

KEDUDUKAN KEBIASAAN INTERNASIONAL SEBAGAI SUMBER HUKUM DAN HUBUNGANNYA DENGAN PERJANJIAN DAN PRINSIP-PRINSIP HUKUM UMUM INTERNASIONAL

HERYANDI

Fakultas Hukum Universitas Lampung

ABSTRACT

The international customs as the international laws are still considered important, because not all international relations are arranged in the international treaties. However, the international customs which can be the international law bases require certain conditions. After becoming the law bases, the international customs have the same level as the other primary international law bases and amongst the customs and other law bases complete one another.

Keywords: customs, international, law bases

I. PENDAHULUAN

Hukum Internasional sebagai cabang ilmu pengetahuan saat ini mengalami perkembangan pesat. Hal ini disebabkan semakin meningkatnya hubungan internasional akibat ditemukannya teknologi komunikasi dan transportasi yang dapat memperpendek jarak antara satu negara dengan negara lain. Perkembangan ini diiringi pula dengan ketergantungan antara negara satu dengan negara lain akibat dari perbedaan sumber daya yang ada di masing-masing negara, sehingga menguatkan keterikatan satu negara dengan negara lain, satu bangsa dengan bangsa lain sebagaimana tercermin dalam istilah globalisasi.

Konsekuensi dari era global, banyak persoalan-persoalan internasional yang memerlukan pengaturan. Dengan desakan kebutuhan akan hukum, mau tidak mau masyarakat internasional berusaha untuk mengkaji ulang tatanan hukum internasional, baik dalam bentuk perjanjian internasional (bilateral, regional dan multilateral), maupun kebiasaan internasional. Hal ini disebabkan adanya perbedaan antara hukum internasional tradisional dan hukum internasional di era global (Thontowi dan Iskandar, 2006: 3).

Hukum yang dibangun oleh masyarakat internasional pada masa lalu lebih banyak

bersumber pada kebiasaan internasional. Oleh sebab itu, kebiasaan internasional dapat dipandang sebagai sumber hukum yang asli dan paling tua. Namun pada saat ini kebiasaan internasional tidak lagi mendominasi sebagaimana pada masa lampau. Ini disebabkan semakin meningkatnya aktivitas internasional yang didasarkan pada perjanjian-perjanjian internasional. Walaupun demikian, kebiasaan internasional masih tetap substantif dan memegang peranan penting karena pada saat ini tetap dijadikan sumber hukum internasional, seperti wilayah negara, yurisdiksi negara, hubungan diplomatik, hukum perang dan lain-lain masih banyak yang diatur dalam kebiasaan internasional.

Kebiasaan internasional diakui sebagai sumber hukum, diatur dalam Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional sub b yang menyatakan bahwa *international custom, as evidence of a general practice accepted as law* (hukum kebiasaan internasional adalah kebiasaan internasional yang merupakan kebiasaan umum dan diterima sebagai hukum) (Kusumaatmadja dan Agoes, 2002: 143).

Kebiasaan internasional yang dilakukan dalam praktek, tidak serta merta menjadi sumber hukum internasional formal karena untuk dapat menjadi sumber hukum, kebiasaan harus melalui proses yang dinamakan proses pelebagaan. Sejauhmana proses kebiasaan dapat menjadi sumber hukum, perlu kiranya dikaji agar jelas diketahui apakah suatu praktek perilaku yang sering dilakukan benar sebagai sumber hukum atau tidak. Kajian ini tentunya dapat dijadikan dasar tidak saja pada ruang lingkup hukum internasional, tetapi juga dalam ruang lingkup hukum nasional Indonesia, sehingga kebiasaan-kebiasaan yang dianggap baik dapat dijadikan sumber hukum dalam rangka membangun hukum nasional Indonesia yang berakar dari nilai-nilai bangsa Indonesia sendiri dan inilah arti penting pengkajian proses kebiasaan sebagai sumber hukum. Di sisi lain, sumber hukum internasional tidak hanya terdiri dari kebiasaan, karena masih terdapat sumber hukum lainnya, untuk itu perlu dikaji pula persoalan kedudukan kebiasaan internasional dalam sumber hukum internasional lainnya, termasuk pula hubungannya dengan sumber hukum internasional lainnya.

Berdasarkan uraian pada pendahuluan, dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah proses kebiasaan internasional dapat menjadi sumber hukum internasional formal?
2. Bagaimanakah kedudukan kebiasaan internasional dalam sumber hukum internasional dan bagaimana hubungannya dengan perjanjian internasional dan prinsip hukum umum yang juga sebagai sumber hukum internasional?

II. KEBIASAAN INTERNASIONAL DAN SUMBER HUKUM INTERNASIONAL

Hukum Internasional dalam pembahasan ini dimaknai sebagai hukum internasional publik yang berbeda dengan hukum perdata internasional. Istilah Hukum internasional pertama kali

dikenalkan oleh Jeremy Bentham. Istilah ini memiliki padanan yang sama dengan istilah hukum bangsa-bangsa (*the law of nations, among nations, droit des gens, Voelkerrecht*). Hukum internasional secara sederhana dapat dipahami sebagai perangkat aturan yang ditujukan dan dibuat oleh negara-negara berdaulat secara eksklusif, sebagaimana dikatakan L. Oppenheim, hukum internasional bukan suatu peraturan yang diberlakukan sebagaimana halnya suatu hukum yang dimiliki suatu negara (*the law of nations prescribes no rule as regard the kind of head of a state may have. Every state is naturally, independent regarding this point, possessing the faculty of adopting any constitution according to its discretion*). Pengertian tersebut tidak terlepas dari sifat alami hukum internasional itu sendiri yang tidak secara langsung menunjuk pada persoalan konstitusi dalam negeri, seperti suatu pemerintahan nasional dibentuk (*international law does not generally adress domestic constitutional issues, such as how a national government formed*) (Kusumaatmadja, 2002: 143).

Pada saat ini hukum internasional tidak dapat diartikan hanya mengatur hubungan antar negara saja, karena dengan perkembangan munculnya organisasi internasional, hubungan yang diatur dalam hukum internasional juga telah merambah kedalam organisasi internasional, termasuk juga telah menyentuh persoalan-persoalan domestik. Oleh sebab itu, sesuai dengan perkembangannya, Mochtar Kusumaatmadja (2002) memberikan definisi yang lebih mendekati pengertian yang tepat terhadap kondisi hukum internasional saat ini, yaitu:

keseluruhan kaidah-kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara: (a). Negara dengan negara, (b) negara dengan subjek hukum lain bukan negara atau subjek hukum lain bukan negara satu sama lain.

Pengertian di atas, telah mencerminkan cakupan dari keseluruhan hubungan yang dilakukan oleh subjek-subjek hukum internasional. Subjek hukum internasional lain bukan negara dapat dijelaskan disini meliputi organisasi internasional, palang merah internasional, Tahta Suci Vatikan, pihak pemberontak maupun individu yang ditundukkan pada ketentuan hukum internasional. Keseluruhan hubungan yang dilakukan oleh subjek hukum internasional ini didasarkan pada kaidah atau asas-asas hukum internasional. Secara lebih rinci kaidah dan asas-asas hukum ini terdiri dari: perjanjian internasional, kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum yang diakui, keputusan hakim pengadilan nasional maupun internasional, maupun pendapat ahli hukum internasional. Inilah yang dikenal dengan sumber hukum internasional (Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional).

J.G. Starke menyatakan bahwa sumber hukum internasional adalah bahan-bahan aktual yang dipergunakan oleh para ahli hukum untuk menetapkan hukum yang berlaku bagi hal-hal tertentu (Starke, 2004: 679). Salah satu sumber hukum internasional tersebut adalah kebiasaan internasional. Kebiasaan internasional diartikan sebagai perilaku atau praktek negara-negara yang dilakukan dalam pergaulan internasional yang berlaku secara umum dan telah

diakui atau diterima sebagai bagian dari hukum internasional.

Kebiasaan internasional dikaji dari istilahnya yaitu *custom* berbeda dengan istilah *usage* yang juga diartikan praktek atau perilaku. Namun *usage* merupakan praktek yang tidak memiliki kekuatan hukum. *Usage* merupakan awal dari adanya kebiasaan. *Usage* berakhir maka kebiasaan mulai terbentuk. *Usage* dapat dikatakan suatu praktek yang belum menimbulkan kewajiban hukum (*received full legal attestation*), sedangkan kebiasaan harus seragam antara satu perilaku dengan perilaku lainnya (*unifeied dan self consisten*) (Thontowi dan Iskandar, 2006: 3). Kebiasaan internasional dapat dilihat dari laporan-laporan di media masa, pernyataan yang dibuat oleh pemerintah dalam konferensi internasional, hukum nasional, keputusan-keputusan pengadilan nasional dan internasional, tulisan-tulisan para penulis terkenal dan praktek dari organ-organ internasional.

Perilaku-perilaku yang memiliki nilai-nilai kebaikan dilakukan secara terus menerus dalam praktek hubungan antar negara dapat menjadi sumber hukum internasional melalui proses pelebagaan (dimana subjek atau pelaku yang melakukannya secara terus menerus dan ajeg, waktu, dan tempat yang berbeda) sampai pada penerimaan dari masyarakat internasional dan kesadaran untuk mematuhi sebagai suatu norma hukum. Proses inilah yang dikenal dengan proses pelebagaan suatu nilai-nilai sosial yang diangkat menjadi norma hukum.

Sejak tahun 1920 terdapat *the two elements of theory* yang menganggap bahwa suatu kebiasaan dapat dijadikan sumber hukum apabila memenuhi dua syarat, yaitu:

1. Perilaku itu haruslah merupakan fakta dari praktek atau perilaku yang secara umum telah dilakukan atau dipraktikkan oleh negara-negara (*the evidence of material fact*).
2. Perilaku yang telah dipraktikkan secara umum tersebut, oleh negara-negara atau masyarakat internasional, telah diterima atau ditaati sebagai perilaku yang memiliki nilai sebagai hukum yang dalam istilah teknisnya sebagai *opinio juris* (O'Brien, 2001: 67).

Hubungan antara kedua unsur atau elemen tersebut merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, salah satu unsur tidak terpenuhi maka kebiasaan tersebut tidak dapat dijadikan sumber hukum internasional formal. Syarat pertama terpenuhi tidak akan melahirkan hukum, sedangkan syarat kedua terpenuhi kebiasaan tersebut hanya sebagai sopan santun internasional saja. Kebiasaan internasional sebagai sumber hukum internasional merupakan satu sumber hukum yang sederajat dengan sumber hukum primer lainnya dan antara sumber hukum primer berhubungan satu sama lain.

Untuk lebih memudahkan menggambarkan bagaimana suatu kebiasaan menjadi sumber hukum internasional formal dapat dilihat dalam kerangka pikir berikut ini:

SKEMA 1.
KERANGKA PIKIR KEBIASAAN INTERNASIONAL SEBAGAI SUMBER HUKUM FORMAL



Sumber: Hasil analisis penulis

III. PROSES TERJADINYA KEBIASAAN MENJADI SUMBER HUKUM INTERNASIONAL FORMAL

Praktek negara-negara dalam melakukan hubungan internasional seringkali dilakukan secara sama dan berulang-ulang walaupun di tempat yang berbeda dan orang yang berbeda. Kebiasaan-kebiasaan ini tidak dengan begitu saja dapat dijadikan sumber hukum tetapi melalui suatu proses yang dinamakan proses kelembagaan.

Kebiasaan merupakan tindakan menurut pola tingkah laku yang ajeg, lazim, normal dalam masyarakat atau perilaku hidup tertentu. Perilaku yang ajeg dan tetap ini karena dianggap mengandung nilai-nilai kebaikan lalu diikuti oleh banyak orang dan masyarakat luas, sehingga menimbulkan keyakinan dan kesadaran bahwa perbuatan tersebut memang patut dilakukan (Mertokusumo, 1988: 84).

Dalam kaitannya dengan kebiasaan internasional, perilaku-perilaku yang dipraktekkan dalam melakukan hubungan internasional juga berproses dengan diikuti oleh negara-negara lain, sehingga menjadi suatu perilaku baku yang menimbulkan kesadaran dan keyakinan dari negara-negara lain untuk mengikutinya. Namun hal ini belum dapat dijadikan sumber hukum formal, mengingat masih akan berproses terus sampai menimbulkan ketaatan sebagai hukum bagi pelakunya. Sebagai contoh dalam hukum perang sebagai tanda menyerah selalu mengibarkan bendera putih. Warna putih merupakan warna yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum dalam arti tidak dapat diganti dengan warna lain. Tidak dipersoalkan terbuat

dari bahan apa, tanpa mengibarkan warna putih tetap dianggap tidak menyerah. Proses kebiasaan tanda menyerah seperti ini merupakan perilaku yang selalu diikuti pada setiap pertempuran dan warna putih ditaati sebagai suatu keharusan.

Secara teoritis suatu kebiasaan yang dilakukan dapat menjadi sumber hukum internasional formal harus memenuhi unsur-unsur sebagaimana disebutkan pada *the two elements of theory* di atas. Unsur pertama suatu kebiasaan merupakan perilaku yang secara umum telah dilakukan atau dipraktekkan oleh negara-negara (*the evidence of material fact*), dapat dijelaskan di sini bahwa perilaku umum tersebut harus memenuhi persyaratan yaitu:

1. Adanya suatu kebiasaan/praktek, yaitu suatu pola tindak yang berlangsung lama dan dilakukan secara berulang kali.
2. Pola tindakan yang dilakukan tersebut harus merupakan serangkaian tindakan yang serupa.
3. Rangkaian tindakan itu harus mengenai sesuatu hal yang sama dan dalam keadaan yang serupa pula.
4. Pola tindakan yang dilakukan secara berulang kali terhadap hal yang sama dari dalam keadaan yang serupa itu harus bersifat umum dan berkaitan dengan hubungan internasional (Mertokusumo, 1988: 89).

Perilaku yang dilakukan secara berulang-ulang ini tidak dapat ditentukan waktunya. Ada kebiasaan internasional yang tidak terlalu lama menjadi hukum, seperti tentang konsep landas kontinen yang dicetuskan pada tahun 1945 oleh Presiden Truman, kemudian menjadi hukum pada tahun 1958 (Konvensi Jenewa 1958). Tetapi ada pula yang memerlukan waktu lama, kemudian baru dapat menjadi hukum.

Unsur kedua bahwa kebiasaan dapat menjadi sumber hukum internasional formal yaitu adanya penerimaan dan pentaatan sebagai perilaku yang memiliki nilai sebagai hukum juga harus memenuhi persyaratan, antara lain:

1. Harus dirasakan memenuhi sebuah suruhan kaedah atau memenuhi suatu kewajiban hukum.
2. Harus ada keyakinan yang timbal balik bahwa kebiasaan internasional itu adalah akibat dari peraturan yang memaksa.
3. Negara-negara sebagai anggota masyarakat internasional harus mengakui/menerima kebiasaan internasional sebagai ketentuan yang mengikat dalam hubungan satu sama lain.
4. Kebiasaan internasional itu harus diterima diakui sebab memenuhi rasa keadilan dan rasa kemanusiaan masyarakat internasional dalam hubungan internasional.

Hubungan antara kedua unsur atau elemen tersebut merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, salah satu unsur tidak terpenuhi maka kebiasaan tersebut tidak dapat

.....

dijadikan sumber hukum internasional formal. Syarat pertama saja terpenuhi maka hanya menimbulkan sebagai sopan santun internasional saja yang tidak dapat dituntut pemenuhannya. Sebagai contoh adanya kebiasaan untuk mengadakan upacara seremonial/kemiliteran pada waktu menerima kepala pemerintahan negara lain, jamuan makan malam kenegaraan, pertukaran cendera mata pada saat kunjungan kenegaraan, dan banyak lagi contoh lainnya. Kebiasaan seperti ini tidak diterima sebagai hukum yang mengikat, oleh karenanya seorang tamu negara tidak dapat menuntut supaya ia harus dihormati sebagaimana kebiasaan di atas.

IV. KEDUDUKAN KEBIASAAN INTERNASIONAL DALAM SUMBER HUKUM INTERNASIONAL FORMAL

Kebiasaan internasional sebagai suatu sumber hukum internasional, dalam Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional menempati urutan ke dua, urutan sumber hukum ini menunjukkan suatu *hierarchi* yang tepat.

Mochtar Kusumaatmadja dengan tegas mengatakan bahwa urutan penyebutan sumber-sumber hukum ini tidak menggambarkan pentingnya masing-masing sumber hukum, karena hal ini tidak diatur sama sekali dalam statuta. Namun demikian, dengan disebutkannya Pasal 39 ayat (1) sub d, bahwa putusan pengadilan dan pendapat para ahli hukum terkemuka bangsa-bangsa sebagai sumber hukum subsider, secara *a contrario* dapat dikatakan bahwa sumber hukum perjanjian internasional, kebiasaan internasional, dan prinsip-prinsip hukum umum merupakan sumber hukum primer dari hukum internasional (Kusumaatmadja dan Agoes, 2002:145). Dengan demikian, antara kebiasaan internasional merupakan sumber hukum primer yang berarti sama kedudukannya dengan perjanjian internasional dan prinsip-prinsip hukum umum.

Teknik pengklasifikasian sumber hukum ini, menurut H.L.A Hart, membedakan antara aturan utama (*primary rules*) dengan aturan-aturan sekunder (*secondary rules*) sebetulnya hanya ditujukan untuk sistem hukum nasional, namun untuk memudahkan memahami sifat sumber-sumber hukum internasional, digunakan pengklasifikasian tersebut (Hart, 1994:94).

Hal ini untuk dijadikan sebagai acuan jika diterapkan dalam suatu kasus, tentunya hakim harus terlebih dahulu mendasarkan penyelesaian suatu kasus pada sumber hukum primer, dan jika tidak diketemukan dalam sumber primer baru menggunakan sumber hukum sekunder, sehingga akan nampak adanya kejelasan dan kepastian penggunaan sumber hukum itu sendiri.

V. HUBUNGAN ANTARA KEBIASAAN INTERNASIONAL DENGAN PERJANJIAN INTERNASIONAL DAN PRINSIP-PRINSIP HUKUM UMUM

Kebiasaan internasional sebagai sumber hukum tidak berdiri sendiri, kebiasaan internasional

berhubungan timbal balik, saling mengisi dan saling melengkapi dengan sumber hukum internasional lainnya, khususnya dengan perjanjian internasional. Hubungan kebiasaan internasional dengan perjanjian internasional dapat dijelaskan bahwa kebiasaan internasional dapat melahirkan perjanjian internasional, seperti Konvensi Den Haag tahun 1907, Konvensi Jenewa 1949 mengenai perlindungan korban perang yang hampir keseluruhan isinya diadopsi dari kebiasaan internasional. Begitu pula dengan pengaturan ZEE, Landas Kontinen maupun Negara Kepulauan yang diatur dalam *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982*. Sebaliknya perjanjian internasional yang berulang kali diadakan mengenai hal yang sama dalam keadaan serupa menimbulkan dan melahirkan kebiasaan melalui suatu proses pelembagaan pada akhirnya menciptakan pranata-pranata hukum kebiasaan internasional, seperti hubungan konsuler yang timbul dari perjanjian bilateral, karena sering dilakukan oleh negara-negara akhirnya menjadi kebiasaan internasional yang melembaga.

Selain berhubungan dengan perjanjian internasional, kebiasaan internasional juga berhubungan dengan prinsip-prinsip hukum umum yang juga sebagai sumber hukum internasional. Prinsip hukum umum merupakan suatu asas-asas hukum tentunya akan berpengaruh terhadap kekuatan mengikat hukum kebiasaan internasional. Jika kebiasaan internasional bertentangan dengan asas-asas hukum internasional sebagaimana terkandung dalam prinsip-prinsip hukum internasional, maka kebiasaan internasional dengan sendirinya gugur atau tidak berlaku sebagai hukum. Sementara itu, kebiasaan internasional yang telah menjadi hukum kemudian diterapkan secara terus menerus akan menjadi asas hukum seperti, lintas kapal asing yang tadinya merupakan kebiasaan kemudian dimasukkan dalam norma hukum (UNCLOS 1982) dan pada akhirnya menjadi asas hukum yang dikenal dengan *Innocent Passage*, begitu pula halnya dengan *traditional fishing right* dan banyak lagi asas-asas hukum yang diangkat dari norma kebiasaan internasional.

VI. PENUTUP

A. KESIMPULAN

Berdasarkan hasil analisis pikir pada uraian terdahulu, dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Kebiasaan internasional yaitu perilaku atau praktek negara-negara dalam melakukan hubungan internasional dapat menjadi sumber hukum internasional formal melalui proses pelembagaan nilai-nilai yang dianggap baik yang diikuti dan pada akhirnya diyakini sebagai suatu yang harus dilakukan. Proses pelembagaan suatu kebiasaan menjadi sumber hukum internasional formal ditentukan oleh peristiwa, tempat, dan waktu yang bersifat relatif.
2. Setelah menjadi sumber hukum internasional formal, maka kedudukan kebiasaan

internasional merupakan sumber hukum primer yang sederajat dengan sumber hukum internasional lain, seperti perjanjian dan prinsip-prinsip hukum umum. Hubungan antara kebiasaan internasional dengan sumber hukum internasional lainnya merupakan hubungan yang timbal balik, saling mengisi dan saling melengkapi.

B. SARAN

Pengkajian terhadap pranata hukum dan kelembagaan perlu dikembangkan, agar diketahui nilai-nilai baik dalam masyarakat internasional yang dapat dikembangkan dan diadopsi sebagai nilai-nilai hukum, sehingga perumusan, pembinaan, dan pengembangan hukum Internasional sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat internasional sendiri, dan jika mungkin menjadi nilai-nilai yang akan diserap dalam hukum nasional negara-negara.

DAFTAR PUSTAKA

- Bentham, Jeremy, 1960, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation (Ed)*, London, W. Harrison, Basil Blacwell.
- Hart, L.A., 1994, *The Concept Of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Kusumaatmadja, Mochtar dan Etty R. Agoes, 2002, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung, Alumni.
- Mertokusumo, Sudikno, 1988, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Yogyakarta, Liberty.
- O'Brien, John, 2001, *International Law*, London, Cavendish.
- Piagam PBB dan Statuta Mahkamah Internasional
- Starke, J.G, 2004, *An Introduction To International Law, (Pengantar Hukum Internasional)*, Jilid 2, Jakarta, Sinar Grafika.
- Thontowi, Jawahir dan Pranoto Iskandar, 2006, *Hukum Internasional Kontemporer*, Reflika Aditama.