

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian-pengertian

1. Perjanjian Internasional

Perjanjian internasional menurut Mochtar Kusumaatmadja adalah perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa dan bertujuan untuk mengakibatkan akibat-akibat hukum tertentu.¹

Sedangkan menurut ketentuan Pasal 1 huruf (a) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, yang dimaksud perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam Hukum Internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik.²

Pertanyaan-pertanyaan yang berkaitan dengan perjanjian internasional telah terjawab dengan adanya Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional. Walaupun perjanjian ini tidak berlaku surut namun dapat diterapkan pada perjanjian sebelumnya yang telah dibuat, karena konvensi ini merupakan hasil kerja Komisi Hukum Internasional yang mantap.

¹ Kusumaatmadja, Mochtar. *Pengantar Hukum Internasional*. Cet. Keempat 1982

² Pasal 1 huruf (a) UU No. 24 Tahun 2000

Komisi Hukum Internasional telah menyelesaikan rancangan konvensi hukum perjanjian internasional antara negara-negara dan organisasi internasional atau antara dua organisasi internasional atau lebih. Rancangan konvensi mengambil contoh model Konvensi Wina bagi hukum perjanjian, sekalipun belum ada konferensi diplomatik yang telah diadakan untuk mempertimbangkan dan mengambil rancangan itu sebagai suatu konvensi.

2. Pengertian Konservasi

Konservasi sumber daya ikan menurut Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2004 Tentang Perikanan adalah semua upaya, termasuk proses yang terintegrasi dalam pengumpulan informasi, analisis, perencanaan, konsultasi, pembuatan keputusan, alokasi sumber daya ikan, dan implementasi serta penegakan hukum dari peraturan perundang-undangan di bidang perikanan, yang dilakukan oleh pemerintah atau otoritas lain yang diarahkan untuk mencapai kelangsungan produktivitas sumber daya hayati perairan dan tujuan yang telah disepakati.³

Menurut *Compliance Agreement*, tindakan pengelolaan dan konservasi internasional adalah tindakan untuk melindungi dan mengelola satu atau beberapa spesies sumber kekayaan hayati laut yang disetujui dan diterapkan sesuai dengan peraturan terkait dengan hukum internasional sebagaimana tercantum dalam UNCLOS 1982.⁴

³ UU No. 31 Tahun 2004 Tentang Perikanan

⁴ Naskah Akademik Ratifikasi *Compliance Agreement 1993*

3. Pengertian Perikanan

Perikanan adalah semua kegiatan yang berhubungan dengan pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya ikan dan lingkungannya mulai dari pra produksi, produksi, pengolahan sampai dengan pemasaran, yang dilaksanakan dalam suatu sistem bisnis perikanan.⁵

4. Pengertian Pengelolaan Perikanan

Pengelolaan perikanan adalah semua upaya termasuk proses yang terintegrasi dalam pengumpulan informasi, analisis, perencanaan, konsultasi, pembuatan keputusan, alokasi sumber daya ikan, dan implementasi serta penegakan hukum dari peraturan perundang-undangan di bidang perikanan, yang dilakukan oleh pemerintah atau otoritas lain yang diarahkan untuk mencapai kelangsungan produktivitas sumber daya hayati perairan dan tujuan yang telah disepakati.⁶

Tindakan konservasi dan pengelolaan berarti tindakan untuk melindungi dan mengelola satu atau beberapa spesies sumber daya hayati yang disetujui dan diterapkan konsisten dengan ketentuan yang terkait dari hukum internasional sebagaimana tercantum dalam UNIA.⁷

5. Pengertian Laut Lepas

Laut lepas adalah semua bagian dari laut yang tidak termasuk dalam zona ekonomi eksklusif, dalam laut teritorial atau dalam perairan pedalaman suatu negara atau dalam perairan kepulauan suatu negara kepulauan. Hal ini tidak

⁵ Pasal 1 ayat (1) UU No. 31 Tahun 2004 tentang Perikanan,

⁶ Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2004, *ibid*, Pasal 1 ayat (7)

⁷ Naskah Terjemahan UNIA 1995 Pasal 1 ayat 1 (a)

mengakibatkan pengurangan apapun terhadap kebebasan yang dinikmati semua negara di Zona Ekonomi Eksklusif.⁸

Sedangkan menurut UU No. 31 Tahun 2004 tentang Perikanan, laut lepas adalah bagian dari laut yang tidak termasuk dalam Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia (ZEEI), laut territorial Indonesia, perairan kepulauan Indonesia, dan perairan pedalaman Indonesia.⁹ Secara simple laut lepas didefinisikan sebagai “bagian laut yang terletak di luar dan berdampingan dengan laut territorial.”¹⁰

Daerah ini tidak dapat diklaim kedaulatannya oleh negara manapun. Laut lepas berada di luar batas 200 mil laut Zona Ekonomi Eksklusif. Laut ini terbuka bagi semua negara dengan tetap memperhatikan dan mempertimbangkan kepentingan-kepentingan negara lain.

6. Pengertian Organisasi Internasional

Sampai saat ini tidak ada pengertian yang baku tentang organisasi internasional.

Bowett D.W. mengatakan :

“... dan tidak ada definisi organisasi internasional yang diterima secara umum. Pada umumnya, bagaimanapun juga organisasi ini adalah organisasi permanen (misalnya, di bidang postal atau administrasi kereta api), yang didirikan atas dasar perjanjian internasional, yang kebanyakan merupakan perjanjian multilateral daripada perjanjian bilateral dan dengan tujuan tertentu”.¹¹

Sedangkan menurut Boer Mauna, organisasi internasional adalah suatu perhimpunan negara-negara yang merdeka dan berdaulat yang bertujuan untuk mencapai kepentingan bersama melalui organ-organ dari perhimpunan itu

⁸ Pasal 86 UNCLOS 1982

⁹ Pasal 1 ayat (22) UU No. 31 Tahun 2004 tentang Perikanan.

¹⁰ Muthalib Tahar, Abdul. 2007. *Zona-Zona Maritim Berdasarkan KHL PBB 1982 dan Perkembangan Hukum Laut Indonesia*. hlm. 30

¹¹ Syahmin A.K.S.H. *Pokok-pokok Hukum Organisasi Internasional*, 1985 hlm 3

sendiri.¹² Walaupun tidak mempunyai pengertian yang pasti, organisasi internasional mempunyai ciri-ciri sebagai berikut :

- a) Mempunyai organ permanen.
- b) Obyeknya merupakan kepentingan semua orang / negara, bukan untuk mencari keuntungan.
- c) Keanggotaannya terbuka untuk setiap individu atau kelompok dari setiap negara.¹³

Organisasi internasional juga dapat diklasifikasikan yang dimaksudkan untuk mengetahui fungsi, tujuan serta ruang lingkup aktivitas lembaga tersebut. Berdasarkan fungsi, organisasi internasional dapat dibagi menjadi fungsi politis, fungsi administratif, fungsi yudisial, fungsi ekonomis, fungsi sosial dan fungsi legislatif. Sedangkan berdasarkan ruang lingkup; organisasi global atau universal dan organisasi regional.

Menurut Bowett D.W., organisasi internasional dapat diklasifikasikan berdasarkan kompetensinya menjadi 2 yaitu, organisasi internasional yang mempunyai kompetensi universal dan organisasi internasional yang kompetensinya terbatas. Sedangkan menurut Schwarzenberger, organisasi internasional mempunyai lima fungsi.¹⁴

¹² Syahmin A.K.S.H., *ibid.*, hlm 5

¹³ Syahmin A.K.S.H., *op cit.*, hlm 9

¹⁴ Syahmin A.K.S.H., *ibid.*, hlm 10 – 11

5 fungsi organisasi menurut Schwarzenberger, yaitu :

1. Lamanya yang diharapkan, *ad-hoc*, professional dan lembaga yang permanen.
2. Sifat kekuasaannya : judicial, conciliatory, governmental, administrative, co-odative dan lembaga legislative. Jika lembaga memberikan bantuan secara menyeluruh atau sebagian dari kekuasaannya, maka lembaga tersebut adalah komprehensif, sebaliknya apabila tidak, disebut non-komprehensif.
3. Sifat homogen atau heterogen sarannya, yakni lembaga memiliki satu atau beberapa maksud dan tujuan sejalan dengan sifat sesungguhnya, juga tujuannya adalah politis dan fungsional yang disebutkan dalam ekonomi, social serta kemusiaan dan kelembagaan.
4. Bidang yurisdiksinya :
 - a. *Personal scope (ratione personae)* menyangkut universal, universalist dan sectional. Terhadap lembaga yang bertujuan hidup bersama-sama, tetapi tidak cukup mencapai obyeknya, keadaan Negara ini diistilahkan dengan universalist. Sedangkan apabila Negara-negara anggota termaksud diuji kebenaran lembaga-lembaga terbatas tersebut saling berlawanan jajarannya, maka mereka sectional group.
 - b. *Geographical scope (ratione loci)* berupa : global, regional dan local
 - c. *Substantive scope (ratione materiae)*, berbentuk general dan limited.
 - d. *Temporal scope (ratione temporis)*, dimana yurisdiksi lembaga pengadilan internasional fungsinya terbatas pada perselisihan yang timbul setelah diadakan perjanjian tertentu.
5. Tingkat integrasi : yang meliputi lembaga internasional dan lembaga supranasional.

UNCLOS 1982 merumuskan Organisasi Internasional sebagai suatu organisasi antar pemerintah yang dibentuk oleh negara-negara yang kepadanya telah dialihkan oleh negara-negara anggotanya kompetensi mengenai hal-hal yang di atur oleh Konvensi ini, termasuk kompetensi untuk membuat perjanjian yang berkenaan dengan hal-hal tersebut.¹⁵

Organisasi internasional yang bergerak dalam pengelolaan perikanan di laut lepas disebut *Regional Fisheries Management Organization* (RFMOs). RFMOs merupakan organisasi internasional yang bersifat sub regional, regional dan internasional yang melakukan pengelolaan perikanan di laut lepas. Organisasi ini merupakan interpretasi dari ketentuan Pasal 118 UNCLOS 1982.

RFMOs merupakan organisasi internasional yang mempunyai tujuan untuk menjamin konservasi dan meningkatkan tujuan pemanfaatan optimal jenis ikan yang demikian di seluruh kawasan. Anggota dari organisasi ini adalah negara pantai dan negara penangkap ikan jarak jauh yang warga negaranya memanfaatkan jenis ikan yang bermigrasi jauh (*highly migratory species*) di kawasan tersebut.

B. Latar Belakang Lahirnya Hukum Laut

Bumi yang dihuni oleh umat manusia 70 % terdiri atas air atau lautan. Air merupakan sebuah komponen bumi yang sangat penting. Manusia membutuhkan air, baik secara langsung maupun tidak langsung. Kebutuhan terhadap air secara langsung contohnya adalah untuk keperluan sehari-hari, seperti mandi, mencuci, minum dan lain-lain. Sedangkan kebutuhan tidak langsungnya adalah kebutuhan

¹⁵ Lampiran IX pasal 1 UNCLOS 1982

manusia terhadap kekayaan sumber daya alam yang terdapat di dalam air, seperti ikan.

Kekayaan alam yang terkandung dalam air, dalam hal ini adalah laut, sangat banyak, baik itu kekayaan alam hayati maupun mineral. Karena itu wajar saja apabila manusia, dalam hal ini negara, berusaha untuk mengeksploitasinya sedemikian rupa bahkan menguasainya. Pada abad ke-16 timbul dua pemikiran mengenai siapa yang berhak memiliki laut. Pertama adalah Mazhab *Res Communis* yang dicetuskan Hugo Grotius pada tahun 1609. Mazhab ini beranggapan bahwa laut merupakan milik bersama seluruh umat manusia, sehingga tidak ada satupun negara yang berhak untuk menguasainya. Pada saat itu kegunaan laut hanya untuk pelayaran dan penangkapan ikan. Pelopornya adalah Kekaisaran Romawi. Yang kedua adalah Mazhab *Res Nullius* yang beranggapan bahwa laut dapat dimiliki apabila yang berhasrat untuk memilikinya bisa menguasai dengan mendudukinya. Seiring dengan perkembangan zaman, pada akhirnya dapat ditemukan sebuah titik temu diantara kedua mazhab tersebut, yaitu bahwa pada dasarnya laut merupakan milik bersama seluruh umat manusia. Walaupun begitu, negara masih mempunyai wilayah perairan dengan batas-batas yang telah ditentukan.

Usaha masyarakat internasional untuk mengatur masalah kelautan melalui Konferensi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang Hukum Laut yang Ketiga telah berhasil mewujudkan *United Nations Convention on the Law of the Sea* (Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Tentang Hukum Laut) di Montego Bay, Jamaica, pada tanggal 10 Desember 1982 yang ditandatangani oleh 117 (seratus

tujuh belas) negara peserta termasuk Indonesia dan dua satuan bukan negara. Dibandingkan dengan Konvensi Jenewa tahun 1958 tentang Hukum Laut, Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum Laut tersebut mengatur rezim-rezim hukum laut secara lengkap dan menyeluruh.

C. Klasifikasi Perjanjian Internasional

Secara formal, perjanjian internasional tidak dapat digolongkan atau diklasifikasikan. Walaupun begitu, beberapa sarjana berpendapat bahwa perjanjian internasional dapat diklasifikasikan dalam beberapa macam yang ditinjau dari beberapa segi atau beberapa hal sebagai berikut :

- 1) Subyek (pihak-pihak) yang mengadakan perjanjian;
- 2) Jumlah pihak yang mengadakan perjanjian;
- 3) Corak atau bentuk dari perjanjian itu sendiri;
- 4) Proses atau tahapan pembentukan perjanjian;
- 5) Sifat pelaksanaan perjanjian itu sendiri; dan
- 6) Fungsi dari perjanjian internasional itu sendiri dalam pembentukan hukum.

Berikut adalah penjelasan secara singkat dari masing-masing jenis klasifikasi perjanjian tersebut secara berurutan.¹⁶

1. Klasifikasi Perjanjian Internasional Dari Segi Pihak yang Mengadakan Perjanjian

Berdasarkan pihak-pihak yang mengadakan perjanjian maka perjanjian internasional dapat diklasifikasikan sebagai berikut :

¹⁶ Syahmin, A.K, S.H. 1985. *Hukum Perjanjian Internasional (Menurut Konvensi Wina 1969)*..hlm 11.

- a) Perjanjian antar negara. Perjanjian ini adalah perjanjian antar negara dengan negara lainnya yang didasari atas kesetaraan bersama.
- b) Perjanjian antara negara dengan subyek hukum internasional lainnya. Perjanjian ini misalnya dengan organisasi internasional, atau dengan Kursi Suci (Vatikan) yang merupakan subyek hukum internasional dalam arti yang terbatas.
- c) Perjanjian antara subyek hukum internasional lain selain negara satu sama lainnya. Perjanjian khususnya antara satu organisasi internasional lainnya. Misalnya perjanjian internasional yang diadakan antara negara-negara yang tergabung di dalam sebuah organisasi internasional dengan organisasi internasional lainnya.

2. Klasifikasi Perjanjian Internasional Ditinjau dari Jumlah Peserta yang Mengadakan

Perjanjian ini dapat dibedakan menjadi 2 macam, yaitu :

- a) Perjanjian Bilateral, yaitu perjanjian yang hanya diadakan oleh dua pihak (negara) saja. Pada umumnya, perjanjian jenis ini hanya mengatur soal-soal khusus yang menyangkut kepentingan kedua belah pihak saja. Misalnya perjanjian antara pemerintah Republik Indonesia dan Republik Philipina di Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia. Perjanjian bilateral ini bersifat tertutup (*gesloten verdrag*), artinya tertutup kemungkinan bagi pihak ketiga untuk ikut sebagai peserta bagi perjanjian itu. Perjanjian bilateral pada umumnya termasuk apa yang dinamakan "*Treaty Contracts*" (perjanjian yang bersifat kontrak).

- b) Perjanjian Multilateral adalah perjanjian yang diadakan oleh banyak pihak (negara), yang pada umumnya merupakan perjanjian terbuka (*open verdrag*). Hal-hal yang diatur didalamnya adalah hal-hal yang lazim menyangkut kepentingan umum yang tidak hanya menyangkut kepentingan pihak-pihak yang mengadakan perjanjian itu saja, melainkan menyangkut pula kepentingan lain yang bukan peserta perjanjian. Perjanjian multilateral inilah yang umumnya dikategorikan "*Law Making Treaties*" atau perjanjian yang membentuk hukum, bersama-sama dengan "*treaty contract*" termasuk dalam klasifikasi ke-6 yang mempunyai hubungan erat dengan kedudukan perjanjian sebagai sumber hukum internasional.

3. Klasifikasi Perjanjian Ditinjau dari Sudut Bentuknya

Penggolongan perjanjian berdasarkan atas corak atau bentuknya, dapat dibedakan atas tiga macam.

- a) Perjanjian antar kepala negara (*head of state form*). Pihak peserta dari perjanjian ini lazimnya disebut "*High Contracting State*" (pihak peserta Agung). Dalam praktek, pihak yang mewakili negara dalam pembuatan perjanjian itu dapat pula diwakilkan/dikuasakan kepada menteri luar negeri atau duta besar sebagai pejabat "kuasa penuh" (*full powers/plenipotentiaries*).
- b) Perjanjian antar pemerintah (*inter-government form* atau *inter departemental form*). Seperti halnya dalam perjanjian antar kepala negara, dalam perjanjian antar pemerintah ini pun dapat dan bahkan sudah sering

ditunjuk menteri luar negeri atau duta besar yang diakreditasikan pada negara dimana perjanjian itu diadakan. Pihak peserta perjanjian umumnya tetap disebut “*contracting state*” walaupun para pesertanya dan perjanjian itu sendiri dinamakan perjanjian antar pemerintah (*inter-government form*).

- c) Perjanjian antar negara (*inter state form*). Di dalam perjanjian ini, pihak peserta perjanjian sesuai dengan namanya, disebut negara. Sebagai pejabat yang berkuasa penuh mewakilinya adalah dapat pula ditunjuk menteri luar negeri atau duta besar.

4. Klasifikasi Perjanjian Berdasarkan Tahap Pembentukannya

Penggolongan perjanjian berdasarkan atas tahap pembentukannya dapat dibedakan atas 2 macam, yaitu :

- a) Perjanjian yang diadakan menurut tiga tahap pembentukan, yakni perundingan, penandatanganan dan ratifikasi yang lazimnya diadakan untuk hal-hal yang dianggap badan perwakilan rakyat. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, untuk perjanjian ini dapat digunakan kata “perjanjian internasional atau traktat”.
- b) Perjanjian yang hanya melewati dua tahap pembentukan yaitu perundingan dan penandatanganan. Merupakan perjanjian yang sederhana sifatnya, dan diadakan untuk hal-hal yang tidak begitu penting dan memerlukan penyelesaian yang cepat, seperti perjanjian perdagangan yang berjangka pendek. Untuk perjanjian internasional jenis ini dinamakan “persetujuan”.

D. Peranan Hukum Internasional dalam Pembentukan Hukum Nasional

Dalam hubungan antara hukum internasional dengan hukum nasional terdapat dua teori utama yang dikenal, yaitu monisme dan dualisme.

1 Monisme

Teori monisme didasarkan pada pemikiran bahwa satu kesatuan dari seluruh hukum yang mengatur hidup manusia.¹⁷ Penulis-penulis yang mendukung konstruksi monistik sebagian besar berusaha menemukan dasar pandangannya pada analisis yang benar-benar ilmiah mengenai struktur intern dari sistem-sistem hukum tersebut.

Pengikut-pengikut teori monisme menganggap semua hukum sebagai ketentuan tunggal yang tersusun dari kaidah-kaidah hukum yang mengikat, baik berupa kaidah yang mengikat negara-negara, individu-individu, atau kesatuan lain yang bukan negara. Menurut pendapat mereka, ilmu pengetahuan hukum merupakan kesatuan bidang pengetahuan dan point yang menentukan, karenanya adalah apakah hukum internasional itu merupakan hukum yang sebenarnya atau bukan.

Perangkat hukum nasional dan hukum internasional mempunyai hubungan yang hierarkis. Hubungan hierarkis dalam teori monisme melahirkan dua pendapat berbeda dalam menentukan hukum mana yang lebih utama antara hukum nasional dan hukum internasional. Ada pihak yang menganggap hukum nasional lebih utama dari hukum internasional. Paham ini dalam teori monisme disebut sebagai paham monisme dengan primat hukum nasional. Paham lain beranggapan hukum

¹⁷ Mochtar Kusumatmadja, 2003, *Pengantar Hukum Internasional*, PT. Alumni, Bandung, hal 60

internasional lebih tinggi dari hukum nasional. Paham ini disebut dengan paham monisme dengan primat hukum internasional.

Menurut paham monisme dengan primat hukum nasional, hukum internasional merupakan perpanjangan tangan dari hukum nasional, atau dapat dikatakan bahwa hukum internasional hanya sebagai hukum nasional untuk urusan luar negeri. Paham ini melihat bahwa kesatuan hukum nasional dan hukum internasional pada hakikatnya adalah hukum internasional bersumber dari hukum nasional. Alasan yang dikemukakan adalah sebagai berikut:

- a) tidak adanya suatu organisasi di atas negara-negara yang mengatur kehidupan negara-negara;
- b) dasar hukum internasional dapat mengatur hubungan antar negara terletak pada wewenang negara untuk mengadakan perjanjian internasional yang berasal dari kewenangan yang diberikan oleh konstitusi masing-masing negara.¹⁸

Monisme dengan primat hukum internasional beranggapan bahwa hukum nasional bersumber dari hukum internasional. Menurut paham ini hukum nasional tunduk pada hukum internasional yang pada hakikatnya berkekuatan mengikat berdasarkan pada pendelegasian wewenang dari hukum internasional.¹⁹

2. Dualisme

Penganut aliran dualistik melihat hukum nasional dan hukum internasional sebagai tidak saling tergantung satu dengan lainnya. Kedua sistem itu mengatakan

¹⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *op cit*, hal 60-61

¹⁹ <http://www.google.com/.ratifikasi/panmohamadfaiz.html>

pokok permasalahan yang berbeda. Hukum internasional mengatur hubungan antara negara yang berdaulat sementara hukum nasional mengatur urusan dalam negeri negara bersangkutan, contohnya hubungan antar eksekutif dengan warga negaranya dan hubungan antar warga negara dengan yang lainnya secara individual. Sejalan dengan itu, aliran dualis berpendapat bahwa kedua sistem saling tolak menolak satu sama lain dan tidak bisa mempunyai kontak satu sama lain. Jika hukum internasional diterapkan dalam negara, hanyalah karena hukum internasional telah secara jelas dimasukkan ke dalam hukum nasional.

Aliran dualisme bersumber pada teori bahwa daya ikat hukum internasional bersumber pada kemauan negara, hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem atau perangkat hukum yang terpisah.²⁰ Terdapat beberapa alasan yang dikemukakan oleh aliran dualisme, antara lain:

- a) sumber hukum, paham ini beranggapan bahwa hukum nasional dan hukum internasional mempunyai sumber hukum yang berbeda, hukum nasional bersumber pada kemauan negara, sedangkan hukum internasional bersumber pada kemauan bersama dari negara-negara sebagai masyarakat hukum internasional
- b) subjek hukum internasional, subjek hukum nasional adalah orang baik dalam hukum perdata, sedangkan pada hukum internasional adalah negara;
- c) struktur hukum, lembaga yang diperlukan untuk melaksanakan hukum pada realitasnya terdapat mahkamah dan organ eksekutif yang hanya terdapat dalam hukum nasional. Hal yang sama tidak terdapat dalam hukum internasional

²⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *op cit*, hal 57

- d) kenyataan, pada dasarnya keabsahan dan daya laku hukum nasional tidak dipengaruhi oleh kenyataan seperti hukum nasional bertentangan dengan hukum internasional. Dengan demikian hukum nasional tetap berlaku secara efektif walaupun bertentangan dengan hukum internasional.²¹

3. Transformasi dan Adopsi Khusus

Uraian di atas tampaknya belum lengkap jika tanpa menyinggung secara ringkas beberapa teori yang berkenaan dengan hukum internasional di dalam lingkungan hukum nasional.

Kaum positivisme telah mengemukakan pandangan bahwa kaidah-kaidah hukum internasional tidak dapat diberlakukan secara langsung di dalam lingkungan hukum nasional oleh pengadilan nasional atau oleh siapapun, untuk memberlakukan kaidah tersebut harus menjalani suatu proses adopsi khusus ke dalam hukum nasional. Menurut teori kaum positivisme, hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem yang sama sekali terpisah dan berbeda secara struktural, sistem yang pertama tidak dapat menyinggung sistem hukum nasional kecuali sistem hukum nasional adalah sistem hukum yang sepenuhnya logis, memperkenankan perangkat konstitusinya dipakai untuk tujuan tersebut. Berkaitan dengan kaidah-kaidah traktat, dikatakan bahwa harus ada suatu transformasi traktat yang bersangkutan, dan transformasi traktat ke dalam hukum nasional ini, yang bukan hanya menjadi syarat formal, melainkan merupakan syarat substantif, dengan sendirinya mengesahkan perluasan berlakunya kaidah yang dimuat dalam traktat-traktat terhadap individu-individu.

²¹ Mochtar Kusumaatmadja, *op cit*, hal 57-58

Teori-teori transformasi bersandar pada sifat konsensual hukum yang berbeda dengan sifat non-konsensual dari hukum nasional. Secara khusus teori transformasi yang didasarkan atas suatu anggapan adanya perbedaan antara traktat di satu pihak dan undang-undang atau peraturan-peraturan nasional di pihak lain menurut teori ini ada perbedaan antara traktat yang memiliki sifat janji-janji (*promises*) dan perundang-undangan nasional dengan sifat perintah (*commands*). Akibat dari perbedaan mendasar ini adalah diperlukannya suatu transformasi dari satu tipe ke tipe yang lain baik secara formal maupun secara substantif. Penentang teori transformasi berpendapat bahwa hal perbedaan tersebut tampak dibuat-buat, mereka berpendapat bahwa apabila diperhatikan fungsi sebenarnya dari ketentuan-ketentuan dalam traktat atau undang-undang maka akan tampak bahwa tidak ada satupun yang terlalu melebih-lebihkan “janji-janji” daripada “perintah-perintah”. Tujuan dari traktat dan undang-undang yang menjadi landasan umum adalah untuk menetapkan bahwa keadaan tertentu dari fakta akan menimbulkan akibat hukum tertentu, perbedaan antara janji dan perintah memang relevan dengan bentuk dan prosedur, akan tetapi tidak pada karakter hukum yang sebenarnya dari instrumen ini. Oleh karena itu tidak benar menganggap bahwa transformasi dari sistem yang satu ke sistem yang lain merupakan hal yang penting secara material.

Sebagai jawaban terhadap teori transformasi, para penentang teori ini mengemukakan teori mereka, yakni teori delegasi. Menurut teori delegasi, ada suatu pendelegasian kepada setiap konstitusi negara oleh kaidah-kaidah konstitusional dari hukum internasional yaitu hak untuk menentukan kapan ketentuan suatu traktat atau konvensi berlaku dan bagaimana cara ketentuan

tersebut dimasukkan ke dalam hukum nasional. Prosedur atau metode-metode yang dipakai untuk maksud ini oleh negara yang merupakan suatu kelanjutan dari proses yang dimulai sejak penutupan traktat atau konvensi. Dalam hal ini tidak ada transformasi, tidak ada penciptaan kaidah atau hukum nasional baru, yang ada hanyalah suatu perpanjangan dari satu pembentukan hukum. Dengan demikian persyaratan-persyaratan hukum nasional semata-mata merupakan bagian dari satu mekanisme tunggal untuk menciptakan hukum.