



PERJANJIAN INTERNASIONAL TIDAK DAPAT DITERAPKAN SECARA LANGSUNG DI PENGADILAN NASIONAL : SEBUAH KRITIK TERHADAP LAPORAN DELRI KEPADA KOMITE ICCPR PBB MENGENAI IMPLEMENTASI ICCPR DI INDONESIA

Wisnu Aryo Dewanto*

Abstract

The initial report submitted by the Government of the Republic of Indonesia to the UN Human Rights Committee argued that the ICCPR is part of domestic law of Indonesia and it can be directly implemented in national courts without an implementing legislation. It is also argued that the Constitutional Court has made a direct reference to Article 2 of the ICCPR on its decision, including the verdict of case number 101/PUU-VII/2009 in regard with review of the Advocate Act number 18/2003 and the verdict of case number 73/PUU-IX/2011 in regard with review of the Regional Government Act number 32/2004 as amended by Act number 12/2008. Unfortunately, Article 2 of the ICCPR cannot be used as a direct reference since this article is not intended to regulate the rights and duties of individuals. Rather, it regulates the rights and duties of States. Article 2 explains the legal status of the ICCPR for State Parties, in which it clasifies that the ICCPR is a non-self-executing treaty. It needs an implementing legislation or an existing legislation to apply. In practice, Indonesia applies a dualism model with a transformation approach to implement treaties in its national courts. All ratified treaties need to be transformed into Acts of Parliament in order to be implemented by judges as they are only bound by laws enacted by DPR. International law may be exercised by judges through legal interpretation.

Keywords : ICCPR, implementation, municipal courts, self-executing & non-self-executing treaty

Abstrak

Laporan Delegasi RI yang disampaikan oleh Pemerintah Indonesia kepada Komite Hak Asasi Manusia PBB menyatakan bahwa ICCPR telah menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia sehingga substansi ICCPR dapat diterapkan secara langsung di pengadilan nasional tanpa memerlukan peraturan pelaksana. Selain itu dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi telah merujuk secara langsung pada Pasal 2 ICCPR dalam beberapa putusannya, seperti Putusan untuk kasus nomor 101/PUU-VII/2009 tentang Pengujian UU Advokat Nomor 18/2003 dan Putusan untuk kasus nomor 73/PUU-IX/2011 tentang Pengujian UU Pemda Nomor 32/2004 sebagaimana yang telah diamandemen oleh UU Nomor 12/2008. Sayangnya, Pasal 2 ICCPR tersebut pada kenyataannya tidak dapat diterapkan sebagai rujukan langsung dalam putusan-putusan pengadilan karena substansi pasal ini tidak mengatur hak dan kewajiban individu, melainkan negara. Pasal 2 ICCPR sebenarnya hanya ingin menjelaskan status hukum dari ICCPR bagi negara-negara pihak. Secara filosofi, Pasal 2 ICCPR menyatakan bahwa

* Dosen Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Surabaya di Surabaya. Penulis mengambil program Sarjana di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya di Yogyakarta, dilanjutkan dengan program Magister di Macquarie University Law Faculty di Sydney, NSW, Australia dan di University of Washington Law School di Seattle, WA, Amerika Serikat. Penulis menyelesaikan program Doktor di Sekolah Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada di Yogyakarta dengan mengambil topik tentang 'Perjanjian Internasional Self-Executing dan Non-Self-Executing di Pengadilan Nasional'. Email: wisnu@ubaya.ac.id dan wdewanto8@gmail.com



ICCPR bukanlah perjanjian internasional yang dapat diterapkan secara langsung di pengadilan nasional negara-negara pihak karena keberlakuannya memerlukan peraturan pelaksana, yaitu berupa undang-undang. Dalam praktik, Indonesia menganut model dualisme dengan pendekatan transformasi dalam penerapan perjanjian internasional di level nasional. Semua perjanjian internasional yang telah diratifikasi harus ditransformasikan ke dalam undang-undang agar dapat digunakan oleh hakim karena hakim hanya terikat oleh peraturan hukum yang dibuat oleh DPR dan perjanjian internasional hanya dapat diterapkan melalui metode interpretasi hukum.

Kata Kunci : ICCPR, pelaksanaan, pengadilan nasional, perjanjian yang dapat diterapkan secara langsung dan tidak langsung di pengadilan nasional

A. PENDAHULUAN

Laporan yang dibuat oleh Delegasi Republik Indonesia (selanjutnya disebut dengan DELRI) kepada ICCPR *Committee* mengenai implementasi ketentuan-tentuan ICCPR di Indonesia menunjukkan ketidaksinkronan dalam memahami pengintegrasian *treaty* ke dalam sistem hukum Indonesia dan keberlakuan *ratified treaty* di pengadilan. Butir pertama menjelaskan bahwa '*Provisions of the Covenant are directly applicable in domestic courts particularly in relation to the rights of every person subjected to criminal proceedings.*' Hak-hak tersebut sesuai dengan apa yang ditetapkan dalam Hukum Acara Pidana Indonesia dalam Pasal 50-68. Tidak salah jika Delri berpedoman pada Pasal 7 UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang mengatur bahwa '*All international human rights law instruments which have been ratified by Indonesia will become part of the national law.*' Hal yang perlu dipahami adalah UU Nomor 39 Tahun 1999 merupakan *implementing legislation* dari ICCPR dimana UU ini ingin memberikan kekuatan hukum pada ICCPR untuk diterapkan di pengadilan Indonesia. Namun Delri sendiri menunjukkan sebuah keraguan apakah benar *ratified treaty* dapat diterapkan secara langsung di pengadilan karena dalam lanjutan kalimat pada butir kedua ditulis bahwa '*However, the direct use of provisions from the Covenant is not yet a common practice.*' Penerapan substansi hukum internasional di pengadilan tidak mungkin dilakukan di Indonesia karena praktik yang berkembang dalam sistem peradilan kita memang tidak mewajibkan hakim untuk menggunakan *treaty* secara langsung, selain karena *treaty* bukan salah satu sumber hukum yang diakui dalam hirarki peraturan perundang-undangan, juga karena metode penerapannya melalui metode interpretasi.

Hal yang menarik dalam laporan Delri tersebut adalah butir ketiga di mana Delri ingin membuktikan bahwa pernyataan dalam butir pertama tidak salah dengan menggunakan Pasal 2 ICCPR sebagai bukti bahwa Mahkamah Konstitusi telah merujuk secara langsung ketentuan-ketentuan hukum internasional dalam memutus perkara Nomor 101/PUU-VII/2009 mengenai *Judicial Review* atas



UU Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat dan putusan Nomor 73/PUU-IX/2011 mengenai *Judicial Review* atas UU Pemerintah Daerah Nomor 32 Tahun 2004 sebagaimana yang diubah dengan UU Nomor 12 Tahun 2008 tentang Pemerintah Daerah. Laporan Delri ini secara tidak langsung mengindikasikan bahwa *ratified treaty* secara *ipso facto* berlaku di pengadilan tanpa perlu adanya *implementing legislation*.

Perdebatan hubungan antara hukum internasional dengan hukum nasional di Indonesia menjadi topik hangat dalam setiap diskusi, tidak hanya dari akademisi dan praktisi di bidang hukum internasional tetapi juga bidang hukum yang lain seperti hukum tata negara dan hukum pidana. Perdebatan semakin menarik dan agak rumit ketika sampai pada sifat *self-executingness* dari sebuah perjanjian internasional. Ketika Majelis Hakim di Mahkamah Konstitusi merujuk Pasal 2 ICCPR dalam dua kasus di atas, penulis ingin mempertanyakan apa sebenarnya yang mereka pahami tentang Pasal 2 tersebut. Ini penting karena menurut pemahaman penulis bahwa Pasal 2 ICCPR ini ingin menunjukkan dan menjelaskan bagaimana kedudukan ICCPR ini bagi negara-negara pihak dan apa yang harus dilakukan oleh negara-negara pihak dalam mengimplementasikan pasal-pasal yang diatur di dalam ICCPR tersebut.

Ketidaksinkronan pemahaman dalam laporan ini dapat menimbulkan salah pemahaman para pembaca mengenai pengintegrasian *treaty* ke dalam sistem hukum nasional Indonesia dan keberlakuan *treaty* di pengadilan nasional. Oleh karena itu, makalah ini akan membahas pendapat penulis atas beberapa pernyataan dalam laporan Delri tersebut bahwa '*provisions of the ICCPR are directly applicable in domestic courts of Indonesia*' dan penggunaan Pasal 2 ICCPR sebagai alasan pembenar bahwa pengadilan di Indonesia telah menggunakan ketentuan hukum internasional dalam *ratio decidendi*-nya. Argumentasi utama penulis adalah semua perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia hanya mengikat negara di level internasional dan belum memiliki kekuatan mengikat di pengadilan nasional Indonesia sebelum ditransformasikan ke dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Dalam makalah ini penulis akan menjelaskan beberapa hal penting, antara lain: Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara nomor 33/PUU-IX/2011 mengenai Pengujian UU Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN, makna dari Pasal 2 ICCPR, pemahaman mengenai perjanjian internasional yang bersifat *self-executing* dan *non-self-executing* dan faktor-faktor yang dapat mempengaruhi keberlakuan perjanjian internasional di pengadilan nasional suatu negara.



B. PEMBAHASAN

1. Perkara Nomor 33/PUU-IX/2011 Mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN: Arti Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional

Pengajuan *judicial review* UU Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN merupakan titik kulminasi ketidakjelasan status hukum perjanjian internasional di Indonesia. Pemohon berpendapat bahwa Pasal 1 angka 5 dan Pasal 2 Ayat 2 huruf n Piagam ASEAN bertentangan dengan UUD 1945, oleh karena itu Pemohon mengajukan *judicial review* melalui UU Nomor 38 Tahun 2008 karena Pemohon beranggapan bahwa undang-undang pengesahan tersebut berfungsi untuk membuat perjanjian internasional [baca: Piagam ASEAN] berlaku di Indonesia. Pada tanggal 26 Februari 2013 Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi dalam putusannya menolak untuk seluruh permohonan Pemohon dengan alasan bahwa undang-undang pengesahan bukan merupakan obyek pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.

Pasal 2 Ayat 1 huruf b Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional mengatur ‘...*ratification...mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty.*’ Sebenarnya Pasal 2 ini telah mempertegas adanya perbedaan keberlakuan perjanjian internasional di level internasional dan di level nasional. Kaczorowska melihat ada dua proses yang berjalan yang dipahami sebagai ‘*ratification in international law*’ dan ‘*ratification in municipal law*’. Ratifikasi yang dimaksud dalam Pasal 2 di atas adalah *ratification in internasional law*, artinya suatu prosedur yang harus dilakukan agar perjanjian internasional dapat berlaku (*entry into force*). Selanjutnya, *ratification in municipal law* dimaknai sebagai tindakan persetujuan formal yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang dalam sebuah negara. Hal ini berkaitan dengan konsep pemisahan kekuasaan berdasarkan fungsi dalam hubungannya dengan implementasi perjanjian internasional di mana kekuasaan legislatif hanya sebatas memberikan persetujuan karena kewenangan utama untuk membuat dan meratifikasi perjanjian internasional ada pada kekuasaan eksekutif. Kedudukan hukum internasional dan hukum nasional pada dasarnya adalah koordinasi atau sejajar. Jika menelaah konsep ‘*legal system*’-nya Lawrence M. Friedman, khususnya pada bagian ‘*structure*’ jika dikaitkan dengan keberlakuan perjanjian internasional ke dalam sistem hukum nasional suatu

¹ Alina Kaczorowska, *Public International Law*, Old Bailey Press, London, 2002, hlm. 227-228.

² Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, 1975, hlm. 16.



negara di mana perjanjian internasional tidak secara otomatis menjadi bagian dari hukum nasional suatu negara sebelum adanya persetujuan dari lembaga legislatif.

Dari pengamatan praktik ketatanegaraan di beberapa negara, ada dua model pemisahan kekuasaan yaitu pemisahan kekuasaan secara murni dan pemisahan kekuasaan berdasarkan sistem *check and balances*. Hampir sebagian besar negara tidak melibatkan lembaga legislatif mereka dalam proses pembuatan perjanjian internasional. Sebagai contoh adalah Kanada, dalam sistem ketatanegaraannya ada pemisahan kekuasaan yang sangat jelas antara Pemerintah Federal dengan Parlemen Federal di mana Pemerintah Federal memiliki tugas dan fungsi sebagai *external affairs*, sedangkan Parlemen Federal dalam posisi sebagai *internal affairs* sehingga dalam proses pembuatan dan peratifikasian perjanjian internasional, Pemerintah Federal Kanada tidak melibatkan Parlemen Federal sama sekali. Konsekuensinya adalah Pemerintah Federal tidak dapat menjamin apakah perjanjian internasional yang telah diratifikasi dapat berlaku di level nasional atau tidak. Hal ini bertujuan untuk mencegah Pemerintah Federal Kanada mengesampingkan kekuasaan yang dimiliki oleh Parlemen, baik di level federal maupun provinsi dan membuat perjanjian internasional tanpa memperhatikan situasi dan kondisi nasional negara.

Pasal 11 UUD 1945 yang menyatakan bahwa 'Presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain' sebenarnya mendudukkan DPR sebagai *treaty-making power* yang bertujuan untuk mem-filter setiap perjanjian internasional yang dibuat oleh Pemerintah sebelum menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia. Sebagai bagian dari *treaty-making power*, persetujuan lembaga legislatif adalah mutlak diperlukan tanpa melihat tradisi hukum yang dianut oleh negara-negara. Profesor Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa persetujuan lembaga legislatif atas ratifikasi perjanjian internasional merupakan bentuk dari fungsi kontrol kepada lembaga eksekutif. Di beberapa negara kewenangan lembaga legislatif juga bertujuan untuk melindungi tatanan hukum yang secara turun temurun diakui dan berkembang menjadi bagian dari masyarakat dan membatasi penerapan perjanjian internasional di pengadilan.

³ Melanie Mallet, *A Primer on Treaty Making and Treaty Implementation in Canada*, Original Contribution, 2007, hlm. 2.

⁴ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, RajaGrafindo Perkasa, Jakarta, 2010, hlm. 299-300.

⁵ Lori Fisler Damrosch, "The Role of the US Senate concerning 'Self-Executing and Non-Self-Executing' Treaties", 67 *Chi.-Kent L. Rev.* 515, 1991, hlm. 527-531.



Bentuk persetujuan DPR terhadap perjanjian internasional yang akan diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia telah diatur di dalam Pasal 9 ayat (2) UU Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional yang menyatakan bahwa ‘Pengesahan perjanjian internasional sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden.’ Istilah ‘pengesahan’ yang digunakan di dalam UU Perjanjian Internasional tersebut sebenarnya tidak tepat karena pengesahan diidentikkan dengan ratifikasi sehingga ada asumsi bahwa yang meratifikasi perjanjian internasional adalah DPR. Ketidakpahaman tersebut muncul pada saat persidangan di Mahkamah Konstitusi untuk perkara Nomor 33/PUU-IX/2011 di mana kuasa hukum Pemohon bertanya, “Apa konsekuensinya jika DPR tidak meratifikasi Piagam ASEAN?”

Selanjutnya, anggapan Pemohon bahwa undang-undang pengesahan merupakan dasar hukum berlakunya perjanjian internasional di Indonesia telah dibuktikan sebaliknya oleh Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi dalam putusannya dengan menolak seluruh permohonan dari Pemohon. Namun anggapan tersebut tidak sepenuhnya keliru karena pada awalnya penulis juga menganggap undang-undang pengesahan berfungsi untuk membuat perjanjian internasional berlaku di Indonesia, tetapi praktik yang berlaku di Indonesia ternyata tidak demikian. Sumber ‘kekisruhan’ tersebut berawal dari kata ‘berlaku’ yang selalu ada di dalam setiap undang-undang pengesahan perjanjian internasional. Beberapa pendapat mengatakan bahwa makna kata ‘berlaku’ tersebut adalah memberi kekuatan hukum pada perjanjian internasional sehingga dapat diterapkan di level nasional. Pendapat lain, khususnya dari Dr. Damos Dumoli Agusman, beranggapan bahwa makna kata ‘berlaku’ tersebut adalah undang-undang pengesahan tersebut dimanfaatkan oleh Presiden sebagai dasar atau legal basis untuk meratifikasi perjanjian internasional.

Pernyataan-pernyataan di atas belum sepenuhnya meyakinkan sehingga perlu melihat lebih dalam melalui pendekatan sejarah di mana kronologis masalah ditarik dari awal ketika Indonesia menjadi negara yang merdeka dan berdaulat. Sistem ketatanegaraan di Indonesia kurang lebih identik dengan Perancis dan Belanda di mana sama-sama sebagai negara penganut *codified Roman Law*. Seiring berjalannya waktu, sistem ketatanegaraan Indonesia mengarah pada sistem ketatanegaraan Amerika Serikat dengan model sistem pemisahan kekuasaan berdasarkan *check and balances*.

⁶ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Risalah Persidangan Perkara Nomor 33/PUU-IX/2011, 2011, hlm. 26.

⁷ Diskusi dengan DR. Damos Dumoli Agusman dalam forum diskusi ERGA OMNES di sosial media facebook.



Berdasarkan sistem check and balances ini, kewenangan Presiden Amerika Serikat terhadap perjanjian internasional terbatas pada negosiasi dan tandatangan saja. Presiden baru diijinkan untuk meratifikasi perjanjian internasional setelah mendapat persetujuan dari Senat Amerika Serikat. Pasal VI Konstitusi Amerika Serikat yang mengatur bahwa ‘...all Treaties...shall be the supreme law of the Land’ menggambarkan ke-monisme-an Amerika Serikat sehingga Senat harus sangat hati-hati ketika memberikan persetujuan kepada Presiden untuk meratifikasi perjanjian internasional karena ketentuan-ketentuan dalam perjanjian internasional tersebut akan berlaku di pengadilan nasional Amerika Serikat kecuali ditentukan lain. Berbeda dengan di Indonesia, Konstitusi Indonesia tidak mengatur secara tegas hubungan antara hukum nasional dan hukum internasional dalam kondisi konflik, kecuali hanya mengatur hubungan hukum antara Presiden dengan DPR sebagai treaty-making power yang diatur dalam Pasal 11 UUD 1945.

Dalam hal penerapan perjanjian internasional di pengadilan nasional, muncul pertanyaan apakah hakim terikat oleh perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia dan apakah undang-undang pengesahan merupakan undang-undang yang membuat perjanjian internasional berlaku di level nasional? Pertanyaan pertama terjawab dalam kasus PT. Nizwar di mana MA menetapkan bahwa “dengan keluarnya Keppres Nomor 34 Tahun 1981 tidak membuat Konvensi New York 1958 berlaku sebelum ada peraturan pelaksana. Untuk pertanyaan kedua ini kemudian yang menjadi concern dari Mahkamah Konstitusi ketika memutus perkara Nomor 33/PUU-IX/2011. Dalam pertimbangan hukumnya Majelis Hakim menyatakan bahwa bentuk persetujuan DPR kepada Presiden tidak harus berbentuk undang-undang. Hakim Hamdan Zoelva dan Hakim Maria Farida Indriati dalam pertimbangannya menyatakan bahwa persetujuan DPR adalah persetujuan biasa untuk memenuhi persyaratan dalam Pasal 11 UUD 1945 sehingga tidak perlu menggunakan nomenklatur undang-undang. Selain itu, para hakim tersebut menyatakan bahwa permohonan atas *judicial review* UU Nomor 38 Tahun 2008 tidak dapat diterima oleh Mahkamah Konstitusi karena undang-undang pengesahan tidak dapat dijadikan obyek pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.

Dengan demikian putusan Mahkamah Konstitusi menjadi *legal precedence* di Indonesia bahwa undang-undang pengesahan bukan merupakan hasil proses transformasi perjanjian internasional menurut sistem hukum di Indonesia. Dengan kata lain, perjanjian internasional yang telah disetujui

⁸ Jordan J. Paust (et.al.), *International Law and Litigation in the US*, West Group, USA, 2000, hlm 170-173.

⁹ Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 17-18.



dan diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia belum menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia. Oleh karena itu, kata 'berlaku' yang selalu tercantum di dalam undang-undang pengesahan sebenarnya ditujukan kepada DPR dan Presiden pada saat kedua lembaga tinggi negara ini bersinergi dalam pembuatan rancangan undang-undang di mana mereka harus mengingat dan melihat kembali norma-norma hukum internasional yang telah diratifikasi. Sebagai contoh konvensi-konvensi HAM, seperti ICCPR dan ICESCR, yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia melalui UU Nomor 11 dan 12 Tahun 2005 di mana substansinya diadopsi secara langsung oleh UUD 1945, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* yang disahkan melalui Keppres Nomor 19 Tahun 1997 di mana substansinya dielaborasi di dalam UU Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta, *United Nations Convention on Climate Change* yang disahkan dengan UU Nomor 6 Tahun 1994 baru dapat diimplementasikan setelah diundangkannya UU Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Dalam hal keberlakuan perjanjian internasional di level nasional, penulis sependapat dengan hipotesis dari Koskenniemi bahwa '*International law acts a sort of conscience for state authorities and is used as a sounding board for domestic policy and law. International law is not law per se but as a moment of sober second thought instead. International law will not strictly require the character of law to accomplish it because it needs courts additional reasons why a given case has to be decided one way or another*'. Pengadilan menjadi faktor yang sangat vital untuk menentukan dapat atau tidaknya substansi perjanjian internasional diterapkan dalam sebuah kasus tanpa melupakan tradisi hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan. Jika pada umumnya proses transformasi hanya melibatkan lembaga legislatif saja sesuai dengan kewenangan eksklusif yang dimiliki seperti yang dipraktikkan di Inggris, namun demikian di beberapa negara dualisme tidak secara kaku untuk tidak menerapkan hukum internasional dengan melalui *metode soft transformation* di mana penerapan perjanjian internasional dilakukan oleh pengadilan melalui proses interpretasi hukum. Kasus Suresh di Kanada menggambarkan bagaimana hukum internasional digunakan oleh hakim untuk menginterpretasikan UU Imigrasi Kanada yang tidak sesuai dengan Pasal 7 *Canadian Charter of Rights and Freedoms* dan perjanjian

¹⁰ Wisnu Aryo Dewanto, Perjanjian Internasional Self-Executing dan Non-Self-Executing di Pengadilan Nasional, Disertasi, Program Doktor Sekolah Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2011, hlm. 27.

¹¹ David Haljan, Separating Powers: International Law before National Courts, Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013, hlm. 289.

¹² Andrew D. Mitchell, "Genocide, Human Rights Implementation and the Relationship between International and Domestic Law: Nulyarimma v. Thompson", 24 Melb. U. L. Rev. 15, 2000, hlm. 26.

¹³ Lihat: Suresh v. Canada, 2002, SCC 1, File No. 27790.



internasional yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Kanada, seperti ICCPR dan Konvensi Anti Penyiksaan, meskipun sebenarnya kedua Konvensi ini belum memiliki kekuatan hukum di pengadilan karena Parlemen Federal belum membuat implementing legislation untuk keduanya. Tetapi sebagai konsekuensi peratifikasian kedua Konvensi tersebut oleh Pemerintah Federal dapat digunakan oleh pengadilan sebagai bahan pertimbangan dan alat bantu untuk menginterpretasikan peraturan hukum nasional yang dianggap tidak sesuai dengan kewajiban internasional yang diimban oleh Pemerintah Kanada.

2. Apa Makna Sebenarnya dari Pasal 2 ICCPR?

Dalam laporan Delri, khususnya angka 2 dan 3, mengindikasikan bahwa dengan Mahkamah Konstitusi merujuk pada Pasal 2 ICCPR menunjukkan sebuah bukti bahwa ketentuan hukum internasional telah diterapkan langsung oleh pengadilan. Kita perlu menelaah lebih dalam apa sebenarnya makna yang terkandung di dalam Pasal 2 ICCPR ini. Penulis melihat esensi dari Pasal 2 ICCPR tercermin pada ayat 2-nya yang menyatakan bahwa ‘...each Party to the present Convention undertakes to take necessary steps in accordance with its constitutional process and with the provisions of the present Covenant, to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.’ Menurut Vazquez, Pasal 2 ICCPR ingin menjelaskan maksud dan tujuan terbentuknya ICCPR dengan menyatakan bahwa pasal-pasal yang ada di dalam ICCPR tersebut tidak dapat diimplementasikan secara langsung di pengadilan nasional negara-negara pihak (*non-self-executing*). Oleh karena itu ICCPR meminta kepada negara-negara pihak untuk membuat aturan-aturan hukum yang dapat memberikan kekuatan hukum pada ICCPR.

Sifat *self-executingness* dari perjanjian internasional sebenarnya hanya dikenal di Amerika Serikat, sedangkan di beberapa negara Eropa seperti Perancis, Belanda dan Jerman, mereka menyebutnya dengan *direct incorporation*. Perbedaan antara *self-executing treaty* dengan *non-self-executing treaty* ini bermula dari keberadaan Pasal VI Konstitusi Amerika Serikat karena hakim-hakim di Amerika Serikat kebingungan apakah semua perjanjian internasional yang diratifikasi oleh Pemerintah Amerika Serikat dapat diterapkan secara langsung di pengadilan nasional. Penjelasan mengenai apa yang

¹⁴ Hugh M. Kindred, *The Challenge of Internalizing International Conventional Law: The Experience of Australia, England and Canada with Ratified Treaties*, dalam Christopher P.M. Waters (Ed.), *British and Canadian Perspectives on International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, hlm. 402-403.

¹⁵ Carlos Manuel Vazquez, “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties”, *AJIL*, Volume 89 Issue 4, 1995, hlm. 695.

¹⁶ Jordan J. Paust (et.al.), *Loc.cit.*



dimaksud dengan *self-executing* dan *non-self-executing* dapat dilihat pada kasus Foster di mana Hakim Marshall menyebutkan bahwa ‘*Treaties can be directly applied when they do not need a legislative action*’. Selanjutnya, dalam kasus **Whitney v. Robertson**, pengadilan menyatakan bahwa ‘*When the treaty stipulations are not self-executing, they can only be enforced pursuant to legislation to carry them into effect...*’

Melihat praktik yang berlangsung di Amerika Serikat, Vazquez menjelaskan bahwa ada beberapa kategori yang digunakan oleh hakim-hakim Di Amerika Serikat untuk menentukan sifat *self-executingness* dari perjanjian internasional, antara lain: (i) *intent-based doctrine*, (ii) *justiciability doctrine*, (iii) *constitutionality doctrine*, dan (iv) *private right of action doctrine*. Menurut Cinotti, biasanya pengadilan akan menggunakan tiga doktrin pertama sebagai pedoman karena dari *intent-based doctrine* pengadilan dapat melihat maksud dan tujuan dibuatnya *treaty*, selanjutnya dengan *justiciability doctrine* pengadilan dapat menelaah apakah substansi *treaty* mengatur hak dan kewajiban individu atau tidak, dan kemudian *constitutionality doctrine* di mana pengadilan akan melakukan tes apakah *treaty* yang dibuat masuk pada kewenangan *treaty-maker* atau *law-maker*. Dari pernyataan tersebut, ditarik sebuah kesimpulan bahwa sifat *self-executingness* dari *treaty* dapat ditentukan dari *treaty* itu sendiri (*the treaty itself is not justiciable*) atau substansi dari *treaty* yang bersangkutan (*the treaty provisions are not justiciable*).

Kembali pada Pasal 2 ICCPR yang menyatakan bahwa *ICCPR itself is not justiciable* atau *non-self-executing*. Namun demikian, penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* merupakan pertanyaan di level nasional yang harus dijawab oleh pengadilan sehingga masing-masing negara dapat menetapkan berbeda. Sebagai contoh adalah keberlakuan ICCPR di Jepang di mana Pengadilan Tinggi Osaka menetapkan bahwa ICCPR adalah *self-executing treaty* di Jepang sehingga siapapun dapat menggunakan pasal-pasal dalam ICCPR secara langsung tanpa memerlukan *implementing legislation*.

¹⁷ Malvina Halberstam, “International Human Rights and Domestic Law Focusing on U.S. Law, with Some Reference to Israeli Law”, 8 *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 225, 2000, hlm. 234.

¹⁸ David Sloss, “The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties”, 24 *Yale J. Int’l. L.* 129, 1999, hlm. 146.

¹⁹ Carlos Manuel Vazquez, *Loc.cit.*

²⁰ David N. Cinotti, “The New Isolationism: Non-Self-Executing Declarations and Treaties as the Supreme Law of the Land”, 91 *Geo. L. J.* 1277, 2004, hlm. 1279-1280.

²¹ *Ibid.*

²² Kenneth L. Port, “The Japanese International Law ‘Revolution’: International Human Rights Law and Its Impact on Japan”, 28 *Stan. J. Int’l. L.* 139, 1991, hlm. 153.



Di Perancis penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* dengan melihat satu per satu pasal dalam sebuah *treaty*. Pengadilan akan melakukan tes terhadap pasal-pasal perjanjian internasional yang diajukan di persidangan. *Treaty* memiliki kedudukan hukum yang tinggi dalam hirarki sistem peraturan perundang-undangan di Perancis, meskipun kedudukannya tetap lebih rendah daripada Konstitusi Perancis. Sifat *self-executingness* dari *treaty* ditentukan oleh dua lembaga yudikatif, yaitu *Cour de Cassation* dan *Council d'Etat*. Seringkali dua lembaga ini memiliki pandangan yang berbeda dalam menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* di mana *Cour de Cassation* lebih melihat keseluruhan substansi dari *treaty* seperti yang ada di Pasal 2 ICCPR, sebaliknya *Council d'Etat* melihat pasal per pasal dalam *treaty* secara terpisah. Meskipun demikian, putusan yang dibuat oleh *Council d'Etat* dalam kesehariannya lebih diikuti dan dijadikan pedoman (*legal precedence*) daripada putusan *Cour de Cassation*, sebagaimana yang tercermin dalam Konvensi Hak Anak. *Cour de Cassation* menyimpulkan bahwa Konvensi ini merupakan konvensi yang *non-self-executing* karena Pasal 4 Ayat 1 Konvensi ini secara tegas menyatakan '*States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention...*' Selain itu, alasan dari *Cour de Cassation* adalah Konvensi tersebut hanya membebankan kewajiban kepada negara-negara pihak saja bukan mengatur hak dan kewajiban individu sehingga tidak mungkin diterapkan secara langsung di pengadilan. Sebaliknya, *Council d'Etat* berpendapat bahwa untuk menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* harus melihat pasal demi pasal dan diuji secara terpisah. *Council d'Etat* berpendapat bahwa Pasal 16 Konvensi Hak Anak adalah pasal yang *self-executing* sehingga dapat diterapkan langsung di pengadilan. Berbeda dengan Pasal 9 Konvensi yang sama tentang pemisahan anak dari orangtua, *Council d'Etat* berpendapat bahwa pasal ini bersifat *non-self-executing*.

3. Self-Executing dan Non-Self-Executing Treaties

Istilah *self-executing* dan *non-self-executing treaties* pada awalnya dikenalkan oleh hakim-hakim di Amerika Serikat dalam rangka menafsirkan Pasal VI Konstitusi Amerika Serikat. Perjanjian interna-

²³ Nicole Atwill, "How to Conduct Research in French Law", 28 Int'l. J. Legal Info. 104, 2000, hlm. 105-106.

²⁴ Roger Errera, "Convention on the Rights of Child-Distinction between Self-Executing and Non-Self-Executing Articles", Case Comment, P. L. 1997, Win, 723-725, 1997, hlm. 724.

²⁵ Ibid., hlm. 723-724.



sional yang secara *ipso facto* dapat diterapkan langsung di pengadilan nasional suatu negara tanpa memerlukan *implementing legislation*. Sebaliknya, perjanjian internasional *non-self-executing* diartikan sebagai perjanjian internasional yang tidak dapat diterapkan secara langsung di pengadilan nasional tanpa adanya *implementing legislation*.

Hal yang menarik dari definisi tersebut di atas adalah munculnya pemahaman yang berbeda mengenai *self-executing* dan *non-self-executing treaties* di Indonesia, di mana yang pertama diartikan sebagai perjanjian internasional yang berlakunya tidak memerlukan ratifikasi tetapi cukup dengan proses tandatangan, dan untuk yang kedua dimaknai sebagai perjanjian internasional yang berlakunya memerlukan ratifikasi terlebih dahulu.

Secara teoritis *self-executing* dan *non-self-executing treaties* hanya dikenal dan diakui oleh negara-negara monisme karena dalam sistem hukum di negara-negara ini mengizinkan bahwa *ratified treaty* dapat diterapkan secara langsung tanpa melalui proses *legislative action*. Pada umumnya penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* dilakukan melalui proses hukum yaitu melibatkan lembaga peradilan, namun tidak menutup kemungkinan penentuan tersebut menggunakan proses politik sebagaimana yang dipraktikkan di Amerika Serikat. Jika pengadilan memutuskan bahwa sebuah *treaty* adalah *non-self-executing* berarti pengadilan mengindikasikan bahwa pasal-pasal dalam *treaty* tersebut tidak dapat digunakan secara langsung di pengadilan. Jika telah ditetapkan demikian maka bisa saja pengadilan melarang penggunaan pasal-pasal dari *treaty* secara langsung atau membatasi penggunaan pasal-pasal tersebut. Dalam hal membatasi penggunaan pasal-pasal dari *treaty*, pengadilan masih dimungkinkan untuk menggunakan substansi *treaty* tetapi secara tidak langsung dengan melalui metode interpretasi peraturan hukum federal. Perlu diketahui bahwa *non-self-executing treaty* tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sebelum Kongres membuat *implementing legislation* yang memberikan kekuatan hukum pada *treaty* tersebut.

²⁶ Thomas Buergenthal, *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law*, Extract from the *Recueil der Cours*, Volume 235, Martinus Nijhoff Publisher, the Netherlands, 1992, hlm. 368.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Hasil diskusi dari beberapa pakar hukum internasional di Indonesia, khususnya dari Universitas Padjadjaran, Universitas Indonesia dan Universitas Gadjah Mada.

²⁹ Rebecca Wallace, *International Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 1992, hlm. 144-145.

³⁰ Curtis A. Bradley, "International Delegation, the Structural Constitution and Non-Self-Execution", 55 *Stan. L. Rev.*, 2003, hlm. 1587.



a. Negara-Negara yang Sistem Hukumnya Mengakui Self-Executing dan Non-Self-Executing Treaties

Secara prinsip adalah tugas dari lembaga yudikatif untuk menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* di Amerika Serikat sebagaimana yang telah diputus dalam kasus Foster (1829). Dalam kasus tersebut Foster menolak klaim yang diajukan oleh Neilson atas kepemilikan tanah di Florida Barat. Neilson menganggap bahwa tanah tersebut adalah miliknya yang merupakan pemberian dari Pemerintah Spanyol. Di dalam *treaty* antara Pemerintah Amerika Serikat dan Pemerintah Spanyol tersebut ditemukan kalimat bahwa *'The Spanish grant shall be ratified and confirmed to the parties in possession thereof'*. Kalimat *'shall be ratified and confirmed'* tersebut dimaknai sebagai perjanjian yang harus diratifikasi dan disetujui oleh Kongres terlebih dahulu sebelum diterapkan di pengadilan Amerika Serikat. Dengan demikian, pengadilan menolak untuk mengakui bahwa pemberian tanah dari Pemerintah Spanyol itu sah menurut hukum yang berlaku di Amerika Serikat. Hal sebaliknya terjadi dalam kasus Pecherman (1833) di mana dengan menggunakan dasar hukum yang sama dalam kasus Foster, pengadilan menyatakan bahwa *treaty* antara Pemerintah Amerika Serikat dan Pemerintah Spanyol adalah *self-executing*.

Dalam kasus **Sei Fujii v. California**, setelah kalah dalam persidangan sebelumnya, Fujii mengajukan kasasi dengan menggunakan Pasal 1, 55 dan 56 Piagam PBB yang secara umum menjelaskan bahwa *'The UN Charter pledges the member of nations to promote the observance of human rights and fundamental freedoms without distinction as to race.'* Akhirnya *Supreme Court California* mengabulkan tuntutan Fujii dan menganulir putusan *judex factie* dengan pertimbangan bahwa *'The Californian legislation conflicted with the UN Charter (Article 55 (c) and 56), as supplemented by the UDHR (Article 2 and 17).'* Selanjutnya, pengadilan menambahkan bahwa *'Clearly such a discrimination against people of one race is contrary to both the letter and the spirit of the Charter, which, as a treaty, is paramount to every law of every state in conflict with it.'* Sebenarnya secara substansial isi Piagam PBB hanya merupakan prinsip-prinsip umum yang tidak mengikat, sehingga perlu tindakan lebih lanjut dari negara untuk pengimplementasiannya, namun *Supreme Court California* tampaknya berpendapat lain. Setelah menelaah Pasal 104 dan 105 Ayat 1 dalam Piagam PBB tersebut, yang mana Pasal 104 menyatakan bahwa *'The Organisation shall enjoy in the territory of each of its Members Members such privileges and*

³¹ Timothy D. Rudy, "Did We Treaty Away Ker-Frisbie?" 26 St. Mary's L. J. 791, 1995, hlm. 823.



immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.' Pengadilan menginterpretasikan kedua pasal tersebut sebagai keinginan dari pembuat Piagam PBB agar pasal-pasal dalam Piagam PBB berlaku secara efektif di pengadilan tanpa perlu pengaturan lebih lanjut.

Seiring berjalannya waktu, penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* di Amerika Serikat bergeser dari proses hukum ke proses politik. Senat Amerika Serikat memiliki kekuasaan yang besar untuk menentukan apakah *treaty* yang telah diratifikasi dapat diterapkan secara langsung atau tidak di pengadilan domestik. Ini merupakan konsekuensi nyata dari prinsip pemisahan kekuasaan dan sistem *check and balances* antara lembaga eksekutif dan lembaga legislatif yang diterapkan dalam sistem ketanegaraan Amerika Serikat. Presiden Amerika memang memiliki kekuasaan yang besar dalam hal *external affairs* tetapi pada saat akan meratifikasi suatu *treaty* Presiden harus mendapatkan persetujuan dari Senat. Dalam hal persetujuan ini Senat memiliki kekuasaan yang besar untuk membatasi keberlakuan *treaty* tersebut melalui *reservations*, *understandings* dan *declarations* atau yang dikenal dengan RUDs. Seringkali Senat membuat deklarasi yang menetapkan bahwa suatu perjanjian adalah *non-self-executing* agar pengadilan tidak dapat menerapkan secara langsung pasal-pasal dari *treaty* tersebut di persidangan. Keterlibatan Senat Amerika Serikat dalam menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* terlihat pada beberapa konvensi HAM yang diratifikasi oleh Pemerintah Amerika Serikat. Pada saat Presiden akan meratifikasi ICCPR, Senat mengajukan reservasi untuk Pasal 6 Ayat 5 dengan tujuan agar Pemerintah Amerika Serikat tetap berwenang untuk mengeksekusi mati pelaku kejahatan yang berusia di bawah 18 tahun. Lebih lanjut, Senat melampirkan deklarasi yang menyatakan bahwa *'...to clarify that the Covenant will not create a private cause of action in US courts'* yang artinya bahwa ICCPR tidak dapat digunakan secara langsung oleh individu di pengadilan domestik. Demikian pula dengan Konvensi Anti Penyiksaan, Senat menyetujui keinginan Presiden untuk meratifikasi tetapi dengan beberapa pertimbangan, antara lain adalah *'United States declares that the provisions of Article 1 through 16 of the Convention are not self-executing.'* Selanjutnya, Konvensi Genosida juga dideklarasikan sebagai *non-self-executing treaty* dengan menyatakan *'The President will not deposit the instrument of ratification until after the implementing legislation referred to Article V has been enacted.'*

³² Rebecca Wallace, Op.cit., hlm. 50.

³³ Jordan J. Paust (et.al.), International Law and Litigation in the US, West Group, USA, 2000, hlm. 219-220.

³⁴ David Sloss, Op.cit., hlm. 153.

³⁵ Chrissy Fox, "Implication of the US' Reservations and NSE Declaration to the ICCPR for Capital Offenders and Foreign Relations", Comments, 11 Tul. J. Int'l. & Comp. L. 303, 2003, hlm. 304-308.

³⁶ Ibid., hlm. 319.



Perancis dan Belanda juga merupakan contoh negara-negara yang memberikan kedudukan tinggi pada *treaty*, sebagaimana tercermin dalam Pasal 55 Konstitusi Perancis 1958 dan Pasal 94 *Grundwet*. Kedua negara ini memiliki praktik yang sama dalam pengintegrasian dan pengimplementasian *treaty* dalam sistem hukum nasional mereka di mana tahap publikasi menjadi tahap yang penting karena setiap *treaty* yang dipublikasikan dapat digunakan sebagai dasar hukum di pengadilan domestik kedua negara tersebut. Penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* diserahkan kepada pengadilan, dan pengadilan harus sangat hati-hati dalam menentukan sifat *treaty* tersebut karena putusannya dapat memberikan pengaruh yang sangat besar bagi peraturan-peraturan hukum yang telah dibuat dan kehidupan masyarakat. Di Belanda ada kalanya *treaty* yang telah diratifikasi dan disetujui oleh Parlemen Belanda tidak dipublikasikan sehingga statusnya menjadi *non-self-executing*, dengan kata lain, tidak dapat digunakan secara langsung di pengadilan, kecuali Parlemen membuat *implementing legislation* yang memberikan kekuatan hukum pada *treaty* tersebut. Pengadilan Belanda dalam menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* biasanya dengan melihat substansi dan maksud serta tujuan dari dibuatnya *treaty*. Untuk *treaty* HAM pengadilan agak enggan untuk memberikan status *self-executing* dengan alasan bahwa pasal-pasal dalam *treaty* HAM tersebut lebih ditujukan kepada negara pihak daripada individu.

b. Negara-Negara yang Sistem Hukumnya hanya Mengakui Non-Self-Executing Treaties

Dalam hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional, ada negara-negara yang memberikan keutamaan pada hukum nasional. Hukum internasional hanya digunakan sebagai salah satu sumber hukum, bukan merupakan bagian dari hukum nasional negara. Negara dengan praktik seperti dikenal dengan negara dualisme. Di negara dualisme ini ada perbedaan fungsi yang tegas dari lembaga eksekutif dan lembaga legislatif sehingga ada sebuah proses transformasi dari hukum internasional menjadi hukum nasional. Transformasi tersebut adalah adanya perubahan nomenklatur dari

³⁷ “Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, in regard to each agreement or treaty, to its application by the other party.”

³⁸ “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or resolutions by international institutions.”

³⁹ E.A. Alkaema, *Constitutional Law*, dalam Jeroen Chorus (et.al.), *Introduction to Dutch Law* (Ed.), Fourth Revised Edition, Kluwer Law International, 2006, hlm. 26.

⁴⁰ Gerrit Betlem & Andre Nollkaemper, “Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation”, 14 *Eur. J. Int’l. L.* 569, 2003, hlm. 578.



bentuk *treaty* menjadi undang-undang, yang mana undang-undang ini yang akan diberlakukan di pengadilan, bukan *treaty*-nya. Oleh karena itu, semua *ratified treaty* berstatus *non-self-executing*.

Sebagaimana yang dipraktikkan di Jerman, pada awalnya Jerman menganut *codified Roman Law* seperti yang dianut di Perancis dan Belanda, akan tetapi pada masa Hitler, Jerman mengalami masa *positivisme* yang suram karena slogan Hitler yang sangat terkenal pada saat itu, yaitu '*an order is an order no matter what*'. Dengan demikian, apa yang diperintahkan harus dilaksanakan tanpa boleh mempertanyakan apakah tindakan tersebut pantas atau tidak. Situasi ini dianggap tidak sesuai dengan nilai-nilai keadilan dan/atau kepantasan yang berlaku dalam kehidupan masyarakat sehingga Jerman tidak lagi menganut *codified Roman Law*, sebaliknya menjadi negara penganut *uncodified Roman Law*. Hal ini terlihat dalam Pasal 25 Grundgesetz 1949 bahwa '*The general rules of public international law constitute an integral part of federal law. They take precedence over statutes and directly create rights and duties for inhabitants of the federal territory*'. Perlakuan berbeda ditujukan pada *treaty* di mana setiap *ratified treaty* harus ditransformasikan ke dalam peraturan hukum federal seperti yang diatur di dalam Pasal 59 Ayat 2 Grundgesetz 1949 bahwa '*Treaties that regulate the political relations of the Federation or relate to subjects of federal legislation shall require the consent or participation, in the form of federal law, of the bodies responsible in such a case for the enactment of federal law. In the case of executive agreements the provisions concerning the federal administration shall apply mutatis mutandis*'.

Lebih lanjut, *ratified treaty* di Inggris tidak dapat diterapkan secara langsung di pengadilan karena kewenangan untuk membuat aturan hukum bukan pada lembaga eksekutif, melainkan pada lembaga legislatif, sehingga *treaty* yang dibuat dan diratifikasi oleh Pemerintah Inggris tidak dapat diterapkan secara langsung sebelum Parlemen Inggris menyetujui dan membuat implementing legislation yang mengatur isi dari *ratified treaty* tersebut. Lebih lanjut, kewenangan pengadilan terbatas pada interpretasi yang dibuat oleh Parlemen pada saat pembuatan undang-undang sehingga pengadilan tidak diijinkan untuk melakukan judicial review terhadap undang-undang yang dibuat Parlemen karena Parlemen memiliki kekuasaan mutlak untuk membuat peraturan yang diinginkan dan tidak ada satu lembaga pun yang dapat menyatakan bahwa peraturan yang dibuat adalah inkonstitusional kecuali Parlemen Inggris sendiri. Jika pada umumnya, pengadilan memiliki kekuasaan yang luas untuk

⁴¹ Andrew D. Mitchell, Op.cit., hlm. 94.

⁴² Aalt Willem & Philipp Kiiver, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, Intersentia, Antwerpen, 2007, hlm. 108.



menginterpretasikan peraturan hukum yang mungkin *absurd* atau *unclear*, tidak demikian dengan pengadilan di Inggris, mereka tidak boleh membuat ‘*second-guess legislation*’ karena dibatasi oleh kekuasaan Parlemen sebagai pembuat undang-undang.

Di Australia, hakim-hakim *High Court* memiliki kewenangan yang lebih besar dalam menginterpretasikan *treaty* dibandingkan hakim-hakim di Inggris tetapi *ratified treaty* tidak merupakan bagian dari hukum nasional Australia melainkan sebagai alat bantu bagi hakim dalam menginterpretasikan peraturan hukum nasional. Dalam kasus *Chow Hung Ching* Hakim Dixon berpendapat bahwa ‘*International law is not a part but is one of the source of our law.*’ Dengan demikian, substansi *treaty* harus diuji terlebih dahulu untuk mengetahui apakah norma-norma tersebut dapat diterima menjadi bagian dari hukum nasional. Hakim Starke dalam kasus *Chung Chi Cheung* menyatakan bahwa untuk menjadi sah sebagai bagian dari hukum nasional Australia, hukum internasional harus diterima dan diadopsi oleh hukum nasional. Pendapat bahwa hukum internasional hanya dipandang sebagai salah satu sumber hukum, bukan sebagai bagian dari hukum nasional Australia diulang oleh Hakim Kirby dalam kasus *Jago* dan *Cachia* bahwa ‘*It would be an ‘error’ to incorporate international human rights law, as such, into Australian domestic law, it was appropriate to use statements of international law as a ‘source’ of filling a lacuna in the common law of Australia or for guiding the courts as to the practice of Australian courts as to proper construction of the legislative provisions in question.*’

4. Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Keberlakuan Perjanjian Internasional di Pengadilan Nasional

a. Perbedaan dalam Memandang Primacy Hukum

Dapat atau tidaknya *ratified treaty* diterapkan secara langsung dalam sistem peradilan nasional merupakan pertanyaan yang harus dijawab oleh negara karena negara memiliki kekuasaan untuk menentukan kapan *ratified treaty* dapat menjadi bagian dari hukum nasionalnya. Kondisi ini sangat

⁴³ Ina Nazarova, “Alienating ‘Human’ from ‘Right’: US and UK Non-Compliance with Asylum Obligations under International Human Rights Law”, 25 *Fordham Int’l. L. J.* 1335, 2002, hlm. 1360.

⁴⁴ Lihat: *Chow Hung Ching v. R.*, (1948) 77 CLR 449.

⁴⁵ Rosaline Balkin, *International Law and Domestic Law*, in Sam Blay (et.al.), *Public International Law: An Australian Perspective* (Ed.), 2nd Edition, Oxford University Press, Victoria, 2005, hlm. 117-118.

⁴⁶ Lihat: *Chung Chi Cheung v. R.*, (1938) AC 160.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 118.

⁴⁸ Lihat: *Jago v. NSW*, (1989) 168 CLR 23.

⁴⁹ Lihat: *Cachia v. Hanes*, (1991) 23 NSWLR 304.

⁵⁰ Rosaline Balkin, *Op.cit.*, hlm. 119.



dipengaruhi oleh tradisi dan pandangan negara dalam melihat *primacy* hukum, apakah hukum internasional atau hukum nasional. Beberapa negara memberikan *primacy* pada hukum internasional melalui konstitusi mereka, seperti Pasal 6 Konstitusi Amerika Serikat, Pasal 55 Konstitusi Perancis 1958, Pasal 94 *Grundwet*, Pasal 15 Ayat 4 Konstitusi Rusia 1993 dan lainnya. Meskipun *ratified treaty* memiliki kedudukan yang tinggi tidak berarti semua *ratified treaty* dapat diterapkan langsung di pengadilan karena masih ada proses uji materiil oleh pengadilan apakah substansi *ratified treaty* tersebut dapat diberlakukan secara langsung atau tidak, kecuali ditentukan lain. Bagi negara-negara yang memberikan *primacy* pada hukum nasional, maka semua hukum internasional bersifat *non-self-executing* karena keberlakuannya harus melalui proses transformasi ke dalam peraturan perundang-undangan nasional. Kasus **P.P. v. Wah Ah Jee** yang terjadi di Malaysia menggambarkan keutamaan hukum nasional daripada hukum internasional dengan menyatakan bahwa *‘The Courts here must take the law as they find it expressed in the Enactment. It is not the duty of a judge or magistrate to consider whether the law so set forth is contrary to international or not’*.

b. Sistem Pemisahan Kekuasaan antara Lembaga Legislatif dan Lembaga Eksekutif

Pemisahan kekuasaan antara legislatif dan eksekutif dapat mempengaruhi keberlakuan perjanjian internasional di pengadilan nasional jika legislatif memandang bahwa *ratified treaty* harus dideklarasikan sebagai *non-self-executing*. Kondisi ini terjadi di Amerika Serikat di mana Senat beberapa kali mengajukan RUDs atas *treaty* yang akan diratifikasi oleh Presiden. Lebih lanjut, Inggris menerapkan *model hard transformation* dan sistem pemisahan kekuasaan yang sangat tegas sehingga produk-produk yang dibuat oleh eksekutif berupa perjanjian internasional tidak dapat menjadi hukum di pengadilan Inggris karena hakim hanya terikat oleh peraturan hukum yang dibuat oleh Parlemen Inggris sebagai satu-satunya lembaga yang memiliki kewenangan untuk membuat peraturan hukum di Inggris. Di Malaysia perjanjian internasional yang dibuat oleh Eksekutif tidak otomatis menjadi bagian dari hukum Malaysia sebelum Parlemen menyetujui dan membuat peraturan hukum yang memberikan kekuatan pada *ratified treaty* tersebut. Di Indonesia sistem pemisahan kekuasaan tercermin dalam Pasal 11 UUD 1945 dalam kaitannya dengan *treaty-making power* di mana DPR

⁵¹ Lihat: P.P. v. Wah Ah Jee, FMS Supreme Court (1919) FMSLR 193.

⁵² Abdul Ghafur Hamid & Khin Maung Sein, “Judicial Application of International Law in Malaysia: A Critical Analysis”, the 2nd Asian Law Institute (ASLI) Conference, Chulalongkorn University, Bangkok, Thailand, tanggal 26-27 Mei 2005, hlm. 8.

⁵³ Ibid., hlm. 1-2.



secara formal memberikan persetujuan kepada Presiden ketika Presiden ingin meratifikasi treaty. Dalam hal legislative power, Pasal 20 UUD 1945 memberikan kewenangan eksklusif kepada DPR untuk membentuk undang-undang. Keberlakuan treaty di Indonesia sangat bergantung pada undang-undang yang dibentuk oleh DPR apakah telah mencerminkan kaidah-kaidah ratified reaty atau tidak karena hakim sangat jarang menginterpretasikan peraturan hukum nasional dengan menggunakan ratified treaty sebagai alat bantu.

c. Keberanian Hakim dalam Melakukan Terobosan Hukum

Arthur Goodhart pernah berdiskusi mengenai perbedaan hakim di sistem common law dan civil law di mana perbedaan utama adalah pada the binding force of precedence. Doktrin stare decisis yang dianut oleh sistem common law menjelaskan ‘Every court is bound by the decisions of courts superior to it in hierarchy.’ Sebaliknya, hakim-hakim dalam sistem civil law lebih bebas memutuskan karena tidak terikat oleh putusan-putusan hakim sebelumnya.

Secara teoritis, sistem civil law adalah sistem yang tertutup karena setiap pertanyaan hukum harus dijawab melalui proses interpretasi terhadap peraturan hukum yang ada karena sumber hukumnya adalah hukum tertulis seperti konstitusi dan peraturan perundang-undangan. Lain halnya dengan sistem common law di mana hakim lebih bebas menciptakan hukum baru jika ia tidak menemukannya dalam putusan-putusan pengadilan sebelumnya. Lebih lanjut, hakim-hakim di sistem common law lebih independen daripada hakim-hakim di sistem civil law karena mereka bukan bagian dari birokrasi. Keterbatasan hakim-hakim di sistem civil law untuk membuat hukum bisa jadi karena adanya pemisahan kekuasaan di mana kewenangan eksklusif untuk membuat undang-undang ada pada legislatif, sedangkan kewenangan yudikatif hanya menginterpretasikan dan mengaplikasikan saja.

⁵⁴ Louis F. Del Luca, “Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence”, 42 *Tex. Int’l. L. J.* 625, 2007, hlm. 642.

⁵⁵ Jeffrey L. Friesen, “When Common Law Interpret Civil Codes”, 15 *Wis. Int’l. L. J.* 1, 1996, hlm. 11.

⁵⁶ Charles H. Koch Jr., “Envisioning a Global Legal Culture”, 25 *Mich. J. Int’l. L.* 1, 2004, hlm. 31.

⁵⁷ Jeffrey L. Friesen, *Op.cit.*, hlm. 12.

⁵⁸ Kirsten Marie Hansen, “Note, the US Legal System Common Values, Uncommon Procedures”, 69 *Brook. L. Rev.* 689, 2004, hlm. 704.

⁵⁹ William Tetley, “Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)”, 60 *La. L. Rev.* 677, 1999, hlm. 701.



Kantorowicz berpendapat bahwa *‘The law is not what the courts administer but the courts are institutions which administer the law’*. Hal yang sama disampaikan oleh Olivier Moreteau bahwa *‘The judge contributes to the law but does not create it’*. Filosofi pemikiran ini sebenarnya berawal dari pengalaman pahit di Perancis di mana ketika pengadilan memiliki kewenangan yang luas dan tidak terbatas mereka menjadi dominan dan korup sehingga mereka dimanfaatkan oleh kaum elit untuk menekan pihak lain yang bertentangan.

Perbedaan pandangan antara sistem *common law* dan *civil law* secara akademik seringkali diperdebatkan untuk membandingkan konsistensi hakim dalam *res judicata*-nya. Namun demikian, perdebatan ini sebenarnya sudah tidak relevan karena dalam penerapannya negara tidak lagi mempertanyakan kedua sistem tersebut tetapi lebih pada tradisi dan budaya hukum yang berkembang di masyarakat negara tersebut. Sebagai contoh adalah praktik di negara-negara Amerika Latin di mana mereka menyatakan bahwa putusan pengadilan tidak memiliki akibat hukum apapun pada kasus-kasus yang diputus berikutnya, namun jika pengadilan tertinggi telah memberikan interpretasi yang sama pada suatu pasal secara berulang-ulang maka interpretasi hukum menjadi *legal precedence* yang mengikat. Di negara *civil law* seperti Swiss, hakim dapat berfungsi sebagai *law-maker* jika tidak ada aturan hukum yang dapat diterapkan dalam sebuah kasus sebagaimana yang dijelaskan sebagai berikut *‘The Code governs all questions of law which come within the letter of the spirit of any of its provisions – if the Code does not furnish an applicable provision the judge shall decide accordance with customary law and failing that, according to the rule which he would establish as a legislator’*.

Tampaknya dapat atau tidaknya *ratified treaty* diterapkan secara langsung atau tidak langsung sangat bergantung pada interpretasi hakim dalam memandang substansi *treaty* tersebut, kecuali ada hal-hal lain yang menghalangi hakim untuk menerapkannya. Selanjutnya jika ditelaah lebih dalam ternyata keberanian hakim dalam melakukan sebuah terobosan hukum sama sekali tidak dipengaruhi oleh faham atau sistem yang selama ini diperdebatkan melainkan lebih dipengaruhi oleh visi hukum dan independensi yang dimiliki oleh tiap-tiap hakim.

⁶⁰ Vivian Grosswald Curran, “Romantic common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union”, 7 Colum. J. Eur. L. 63, 2001, hlm. 97.

⁶¹ Ibid., hlm. 100.

⁶² Charles H. Koch Jr., Op.cit., hlm. 25.

⁶³ Henry W. Ehrmann, Comparative Legal Culture, Prentice-Hall, New York, 1976, hlm. 111.



C. PENUTUP

1. Simpulan

Laporan Delri kepada Komite HAM PBB terkait dengan implementasi ICCPR di Indonesia bahwa substansi ICCPR, khususnya pada bagian hak-hak setiap orang yang sedang menghadapi proses hukum, adalah tidak salah karena telah diberi kekuatan hukum oleh Pasal 7 UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM yang menyatakan *'All international human rights law instruments which have been ratified by Indonesia will become part of the national law'*, namun demikian penggunaan Pasal 2 ICCPR sebagai contoh adalah salah. Penggunaan Pasal 2 ICCPR sebagai bahan rujukan oleh Mahkamah Konstitusi tidak menyimpulkan bahwa substansi ICCPR telah diterapkan secara langsung di pengadilan sebagaimana yang dimaksud oleh Delri karena Pasal 2 ICCPR mengidentifikasi ICCPR itu sendiri sebagai *treaty* yang tidak dapat diterapkan langsung di pengadilan, oleh karena itu Pasal 2 ICCPR meminta kepada negara-negara anggota untuk membuat *implementing legislation* agar hak-hak yang ada di dalam ICCPR dapat diberlakukan di pengadilan.

Perjanjian internasional yang diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia hanya berlaku bagi Indonesia, bukan di Indonesia. Berdasarkan Putusan MK untuk Perkara Nomor 33/PUU-IX/2011 telah memutuskan bahwa UU pengesahan perjanjian internasional bukan merupakan UU transformasi dari perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia, melainkan bentuk persetujuan formal dari DPR kepada Presiden sebagai *treaty-making power* yang merupakan pengejawantahan dari Pasal 11 UUD 1945. Dengan demikian, tindakan ratifikasi yang dilakukan oleh Presiden tidak lebih untuk membuat *treaty* tersebut berlaku (*entry into force*) di level internasional yang mana Indonesia sebagai negara terbebani untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban internasional yang diatur di dalam setiap *treaty* yang telah diratifikasi. Keberlakuan *ratified treaty* di pengadilan harus melalui proses *'ganti baju'* dari bentuk *treaty* menjadi undang-undang. Proses transformasi ini merupakan bentuk dari ke-dualisme-an Indonesia di mana setiap *ratified treaty* memerlukan *implementing legislation* untuk dapat berlaku dan sistem pemisahan kekuasaan di mana kewenangan eksklusif dari DPR untuk membentuk undang-undang.

Sifat *self-executingness* dari perjanjian internasional dapat dilihat dari substansi perjanjian internasional, namun penentuan apakah suatu perjanjian internasional bersifat *self-executing* atau *non-self-executing* merupakan pertanyaan di level nasional, yaitu pengadilan, yang mana tiap-tiap



negara memiliki jawaban yang berbeda, bergantung pada konstitusi, sistem hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan dan keberanian hakim dalam melakukan terobosan hukum.

2. Saran-saran

Memahami bahwa perjanjian internasional dapat diterapkan secara langsung di pengadilan nasional Indonesia adalah sebuah kesalahan akademik atas definisi *self-executing* dan *non-self-executing treaty* yang selama ini dipahami oleh kalangan akademisi di Indonesia sehingga ini juga mempengaruhi para hakim dalam menerapkan substansi perjanjian internasional ke dalam *ratio decidendi*. Para hakim seharusnya memiliki pengetahuan yang lebih luas, tidak hanya fokus pada hukum pidana dan hukum perdata saja tetapi juga harus memahami sistem hukum yang berkembang di Indonesia saat ini, khususnya keberlakuan perjanjian internasional ke dalam sistem hukum nasional di Indonesia. Putusan MK untuk Perkara Nomor 33/PUU-IX/2011 dapat menjadi pedoman para hakim dalam memahami makna dari ratifikasi dan keberadaan undang-undang pengesahan di Indonesia.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

Buku

- Aalt Willem & Philipp Kiiver, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, Intersentia, Antwerpen, 2007.
- Abdul Ghafur Hamid & Khin Maung Sein, "Judicial Application of International Law in Malaysia: A Critical Analysis", the 2nd Asian Law Institute (ASLI) Conference, Chulalongkorn University, Bangkok, Thailand, tanggal 26-27 Mei 2005.
- Alina Kaczorowska, *Public International Law*, Old Bailey Press, London, 2002.
- Andrew D. Mitchell, "Genocide, Human Rights Implementation and the Relationship between International and Domestic Law: *Nulyarimma v. Thompson*", 24 *Melb. U. L. Rev.* 15, 2000.
- Carlos Manuel Vazquez, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *AJIL*, Volume 89 Issue 4, 1995.
- Charles H. Koch Jr., "Envisioning a Global Legal Culture", 25 *Mich. J. Int'l. L.* 1, 2004.
- Chrissy Fox, "Implication of the US' Reservations and NSE Declaration to the ICCPR for Capital Offenders and Foreign Relations", *Comments*, 11 *Tul. J. Int'l. & Comp. L.* 303, 2003.
- Curtis A. Bradley, "International Delegation, the Structural Constitution and Non-Self-Execution", 55 *Stan. L. Rev.*, 2003.
- David Haljan, *Separating Powers: International Law before National Courts*, Asser Press, The Hague, the Netherlands, 2013.
- David N. Cinotti, "The New Isolationism: Non-Self-Executing Declarations and Treaties as the Supreme Law of the Land", 91 *Geo. L. J.* 1277, 2004.



- David Sloss, "The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties", 24 *Yale J. Int'l. L.* 129, 1999.
- E.A. Alkaema, Constitutional Law, dalam Jeroen Chorus (et.al.), *Introduction to Dutch Law* (Ed.), Fourth Revised Edition, Kluwer Law International, 2006.
- Gerrit Betlem & Andre Nollkaemper, "Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation", 14 *Eur. J. Int'l. L.* 569, 2003.
- Henry W. Ehrmann, *Comparative Legal Culture*, Prentice-Hall, New York, 1976.
- Hugh M. Kindred, The Challenge of Internalizing International Conventional Law: The Experience of Australia, England and Canada with Ratified Treaties, dalam Christopher P.M. Waters (Ed.), *British and Canadian Perspectives on International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006.
- Ina Nazarova, "Alienating 'Human' from 'Right': US and UK Non-Compliance with Asylum Obligations under International Human Rights Law", 25 *Fordham Int'l. L. J.* 1335, 2002.
- Jeffrey L. Friesen, "When Common Law Interpret Civil Codes", 15 *Wis. Int'l. L. J.* 1, 1996.
- Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, PT. Rajagrafindo Perkasa, Jakarta, 2010.
- Jordan J. Paust (et.al.), *International Law and Litigation in the US*, West Group, USA, 2000.
- Kenneth L. Port, "The Japanese International Law 'Revolution': International Human Rights Law and Its Impact on Japan", 28 *Stan. J. Int'l. L.* 139, 1991.
- Kirsten Marie Hansen, "Note, the US Legal System Common Values, Uncommon Procedures", 69 *Brook. L. Rev.* 689, 2004.
- Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, 1975.
- Lori Fisler Damrosch, "The Role of the US Senate concerning 'Self-Executing and Non-Self-Executing' Treaties", 67 *Chi.-Kent L. Rev.* 515, 1991.
- Louis F. Del Luca, "Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence", 42 *Tex. Int'l. L. J.* 625, 2007.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Risalah Persidangan Perkara Nomor 33/PUU-IX/2011*, 2011.
- Malvina Halberstam, "International Human Rights and Domestic Law Focusing on U.S. Law, with Some Reference to Israeli Law", 8 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 225, 2000.
- Melanie Mallet, *A Primer on Treaty Making and Treaty Implementation in Canada*, Original Contribution, 2007.
- Nicole Atwill, "How to Conduct Research in French Law", 28 *Int'l. J. Legal Info.* 104, 2000.
- Rebecca Wallace, *International Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 1992.



Roger Errera, "Convention on the Rights of Child-Distinction between Self-Executing and Non-Self-Executing Articles", Case Comment, P. L. 1997, Win, 723-725, 1997.

Rosaline Balkin, International Law and Domestic Law, in Sam Blay (et.al.), Public International Law: An Australian Perspective (Ed.), 2nd Edition, Oxford University Press, Victoria, 2005.

Sudargo Gautama, Indonesia dan Arbitrase Internasional, Alumni, Bandung, 1992.

Thomas Buergenthal, Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law, Extract from the Recueil der Cours, Volume 235, Martinus Nijhoff Publisher, the Netherlands, 1992.

Timothy D. Rudy, "Did We Treaty Away Ker-Frisbie?" 26 St. Mary's L. J. 791, 1995.

Vivian Grosswald Curran, "Romantic common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union", 7 Colum. J. Eur. L. 63, 2001.

William Tetley, "Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)", 60 La. L. Rev. 677, 1999.

Disertasi

Wisnu Aryo Dewanto, Perjanjian Internasional Self-Executing dan Non-Self-Executing di Pengadilan Nasional, Disertasi, Program Doktor Sekolah Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2011.