

“HARD LAW” DAN “SOFT LAW” DALAM HUKUM INTERNASIONAL DAN IMPLEMENTASINYA DI INDONESIA

Mardianis

Pusat Pengkajian dan Informasi Kedirgantaraan
Lembaga Penerbangan dan Antariksa Kedirgantaraan

ABSTRACT

Article 38 paragraph 1 of the ICJ which contain sources of international law and Article 26 of the 1969 Vienna Convention only familiar with the term international agreement binding on the parties who signed it. The term hard law and soft law derived from the view of legal experts who are used to distinguish legally binding and non-binding. In the process, there is a tendency formation of international law carried out in the form of soft law, especially in areas that are complex and sensitive. This paper using the methods of normative juridical and comparative will explain the differences of the hard law and soft law in international law with the aim to provide a deep understanding of the difference between the two forms of the law and how to implement in Indonesia. The result of research based on opinion and practical persepective, Indonesia does not distinguish between the two forms of the laws.

Key words: *hard law, soft law, international law, perspektif and implementation*

ABSTRAK

Pasal 38 ayat 1 ICJ memuat tentang sumber hukum internasional dan Pasal 26 Konvensi Wina 1969 hanya mengenal istilah perjanjian internasional yang mengikat bagi para pihak yang menandatangani. Istilah *hard law* dan *soft law* berasal dari pandangan pakar hukum yang digunakan untuk membedakan hukum yang mengikat dan tidak mengikat. Dalam perkembangannya, terdapat kecenderungan pembentukan hukum internasional dilakukan dalam bentuk hukum lunak terutama di bidang-bidang yang bersifat kompleks dan sensitif. Tulisan ini dengan menggunakan metode yuridis normatif dan komparatif akan menjelaskan tentang perbedaan *hard law* dan *soft law* dalam hukum internasional dengan tujuan untuk memberikan pemahaman yang mendalam tentang perbedaan kedua bentuk hukum tersebut dan bagaimana persepsi dan implementasinya di Indonesia. Hasil penelitian dari persektif pendapat maupun praktek, Indonesia tidak membedakan antara kedua bentuk hukum tersebut

Kata Kunci: hukum keras, hukum lunak, hukum internasional, perspektif dan implementasi.

1. PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Berdasarkan Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional (*Article 38 of the Statute of International Court of Justice - ICJ*) dan pasal yang sama dalam Statuta Mahkamah Internasional Permanent (*Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice - PCIJ*) memuat materi sebagai berikut¹:

- (1) Mahkamah yang fungsinya adalah untuk memutuskan perselisihan yang diajukan kepadanya sesuai dengan hukum internasional, wajib menerapkan:
 - (a) Konvensi internasional, baik yang bersifat umum maupun yang bersifat khusus, menetapkan aturan-aturan secara jelas diakui oleh Negara-negara yang sedang berselisih;
 - (b) Kebiasaan internasional, sebagaimana terbukti telah menjadi praktek-praktek umum yang diterima sebagai hukum;
 - (c) Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab.
 - (d) Tunduk pada ketentuan Pasal 59², keputusan-keputusan pengadilan dan ajaran-ajaran para ahli hukum yang berkualitas tinggi dari berbagai Negara, sebagai cara-cara tambahan untuk menentukan aturan-aturan hukum.
- (2) Ketentuan ini tidak mempengaruhi kekuasaan Mahkamah untuk memutuskan suatu perkara *ex aequo et bono*³, jika pihak-pihak menyetujuinya.

Berdasarkan rumusan Pasal 38 ICJ dan PCIJ tersebut dapat diidentifikasi lima sumber hukum internasional yang berbeda yaitu⁴:

- (1) Perjanjian Internasional (*international treaties*);
- (2) Kebiasaan internasional (*international custom*);
- (3) Prinsip-prinsip hukum umum (*the general principles of law*);
- (4) Keputusan pengadilan (*judicial decisions*); dan
- (5) Ajaran-ajaran ahli hukum (*the writings of publicists*).

Sumber-sumber hukum internasional tersebut dianggap sebagai sumber hukum insidental (*incidental sources*), sungguhpun sangat sedikit masyarakat internasional yang keberatan bahwa pasal 38 ICJ merupakan sumber-sumber hukum internasional yang paling penting. Namun demikian 5 (lima) daftar sumber hukum internasional tersebut dipandang tidak lengkap (*incomplete*) karena (i) menemukan/mencari sumber-sumber hukum internasional dari perspektif yurisdiksi secara langsung (ii) teks tersebut disahkan hampir 80 tahun yang lalu (iii) teks tersebut belum memperhatikan terjadinya evolusi dalam hukum internasional⁵.

Pasal 38 tersebut telah dikritik dengan berbagai alasan yaitu (i) menetapkan keputusan pengadilan (*judicial decisions*) dan ajaran-ajaran ahli hukum (*the writings of publicists*) sebagai sumber hukum yang sama pentingnya, sedangkan dalam prakteknya, keputusan pengadilan lebih diacu/digunakan dari pada ajaran-ajaran ahli hukum, dan (ii) adanya perbedaan dalam rumusan teks pasal 38 antara versi bahasa Inggris dan versi bahasa Perancis mengenai peran keputusan pengadilan dan ajaran-ajaran ahli hukum yang dikategorikan sebagai '*auxiliary*' dalam bahasa Perancis dan '*subsidiary*'⁶ dalam bahasa Inggris, karena kedua istilah tersebut tidaklah berarti sama.

Di samping itu, rumusan Pasal 38 tersebut dipandang terlalu umum, sehingga perlu adanya penjelasan tambahan terkait dengan masalah hirarkhi dari sumber hukum internasional tersebut. Sungguhpun Pasal 38 merupakan tatanan hukum internasional yang penting dimana dalam praktek Mahkamah menjadikannya sebagai sumber-sumber untuk mencari hukum yang akan diberlakukan, namun ketentuan tersebut tidak mengatur mengenai konflik di antara semua sumber hukum tersebut. Karena dalam prakteknya hampir tidak ditemukan permasalahan, seperti apabila tidak ada perjanjian yang mengatur di antara para pihak yang bersengketa, maka digunakan hukum kebiasaan internasional. Hal yang menjadi komplek adalah apabila suatu perjanjian dan hukum kebiasaan internasional sama-sama mengatur hal yang sama, namun dengan solusi yang berbeda. Kondisi ini akan lebih kompleks apabila hukum kebiasaan internasional tersebut telah menjadi *ius cogens*⁷.

Khusus terhadap sumber hukum yang pertama yaitu perjanjian internasional (*international treaties*), terdapat beberapa bentuk penyebutan yaitu traktat (*treaty*), konvensi (*conventions*), persetujuan (*agreement*), memorandum saling pengertian (*memorandum of understanding*), pengaturan (*arrangement*), pertukaran nota diplomatic/surat (*exchange of notes/letter*), *modus vivendi*, dan *agreed minutes/summary record/record of discussion*⁸. Dalam praktik Negara-negara judul suatu perjanjian sangat dinamis dan memunculkan berbagai variasi. Dewasa ini banyak Negara-negara yang menggunakan berbagai variasi judul seperti *joint statement, protocol, charter, joint declaration, final act, process verbal, memorandum of cooperation, side letter, reciprocal agreement* (dalam format nota diplomatik), *letter of intent, minutes of meeting, aide memoire, letter of agreement, memorandum of agreement, letter of understanding*, atau nama lain yang disepakati para pihak dalam perjanjian.⁹

Dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969 Tentang Hukum Perjanjian dinyatakan setiap perjanjian yang berlaku adalah mengikat para pihak dan untuk itu harus dilakukan oleh mereka dengan itikad baik¹⁰. Dari ketentuan tersebut tercermin bahwa semua perjanjian internasional adalah mengikat bagi para pihak. Dengan demikian ketiga ketentuan di atas (dhi, ICJ, PCIJ dan Konvensi Wina 1969) tidak membedakan antara perjanjian yang mengikat secara hukum (*legally binding*) dan yang tidak mengikat secara hukum (*non-legally binding*).

Di samping hal tersebut di atas, dalam pemberlakuannya, hukum internasional juga dibedakan antara *hard law* dan *soft law*. Berbagai pendefinisian dalam literatur terdapat perbedaan yang tidak sedikit. Kalangan sarjana hukum positivis menggunakan ukuran sederhana berdasarkan hukum yang mengikat atau tidak mengikat untuk membedakan *hard law* dan *soft law*. Beberapa sarjana, misalnya, sering menolak konsep "*soft law*" karena hukum didefinisi adalah "mengikat." Jan Klabbbers, misalnya, penganut pendekatan positivis, berpendapat bahwa "hukum tidak bisa lebih atau kurang mengikat" ("*law can't be more or less binding*"). Dalam pandangan ini, konsep *soft law* secara logis tidak ada. Namun, dalam praktek, pelaku tidak dihadapkan dengan kerangka pilihan, tetapi dengan berbagai pilihan hukum untuk mereka berinteraksi.

Hukum lunak (*soft law*) adalah istilah paradoks untuk mendefinisikan fenomena ambigu. Paradoks karena, dari sudut pandang umum dan pandangan klasik, aturan hukum biasanya dianggap "keras" (*hard law*), yaitu wajib, atau sama sekali tidak ada. Ambigu karena kenyataan yang ditunjukkan demikian adanya, mengingat efek hukum serta manifestasinya, seringkali sulit untuk mengidentifikasi dengan jelas. Namun demikian, hal ini merupakan proses baru penciptaan norma dimana ahli hukum merasa tidak nyaman

menganalisis kenyataan yang ada dan telah berkembang selama kurang lebih dua puluh tahun. Hukum lunak tentu merupakan bagian dari proses pembuatan hukum kontemporer, tetapi sebagai fenomena sosial, hukum lunak telah menambahkan kategori hukum klasik dan kebiasaan dimana para pakar biasanya menggambarkan dan menjelaskan penciptaan dan otoritas hukum norma-norma internasional. Dengan kata lain, hukum "lunak" adalah pembuat masalah karena ia adalah belum hukum atau tidak hanya hukum. (*soft law is a trouble maker because it is either not yet or not only law*).¹¹

Dengan tanpa harus terikat pada setiap pemikiran "sosiologis", menurut Pierre-Marie Dupuy alasan sosial penyebab terjadinya penciptaan hukum lunak tampaknya ada tiga alasan yaitu:¹²

- a. Sifat struktural. Keberadaan dan pengembangan jaringan kelembagaan permanen, baik di tingkat universal dan regional, sejak akhir Perang Dunia Kedua. Organisasi "naungan PBB" memainkan peran utama di sini. Lembaga-lembaga ini menawarkan masyarakat dunia struktur kerjasama yang memungkinkan negosiasi permanen dan terus-menerus untuk mengatur politik, ekonomi dan normatif di antara Negara anggota komunitas ini. Selain itu, fungsi yang semakin penting dari organisasi non-pemerintah menyediakan pelengkap yang efisien untuk kerangka kerja antarpemerintah yang ada dengan meyakinkan, khususnya, hubungan dinamis antara diplomasi antar-negara dan pendapat masyarakat internasional.
- b. Diversifikasi komponen masyarakat dunia. Sejak akhir 1950-an, kedatangan negara-negara terbelakang di panggung internasional telah membuat perlu untuk beradaptasi dan mempertimbangkan kembali, dengan cara negosiasi normatif, sejumlah besar norma-norma kebiasaan internasional yang telah dielaborasi pada saat negara-negara itu tidak eksis sebagai Negara berdaulat. Hal ini juga diketahui bahwa negara-negara baru, memiliki suara mayoritas tanpa kekuatan, negara-negara tua, telah berspekulasi tentang pemanfaatan instrumen "lunak", seperti resolusi dan rekomendasi dari badan-badan internasional, dengan maksud untuk memodifikasi sejumlah aturan main dan prinsip-prinsip tatanan hukum internasional.
- c. Evolusi cepat ekonomi dunia dan meningkatnya saling ketergantungan negara yang dikombinasikan dengan pengembangan lapangan baru kegiatan yang tercipta oleh kemajuan terus-menerus ilmu pengetahuan dan teknologi. Fenomena ini membutuhkan penciptaan cabang baru hukum internasional yang tepat waktu yang dapat disesuaikan dan berlaku untuk setiap tingkat prestasi baru yang dicapai sebagai hasil dari kemajuan teknologi.

Hubungan-antar antara ketiga unsur, evolusi dan adaptasi dari norma-norma baru mengharuskan renegotiasi yang biasanya terjadi dalam banyak organ organisasi internasional. Orang bisa mengatakan bahwa gelombang hukum lunak, di satu sisi mencerminkan hal yang baik, keinginan untuk tipe baru hukum dianggap perlu akibat oleh faktor sebelumnya dan, di sisi lain, rasa takut bahwa hukum yang ada terlalu kaku - terlalu sulit untuk diterapkan secara ketat oleh negara-negara miskin atau tidak mampu beradaptasi dengan bidang-bidang yang berkembang pesat yang seharusnya dicakup dan diatur.

Adanya kecenderungan pembentukan hukum antariksa kearah pembentukan *soft law*, dan implementasinya mengakibatkan perlunya pemahaman yang mendalam terkait

hubungan kedua bentuk aturan tersebut, termasuk perspektif terhadap keduanya oleh Indonesia.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka permasalahan dalam kajian ini adalah bagaimana perbedaan dan hubungan antara *hard law* dan *soft law* serta implementasinya di Indonesia.

1.3 Tujuan

Tulisan ini bertujuan untuk menjelaskan perbedaan *hard law* dan *soft law* dalam hukum internasional dan memberikan pemahaman yang mendalam tentang perbedaan kedua bentuk hukum tersebut serta bagaimana persepsi dan implementasinya di Indonesia.

1.4 Metodologi

Metodologi yang digunakan dalam pengkajian ini adalah metode normatif dan komparatif. Metode normatif menjelaskan berbagai aspek normatif tentang kedua bentuk hukum dari *hard law* dan *soft law*, sedangkan komparatif digunakan untuk menjelaskan interaksi antara kedua bentuk hukum tersebut satu dengan yang lainnya. Analisis dilakukan terhadap aplikasinya di Indonesia berdasarkan pemberlakuan hukum internasional sesuai dengan ketentuan yang berlaku di Indonesia.

2. *HARD LAW DAN SOFT LAW*

2.1 Pendefinisian *Hard Law* dan *Soft Law*

Mendefinisikan *hard law* dan *soft law* bukanlah merupakan tugas yang mudah mengingat tidak sedikit perbedaan pendapat dalam literatur. Banyak sarjana hukum positivis menggunakan dua kata "mengikat" dan "tidak mengikat" untuk secara sederhana membedakan *hard law* dan *soft law*. Beberapa sarjana menolak konsep "*soft law*" karena hukum menurut definisinya adalah "mengikat". Jan Klabbers, misalnya, mengambil pendekatan positivis, berpendapat bahwa "hukum tidak bisa lebih atau kurang mengikat." Dalam pandangan ini, konsep *soft law* secara logika salah (*In this view, the soft law concept is logically flawed*).¹³

Dalam dunia praktek, para pelaku dihadapkan tidak hanya dengan dua pilihan, tetapi dengan berbagai pilihan hukum untuk struktur interaksi mereka. Di samping itu, para pelaku juga menggunakan perjanjian internasional telah berkembang selama dekade terakhir, yang mewakili suatu peraturan perundang-undangan dalam hubungan internasional. Para Pelaku ini menggunakan berbagai jenis perjanjian internasional dengan karakteristik yang berbeda untuk melanjutkan tujuan khusus mereka. Kenneth Abbott dan Duncan Snidal mengembangkan konsep legalisasi yang menyediakan alat guna memahami pilihan aktor dalam pengertian karakteristik suatu perjanjian. Perjanjian internasional yang ada dapat dipandang berguna dengan variasi di tiga dimensi yaitu (i) ketepatan aturan (*precision of rules*), (ii) kewajiban (*obligation*), dan (iii) delegasi untuk pembuat keputusan pihak ketiga (*delegation to a third-party decision-maker*). Secara

bersama-sama, karakteristik ini dapat memberikan kesepakatan karakteristik hukum yang "keras" atau "lunak".¹⁴

Hukum keras dan lunak dapat dibedakan dalam spektrum yang panjang. Hukum keras, sebagai tipe ideal, "mengacu pada kewajiban yang mengikat secara hukum yang tepat (atau dapat dibuat tepat melalui adjudikasi atau penerbitan peraturan rinci) dan yang mendelegasikan otoritas untuk menafsirkan dan menerapkan hukum (*Hard law, as an ideal type, "refers to legally binding obligations that are precise (or can be made precise through adjudication or the issuance of detailed regulations) and that delegate authority for interpreting and implementing the law"*)¹⁵. Sebaliknya, 'soft law' dimulai dengan pengaturan hukum yang lemah sepanjang satu atau lebih dimensi mengenai kewajiban, presisi dan delegasi (*the realm of 'soft law' begins once legal arrangements are weakened along one or more of the dimensions of obligation, precision and delegation*). Karena perjanjian internasional hampir selalu menunjukkan kelemahan yang berbeda sepanjang satu atau lebih dari tiga dimensi ini, maka dapat dilihat memiliki karakteristik hukum yang lebih keras atau lebih lunak. Jadi, jika kesepakatan tidak resmi tapi mengikat, hal itu berarti melebihi dalam sepanjang dimensinya.¹⁶

Demikian pula, jika perjanjian secara formal mengikat tapi isinya tidak jelas sehingga untuk pelaksanaan perjanjian tersebut perlu dibuat kebijakan oleh para pihak, maka perjanjian tersebut lebih lunak sepanjang dimensi ketepatannya ini. Akhirnya, jika suatu perjanjian tidak mendelegasikan otoritas kepada pihak ketiga untuk memantau pelaksanaannya atau untuk menafsirkan dan menegakkan itu, maka perjanjian itu dapat menjadi lunak karena tidak ada pihak ketiga untuk menyelesaikan perselisihan yang melibatkan posisi bertentangan mengenai arti perjanjian itu. Tanpa pihak ketiga menafsirkan ketentuan hukum yang mengatur sebuah sengketa, para pihak yang bersengketa dapat secara sepihak membenarkan tindakannya dalam argumen hukum secara lebih mudah, dan dengan sedikit konsekuensi, baik dalam hal biaya reputasi atau sanksi lainnya. Seperti pihak ketiga bisa, minimal, memberikan "titik fokus" di sekitar yang pihak dapat meninjau kembali posisinya.

Meskipun beberapa sarjana telah mempertanyakan karakterisasi Abbott dan Snidal atas hukum dalam hal tiga sifat ini. Namun bahwa Abbott dan Snidal telah menyediakan kerangka kerja yang jelas, bernuansa, dan secara teoritis netral untuk operasionalisasi perbedaan *hard law* dan *soft law* dalam pengembangan hukum internasional. Konseptualisasinya menyajikan spektrum pilihan yang dihadapi aktor negara dan non-negara, sebagai lawan dua pilihan, dan tidak mengabaikan nilai atau efektivitas dari pilihan ini. Tipologi dan spektrum ini sangat berguna untuk menganalisis tentang bagaimana *hard law* dan *soft law* berinteraksi.

2.2 Keuntungan Pengaturan melalui *Hard Law* dan *Soft Law*

Sebagai suatu bentuk kelembagaan, bentuk *hard law* mempunyai beberapa keuntungan yaitu¹⁷:

1. Instrumen *hard law* memungkinkan negara untuk berkomitmen lebih kredibel terhadap suatu perjanjian internasional. Instrumen *hard law* membuat komitmen Negara lebih kredibel karena dapat meningkatkan biaya mengingkarinya, dengan pengenaan sanksi hukum atau perhitungan biaya reputasi negara, di mana Negara ditemukan telah bertindak melanggar komitmen-komitmen hukum.

2. Perjanjian-perjanjian *hard law* lebih kredibel karena mereka dapat memiliki akibat hukum langsung pada yurisdiksi nasional, atau memerlukan penerapan hukum domestik. Dimana kewajiban perjanjian diimplementasikan melalui legislasi domestik, dan mereka menciptakan alat baru yang memobilisasi aktor domestik, serta meningkatkan biaya pelanggaran dan dengan demikian membuat komitmen mereka lebih kredibel.
3. Instrumen *hard law* menyelesaikan masalah-masalah kontrak yang tidak lengkap dengan menciptakan mekanisme untuk penafsiran dan penjabaran dari komitmen hukum dari waktu ke waktu.
4. Instrumen *hard law* lebih memungkinkan negara untuk memonitor dan menegakkan komitmen mereka, termasuk melalui penggunaan badan penyelesaian sengketa seperti peradilan.

Pembela *soft law* berpendapat bahwa instrumen *soft law* menawarkan keuntungan signifikan atas *hard law* yaitu¹⁸:

1. instrumen *soft law* lebih mudah dan lebih murah biaya untuk bernegosiasi.
2. instrumen *soft law* membebaskan "biaya kedaulatan" yang lebih rendah pada negara-negara di bidang-bidang yang sensitif.
3. instrumen *soft law* memberikan fleksibilitas yang lebih besar bagi negara untuk mengatasi ketidakpastian dan belajar dari waktu ke waktu.
4. instrumen *soft law* memungkinkan negara untuk menjadi lebih berambisi dan terlibat dalam kerjasama daripada mereka harus khawatir tentang penegakan hukum.
5. Instrumen *soft law* mengatasi keberagaman dengan cara lebih baik.

Abbott dan Snidal, misalnya, berpendapat bahwa *soft law* digunakan di mana biaya kontrak meningkat, baik karena jumlah pihak yang terlibat, fakta adanya ketidakpastian, tantangan ratifikasi di tingkat domestik, keterlibatan masalah politis maupun distribusi asimetri. Mereka mencatat bagaimana negara dapat membatasi kewajiban hukum mereka melalui bahasa menegur, pengecualian, reservasi dan cara-cara sejenis lainnya, seperti pengamanan (*safeguard*) dan klausula penyeimbangan.

3. INTERAKSI ANTARA *HARD LAW* DAN *SOFT LAW*

3.1 Hukum Keras dan Lunak sebagai Alternatif, Komplemen dan Antagonis

Dalam rangka menjelaskan interaksi hukum keras dan hukum lunak dalam hukum internasional dapat dilihat dari 3 sisi yaitu sebagai (i) alternatif, (ii) komplemen, dan (iii) antagonis. Berikut akan dijelaskan pemahaman atas ketiga hal tersebut:

3.1.1 Sebagai Alternatif

Negara-negara dan aktor-aktor swasta telah semakin banyak menggunakan berbagai instrumen yang memiliki sifat hukum yang relatif lebih keras atau lebih lunak dalam hal presisi, kewajiban, dan delegasi untuk memajukan tujuan mereka. Instrumen ini menawarkan keuntungan yang berbeda dalam konteks yang berbeda, melibatkan faktor-faktor di tingkat domestik dan internasional. Banyak literatur yang ada meneliti kekuatan

dan kelemahan relatif dari hukum keras dan lunak untuk negara-negara yang membuatnya. Hal ini penting, untuk tujuan kita, untuk mengatasi keunggulan dalam rangka untuk menilai implikasi dari interaksi hukum keras dan lunak satu sama lain.¹⁹

Karena sebuah bentuk kelembagaan, fitur hukum keras banyak keuntungan. Instrumen hukum keras, misalnya, memungkinkan negara untuk berkomitmen lebih kredibel terhadap perjanjian internasional dengan meningkatkan biaya mengingkari. Mereka melakukannya dengan memberlakukan sanksi hukum atau dengan menaikkan biaya untuk reputasi negara di mana negara telah bertindak melanggar komitmen hukum. Selain itu, perjanjian hukum keras mungkin memiliki keuntungan dari menciptakan efek hukum langsung dalam yurisdiksi nasional, dan meningkatkan insentif untuk kepatuhan. Mereka dapat memecahkan masalah kontrak yang tidak lengkap dengan menciptakan mekanisme untuk interpretasi dan elaborasi komitmen hukum dari waktu ke waktu, termasuk melalui penggunaan badan penyelesaian sengketa seperti peradilan. Dalam cara yang berbeda, mereka mengizinkan negara untuk memantau, mengklarifikasi, dan menegakkan komitmen mereka.

Hukum keras, sebagai sebuah hasil, dapat menciptakan kepastian hukum yang lebih. Negara-negara, serta pelaku swasta yang bekerja dengan dan melalui perwakilan negara, sehingga harus menggunakan hukum keras di mana manfaat dari kerja sama yang besar dan potensi peluang dan biaya yang tinggi. Namun hukum keras juga memerlukan biaya yang signifikan. Hukum keras dapat membuat komitmen formal yang membatasi perilaku negara-negara, sehingga melanggar kedaulatan nasional di bidang-bidang secara potensial sensitif. Akibatnya, negara bisa tawar-menawar keras dan lebih panjang untuk perjanjian hukum keras. Perjanjian hukum keras juga bisa lebih sulit untuk mengubah guna beradaptasi dengan perubahan keadaan. Pakar sosiologi hukum berpendapat bahwa hukum keras secara khusus bermasalah di mana ia mensyaratkan suatu kondisi tetap pada saat situasi terhadap ketidakpastian permintaan konstan dan penyesuaian, di mana ia membutuhkan keseragaman ketika toleransi keragaman nasional diperlukan, dan di mana ia sulit untuk berubah ketika perubahan itu mungkin akan penting.

Instrumen hukum lunak dapat menawarkan keuntungan signifikan mengimbangi hukum keras. Instrumen hukum lunak lebih mudah dan lebih murah untuk bernegosiasi karena mereka menerapkan "biaya kedaulatan" (*sovereignty costs*) yang lebih rendah pada negara-negara di bidang-bidang sensitif. Mereka menyediakan fleksibilitas yang lebih besar bagi negara untuk mengatasi ketidakpastian dan belajar dari waktu ke waktu. Hukum lunak memungkinkan negara untuk menjadi lebih ambisius dan "lebih" terlibat dalam kerjasama daripada mereka harus khawatir tentang penegakan. Hukum lunak, sarjana berpendapat, bisa "memfasilitasi proses konstitutif seperti persuasi, belajar, argumentasi, dan sosialisasi". Dengan kata lain, tanpa kendala untuk terikat di masa depan dengan kesepakatan yang mengikat, negara-negara dan aktor-aktor lain mungkin terlibat dalam musyawarah terbuka terhadap sifat tantangan tertentu dan manfaat relatif dari program tindakan alternatif. Mengingat potensi keuntungan ini, Abbott dan Snidal mempertahankan bahwa negara-negara secara rasional dapat memilih instrumen-instrumen hukum lunak di mana biaya perjanjian meningkatkan, baik karena jumlah pihak yang terlibat, fakta ketidakpastian, tantangan ratifikasi dalam negeri, atau sifat politis dari masalah. Pada sisi lain, tentu saja, hukum lunak juga memiliki kelemahan, terutama bahwa kredibilitas komitmen dan biaya mengingkari berkurang, sehingga mengurangi kepastian hukum.

Singkatnya, instrumen hukum keras dan lunak menawarkan keuntungan yang berbeda untuk konteks yang berbeda yang melibatkan berbagai faktor yang dipertimbangkan pelaku. Untuk alasan ini, semakin banyak sarjana hukum dan ilmu politik telah menganjurkan pendekatan pragmatis, memilih alternatif pendekatan hukum keras dan lunak tergantung pada karakteristik masalah dan konteks perundingan dan kelembagaan pada masalah itu.

3.1.2 Sebagai Komplemen

Meskipun biaya masing-masing dan manfaat hukum keras dan lembut sebagai alternatif tetap menjadi subyek perdebatan, sarjana ilmu hukum dan politik telah bergerak ke arah pandangan bahwa hukum internasional keras dan lembut dapat berinteraksi dan membangun di atas satu sama lain sebagai alat pelengkap untuk pemecahan masalah internasional. Para sarjana berpendapat bahwa mekanisme hukum keras dan lembut dapat membangun di atas satu sama lain dalam dua cara utama. Pertama, hukum lunak yang tidak mengikat dapat menyebabkan cara agar hukum keras mengikat. Kedua, instrumen hukum lunak kemudian dapat menjelaskan hukum keras yang ada. Dalam kedua kasus, hukum internasional keras semakin dikembangkan. Sebagai contoh, sebuah buku teks hukum internasional terkemuka AS memperkenalkan konsep hukum lunak dengan kalimat: "instrumen hukum lunak secara sadar digunakan untuk menumbuhkan dukungan diberlakukannya perjanjian atau membantu menghasilkan norma hukum kebiasaan internasional (misalnya hukum keras yang mengikat)", dan "praktek perjanjian dan negara yang menimbulkan bagi hukum lunak suplemen dan memajukan hukum perjanjian serta hukum kebiasaan (*soft law instruments are consciously used to generate support for the promulgation of treaties or to help generate customary international law norms [i.e. binding hard law],*" and "*treaties and state practice give rise to soft law that supplements and advances treaty and customary norms*).²⁰

Sebagai contoh, selain untuk memperjelas definisi hukum keras dan lunak, Abbott dan Snidal telah mengidentifikasi perbedaan "jalur untuk kerjasama" (*pathways to cooperation*) yang secara eksplisit melibatkan peningkatan progresif hukum lunak. Mereka mengamati, pertama, bagaimana negara kadang-kadang dapat memulai dengan kerangka kerja konvensi yang kemudian memperdalam dalam cakupan yang tepat (*how states may sometimes start with a framework convention which subsequently deepens in the precision of its coverage*). kedua, bagaimana instrumen-instrumen hukum lunak yang tidak mengikat dapat mengarahkan konsensus normatif yang menimbulkan sesuatu yang baru, komitmen hukum keras yang mengikat (*they note how nonbinding soft-law instruments can lead to normative consensus which gives rise to new, binding hard-law commitments*).

Dinah Shelton, dalam sebuah penelitian utama tentang masyarakat Amerika tentang Hukum Internasional, juga menjelaskan bagaimana hukum lunak dapat meng-"elaborasi" hukum keras (dengan menyediakan bimbingan untuk penafsiran hukum keras yang ada), dan kemudian diterima sebagai "hukum keras yang muncul" (dengan memfasilitasi pembangunan hukum keras dalam kebiasaan internasional). Demikian juga, Daud Trubek dan rekannya berpendapat bahwa instrumen hukum lunak dapat membantu untuk menghasilkan pengetahuan, mengembangkan ide-ide bersama, membangun kepercayaan, dan menetapkan "standar yang tidak mengikat yang akhirnya dapat mengeras menjadi aturan yang mengikat sekali dengan berkurangnya ketidakpastian dan tingkat konsensus

yang lebih tinggi yang terjadi kemudian (*non-binding standards that can eventually harden into binding rules once uncertainties are reduced and a higher degree of consensus ensues*).²¹

Singkatnya, ketika suatu badan hukum keras sudah ada, hukum lunak sering dianggap untuk menyediakan cara murah dan fleksibel untuk menguraikan dan mengisi celah-celah yang terbentuk ketika hukum keras berhadapan dengan keadaan baru dan tak terduga. Di sisi lain, ketika suatu badan hukum keras belum ada, negara dan aktor-aktor lain dapat menggunakan instrumen hukum lunak sehingga para pelaku mengembangkan kenyamanan dan konsensus mengenai manfaat dan kelayakan sebuah pendekatan. Sarjana hukum kemudian memandang instrumen hukum keras dan lunak yang tidak hanya menyediakan alat-alat alternatif untuk kerjasama. Mereka menunjukkan bagaimana instrumen ini berfungsi sebagai pelengkap dalam proses dinamis dari legalisasi, mengarah pada pengembangan progresif hukum internasional.

3.1.3 Sebagai Antagonis

Literatur yang ada tentang hukum keras dan lunak biasanya berasumsi awal adanya kemungkinan keuntungan bersama dari kerjasama antar negara. Kemudian mulai mengeksplorasi kelebihan dan kekurangan, pilihan, dan efektivitas pendekatan hukum keras dan lunak untuk mencapai keuntungan itu. Beberapa literatur mengakui bahwa hukum lunak dapat digunakan dalam mode antagonis. Sebagai contoh, dalam sebuah artikelnya tentang hukum lunak, Christine Chinkin mengakui bahwa hukum lunak "telah memberikan efek langsung pada legitimasi dan delegitimasi... (*has both a legitimizing and deligitimizing direct effect*). Meskipun tidak ada doktrin yang menjadi usang dalam hukum internasional, legitimasi norma hukum internasional yang sudah ada sebelumnya dapat dirusak oleh prinsip-prinsip yang muncul dari hukum lunak. Demikian pula, Michael Reisman dari Sekolah New Haven pada awal mencatat tantangan munculnya hukum lunak dalam hal menghasilkan sebuah "ketidakkonsistenan normatif untuk titik di mana, hukum internasional telah menjadi seperti kamera yang setiap tembakan adalah paparan ganda" (*inconsistent normativity to the point where, in critical matters, international law has become like a camera whose every shot is a double exposure*). Namun literatur belum sistematis menilai kondisi kemungkinan untuk menjelaskan hukum keras dan lunak sebagai antagonis bukan sebagai pelengkap.²²

Persepsi keuntungan bersama tentu merupakan prasyarat penting bagi kerjasama internasional. Namun, interaksi yang harmonis saling melengkapi pendekatan hukum keras dan lunak dalam kerjasama internasional bergantung pada: Pertama, perangkat yang tidak secara khusus ditentukan lingkup persyaratannya. Dengan persyaratan ruang lingkup, dan mengacu pada kondisi di mana peristiwa tertentu atau kelas peristiwa cenderung disepakati terlebih dahulu. Dalam kasus interaksi hukum keras dan lunak sebagai pelengkap, persyaratan lingkup utama adalah rendahnya tingkat distributif konflik antara negara, dan khususnya antara negara-negara kuat.

Kedua, perkembangan organisasi internasional di bidang fungsional yang berbeda dari hukum internasional menimbulkan fragmentasi hukum dan "rezim yang kompleks". Dalam situasi di mana ada distributif konflik atas syarat-syarat hukum internasional, negara-negara dengan preferensi yang berbeda memiliki insentif yang kuat untuk terlibat dalam *forum shopping* (forum pembahasan hanya bertukar pikiran) dan penciptaan "ketidakkonsistenan strategis", serta menggunakan peluang yang disediakan oleh forum-

forum hukum guna bersaing mengarahkan substantif yang menjadi preferensi mereka. Kondisi ini dapat terus berlangsung di bidang-bidang tertentu, tetapi variasi dalam konflik distributif dan kesempatan yang ditawarkan oleh rezim dan forum dengan tumpang tindih yurisdiksi menghasilkan pelaku yang menggunakan instrumen keras dan lunak dengan cara yang berbeda, termasuk kadang-kadang sebagai antagonis. Berdasarkan persyaratan cakupan, maka cenderung melihat hukum keras dan lunak sering berinteraksi sebagai antagonis.

3.2. Peran Hukum Lunak Terhadap Hukum Keras

Ada banyak perdebatan mengenai apakah hukum lunak memainkan peran positif dalam sistem internasional kontemporer. Hukum lunak telah dikritik dan bahkan dihentikan sebagai faktor dalam hubungan internasional. Klabbers, misalnya, berpendapat, bahwa hukum lunak adalah konsep berlebihan dan memenuhi fungsi yang tidak berguna sama sekali, melainkan berkontribusi terhadap runtuh sistem hukum internasional yang ada (*Klabbers is of the opinion that soft law is a redundant concept and fulfils no useful function at all, but instead contributes to the crumbling of the entire international legal system*).²³ Namun, banyak pakar berpendapat bahwa hukum lunak tidak harus dipandang sebagai 'penyakit normatif' melainkan sebagai simbol zaman sekarang dan produk yang diperlukan. (*many scholars contend that soft law should not be viewed as a 'normative sickness' but rather as a symbol of contemporary times and a product of necessity*).²⁴ Berikut akan dijelaskan dua peran hukum lunak terhadap hukum keras.

3.2.1 Sebagai kedua terbaik untuk hukum keras

Negara-negara tidak hanya sampai pada instrumen hukum lunak, pendekatan hukum lunak bukan sengaja dipilih. Hal ini terutama terjadi ketika instrumen hukum keras telah tegas ditolak atau terbukti tidak bisa diraih, tapi subyek masih menuntut setidaknya tingkat peraturan internasional. Dalam banyak kasus, ada komunitas yang cukup berkepentingan di antara negara-negara untuk itu yang ingin merumuskan semacam pembatasan pada tindakan mereka, yang mengilhami perumusan instrumen tertentu, tetapi pada saat yang sama akan diimbangi oleh kepentingan berbeda dari negara yang berbeda. Akibatnya, instrumen hukum lunak sering dicapai sebagai kompromi antara beberapa negara yang ingin memiliki instrumen hukum keras dan yang lain-lain mungkin akan memilih untuk tidak memiliki alat sama sekali, tapi akan menerimanya dalam bentuk hukum lunak.²⁵

Schafer berpandangan nilai utama hukum lunak untuk memecahkan kebuntuan selama perundingan. Dalam kasus perselisihan yang mendalam di antara negosiasi para pihak, kerjasama yang tidak tentu akhirnya dan hukum lunak dapat digunakan sebagai teknik untuk menghindari kegagalan negosiasi internasional. Ini bisa menjadi lebih mudah bahkan bagi pihak yang menentang untuk menerimanya, jika sebuah kesepakatan adalah tidak mengikat, atau hanya mendefinisikan tujuan umum meninggalkan makna yang tidak tepat, atau meninggalkan diskresi luas dalam pelaksanaan, atau tidak melibatkan delegasi dalam penegakan.

Selanjutnya, hukum lunak dapat dianggap sebagai 'langkah tengah' (*intermediate step*) terhadap pembentukan hukum keras. Aturan yang tidak mengikat memiliki potensi

untuk menjadi aturan yang mengikat dengan menyediakan dasar bagi perundingan perjanjian kemudian. Beberapa penulis menyifati, kepentingan instrumen yang tidak mengikat secara eksklusif untuk transformasi kemudian menjadi hukum keras dan menegaskan bahwa transformasi ini adalah tujuan utama dari perumusan aturan tidak mengikat. Namun dapat dikatakan bahwa instrumen yang tidak mengikat tidak hanya semata-mata berperan awal dan menganggap fungsi yang berjalan dengan baik di luar itu menjadi langkah menengah untuk pembentukan perjanjian nanti. Tidak semua instrumen yang tidak mengikat serta merta menjadi mengikat secara hukum, tidak semua dari hukum lunak dimaksudkan untuk melakukannya. Bahkan jika hukum lunak tidak mengeras, ia masih melakukan fungsi hukum yang penting dan memainkan peran yang sangat diperlukan mengingat struktur sistem internasional. Mirip dengan hukum lunak yang tidak mengikat, hukum lunak dalam hal presisi, dalam hal kebijaksanaan atau dalam istilah delegasi juga memiliki potensi untuk berkembang menjadi hukum yang relevan keras meskipun hal ini tidak perlu terjadi.²⁶

Terakhir, hukum lunak memiliki efek menginternasionalisasikan masalah dengan mengambil permasalahan yang dibahas oleh norma-norma tersebut keluar dari domain eksklusif Negara-negara. Sebagaimana suatu hasil dari menyetujui salah satu dari empat jenis *soft law* yang mengatur subjek tertentu, suatu negara akan kehilangan hak untuk menuntut intervensi dalam urusan internal negara lain, jika Negara lain menuduhnya untuk ketidakpatuhan atau memenuhi sesuai dengan hukum lunak yang mengatur kegiatan tertentu. Fakta adanya kesepakatan internasional tentang masalah apakah mengikat atau tidak, yang membuat objek tersebut tepat menjadi perhatian internasional. Sebuah contoh yang menonjol adalah Deklarasi Konferensi PBB tentang Lingkungan Hidup Manusia tahun 1972 (*the Declaration of the United Nations Conference on Human Environment of 1972*), dimana untuk pertama kalinya, mengangkat isu perlindungan lingkungan ke tingkat global dan membuka jalan bagi perkembangan selanjutnya dari hukum lingkungan internasional.²⁷

3.2.2 Sebagai alternatif yang lebih baik untuk hukum keras

Klabbers telah mengklaim bahwa hukum lunak sering digunakan di berbagai organisasi internasional karena mereka tidak memiliki pilihan-pilihan. Chinkin lebih jauh berpendapat bahwa hukum lunak dapat dihadirkan 'sebagai satu-satunya alternatif untuk anarki' (*as the only alternative to anarchy*) dalam situasi di mana beberapa negara menolak peraturan hukum internasional, tetapi ada kesadaran politik, mungkin ditimbulkan oleh masyarakat sipil, bahwa 'sesuatu harus dilakukan'.²⁸

Namun, perlu menekankan bahwa yang tidak dicapai untuk hukum keras tidak boleh dianggap sebagai satu-satunya alasan untuk memilih *soft law*, karena hal itu tidak menjelaskan mengapa negara-negara menyukai hukum lunak dari pada hukum keras bahkan jika yang terakhir dapat dicapai dalam banyak kasus. Sebagai contoh, tampaknya ada peningkatan penggunaan hukum lunak bahkan dalam organisasi seperti Uni Eropa dengan kekuatan itu memberlakukan hukum keras. Abbott dan Snidal memiliki pandangan bahwa Negara-negara sering sengaja memilih bentuk legalisasi yang lebih lunak sebagai superior peraturan kelembagaan (*Abbott and Snidal hold the view that states often deliberately choose softer forms of legalisation as superior institutional arrangements*).²⁹

Hukum lunak dapat lebih utama pada pengertiannya sendiri karena menawarkan banyak keuntungan dari hukum keras, tapi menghindari beberapa biaya dari hukum keras. Juga memiliki banyak keuntungan independen sendiri. Hal ini diyakini bahwa langkah-langkah hukum lunak merupakan alternatif yang lebih baik dari aturan hukum keras ketika ada kekhawatiran tentang kemungkinan ketidakpatuhan dan ketika ada kebutuhan untuk fleksibilitas dan reaksi cepat, dan langkah-langkah hukum lunak lebih disukai ketika berhadapan dengan masalah yang kompleks dan beragam yang ditandai dengan ketidakpastian. Oleh karena itu, Negara-negara dapat memilih berbagai jenis *soft law* dalam rangka untuk melayani tujuan yang berbeda.

Pertama, para perancang mungkin sengaja memilih hukum lunak dalam rangka untuk menurunkan biaya yang mungkin tinggi terkait dengan instrumen hukum keras termasuk biaya negosiasi, biaya menerapkan dan biaya kedaulatan. Seperti biaya negosiasi, setiap kesepakatan memerlukan beberapa biaya negosiasi-delegasi dari berbagai negara duduk bersama, bertukar gagasan tentang materi negosiasi, membatasi lingkup negosiasi, tawar-menawar untuk kepentingan yang berbeda, penyusunan teks legislatif dan debat dan persiapan kembali pekerjaan tersebut dll.

Kedua, dalam banyak kasus, kewajiban yang dirumuskan terlalu 'sulit' (*hardly*) akan memerlukan biaya negosiasi yang signifikan, terutama di mana materinya bersifat sensitif atau kompleks. Secara umum, biaya negosiasi perjanjian internasional (hukum keras) mungkin lebih tinggi daripada perjanjian hukum lunak yang tidak mengikat. Negara-negara biasanya lebih berhati-hati dalam proses negosiasi dan penyusunan perjanjian yang mengikat secara hukum karena biaya pelanggaran yang lebih tinggi. Selain itu, proses ratifikasi perjanjian, yang biasanya melibatkan otorisasi legislatif, sering lebih kompleks dan mahal, karena itu mereka memilih perjanjian yang tidak mengikat.

Ketiga, hukum lunak dalam hal presisi, kebijaksanaan atau delegasi juga dapat mengurangi biaya negosiasi. Hukum lunak samar-samar dapat menghindari kesulitan dalam merumuskan aturan rinci, sementara hukum lunak dengan tingkat kebijaksanaan yang tinggi dalam implementasi atau dengan rendahnya tingkat delegasi dalam penegakan dapat membuat lebih mudah untuk menegosiasikan agar negara setuju terutama untuk isu-isu kontroversial. Akibatnya, instrumen hukum bisa dibilang akan melibatkan biaya negosiasi yang murah jika bisa dibuat lunak dalam arti bahwa ia memiliki bentuk yang tidak mengikat, konten yang kurang tepat, yang lebih tinggi dari kebijaksanaan negara, tingkat yang lebih rendah delegasi, tunggal atau dalam kombinasi. Dengan kata lain, semua empat dimensi hukum lunak dapat membantu dalam hal mencegah biaya negosiasi.

Pada umumnya biaya pelaksanaan perjanjian sering menjadi perhatian negara-negara dalam memasuki perjanjian internasional yang diperlukan dan melaksanakan kewajibannya. Beberapa kewajiban internasional menghimbau negara-negara untuk *abstain* (tidak berbuat) dari suatu tindakan (misalnya tidak memilih untuk perang), sementara yang lain menuntut tindakan positif (misalnya memastikan bahwa kapal-kapal yang mengibarkan benderanya mematuhi aturan polusi dan standar internasional yang berlaku). Pelaksanaan kewajiban internasional yang menuntut tindakan positif dapat mahal bagi negara-negara yang berpartisipasi, karena negara harus memberlakukan dalam peraturan perundang-undangan domestik dan kadang-kadang membentuk lembaga pelaksana tertentu, yang semua proses tersebut membutuhkan biaya yang tidak sedikit.

4. IMPLEMENTASI DI INDONESIA.

Berdasarkan pasal 7 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dinyatakan bahwa :

- (1) Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 - c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - d. Peraturan Pemerintah;
 - e. Peraturan Presiden;
 - f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
 - g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.
- (2) Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Dari ketentuan Pasal 7 ayat (1) di atas, tidak memasukkan perjanjian internasional dalam susunan jenis peraturan perundang-undangan nasional. Kenyataan tersebut di atas membuktikan masih tidak jelasnya doktrin dan hukum Indonesia tentang status hukum dari perjanjian internasional dalam hukum Indonesia.

Untuk mengetahui apakah Indonesia juga membedakan *hard law* dan *soft law* dalam pemberlakuan hukum internasional di Indonesia, perlu dilihat dari sisi proses pemberlakuan perjanjian internasional oleh Indonesia. Untuk mengetahui hal ini, maka terdapat beberapa ketentuan nasional yang mengatur pemberlakuan tersebut yaitu:

1. Pasal 11 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyebutkan³⁰:
 - (1) Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain. (Perubahan Keempat).
 - (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. (Perubahan Ketiga)
 - (3) Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan undang-undang. (Perubahan Ketiga)
2. Surat presiden RI No. 2826/HK/1960 kepada DPR tentang pembuatan Perjanjian-perjanjian dengan negara lain.
Surat Presiden ini ditujukan untuk membedakan mana perjanjian internasional yang perlu mendapatkan persetujuan DPR dalam meratifikasinya dengan yang tidak perlu persetujuan. Dalam Butir 4 Surat Presiden tersebut dinyatakan bahwa perjanjian-perjanjian yang harus disampaikan kepada DPR untuk mendapatkan persetujuan sebelum disyahkan oleh Presiden ialah perjanjian-perjanjian yang lazim berbentuk *Treaty* yang mengandung materi sebagai berikut³¹:
 - a. Soal-soal politik atau soal-soal yang dapat mempengaruhi perjanjian-perjanjian persahabatan, perjanjian persekutuan (aliansi, perjanjian tentang perubahan wilayah atau penetapan tapal batas).

- b. Ikatan-ikatan yang sedemikian rupa sifatnya sehingga mempengaruhi haruan politik luar negeri dapat terjadi bahwa ikatan-ikatan sedemikian dicantumkan didalam perjanjian kerja sama ekonomi dan teknis atau pinjaman uang.
 - c. Soal-soal yang menurut undang-undang dasar atau menurut perundang-undangan kita harus diatur dengan undang-undang seperti soal kehakiman.
 - d. Perjanjian yang mengandung materi yang lazimnya berbentuk agreement akan disampaikan kepada DPR hanya untuk diketahui setelah disahkan oleh Presiden.
3. Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian internasional
 Dalam Pasal 9 Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 dinyatakan:³²
- (1) Pengesahan perjanjian internasional oleh Pemerintah Republik Indonesia dilakukan sepanjang dipersyaratkan oleh perjanjian internasional tersebut.
 - (2) Pengesahan perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden.
- Dalam Pasal 10 dinyatakan bahwa Pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila berkenaan dengan:³³
- 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;
 - f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

Dalam Pasal 11 (1) dinyatakan bahwa:³⁴

- (1) Pengesahan perjanjian internasional yang materinya tidak termasuk materi sebagaimana dimaksud Pasal 10, dilakukan dengan keputusan presiden.

Selanjutnya dalam Pasal 15 dinyatakan bahwa:³⁵

- (1) Selain perjanjian internasional yang perlu disahkan dengan undang-undang atau keputusan presiden, Pemerintah Republik Indonesia dapat membuat perjanjian internasional yang berlaku setelah penandatanganan atau pertukaran dokumen perjanjian/nota diplomatik, atau melalui cara-cara lain sebagaimana disepakati oleh para pihak pada perjanjian tersebut.
- (2) Suatu perjanjian internasional mulai berlaku dan mengikat para pihak setelah memenuhi ketentuan sebagaimana ditetapkan dalam perjanjian tersebut.

Dari ketiga ketentuan tersebut diatas, Indonesia hanya mengenal tiga bentuk pemberlakuan perjanjian internasional yang didasarkan pada bentuk ratifikasinya dalam hukum nasional yaitu :

- a. Perjanjian internasional yang diratifikasi dengan Undang-Undang;
- b. Perjanjian internasional yang diratifikasi dengan Peraturan Presiden;
- c. Perjanjian internasional yang berlaku setelah penandatanganan atau pertukaran dokumen perjanjian/nota diplomatik, atau melalui cara-cara lain sebagaimana disepakati oleh para pihak pada perjanjian tersebut.

Walaupun dalam praktek pembuatan perjanjian internasional, Indonesia membuatnya dalam beberapa bentuk penyebutan yaitu traktat (*treaty*), konvensi (*conventions*), persetujuan (*agreement*), memorandum saling pengertian (*memorandum of understanding*), pengaturan (*arrangement*), pertukaran nota diplomatic/surat (*exchange of notes/letter*), *modus vivendi*, dan *agreed minutes/summary record/ record of discussion*, namun dalam pemberlakuannya Indonesia tidak membedakan antara perjanjian internasional berdasarkan bentuknya apakah berbentuk *hard law* dan *soft law*. Sedangkan apabila dilihat dari kekuatan mengikatnya, Indonesia hanya mengakui perjanjian internasional mengikat apabila Indonesia telah meratifikasinya dalam bentuk Undang-Undang dan Peraturan Presiden. Di samping itu, terdapat perjanjian internasional yang dibuat oleh Indonesia dengan Negara lain yang mengikat atau berlaku berdasarkan ketentuan perjanjian itu sendiri.

Mengingat perkembangan perjanjian internasional yang begitu pesat, karakter perjanjian internasional dewasa ini telah demikian *intrusive* sehingga tidak lagi dapat dilihat sebagai mengatur perilaku negara terhadap negara lain melainkan juga mengatur perilaku negara terhadap dirinya sendiri, sehingga akan menyentuh hak dan kewajiban warga negaranya. Jika sebelumnya perjanjian internasional hanya mengatur materi yang berada dalam wilayah hukum internasional, maka perjanjian internasional dewasa ini sudah menyentuh wilayah yang selama ini berada di dalam kewenangan hukum nasional.

Saat ini telah banyak dilahirkan perjanjian-perjanjian internasional yang wilayah *enforcement*-nya tidak pada tingkat hukum internasional, melainkan pada tingkat hukum nasional karena bersentuhan langsung dengan kepentingan hukum warga negara (individu), seperti *Trademark Law treaties 2006*, *UN Convention Against Corruption 2003*, *UN Convention Against Transorganized Crimes 2000*, sejumlah *Private international law convention* (yang dihasilkan oleh UNCITRAL³⁶, dan UNIDROIT³⁷), dan sejenisnya. Perjanjian ini secara tradisional menciptakan hak dan kewajiban negara menurut hukum internasional namun kewajiban tersebut diarahkan untuk menciptakan norma substantif di dalam hukum nasional. Perjanjian seperti ini sering disebut dengan *standard/harmonized-setting treaties*.³⁸ Wilayah *enforcement* dari perjanjian jenis ini adalah pada wilayah hukum nasional karena menyangkut kepentingan hukum negara sebagai subjek hukum dari pada kepentingan negara pihak *vis a vis* negara lain. Untuk jenis perjanjian seperti ini maka sekalipun negara pihak menganut monisme (paham dimana hukum internasional langsung berlaku bagi suatu Negara pada waktu Negara tersebut menandatangani, atau meratifikasinya) akan tetap membutuhkan hukum nasional untuk melaksanakannya.

5. PENUTUP

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan sebagai berikut:

- a. Meskipun tidak ada definisi yang disepakati secara universal mengenai istilah '*soft law*', hukum lunak telah didefinisikan sebagai aturan perilaku yang dirumuskan dalam instrumen yang tidak memiliki unsur-unsur inti tertentu dari hukum keras (*hard law*), tapi tetap tidak terhindar dari semua efek hukum keras. Hal yang juga diakui bahwa tidak ada perbedaan yang tegas antara 'hukum lunak' dan 'hukum keras', melainkan perbedaan gradual saja.
- b. Interaksi antara hukum keras dan hukum lunak dapat sebagai (i) alternative (ii) komplemen dan antagonis dan hukum lunak berperan sebagai kedua terbaik dan

alternatif yang lebih baik untuk solusi pengaturan masalah-masalah yang sulit dicapai kesepakatannya dalam hukum keras.

- c. Dalam penerapan hukum internasional di Indonesia, Indonesia tidak membedakan atau tidak mengenal perbedaan antara hukum keras (*hard law*) dan hukum lunak (*soft law*). Sedangkan kekuatan mengikat dari ketentuan internasional dapat diketahui setelah dilakukan ratifikasi perjanjian tersebut apakah dalam bentuk undang-undang atau peraturan presiden.

DAFTAR RUJUKAN

- ¹ Article 38 of the Statute of International Court of Justice: Article 38 : 1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.*
- ² Article 59 of the Statute of International Court of Justice : *The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case* (Keputusan dari Mahkamah hanya mempunyai kekuatan mengikat terhadap pihak-pihak dan hanya berhubungan dengan perkara khusus itu saja).
- ³ USlegal.com, *Ex Aequo Et Bono is a Latin term which means what is just and fair or according to equity and good conscience. Something to be decided ex aequo et bono is something that is to be decided by principles of what is fair and just. A decision-maker who is authorized to decide ex aequo et bono is not bound by legal rules but may take account of what is just and fair.*
- ⁴ Bandingkan dengan pandangan JG. Starke sebagaimana dimuat dalam Boer Mauna, *Hukum Internasional : Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Penerbit PT. Alumni, cet 3, 2003, hal 8, yang menguraikan sumber-sumber materil hukum internasional dapat didefinisikan sebagai bahan-bahan aktual yang digunakan oleh para ahli hukum internasional untuk menetapkan hukum yang berlaku bagi suatu peristiwa atau situasi tertentu. Pada dasarnya, bahan-bahan tersebut dapat dikategorikan dalam lima bentuk yaitu: Kebiasaan, Traktat, Keputusan pengadilan atau badan-badan arbitrase, karya-karya hukum; keputusan atau ketetapan organ-organ/lembaga internasional.
- ⁵ Kaczorowska Alina, 2003, *Text Book: Public Internasional Law*, Second Edition, Old Bailey Press, hal 12.
- ⁶ Bryan A. Garner, 1999, *Ibid.*, hal 1442, *subsidiary (adj): subordinate; under another,s control.*
- ⁷ *Ius cogens: A mandatory norm of general international law from which no two or more nations may exempt themselves or release one another.*
- ⁸ Damos Dumoli Agusman, 2010, "Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik di Indonesia", PT. Refika Aditama, hal 32-34.

- 9 Damos Dumoli Agusman, 2010, *ibid*, hal 35-36.
- 10 Article 26 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.
- 11 Pierre-Marie Dupuy, 1991, “*Soft Law and the International Law of the Environment*”, Michigan Journal of International Law, Vol. 12:420, p.420-422.
- 12 Pierre-Marie Dupuy, 1991, *Ibid*. p.420-422-
- 13 Gregory C. Shaffer, Mark A. Pollack, 2008, “*Hard versus Soft Law in International Security*”, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 11-13, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1786836>, hal 10.
- 14 *Ibid*. p.10
- 15 *Ibid*. p.11.
- 16 *Ibid*. p. 12.
- 17 *Ibid*. p.21.
- 18 *Ibid*, p.22.
- 19 Gregory C. Shaffer* Mark A. Pollack, 2011, “*Hard Versus Soft Law In International Security*”, Boston College Law Review, Volume 52, 2011, p.1162-1164.
- 20 *ibid*. p.1164-1166.
- 21 Trubek, *supra* note 88, at 89; see also Janet Koven Levit, *The Dynamics of International Trade Finance Regulation: The Arrangement on Officially Supported Export Credits*, 45 Harv. Int’l L.J. 65, 132–41 (2004); Trubek & Trubek, *supra* note 91, at 355–59.
- 22 Gregory C. Shaffer, Mark A. Pollack, 2011, *opcit*. p.1166-1167.
- 23 Jan Klabbers, *The Undesirability of Soft Law*, 67 Nordic J. Int’l L. 381, 381–91 (1998); Sindico, *supra* note 90, at 846; Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, 77 Am. J. Int’l L. 413, 414–16 (1983). Positivist legal scholars, for example, find that soft law is inferior to hard law because it lacks formally binding obligations that can be interpreted and enforced by courts. See Klabbers, *supra*, at 382, 387–88 (speculating that soft-law arguments fail to persuade courts, and are instead analyzed under a binding/nonbinding framework). For this reason, these scholars view soft law as a second-best alternative to hard law, either as a way-station on the way to hard law, or as a fall-back when hard law approaches fail. See Sindico, *supra* note 90, at 846 (concluding that “[s]oft law, and voluntary standards in particular, are a stage in the creation of international legal norms”)
- 24 Lili Jiang, 2009, “*An Evaluation of Soft Law as a Method for Regulating Public Procurement from a Trade Perspective*”, Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, p.23.
- 25 *Ibid*. p.24.
- 26 *ibid*. p.24.
- 27 *Ibid*. p.24.
- 28 *Ibid*, p.26-33.
- 29 *Ibid*, p.26-33.
- 30 Sekretariat Jenderal Majelis Permusyawaratan Rakyat, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Dalam Satu Naskah.
- 31 Surat Presiden Kepada Yang Mulia Ketua Dewan Perwakilan Rakyat Nomor 2826/HK/60, tentang Pembuatan Perjanjian-Perjanjian dengan Negara lain, Jakarta 22 Agustus 1960. Catatan Surat Presiden 2826/HK/60 telah diganti dengan Undang-

-
- Undang Nomor 24 tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional (lihat bagian Penjelasan Umum).
- ³² Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian internasional
- ³³ Ibid, Pasal 10.
- ³⁴ Ibid, Pasal 11 ayat (1).
- ³⁵ Ibid. Pasal 15.
- ³⁶ *The United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (UNCITRAL Rules)*. Aturan-aturan ini berlaku untuk "berbagai jenis perselisihan dan prosedurnya".
- ³⁷ *The International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit)*, Tujuan Unidroit adalah mengkaji cara-cara pengharmonisasian dan pengkoordinasian hukum keperdataan dari negara-negara dan kelompok kelompok negara, menyiapkan secara bertahap bentuk aturan-aturan hukum keperdataan yang seragam untuk dapat disahkan atau diterima baik oleh Negara anggota Unidroit maupun negara-negara lain yang meratifikasi perjanjian perjanjian internasional keperdataan yang dihasilkan oleh Unidroit.
- ³⁸ Damos Dumoli Agusman (2010), *ibid*, hal 100.