

4-30-2008

## Catatan atas Masalah Aktual Perjanjian Internasional

Hikmahanto Juwana

Follow this and additional works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil>



Part of the [International Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

Juwana, Hikmahanto (2008) "Catatan atas Masalah Aktual Perjanjian Internasional," *Indonesian Journal of International Law*: Vol. 5: No. 3, Article 2.

DOI: 10.17304/ijil.vol5.3.175

Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil/vol5/iss3/2>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in Indonesian Journal of International Law by an authorized editor of UI Scholars Hub.

## **Catatan atas Masalah Aktual dalam Perjanjian Internasional\*\***

**Prof. Hikmahanto Juwana\***

*The matter of treaty is always be interesting to discuss, especially when it comes to the question whether a state will regard a treaty which has been ratified as a part of national law that could be directly executed or not. Many opinions from various experts have been spelt out in different media. This article will discuss various aspects of treaty especially in Indonesian legal system, which was previously presented in a seminar organized by Center for International Law Studies and Ministry of Foreign Affairs overviewed certain affairs regarding implementation of treaties in Indonesia.*

### **I. Aliran di Indonesia: Dualisme atau Monoisme?**

Dalam praktik, tidak perlu dipermasalahkan apakah Indonesia menganut paham monoisme ataupun dualisme. Dalam praktik, yang penting adalah kepentingan nasional.

Masalah transformasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional tidak terkait dengan monoisme ataupun dualisme. Teori monoisme dan dualisme berlaku apabila ada pertentangan antara hukum nasional dan hukum internasional. Pertanyaannya adalah dalam situasi demikian mana yang harus berlaku.

Bila dicermati, masalah transformasi ketentuan dalam perjanjian internasional ke dalam hukum nasional akan berlaku di banyak negara. Ini karena ketentuan dalam perjanjian internasional

---

\* Guru Besar Hukum Internasional pada Fakultas Hukum UI. Mendapatkan SH dari UI (1987), LL.M dari Keio University, Jepang (1992) dan Ph.D dari University of Nottingham, Inggris (1997).

\*\* This article merely contained the opinions of the writer upon certain affairs of treaty in Indonesia without any reference to specific works of others, the quotation therefore was not provided as well as bibliography {editor}.

mengikat negara yang mengikuti, namun tidak berarti langsung mengikat warga yang berada di negara tersebut. Memang harus diakui ada perjanjian internasional yang langsung mengikat seperti Statuta Roma.

Oleh karenanya, bila perjanjian internasional belum ditransformasi ke dalam hukum nasional, istilah di Indonesia dibuat dalam peraturan pelaksanaan, maka hakim ataupun aparat hukum belum bisa menegakkannya. Tidak mungkin hakim menggunakan Perjanjian Internasional yang telah diikuti oleh Indonesia untuk mempersalahkan terdakwa.

Oleh karenanya, setiap perjanjian internasional yang telah diikuti oleh Indonesia yang memuat kewajiban untuk dilaksanakan ditingkat nasional (baik yang diratifikasi maupun tidak) perlu untuk diterjemahkan atau ditransformasikan ke dalam hukum nasional. Maka perjanjian internasional yang telah diikuti tidak berhenti sampai disitu. Pemerintah mempunyai kewajiban untuk menyisir berbagai peraturan perundang-undangan Indonesia dan menemukan mana yang bertentangan dan mana yang belum diatur. Bila bertentangan maka perlu untuk dilakukan amandemen, sementara yang belum diatur perlu untuk dibuat aturannya. Sebagai contoh, keikutsertaan Indonesian dalam *UN Convention on Anti Corruption (UNCAC)*, saat ini sedang dilakukan penterjemahan ke dalam hukum nasional. UU Tindak Pidana Korupsi (UU TPK) yang berlaku akan diamendemen dan disesuaikan dengan UNCAC. Bila ada kasus yang menggunakan langsung UNCAC tentu ini tidak bisa dilakukan karena tidak mungkin terdakwa dijerat dengan perjanjian internasional. Bila ada ketentuan yang bertentangan antara UNCAC dengan UU TPK maka UU TPK yang berlaku karena UNCAC belum merupakan hukum positif di Indonesia.

Disamping itu, ada contoh lain perlunya peraturan pelaksanaan yaitu keberlakuan *New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Mahkamah Agung tidak melaksanakan pelaksanaan putusan arbitrase asing yang diminta setelah Indonesia meratifikasi pada 1981 dengan alasan belum ada peraturan pelaksanaannya. Peraturan pelaksanaan ini penting karena memuat ketentuan pengadilan mana yang mempunyai wewenang

untuk menerima dan mengabulkan permintaan putusan dan lain sebagainya. Barulah setelah diterbitkan Peraturan MA No. 1/1990 permohonan untuk melaksanakan putusan arbitrase asing dapat dilakukan.

Perlu diperhatikan disini bahwa tidak ada kaitan antara instrumen untuk meratifikasi suatu perjanjian internasional dengan peraturan perundang-undangan yang mentransformasikan ketentuan dalam perjanjian internasional. Instrumen untuk meratifikasi dalam UU Perjanjian Internasional ditentukan dapat berbentuk UU maupun Peraturan Presiden sesuai dengan kriteria yang ditentukan. Instrumen ini yang harus disampaikan ke tempat yang menerima deposit untuk menandakan keikutsertaan Indonesia. Namun, instrumen ini tidak dapat digunakan untuk keberlakuan perjanjian internasional tersebut, sepanjang ketentuan yang ada belum diterjemahkan ke dalam hukum nasional.

Dalam konteks demikian, meskipun Indonesia telah meratifikasi *WTO Agreement*, ICCPR dan banyak lagi, namun bila ketentuan ini belum ditransformasikan maka berbagai kewajiban tersebut tidak bisa dijalankan (*enforced*) di Indonesia. Ini merupakan kewajiban dari pemerintah mengingat pemerintah merupakan pemegang kekuasaan membuat peraturan perundang-undangan.

Jenis peraturan perundang-undangan yang akan digunakan pun akan tergantung dari materi yang ada dalam perjanjian internasional. Sebagai contoh bila ketentuan yang hendak ditransformasikan ternyata bertentangan dengan suatu UU maka jenis peraturan perundang-undangan yang dibutuhkan adalah UU. Hal ini karena tidak mungkin ketentuan UU diubah dengan peraturan perundang-undangan yang berada dibawahnya. Namun bila belum ada ketentuan yang mengatur dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, maka pemerintah bisa lebih fleksibel dalam menentukan jenis peraturan perundang-undangan. Sebagai contoh, ketentuan yang mengatur anti-dumping sebagai pelaksanaan dari *WTO Agreement* diakomodasi dalam Peraturan Pemerintah. Namun, ketentuan yang mengatur tentang *safeguard* diatur dalam Keputusan Presiden.

## **II. Apakah perjanjian internasional perlu didefinisi ulang sehingga mencakup semua perjanjian yang bersifat transnasional?**

Perjanjian internasional tidak perlu didefinisi ulang. Perjanjian negara yang bersifat transnasional harus diperhatikan dengan baik karena disini negara mempunyai dua fungsi. Ini mengingat istilah transnasional merujuk pada obyek permasalahan atau perjanjian yaitu sepanjang lintas batas. Padahal dalam perjanjian transnasional tercakup perjanjian internasional dan kontrak bisnis internasional yang berdimensi publik.

Perjanjian internasional tentu harus merujuk pada Konvensi Wina. Sementara untuk kontrak bisnis internasional yang berdimensi publik melihat negara dalam fungsinya sebagai pedagang atau *iure gestionis*.

Kalaupun di Indonesia pernah ada kesalahan maka kesalahan tersebut tidak dapat dijadikan preseden mengingat secara teori tidak dapat dibenarkan. Negara harus dibedakan secara tegas apakah sebagai institusi publik (*iure imperii*) atau sebagai subyek hukum perdata (*iure gestionis*). Prosedur sebagai *iure imperii* dan *iure gestionis* tidak dapat dicampur-adukkan.

## **III. Apakah *loan agreements* adalah perjanjian internasional?**

Bergantung dengan siapa pemerintah Indonesia membuat *loan agreement* maka *loan agreement* bisa merupakan kontrak bisnis internasional yang berdimensi publik atau perjanjian internasional.

Bila pihak ketiga yang membuat perjanjian dengan pemerintah Indonesia adalah subyek hukum perdata (*commercial bank*, misalnya) maka perjanjian merupakan kontrak bisnis internasional yang berdimensi publik. Sementara bila pihak ketiga yang membuat perjanjian dengan pemerintah Indonesia adalah subyek hukum internasional, seperti negara atau organisasi internasional maka *loan agreement* akan masuk dalam katagori perjanjian internasional.

**a. Perjanjian PLN berupa Kontrak Bisnis yang Berdimensi Publik**

Dalam lapangan hukum perjanjian (yang merupakan subcabang dari hukum perdata) maka perjanjian dimana salah satu pihaknya adalah Negara akan disebut sebagai “Kontrak Bisnis yang Berdimensi Publik (*Government Contract*).” Istilah ini mengindikasikan bahwa sifat hubungan yang dilakukan adalah perdata namun karena salah satu pihaknya adalah pemerintah maka terdapat dimensi publiknya. Perancangan maupun penelaahan terhadap perjanjian seperti ini harus memperhatikan hukum perdata maupun hukum publik. Salah satu konsekuensi hukum adalah apabila ada cidera janji oleh Negara maka sengketa tidak diajukan ke peradilan administrasi melainkan kepada peradilan perdata yang dapat berupa pengadilan ataupun arbitrase (tergantung dari kesepakatan para pihak).

Perlu juga dicatat bahwa dalam hukum perdata dikenal hukum perdata internasional, yaitu hukum perdata dimana terdapat elemen asing. Paralel dengan pemahaman tersebut, dalam perjanjian pun dikenal Kontrak Bisnis Internasional. Mengingat dalam transaksi bisnis sering juga Negara menjadi subyek hukum perdata, semisal pemerintah Indonesia membeli pesawat tempur dari perusahaan AS, maka ada juga “Kontrak Bisnis Internasional yang Berdimensi Publik.” Hal ini mengindikasikan bahwa dalam suatu perjanjian terdapat elemen asing, yang salah satu pihaknya adalah Negara.

**b. Perjanjian PLN berupa Perjanjian Internasional yang bersifat Perdata**

Masalah perjanjian sebenarnya tidak hanya dikenal dalam cabang ilmu hukum perdata. Perjanjian juga dikenal dalam cabang ilmu hukum internasional (publik). Bahkan dalam hukum internasional salah satu sumber hukum yang terpenting adalah perjanjian. Perjanjian dalam hukum internasional sering disebut sebagai perjanjian internasional yang harus dibedakan dengan istilah kontrak (bisnis) internasional. Perjanjian internasional dilakukan oleh subyek-subyek hukum yang dikenal dalam cabang ilmu hukum internasional. Dua subyek hukum internasional yang sangat menonjol untuk melakukan perjanjian yaitu Negara dan Organisasi Internasional. Perjanjian ini mengatur berbagai hal yang

sangat variatif, mulai dari masalah tapal batas, pengaturan perdagangan internasional, ekstradisi hingga kerjasama antar negara untuk memerangi terorisme. Perjanjian dapat bersifat bilateral maupun multilateral tergantung dari jumlah pesertanya.

Selanjutnya, klasifikasi perjanjian internasional dapat dilakukan atas dasar materi yang diatur. Paling tidak ada dua klasifikasi yang penting dalam perjanjian internasional bila melihat substansi yang diatur. Pertama adalah Perjanjian Internasional (selanjutnya disebut "PI") yang bersifat Publik dan kedua adalah PI yang bersifat Perdata. Adapun yang dimaksud dengan PI yang bersifat Publik adalah PI dimana Negara menjalankan fungsinya sebagai institusi publik (*iure imperii*). Sementara PI yang bersifat Perdata adalah PI dimana Negara menjalankan fungsinya sebagai institusi perdata (*iure gestionis*). Perjanjian tapal batas, pengaturan perdagangan internasional dan ekstradisi masuk dalam katagori PI yang bersifat Publik. Sementara PI yang bersifat Perdata adalah PI pinjam meminjam antar negara, bahkan transaksi perdata yang dilakukan antar pemerintah.

Karena ada perbedaan klasifikasi berdasarkan substansi PI ini beberapa konsep maka dalam hukum internasional terimbas. Salah satunya adalah imunitas negara tidak lagi absolut. Imunitas untuk tidak dapat diadili di suatu negara berlaku untuk PI yang bersifat Publik. Penyelesaian sengketa ini biasanya dilakukan di forum internasional seperti *International Court of Justice* (bila memang disepakati oleh para pihak). Sementara untuk PI yang bersifat Perdata tidak dikenal imunitas, atau imunitas akan diminta untuk dikesampingkan (baik secara diam-diam maupun tegas). Pengenyampingan terhadap imunitas secara tegas dituangkan dalam PI yang bersifat Perdata melalui klausula "*Waiver of Immunity*."

### **c. Penandatanganan Perjanjian: Menteri Keuangan atau Menteri Luar Negeri?**

Bila diperhatikan dua katagorisasi perjanjian yang telah diuraikan, yaitu Kontrak Bisnis yang Berdimensi Publik dan PI yang bersifat Perdata maka muncul pertanyaan siapakah yang berwenang untuk menandatangani kedua katagori perjanjian tersebut.

Bila dirujuk UU Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (selanjutnya akan disebut UU 24) dan UU Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (selanjutnya akan disebut UU 17) maka tidak dapat dihindari bahwa ada kesan rancu. Kerancuan ini karena tidak membedakan secara rinci katagorisasi perjanjian PLN. Lebih lanjut, perumusan dalam Pasal 10 kurang akurat karena menggeneralisasi semua perjanjian internasional tanpa membedakan antara PI yang bersifat Publik dan PI yang bersifat Perdata. Seharusnya pembentuk UU mengenali perbedaan ini sehingga ada perbedaan siapa yang harus menandatangani perjanjian. Dugaan kami perbedaan ini tidak dilakukan karena RUU disiapkan oleh Departemen Luar Negeri sehingga apapun perjanjian internasional harus ditandatangani oleh Menteri Luar Negeri. Bila ini yang terjadi maka terjadi perubahan drastis dari praktik selama ini sehubungan dengan perjanjian PLN yang berupa PI yang bersifat perdata.

Ini tentunya bertentangan dengan UU 17 yang menyebutkan bahwa Menteri Keuangan mempunyai tugas melakukan perjanjian internasional dibidang keuangan. Perumusan UU 17 terjadi mungkin karena RUU dipersiapkan oleh Departemen Keuangan dan sekedar melembagakan apa yang selama ini terjadi.

Menurut hemat kami, permasalahan ini dapat diselesaikan melalui kebijakan Presiden. Terlebih lagi surat kuasa yang tidak ada jangka waktu oleh Menteri Luar Negeri kepada Menteri Keuangan yang dibuat pada Menlu Alwi Shihab masih berlaku.

Pada akhirnya, yang penting untuk diperhatikan siapa yang berhak untuk mewakili Pemerintah. Menteri Keuangan ataupun Menteri Luar Negeri sama-sama akan mewakili Republik Indonesia dalam perjanjian PLN.

#### **IV. Apakah *nomenclature* membedakan bobot juridis suatu perjanjian internasional?**

Penamaan atau *nomenclature* dari perjanjian internasional sama sekali tidak menentukan bobot juridis. Tidak ada satu ketentuan pun



dalam Konvensi Wina, instrumen internasional ataupun peraturan perundang-undangan nasional.

Dengan demikian, secara teknis perjanjian internasional dapat diberi nama *Treaty, Convention, Covenant, Agreement, Protocol*, bahkan *Memorandum of Understanding (MoU)*. Hanya untuk yang terakhir, perlu diperhatikan karena istilah ini mempunyai dua pengertian dan bukan karena penerapan di negara *common law*.

MoU secara teoritis merupakan ikatan moral, bukan ikatan hukum. Namun dalam praktik kerap tidak dibedakan antara ikatan moral ataupun ikatan hukum. Hal penting untuk diperhatikan adalah melihat substansi. Apabila substansi berisi ikatan hukum bahkan diintensikan sebagai ikatan hukum maka MoU sudah merupakan perjanjian internasional. Sebaliknya bila MoU berisi harapan-harapan dan masih akan ditindak-lanjuti dengan ikatan hukum berupa perjanjian internasional maka MoU tersebut merupakan ikatan moral yang tidak dapat mempunyai dampak sebagai perjanjian internasional.

#### **V. Apakah lembaga negara di luar Eksekutif (MA, BPK, DPR) dapat membuat perjanjian internasional?**

Lembaga negara di luar Presiden tidak dapat membuat perjanjian internasional yang mengikat Indonesia sebagai negara. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 11 Undang-undang Dasar.

Namun, lembaga-lembaga negara dapat membuat perjanjian dengan mitra dari lembaga-lembaga negara lain sepanjang tidak untuk kepentingan negara Republik Indonesia. Perjanjian demikian biasanya lebih untuk mempererat hubungan antar lembaga negara ataupun peningkatakan kemampuan para personil ataupun pertukaran informasi. Perjanjian demikian tidak dapat dikategorikan sebagai perjanjian internasional.

Perjanjian demikian dapat disetarakan dengan perjanjian antar daerah di Indonesia dengan daerah di negara sahabat yang dikenal dengan nama *sister agreement*. *Sister agreement* bukan merupakan perjanjian internasional karena tidak memenuhi syarat dalam Konvensi Wina.

**VI. Apakah Sekretaris Jenderal ASEAN dapat membuat perjanjian dengan negara ketiga atas nama anggota ASEAN?**

Sekjen ASEAN tidak dapat membuat perjanjian dengan negara ketiga atas nama anggota ASEAN. Sekjen ASEAN, dengan ketentuan telah memenuhi setiap persyaratan yang ditentukan dalam Piagam ASEAN, dapat membuat perjanjian internasional dengan negara ketiga atau organisasi internasional lainnya sepanjang yang diikat adalah ASEAN sebagai organisasi internasional. Sebagai organisasi internasional ASEAN memiliki *international legal capacity* yang salah satunya adalah membuat perjanjian. ASEAN sebagai organisasi internasional tidak sama bahkan identik dengan negara-negara anggotanya yang juga memiliki *international legal capacity*.

Kalaupun Sekjen ASEAN yang menandatangani perjanjian internasional dengan negara atau organisasi internasional maka Sekjen sebagai perwujudan ASEAN sebagai organisasi internasional yang abstrak. Seperti sebuah negara, maka yang memiliki kewenangan untuk menandatangani perjanjian internasional adalah Presiden atau kepala pemerintahan. Dalam organisasi internasional kewenangan untuk menandatangani perjanjian internasional diberikan kepada Sekjen, seperti halnya Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Sekjen ASEAN tentunya tidak berwenang, bahkan berada diluar otoritas, apabila ia menandatangani perjanjian internasional dengan negara ketiga ataupun organisasi internasional yang mengatasnamakan negara anggotanya. Negara anggota memiliki kedaulatan dan mekanisme dalam konstitusi yang menentukan siapa yang dapat menandatangani perjanjian internasional. Bila Sekjen ASEAN melakukan hal tersebut maka dapat dipermasalahkan kewenangan dari Sekjen, bahkan keberlakuan dari perjanjian internasional yang dibuat.