

Penerapan Perjanjian Internasional di Pengadilan Nasional : Sebuah Kritik terhadap Laporan Delegasi Republik Indonesia kepada Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa Bangsa tentang Implementasi Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik di Indonesia*

Wisnu Aryo Dewanto⁵

Abstrak

Laporan Delri 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 pula 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 terhadap UU Advokat Nomor 18/2003 dan putusan untuk kasus Nomor 73/PUU-IX/2011 tentang Pengujian terhadap 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, tetapi negara. Pasal 2 ICCPR sebenarnya hanya ingin menjelaskan status hukum dari ICCPR bagi negara-negara pihak. Secara filosofis, Pasal 2 ICCPR menyatakan bahwa 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 praktiknya, 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: *International Covenant on Civil and Political Rights*, Komite Hak Asasi Manusia, penerapan, pengadilan nasional, perjanjian *self-executing* dan *non-self-executing*.

The Implementation of International Treaties in Municipal Courts: A Critic to the Initial Report of the Indonesian Delegations to the United Nations Human Rights Committee regarding the Implementation of International Covenant on Civil and Political Rights in Indonesia

Abstract

The initial report, submitted by the Government of the Republic of Indonesia to the UN Human

* Artikel ini telah dipresentasikan dalam *The 2013 Padjadjaran Legal Conference*. Diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, 22-24 Oktober 2013.

5 Dosen Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Surabaya, Jl. Ngagel Jaya Selatan 169, Surabaya, wisnu@ubaya.ac.id dan wdewanto8@gmail.com, S.H. (Universitas Atma Jaya), LL.M (Macquarie University Australia), LL.M (University of Washington Amerika Serikat), Dr. (Universitas Gadjah Mada).

Wisnu Aryo Dewanto: Penerapan Perjanjian Internasional di Pengadilan Nasional : Sebuah Kritik terhadap Laporan Delegasi Republik Indonesia kepada Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa Bangsa tentang Implementasi Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik di Indonesia

Rights Committee in 2013, stated that the ICCPR—which Indonesia has ratified, is part of the domestic law of Indonesia. It, therefore, can be directly applied in municipal courts without previous establishment of an implementing legislation. It has also been stated that the Constitutional Court of Indonesia has made a direct reference to the Article 2 of the ICCPR; for instance in the case Number 101/PUU-VII/2009 regarding judicial review on the Advocate Act Number 18/2003, and the case Number 73/PUU-IX/2011 regarding judicial review on the Regional Government Act Number 32/2004 as amended by the Act Number 12/2008. The writer argues that the Article 2 of the ICCPR cannot be used as a direct reference as the article is intended only to govern the rights and duties of states, not individuals. In other words, the ICCPR governs the rights and duties of the State Parties. Specifically, this article stipulates that the ICCPR is a non-self-executing treaty because it needs an implementing legislation for its implementation at the municipal level. The writer is holds the opinion that Indonesia applies a model of dualism with a transformational approach to implement treaties in municipal courts. Consequently, all ratified treaties need to be transformed into Acts of Parliament in order to be implemented by judges because they are only bound by laws enacted by the Parliament (DPR). Hence, judges may apply international law through legal interpretation.

Keywords: *International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Commission, implementation, municipal courts, self-executing & non-self-executing treaty.*

A. Pendahuluan

Laporan yang dibuat oleh Delegasi Republik Indonesia (selanjutnya disebut dengan Delri) kepada *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) Committee* mengenai implementasi ketentuan-ketentuan 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 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 yang berarti bahwa 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”*.

Hal yang menarik dalam laporan Delri tersebut adalah butir ketiga, yakni Delri ingin membuktikan bahwa pernyataan dalam butir pertama tidak salah dengan menggunakan Pasal 2 ICCPR. Dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi (MK) telah merujuk secara langsung 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 Pemerintahan Daerah Nomor 32 Tahun 2004 sebagaimana yang diubah dengan UU Nomor 12 Tahun 2008 tentang Pemerintahan 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 akademisi dan praktisi di bidang hukum internasional, tetapi juga bidang hukum lain seperti hukum tata negara dan hukum pidana. Perdebatan semakin menarik dan rumit ketika sampai pada sifat *self-executingness* dari sebuah perjanjian internasional. Ketika Majelis Hakim di MK merujuk Pasal 2 ICCPR dalam dua kasus di atas, Penulis ingin mempertanyakan apa yang sebenarnya mereka pahami tentang Pasal 2 ICCPR tersebut. Hal itu penting karena menurut pemahaman Penulis, 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 kesalahpahaman bagi para pembaca mengenai pengintegrasian *treaty* ke dalam sistem hukum nasional Indonesia dan keberlakuan *treaty* di pengadilan nasional. Oleh karena itu, artikel 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 bertransformasi ke dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Dalam artikel 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 memengaruhi keberlakuan perjanjian internasional di pengadilan nasional suatu negara.

B. Perkara Nomor 33/PUU-IX/2011 Mengenai Pengujian UU Nomor 38 Tahun 2008 Tentang Pengesahan Piagam ASEAN

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. Pemohon mengajukan *judicial review* 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, MK dalam putusannya menolak seluruh permohonan Pemohon.

Pasal 2 ayat 1(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 nasional. Kaczorowska melihat ada dua proses yang berjalan yang dipahami sebagai “*ratification in international law*” dan “*ratification in municipal law.*”¹ Ratifikasi yang dimaksud dalam Pasal 2 di atas adalah *ratification in international 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.

Terkait dengan konsep pemisahan kekuasaan, hampir sebagian besar negara tidak melibatkan lembaga legislatif mereka dalam proses pembuatan perjanjian internasional. Sebagai contoh adalah Kanada, yang dalam sistem ketatanegaraannya terdapat pemisahan kekuasaan yang sangat jelas antara Pemerintah Federal dengan Parlemen Federal. Dalam proses pembuatan dan ratifikasi 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 negara bagian dan membuat perjanjian internasional tanpa memperhatikan situasi dan kondisi nasional negara.²

Pasal 11 UUD 1945 menyatakan bahwa, “Presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain”. Hal

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

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

ini menunjukkan DPR sebagai *treaty-making power* yang bertujuan untuk mem-*filter* setiap perjanjian internasional yang dibuat oleh pemerintah sebelum menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia. Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa persetujuan lembaga legislatif atas ratifikasi perjanjian internasional merupakan bentuk dari fungsi kontrol kepada lembaga eksekutif.³ 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.⁴

Bentuk persetujuan DPR terhadap perjanjian internasional yang akan diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia telah diatur 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. Ketidapkahaman tersebut muncul pada saat persidangan di MK untuk perkara Nomor 33/PUU-IX/2011. Kuasa hukum Pemohon bertanya, "Apa konsekuensinya jika DPR tidak meratifikasi Piagam ASEAN?".⁵ Sumber "kekisruhan" tersebut berawal dari kata "berlaku" yang selalu ada dalam setiap undang-undang pengesahan perjanjian internasional. Beberapa pendapat mengatakan bahwa makna kata "berlaku" adalah memberi kekuatan hukum pada perjanjian internasional sehingga dapat diterapkan di level nasional. Pendapat lain dari Damos Dumoli Agusman, adalah bahwa makna kata "berlaku" tersebut dimanfaatkan oleh Presiden sebagai dasar atau *legal basis* untuk meratifikasi perjanjian internasional.⁶

Pernyataan-pernyataan di atas belum sepenuhnya meyakinkan, sehingga perlu melihat lebih dalam melalui pendekatan sejarah bahwa kronologis masalah ditarik dari awal ketika Indonesia menjadi negara yang merdeka dan berdaulat. Sistem ketatanegaraan Indonesia kurang lebih identik dengan Perancis dan Belanda, yang sama-sama penganut *Codified Roman Law*. Seiring berjalannya waktu, sistem ketatanegaraan Indonesia mengarah pada sistem Amerika Serikat dengan model pemisahan kekuasaan berdasarkan *check and balances*. Berdasarkan sistem *check and balances* ini, kewenangan Presiden Amerika Serikat terhadap perjanjian internasional terbatas pada negosiasi dan tanda tangan saja. Presiden baru

3 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT. Rajagrafindo Perkasa, 2010, hlm. 299-300.

4 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.

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

6 Diskusi dengan DR. Damos Dumoli Agusman dalam forum diskusi ERGA OMNES di sosial media FACEBOOK.

mendapatkan izin untuk meratifikasi perjanjian internasional setelah mendapat persetujuan dari Senat Amerika Serikat. Artikel VI Konstitusi Amerika Serikat mengatur bahwa, "...all treaties...shall be the supreme law of the Land". Hal ini menggambarkan "ke-monisme-an" Amerika Serikat. 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.

Di Indonesia, UUD 1945 tidak mengatur hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional dalam situasi konflik, kecuali hanya mengatur hubungan antara Presiden dan DPR sebagai *treaty-making power*. Jika mencermati putusan pengadilan dalam kasus PT. Nizwar, Mahkamah Agung menetapkan bahwa, "Dengan keluarnya Keppres Nomor 34 Tahun 1981 tidak membuat membuat Konvensi New York 1958 berlaku, karena belum ada peraturan pelaksana".⁷ Selanjutnya, Suparti Hadhyono mengungkapkan bahwa, "Hakim tidak terikat secara mutlak oleh perjanjian internasional bila dianggap tidak sesuai dengan kondisi, tertib hukum dan rasa keadilan masyarakat Indonesia".⁸ Kemudian Pasal 7 ayat 1 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tidak memasukkan perjanjian internasional ke dalam jenis dan hierarki peraturan hukum yang diakui di Indonesia. Hal ini menggambarkan bahwa perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia belum bisa diterapkan atau menjadi dasar hukum di pengadilan kita sebelum adanya proses transformasi ke dalam bentuk peraturan hukum yang diakui sebagai sumber hukum yang sah di Indonesia. Dalam hal ini pengejawantahan substansi perjanjian internasional dituangkan dalam bentuk undang-undang.

Selanjutnya, muncul pertanyaan, apakah proses transformasi tersebut diwujudkan dalam undang-undang pengesahan perjanjian internasional atau undang-undang lain?. Hal ini kemudian menjadi *concern* dari MK ketika memutus perkara Nomor 33/PUU-IX/2011, bentuk persetujuan DPR kepada Presiden tidak harus berbentuk undang-undang. Hakim Hamdan Zoelva dan Hakim Maria Farida Indriati dalam *dissenting opinion*-nya 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 *judicial review* atas UU Nomor 38 Tahun 2008 tidak dapat diterima oleh MK karena undang-undang pengesahan tidak dapat dijadikan obyek pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.

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

8 Suparti Hadhyono, "Praktek Penerapan Perjanjian Internasional dalam Putusan Hakim", <http://www.scribd.com>, diunduh 21 Juni 2010.

Dengan demikian putusan MK 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 dan diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia belum bisa menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia. Oleh karena itu, kata “berlaku” yang selalu tercantum dalam undang-undang pengesahan sebenarnya ditujukan kepada DPR dan Presiden pada saat kedua lembaga tinggi negara ini bersinergi dalam pembuatan rancangan undang-undang, mereka harus mengingat dan melihat kembali norma-norma hukum internasional yang telah diratifikasi.⁹ Sebagai contoh konvensi-konvensi HAM, seperti ICCPR dan ICESCR, yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia melalui UU Nomor 11 dan 12 Tahun 2005 yang 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 yang 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 Koskeniemi 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”.*¹⁰

Pengadilan menjadi faktor yang vital untuk menentukan dapat atau tidaknya penerapan substansi perjanjian internasional dalam sebuah kasus, tanpa melupakan tradisi hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan. Pada umumnya proses transformasi hanya melibatkan lembaga legislatif sesuai dengan kewenangan eksklusif yang dimiliki seperti yang dipraktikkan di Inggris. Namun demikian di beberapa negara dualisme secara tidak kaku tidak menerapkan hukum internasional dengan metode *soft transformation* bahwa penerapan perjanjian internasional dilakukan oleh pengadilan melalui proses interpretasi hukum.¹¹

9 Wisnu Aryo Dewanto, “Perjanjian Internasional *Self-Executing* dan *Non-Self-Executing* di Pengadilan Nasional”, Yogyakarta: Disertasi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2011, hlm. 27.

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

11 Andrew D. Mitchell, “Genocide, Human Rights Implementation and the Relationship between International and Domestic Law: *Nulyarimma v. Thompson*”, *Melbourne University Law Review*, 24 Melb. U. L. Rev. 15, 2000, hlm. 26.

C. Makna Pasal 2 ICCPR : *Self Executing* atau *Non-Self-Executing* ?

Dalam laporan Delri, khususnya angka 2 dan 3, mengindikasikan bahwa Mahkamah Konstitusi merujuk pada Pasal 2 ICCPR yang menunjukkan bahwa ketentuan hukum internasional telah diterapkan secara 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 terdapat dalam 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 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.¹²

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 6 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 dimaksud dengan *self-executing* dan *non-self-executing* dapat dilihat pada kasus *Foster & Elam v. Neilson*.¹³ Hakim Marshall menyebutkan bahwa, "*Treaties can be directly applied when they do not need a legislative action*".¹⁴ Selanjutnya, dalam kasus *Whitney v. Robertson*,¹⁵ pengadilan menyatakan bahwa, "*When the treaty stipulations are not self-executing, they can only be enforced pursuant to legislation to carry them into effect...*"¹⁶

12 Carlos Manuel Vazquez, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *American Journal of International Law*, Volume 89, Issue 4, 1995, hlm. 695.

13 *Foster & Elam v. Neilson*, U.S. (1829).

14 Malvina Halberstam, "International Human Rights and Domestic Law Focusing on U.S. Law, with Some Reference to Israeli Law", *Yeshiva University Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 8 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 225, 2000, hlm. 234.

15 *Whitney v. Robertson*, U.S. (1888)

16 David Sloss, "The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties", *Yale Journal of International Law*, 24 Yale J. Int'l. L. 129, 1999, hlm. 146.

Melihat praktik yang berlangsung di Amerika Serikat, Vazquez menjelaskan bahwa ada beberapa kategori yang digunakan oleh hakim-hakim 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*.¹⁷ Menurut Cinotti,¹⁸ biasanya pengadilan akan menggunakan tiga doktrin pertama sebagai pedoman. *Intent-based doctrine* digunakan pengadilan untuk melihat maksud dan tujuan dibuatnya *treaty*. *Justiciability doctrine* untuk menelaah apakah substansi *treaty* mengatur hak dan kewajiban individu atau tidak. *Constitutionality doctrine* digunakan pengadilan untuk 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*).¹⁹

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, 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*.²⁰

Di Perancis penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* dengan melihat satu per satu pasal dalam sebuah *treaty*. Pengadilan akan melakukan pengujian terhadap pasal-pasal perjanjian internasional yang diajukan di persidangan. *Treaty* memiliki kedudukan hukum yang tinggi dalam hierarki sistem peraturan perundang-undangan di Perancis, meskipun kedudukannya tetap lebih rendah daripada Konstitusi Perancis.²¹ Sifat *self-executingness* dari *treaty* ditentukan oleh dua lembaga yudikatif, yaitu *Cour de Cassation* dan *Conseil d'Etat*. Seringkali dua lembaga ini memiliki pandangan yang berbeda dalam menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* bahwa *Cour de Cassation* lebih melihat keseluruhan substansi dari *treaty* seperti yang

17 Carlos Manuel Vazquez, *Loc.cit.*

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

19 *Ibid.*

20 Kenneth L. Port, "The Japanese International Law 'Revolution': International Human Rights Law and Its Impact on Japan", *Stanford Journal of International Law*, 28 Stan. J. Int'l. L. 139, 1991, hlm. 153.

21 Nicole Atwill, "How to Conduct Research in French Law", *International Journal of Legal Information*, 28 Int'l. J. Legal Info. 104, 2000, hlm. 105-106.

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.²²

Cour de Cassation menyimpulkan bahwa Konvensi Hak Anak 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 membebaskan kewajiban kepada negara-negara pihak saja bukan mengatur hak dan kewajiban individu sehingga tidak mungkin diterapkan secara langsung di pengadilan. Akan tetapi, *Council d'Etat* berpendapat lain karena untuk menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* harus melihat pasal demi pasal dan mengujinya 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*.²³

D. Self-Executing dan Non-Self-Executing Treaties

1. Negara-negara yang Mengakui Self-Executing dan Non-Self-Executing Treaties

Secara prinsip, tugas dari lembaga yudikatif adalah untuk menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* di Amerika Serikat, sebagaimana yang telah diputuskan dalam kasus *Foster* (1829). Dalam kasus tersebut, Foster menolak pengajuan klaim 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) yang dengan menggunakan dasar hukum yang sama dengan kasus *Foster*, pengadilan menyatakan bahwa *treaty*

22 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.

23 *Ibid.*, hlm. 723-724.

antara Pemerintah Amerika Serikat dan Pemerintah Spanyol adalah *self-executing*.²⁴ Dalam kasus *Sei Fujii v. California*,²⁵ 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.*” 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 Universal Declaration of Human Rights (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 implementasinya, namun Supreme Court California tampaknya berpendapat lain. Pasal 104 menyatakan bahwa, “*The Organisation shall enjoy in the territory of each of its Members such legal capacity as may be necessary for the exercise of its functions and the fulfilment of its purposes.*” Kemudian Pasal 105 ayat (1) menyatakan, “*The Organisation shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.*” Pengadilan menginterpretasikan kedua pasal tersebut sebagai keinginan dari pembuat Piagam PBB agar berlaku secara efektif tanpa perlu pengaturan lebih lanjut dari negara-negara.²⁶ Dengan demikian, 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. Dalam hal membatasi penggunaan pasal-pasal dari *treaty*, pengadilan masih dimungkinkan untuk menggunakan substansi *treaty* tetapi secara tidak langsung, namun melalui metode interpretasi peraturan hukum federal.²⁷ Perlu diketahui bahwa *non-self-executing treaty* tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sebelum Kongres membuat *implementing legislation* yang memberikan kekuatan hukum pada *treaty* tersebut.²⁸

Seiring berjalannya waktu, penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* di

24 Timothy D. Rudy, “Did We Treaty Away Ker-Frisbie?”, *St. Mary's Law Journal*, 26 *St. Mary's L. J.* 791, 1995, hlm. 823.

25 *Sei Fujii v. California*, U.S. (1952)

26 Rebecca Wallace, *International Law*, 2nd Edition, London: Sweet & Maxwell, 1992, hlm. 50.

27 *Ibid.*, hlm. 144-145.

28 Curtis A. Bradley, “International Delegation, the Structural Constitution and Non-Self-Execution”, *Stanford Law Review*, 55 *Stan. L. Rev.*, 2003, hlm. 1587.

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 nasional. Ini merupakan konsekuensi nyata dari prinsip pemisahan kekuasaan dan sistem *check and balances* antara lembaga eksekutif dan lembaga legislatif yang diterapkan dalam sistem ketatanegaraan Amerika Serikat. Senat memiliki kekuasaan yang besar untuk membatasi keberlakuan *treaty* tersebut melalui *reservations*, *understandings* dan *declarations* atau yang dikenal dengan RUDs.²⁹ 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.³⁰ Keterlibatan Senat Amerika Serikat dalam penentuan sifat *self-executingness* dari *treaty* terlihat pada beberapa konvensi HAM yang diratifikasi oleh Pemerintah Amerika Serikat.

Perancis dan Belanda juga merupakan negara-negara yang memberikan kedudukan yang tinggi pada *treaty*. Hal ini tercermin dalam Pasal 55 Konstitusi Perancis 1958³¹ dan Pasal 94 *Grundwet*.³² Kedua negara ini memiliki praktik yang sama dalam pengintegrasian dan pengimplementasian *treaty* dalam sistem hukum nasional mereka, dan tahap publikasi menjadi tahap yang penting karena setiap *treaty* yang dipublikasikan dapat digunakan sebagai dasar hukum di pengadilan nasional 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.³³ Pengadilan Belanda dalam menentukan sifat *self-executingness* dari *treaty* biasanya dengan melihat substansi dan maksud serta tujuan dari pembuatan *treaty*. Untuk *treaty* HAM, pengadilan agak enggan untuk

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

30 David Sloss, "The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties", *Op.cit.*, hlm. 153.

31 "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".

32 "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".

33 E.A. Alkaema, "Constitutional Law", dalam buku *Introduction to Dutch Law*, 4th Revised Edition disusun oleh Jeroen Chorus (et.al.), South Holland: Kluwer Law International, 2006, hlm. 26.

memberikan status *self-executing* dengan alasan bahwa pasal-pasal dalam *treaty* HAM tersebut lebih ditujukan kepada negara pihak daripada individu.³⁴

2. 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 itu 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 ditunjukkan dengan adanya perubahan nomenklatur dari bentuk *treaty* menjadi undang-undang, yang mana undang-undang inilah yang akan diberlakukan di pengadilan, bukan *treaty*-nya. Oleh karena itu, semua *ratified treaty* berstatus *non-self-executing*.

Pada praktik di Jerman, awalnya Jerman menganut *codified Roman Law* sebagaimana dianut oleh 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*". Segala perintah harus dilaksanakan tanpa boleh mempertanyakan apakah tindakan tersebut pantas atau tidak. Situasi ini dianggap tidak sesuai dengan nilai-nilai keadilan dan/atau kepastian yang berlaku dalam kehidupan masyarakat sehingga Jerman tidak lagi menganut *codified 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* bahwa setiap *ratified treaty* harus ditransformasikan ke dalam peraturan hukum federal seperti yang diatur di dalam Pasal 59 Ayat (2) *Grundgesetz* 1949.

Di Inggris, *treaty* yang dibuat dan diratifikasi oleh pemerintah Inggris tidak dapat diterapkan secara langsung sebelum disetujui Parlemen Inggris dan dibuat *implementing legislation* untuk pengaturan isi dari *ratified treaty* tersebut. Kewenangan pengadilan terbatas pada interpretasi yang dibuat oleh Parlemen pada saat pembuatan undang-undang sehingga pengadilan tidak diizinkan untuk melakukan *judicial review* terhadap undang-undang yang dibuat Parlemen karena Parlemen memiliki kekuasaan mutlak untuk membuat peraturan yang diinginkan dan

34 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", *European Journal of International Law*, 14 Eur. J. Int'l. L. 569, 2003, hlm. 578.

tidak ada satu lembaga pun yang dapat menyatakan bahwa peraturan yang dibuat adalah inkonstitusional kecuali Parlemen Inggris sendiri.³⁵ Jika pada umumnya, pengadilan memiliki kekuasaan yang luas untuk 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.³⁶

Di Australia, hakim-hakim *High Court* memiliki kewenangan yang lebih besar dalam menginterpretasikan *treaty* dibandingkan dengan hakim-hakim di Inggris tetapi *ratified treaty* bukan 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.*"³⁷ Dengan demikian, substansi *treaty* harus diuji terlebih dahulu untuk dapat diketahui apakah norma-norma tersebut dapat diterima menjadi bagian dari hukum nasional.³⁸ Hakim Starke dalam kasus *Chung Chi Cheung* menyatakan³⁹ bahwa untuk menjadi sah sebagai bagian dari hukum nasional Australia, hukum internasional harus diterima dan diadopsi oleh hukum nasional.⁴⁰ Pendapat bahwa hukum internasional hanya dipandang sebagai salah satu sumber hukum dan bukan sebagai bagian dari hukum nasional Australia, diulang oleh Hakim Kirby dalam kasus *Jago*⁴¹ dan *Cachia*⁴² 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.*"⁴³

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

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

36 Ina Nazarova, "Alienating 'Human' from 'Right': US and UK Non-Compliance with Asylum Obligations under International Human Rights Law", *Fordham International Law Journal*, 25 Fordham Int'l. L. J. 1335, 2002, hlm. 1360.

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

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

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

40 *Ibid.*, hlm. 118.

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

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

43 Rosaline Balkin, *International Law and Domestic Law, Op.cit.*, hlm. 119.

1. Perbedaan dalam Memandang *Primacy* Hukum

Beberapa negara memberikan *primacy* pada hukum internasional melalui konstitusi mereka, seperti Pasal 6 Konstitusi Amerika Serikat, Pasal 55 Konstitusi Perancis 1958, Pasal 94 *Groundwet* Belanda, dan Pasal 15 Ayat (4) Konstitusi Rusia 1993 dan lain sebagainya. Meskipun *ratified treaty* memiliki kedudukan yang tinggi bukan berarti semua *ratified treaty* dapat diterapkan secara 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*⁴⁴ yang terjadi di Malaysia menggambarkan keutamaan hukum nasional dibandingkan dengan 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*”.⁴⁵

2. Sistem Pemisahan Kekuasaan antara Lembaga Legislatif dan Lembaga Eksekutif

Pemisahan kekuasaan antara legislatif dan eksekutif dapat memengaruhi keberlakuan perjanjian internasional di pengadilan nasional jika legislatif memandang bahwa *ratified treaty* harus dideklarasikan sebagai *non-self-executing*. Kondisi ini terjadi di Amerika Serikat bahwa Senat beberapa kali mengajukan RUDs atas *treaty* yang akan diratifikasi oleh Presiden. Sementara itu, Inggris menerapkan model *hard transformation* dan sistem pemisahan kekuasaan yang sangat tegas sehingga produk-produk oleh eksekutif berupa perjanjian internasional tidak dapat menjadi hukum di pengadilan Inggris. Hakim 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.⁴⁶

Di Indonesia, sistem pemisahan kekuasaan tercermin dalam Pasal 11 UUD 1945 dalam kaitannya dengan *treaty-making power* bahwa DPR secara formal

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

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

46 *Ibid.*, hlm. 1-2.

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. Hakim Indonesia sangat jarang menginterpretasikan peraturan hukum nasional dengan menggunakan *ratified treaty* sebagai alat bantu.

3. Keberanian Hakim dalam Melakukan Terobosan Hukum

Arthur Goodhart pernah berdiskusi mengenai perbedaan hakim di sistem *common law* dan *civil law* bahwa 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.⁴⁷

Secara teoritis, sistem *civil law* adalah sistem yang tertutup karena setiap pertanyaan hukum harus dijawab melalui proses interpretasi terhadap peraturan hukum yang ada,⁴⁸ karena sumber hukumnya adalah hukum tertulis seperti konstitusi dan peraturan perundang-undangan.⁴⁹ Lain halnya dengan sistem *common law* bahwa hakim lebih bebas menciptakan hukum baru jika ia tidak menemukannya dalam putusan-putusan pengadilan sebelumnya.⁵⁰ Lebih lanjut, hakim-hakim di sistem *common law* lebih independen daripada hakim-hakim di sistem *civil law* karena mereka bukan bagian dari birokrasi.⁵¹ Keterbatasan hakim-hakim di sistem *civil law* untuk membuat hukum bisa jadi karena adanya pemisahan kekuasaan bahwa kewenangan eksklusif untuk membuat undang-undang hanya ada pada legislatif, sedangkan kewenangan yudikatif hanya menginterpretasikan dan mengaplikasikan.⁵² Kantorowicz berpendapat bahwa “*The law is not what the courts administer but the courts are institutions which administer the law.*”⁵³ Hal yang sama disampaikan oleh

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

48 Jeffrey L. Friesen, “When Common Law Interpret Civil Codes”, *Wisconsin International Law Journal*, 15 *Wis. Int'l. L. J.* 1, 1996, hlm. 11.

49 Charles H. Koch Jr., “Envisioning a Global Legal Culture”, *Michigan Journal of International Law*, 25 *Mich. J. Int'l. L.* 1, 2004, hlm. 31.

50 Jeffrey L. Friesen, “When Common Law Interpret Civil Codes”, *Op.cit.*, hlm. 12.

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

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

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

54 *Ibid.*, hlm. 100.

Olivier Moreteau bahwa, *"The judge contributes to the law but does not create it."*⁵⁴

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. Sebagai contoh adalah praktik di negara-negara Amerika Latin, mereka menyatakan bahwa putusan pengadilan tidak memiliki akibat hukum apapun pada kasus-kasus yang diputus berikutnya, tetapi 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'*.⁵⁵

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

F. Penutup

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'*, akan tetapi penggunaan Pasal 2 ICCPR sebagai contoh adalah salah. Penggunaan Pasal 2 ICCPR sebagai bahan rujukan oleh Mahkamah Konstitusi tidak menyimpulkan bahwa substansi ICCPR telah ada penerapannya secara langsung di pengadilan sebagaimana yang dimaksud oleh Delri

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

karena Pasal 2 ICCPR mengidentifikasi ICCPR itu sendiri sebagai *treaty* yang tidak dapat diterapkan secara 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 berlaku 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 dan Indonesia sebagai negara, terbebani untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban internasional yang diatur 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 dualisme Indonesia bahwa setiap *ratified treaty* memerlukan *implementing legislation* untuk dapat berlaku dan sistem pemisahan kekuasaan bahwa kewenangan eksklusif dari DPR untuk membentuk undang-undang.

Sifat *self-executingness* dari perjanjian internasional dapat dilihat dari substansi perjanjian internasional, tetapi penentuan apakah suatu perjanjian internasional bersifat *self-executing* atau *non-self-executing* merupakan pertanyaan di level nasional, yaitu pengadilan, bahwa 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.

Pemahaman 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 para hakim juga dapat dipengaruhi dalam penerapan substansi perjanjian internasional ke dalam *ratio decidendi*. Para hakim seharusnya memiliki pengetahuan yang lebih luas, tidak hanya fokus pada hukum pidana dan hukum perdata 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 Pustaka

Buku

- Aalt, Willem and Philipp Kiiver, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, Intersentia, Antwerpen, 2007.
- Blay, Sam (et.al.), *Public International Law: An Australian Perspective (Ed.)*, 2nd Edition, Oxford University Press, Victoria, 2005.
- Chorus Jeroen (et.al.), *Introduction to Dutch Law (Ed.)*, Fourth Revised Edition, Kluwer Law International, 2006.
- Ehrmann Henry W., *Comparative Legal Culture*, Prentice-Hall, New York, 1976.
- Haljan David, *Separating Powers: International Law before National Courts*, Asser Press, The Hague, the Netherlands, 2013.
- Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, PT. Rajagrafindo Perkasa, Jakarta, 2010.
- Kaczorowska Alina, *Public International Law*, Old Bailey Press, London, 2002.
- Mallet, Melanie , *A Primer on Treaty Making and Treaty Implementation in Canada*, Original Contribution, 2007.
- Paust Jordan J. (et.al.), *International Law and Litigation in the US*, West Group, USA, 2000.
- Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Alumni, Bandung, 1992.
- Wallace Rebecca, *International Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 1992.

Dokumen Lain

- Atwill Nicole, "How to Conduct Research in French Law", *International Journal Legal Information*, 28 Int'l. J. Legal Info. 104, 2000.
- Betlem Gerrit & Andre Nollkaemper, "Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation", *European Journal of International Law*, 14 Eur. J. Int'l. L. 569, 2003.
- Bradley Curtis A., "International Delegation, the Structural Constitution and Non-Self-Execution", *Stanford Law Review*, 55 Stan. L. Rev., 2003.
- Cinotti, David N., "The New Isolationism: Non-Self-Executing Declarations and Treaties as the Supreme Law of the Land", *Georgetown Law Journal*, 91 Geo. L. J. 1277, 2004.
- Curran Vivian Grosswald, "Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union", *Columbia Journal of European Law*, 7 Colum. J. Eur. L. 63, 2001.
- Damrosch Lori Fisler, "The Role of the US Senate concerning "Self-Executing and Non-

- Self-Executing” Treaties”, *Chicago-Kentucky Law Review*, 67 Chi.-Kent L. Rev. 515, 1991.
- Del Luca, Louis F., “Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence”, *Texas International Law Journal*, 42 Tex. Int'l. L. J. 625, 2007.
- Errera Roger, “Convention on the Rights of Child-Distinction between Self-Executing and Non-Self-Executing Articles”, Case Comment, *P. L. 1997, Win*, 723-725, 1997.
- Friesen, Jeffrey L., “When Common Law Interpret Civil Codes”, *Wisconsin International Law Journal*, 15 Wis. Int'l. L. J. 1, 1996.
- Hamid Abdul Ghafur & 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.
- Halberstam Malvina, “International Human Rights and Domestic Law Focusing on U.S. Law, with Some Reference to Israeli Law”, *Yeshiva University Cardozo Journal International and Comparative Law*, 8 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 225, 2000.
- Hansen, Kirsten Marie, “Note, the US Legal System Common Values, Uncommon Procedures”, *Brooklyn Law Review*, 69 Brook. L. Rev. 689, 2004.
- Koch, Charles H. Jr., “Envisioning a Global Legal Culture”, *Michigan Journal of International Law*, 25 Mich. J. Int'l. L. 1, 2004.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Risalah Persidangan Perkara Nomor 33/PUU-IX/2011*, 2011.
- Mitchell, Andrew D., “Genocide, Human Rights Implementation and the Relationship between International and Domestic Law: Nulyarimma v. Thompson”, *Melbourne University Law Review*, 24 Melb. U. L. Rev. 15, 2000.
- Nazarova, Ina, “Alienating 'Human' from 'Right': US and UK Non-Compliance with Asylum Obligations under International Human Rights Law”, *Fordham International Law Journal*, 25 Fordham Int'l. L. J. 1335, 2002.
- Port, Kenneth L., “The Japanese International Law 'Revolution': International Human Rights Law and Its Impact on Japan”, *Stanford Journal of International Law*, 28 Stan. J. Int'l. L. 139, 1991.
- Rudy, Timothy D., “Did We Treaty Away Ker-Frisbie?”, *St. Mary's Law Journal*, 26 St. Mary's L. J. 791, 1995.
- Sloss, David, “The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties”, *Yale Journal of International Law*, 24 Yale J. Int'l. L. 129, 1999.
- Suparti Hadhyono, “Praktek Penerapan Perjanjian Internasional dalam Putusan Hakim”, <http://www.scribd.com>, diunduh 21 Juni 2010.

Wisnu Aryo Dewanto: Penerapan Perjanjian Internasional di Pengadilan Nasional : Sebuah Kritik terhadap Laporan Delegasi Republik Indonesia kepada Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa Bangsa tentang Implementasi Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik di Indonesia

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

Vazquez Carlos Manuel, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *American Journal of International Law*, Volume 89, Issue 4, 1995.

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.

Dokumen Hukum

Cachia v. Hanes, (1991) 23 NSWLR 304.

Chow Hung Ching v. R., (1948) 77 CLR 449.

Chung Chi Cheung v. R., (1938) AC 160.

Foster & Elam v. Neilson, U.S. (1829).

Jago v. NSW, (1989) 168 CLR 23.

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

Sei Fujii v. California, U.S. (1952)