *Outward Indian FDI - Recent Trends and Emerging Issues. Reserve Bank of India Speeches*, 2012.

Hsueh, Roselyn. 2011. *China's Regulatory State*. Ithaca, NY: Cornell University Press.

Jarrold Wong, Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes, 14 *Geo. Mason L. Rev.* 135, 141 (2006).

J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, (Jakarta:

PT Sinar Grafika, 2010).

Johnny W. Situmorang, *Menguk Klim Indonesia Pascakrisis*, ESENSI, Jakarta, 2011.

Kal Raustiala, "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", 43 Va. J. Int'l L. 1 (2002).

Kenneth J. Vandavelde, The Economics of Bilateral Investment Treaties, 41 HARV. INT'L L.J. 469, 471 (2000).

K.J. Vandavelde, 1998, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.

Li, Xueyao, and Sida Liu. 2011–2012. The Learning Process of Globalization: How Chinese Law Firms Survived the Financial Crisis. *Fordham Law Review* 80.

Malcolm N. Shaw, 2003, *International Law*, Fifth Edition, (Cambridge: Cambridge University Press.

Mark Leonard, 2005, *Why Europe Will Run the 21st Century*.

Michael R. Reading, The Bilateral Investment Treaty in Asean: A Comparative Analysis, 42 Duke L.J. 679 (1992).

- Nagesh Kumar, "Liberalisation and Changing Patterns of Foreign Direct Investments", *Economic and Political Weekly*, Vol. 33, No. 22, 1998.
- Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum; Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, (Bandung: Refika Aditama, 2004).
- P.C. Rao, "Charter of Economic Duties and Rights", *Indian Journal of International Law*, Vol. 15, 1975.
- Prabhash Ranjan, "Medical Patents and Expropriation in International Investment Law with Special Reference to India", *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol. 5, No. 72, 2008.
- P.S. Rao, "Bilateral Investment Promotion Agreements: A Legal Framework for the Protection of Foreign Investments", *Commonweath Law Bulletin*, Vol. 26, 2000.
- R. Banga, "Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI Inflows", Indian Council for Research on International Economic Relations Working Paper No 116. New Delhi: ICRIER, 2003.
- Ryan J. Bubb dan Susan Rose-Ackerman, *BITs and Bargains: Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation Of Foreign Investment*, 27 *Int'l Rev. L. & Econ.* 291 (2007).
- Sefriani, *Hukum Internasional*, (Jakarta: Rajawali Press, 2010).

S.K. Agarwala, "The Emerging International Economic Order", *Indian Journal of International Law*, Vol. 17, 1977.

Stephen D. Krasner, 1999, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press.

_____, Building Democracy After Conflict: The Case for Shared Sovereignty, 16 *J. Democracy*, Jan. 2005.

Stern, Rachel E. 2013. *Environmental Litigation in China: A Study in Political Ambivalence*. New York: Cambridge University Press.

Tom Ginsburg, International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance, 25 *INT'L REV. L. & ECON.* 107, 108 (2005).

United Nations General Assembly, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All: Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/59/2005 (2005).

White Paper Published on China's Rule of Law, Feb. 28, 2008.

William W. Burke-White, Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation, 42 *Harv. Int'l L.J.* 467 (2001).

Xavier Carim, *Lessons from South Africa's BITs Review*, Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 109, November 25, 2013.

Xiao Mingqing, *Are National Immunity Rights Applicable to Bacteria War Lawsuit ?*(in Chinese), 1 Journal of Hunan University of Arts and Science 23(2005).

Yuan Jingdong, *'China's Proliferation and the Impact of Trade Policy on Defense Industries in the United States and China: Testimony before the US-China Economic and Security Commission'*, 12 July 2007.



Biografi Penulis



Dr. Isharyanto, S.H., M.Hum. Lahir di Gunungkidul, 1 Mei 1978. Merupakan dosen hukum tata negara Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret sejak 2004. Menyelesaikan pendidikan sarjana pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada (2001), Magister Hukum Universitas Gadjah Mada (2003), dan Doktor Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret (2014).

Pernah menempuh *Sandwich Like Program* di *School of Economics, Law, and Governemnt* Utrecht University, Netherland (2012) untuk memperdalam riset hukum dan penulisan jurnal internasional. Pernah menjabat sebagai Sekretaris Badan Mediasi dan Bantuan Hukum Universitas Sebelas Maret (2004-2011), Kepala Pusat Penelitian Konstitusi dan Hak Asasi Manusia LPPM Universitas Sebelas Maret (2010-2012), dan Koordinator Tenaga Ahli Rektor Bidang Hukum (2015-sekarang).

Aktif melakukan penelitian antara lain Hibah Kajian Wanita (2005), Hibah Strategi Nasional Dirjen Dikti (2012 dan 2013), Hibah Penelitian Unggulan Perguru-

an Tinggi (2015), dan Hibah Prioritas Nasional MP3EI Dirjen Dikti (2016), serta penelitian yang dibiayai oleh PNBPU Universitas Sebelas Maret (2013 dan 2015). Ia juga aktif menulis di media nasional dan lokal untuk isu-isu hukum dan politik serta berpengalaman melakukan advokasi kebijakan publik dan menjadi mentor dalam bimbingan teknis pengembangan fungsi lembaga-lembaga pemerintahan.