



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**KEBERLAKUAN PASAL 27 DAN PASAL 46 *VIENNA CONVENTION ON  
THE LAW OF TREATIES* 1969 (VCLT) DALAM HUBUNGAN ANTARA  
HUKUM NASIONAL DENGAN PERJANJIAN INTERNASIONAL**

**SKRIPSI**

**SARAH ELIZA AISHAH  
0806343166**

**FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM KEKHUSUSAN HUKUM TENTANG  
HUBUNGAN TRANSNASIONAL  
DEPOK  
JULI 2012**



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**KEBERLAKUAN PASAL 27 DAN PASAL 46 *VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES* 1969 (VCLT) DALAM HUBUNGAN ANTARA HUKUM NASIONAL DENGAN PERJANJIAN INTERNASIONAL**

**SKRIPSI**

**Diajukan sebagai syarat untuk memperoleh gelar sarjana hukum**

**SARAH ELIZA AISHAH  
0806343166**

**FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM KEKHUSUSAN HUKUM TENTANG  
HUBUNGAN TRANSNASIONAL  
DEPOK  
JULI 2012**

## HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Skripsi ini adalah hasil karya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : Sarah Eliza Aishah

NPM : 0806343166

Tanda Tangan : 

Tanggal : 12 Juli 2012

## HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh

Nama : Sarah Eliza Aishah

NPM : 0806343166

Program Studi : Ilmu Hukum

Judul Skripsi :

**“Keberlakuan Pasal 27 dan Pasal 46 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969 (VCLT) dalam Hubungan antara Hukum Nasional dengan Perjanjian Internasional”**

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

### DEWAN PENGUJI


Pembimbing I : Adijaya Yusuf, S.H., LL.M. (  )

Pembimbing II : Melda Kamil Adriano, S.H., LL.M., Ph.D. (  )

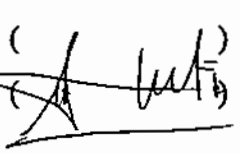
Penguji : Prof. Dr. R. D. Sidik Suraputra, S.H. (  )

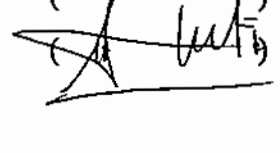
Penguji : Prof. Sri. Setianingsih Suwardi, S.H., M.H. (  )

Penguji : Prof. A. Zen Umar Purba, S.H., LL.M. (  )

Penguji : Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D (  )

Penguji : Adolf Warouw, S.H., LL.M. (  )

Penguji : Emmy Juhassarie Ruru, S.H., LL.M. (  )

Penguji : Hadi Rahmat Purnama, S.H., LL.M. (  )

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 12 Juli 2012

## KATA PENGANTAR

Puji syukur Penulis panjatkan kepada Allah SWT atas berkat dan rahmat-Nya, Penulis dapat menyelesaikan skripsi ini. Penulisan skripsi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Sarjana Hukum Jurusan pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Penulis menyadari bahwa, tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan skripsi ini, sangatlah sulit bagi Penulis untuk menyelesaikan skripsi ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih kepada:

1. Bapak Adijaya Yusuf, S.H., LL.M. dan Ibu Melda Kamil Ariadno, S.H., LL.M., Ph.D. selaku dosen pembimbing Penulis yang telah menyediakan waktu dan pikiran untuk membantu dan mengarahkan Penulis dalam penyusunan;
2. Bang Hadi Rahmat Purnama., S.H., LL.M yang telah meminjamkan buku DJ Harris-nya untuk saya sehingga dapat mempermudah Penulis dalam penyelesaian skripsi ini;
3. Seluruh pengajar Fakultas Hukum Universitas Indonesia, khususnya tim pengajar Program Kekhususan Hukum tentang Hubungan Transnasional atas segala ilmu pengetahuan dan didikannya sehingga membuat Penulis menjadi seseorang yang terpelajar;
4. Pihak Kementerian Luar Negeri yang telah banyak membantu dalam usaha memperoleh data yang Penulis perlukan;
5. Orang tua dan Penulis, yaitu Sayuti Jamil dan Nismawati yang tiada lelah memberikan bantuan dukungan material dan moral. Maaf kalau selama dalam pembuatan skripsi ini Penulis telah membuat khawatir dan sedih dan tidak bisa mengabdikan keinginan Ayah untuk lulus dengan nilai *cum laude*;
6. Nenek dan Kakek tersayang, yaitu Suyatmi dan E. Nissin. Penulis beruntung sekali punya Nenek yang tiada lelah terus mendoakan Penulis agar selalu dalam lindungan Allah, tidak pernah mengeluh disaat Penulis sedang membutuhkan tempat bersandar dan bercerita. Maaf kalau Penulis juga membuat nenek khawatir atau sedih dalam empat bulan terakhir ini. Kepada Kakek yang selalu menyediakan makanan kesukaan Penulis supaya Penulis tetap senang. Jangan tinggalkan Penulis sebelum Penulis berhasil mewujudkan cita-cita kalian atau menjadi salah satu cucu yang membanggakan;

7. Kedua adik Penulis tersayang Sanie Aulia Fatimah dan Salsabila Athirah Hamidah yang terus mendampingi Penulis dalam pembuatan skripsi ini. Dengan ditemani kalian, terutama Salsa yang selalu bawel dan menghibur, Penulis jadi merasa beruntung selalu kamu temani. Ayo jadi anak yang bisa membahagiakan kedua orang tua;
8. Rizkita Alamanda Martika teman, sahabat, saudara perempuan yang terpisah yang selalu menemani saya dari awal kuliah di FHUI sampai akhirnya lulus juga. Semoga semua cita-cita, doa, dan harapan kamu tercapai ya Man. Rasanya baru kemarin Penulis melihat sosok wanita bekerudung yang dihukum pada saat PSAF karena “Manky Lalaland”-nya dan tidak menyangka bahwa dia akan menjadi sahabat Penulis;
9. Priscilla Manurung, sahabat ‘jegger’ saya, yang selalu menemani perkuliahan di FHUI, maaf selama empat bulan terakhir ini pasti bosan mendengarkan curhatan yang tanpa henti. Terimakasih untuk terus berada di sisi Penulis dengan segala apa yang telah terjadi. Semoga cita-cita untuk nikah mudanya dikabulkan ya Sil;
10. Naftalia Siregar yang juga selalu menyemangati Penulis agar bisa menyelesaikan skripsi ini. Dengan beragam ujian yang menghadang, semoga membuat kita menjadi lebih dewasa ya Al. Allah Maha Mengetahui, banyak alasan yang tidak kita ketahui dan mungkin memang tidak untuk diketahui. Biarkan Allah dengan rahasianya Al;
11. Bia Bisri yang telah mentraktir Penulis dengan Pizza pada proses penyelesaian kata pengantar ini juga dengan pelajaran hidupnya yang berharga. Temukanlah jodohmu dengan segera Bi;
12. Beatrice Ekaputri Simamora yang mengingatkan saya untuk tidak *online* terus di *twitter*, sehingga saya bisa selalu menyelesaikan skripsi ini. Menikah lah segera Be, jangan terlalu *picky*;
13. Karina Ginting geng ‘Arisan’ yang selalu mengajarkan dan membuat Penulis tersenyum meski dalam keadaan terpuruk. Kenangan ALSA Care 2009, tidak akan terlupakan. Cepat menyusul ya Yin;
14. Zefanya Siahaan geng ‘Arisan’ yang sudah menjadi Sarjana Hukum beberapa minggu lebih awal, terima kasih telah berusaha menghibur dan mengajak jalan pada saat Penulis sedang sedih dan tidak bersemangat. Sukses karir menyanyi ya Nya;
15. Teman-teman ALSA, yang telah memberikan Penulis kesempatan untuk mengalami pengalaman yang berharga dan membuat Penulis menjadi orang yang

lebih baik lagi dengan beragam acara yang diikuti, nasional maupun internasional;

16. Teman-teman PK6 FHUI 2008, Anto Ginting, Aldamayo Panjaitan, Anggarara Cininta, Damian Agatha Yuvens, Desty, Destya L. Pahnael, Esther Madona, Marganda H. Hutagalung, Gede Aditya Pratama, Huda Robbani, John Engelen, Justisia Sabaroedin, Lidzikri Caesar Dustira, Margaretha Quina, Muhammad Subuh Rezki, Najmu Laila, Pakerti Wicaksono Sungkono, Putra Aditya, Putra Trisnajaya, Reza Fahriadi, Siti Kemala Nuraida, Tami Justisia, Tya, Valdano P. Ruru, Valeska Priadi, Vicky, Wawan D. Setiawan, Widia Dwita Utami, Wuri Prastiti Rahajeng, dan lali-lain. Terima kasih atas kebersamaan yang telah kita arungi bersama. Segala memori gila yang telah terjadi tentu merupakan sesuatu yang akan dikenang selalu sampai Penulis tua kelak. Semoga kita semua bisa menjadi orang sukses, hebat, dan berguna bagi bangsa dan tanah air tercinta;
17. Teman-teman magang di DNC *Law Firm* (Mbak Ade, Mbak Era, Mbak Irina, Mbak Marcia, Mbak Anggie, Mbak Lete, Mbak Lidia, dan lain-lain), PSHK (Faizah Sururi), dan juga Zalora Indonesia (Kiki, Linda, Kirana, dan Bonski). Terima kasih mau menjadi bagian dari hidup Penulis. Magang akan bosan tanpa kalian;
18. Kepada pihak-pihak lain yang tidak disebutkan satu persatu, Penulis mengucapkan terima kasih banyak ya Allah, Kau telah mengirimkan orang-orang yang begitu baik disekitar Penulis. Mereka yang datang dan pergi memberikan semangat dengan caranya masing-masing.

Akhir kata, Penulis berdoa kepada Allah SWT berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga skripsi ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.

Depok, 12 Juli 2012

Sarah Eliza Aishah

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI  
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

---

---

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Sarah Eliza Aishah  
NPM : 0806343166  
Program Studi : Ilmu Hukum  
Fakultas : Hukum  
Jenis Karya : Skripsi

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul :

**“Keberlakuan Pasal 27 dan Pasal 46 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969 (VCLT) dalam Hubungan antara Hukum Nasional dengan Perjanjian Internasional”**

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok  
Pada tanggal : 12 Juli 2012

Yang Menyatakan



( Sarah Eliza Aishah )



## ABSTRAK

**SARAH ELIZA AISHAH (0806343166). KEBERLAKUAN PASAL 27 DAN PASAL 46 VCLT DALAM HUBUNGAN ANTARA HUKUM NASIONAL DENGAN PERJANJIAN INTERNASIONAL. Program Kekhususan Hukum tentang Hubungan Transnational. Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Skripsi 2012. 121 Halaman.**

Perjanjian internasional dianggap sebagai sumber hukum internasional yang tertinggi. Namun, pada prakteknya banyak negara yang mencoba melarikan diri dari kewajiban yang timbul dari perjanjian internasional yang telah disepakati dengan alasan salah satunya bertentangan dengan hukum nasionalnya (doktrin atau konstitusinya). Dalam *Vienna Convention on The Law Treaties 1969* (“VCLT”) sendiri terdapat dua pasal yang mengatur hubungan antara hukum nasional dengan perjanjian internasional yang telah disepakati. Dengan jelas pada pasal 27 VCLT menyatakan bahwa hukum nasional tidak dapat dijadikan alasan pembenar sebuah negara tidak melakukan kewajiban yang timbul dari perjanjian internasional. Dengan keberadaan pasal 27 VCLT tidak kemudian dapat mengabaikan pasal 46 VCLT. Ketentuan tersebut merupakan pengecualian dari pasal 27 VCLT yang diartikan secara negatif bahwa sebuah negara dapat mengajukan hukum nasionalnya sebagai alasan pembenar batalnya keterikatan terhadap perjanjian internasional, jika melanggar hukum nasional suatu negara terkait dengan kompetensi perwakilan pada saat menyatakan kesepakatannya terhadap perjanjian internasional, pelanggarannya nyata, dan menyangkut hal yang dasar dan penting. Prakteknya memang terdapat negara-negara yang mencoba untuk tidak melaksanakan kewajiban perjanjian internasional, contoh kasus *La Grand*, namun ICJ sudah mencoba untuk tetap menegakkan ketentuan dari pasal 27 VCLT, sedangkan pasal 46 VCLT jarang diajukan sebagai alasan pembenar. Skripsi ini berbentuk penelitian hukum yang menggunakan studi yuridis normatif.

Kata kunci: Perjanjian Internasional, Pasal 27 VCLT, Pasal 46 VCLT, Keberlakuan Perjanjian Internasional

**SARAH ELIZA AISHAH (0806343166). THE EXERCISE OF ARTICLE 27 AND ARTICLE 46 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 1969 IN RELATION BETWEEN NATIONAL LAW AND A TREATY. Program on Transnational Relation. Faculty of Law of The University of Indonesia. Thesis 2012. 121 Pages.**

Treaty is regarded to be the highest source of international law. However, in practice there are many countries which try to run away by the obligation that establishes from treaty, which one of the reasons is inconsistency with the national law (doctrine or constitution). Based on Vienna Convention on The Law of Treaties 1969 (“VCLT”), there are two articles that regulate the relation between national law and a ratified treaty. In accordance with article 27 VCLT, a state may not invoke their national law as justification not to exercise their treaty obligation. However, the existence of article 27 VCLT is without prejudice to article 46 VCLT. That article is the exception of article 27 VCLT which can be negatively stipulated that a state may invoke their national law as justification to cancel their consent to a treaty, if it violates their national law regarding the competency of a state representative, manifest, and fundamental of importance. In practice, many countries indeed tried to run away from their treaty obligation, for instance La Grand Case, however ICJ had tried to apply law in accordance with article 27 VCLT, in contrast article 46 VCLT is seldom invoked by states. This thesis is concluded as a legal research that uses normative legal method.

Keywords: International Treaty, Article 27 VCLT, Article 46 VCLT, the Exercise of International Treaty

## DAFTAR ISI

<b>HALAMAN JUDUL .....</b>	<b>i</b>
<b>LEMBAR PERNYATAAN ORISINALITAS .....</b>	<b>ii</b>
<b>LEMBAR PENGESAHAN .....</b>	<b>iii</b>
<b>KATA PENGANTAR.....</b>	<b>iv</b>
<b>LEMBAR PERSETUJUAN KARYA ILMIAH.....</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRAK .....</b>	<b>viii</b>
<b>DAFTAR ISI.....</b>	<b>x</b>
<b>DAFTAR LAMPIRAN .....</b>	<b>xii</b>
<b>BAB 1 PENDAHULUAN .....</b>	<b>1</b>
1.1 Latar Belakang .....	1
1.2 Pokok Permasalahan .....	10
1.3 Tujuan .....	10
1.4 Kerangka Konseptual .....	11
1.5 Metode Penelitian.....	12
1.6 Sistematika Penulisan.....	15
<b>BAB 2 Keberlakuan dan Pelaksanaan Suatu Perjanjian Internasional.....</b>	<b>18</b>
2.1 Perjanjian Internasional sebagai Sumber Hukum Internasional .....	18
2.1.1 Hubungan antara Vienna Convention on The Law of Treaties 1969 (VCLT) dengan Customary International Law .....	22
2.2 Keberlakuan Perjanjian Internasional Berdasarkan VCLT .....	32
2.3 Hubungan antara Hukum Nasional dengan Hukum Internasional.....	37
2.3.1 Paham Monisme Primat Hukum Nasional.....	37
2.3.2 Paham Monisme Primat Hukum Internasional .....	38
2.3.3 Paham Dualisme.....	39
2.4 Pelaksanaan Perjanjian Internasional.....	42
2.4.1 Menurut VCLT 1969.....	42
2.4.2 Menurut Ketentuan Negara .....	43
2.4.2.1 Indonesia .....	44
2.4.2.2 Malaysia .....	52
2.4.2.3 Belanda.....	58
2.4.2.4 Australia .....	60
2.4.2.5 Amerika.....	62
2.4.3 Pada Praktiknya di Indonesia .....	66
2.4.3.1 Ratifikasi .....	66
2.4.3.1 Status Perjanjian Internasional.....	67
<b>BAB 3 Keberlakuan Hukum Nasional sebagai Dasar Penolakan Pelaksanaan atau Batalnya Keterikatan Suatu Negara Terhadap Perjanjian Internasional .....</b>	<b>70</b>
3.1 Hubungan Hukum Nasional dengan Perjanjian Internasional Berdasarkan Pasal 27 VCLT .....	70
3.2 Hubungan Hukum Nasional dengan Perjanjian Internasional Berdasarkan pasal 46 VCLT.....	72

3.2.1	Unsur Terkait dengan Kewenangan Perwakilan .....	74
3.2.2	Unsur Dapat Dibuktikan Pelanggarannya Nyata ‘ <i>Manifest</i> ’ .....	81
3.2.3	Unsur Terkait dengan Hal yang Mendasar “ <i>Fundamental of Importance</i> ” .....	87
3.3	Hubungan antara Pasal 27 dengan Pasal 46 VCLT .....	87
3.4	Perbedaan Pasal 46 dan Pasal 47 VCLT .....	88

**BAB 4 Analisa Pemakaian Hukum Nasional sebagai Alasan Pembena Penolakan Pelaksanaan atau Batalnya Keterikatan terhadap suatu Perjanjian Internasional.....90**

4.1	Sistem <i>Common Law</i> .....	90
4.1.1	Kasus La Grand.....	90
4.1.1.1	Fakta Kasus .....	90
4.1.1.2	Permasalahan Hukum.....	91
4.1.1.3	Ketentuan Hukum yang Berlaku .....	93
4.1.1.4	Putusan Hakim ICJ.....	97
4.1.1	Kasus Mc Gimpsey .....	102
4.1.1.1	Fakta Kasus .....	102
4.1.1.2	Permasalahan Hukum.....	102
4.1.1.3	Ketentuan Hukum yang Berlaku .....	103
4.1.1.4	Putusan Hakim .....	106
4.1.1.5	Analisis .....	111
4.2	Sistem <i>Civil Law</i> - Indonesia (Potensi Masalah yang Mungkin Timbul).....	114
4.2.1	Kasus <i>Defence Cooperation Agreement (DCA)</i> Indonesia-Singapura .....	114
4.2.1.1	Fakta Kasus .....	114
4.2.1.2	Potensi Masalah yang Mungkin Timbul .....	116
4.2.1.3	Ketentuan Hukum yang Berlaku .....	116
4.2.1.4	Analisis.....	117
4.2.2	Kasus <i>Judicial Review</i> UU Pengesahan Piagam ASEAN.....	123
4.2.2.1	Fakta Kasus .....	123
4.2.2.2	Potensi Masalah yang Mungkin Timbul .....	123
4.2.2.3	Ketentuan Hukum yang Berlaku .....	124
4.2.2.4	Putusan Hakim ICJ.....	125
4.2.2.5	Analisis .....	126

**BAB 5 PENUTUP .....130**

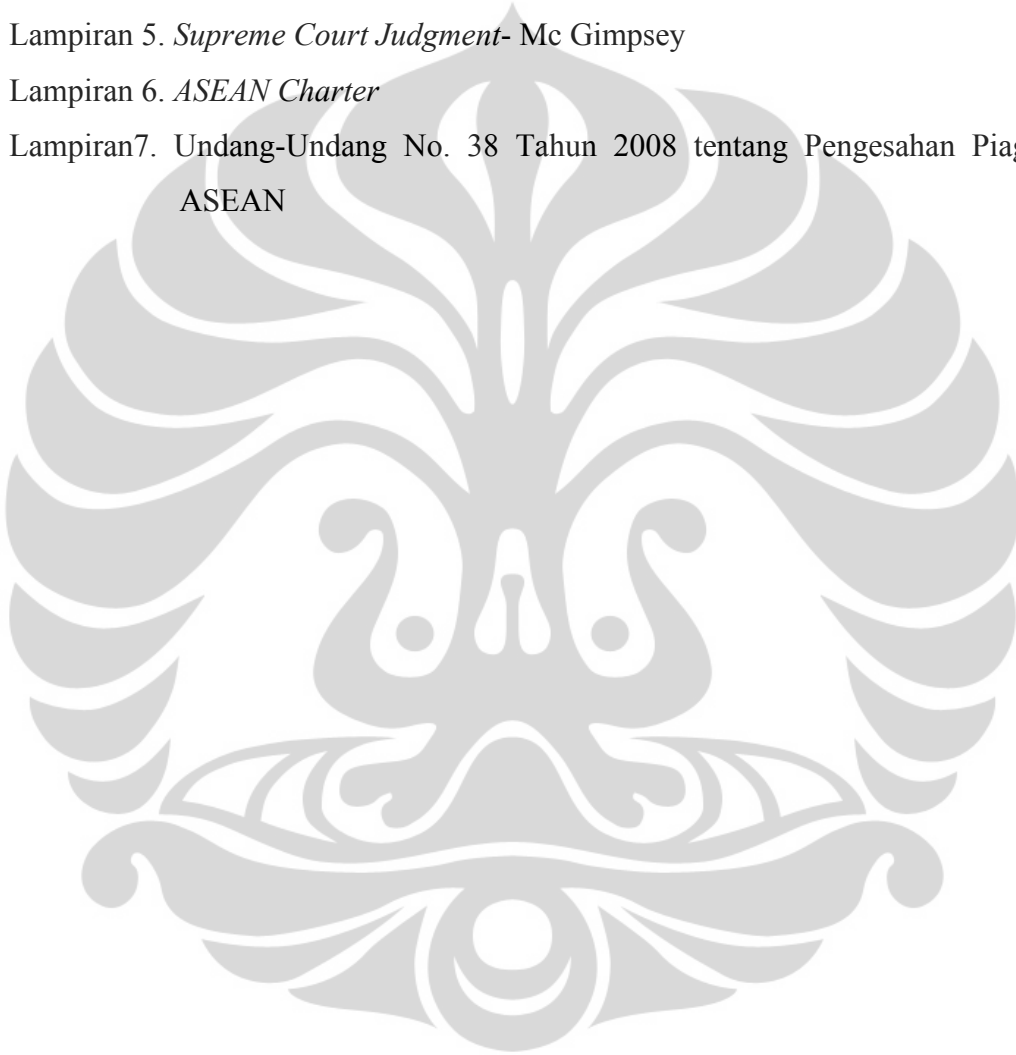
5.1	Kesimpulan .....	130
5.1.1	Keberlakuan dan Pelaksanaan Perjanjian Internasional Berdasarkan VCLT dan Praktek .....	130
5.1.2	Penerapan Pasal 27 VCLT dalam Hubungan antara Hukum Nasional dengan Perjanjian Internasional suatu Negara .....	133
5.1.3	Penerapan Pasal 46 VCLT dalam Hubungan antara Hukum Nasional dengan Perjanjian Internasional .....	133
5.2	Saran .....	135

**DAFTAR PUSTAKA .....103**

**LAMPIRAN**

## DAFTAR LAMPIRAN

- Lampiran 1. *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*
- Lampiran 2. *Application La Grand Case*
- Lampiran 3. *Summary of Judgment- La Grand Case*
- Lampiran 4. *Vienna Convention on The Consular Relation 1963*
- Lampiran 5. *Supreme Court Judgment- Mc Gimpsey*
- Lampiran 6. *ASEAN Charter*
- Lampiran 7. Undang-Undang No. 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN



## BAB I PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang Masalah

Indonesia atau yang dikenal dengan istilah zamrud khatulistiwa merupakan negara yang kaya akan sumber daya alam maupun sumber daya manusianya.<sup>1</sup> Hal ini dibuktikan dengan kekayaan lautnya yang tersebar di kumpulan lebih dari 17.000 pulau yang mana hanya dua pertiganya saja yang baru dihuni.<sup>2</sup> Selain itu, juga kekayaan tambangnya seperti emas, minyak bumi, batu bara, dan timah dapat dihasilkan oleh Indonesia.<sup>3</sup> Bahkan tidak hanya itu, kekayaan flora dan faunanya juga memperkaya warisan Indonesia, seperti misalnya tumbuhan langka yang hanya dapat ditemukan di Indonesia atau hewan langka seperti komodo yang akhir-akhir ini ramai diperbincangkan.<sup>4</sup> Terlebih lagi dengan keaneka ragaman budaya yang ditampilkan pada masing-masing suku bangsa. Hal-hal tersebut cukup membuktikan bahwa Indonesia memiliki potensi untuk menjadi negara yang maju dan mampu mengelola sumber dayanya.

Namun, pada prakteknya, demi memenuhi kebutuhan masyarakatnya yang tidak dimiliki, Indonesia tentu memerlukan bantuan dari negara lain. Sehingga adanya kebutuhan untuk melakukan interaksi dengan negara-negara lain. Interaksi yang terjalin antara negara yang satu dengan negara yang lain secara timbal balik

---

<sup>1</sup> Tim Penulis, "Indonesia Zamrud Khatulistiwa", <http://www.anneahira.com/indonesia-290.htm> diakses pada 25 April 2012.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

dilakukan dengan tujuan yang sama, memenuhi kebutuhan masyarakatnya masing-masing. Interaksi inilah kemudian disebut dengan masyarakat internasional.<sup>5</sup>

Demi terciptanya kehidupan yang damai dan teratur secara berdampingan, untuk itu dibutuhkan adanya hukum yang mengatur interaksi antara masyarakat internasional. Oleh karena itu, hukum internasional dianggap penting dan sangat diperlukan untuk menciptakan interaksi yang teratur sebagaimana yang didambakan oleh masyarakat internasional.

Salah satu contoh adanya interaksi antara Indonesia dengan negara lain, yakni dengan adanya perjanjian dengan negara lain. Hal ini dapat dilihat pada tahun 2009 misalnya, Indonesia telah meratifikasi empat perjanjian internasional<sup>6</sup>, diantaranya yakni Undang-Undang No. 14 tahun 2009 tentang Pengesahan *Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*<sup>7</sup>, Undang-Undang No. 15 tahun 2009 tentang Pengesahan *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplement the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*<sup>8</sup>, Undang-Undang No. 19 tahun 2009 tentang Pengesahan Konvensi Stockholm tentang Bahan Pencemar Organik yang Persisten<sup>9</sup>, dan UU No. 21 tahun 2009 tentang Pengesahan *Agreement for the Implementation of the United Nations Convention on The Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the*

<sup>5</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, (Bandung: PT Alumni, 2003), hlm. 12.

<sup>6</sup> Siti Maryam Rodja, et al., *Catatan PSHK tentang Kinerja Legislasi DPR 2009: Legislasi Tak Tuntas Di Akhir Masa Bakti*. (Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, 2010), hlm. 49.

<sup>7</sup> Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan *Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, UU No.14 tahun 2009, LN No. 53 Tahun 2009, TLN No. 4990.

<sup>8</sup> Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplement the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, UU No. 15 tahun 2009, LN No. 54 Tahun 2009, TLN No. 4991.

<sup>9</sup> Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan Konvensi Stockholm tentang Bahan Pencemar Organik yang Persisten, UU No. 19 Tahun 2009, LN No. 89 Tahun 2009, TLN No. 5020.

*Conservation and Management of Straddling Fish Stock and Highly Migratory Fish Stock.*<sup>10</sup>

Ditambah pada tahun 2011, Indonesia telah menyepakati 146 perjanjian internasional yang mana 131 perjanjian diantaranya merupakan perjanjian bilateral.<sup>11</sup> Sebanyak 26 perjanjian internasional sudah diratifikasi, yakni 90 persen mengenai perjanjian bilateral dan 60 persen di bidang perekonomian.<sup>12</sup> Menteri Luar Negeri, Marty Natalegawa menyatakan bahwa sepanjang tahun 2011, nilai perdagangan bilateral Indonesia dan negara sahabat alami peningkatan dibandingkan dengan periode 2010 dalam bidang perdagangan, kemudian negara mitra strategis meningkat tajam diatas 50 persen.<sup>13</sup> Hal ini menunjukkan adanya hubungan timbal balik antara Indonesia dengan negara lain untuk memenuhi kebutuhannya. Untuk itu, akan dijelaskan lebih lanjut mengenai perjanjian internasional pada penelitian hukum ini.

Perjanjian internasional berada dalam lingkup hukum perjanjian internasional. Istilah hukum perjanjian internasional atau '*The Law of Treaties*' ini digunakan ini untuk merujuk ayat-ayat hukum internasional umum yang mengindikasikan bagaimana perjanjian internasional dibuat, berlaku, menjadi mengikat, dan diaplikasikan dan diinterpretasikan, dapat diakhiri, dan segala hal yang berkaitan dengan peraturan yang berkaitan dengan mekanisme dari perjanjian internasional.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan *Agreement for the Implementation of the United Nations Convention on The Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stock and Highly Migratory Fish Stock*, UU No. 21 tahun 2009, LN No. 95, TLN No. 5024.

<sup>11</sup> Nicholas Timothy, "2011, Indonesia Sepakati 146 perjanjian Internasional", <http://www.tribunnews.com/2012/01/04/2011-indonesia-sepakati-146-perjanjian-internasional> diakses pada 26 April 2012.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Gardiner, Richard. K., *International law*, (Pearson Education Limited: England, 2003), hlm. 56.



Perjanjian internasional merupakan salah satu sumber dari hukum internasional.<sup>15</sup> Kata sumber hukum ini pertama-tama dipakai dalam arti dasar berlaku hukum.<sup>16</sup> Ditambah, perjanjian internasional tertera sebagai sumber hukum dengan urutan pertama pada pasal 38 ayat 1 *International Criminal Justice* (“ICJ”) *Statue*.<sup>17</sup> Sumber-sumber hukum yang tertera tersebut diinterpretasi secara hierarki, sehingga secara logika didefinisikan sebagai sumber hukum yang mengikat paling kuat dari sumber hukum internasional lainnya.<sup>18</sup>

Sehingga ketika ditemukan suatu permasalahan yang konkret dalam kehidupan masyarakat internasional, perjanjian internasional yang terkait dapat digunakan sebagai sumber hukum yang mengikat dan menjadi pedoman untuk menyelesaikan permasalahan yang dihadapi tersebut. Contohnya, sengketa penetapan batas wilayah antara Indonesia-Singapura<sup>19</sup> yang kemudian menjadikan *United Nations Convention on The Law of The Sea* 1982 (“UNCLOS”) sebagai salah satu sumber hukum internasionalnya. Hal ini dikarenakan baik Indonesia<sup>20</sup> dan Singapura<sup>21</sup> telah menjadi anggota dari UNCLOS ini sehingga kedua belah

<sup>15</sup> Lihat pasal 38 *International Court of Justice* (“ICJ”) *Statue* menyatakan bahwa yang merupakan sumber hukum internasional, yakni *treaty* (perjanjian internasional), *customary international law* (hukum kebiasaan internasional), *general principles* (prinsip-prinsip umum), dan *judicial decision* (putusan pengadilan).

<sup>16</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, 113. Kata sumber hukum memiliki dua arti, material dan formal. Pada sumber hukum material maka yang dipersoalkan adalah apa sebabnya sumber hukum mengikat. Dalam arti formal yang dipersoalkan dimana kita mendapatkan ketentuan hukum yang dapat diterapkan sebagai kaidah dalam satu persoalan yang konkret.

<sup>17</sup> Ian McTaggart, Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Manchester: Manchester University Press, 1998), hlm. 2.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Omar Mohtar, “*Sejarah Sengketa Perbatasan Indonesia dan Singapura*”, <http://www.armhando.com/2012/03/sejarah-sengketa-perbatasan-indonesia.html?m=1> diunduh pada 23 April 2012.

<sup>20</sup> Indonesia tercatat telah meratifikasi UNCLOS sejak 3 Februari 1986. [http://www.un.org/depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm) diakses pada 23 April 2012.

<sup>21</sup> Singapura tercatat telah meratifikasi UNCLOS sejak 17 November 1994. [http://www.un.org/depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm) diakses pada 23 April 2012.

pihak tunduk dan wajib melaksanakan akan apa yang tertera pada UNCLOS, sebagaimana prinsip dari *pacta sunt servanda* berlaku dalam hal ini.

Perjanjian internasional ditempatkan pada posisi pertama, karena terdapat kesepakatan dari negara (*consent of state*), hal ini menjadi metode dimana aturan-aturan dari hukum internasional tercipta secara efektif atau disesuaikan dengan lingkup kerja dari masyarakat internasional dari masing-masing bangsa setiap negara.<sup>22</sup>

Pertama negara-negara harus menerapkan peraturan-peraturan tersebut yang telah disetujui secara spesifik dan dinyatakan sebelum beralih kepada peraturan lain (seperti berasal dari kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip umum) yang keabsahannya tergantung lebih kepada pendapat daripada kesepakatan.<sup>23</sup> Sehingga jelas bahwa perjanjian internasional menempati posisi utama diantara sumber hukum internasional lainnya, karena pada perjanjian internasional melekat peraturan-peraturan yang telah disepakati oleh para pihak.<sup>24</sup>

Untuk itu diperlukan sebuah instrumen hukum yang mengikat secara internasional yang mana mengatur persetujuan, bentuk, interpretasi, dan keabsahan dari sebuah perjanjian internasional. Sehingga, instrumen ini telah menjadi prioritas utama dari *International Law Commission* (“ILC”)<sup>25</sup> atau Komisi Hukum Internasional (“Komisi”) pada sesi pertamanya, tahun 1949.<sup>26</sup> Meskipun pada proses pembentukannya kemudian mengalami hambatan karena adanya beberapa perdebatan antara ahli-ahli hukum dan pada saat itu Komisi juga memiliki fokus terhadap subjek lainnya.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *International Law Commission* (“ILC”) atau Komisi Hukum Internasional ini didirikan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (“PBB”) pada tahun 1948 untuk kemajuan hukum internasional. <http://www.un.org/law/ilc/> diakses pada 21 April 2012.

<sup>26</sup> <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/1/1sess.htm> diakses pada tanggal 21 April 2012.

<sup>27</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 3.

Setelah proses yang panjang, akhirnya pada tanggal 23 Mei 1969, *Vienna Convention on The Law of Treaties* (“VCLT”)<sup>28</sup> instrumen internasional yang dikhususkan untuk pengaturan perjanjian internasional, telah terbuka untuk dilakukan penandatanganan. Selain itu juga adanya konferensi yang diselenggarakan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (“PBB”) pada tanggal 26 Maret - 24 Maret 1968 serta 9 April – 22 Mei 1969.<sup>29</sup> Konvensi Wina ini kemudian berlaku 13 hari setelah pengembalian 35 instrumen dari ratifikasi atau akses.<sup>30</sup>

VCLT ini merupakan kodifikasi dan perkembangan yang maju dalam hukum internasional, bertujuan untuk membuat perjanjian internasional yang signifikan sebagai sumber dari hukum internasional.<sup>31</sup> Selain tujuan tersebut, tujuan lain dari instrumen ini adalah membuat batasan dan kompleksitas dari hukum perjanjian internasional yang setara secara internasional.<sup>32</sup> Meskipun konvensi ini merupakan hasil dari benturan kepentingan, pandangan yang berbeda-beda, dan kebiasaan-kebiasaan yang telah dikompromikan.<sup>33</sup>

Dalam VCLT terdapat penjelasan bahwa, ada istilah-istilah dari perjanjian internasional, yang antara lain; Perjanjian Internasional/*Treaty*/Traktat, Konvensi, *Agreement*, *Charter*, Protokol, Deklarasi, *Final Act*, *Agreed Minutes & Summary Records*, MoU, dan *Arrangement*.<sup>34</sup> Namun yang akan dibahas pada penelitian ini hanya pada perjanjian internasional, konvensi, dan *agreement* saja.

Perjanjian Internasional terbagi menjadi dua golongan, yakni perjanjian bilateral dan perjanjian multilateral.<sup>35</sup> Perjanjian bilateral artinya perjanjian antara dua pihak, sedangkan perjanjian multilateral berarti perjanjian antara banyak

---

<sup>28</sup> *Vienna Convention on The Law of Treaties*, 27 Januari 1980, 1155 UNTS 331.

<sup>29</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Kusumaatmadja dan Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, 119.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 122.

pihak.<sup>36</sup> Contoh perjanjian bilateral antara Indonesia dengan Singapura mengenai Ekstradisi (*Defence Cooperation Agreement*)<sup>37</sup>, sedangkan contoh perjanjian multilateral yakni VCLT.<sup>38</sup>

Selain klasifikasi tentang perjanjian internasional di atas, juga terdapat penggolongan yang penting, yakni *law making treaties* dan *treaty contract*. Pada perjanjian internasional yang tergolong *treaty contract* maka perjanjian internasional tersebut seperti perjanjian dalam hukum perdata, hanya mengakibatkan hak dan kewajiban pada para pihak yang mengadakan perjanjian itu.<sup>39</sup> Contohnya, perjanjian mengenai dwikewarganegaraan, perjanjian perbatasan, perjanjian perdagangan, perjanjian pemberantasan penyelundupan.<sup>40</sup> Sedangkan pada perjanjian internasional yang tergolong *law making treaties*, yakni perjanjian internasional yang meletakkan ketentuan atau kaidah hukum bagi masyarakat internasional secara keseluruhan.<sup>41</sup> Contohnya, Konvensi tahun 1949 mengenai Perlindungan Korban Perang, Konvensi-Konvensi tahun 1958 mengenai hukum laut, Konvensi Vienna tahun 1961 mengenai hubungan diplomatik.<sup>42</sup>

Seperti yang telah disebutkan di atas sebelumnya bahwa Indonesia telah menyetujui dan bahkan meratifikasi banyaknya perjanjian internasional agar dapat diimplementasikan pada masyarakat Indonesia. Namun, dengan seiring perkembangan hukum perjanjian internasional, dirasakan adanya suatu permasalahan yakni apabila terdapat suatu perjanjian internasional yang telah diratifikasi dan menimbulkan tanggung jawab pada perjanjian tersebut, (*treaty obligation*) namun terdapat pertentangan dengan hukum nasionalnya.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Defence Cooperation Agreement* merupakan perjanjian bilateral antara Indonesia dan Singapura ditanda tangani pada tanggal 28 April 2007 di Istana Tampak Siring, Bali.

<sup>38</sup> VCLT merupakan salah satu bentuk dari perjanjian yang multilateral, karena terdapat dari dua negara yang merupakan pihak dari perjanjian tersebut, bahkan tercatat 111 negara yang merupakan anggota dari perjanjian ini.

<sup>39</sup> Kusumaatmadja dan Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, 122.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

Menjadi menarik kemudian bagaimana suatu negara menghadapi situasi tersebut, terlebih lagi jika hukum nasional yang bertentangan dengan suatu perjanjian internasional merupakan pasal dari konstitusi negaranya sendiri? Apakah lantas hukum nasionalnya dapat dijadikan alasan pembenar untuk tidak melaksanakan kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian internasional?

Pada prakteknya, misal di Indonesia, terdapat dua kasus pelaksanaan perjanjian internasional. Pertama, kasus perjanjian bilateral antara Indonesia dengan Singapura, yaitu berupa Kerjasama Pertahanan (*Defence Cooperation Agreement*) dan Perjanjian Ekstradisi (*Extradition Treaty*)<sup>43</sup>, namun dibatalkan untuk diratifikasi secara sepihak oleh Komisi I DPR.<sup>44</sup> Alasan DPR menolak untuk diratifikasi, karena dengan menandatangani perjanjian tersebut akan mengganggu kedaulatan dan merugikan Indonesia. Dimaksud dengan mengganggu kedaulatan Indonesia, yakni adanya pertukaran tempat latihan militer untuk Singapura, sedangkan Indonesia tidak diperkenankan untuk latihan di wilayah Singapura.<sup>45</sup>

Selain itu juga terdapat kasus permohonan pembatalan UU No. 38 tahun 2008 tentang Pengesahan dari ASEAN Charter yang masih dalam pembahasan hakim di Mahkamah Konstitusi.<sup>46</sup> Sebagian kelompok masyarakat menganggap

---

<sup>43</sup> Perjanjian ekstradisi antara Indonesia dan Singapura ditandatangani di Bali tanggal 27 April 2007 disaksikan oleh Presiden Susilo Bambang Yudhoyono bersama dengan Perdana Menteri Singapura Lee Hsien Loong. Polkam, "Perjanjian Ekstradisi Indonesia-Singapura Resmi Diteken" <http://www.metrotvnews.com/read/newsvideo/2007/04/27/37755>, diunduh 27 April 2012.

<sup>44</sup> Dimas Valdy, "Hadirnya Kepentingan Nasional di balik Gagalnya DCA Indonesia-Singapura." <http://thepeacenow.wordpress.com/2012/03/28/kepentingan-nasional-dibalik-gagalnya-dca-indonesia-singapura-2/> diunduh 27 April 2012.

<sup>45</sup> *Ibid.*, "Pada Pasal 3 (b) DCA menyebutkan, Angkatan Udara Singapura diijinkan untuk melakukan *test flight*, pengecekan teknis, dan latihan terbang di daerah *Alpha-1* serta diijinkan untuk melakukan latihan militer di daerah *Alpha-2*. Sebaliknya, militer Indonesia dalam perjanjian itu tidak diperbolehkan berlatih di wilayah Singapura. Pasal tersebut juga menyebutkan, Angkatan Laut Singapura dengan dukungan Angkatan Udara Singapura dapat melaksanakan latihan menembak peluru kendali sampai dengan empat kali latihan dalam setahun di *Area Bravo*. Dengan pasal ini Singapura sangat leluasa untuk melakukan manuver militer di wilayah Indonesia, seperti melakukan tes kelaikan terbang, pengecekan teknis dan latihan terbang, menembak dengan peluru."

<sup>46</sup> Damos Dumoli Agusman, "Apakah MK Bisa Menguji Piagam ASEAN?", <http://www.antaranews.com/berita/268734/apakah-mk-bisa-menguji-piagam-asean> diunduh pada 27 April 2012.

adanya pasal 1(5) dan pasal 2(2)(n) pada piagam tersebut bertentangan dengan pasal 27 dan pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945<sup>47</sup>, sehingga perjanjian tersebut seharusnya tidak dapat dilaksanakan di Indonesia menurut pemohon.

Selain kedua kasus di Indonesia yang berpotensi menjadi permasalahan yang ada. Di negara lain, seperti di Amerika Serikat (“AS”) dan juga Irlandia terjadi permasalahan yang memperlihatkan adanya gesekan antara hukum internasional dengan hukum nasionalnya. Salah satu di antaranya, yakni kasus antara AS dengan Jerman pada akhirnya diajukan ke Mahkamah Internasional (“ICJ”), yang dikenal dengan nama *La Grand Case*.<sup>48</sup> Pada kasus tersebut dapat dilihat bagaimana AS mengajukan hukum nasionalnya (*procedural default doctrine*) sebagai alasan untuk tidak melaksanakan kewajiban suatu pasal pada perjanjian internasional (pasal 36(1)(b) *Vienna Convention on Consular Relation* 1963).

Selain itu di Irlandia terdapat kasus yang hampir serupa dengan permohonan pembatalan UU no. 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN Charter, yakni *Mc Gimpsey Case*. Pada kasus ini, Mc Gimpsey bersaudara mengajukan sebuah perjanjian bilateral, *Anglo-Irish Agreement*, yang dianggap bertentangan dengan konstitusi Irlandia ke Pengadilan Irlandia. Mereka menuntut pembatalan perjanjian bilateral tersebut.

Telah dijabarkan adanya kemungkinan perbedaan pengaturan pada perjanjian internasional yang telah disepakati dengan hukum nasional suatu negara. Oleh karena itu, pada penelitian hukum ini, penulis mencoba untuk menjabarkan bagaimanakah sebuah negara menghadapi situasi adanya pertentangan antara hukum nasional dengan suatu perjanjian internasional yang telah mereka sepakati? Apakah lantas hukum nasionalnya dapat dijadikan alasan pembenar untuk tidak melaksanakan kewajiban yang timbul dari perjanjian tersebut?

---

<sup>47</sup> Mahkamah Konstitusi, “Resume Perkara no. 33/PUU-IX/2011 tentang Pemberlakuan Sistem AFTA”, [http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/Resume/resume\\_Perkara%20No%2033.pdf](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/Resume/resume_Perkara%20No%2033.pdf) diunduh pada 27 April 2012.

<sup>48</sup> Mahkamah Internasional, *La Grand Case (AS v Jerman)*, 2 Maret 1999, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=348&code=gus&p1=3&p2=3&p3=6&case=104&k=04>

Berdasarkan VCLT, terdapat dua pasal yang mengatur tentang hubungan antara hukum nasional dengan perjanjian internasional. Pasal tersebut adalah pasal 27 dan pasal 46 VCLT. Ketentuan pada pasal 27 VCLT menyatakan bahwa hukum nasional tidak dapat dijadikan alasan pembenar sebuah negara untuk tidak melaksanakan suatu perjanjian internasional. Pada ketentuan ini seolah terlihat bahwa perjanjian internasional dianggap lebih utama dibanding hukum nasional. Sehingga jika terjadi konflik antara hukum nasional dengan perjanjian internasional yang telah disepakati maka hukum nasional tersebut tidak dapat dijadikan alasan untuk tidak melaksanakan suatu perjanjian internasional.

Sedangkan ketentuan dalam pasal 46 VCLT menyatakan bahwa suatu negara tidak dapat mengajukan pembatalan keterikatannya pada suatu perjanjian internasional dengan alasan melanggar hukum nasionalnya terkait kewenangan dari perwakilan yang menyatakan kesepakatan terhadap perjanjian internasional tersebut, kecuali dapat dibuktikan bahwa pelanggaran tersebut merupakan pelanggaran yang nyata (*manifest*) dan terkait dengan aturan yang mendasar (*fundamental importance*). Oleh karena itu, dirasakan penting untuk melihat bagaimana pada praktiknya, pasal 27 dan 46 VCLT digunakan oleh negara-negara? Apa saja yang menjadi unsur-unsur dari kedua pasal ini?

## **1.2. Pokok Permasalahan**

Penulis merumuskan batasan masalah yang hendak dibahas pada penelitian ini agar penulisan menjadi lebih terarah. Berdasarkan latar belakang permasalahan yang telah diuraikan sebelumnya, maka penulis merumuskan beberapa pokok permasalahan yang diuraikan sebagai berikut:

1. Bagaimana keberlakuan dan pelaksanaan suatu perjanjian internasional berdasarkan VCLT dan pada prakteknya?
2. Bagaimana penerapan pasal 27 VCLT dalam hubungan perjanjian internasional dengan hukum nasional suatu negara?
3. Bagaimana penerapan pasal 46 VCLT dalam hubungan perjanjian internasional dengan hukum nasional suatu negara?

### 1.3. Tujuan Penelitian

#### 1.3.1. Tujuan Umum

Tujuan dari penelitian ini secara umum adalah untuk mengetahui bagaimana pada prakteknya ketidakabsahan suatu perjanjian internasional di Indonesia dan negara lainnya.

#### 1.3.2. Tujuan Khusus

Tujuan khusus dari penelitian ini adalah untuk menjawab pokok-pokok permasalahan yang telah disebutkan di atas sebelumnya, yaitu:

1. Mengetahui mekanisme keberlakuan dan pelaksanaan suatu perjanjian internasional berdasarkan VCLT dan ketentuan dari beberapa negara, seperti Indonesia, Malaysia, Belanda, Australia, dan Amerika.
2. Mengetahui kriteria dan ketentuan mengenai hubungan antara perjanjian internasional dengan hukum nasional berdasarkan pasal 27 VCLT.
3. Mengetahui kriteria dan ketentuan tentang perjanjian internasional dan hukum nasional berdasarkan pasal 46 VCLT.

### 1.4. Definisi Operasional

Berikut adalah beberapa istilah yang akan dipergunakan pada penelitian ini, sehingga akan menghindari kerancuan yang mungkin timbul:

1. Hukum Internasional adalah keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata.<sup>49</sup>
2. Perjanjian Internasional adalah perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa dan bertujuan untuk mengakibatkan akibat hukum tertentu.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, (Bandung: PT Alumni, 2003), hlm. 2.

<sup>50</sup> *Ibid.*, hlm. 117.



3. Hukum Kebiasaan Internasional (*Customary International Law*) berdasarkan pasal 38 ayat 1 sub b adalah kebiasaan internasional yang diterima sebagai hukum.<sup>51</sup>

## 5. Metodologi Penulisan

### 1.5.1. Bentuk Penelitian

Bentuk dari penelitian hukum ini yakni yuridis normatif. Pengolahan data pada hakikatnya berarti kegiatan untuk mengadakan sistemasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis.<sup>52</sup> Penelitian hukum ini memberikan analisa terhadap kasus nyata dengan peraturan-peraturan hukum seperti perjanjian internasional dan konvensi internasional. Selain itu, penelitian ini akan mencoba membandingkan perbedaan dan persamaan yang terdapat dalam aneka macam sistem hukum.

Sehingga, penelitian ini akan memberikan analisa dengan menggunakan bahan-bahan hukum tertulis yang juga membandingkan antara persamaan dan perbedaan mekanisme penolakan pelaksanaan perjanjian internasional di negara *common law* dan *civil law*.

### 1.5.2. Tipologi Penelitian

Suatu penelitian dapat menggunakan satu tipe penelitian atau perpaduan dari beberapa penelitian.<sup>53</sup> Tipe penelitian dapat dilihat berbagai sudut, seperti dari sudut sifatnya, bentuknya, tujuannya, penerapannya, dan ilmu yang dipergunakan.<sup>54</sup>

Tipologi penelitian hukum ini ialah deskriptif-evaluatif. Deskriptif karena jika dilihat dari sudut sifatnya, penelitian hukum ini bertujuan menggambarkan secara tepat sifat suatu individu, keadaan, gejala atau kelompok tertentu, atau

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, hlm. 143.

<sup>52</sup> Sri Mamudji et. al, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hlm. 68.

<sup>53</sup> *Ibid.*, hlm. 4.

<sup>54</sup> *Ibid.*

untuk menentukan frekuensi suatu gejala.<sup>55</sup> Penulis mencoba untuk menggambarkan secara jelas mekanisme dari penolakan pelaksanaan perjanjian internasional berdasarkan pasal 27 dan 46 VCLT terhadap negara-negara *common law* dan *civil law*.

Penelitian hukum ini jika dilihat dari bentuknya maka disebut penelitian evaluatif, karena penulis mencoba memberikan penilaian atas kegiatan atau program yang telah dilaksanakan.<sup>56</sup> Sehingga pada penelitian hukum ini, penulis memberikan analisa terhadap penolakan pelaksanaan perjanjian internasional yang telah terjadi, baik di Indonesia maupun negara lain.

### 1.5.3. Jenis Data

Pada dasarnya terdapat dua jenis data dalam melakukan penelitian hukum, yakni data primer dan sekunder. Jenis data primer yakni data yang diperoleh langsung dari masyarakat.<sup>57</sup> Sedangkan, jenis data sekunder yakni data yang diperoleh dari kepustakaan.<sup>58</sup> Pada penelitian hukum ini yang hendak digunakan adalah jenis data sekunder saja.

### 1.5.4. Jenis Bahan Hukum

Seperti yang telah dijabarkan sebelumnya bahwa jenis data yang hendak digunakan, yakni jenis data sekunder. Pada teorinya sumber data sekunder ini terbagi menjadi dua, yakni sumber sekunder dalam bidang non hukum dan sumber sekunder dalam bidang hukum.<sup>59</sup> Sehingga untuk jenis bahan hukum yang akan digunakan untuk penelitian ini ialah jenis bahan hukum primer yang berupa norma dasar, peraturan dasar, perjanjian internasional, konvensi internasional, undang-undang, dan peraturan-peraturan yang terkait.

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, hlm. 28.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*, hlm. 30.

Selain itu juga menggunakan sumber sekunder berupa bahan-bahan yang memberikan informasi atau hal-hal yang berkaitan dengan isi sumber primer serta implementasinya.<sup>60</sup> Sehingga penelitian hukum ini akan menggunakan laporan pembahasan dari DPR tentang penolakan perjanjian internasional.

Selain bahan hukum primer dan sekunder, penelitian hukum ini juga akan menggunakan bahan hukum tersier. Bahan tersier ini memberikan petunjuk terhadap sumber primer maupun sumber sekunder.<sup>61</sup> Sumber hukum tersier yang akan digunakan pada penelitian hukum ini seperti kamus ataupun buku pegangan.

#### 1.5.5. Alat Pengumpulan Data

Alat pengumpulan data mana yang akan dipergunakan di dalam suatu penelitian hukum, senantiasa tergantung pada ruang lingkup dan tujuan penelitian hukum yang akan dilakukan. Suatu hal yang jelas bahwa setiap penelitian hukum senantiasa harus didahului dengan penggunaan studi dokumen atau bahan pustaka.<sup>62</sup> Dalam melaksanakan penelitian terdapat tiga alat pengumpulan data, yaitu studi dokumen, pengamatan, dan wawancara.<sup>63</sup>

Untuk penelitian hukum ini, penulis akan menggunakan alat pengumpulan data berupa studi dokumen. Studi dokumen ini penting dilakukan untuk merumuskan kerangka teori dan konsep.<sup>64</sup> Sehingga dokumen-dokumen, baik itu buku maupun journal yang terkait dengan penolakan pelaksanaan perjanjian internasional dikumpulkan oleh penulis.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, hlm. 31.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*. (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1986), hlm. 66.

<sup>63</sup> Sri Mamudji et. al, *op.cit*, hlm. 29.

<sup>64</sup> *Ibid.*

### 1.5.6. Analisis Data

Pendekatan yang mempengaruhi metode pengolahan dan analisis data, yaitu pendekatan kuantitatif dan pendekatan kualitatif.<sup>65</sup> Pendekatan yang digunakan pada penelitian hukum ini adalah pendekatan kualitatif. Hal tersebut dikarenakan penelitian ini akan menghasilkan data deskriptif analitis, yaitu apa yang dinyatakan oleh sasaran penelitian yang bersangkutan secara tertulis, atau lisan, dan perilaku.<sup>66</sup>

Ciri-ciri pendekatan ini ialah eksploratis dan deskriptif, induktif-deduktif, penggunaan teori terbatas, variable ditemukan setelah berjalannya pengolahan data, lebih terhadap kasus tertentu, dan panduan/pedoman wawancara.<sup>67</sup> Hal-hal tersebut tentu akan diterapkan pada penelitian hukum ini.

### 1.5.7. Bentuk Hasil Laporan

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya bahwa penelitian hukum ini menggunakan pendekatan kualitatif, sehingga akan menghasilkan penelitian yang deskriptif analitis. Hasilnya akan berupa analisa terhadap praktek penolakan pelaksanaan perjanjian internasional di negara *common law* dan negara *civil law*.

## 1.6. Sistematika Penulisan

- **BAB 1 : Pendahuluan**

Bab 1 ini berisi akan pendahuluan. Dalam bab ini akan dijelaskan latar belakang masalah yang mana merupakan alasan penulis mengapa kemudian memutuskan untuk melakukan penelitian hukum ini dan bukan terkait masalah lainnya. Selain latar belakang, bab ini juga berisi pokok-pokok permasalahan, tujuan penelitian, definisi operasional, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, hlm. 65

<sup>66</sup> *Ibid.*, hlm. 67

<sup>67</sup> *Ibid.*

- **BAB 2 : Keberlakuan dan Pelaksanaan Suatu Perjanjian Internasional**

Bab 2 pada penelitian hukum ini akan menjelaskan mengenai perjanjian internasional sebagai sumber hukum internasional, hubungan antara VCLT dengan hukum kebiasaan internasional, keberlakuan suatu perjanjian internasional berdasarkan VCLT, bagaimana hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional (Monisme dan Dualisme), dan bagaimana keberlakuan dan perjanjian internasional berdasarkan VCLT dan beberapa ketentuan negara seperti Indonesia, Malaysia, Belanda, Australia, dan Amerika. Bab ini juga membahas bagaimana prakteknya pada negara tersebut.

- **BAB 3 : Keberlakuan Hukum Nasional Sebagai Dasar Penolakan Pelaksanaan atau Batalnya Keterikatan Suatu Negara terhadap Perjanjian Internasional**

Pada Bab 3, penulis menjabarkan kriteria dan hubungan hukum nasional dengan perjanjian internasional berdasarkan pasal 27 VCLT dan kriteria pembatalan keterikatan terhadap suatu perjanjian internasional dengan alasan hukum nasionalnya berdasarkan pasal 46 VCLT. Selain itu, bab ini juga menjelaskan hubungan antara pasal 27 dengan pasal 46 VCLT.

- **BAB 4 : Analisa Pemakaian Hukum Nasional Sebagai Alasan Pembena Penolakan Pelaksanaan atau Batalnya Keterikatan terhadap suatu Perjanjian Internasional**

Bab 4 dalam penelitian hukum ini akan memberikan analisa terhadap kasus-kasus internasional terkait penolakan pelaksanaan perjanjian internasional atau batalnya keterikatan pada suatu perjanjian internasional. Kasus pada dua negara common law, seperti Amerika Serikat (*La Grand Case*) dan Irlandia (*Mc Gimspey Case*). Selain itu juga kasus-kasus yang berpotensi menjadi masalah dari negara *civil law*, Indonesia (Asean Charter dan Perjanjian Ekstradisi Singapura-Indonesia).

- **BAB 5 : Penutup**

Bab 5 pada penelitian hukum ini berisi kesimpulan dan saran dari penulis. Kesimpulan ini merupakan kesimpulan yang didapat atas analisa dengan sumber-sumber hukum tertulis juga buku-buku dan jurnal mengenai penolakan pelaksanaan perjanjian internasional. Kemudian bab ini akan memberikan penjabaran persamaan dan perbedaan antara mekanisme yang ada pada negara *common law* dan juga negara *civil law*. Selain itu, saran dari penulis juga akan disertakan pada bab ini.



## BAB II

### KEBERLAKUAN DAN PELAKSANAAN SUATU PERJANJIAN INTERNASIONAL

#### 2.1. Perjanjian Internasional sebagai Sumber Hukum Internasional

Dengan berkembangnya teknologi, inovasi tidak dimiliki oleh setiap negara secara merata. Oleh karena itu dirasakan sangat penting untuk negara-negara saling berinteraksi, melakukan kerja sama, dan mengaturnya dalam sebuah perjanjian internasional. Seperti yang telah disebutkan pada bab sebelumnya bahwa perjanjian internasional merupakan salah satu sumber hukum internasional.

Sumber dari hukum internasional dapat didefinisikan sebagai materi bahan dasar dimana ahli-ahli hukum menentukan aturan yang berlaku pada situasi yang terjadi.<sup>68</sup> Berikut adalah kelima prinsip yang dikategorikan sebagai sumber dari hukum internasional menurut Starke<sup>69</sup> :

1. Kebiasaan
2. Perjanjian Internasional
3. Putusan pengadilan atau putusan Arbitrase
4. Karya-karya ahli hukum (*Juristic works*)
5. Putusan atau ketentuan dari lembaga internasional.

Pada prakteknya, dapat dibayangkan penasehat hukum pada kantor asing tertentu yang diminta pendapatnya terkait hal khusus. Mereka tidak memiliki undang-undang, ataupun kitab undang-undang, sering ia berada pada ketidakpastian entah karena tidak jelas apakah hukum kebiasaan telah lahir atau karena tidak adanya pemakaian atau tidak adanya praktek ataupun pendapat untuk menuntunnya pada solusi yang benar.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Starke, *Introduction to International Law*, (London: Butterworths, 1977) , hlm. 36.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

Pada saat yang bersamaan, ia harus memikul untuk sebuah hukum di antara sumber-sumber di atas agar dapat membantunya dengan logika, alasan, dan kepekaannya terhadap keadilan. Hal ini akan ditemukan pada prakteknya, sebagaimana yang diadopsi oleh pengadilan yang mana telah memutuskan pertanyaan dari hukum internasional.<sup>71</sup>

Sumber hukum internasional yang dijabarkan diatas merupakan apa yang dikemukakan oleh Starke. Pada hukum internasional sendiri terdapat ketentuan yang mengatur mengenai sumber hukum internasional. Salah satunya dan dianggap tertinggi, yakni perjanjian internasional. Ketentuan tersebut yakni pada pasal 38(1) ICJ *Statue*.

Berdasarkan pasal 38 ayat 1 dari ICJ *Statue*, sumber hukum internasional yakni meliputi<sup>72</sup> :

**Article 38**

1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:*
  - a. *international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;*
  - b. *international custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
  - c. *the general principles of law recognized by civilized nations;*
  - d. *subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.*

Dengan terjemahan bebas dari pasal 38 (1) ICJ *Statue* adalah sebagai berikut<sup>73</sup>:

**Pasal 38**

Dalam mengadili perkara yang diajukan kepadanya, Mahkamah Internasional akan mempergunakan:

---

<sup>71</sup> *Ibid*

<sup>72</sup> Mahkamah Keadilan Internasional, “Statuta Mahkamah Keadilan Interasional (ICJ *Statue*)” <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>, diunduh pada 24 Mei 2012.

<sup>73</sup> Kusumaatmadja dan Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, 115.



1. Perjanjian Internasional, baik yang bersifat umum maupun khusus, yang mengandung ketentuan hukum yang diakui secara tegas oleh negara-negara yang bersengketa;
2. Kebiasaan Internasional, sebagai bukti dari suatu kebiasaan umum yang telah diterima sebagai hukum;
3. Prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab;
4. Keputusan pengadilan dan ajaran para sarjana yang paling terkemuka dari berbagai negara sebagai sumber tambahan untuk menetapkan kaidah hukum.

Urutan penyebutan sumber hukum dalam pasal 38 ayat 1 di atas tidak menggambarkan urutan pentingnya masing-masing sumber hukum itu sebagai sumber hukum formal, karena soal ini sama sekali tidak diatur oleh pasal 38. Satu-satunya klasifikasi yang dapat kita adakan ialah sumber hukum formal itu dibagi atas dua golongan, yaitu sumber hukum utama atau primer yang meliputi ketiga golongan sumber hukum yang tersebut terdahulu, dan sumber hukum tambahan atau subsidier yaitu keputusan-keputusan pengadilan dan ajaran sarjana-sarjana hukum yang paling terkemuka.<sup>74</sup>

Persoalan sumber hukum mana yang terpenting di antara ketiga sumber hukum primer yang disebutkan oleh Pasal 38 ayat 1 di atas sebenarnya bergantung kepada pangkal tolak atau sudut pandang. Jika ditinjau dari sumber hukum yang tertua maka kebiasaan internasional merupakan sumber hukum yang terpenting. Namun jika dilihat pada kenyataan bahwa semakin banyaknya persoalan yang dewasa ini diatur oleh hukum kebiasaan. Sumber hukum ketiga yaitu prinsip hukum umum juga dapat dijadikan sumber yang terpenting jika dilihat dari sudut fungsi sumber ini dalam perkembangan hukum baru oleh Mahkamah Internasional.<sup>75</sup>

Materi yang ada pada pasal di atas berbeda dengan pembagian sumber hukum internasional yang telah disebutkan sebelumnya. Terkait dengan putusan arbitrase dan aturan yang diakui oleh bangsa yang beradab dijadikan satu dan dinamakan dengan “prinsip hukum umum”. Kedua hal ini dimasukkan pada ICJ *Statue* untuk dasar tambahan untuk sebuah putusan pada kasus dimana sumber hukum materil yang lain tidak dapat membantu pengadilan.

---

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*, hal. 117

Prinsip hukum umum ini diaplikasikan secara analogi dan akan terbagi sesuai dengan konsep yang diakui oleh seluruh sistem dari hukum nasional. Perjanjian internasional merupakan sumber hukum materil yang kedua menurut Starke<sup>76</sup>. Efek dari perjanjian internasional tergantung pada hakikat dari perjanjian internasional itu sendiri. Terkait dengan hal ini, terdapat dua pembedaan terkait dengan perjanjian internasional, yakni *law making treaties* dengan *treaty contracts*.<sup>77</sup>

Perjanjian yang *law making treaties* merupakan sumber hukum internasional langsung. Sebuah perjanjian internasional yang *law making* pada hakikatnya tidak bisa menjadi satu peraturan dari hukum internasional secara universal. Pada dasarnya *law making treaties* ini terbagi menjadi dua, (1) Pemersatu dari hukum internasional yang universal, seperti UN Charter (2) atau berisi tentang peraturan umum. Jadi, perjanjian internasional yang *law making* merupakan universal atau umum, ini merupakan ‘Ruang Lingkup Konvensi’ (*Framework Convention*).<sup>78</sup>

Perjanjian yang merupakan *treaty contract* bukan merupakan sumber hukum internasional secara langsung. Biasanya perjanjian yang *treaty contract* hanya mengikat para pihaknya saja. Ada tiga hal yang dapat dipertimbangkan<sup>79</sup>:

1. Sekumpulan perjanjian internasional yang mengatur peraturan yang sama, yang kemudian menghasilkan hukum kebiasaan internasional. Contohnya perjanjian bilateral tentang ekstradisi.
2. Perjanjian internasional yang aslinya disepakati oleh sedikit pihak, peraturan-peraturan yang ada kemudian digeneralisasikan dengan penerimaan yang bebas atau dengan tiruan. Pada kondisi ini, perjanjian internasional menghadirkan posisi awal pada proses pemakaian hukum kebiasaan.

---

<sup>76</sup> J.G. Starke merupakan seorang Profesor untuk bidang hukum kemanusiaan (*humanitarian law*) pada *International Institute of Humanitarian Law*, San Remo, Italia.

<sup>77</sup> Starke, *Introduction to International Law*, hal. 37.

<sup>78</sup> *Ibid.*, hal. 49.

<sup>79</sup> *Ibid.*, hal 51 – 52.

3. Sebuah perjanjian internasional juga dapat dianggap sebagai nilai yang merupakan perpanjangan dari sebuah peraturan yang telah mengristal menjadi sebuah hukum dengan proses pengembangan yang bebas.

Jadi, dapat disimpulkan bahwa perjanjian internasional merupakan salah satu sumber hukum yang dianggap terpenting apabila dilihat dari sudut kenyataan bahwa semakin banyaknya persoalan yang diatur dengan perjanjian antara negara-negara termasuk pula yang tadinya diatur oleh hukum kebiasaan.

### 2.1.1. Hubungan antara Vienna Convention on The Law of Treaties 1969 dengan *Customary International Law*.

Banyak pasal-pasal dari VCLT yang diterima sebagai hukum kebiasaan internasional.<sup>80</sup> Sinclair pada bukunya yang berjudul *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969* menyatakan ia merujuk pada pasal 3(b), 4, 38, dan 43 VCLT yang berkaitan dengan hukum kebiasaan. Pertama, pada pasal 3 VCLT tentang persetujuan internasional yang tidak termasuk ke dalam lingkup VCLT menyatakan bahwa:

*Article 3*  
*International agreements not within the scope*  
*of the present Convention*

*The fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between States and other subjects of international law or between such other subjects of international law, or to international agreements not in written form, shall not affect:*

- a) the legal force of such agreements;*
- b) the application to them of any of the rules set forth in the present Convention to which they would be subject under international law independently of the Convention;*
- c) the application of the Convention to the relations of States as between themselves under international agreements to which other subjects of international law are also parties.*

Dengan terjemahan bebas dari pasal 3 VCLT sebagai berikut:

---

<sup>80</sup> R.K. Gardiner, *International Law*, hlm. 68.

### Pasal 3

Kenyataannya bahwa konvensi ini tidak diterapkan pada persetujuan internasional yang dibuat di antara negara-negara dan subjek hukum internasional lainnya atau diantara subjek hukum internasional lainnya, atau terhadap persetujuan internasional yang bukan dalam bentuk tertulis tidak berpengaruh pada:

- a. kekuatan hukum dari persetujuan tersebut.
- b. penerapan setiap aturan yang dinyatakan dalam konvensi ini terhadap semuanya itu yang menjadi subjek menurut hukum internasional yang terpisah dari konvensi ini.
- c. penerapan dan konvensi ini terhadap hubungan negara-negara di antara mereka sendiri menurut persetujuan internasional dimana subjek hukum internasional lainnya juga merupakan pihak.

Perhatikan pada pasal 3(b) VCLT yang menyatakan bahwa aturan yang diatur di dalam VCLT yang mana persetujuan tersebut akan tunduk berdasarkan hukum internasional terpisah dari VCLT sendiri tidak berpengaruh dengan kenyataan bahwa VCLT dalam kondisi tertentu tidak berlaku bagi mereka. Dijelaskan pada sesi pertama di Konferensi Wina terkait tujuan dari kalimat di atas bahwa konsep tentang aturan yang diatur dalam rumusan pasal pada saat pembahasan dapat diterapkan tidak hanya sebagai aturan konvensional tetapi juga karena mereka merupakan hukum kebiasaan internasional atau prinsip hukum umum.<sup>81</sup>

Selain itu juga dapat dilihat pada ketentuan yang menyatakan bahwa VCLT hanya berlaku pada perjanjian yang disepakati oleh negara setelah konvensi ini berlaku (27 Januari 1980, pasal 4 VCLT). Berikut merupakan isi dari pasal 4 VCLT:

#### *Article 4*

##### *Non-retroactivity of the present Convention*

*“Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.”*

---

<sup>81</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on The Law of Treaties*, hlm. 9

Terjemahan bebas dari Pasal 4 VCLT, yaitu sebagai berikut:

#### Pasal 4

Tanpa mengurangi arti dari penerapan aturan yang dinyatakan dalam Konvensi ini dimana perjanjian itu menjadi subjek menurut hukum internasional terpisah dari Konvensi, maka konvensi ini diterapkan hanya terhadap perjanjian-perjanjian yang dibuat oleh negara-negara setelah berlakunya Konvensi ini terhadap negara-negara tersebut.

Jika diperhatikan pada pasal di atas, dinyatakan kembali pada pasal ini bahwa tanpa mengabaikan "*without prejudice*" pada keberlakuan dari aturan yang terdapat pada VCLT, terhadap perjanjian internasional yang tunduk berdasarkan hukum internasional terpisah dari VCLT.<sup>82</sup> Aturan lain yang terdapat pada VCLT, yakni hukum kebiasaan internasional yang terdapat pada bagian pembukaan VCLT paragraf 8<sup>83</sup>, yang bunyi resmi dari paragraf ini ialah sebagai berikut:

*"Affirming that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention"*

Pada ketentuan di atas menyatakan bahwa kebiasaan internasional akan mengatur permasalahan-permasalahan yang tidak diatur oleh VCLT. Ketentuan ini memperlihatkan bahwa VCLT sendiri juga memberikan ruang terhadap hukum kebiasaan internasional untuk kemudian membantu menyelesaikan permasalahan yang mungkin timbul.

Pasal lain yang juga merupakan referensi dari hukum kebiasaan internasional yakni pasal 38 VCLT tentang aturan dalam perjanjian menjadi

---

<sup>82</sup> R.K. Gardiner, *International Law*, hlm. 68.

<sup>83</sup> Bunyi terjemahan bebas dari paragraf 8 bagian pembukaan dari VCLT yaitu sebagai berikut "Menegaskan bahwa atura hukum kebiasaan internasional akan mengatur masalah-masalah yang tidak diatur dengan ketentuan-ketentuan dari konvensi ini."

mengikat terhadap negara ketiga melalui kebiasaan internasional. Berikut merupakan isi resmi dari pasal 38 VCLT :

*Article 38  
Rules in a treaty becoming binding on third States  
through international custom*

*Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.*

Dengan terjemahan bebas dari Pasal 38 VCLT yakni sebagai berikut:

Pasal 38

Ketentuan-ketentuan sebagaimana tersebut di dalam pasal 34-37 itu tidak pula menutup kemungkinan adanya aturan yang tersebut di dalam perjanjian itu yang membuat keterikatan Negara Ketiga terhadap aturan hukum kebiasaan internasional yang sudah diakui.

Pasal ini dengan jelas menyatakan bahwa tidak mengesampingkan adanya hukum kebiasaan internasional yang dapat mengikat negara ketiga, meskipun negara ketiga ini bukan merupakan pihak dari suatu perjanjian internasional. Sehingga dapat dilihat bahwa adanya hukum kebiasaan internasional yang masih berlaku pada VCLT dan mengikat bagi semua negara.

Akibat dari pasal 38 VCLT juga membuat hukum perjanjian multilateral yang menciptakan aturan baru dalam hukum internasional juga dapat mengikat pada negara yang bukan pihak perjanjian tersebut. Sebagai contoh yakni pasal 2(6) Piagam PBB yang berbunyi sebagai berikut:

*“The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.”*

Ketentuan diatas menyatakan bahwa negara bukan anggota PBB (tidak meratifikasi Piagam PBB) pun akan bertindak sesuai dengan tujuan-tujuan yang terkandung dalam Piagam PBB.<sup>84</sup>

Pasal yang juga memperlihatkan adanya prinsip umum, yakni pasal 43 VCLT, yang mana isinya adalah sebagai berikut:

*Article 43  
Obligations imposed by international law  
independently of a treaty*

*The invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present Convention or of the provisions of the treaty, shall not in any way impair the duty of any State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it would be subject under international law independently of the treaty.*

Terjemahan bebas dari pasal 43 VCLT ini ialah sebagai berikut:

Pasal 43

Tidak sahnya, berakhirnya atau pemutusan perjanjian, penarikan diri sesuatu pihak dari perjanjian atau penangguhan bekerjanya perjanjian yang merupakan hasil penerapan Konvensi ini atau hasil dari ketentuan perjanjian, bagaimanapun juga tidak akan mengganggu kewajiban negara untuk memenuhi setiap kewajiban yang termuat di dalam perjanjian yang merupakan subyek hukum internasional di luar dari perjanjian.

Pasal ini berkaitan dengan kewajiban-kewajiban menurut hukum internasional di luar dari perjanjian. Pasal 43 VCLT ini diberikan komentar oleh perwakilan AS pada sesi pertama Konferensi Wina, Mr. Briggs, bahwa pasal ini mengandung sebuah aturan hukum internasional yang penting dan mendukung pasal 38 VCLT yang mana suatu aturan dalam perjanjian internasional dapat mengikat pihak ketiga sebagai hukum kebiasaan internasional.<sup>85</sup>

Meskipun, menguraikan pasal-pasal dari VCLT yang merupakan prinsip umum dari hukum internasional atau pasal-pasal yang merupakan usulan baru dari

---

<sup>84</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, (Jakarta: PT Tata Nusa, 2008), hlm. 98.

<sup>85</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*, hlm. 11.

ILC, pasal-pasal dari VCLT terus meningkat dianggap sebagai kodifikasi hukum, sebelum adanya konvensi, atau dianggap sebagai hukum kebiasaan internasional. Hal ini berpengaruh bahwa VCLT dapat berlaku pada perjanjian internasional yang dibuat sebelum adanya VCLT ataupun pada negara yang bukan merupakan pihak dari suatu perjanjian internasional.<sup>86</sup>

Gardiner dalam bukunya juga memberikan pandangan pada pasal yang menurutnya menonjol, yakni pasal 31-33 VCLT terkait dengan intepretasi. Bunyi dari ketiga pasal tersebut sebagai berikut:

*Article 31*  
*General rule of interpretation*

1. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*
2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*
  - a. *any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;*
  - b. *any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*
3. *There shall be taken into account, together with the context:*
  - a. *any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the*
  - b. *application of its provisions;*
  - c. *any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the*
  - d. *parties regarding its interpretation;*
  - e. *any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.*
4. *A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.*

*Article 32*  
*Supplementary means of interpretation*

*Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:*

- a. *leaves the meaning ambiguous or obscure; or*
- b. *leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.*

---

<sup>86</sup> R.K. Gardiner, *International Law*, hlm. 68.



### Article 33

#### *Interpretation of treaties authenticated in two or more languages*

1. *When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.*
2. *A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.*
3. *The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.*
4. *Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted*

Pasal-pasal di atas ini sulit untuk dinyatakan secara tegas bahwa mereka merupakan peraturan umum yang berlaku sebelum VCLT dibuat, bahwa mereka dikristalisasikan atau telah menjadi peraturan umum ketika Konvensi dibuat, atau pasal-pasal ini berubah menjadi prinsip umum beberapa hari setelahnya. Aturan-aturan tersebut kini telah diterima baik secara internasional maupun nasional oleh pengadilan dan Tribunal. Hal ini juga berlaku serupa dengan negara yang bukan merupakan pihak dari suatu perjanjian internasional.<sup>87</sup>

Vierdag berpendapat tentang hukum yang berlaku antara pihak dari VCLT dengan negara yang bukan pihak dari VCLT itu sendiri. Menurutnya hukum yang berlaku pada hubungan antara negara yang merupakan pihak dan bukan pihak dari VCLT itu ialah ‘*Double Regime*’. Maksud dari *double regime* itu sendiri berarti bahwa sebuah perjanjian yang diadakan antara negara yang merupakan pihak dari VCLT dan negara yang bukan merupakan pihak dari VCLT, berlakulah VCLT untuk satu pihak atau para pihak dan aturan dari hukum kebiasaan internasional untuk satu pihak atau para pihak.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> E.W. Vierdag, “*The Law Governing Treaty Relations between Parties to Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to The Convention*”, *The American Journal of International Law*, vol. 76 No. 4 (Oct. 1982), hal. 786-787.

Dengan adanya rezim ini tidak kemudian mengesampingkan ketentuan pasal 34 VCLT itu sendiri, yang mana berbunyi sebagai berikut:

*Article 34*

*General rule regarding third States*

*“A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.”*

Pada perjanjian bilateral, VCLT tidak dapat berlaku jika hanya salah satu para pihak yang terikat pada konvensi tersebut (kecuali pihak yang bukan merupakan pihak dari VCLT tersebut setuju untuk memberlakukan ketentuan pada perjanjiannya). Pihak yang terikat pada VCLT tidak dapat melawan pihak lain yang tidak terikat dengan menggunakan pasal 34 VCLT ataupun prinsip hukum umum lainnya. Pihak yang tidak terikat kemudian juga tidak dapat melawan pihak yang sudah terikat dengan menggunakan prinsip hukum umum. Sedangkan untuk perjanjian multilateral dapat dilihat pada pasal 4 VCLT, berikut ini:

*Article 4*

*Non-retroactivity of the present Convention*

*Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.*

Sehingga untuk perjanjian bilateral, yang hanya satu negara saja yang merupakan pihak dari VCLT, maka berlaku hukum kebiasaan internasional dan perjanjian yang berlaku *double regime* akan memiliki relevansi hukum hanya dengan kaitannya terhadap perjanjian internasional yang disepakati oleh lebih dari dua negara.<sup>89</sup> Contoh terdapat tiga negara hendak membuat perjanjian

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, hal 787.

internasional, dua diantaranya merupakan pihak dari VCLT sedangkan yang satu pihak lainnya bukan merupakan pihak dari VCLT maka pada kasus ini VCLT akan berlaku pada dua negara yang merupakan pihak dari VCLT saja, sedangkan hukum kebiasaan internasional akan berlaku pada ketiganya termasuk yang bukan pihak dari VCLT itu sendiri.

Tidak semua pasal dari konvensi akan diberlakukan secara canggung, tidak dapat diberlakukan, atau tidak dapat dipertahankan pada situasi dimana hanya beberapa negara yang merupakan pihak dari VCLT. Oleh karena itu memang perlu diketahui dulu sebelumnya terdapat beberapa perbedaan jenis-jenis dari pasal pada VCLT itu sendiri. Jenis pasal-pasal pada VCLT dapat dibedakan antara *codificiary provisions*, *compatible provisions*, *provisions of doubtful compatibilty*, dan *incompatible provisions*.<sup>90</sup>

Pada *codificiary provisions*, ini merupakan istilah untuk pasal yang mana double regime hanya persoalan bentuknya saja daripada isi, karena pasal-pasal ini dapat dianggap menentukan kodifikasi dengan kaku. Contoh-contohnya adanya penggunaan kata-kata “*rules set forth in the ..... Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention*”, pada pasal 4 VCLT. Contoh lainnya seperti pada pasal 26 VCLT (terkait dengan pacta sunt servanda), pasal 6 (terkait kewenangan negara dalam membuat perjanjian internasional), pasal 27 VCLT (tentang hukum nasional dan ketaatan perjanjian internasional), dan pasal 74 VCLT (tentang hubungan diplomatik dan konsular dan pembuatan perjanjian internasional).<sup>91</sup>

Jenis *compatible provisions* biasanya terdapat kalimat “*unless the treaty otherwise provides*”. Contoh pasal 11 VCLT yang menyerahkan cara menyepakati suatu perjanjian internasional berdasarkan VCLT kepada para pihak. Sehingga dapat dikatakan bahwa double regime tidak akan menyebabkan kesulitan. Sebenarnya banyak pasal yang secara tidak langsung menyatakan seperti ini, namun tidak dinyatakan jelas dengan kalimat untuk menutupi persoalan yang sepenuhnya akan dikendalikan oleh para pihak.

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, hal. 788-801.

<sup>91</sup> *Ibid.*

Pasal yang berjenis *provisions of doubtful compatibility* memberikan persyaratan formal atau khusus yang tidak diatur pada hukum kebiasaan internasional. Contoh pada pasal 5 terkait perjanjian internasional yang membentuk organisasi internasional dan perjanjian yang disahkan oleh organisasi internasional. Pasal ini menggunakan kalimat “*without prejudice to any relevant rules of the organization*”, namun tidak menjawab pertanyaan kapan dan bagaimana pengaruh dari keadaan yang digambarkan dari pasal 5 VCLT. Masalah tidak akan timbul jika seluruh pihak dari organisasi internasional merupakan pihak dari VCLT, karena persyaratan yang diminta oleh ketentuan ini sulit dipenuhi.

*Incompatible provisions* merupakan jenis pasal yang ditunjukkan oleh ketentuan dalam Bab V VCLT yang berisi ketidakabsahan, pemberhentian, dan penundaan atas pelaksanaan suatu perjanjian internasional. Contoh pasal 69 VCLT yang menyatakan bahwa:

*“A treaty the invalidity of which established under the present Convention is void.”*

Apakah dengan ketentuan ini lantas berarti bahwa perjanjian yang ketidakabsahannya berdasarkan pasal ini menjadi batal? Aturan dari Bab V ini dianggap sebagai pandangan tentang hubungan perjanjian internasional antara negara yang merupakan pihak VCLT dan bukan pihak dari VCLT.

Jadi, dapat disimpulkan bahwa VCLT merupakan hukum kebiasaan internasional yang telah dikodifikasikan, sehingga adanya kemungkinan suatu aturan dari VCLT dapat mengikat suatu negara meskipun bukan merupakan anggota dari VCLT. Hal ini juga berlaku pada perjanjian internasional lain, adanya kemungkinan suatu negara dapat terikat pada suatu perjanjian internasional, meskipun negara tersebut bukan pihak dari perjanjian internasional tersebut karena dianggap sebagai hukum kebiasaan internasional. Selain itu, kebiasaan internasional juga tetap akan berlaku pada hal-hal yang belum diatur oleh VCLT itu sendiri.

## 2.2. Keberlakuan Perjanjian Internasional Berdasarkan *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*.

Sebelum suatu perjanjian internasional dapat diberlakukan, tentu sebelumnya perjanjian internasional tersebut telah melalui proses pembuatan yang sudah sesuai dengan VCLT itu sendiri. Singkatnya proses pembuatan suatu perjanjian internasional, yakni penugasan orang-orang yang mewakili negaranya sebagai negara peserta dengan memberikan kewenangan sesuai dengan apa yang diperintahkan, adanya tahap perundingan, penandatanganan, ratifikasi, aksesi, pencatatan, penerbitan, dan yang terakhir adalah penerapan dan pemberlakuan perjanjian internasional.<sup>92</sup>

Berlakunya suatu perjanjian internasional merupakan tahap terakhir dari pembuatan suatu perjanjian internasional. Sebuah perjanjian biasanya mulai berlaku setelah negara-negara perunding telah menyatakan kesepakatannya untuk mengikat diri pada perjanjian tersebut.<sup>93</sup> Persetujuan dari sebuah negara untuk terikat pada sebuah perjanjian internasional dinyatakan dengan tanda tangan, pertukaran instrumen, ratifikasi, penerimaan (*acceptance*), persetujuan (*approval*) atau aksesi (*accession*), atau dengan cara lain sesuai dengan kesepakatan.<sup>94</sup>

VCLT mengatur bagaimana prosedur dari suatu perjanjian internasional dibuat. Tahap persiapan amatlah penting untuk mengerti perjanjian internasional secara umum dan untuk interpretasi secara individu. Perjanjian bilateral dinegosiasikan antara dua negara dan ketika timbul kebutuhan untuk mengatur hubungan antara mereka untuk masalah khusus. Biasanya perjanjian bilateral mengikat dengan tanda tangan. Sedangkan, perjanjian multilateral jarang jika mengikat hanya karena tanda tangan. Biasanya tanda tangan diperlukan untuk

<sup>92</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, hlm. 47.

<sup>93</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, (Jakarta: PT Tata Nusa, 2008), hlm. 77, sebagaimana yang dikutip dari R. Platzoder., *Substantive Changes in a Multilateral Treaty Before its Entry Into Force, The Case of the 1982 UNCLOS*, Ejl 4 (1993), hlm. 390-402

<sup>94</sup> R.K. Gardiner., *International Law.*, hlm. 72

ratifikasi entah karena permintaan perjanjian internasional itu sendiri atau karena persyaratan yang diminta dari negotiatornya.<sup>95</sup>

Ketentuan-ketentuan mengenai pembuatan perjanjian internasional dapat dilihat pada pasal 8 – pasal 18 VCLT. Pada ketentuan tersebut jelas mengatur dimulai dari kewenangan pembuatan suatu perjanjian internasional (pasal 6 – pasal 9 VCLT), otentikasi perjanjian internasional (pasal 10 VCLT), cara menyatakan kesepakatan terhadap suatu perjanjian internasional (pasal 11 VCLT), penandatanganan (pasal 12 VCLT), ratifikasi (pasal 14), dan pertukaran instrumen yang telah diratifikasi (pasal 16 VCLT).

Pada prinsipnya, tanda tangan dan ratifikasi memiliki peranan yang sama dalam perjanjian bilateral maupun perjanjian multilateral. Entah ketua delegasi telah memiliki kewenangan untuk mengambil langkah penandatanganan perjanjian internasional yang bergantung kepada kekuasaan atau *power*<sup>96</sup> yang diberikan.<sup>97</sup> Berdasarkan VCLT, ratifikasi merupakan tindakan internasional dimana negara menyatakan persetujuannya dalam ranah internasional untuk terikat pada suatu perjanjian internasional.<sup>98</sup> Sehingga ratifikasi, dalam hukum internasional merupakan tindakan internasional dimana sebuah dokumen tertulis ditukar dengan pihak lain (jika bilateral) atau didepositkan (jika multilateral) atas nama negara, menunjukkan komitmen negara pada sebuah perjanjian internasional. Jadi, sebuah negara terikat pada sebuah perjanjian internasional melalui proses ratifikasi internasional, bukan prosedur domestik dengan deskripsi yang sama.<sup>99</sup>

Berlakunya suatu perjanjian internasional dapat diperlambat dengan adanya ketentuan dalam perjanjian internasional itu sendiri, misalnya terkait dengan persyaratan-persyaratan pada suatu perjanjian internasional yang diperlukan

---

<sup>95</sup> *Ibid.*, hlm. 69

<sup>96</sup> *Full Powers* merupakan dokumen yang menjelaskan tentang kewenangan dari tertulis yang diberikan oleh pemerintah yang berwenang kepada ketua delegasi untuk diperlihatkan kepada negotiator lain, berdasarkan pasal 2(1)(b) dan pasal 7.

<sup>97</sup> R.K. Gardiner., *International Law*, hlm. 69

<sup>98</sup> Pasal 2(1)b VCLT

<sup>99</sup> R.K. Gardiner., *International Law*, hlm. 70.

adanya penyesuaian terhadap perundang-undangan nasional masing-masing.<sup>100</sup> Pada perjanjian internasional dengan banyak negara yang ikut serta, seringkali pada perjanjiannya ditetapkan bahwa perjanjian itu akan berlaku jika sudah diratifikasi oleh sejumlah negara.<sup>101</sup>

Pada VCLT sendiri terdapat dua pasal yang mengatur tentang keberlakuan suatu perjanjian internasional, yakni pasal 24 dan pasal 25 VCLT. Pertama akan dilihat terlebih dahulu pasal 24 VCLT. Bunyi pasal tersebut adalah sebagai berikut:

*Article 24*

*Entry into force*

1. *A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree.*
2. *Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.*
3. *When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides.*
4. *The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.*

Terjemahan bebas dari pasal 24 VCLT, yakni sebagai berikut<sup>102</sup> :

1. Suatu perjanjian berlaku sedemikian rupa dan mulai tanggal yang akan ditetapkan dalam perjanjian tersebut atau sesuai dengan persetujuan negara-negara perunding;
2. Apabila tidak terdapat ketentuan atau persetujuan semacam itu, maka perjanjian itu berlaku setelah negara-negara perunding menyatakan kesepakatan mereka untuk mengikatkan diri pada perjanjian itu;

<sup>100</sup> Sumaryo Suryokusumo, Hukum Perjanjian Internasional, 77.

<sup>101</sup> Sumaryo Suryokusumo, Hukum Perjanjian Internasional, (Jakarta: PT Tata Nusa, 2008), hlm. 77, sebagaimana yang dikutip dari Peter Malanczuk., *Modern Introduction to International Law, Seventh Revised Edition*, hlm. 135-136.

<sup>102</sup> Sumaryo Suryokusumo, Hukum Perjanjian Internasional, 78.

3. Jika kesepakatan negara untuk mengikatkan diri pada perjanjian itu dilakukan pada tanggal setelah perjanjian itu dilakukan pada tanggal setelah perjanjian itu berlaku, maka perjanjian itu berlaku bagi negara itu pada tanggal tersebut, kecuali jika perjanjian itu menyatakan lain;
4. Ketentuan-ketentuan dalam perjanjian yang mengatur tentang otentikasi naskah, pembuatan kesepakatan untuk mengikatkan diri pada perjanjian, cara dan tanggal berlakunya, reservasi, tugas depositary dan masalah-masalah lainnya yang timbul dan dianggap perlu sebelum berlakunya perjanjian akan diterapkan sejak saat pengesahan naskah perjanjian.

Berdasarkan pasal 24 VCLT di atas, keberlakuan dari suatu perjanjian internasional dimulai dari tanggal yang disepakati dari perjanjian internasional itu sendiri. Sehingga, tanggal berlakunya harus ditetapkan oleh para pihak sebelum perjanjian itu akan diterapkan pada waktu dilakukan pengesahan naskah perjanjian. Jika pada suatu perjanjian internasional tidak dinyatakan kapan berlakunya maka perjanjian internasional akan berlaku setelah negara-negara perunding menyatakan kesepakatan mereka untuk mengikatkan diri pada perjanjian itu berdasarkan pasal 24 ayat 2. Kemudian, jika terdapat negara yang menyatakan kesepakatannya untuk terikat pada sebuah perjanjian internasional setelah tanggal perjanjian itu berlaku maka perjanjian itu berlaku bagi negara itu pada tanggal menyatakan kesepakatannya, kecuali perjanjian menyatakan lain.

Terkait dengan penerapan sementara sebagian atau seluruh aturan dari suatu perjanjian internasional diatur pada pasal 25 VCLT. Bunyi pasal tersebut adalah sebagai berikut:

*Article 25*  
*Provisional application*

1. *A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:*
  - a. *the treaty itself so provides; or*
  - b. *the negotiating States have in some other manner so agreed.*
2. *Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the*



*other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.*

Berikut merupakan terjemahan bebas dari pasal 25 VCLT:

1. Sebuah perjanjian atau sebagian dari perjanjian sementara menunggu pemberlakuannya dapat diterapkan secara sementara dalam hal:
  - a. Perjanjian itu sendiri menyatakannya; atau
  - b. Negara-negara perunding sedemikian rupa telah menyetujuinya.
2. Kecuali jika dinyatakan dalam perjanjian itu atau negara-negara perunding telah menyetujuinya, penerapan sementara sebuah perjanjian atau sebagian dari sebuah perjanjian dalam kaitannya dengan suatu negara akan berakhir jika negara itu memberitahukannya kepada negara-negara lainnya di antara mana perjanjian itu diterapkan secara sementara karena maksud negara tersebut tidak akan menjadi pihak pada perjanjian tersebut.

Sehingga dengan ketentuan di atas maka keberlakuan suatu perjanjian internasional juga dapat berlaku secara sementara dengan adanya dua persyaratan. Pertama, ketentuan untuk berlaku secara sementara dinyatakan dalam perjanjian internasional tersebut dan yang kedua, negara-negara perunding telah menyetujuinya.<sup>103</sup> Ketentuan ini biasanya dipergunakan jika menyangkut masalah yang mendesak tetapi memerlukan ratifikasi.<sup>104</sup>

Jadi, dapat disimpulkan bahwa perjanjian internasional dapat berlaku setelah melalui proses pembuatan suatu perjanjian internasional telah dilalui, sehingga suatu perjanjian internasional dapat berlaku sesuai dengan tanggal yang disepakati atau jika tidak ada ketentuan kapan berlakunya maka perjanjian internasional tersebut berlaku pada tanggal suatu negara menyatakan kesepakatannya terhadap perjanjian internasional tersebut. Cara menyatakan kesepakatan terhadap suatu perjanjian internasional dapat dilakukan dengan cara penandatanganan, ratifikasi, pertukaran instrumen ratifikasi, atau cara lain yang telah disepakati oleh para pihak.

---

<sup>103</sup> Pasal 25 VCLT “Sebuah perjanjian atau sebagian dari perjanjian sementara menunggu pemberlakuannya dapat diterapkan secara sementara.”

<sup>104</sup> Sumaryo Suryokusumo, Hukum Perjanjian Internasional, hlm. 79.

### 2.3. Hubungan antara Hukum Nasional dengan Hukum Internasional

Seperti yang telah diketahui bahwa adanya dua pandangan tentang hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional, yakni pandangan yang dinamakan voluntarisme yang mana mendasarkan berlakunya hukum internasional ini pada kemauan negara dan pandangan objektivis yang menganggap ada dan berlakunya hukum Internasional ini lepas dari kemauan negara.<sup>105</sup>

Pandangan yang berbeda ini membawa akibat yang berbeda pula karena sudut pandangan yang pertama akan mengakibatkan adanya hukum Internasional dan hukum Nasional sebagai dua satuan perangkat hukum yang hidup berdampingan dan terpisah. Sedangkan pandangan objektivis menganggapnya sebagai dua bagian dari satu kesatuan perangkat hukum.<sup>106</sup>

#### 2.3.1. Paham Monisme Primat Hukum Nasional

Paham monisme didasarkan atas pemikiran kesatuan dari seluruh hukum yang mengatur hidup manusia. Dengan paham ini, hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua bagian dari satu kesatuan yang lebih besar yaitu hukum yang mengatur kehidupan manusia. Akibat dari pandangan ini, antara dua perangkat ketentuan hukum ini mungkin ada hubungan hirarki. Persoalan hirarki inilah yang kemudian menghasilkan pandangan yang berbeda, manakah yang lebih utama, hukum nasional atau hukum internasional.<sup>107</sup>

Paham ini dinamakan dengan paham monisme dengan primat hukum nasional. Pada hakikatnya menganggap bahwa hukum internasional itu bersumber pada hukum nasional. Berikut adalah alasan utama dari pandangan ini, yakni tidak ada satu organisasi di atas negara yang mengatur kehidupan negara-negara dan

<sup>105</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, hlm. 56.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*, hlm. 60

dasar hukum internasional yang mengatur hubungan internasional terletak dalam wewenang negara untuk mengadakan perjanjian internasional, jadi wewenang konstitusional. Kelemahan dasar ialah bahwa paham ini terlalu memandang hukum itu sebagai hukum tertulis semata-mata sehingga sebagai hukum internasional dianggap hanya hukum yang bersumberkan perjanjian internasional, suatu hal sebagaimana diketahui tidak benar.<sup>108</sup>

Selain itu, kelemahan dari primat hukum nasional ini dilihat sebagai penyangkalan terhadap adanya hukum Internasional yang mengikat negara. Meskipun secara teoritis dan logika hal ini memungkinkan, namun apabila terikatnya negara pada hukum internasional digantungkan pada hukum nasional, hal ini sama dengan menggantungkan berlakunya hukum internasional itu pada kemauan negara sendiri.<sup>109</sup>

Jadi, dapat disimpulkan bahwa paham monisme dengan primat hukum nasional menganggap hukum nasional dan hukum internasional merupakan satu kesatuan tatanan hukum sehingga dimungkinkan adanya konflik antara kedua hukum ini. Namun, jika memang terjadi pertentangan maka hukum nasional yang lebih unggul, karena hukum nasional dianggap sebagai sumber dari hukum nasional.

### **2.3.2. Paham Monisme Primat Hukum Internasional**

Sedangkan paham monisme dengan primat hukum internasional, hukum nasional itu bersumber pada hukum internasional yang menurut pandangannya merupakan suatu hirarki lebih tinggi. Paham ini berpengaruh di Perancis, dimana

---

<sup>108</sup> *Ibid.*, hlm. 61

<sup>109</sup> *Ibid.*, hlm. 62

hukum nasional tunduk pada hukum internasional dan kekuatan mengikatnya berdasarkan suatu pendelegasian wewenang dari hukum internasional.<sup>110</sup>

Secara konstruksi logika, memang paham ini memuaskan. Namun, pandangan ini tidak pernah luput dari kelemahan-kelemahan. Dengan kenyataan bahwa hukum nasional itu bergantung pada hukum internasional seolah membuat dalil bahwa hukum internasional telah ada terlebih dahulu sebelum adanya hukum nasional. Padahal, dalil tersebut bertentangan dengan kenyataan sejarah.<sup>111</sup>

Selain itu, terdapat dalil yang tidak dapat dipertahankan mengenai kekuatan mengikatnya hukum internasional atau bahwa hukum nasional merupakan suatu derivasi darinya. Karena pada kenyataan, kewenangan untuk mengikatkan diri pada suatu perjanjian internasional merupakan wewenang dari hukum nasional. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa tidak ada paham yang mampu memberikan jawaban yang memuaskan.

Jadi, dapat disimpulkan pada paham monisme dengan primat hukum internasional yakin bahwa hukum nasional dan hukum internasional berada pada satu tatanan hukum yang sama, sehingga dimungkinkan adanya konflik antara dua hukum ini. Namun, jika terjadi suatu konflik antara hukum nasional dengan hukum internasional maka hukum internasional yang lebih unggul. Hal ini dikarenakan hukum internasional dianggap menjadi sumber bagi hukum nasional.

### 2.3.3. Paham Dualisme

Kebebasan yang sama antara hukum internasional dan hukum nasional sering dikaitkan dengan kenyataan bahwa dua sistem mengatur dua subjek hukum yang berbeda. Hukum nasional mengatur perilaku individu, sedangkan hukum

---

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.*, hlm. 63

internasional mengatur perilaku negara. Pada bukunya yang berjudul Pengantar Hukum Internasional, Prof Mochtar telah menunjukkan bahwa perilaku negara dapat didiskresikan pada individu yang mewakili negara. Jadi, perbedaan yang ada pada subjek hukum nasional tidak dapat membuat perbedaan antara subjek yang mana perilaku mereka atur.

Sehingga, internasional dan hukum nasional sebagai sistem tidak dapat berbenturan. Apa yang dimaksud terjadi adalah jelas berbeda yang dinamakan dengan konflik dari kewajiban dan ketidak mampuan negara pada hukum domestik untuk berperilaku yang diminta dari hukum internasional. Supremasi hukum internasional pada lapangan internasional tidak kemudian membuat hakim mengesampingkan hukum nasional dan memberlakukan hukum internasional. Terkait bisa atau tidak bisanya, hakim bergantung pada hukum nasionalnya, atau pada aksi legislasi atau administrasi.<sup>112</sup>

Supremasi hukum internasional pada bidang hukum internasional berarti bahwa jika tidak ada yang dapat atau dilakukan yang telah, keinginan negara, pada bidang internasional, telah melanggar kewajiban hukum internasional yang mana kemudian akan bertanggung jawab secara internasional dengan ketentuan bahwa hukum domestik tidak bisa menjadi jalan keluarnya.<sup>113</sup>

Aliran dualisme pernah sangat berpengaruh di Jerman dan Italia. Alasan yang diajukan oleh penganut aliran dualisme ini, yaitu hal-hal sebagai berikut<sup>114</sup> :

1. Kedua perangkat hukum tersebut memiliki sumber hukum yang berbeda
  2. Kedua perangkat hukum tersebut memiliki subjek hukum yang berbeda
  3. Kedua perangkat tersebut memiliki perbedaan dalam strukturnya.
- Sehingga kenyataan ketentuan hukum nasional tetap berlaku secara efektif sekalipun bertentangan dengan ketentuan hukum Internasional.

Pandangan dualisme mempunyai akibat penting. Salah satunya yaitu kaidah-kaidah dari perangkat hukum yang satu tidak mungkin bersumber atau berdasar

<sup>112</sup> DJ Harris, "*Cases and Materials on International Law. Sixth Edition.*" (London: Sweet&Maxwell, 2004), hlm 68.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional.*, hlm. 57.

pada perangkat hukum yang lain. Dengan perkataan lain, dalam teori dualisme tidak ada tempat bagi persoalan hirarki antara hukum nasional dan hukum internasional karena pada hakikatnya kedua perangkat hukum ini tidak saja berlainan dan tidak bergantung satu sama lainnya tapi juga lepas dari yang lainnya.<sup>115</sup>

Akibat kedua ialah tidak mungkin adanya pertentangan antara kedua perangkat hukum itu, yang mungkin hanya penunjukkan (*renvoi*) saja. Dengan paham dualisme, ada ketentuan hukum Internasional memerlukan transformasi menjadi hukum nasional sebelum dapat berlaku dalam lingkungan hukum nasional.<sup>116</sup> Hal ini juga sejalan seperti apa yang dikatakan oleh Damos Dumoli dalam bukunya yang menyatakan bahwa konsekuensi dari aliran dualisme adalah diperlukannya lembaga hukum transformasi untuk mengkonversikan hukum internasional ke dalam hukum nasional berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk prosedur konversi ini.<sup>117</sup>

Pengikatan diri suatu negara ke suatu perjanjian (misalnya melalui ratifikasi) harus dilanjutkan proses transformasi melalui pembuatan legislasi nasional. Dengan dikonversikannya kaidah hukum internasional ini ke dalam hukum nasional, maka kaidah tersebut akan berubah karakter menjadi produk hukum nasional dan berlaku sebagai hukum nasional dan berlaku sebagai hukum nasional serta tunduk dan masuk pada tata urusan perundang-undangan nasional.<sup>118</sup> Jadi, hukum Internasional akan berlaku setelah ditransformasikan dan menjadi hukum nasional.

Namun, teori dualisme ini mampu ditepis dengan adanya argumen bahwa hukum ada dan berlaku bukan karena adanya kemauan negara ataupun masyarakat hukum Internasional, tetapi karena adanya kebutuhan. Sehingga tidak tepat jika

---

<sup>115</sup> *Ibid.*, hlm. 58

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Damos Dumoli, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, cet 1, (Bandung: PT Refika Aditama, 2010), hlm. 97.

<sup>118</sup> *Ibid.*

dinyatakan bahwa sumber hukum nasional dan internasional berlainan, karena pada hakikatnya sama yakni adanya kebutuhan.<sup>119</sup>

Keberatan terbesar terhadap teori dualisme adalah pemisahan mutlak antara hukum nasional dengan hukum Internasional tidak dapat menerangkan dengan cara memuaskan kenyataan bahwa dalam praktik sering sekali bahwa hukum nasional itu tunduk pada atau sesuai dengan hukum internasional. Kenyataan bahwa ada kalanya hukum nasional yang berlaku bertentangan dengan hukum internasional, bukan merupakan bukti perbedaan struktural seperti dikatakan kaum dualis, melainkan hanya bukti kurang efektifnya hukum internasional.<sup>120</sup>

Jadi dapat disimpulkan bahwa pada paham dualisme, hukum nasional dan hukum internasional dianggap menjadi dua entitas yang berbeda dan tidak pada tatanan hukum yang sama. Sehingga tidak mungkin terjadi konflik di antara keduanya.

## **2.4. Pelaksanaan Perjanjian Internasional**

### **2.4.1. Menurut *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969***

Pada waktu perjanjian itu berlaku, maka harus juga diberlakukan oleh negara-negara pihak dengan itikad baik.<sup>121</sup> Pasal 26 VCLT<sup>122</sup> yang berbunyi sebagai berikut:

*Article 26*

*“Pacta sunt servanda”*

*“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”*

<sup>119</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan Ety R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional.*, hlm. 59.

<sup>120</sup> *Ibid.*, hlm. 60.

<sup>121</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, hlm. 82.

<sup>122</sup> Bunyi pasal 26 VCLT yang dapat diunduh di [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) diakses pada 25 Mei 2012.

Pasal 26 VCLT di atas tersirat di dalamnya dua prinsip yang penting yaitu prinsip *pacta sunt servanda* dan prinsip itikad baik (*good faith*).<sup>123</sup> Dengan adanya prinsip *Pacta Sunt Servanda* maka perjanjian mengikat para pihak yang membuatnya dan harus dilaksanakan dengan itikad baik.<sup>124</sup> Ketentuan ini disebut dengan istilah hubungan perjanjian internasional atau '*Treaty Relation*' yang mana berisikan kewajiban dan komitmen hukum dari satu pihak dengan pihak lainnya untuk kemudian dapat mengamati kewajiban tertentu dari hubungan mereka.<sup>125</sup>

Sedangkan pada prinsip itikad baik (*good faith*) merupakan persyaratan moral agar perjanjian tersebut dapat dilakukan dengan sungguh-sungguh. Prinsip ini telah disinggung secara implisit dalam Mukadimah Piagam PBB yang menyatakan bahwa PBB bertekad atau menciptakan suasana dimana keadilan dan menghormati kewajiban yang timbul baik dari perjanjian maupun sumber hukum internasional lainnya dapat dilaksanakan.<sup>126</sup>

Dengan adanya penjelasan di atas maka jelas bahwa suatu perjanjian internasional dalam pelaksanaannya terdapat dua prinsip penting, yakni *pacta sunt servanda* dan *good faith* (itikad baik). Menjadi keharusan dari semua negara untuk melaksanakan dengan itikad baiknya kewajiban yang timbul dari perjanjian itu dan sumber hukum internasional lainnya.<sup>127</sup> Sehingga sebagai salah satu konsekuensi timbulah suatu ketentuan bahwa suatu negara tidak dapat menggunakan hukum nasional untuk menjustifikasi kegagalannya dalam menjalankan kewajiban yang timbul dari perjanjian internasional.<sup>128</sup>

## 2.4.2. Menurut Ketentuan Negara

### 2.4.2.1. Indonesia

---

<sup>123</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, 83.

<sup>124</sup> R.K. Gardiner, *International Law*, hlm. 57.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, hlm. 82.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> *Ibid.*



Sistem hukum Indonesia sayangnya belum mengindikasikan apakah menganut monisme, dualisme, atau kombinasi keduanya dan belum berkembang ke arah politik hukum yang jelas.<sup>129</sup> Berdasarkan Amandemen ke III UUD 1945, terdapat pengaturan tentang perjanjian internasional dalam pasal 11 ayat 2 yang menyatakan bahwa:

#### Pasal 11

2. Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.

Dalam pasal ini hanya mengatur kriteria dari suatu perjanjian internasional yang harus mendapat persetujuan DPR, tanpa mengatur status tentang perjanjian internasional dalam perundang-undangan di Indonesia. Sehingga belum memberikan pengaturan lain tentang perjanjian internasional.

Selain ketentuan di atas, peraturan relevan tentang masalah hubungan hukum internasional dengan hukum nasional ini adalah Pasal 22(a) *Algemene Bepalingen (AB)*<sup>130</sup> yang menyatakan bahwa kekuasaan hakim dibatasi oleh pengecualian-pengecualian yang ditetapkan oleh hukum internasional.<sup>131</sup> Bunyi dari pasal tersebut adalah sebagai berikut:

#### Pasal 22 a

(s.d.t. dg. S. 1918-234.) Kekuasaan hukum dari hakim, pelaksanaan dari keputusannya dan akteakte otentik, dibatasi dengan pengecualian-pengecualian yang diakui sebagai hukum kemasyarakatan. (RO. 199.)

Dengan kenyataan bahwa Pasal 11(2) UUD 1945 belum menjadi pengaturan yang cukup tentang perjanjian internasional maka terdapat penjelasan lebih lanjut

<sup>129</sup> Damos Dumoli, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktek Indonesia*, 104.

<sup>130</sup> Indonesia, *Staatsblad* 1847 Nomor 23 (AB).

<sup>131</sup> *Ibid.*, hal. 104.

dengan Surat Presiden No. 2826/HK/1960<sup>132</sup>, sebelum berlakunya UU No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.<sup>133</sup> Berdasarkan Surat Presiden ini, pengesahan perjanjian internasional dapat dilakukan melalui undang-undang atau Keputusan Presiden, tergantung dari materi yang diatur dalam perjanjian internasional.

Alasan tersebutlah yang kemudian melahirkan UU No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (“UU Perjanjian Internasional”). Undang-undang tersebut mengatur tentang pembuatan, pengesahan, pemberlakuan, penyimpanan, dan pegakhiran dari suatu Perjanjian Internasional. Namun, menurut Damos Dumoli UU Perjanjian Internasional kurang tegas menjawab pertanyaan tentang politik hukum status perjanjian internasional dalam hukum nasional. Ketidaktegasan tentang perjanjian internasional disebabkan oleh hal-hal sebagai berikut<sup>134</sup> :

1. Para perumus undang-undang ini dipengaruhi oleh pemikiran yang berkembang saat itu melalui pandangan Prof. Mochtar Kusumaatmadja yang mengindikasikan bahwa Indonesia menganut aliran monisme primat hukum internasional. Pandangan ini juga mewarnai pandangan Kementerian Luar Negeri RI sebagai lembaga pemerintah yang membina standardisasi tentang pembuatan perjanjian internasional. Akibatnya isu tentang hubungan perjanjian internasional dengan hukum nasional tidak menjadi tidak menjadi agenda krusial dalam pembahasan undang-undang ini dapat diasumsikan bahwa teori monisme merupakan pedoman dasar dalam penyusunannya. Hal ini tercermin dari pasal 13 UU Perjanjian Internasional yang menginstruksikan bahwa setiap undang-undang atau Perpres yang mengesahkan perjanjian internasional ditempatkan dalam lembaran negara. Pada penjelasannya diartikan bahwa dengan

---

<sup>132</sup> Surat Presiden No. 2826/HK/1960 tertanggal 22 Agustus 1960 yang ditujukan kepada Ketua DPR dan telah menjadi pedoman dalam proses pengesahan perjanjian internasional selama bertahun-tahun.

<sup>133</sup> Indonesia, *Undang-Undang tentang perjanjian Internasional*, UU No. 24 tahun 2000, LN No. 185 Tahun 2000, TLN No. 4012.

<sup>134</sup> Damos Dumoli, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktek*, 104.

penempatannya dalam lembaga negara maka perjanjian tersebut mengikat seluruh warga negara RI. Suatu konstruksi yang sangat kental dengan warna monisme.

2. UU Perjanjian Internasional ini merupakan kodifikasi dari praktik negara RI tentang pembuatan Perjanjian Internasional yang sebelumnya dilandaskan pada Surat Presiden RI No. 2826/HK/1960 kepada DPR tentang Pembuatan Perjanjian-perjanjian dengan Negara Lain.
3. Dunia akademisi pada waktu itu tidak atau belum menyediakan jawaban atau doktrin tentang hubungan hukum internasional dan nasional.
4. Yurisprudensi Indonesia belum memberi kontribusi untuk teridentifikasinya persoalan ini sehingga nyaris bukan merupakan persoalan yuridis yang perlu mendapat perhatian perumus UU Perjanjian Internasional.

Seperti yang dinyatakan sebelumnya bahwa politik hukum di Indonesia belum jelas, meskipun dalam literatur Indonesia, beberapa ahli hukum sudah mulai menyentuh tentang status traktat di Indonesia. Menurut Prof. Utrecht secara tegas menyatakan bahwa Indonesia menganut monisme primat hukum internasional yang ditandai oleh pidato Perdana Menteri RIS Muhammad Hatta pada tanggal 11 Agustus 1950. Dalam pidato ini, Hatta menyatakan: “Berdasarkan anggapan-anggapan yang diterima dalam pergaulan antara negara-negara, maka traktat itu lebih tinggi daripada undang-undang dasar.”<sup>135</sup> Prof. Utrecht juga melihat praktek di Indonesia pada masa itu mendahulukan (memberi prioritas kepada), misalnya perjanjian-perjanjian Konferensi Meja Bundar.<sup>136</sup>

Selanjutnya pada periode Orde Baru, Prof. Mochtar Kusumaatmadja secara jelas memotret bahwa Indonesia mengarah pada monisme primat hukum internasional dan menyarankan agar di kemudian hari pilihan politik yang diambil

---

<sup>135</sup> Damos Dumoli, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, cet 1, (Bandung: PT Refika Aditama, 2010), hal. 103, sebagaimana dikutip dalam Utrecht dan Mohammad Saleh Djindang, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: P.T. Ichtiar Baru, 1983.

<sup>136</sup> *Ibid.*

adalah aliran ini.<sup>137</sup> Hal ini sebagaimana Prof. Mochtar jelaskan dalam bukunya bahwa pada praktek dewasa ini hukum internasional cukup memiliki wibawa terhadap hukum nasional untuk mengatakan bahwa pada umumnya hukum nasional itu pada hakikatnya tunduk pada hukum internasional. Dilihat dari kenyataan bahwa sekarang ini negara-negara menghormati garis batas antara wilayah negara yang satu dengan negara yang lain. Usaha mengubah perbatasan dengan cara kekerasan seperti masa lampau hampir tidak pernah terjadi lagi. Bahkan pada masa lampau pun, terdapat ketentuan hukum perang menghormati wilayah negara dalam arti bahwa pendudukan militer saja belum dengan sendirinya mengakibatkan perubahan batas wilayah. Kalaupun sengketa tentang batas wilayah ini sesekali terjadi hal tersebut merupakan pengecualian yang terjadi atas kaidah hukum internasional yang pada umumnya ditaati.<sup>138</sup>

Contoh lain dari kaidah hukum internasional yang ditaati ialah hukum yang mengatur tentang perjanjian internasional. Pada umumnya, negara-negara mentaati kewajiban yang bersumber pada perjanjian internasional dengan negara lain.<sup>139</sup> Hal ini dapat dilihat pada kasus *La Grand* yang akan di bahas pada bab selanjutnya. Pada kasus tersebut dapat dilihat adanya kewajiban yang timbul dari *Vienna Convention on The Consular Relation 1963* yang harus ditaati oleh para pihak, yang mana pada kasus tersebut melibatkan Amerika dan Jerman. Kasus *La Grand* bahkan setelah itu menjadi rujukan bagi pertimbangan hakim pada kasus *Avena*.<sup>140</sup>

Dalam bidang hubungan diplomatik dan konsuler juga pada umumnya ketentuan tentang hak istimewa dan kekebalan diplomatik dan konsuler ditaati oleh negara-negara. Meskipun terkadang juga terdapat pelanggaran terkait hal ini.<sup>141</sup> Juga mengenai perlakuan terhadap orang asing dan hak milik asing yang

---

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, hal. 64-66.

<sup>139</sup> *Ibid.*, hal. 66.

<sup>140</sup> Kasus *Avena* (Mexico v Amerika), Putusan 31 Maret 2004, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=605&code=mus&p1=3&p2=3&p3=6&case=128&k=18>, diakses pada 10 Juni 2012.

<sup>141</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, hal. 67-68.

diberikan oleh hukum internasional ditaati oleh semua negara. Contoh kasusnya, ialah kasus Bremen dimana Indonesia dianggap telah melanggar hukum internasional karena tidak memenuhi dalil hukum internasional terkait dengan ganti rugi, yakni harus *prompt, effective, dan adequate*. Pihak tergugat yang pada saat itu adalah Perusahaan Tembakau Jerman-Indonesia yang dibantu oleh Indonesia. Pada kasus tersebut, tergugat berdalih bahwa nasionalisasi yang dilakukan oleh Indonesia merupakan perubahan struktur ekonomi yang kolonial menjadi ekonomi yang bersifat nasional radikal.<sup>142</sup>

Pada kasus ini, jika mengikuti dalil yang dinyatakan Belanda, dikhawatirkan maka setiap negara berkembang yang hendak mengubah struktur ekonominya menjadi tidak mungkin karena sulit untuk dipenuhi. Sehingga ganti ruginya disesuaikan dengan kemampuan dari negara muda berkembangnya masing-masing. Pendirian yang dimiliki oleh Indonesia sendiri merupakan pendirian resmi dalam konferensi *Asian African Legal Consultative Committee III* (“AALCC”). Kepustakaan hukum internasional terkemuka mengenai persoalan ganti rugi yang mana ditemukan juga dalil yang baru berkembang, yakni ganti rugi dilakukan sesuai dengan ketentuan perundangan nasional negara yang melakukan nasionalisasi. Hal ini menunjukkan negara tunduk pada hukum internasional yang mana juga sebagai pengakuan atas primat hukum internasional atas hukum nasional.<sup>143</sup>

Ketentuan tentang perjanjian internasional juga diatur dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan dan Perundang-undangan<sup>144</sup>, namun hanya hal-hal yang menyangkut hal teknis saja, seperti bagaimana prosedur pengesahan suatu perjanjian internasional. Namun, terkait status tentang perjanjian internasional dalam hierarki perundang-undangan hukum Indonesia masih belum diatur, hal ini dapat dilihat pada pasal 7 ayat 1 sebagai berikut:

#### Pasal 7

---

<sup>142</sup> *Ibid.*, hal. 69-71.

<sup>143</sup> *Ibid.*, hal 71-73.

<sup>144</sup> Indonesia, *Undang-Undang Pembentukan Peraturan dan Perundang-undangan*, UU No. 12 tahun 2011, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234.

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

Kemudian selanjutnya ketentuan mengenai siapa yang berwenang mewakili Indonesia dalam melakukan tugas pembuatan suatu perjanjian internasional. Berdasarkan pasal 7 UU Perjanjian Internasional, adalah sebagai berikut:

#### Pasal 7

1. Seseorang yang mewakili Pemerintah Republik Indonesia, dengan tujuan menerima atau menandatangani naskah suatu perjanjian atau mengikatkan diri pada perjanjian internasional, memerlukan Surat Kuasa.
2. Pejabat yang tidak memerlukan Surat Kuasa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Angka 3 adalah :
  - a. Presiden, dan
  - b. Menteri
3. Satu atau beberapa orang yang menghadiri, merundingkan, dan/atau menerima hasil akhir suatu pertemuan internasional, memerlukan Surat Kepercayaan.
4. Surat Kuasa dapat diberikan secara terpisah atau disatukan dengan Surat Kepercayaan, sepanjang dimungkinkan, menurut ketentuan dalam suatu perjanjian internasional atau pertemuan internasional.
5. Penandatanganan suatu perjanjian internasional yang menyangkut kerja sama teknis sebagai pelaksanaan dari perjanjian yang sudah berlaku dan materinya berada dalam lingkup kewenangan suatu lembaga negara atau lembaga pemerintah, baik departemen maupun non departemen, dilakukan tanpa memerlukan Surat Kuasa.

Sehingga berdasarkan ketentuan di atas maka, pejabat yang berwenang mewakili Indonesia dalam proses pembuatan suatu perjanjian internasional (penjajakan, perundingan, perumusan naskah, penerimaan, dan penandatanganan) dapat diwakili oleh Presiden atau Menteri. Pejabat berwenang lain juga sah untuk

mewakili Indonesia sepanjang memiliki Surat Kuasa (*Full Powers*) atau Surat Kepercayaan (*Credentials*).

Kedua surat ini dijelaskan dalam pasal 1(3) dan 1(4) UU Perjanjian Internasional. Dengan isi pasal-pasal tersebut sebagai berikut:

#### Pasal 1

3. Surat Kuasa (*Full Powers*) adalah surat yang dikeluarkan oleh Presiden atau Menteri yang memberikan kuasa kepada satu atau beberapa orang yang mewakili Pemerintah Republik Indonesia untuk menandatangani atau menerima naskah perjanjian, menyatakan persetujuan negara untuk mengikatkan diri pada perjanjian, dan/atau menyelesaikan hal-hal lain yang diperlukan dalam pembuatan perjanjian internasional.
4. Surat Kepercayaan (*Credentials*) adalah surat yang dikeluarkan oleh Presiden atau Menteri yang memberikan kuasa kepada satu atau beberapa orang yang mewakili Pemerintah Republik Indonesia untuk menghadiri, merundingkan, dan/atau menerima hasil akhir suatu pertemuan internasional.

Jika seseorang atau beberapa orang yang menghadiri pertemuan Internasional tanpa salah satu surat di atas sesuai dengan amanat dan kepentingannya maka dapat dikatakan bahwa perwakilan, selain Presiden dan Menteri, dianggap tidak berwenang dalam proses pembuatan perjanjian internasional tersebut.

Selanjutnya mengenai proses pengesahan atau ratifikasi menurut UU Perjanjian Internasional, pasal 9 menyatakan bahwa pengesahan dilakukan sepanjang dipersyaratkan oleh perjanjian internasional tersebut. Isi dari pasal tersebut adalah sebagai berikut:

#### Pasal 9

1. Pengesahan perjanjian internasional oleh Pemerintah RI dilakukan sepanjang dipersyaratkan oleh perjanjian internasional tersebut.
2. Pengesahan perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden.

Ketentuan diatas memberikan klarifikasi (jika tidak interpretasi) terhadap Pasal 11 UUD 1945 tentang “Persetujuan DPR”. UU Perjanjian Internasional ini secara normatif telah membuat konstruksi hukum baru yang hanya memberi peran konstitusional kepada DPR untuk memberikan persetujuan terhadap perjanjian yang tidak mensyaratkan ratifikasi. Dengan demikian DPR tidak (lagi) diberi wewenang untuk melakukan persetujuan awal (*prior approval*).<sup>145</sup> Jadi, UU Perjanjian Internasional ini menegaskan bahwa hanya perjanjian internasional yang mensyaratkan adanya ratifikasi yang perlu mendapatkan persetujuan DPR.

Selanjutnya pada pasal 10 dan pasal 11 UU Perjanjian Internasional memiliki ketentuan sebagai berikut:

#### Pasal 10

Pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila berkenaan dengan :

- a. masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;
- b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia;
- c. kedaulatan atau hak berdaulat negara;
- d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- e. pembentukan kaidah hukum baru;
- f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

#### Pasal 11

1. Pengesahan perjanjian internasional yang materinya tidak termasuk materi sebagaimana dimaksud Pasal 10, dilakukan dengan keputusan presiden.
2. Pemerintah Republik Indonesia menyampaikan salinan setiap keputusan presiden yang mengesahkan suatu perjanjian internasional kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk dievaluasi.

Kedua pasal di atas mengatur tentang penentuan instrumen pengesahan (undang-undang atau Keputusan Presiden) suatu perjanjian internasional tidak didasarkan pada bentuk dan nama (*nomenclature*) perjanjian, namun didasarkan atas materi yang diatur di dalam perjanjian tersebut.<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Dumos Damoli, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, 85.

<sup>146</sup> *Ibid.*, hal. 87.



#### 2.4.2.2. Malaysia

Malaysia merupakan negara bekas jajahan Inggris, sehingga mengadopsi sistem *common law* dan sistem pemerintahan *westminster* dan tidak adanya status hukum internasional dalam perintah konstitusi. Dalam Konstitusi Federal Malaysia tidak ada satupun pasal yang menyatakan bahwa hukum internasional harus diperlakukan sebagai bagian dari hukum nasional. Meskipun konstitusi Malaysia merupakan konstitusi federal, dikarenakan latar belakang sejarah dan latar belakang politik dari kemerdekaan hingga sekarang tetap kembali menggunakan “*Westminster Model*” sebagai dasar untuk struktur konstitusinya. Namun, satu perbedaan yang penting di antara keduanya adalah Konstitusi Malaysia menjadi primat dan oleh karena itu konsep Inggris yang mana parlemen yang diunggulkan tidak berlaku.<sup>147</sup>

Pada pasal 4 dinyatakan bahwa Konstitusi merupakan sumber segala hukum dan peraturan yang tidak konsisten dengan konstitusi menjadi tidak sah. Sama sebagaimana dengan Inggris, kewenangan untuk menyetujui, menandatangani, ratifikasi suatu perjanjian internasional merupakan kewenangan dari eksekutif bukan Parlemen. Sedangkan Parlemen mempunyai kewenangan untuk membebaskan aturan untuk dapat kemudian mengimplementasi perjanjian internasional kemudian berlaku mengikat secara domestik.<sup>148</sup>

Sehingga dapat dinyatakan bahwa Inggris merupakan negara yang menganut sistem dualis, sama dengan Malaysia, dan memberlakukan doktrin dari transformasi. Berdasarkan doktrin transformasi, aturan-aturan dari hukum internasional tidak kemudian menjadi bagian dari hukum domestik kecuali mereka telah ditransformasikan kedalamnya dengan sebuah UU dari Parlemen.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Siti Aliza Binti ALIAS, “*CIL Research Project on International Crimes Malaysia’s Country Report*”, <http://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2010/10/Malysias-Country-Report.pdf>, diunduh pada 10 Juni 2012.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.*

Kedua, Konstitusi Federal Malaysia tidak menyatakan secara tegas pemisahan kekuasaan antara Federal dengan negara komponen di satu pihak dan antara Parlemen dan Eksekutif di sisi lainnya. Berdasarkan pasal 74 bersama dengan *Federal List* dan *State List*, hubungan luar negeri termasuk perjanjian internasional merupakan lingkup kewenangan khusus dari Pemerintah Federal. Dengan sangat negara-negara komponen tidak memiliki kewenangan untuk melakukan persetujuan perjanjian internasional dengan negara asing atau mengimplementasikannya.<sup>150</sup>

Selain itu pasal 74 juga menyatakan bahwa Parlemen memiliki kekuasaan untuk membuat peraturan yang berkaitan dengan hubungan luar negeri dan mengimplementasikan perjanjian internasional dan membuatnya berlaku domestik. Jadi, di Malaysia kewenangan untuk membuat perjanjian internasional adalah eksekutif dan parlemen memiliki kewenangan untuk membuat peraturan untuk membuat akibat hukum yang dibuat oleh Pemerintah Federal. Dengan kata lain, Parlemen tidak memiliki kewenangan untuk mengimplementasikan perjanjian internasional atau membuatnya menjadi berlaku di Malaysia.<sup>151</sup>

Terdapat tiga macam cara suatu perjanjian internasional diimplementasikan dan mengikat Malaysia, pertama dengan memberlakukan '*enabling statute*' yang mana seluruh pasal pada perjanjian internasional ditransplantasikan '*lock, stock, and barrel*' ke dalam '*enabling statute*'. Sehingga memberikan perjanjian internasional tersebut memiliki kekuatan hukum.<sup>152</sup>

Berikut adalah contoh dari '*enabling statute*', yakni The Geneva Convention Act 1962, yang diperbaharui pada tahun 1993, untuk memberikan akibat hukum kepada Konvensi Jenewa yang ke empat tentang perlindungan korban perang pada tahun 1949. Selain itu juga, Konvensi Wina tentang hak-hak *privilidge* Diplomat, yang disahkan pada tahun 1999, untuk memberikan akibat hukumnya pada VCCR 1961.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*

Pada kasus, *Public Prosecutor v Orhari Olmez*, Mahkamah Agung Malaysia memberlakukan pasal 32 dari Konvensi Wina tentang hubungan diplomatik 1961 yang telah ditransformasikan ke dalam hukum Malaysia dengan Undang Undang Hak-Hak Istimewa Diplomatik 1966.<sup>154</sup>

Cara yang kedua ialah dengan mengimplementasikan legislasi yang akan mempengaruhi secara substansi kepada kewajiban dari perjanjian internasional itu sendiri. Biasanya, proses legislasi tidak akan mengadopsi perjanjian internasional tersebut secara *'lock, stock, dan barel'* namun pada proses perumusan biasanya akan disesuaikan dengan kebutuhan dari bangsa dan kebudayaan Malaysia. Ketika Malaysia tidak dapat menyesuaikan tentang sebuah kewajiban yang timbul akibat sebuah perjanjian internasional yang bermaksud untuk diratifikasi, maka kemudian akan digunakan reservasi pada perjanjian internasional untuk melindungi hukum domestik. Contohnya, reservasi yang dibuat pada CEDAW, berkaitan dengan benturan yang mungkin timbul pada beberapa aspek dari hukum syariah yang dapat diaplikasikan secara personal oleh muslim-muslim di Malaysia.<sup>155</sup>

Cara yang ketiga, ketika pemerintah tidak melihat bahwa sebuah perjanjian internasional tidak sesuai untuk dilakukan adopsi dengan proses legislasi maka amandemen terhadap hukum yang berlaku dilakukan kemudian. Ini merupakan gambaran dari pendekatan bertahap di mana perjanjian internasional yang dianggap sebagai rujukan bukan untuk dilegislati secara mendalam, justru untuk menunjukkan adanya permasalahan pada undang-undang yang diamandemen tersebut.<sup>156</sup>

Perlu diketahui bahwa untuk perjanjian internasional yang bilateral, seperti perjanjian perdagangan atau perdagangan bebas tidak diperlukan legislasi, tidak perlu dilakukan dampak hukum secara domestik (kecuali dalam memberikan hak-hak khusus dan kekebalan dibawah Organisasi Internasional. Sehingga penjelasan di atas memberikan kesimpulan bahwa secara keseluruhan dalam menjalankan

---

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> *Ibid.*

kebijakan dari Pemerintah Malaysia, mereka selalu berusaha untuk tetap sejalan dengan kewajiban internasionalnya.

Pada Konstitusi Malaysia, tidak memberikan penjelasan mana yang lebih unggul antara hukum internasional dengan hukum nasional. Oleh karena itu ada kemungkinan terjadinya benturan antara keduanya. Jika terjadi benturan, maka berdasarkan prinsip umumnya bahwa undang-undanglah yang akan berlaku. Hal ini dapat dilihat dalam kasus *PP v Wah Ah Jee* yang akan dijelaskan pada bab berikutnya. Kesimpulan pada kasus ini ialah Hakim menyatakan bahwa Pengadilan harus menggunakan hukumnya sebagaimana mereka temukan yang diekspresikan dalam perundang-undangan. Ini bukanlah kewajiban dari Hakim atau Magistrate untuk mempertimbangkan hukum yang berlaku apakah bertentangan dengan hukum internasional atau tidak.<sup>157</sup>

Ide ini berdasarkan prinsip dari *common law* tentang Primat Undang-Undang yang dibuat oleh Parlemen ("*supremacy of an act of praliament*") meskipun terdapat *prima facie* bahwa Parlemen tidak bermaksud untuk melanggar kewajiban hukum internasionalnya secara legal. Terkadang, Undang-undnag itu sendiri yang menyediakan solusi untuk menghindari terjadinya konflik. Undang-Undnag dapat memberikan kedahuluan untuk kewajiban internasional. Pada kasus manapun, sebagai aturan general, Pengadilan akan menggunakan undang-undang yang dibentuk oleh Parlemen. Meskipun jika pada kenyataannya undang-undang yang dibentuk oleh Parlemen tersebut bertentangan dengan hukum internasional maka Negara akan menggunakan kewajiban negara ("*state responsibility*") untuk melanggar kewajiban internasional.<sup>158</sup>

Di Malaysia, setiap perjanjian internasional dibagi-bagi ke Kementerian yang berbeda-beda sesuai dengan pokok perjanjiannya masing-masing. Contoh untuk Konvensi Internasional terkait dengan hak-hak sipil dan politik, Kementerian Perhubungan akan menjadi pihak yang bertanggung jawab. Sedangkan untuk CEDAW, Kementerian Wanitalah yang kemudian menjadi pihak yang bertanggung jawab. Tugas dari 'pihak yang bertanggung jawab' (*the lead Ministry/ lead*

---

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> *Ibid.*

*agency*) yaitu sebagai pemandu proses birokrasi dari ratifikasi sebuah perjanjian internasional.<sup>159</sup>

Kementrian yang menjadi pihak yang bertanggung jawab memiliki kewajiban untuk mengadakan pertemuan kepada pihak-pihak yang terkait, seperti *Attorney General's Chambers (AGC)* dan Kementrian Hubungan Luar Negeri (MOFA). Pada proses ini, Divisi dari Hubungan Internasional (IAD) yang akan bertugas untuk memberikan masukan tentang kemungkinan terjadinya ratifikasi terhadap suatu perjanjian internasional.<sup>160</sup>

Pada pertemuan antar pihak (*inter-agency meeting*), akan ditentukan terlebih dahulu, apakah hendak dilakukan perumusan Undang-Undang baru untuk memberikan efek pada Konvensi, atau melakukan amandemen terhadap hukum yang sedang berlaku.<sup>161</sup>

Jika pada saat pertemuan tersebut diputuskan untuk melakukan perumusan Undang-Undang maka undang-undang yang baru tersebut harus mampu menampung semua aturan yang ada pada konvensi tersebut. Sehingga, jika ada pertentangan dengan undang-undang yang baru maka undang-undang yang baru yang akan berlaku.<sup>162</sup>

Jika yang diputuskan adalah untuk merubah peraturang yang sedang berlaku, maka diperlukan adanya campur tangan *Cabinet Co-Ordinating Committee on The International Agreement ("CCIA")* yang baru saja didirikan pada 18 Desember 2002. Tugas dari CCIA ialah untuk melindungi kepentingan nasional dengan cara melakukan evaluasi terhadap dampak dari perjanjian internasional yang multilateral, bilateral, maupun regional. Meskipun terlibatnya CCIA ini bukan merupakan standart praktek Malaysia pada umumnya, sehingga keterlibatannya tergantung pada situasi kebutuhan.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Ibid.*

Panitia antar kementerian terdiri atas perwakilan-perwakilan kementerian yang merupakan penasehat hukum dari tiap kementerian yang akan membahas dan memberikan opini hukum terkait dengan perjanjian internasional. Pada prakteknya, para perwakilan ini yang juga akan membahas perjanjian internasional dengan anggota tetap demi kelangsungan dan kelanjutan dari proses pembahasan perjanjian internasional.<sup>164</sup>

Dalam pembuatan rekomendasi kepada Kabinet entah untuk menjadi pihak pada sebuah perjanjian internasional atau tidak, kementerian yang menjadi pihak yang bertanggung jawab harus mempersiapkan *Cabinet Paper* (CP) untuk diajukan ke Kabinet. Biasanya disiapkan setelah pertemuan pertama *inter-agency meeting*.<sup>165</sup>

Dalam proses legislasi dengan cara merumuskan undang-undang baru maka kementerian yang menjadi pihak yang bertanggung jawab harus mengajukan rumusan undang-undang baru tersebut. Sementara sedang dilakukan perumusan undang-undang yang baru, biasanya Malaysia akan menandatangani Konvensinya terlebih dahulu. Sebuah kebijakan umum yang baru bahwa Malaysia melakukan proses legislasi terlebih dahulu sebelum menjadi pihak dari sebuah perjanjian internasional.<sup>166</sup>

Jadi Malaysia merupakan negara *common law* dengan paham dualisme. Meskipun jika terjadi benturan antara hukum nasional dengan hukum internasional, pada konstitusinya tidak disebutkan mana yang akan dianggap lebih tinggi.

#### 2.4.2.3. Belanda

Terdapat perubahan terhadap hukum Belanda mengenai perjanjian internasional.<sup>167</sup> Sebelumnya, Belanda menggunakan Konstitusi 1953 dan

---

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> Jan Klabbbers, "The New Dutch Law on The Approval of Treaties". *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 44. No. 3 (Juli., 1995), hlm. 629-643.

kemudian diubah dengan menggunakan Konstitusi 1983.<sup>168</sup> Berdasarkan pasal 91 Konstitusi 1983, yang merupakan aturan dasar terkait pembentukan perjanjian internasional, menyatakan bahwa:

*“The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of States General.”*

Dengan ketentuan dari pasal 91 ini maka Belanda tidak akan terikat atau mengundurkan diri terhadap suatu perjanjian internasional tanpa adanya persetujuan dari States General. Selain itu, berdasarkan pasal 3 sampai pasal 5 dari Konstitusi 1983 didapatkan bahwa dalam menyatakan persetujuannya terhadap suatu perjanjian internasional dapat berbentuk dengan undang undang atau secara implisit. Terdapat juga klasifikasi dari beragam perjanjian internasional yang perlu persetujuan parlemen berdasarkan pasal 7 sampai pasal 14 Konstitusi 1983.<sup>169</sup>

Berdasarkan pasal 1 dari Konstitusi 1983, Parlemen akan diinformasikan secara periodik mengenai perjanjian internasional yang sedang dalam proses negosiasi. Kemudian menjadi kebebasan bagi pemerintah untuk kemudian menyetujui secara eksplisit atau diam-diam. Sehingga dimungkinkan jika Belanda melakukan persetujuan entah secara tegas ataupun diam-diam dengan satu pengecualian, yakni ketika sebuah perjanjian internasional merupakan perintah dari Konstitusi, atau kebutuhan dari perintah tersebut, sehingga meminta untuk persetujuan secara tegas berdasarkan pasal 6 Konstitusi 1983.

Meskipun pada prinsip dasarnya seluruh perjanjian internasional memerlukan persetujuan parlemen, namun berdasarkan Konstitusi 1983 terdapat aturan pengecualian. Terdapat enam kondisi dimana perjanjian internasional tidak memerlukan persetujuan parlemen, yakni jika apa yang diatur dalam sebuah perjanjian internasional telah diatur dalam Undang-Undang berdasarkan pasal 7

<sup>168</sup> Konstitusi 1983 ini diajukan kepada Parlemen pada tahun 1989 dan baru berlaku pada 20 Agustus 1994 sebagai hukum negara tentang Persetujuan dan Peraturan dari Perjanjian Internasional (*Rijkswet goedkeuring en bekrandmaing werdragen*). Sebelum itu, persetujuan dari perjanjian internasional tunduk pada pasal XXI dari Konstitusi 1983 dengan ketentuan sebagian dari pasal 61, 62, dan 64 dari Konstitusi 1972.

<sup>169</sup> Jan Klabbers, *“The New Dutch law on The Approval of Treaties”*, hlm. 630.

huruf a. Selain itu, jika pemerintah menganggap perlu adanya eksekusi yang eksklusif dari suatu perjanjian internasional, pemerintah dapat mengajukannya kepada Parlemen berdasarkan pasal 7 huruf b. Namun, pada akhirnya parlemen yang menentukan apakah perjanjian internasional tersebut membutuhkan atau tidak membutuhkan persetujuan atau tidak.

Pengecualian yang ketiga yakni berdasarkan pasal 7(c). Jika sebuah perjanjian internasional tidak menyebabkan kewajiban keuangan dan telah disepakati untuk sebuah periode yang tidak lebih dari setahun. Pengecualian yang ke empat berdasarkan pasal 7(d) yakni, perjanjian internasional yang mengancam kepentingan alam Belanda, sehingga perlu dirahasiakan dan dijaga.

Pengecualian yang kelima, jika suatu perjanjian internasional dibentuk hanya untuk memperpanjang keberlakuannya. Meskipun, Parlemen juga berhak untuk memutuskan bahwa perjanjian internasional tersebut perlu adanya persetujuan. Jika dalam waktu 30 hari Parlemen tidak memutuskan bahwa perjanjian internasional tersebut membutuhkan persetujuan atau tidak, maka Parlemen dianggap mengesampingkan hak untuk melakukan persetujuan.

Pengecualian yang terakhir sangat menarik, yakni terkait perubahan terhadap annex suatu perjanjian internasional yang telah disepakati sebelumnya tidak memerlukan persetujuan Parlemen, kecuali Parlemen telah memesan sebelumnya bahwa adanya tindakan persetujuan terhadap perjanjian internasional tersebut.

#### **2.4.2.4. Australia**

Peran Australia dalam negosiasi terkait perjanjian internasional dan implementasinya kedalam hukum nasionalnya yang disebabkan adanya kewajiban yang timbul dari perjanjian internasional itu sendiri berputar pada kepentingan Parlemen, antar pemerintah pusat dan bagian, dan masyarakatnya termasuk perusahaan dan Lembaga Sosial Masyarakat (LSM).<sup>170</sup>

Sejak tanggal 2 Mei 1996 pemerintah Australia mengadakan perubahan terkait proses pembentukan perjanjian internasional. Perubahan dilakukan untuk

<sup>170</sup> Treaty Law Resources, “Australia International Treaty Making”, <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/reports/infokit.html#sect3>, diunduh pada 10 Juni 2012.



menambah kesempatan untuk Parlemen agar lebih teliti terhadap perjanjian internasional, memperkuat pasal-pasal pada perjanjian internasional terhadap pemerintah pusat dan bagian, industri dan LSM.<sup>171</sup>

Perubahan baru pada proses pembentukan perjanjian internasional, yaitu adanya ketentuan bahwa setiap perjanjian internasional harus berada kurang lebih 15 hari di *Houses of The Commonwealth Parliament* sebelum pemerintah memutuskan untuk memberlakukan sebuah perjanjian internasional. Perjanjian internasional kini dilampirkan bersama dengan Analisis Kepentingan Nasional (*National Interest Analysis*) yang berisi rekomendasi apakah Australia perlu menjadi pihak dari suatu perjanjian internasional atau tidak.<sup>172</sup>

Sebuah panitia pembentukan perjanjian internasional didirikan untuk bertanya dan memberikan laporan kepada *National Interest Analysis*. Selain itu juga terdapat Badan Khusus tentang Perjanjian Internasional (*Treaties Council*) terdiri atas Perdana Menteri, menteri Pertama dan kedua. Selain Badan Khusus, Instrumen tentang Prinsip dan Prosedur Konsultasi Negara Bagian dan Pusat terkait Perjanjian Internasional (*Principles and Procedures for Commonwealth-State-Territory Consultation on Treaties*) juga lahir pada Mei 1996.<sup>173</sup>

Dengan adanya proses ratifikasi, tidak berarti bahwa Australia menyerahkan kedaulatannya terhadap badan internasional. Perjanjian internasional hanya menunjukkan lingkup tindakan negara dan mempengaruhi bagaimana Australia akan bertindak kelak terhadap internasional maupun domestik.<sup>174</sup>

Berdasarkan konstitusinya, pembentukan perjanjian internasional merupakan tanggung jawab dari Eksekutif daripada Parlemennya. Keputusan untuk melakukan negosiasi tentang konvensi multilateral, termasuk penetapan tujuan dan negosiasi kedudukan, menjadi parameter bagi delegasi Australia

---

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> *Ibid.*

bekerja dan keputusan terakhir apakah untuk ditandatangani atau diratifikasi diambil oleh tingkat Kementrian dan dibanyak kasus diambil oleh Kabinet.<sup>175</sup>

Setelah adanya perubahan kebijakan dalam pembuatan perjanjian internasional 1996, terdapat istilah '*treaty action*' dimana istilah ini melingkupi masuk ke dalam perjanjian baru, negosiasi sebuah andemen terhadap perjanjian internasional yang sedang berlaku atau penarikan diri dari sebuah perjanjian internasional.<sup>176</sup>

Kebijakan untuk perjanjian bilateral di Australia dibentuk melalui dua tahap. Pada mekanisme ini, perjanjian bilateral diperbolehkan ditempatkan di Parlemen setelah proses tanda tangan, tapi sebelum '*treaty action*' dilakukan. Sedangkan untuk perjanjian multilateral biasanya tidak hanya cukup dengan penandatanganan namun juga adanya pengumpulan instrumen ratifikasi. Sebuah negara tidak akan terikat akan suatu perjanjian internasional hingga proses ratifikasi dilakukan.<sup>177</sup>

Konstitusi menghibahkan kekuasaan, termasuk hubungan luar negeri, kepada persemakmuran tetapi juga memberikan beberapa batasan untuk pelaksanaannya. Untuk negara yang berbentuk persemakmuran seperti Australia, prinsip untuk memutuskan untuk menjadi pihak dalam sebuah perjanjian internasional atau tidak, ialah apakah diperlukan adanya implementasi, jika iya apakah undang-undang yang berlaku (entah pemerintah bagian atau pemerintah pusat) memadai, dan jika tidak apakah suatu perjanjian internasional harus diimplementasikan dengan undang-undang pada pemerintah pusat atau pada tingkat negara bagian.<sup>178</sup>

Kedudukan menurut hukum Australia bahwa perjanjian internasional yang mana Australia sudah ikut serta, di luar keadaan yang mengakhiri perang, tidak kemudian secara langsung atau otomatis menjadi bagian dari hukum Australia. Penandatanganan dan ratifikasi tidak kemudian membuat suatu perjanjian

---

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> *Ibid.*

internasional menjadi berlaku secara domestik. Dengan tidak adanya undang-undang maka perjanjian internasional tidak lantas dapat menimbulkan kewajiban pada individunya atau tidak menciptakan hak-hak pada hukum domestik.<sup>179</sup>

Banyak perjanjian internasional tidak membutuhkan undang-undang baru atau undang-undang terlebih dahulu. Hal ini disebabkan kebanyakan perjanjian internasional dapat diimplementasikan melalui tindakan dari eksekutif. Perjanjian internasional lainnya termasuk beberapa perjanjian internasional terkait hak azasi manusia dan hubungan industri telah diratifikasi dengan dasar penilaian oleh *commonwealth* bahwa Undang-undang persemakmuran atau pemerintah, atau bagian telah mengimplementasi pasal-pasal dari perjanjian internasional.<sup>180</sup>

#### 2.4.2.5. Amerika

Berikut ini akan dijelaskan bagaimana keadaan dan ketentuan VCLT pada hukum Amerika. Pada tahun 1971, Presiden Nixon mengirim VCLT ke Senat untuk permohonan saran dan persetujuan ratifikasi. Dua keuntungan dengan meratifikasi VCLT menurut Presiden Nixon, pertama VCLT memberikan keseragaman (*uniformity*) dari peraturan yang berlaku untuk persetujuan dan keberlakuan dari perjanjian internasional, interpretasinya, pemakaiannya, dan permasalahan teknis lainnya. Kedua, VCLT menyediakan prosedur adanya penyesuaian dan adanya kepastian dari prinsip '*pacta sunt servanda*' yang meminta para pihak dari suatu perjanjian internasional untuk melaksanakan kewajiban dari perjanjian tersebut dengan itikad baik (*good faith*).<sup>181</sup>

Pada tahun 1972, *Senate Committee on Foreign Relation* mengeluarkan resolusi tentang saran dan persetujuan terhadap ratifikasi dari VCLT. Resolusi tersebut mengarah fokus terhadap pasal 46 VCLT dan juga pasal 2(1)(a) dari VCLT. Terkait dengan pasal 46 VCLT, karena pasal 2 bagian 2 dari Konstitusi

---

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> Maria Frankowska, "The Vienna Convention on The Law of Treaties before United States Court", *Virginia Journal of International Law*, (Winter, 1988).

Amerika yang menyatakan bahwa Presiden Amerika harus memiliki power oleh dan dengan saran dan persetujuan dari Senat, untuk membuat perjanjian-perjanjian, yang disetujui oleh 2/3 dari Senat yang hadir.<sup>182</sup>

Ini merupakan aturan internal dari Amerika Serikat tentang '*fundamental importance*' bahwa tidak ada perjanjian internasional yang sah sehubungan dengan Amerika Serikat, dan kesepakatan dari Amerika Serikat mungkin tidak akan diberikan, kecuali Senat telah memberikan saran dan persetujuan pada perjanjian tersebut, atau perjanjian tersebut telah disetujui dengan undang-undang.<sup>183</sup>

Pada tahun berikutnya, Departemen Negara telah menyatakan keberatan terhadap pemahaman dan intepretasi di atas. Panitia memberikan pemahaman yang berbeda dari versi asli yang diajukan. Panitia mengintepretasikan pasal 2 ayat 2 dari Konstitusi Amerika sebagai hukum internal (*rules of internal law*) yang kemudian dianggap sebagai *fundamental importance* sebagaimana yang dimaksud pada pasal 46 VCLT.<sup>184</sup>

Intepretasi ini kemudian mendapat keberatan dari Departemen Negara karena dengan adanya pemahaman yang demikian dapat dijadikan alasan untuk mengajukan ketidakabsahan suatu perjanjian internasional. Departemen Negara melihat bahwa adanya kemungkinan kelak untuk negara manapun untuk mengajukan ketidak absahan dari suatu perjanjian internasional yang dibuat dengan Amerika Serikat dengan alasan tidak adanya saran dan persetujuan dari Senat. Demikian juga, negara lain bisa menghadapinya dengan reservasi yang serupa. Tentu hal ini kemudian mempersulit jalannya negosiasi dan menghalangi prinsip dari *pacta sunt servanda*.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.*

Selain itu juga terdapat perbedaan definisi dari ‘*treaty*’ menurut VCLT dengan yang ada pada hukum Amerika Serikat. Menurut VCLT, *treaty* merupakan istilah umum untuk merangkul kesepakatan internasional (*international agreement*) apapun yang dibuat secara tertulis antar negara. Sebaliknya, sebuah perjanjian internasional pada hukum Amerika Serikat adalah instrumen yang telah diratifikasi.<sup>186</sup>

Departemen Negara kemudian tidak dapat menyelesaikan perbedaan antara istilah ‘*treaty*’ di atas, namun mengusulkan untuk mengeliminasi interpretasi dan pemahaman dari resolusi atas saran dan persetujuan untuk ratifikasi. Robert Dalton<sup>187</sup> menjelaskan bahwa meskipun VCLT belum berlaku di Amerika, namun sering digunakan untuk menyelesaikan masalah perjanjian internasional sehari-hari. Rasionalnya, penggunaan dari Konvensi ini sesuai dengan alamiah ‘*nature*’ secara umum mewakili hukum internasional yang sedang berlaku. Surat dari Sekretaris Negara tentang penerimaan atas deskripsi VCLT dianggap sebagai ‘petunjuk untuk hukum perjanjian internasional dan prakteknya’.<sup>188</sup>

Pendapat serupa juga dapat dilihat pada lingkup internasional, sebuah pernyataan tertulis untuk ICJ pada kasus Namibia, Amerika Serikat menyatakan evaluasi terhadap VCLT secara umum dan menyebutnya sebagai “sumber utama atas referensi untuk memutuskan apa prinsip kebiasaan dari hukum perjanjian internasional”. Meskipun, Amerika sendiri tidak terlihat berkomitmen dengan gagal mengikatkan negaranya pada VCLT sendiri.<sup>189</sup>

Amerika Serikat juga telah menggunakan beberapa pasal dari VCLT pada tingkat Internasional. Khususnya, pasal 60 yang mana mengenai penghentian atau penundaan dari keberlakuan suatu perjanjian internasional, pada misalnya terjadi pelanggaran materi yang dilakukan oleh sebuah negara pihak, yang telah diajukan pada tahun 1973 pada forum internasional. Tentang pembajakan pesawat dan

---

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> Merupakan seorang asisten penasehat hukum (*Assistant Legal Adviser*) untuk masalah perjanjian internasional (*Treaty Affairs*) pada Departmen Negara Amerika.

<sup>188</sup> Maria Frankowska, “*The Vienna Convention on The Law of Treaties before United States Court*”.

<sup>189</sup> *Ibid*

tahun berikutnya berkaitan dengan pelanggaran dari Perjanjian Perdamaian (*Peace Agreement*) 1973 dengan Vietnam. Amerika menguatkan posisinya dengan mengajukan komentar dari Harvard Draft dan Komisi Hukum Internasional pada rumusan pasalnya, yang menyatakan bahwa prinsip pasal 60 VCLT dianggap sebagai perwakilan dari hukum yang sedang berlaku.<sup>190</sup>

Hukum perjanjian internasional dibuat untuk mengatur perilaku negara pada lingkup internasional. Emtah peraturan-peraturan tersebut di aplikasikan pada proses implementasi perjanjian internasional tersebut pada lingkup domestik tergantung pada konstitusi dan praktek beberapa negara.<sup>191</sup>

Pada prakteknya, konstitusi amerika menggabungkan perjanjian internasional dengan hukum domestiknya, dengan pernyataan bahwa seluruh perjanjian internasional yang dibuat, dibawah kekuasaan Amerika, menjadi hukum tertinggi.<sup>192</sup> Terkait dengan *self executing*, tidak ada definisi yang jelas mengenai hal ini. Istilah *self executing* terlihat mudah untuk dibedakan pada pasal-pasal, namun tidak pada prakteknya.<sup>193</sup>

Pada kasus Amerika v Postal, hakim mencoba untuk membantu menjabarkan faktor apa saja yang digunakan untuk dimaksud dengan ‘*self executing*’. Tujuan dari perjanjian internasional, objektivitas dari pembuat perjanjian internasional, dan keberadaan prosedur domestik dan instusi yang cocok untuk implementasi langsung dan kelayakan dari metode pelaksanaan alternatif, kesegeraan dan konsekuensi yang panjang dari *self execution* atau non *self execution*.<sup>194</sup>

#### 2.4.3. Pada prakteknya di Indonesia

---

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> *Ibid.*

<sup>192</sup> *United States Constitution. Art.VI, clause 2.*

<sup>193</sup> Maria Frankowska, “*The Vienna Convention on The Law of Treaties before United States Court*”.

<sup>194</sup> *Ibid.*

### 2.4.3.1. Ratifikasi

Sekalipun tidak memiliki dasar teori dan yuridis, praktik Indonesia dewasa ini cenderung menekankan pada nomenklatur perjanjian untuk menentukan apakah suatu perjanjian perlu diratifikasi atau tidak, sehingga cenderung tidak akan meratifikasi bentuk perjanjian selain *Treaty*, *Convention*, dan *Agreement*. Praktek ini pernah menimbulkan perdebatan dikalangan Pemerintah yang diwarnai dengan pro dan kontra khususnya tentang apakah MoU dapat diratifikasi atau tidak. Pemerintah pernah tidak sepakat untuk meratifikasi *MOU ASEAN on the Trans-ASEAN Gas Pipeline Project*, 2002 sekalipun oleh MOU ini disyaratkan untuk ratifikasi. MOU ini akhirnya tidak diratifikasi secara eksternal dengan mengeluarkan *instrumen of acceptance* bukan *instrumen of ratification*. Kecenderungan ini juga ternyata tidak memiliki dasar yang kuat dalam praktik negara.<sup>195</sup>

Berdasarkan hukum perjanjian internasional tidak ada kewajiban untuk mengesahkan suatu perjanjian yang sudah ditandatangani. Indonesia masih belum mengesahkan antara lain *Defence Cooperation Agreement (DCA) Indonesia-Singapore* yang akan dijelaskan pada bab selanjutnya. Di lain pihak belum adanya catatan tentang adanya perjanjian yang tidak diratifikasi (eksternal) sekalipun undang-undang atau Perpres yang mengesahkannya sudah diterbitkan. Menurut hukum perjanjian internasional tetap tidak ada kewajiban suatu negara untuk melakukan pengesahan eksternal sekalipun pengesahan internal sudah dilakukan.<sup>196</sup>

Namun, dari sisi hukum ketatanegaraan, masalah ini harus dikaji lebih lanjut mengingat pengesahan internal dilakukan dalam format legislasi (undang-undang/Perpres) yang berarti secara yuridis telah mengikat Presiden. Mengingat prosedur pengesahan melalui undang-undang/Peraturan Presiden pada hakikatnya adalah sama dengan prosedur pembuatan undang-undang/Peraturan Presiden maka secara khusus prosedur ini juga tunduk pada rezim Undang-Undang No. 12

<sup>195</sup> Damos Dumoli, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktek*, 87-88

<sup>196</sup> *Ibid.*

Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang telah menggantikan Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Serta juga tunduk pada ketentuan dalam Peraturan Presiden No. 68 Tahun 2005 tentang Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah dan Rancangan Peraturan Presiden.<sup>197</sup>

#### 2.4.3.2. Status Perjanjian Internasional

Inkonsistensi dalam pengaplikasian perjanjian dewasa ini menjadi berkembang akibat ketidakjelasan tentang status perjanjian dalam hukum nasional. Derasnya arus globalisasi mengakibatkan persentuhan antara hukum internasional dengan hukum nasional semakin intensif dan bahkan acap kali melahirkan benturan. Akibatnya, semua negara termasuk Indonesia tidak lagi dapat menghindari benturan ini dan cepat atau lambat harus mengatur hubungan kedua sistem ini.<sup>198</sup>

Menurut Damos Dumoli dalam bukunya, praktek di Indonesia, sekalipun suatu perjanjian internasional telah diratifikasi dengan undang-undang, masih dibutuhkan dengan adanya undang-undang lain untuk mengimplementasikannya pada domain hukum nasional. Penjabaran Konvensi PBB tentang Hukum Laut 1982 ke dalam hukum nasional merupakan contoh klasik yang menggambarkan keruwetan ini. Menyusul sejak dikeluarkannya Deklarasi Juanda 1957, maka melalui Perpu No. 4 Tahun 1960 tentang Perairan ditetapkan bahwa perairan dibawah garis pangkal kepulauan Indonesia adalah rezim perairan kepulauan (*Archipelagic Waters*). Konvensi ini diratifikasi oleh Indonesia melalui Undang-Undang no. 17 Tahun 1985.<sup>199</sup>

Damos Dumoli juga mengatakan bahwa praktek Indonesia dalam implementasi Konvensi PBB tentang Hukum Laut 1982 mencerminkan pola pikir

---

<sup>197</sup> *Ibid.*

<sup>198</sup> *Ibid.*, 105.

<sup>199</sup> *Ibid.*, 105-106.



dualisme yang umumnya dianut oleh Departemen Kehakiman pada waktu itu. Undang-Undang No. 17 Tahun 1985 dianggap bukan merupakan undang-undang dalam arti material (substantif) melainkan hanya penetapan (prosedural), sehingga masih dibutuhkan suatu undang-undang lain yang mentransformasikan norma konvensi ke dalam hukum nasional, yaitu Undang-Undang No. 6 Tahun 1996 tentang perairan yang pada hakikatnya sebagian besar adalah penulisan kembali (“*copy paste*”) pasal-pasal pada Konvensi PBB tentang Hukum Laut 1982. Undang-undang inilah yang mencabut Undang-Undang No. 4 Tahun 1960 tentang Perairan Indonesia.<sup>200</sup>

Yurisprudensi Indonesia tentang Status Perjanjian Internasional juga telah merujuk langsung terhadap konvensi tanpa harus tergantung pada perundang-undangan nasional yang misalnya terermin dalam putusan Majelis Hakim Mahkamah Agung (“MA”) dalam perkara peninjauan kembali atas perkara pidana hak asasi manusia yang memidana Eurico Guterres, Mantan Wakil Panglima Pasukan Pejuang Integrasi (PPI). Pada pengadilan tersebut, Majelis telah merujuk langsung pada konvensi internasional, yaitu Pasal 7 butir 3 *Elements of Crimes* dari *Statuta International Criminal Court*. Hakim juga mendasarkan pada argumentasi hukum yang digunakan dalam kasus Bagilshema yang diputus *ICTR Trial Chamber* pada tanggal 7 Juni 2001 yang mengartikan bahwa tanggung jawab komandan termasuk orang sipil yang punya pengaruh untuk memobilisasi massa.<sup>201</sup>

Wajah monisme juga ditunjukkan pada beberapa putusan Mahkamah konstitusi yang salah satunya, Putusan Mahkamah Konstitusi dalam judicial review tentang Undang-Undang No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi telah melakukan rujukan langsung pada “praktek dan kebiasaan internasional secara universal”.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> *Ibid.*, hal 106

<sup>201</sup> *Ibid.*, hal. 108

<sup>202</sup> *Ibid.*, hal. 110.

Adanya putusan pengadilan (MA dan MK) yang merujuk langsung pada instrumen hukum internasional kiranya merupakan perkembangan yang sangat menarik dalam diskusi monisme-dualisme. Dari praktik negara keterikatan hakim terhadap kaidah perjanjian internasional umumnya didasarkan pada konstruksi bahwa negaranya terikat pada perjanjian internasional karena telah menjadi pihak perjanjian. Namun, di lain pihak keterikatan hakim ini juga dapat dijelaskan melalui konstruksi ketatanegaraan yang dikenal selama ini, yaitu bahwa perujukan terhadap kaidah atau norma hukum internasional dimaksud telah menjadi konvensi ketatanegaraan yang setara dengan konstitusi sehingga mengikat secara hukum nasional termasuk hakim. Konstruksi ini tidak dikenal dalam hukum internasional dan merupakan bagian dari proses pembentukan hukum yang hanya dikenal dalam hukum tata negara RI dalam rubrik konvensi ketatanegaraan.<sup>203</sup>

Jadi pada prakteknya di Indonesia terdapat dikotomi antara praktek monisme dengan dualisme. Hal ini disebabkan karena Indonesia memang belum menentukan secara tegas politik hukum yang digunakan. Namun di sisi lain hal ini menunjukkan bahwa sikap yang dapat diambil oleh Indonesia menjadi lebih fleksibel untuk mengikuti kepentingan nasional Indonesia sendiri.

---

<sup>203</sup> *Ibid.*

### BAB III

## KEBERLAKUAN HUKUM NASIONAL SEBAGAI DASAR PENOLAKAN PELAKSANAAN ATAU BATALNYA KETERIKATAN SUATU NEGARA TERHADAP PERJANJIAN INTERNASIONAL

### 3.1. Hubungan Hukum Nasional dengan Perjanjian Internasional Berdasarkan Pasal 27 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969

Pasal 27 merupakan usulan dari perwakilan Pakistan pada saat Konferensi sesi pertama. Delegasi Pakistan meminta dengan jelas agar tidak ada satu pihak pun yang akan mengajukan pasal dari konstitusinya atau hukumnya sebagai alasan untuk tidak melaksanakan suatu perjanjian internasional.<sup>204</sup>

Bunyi pasal 27 VCLT, ialah sebagai berikut :

*“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.”*

Dapat dilihat pada pasal ini adanya prinsip *pacta sunt servanda*. Prinsip ini dengan baik lahir pada hukum internasional bahwa pihak pada sebuah perjanjian internasional tidak dapat mengajukan pasal dari konstitusinya atau hukum nasionalnya sebagai suatu alasan atas kegagalan untuk menjalankan kewajiban internasional yang telah diambil alih terhadap suatu perjanjian internasional.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> I.M. Sinclair., *The Vienna Convention on The Law of Treaties*, (Manchester: The University Press, 1926), hlm. 54.

<sup>205</sup> T.O. Eliias, *The Modern Law of Treaties*, (Leiden: Oceana Publication, 1974), hlm. 45.

Pasal ini berkaitan dengan hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional. Hal yang penting untuk mengetahui bahwa menurut Komisi Hukum Internasional, terdapat tiga macam sikap yang diambil pada waktu yang berbeda terkait hubungan berlakunya hukum perjanjian internasional.<sup>206</sup>

Sikap pertama diutarakan oleh Hersch Lauterpacht yang menyatakan bahwa hukum nasional memiliki kedudukan di atas hukum internasional. Sikap kedua yang mana berbeda dan bertentangan diutarakan oleh Gerald Fitzmaurich yang menegaskan kedudukan hukum internasional yang lebih tinggi dibanding hukum nasional. Sedangkan pandangan yang ketiga yakni hukum internasional diutamakan daripada hukum nasionalnya kecuali ada sebuah '*manifest violation*' dari hukum nasional yang mana dimohonkan sebagai sebuah alasan untuk membatalkan keterikatan pada sebuah perjanjian internasional.<sup>207</sup>

Terdapat beberapa tipe tertentu yang disebut sebagai "*constitutional clause*". Klausula ini biasanya menyatakan bahwa permasalahan tertentu yang secara eksklusif tunduk pada konstitusi negara akan tetap di luar dari ruang lingkup pasal yang terdapat pada perjanjian internasional dengan bantuan pada perjanjian internasional itu sendiri. Penerapan atas aturan konstitusi yang dapat diajukan terkait hubungan dengan perjanjian internasional.<sup>208</sup>

Pada kasus tertentu, perlu diperhatikan bahwa bukan negaranya yang mengajukan klausula tersebut untuk membuat suatu pembenaran atas kegagalannya untuk menjalankan suatu perjanjian internasional, tetapi perjanjian internasional itu sendiri yang memberikan kewenangan untuk mengajukan hukum nasionalnya.<sup>209</sup>

Casasse menyatakan bahwa "*International Law provides that States can not invoke the legal procedures of their municipal system a justification for not*

---

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> *Ibid.*, hlm. 46

<sup>209</sup> *Ibid.*

*complying with international rules.*"<sup>210</sup> Indonesia pernah mengalami situasi dimana telah meratifikasikan perjanjian internasional namun tidak dapat melaksanakan. Ini terjadi pada tahun 1981 ketika Indonesia meratifikasi *Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* atau yang dikenal dengan nama *New York Convention 1958*. Meskipun telah diratifikasi sejak tahun 1981 namun hingga tahun 1990 tidak dapat dilaksanakan.<sup>211</sup>

Sebagai alasan utama karena tidak adanya peraturan pelaksanaan (*implementing regulation*). Barulah dengan terbitnya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990, kewajiban Indonesia dalam Konvensi tersebut dapat dilaksanakan. Pada prinsipnya, bila Indonesia telah ikut serta dalam perjanjian internasional namun tidak mengikut perjanjian internasional maka Indonesia dapat digugat oleh negara lain yang dirugikan atas ketidakpatuhan Indonesia.<sup>212</sup>

### **3.2. Hubungan Hukum Nasional dengan Keterikatan Suatu Perjanjian Internasional Berdasarkan Pasal 46 *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969***

Berdasarkan ketentuan pada VCLT, terdapat empat alasan yang dapat menjadi dasar membatalkan diri untuk terikat pada suatu perjanjian internasional, yakni pelanggaran terhadap pasal tertentu terkait dengan hukum internal yang berhubungan dengan kompetensi untuk menyepakati perjanjian internasional, *error*, penipuan (*fraud*), dan korupsi (*corruption of a representative of state*).<sup>213</sup>

Salah satu alasan pembatalan untuk terikat pada suatu perjanjian internasional yaitu adanya hukum internal yang dilanggar terkait dengan

---

<sup>210</sup> Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional: Dalam Perspektif Indonesia sebagai Negara Berkembang*, (Jakarta: PT Yarsif Wantampone, 2010), hal. 79. Antonio Casesse, *International Law, 2nd ed.* (UK: Oxford University Press, 2005), 217 yang dikutip pada

<sup>211</sup> *Ibid.*, hal. 80.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on The Law of Treaties*, 89.

kompetensi dari perwakilan untuk menyatakan kesepakatannya. Dengan jelas hal ini diatur berdasarkan pasal 46 VCLT yang mana sebagai berikut:

*Article 46 VCLT*

1. *A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance”*
2. *A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.*

Masalah yang timbul pada pasal ini ialah terkait sampai manakah suatu negara dengan hukum internalnya mengajukan batasan konstitusi yang dapat mempengaruhi keabsahan berdasarkan hukum internasional atas kesepakatan pada suatu perjanjian yang diberikan oleh perwakilan negara yang memiliki kewenangan nyata untuk memberikannya. Hukum internasional tidak memaksakan agar sebuah negara membentuk batasan-batasan terkait kompetensi terhadap pembentukan suatu perjanjian internasional pada pelaksanaan kekuasaan itu selain persyaratan bahwa seluruh anggota yang mungkin menghambatnya untuk memenuhi kewajiban internasionalnya.<sup>214</sup>

Dalam pasal 46 ini terdapat tiga faktor yang bisa menjadi dasar bagi sesuatu negara untuk membatalkan kesepakatannya untuk mengikat diri pada perjanjian<sup>215</sup> :

1. Ketentuan hukum nasional yang dilanggar itu adalah ketentuan tentang wewenang untuk membuat perjanjian.
2. Ketentuan yang dilanggar mempunyai arti yang mendasar.

---

<sup>214</sup> T.O. Eliias, *The Modern Law of Treaties*, (Leiden: Oceana Publication, 1974), hlm. 143.

<sup>215</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, 113.

3. Pelanggaran itu harus benar-benar bukan saja untuk negara yang bersangkutan tetapi juga untuk pihak-pihak lainnya.

Pasal 46 ini sebenarnya menyangkut hubungan antara eksekutif dan legislatif dalam suatu negara. Namun, disatu pihak, sebagaimana dampak dari Pasal 46 VCLT ini, tindakan eksekutif dalam membuat perjanjian adalah mengikat bagi negaranya. Di lain pihak harus memutuskan anggota eksekutif tertentu yang mana yang diberi wewenang untuk bertindak atas nama negara.<sup>216</sup>

### 3.2.1. Unsur Terkait dengan Kewenangan Perwakilan

Dalam bukunya *International Law*, Hyde menyatakan bahwa negara harus memastikan dirinya sendiri untuk tidak menghambat dengan persyaratan apapun dari hukum internasional kecuali yang mewajibkan setiap anggota dari masyarakat internasional untuk tidak membuat dirinya tidak berdaya untuk menjawab kewajibannya sebagai hutang kepada anggota lainnya.

Tindakan negara melalui instrument dari perwakilan-perwakilan. Semua negara memiliki kapasitas untuk membuat perjanjian internasional harus menyediakan dalam satu bentuk atau bentuk lain dari satu lembaga atau lembaga lainnya dan sebuah definisi atas batasan surat kuasa mereka dalam menyatakan persetujuan untuk terikat pada sebuah perjanjian internasional.<sup>217</sup>

Ada beragam cara bagaimana sebuah negara terikat pada sebuah perjanjian internasional. Berikut adalah tiga macam cara utama untuk dilakukan, pertama sebuah negara boleh dengan hukum internalnya menyatakan bahwa suatu perjanjian internasional tidak berlaku secara internal sampai perjanjian tersebut telah menerima persetujuan parlemen atau ratifikasi.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> T.O. Eliias, *The Modern Law of Treaties*, 143.

<sup>218</sup> *Ibid.*

Sebuah negara boleh membuat persetujuan parlemen atau konfirmasi sebuah persyaratan dan kondisi untuk menyepakati suatu perjanjian internasional manapun, jadi menghalangi eksekutifnya untuk menyepakati suatu perjanjian internasional berdasarkan inisiatifnya sendiri. Cara yang ketiga, yakni adanya pasal fundamental tertentu yang tertera pada konstitusinya yang meminta mayoritas negara dan prosedur sebelum pasal-pasal tersebut dapat dirubah, jadi membatasi eksekutif dalam melakukan kewenangannya untuk memberlakukan kuasanya untuk membuat suatu perjanjian internasional.<sup>219</sup>

Ada perbedaan antara ketidakabsahan suatu perjanjian internasional yang dibuat oleh negara dalam hubungan eksternalnya dan ketidakmampuan untuk mengimplementasi berdasarkan hukum internal setelah disepakati. Menurut Hyde, pembatasan pemaksaan diri yang mana beberapa negara telah hilangkan untuk melahirkan melalui instrumen dari konstitusi yang tidak untuk diganggu, telat untuk melakukan kewajiban internasional, konstitusi mengecek pada pembuatan dari perjanjian internasional yang membuktikan hanya kenyataan dari tindakan masing-masing negara untuk memilih pola dari kehidupan pemerintah dalam komunitas internasional dan sehubungan dengan pembuatan dari pilihan untuk permasalahan domestik.<sup>220</sup>

Sedangkan kaum dualis memiliki pandangan yang berbeda, karena mereka menganggap bahwa hukum nasional dengan hukum internasional publik adalah dua sistem hukum yang berbeda. Pandangan ini menyatakan bahwa hukum internasional hanya mempedulikan dirinya sendiri dengan hubungan eksternal dari negara, meninggalkannya secara keseluruhan pada setiap negara untuk meminta hubungan internalnya sendiri, termasuk batasan-batasan pada fungsinya.<sup>221</sup>

Persyaratan dan prosedur bagi sebuah negara untuk mengikatkan diri pada suatu perjanjian internasional pada tingkat internasional serta kompetensi untuk menyatakan kesepakatan untuk terikat pada suatu perjanjian internasional

---

<sup>219</sup> *Ibid.*, hlm 144.

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> *Ibid.*



merupakan persoalan untuk hukum internasional. Sehingga, seorang perwakilan yang dianggap memiliki kompetensi dibawah hukum internasional untuk menyatakan kesepakatannya untuk terikat pada suatu perjanjian internasional dan tindakannya itu berkesesuaian dengan prosedur yang sepatutnya, maka negara tersebut dianggap terikat pada perjanjian internasional, tidak peduli pada persyaratan hukum nasionalnya.<sup>222</sup>

Ada pendapat dari *Advisory Opinion* dari *Permanent Court of International Justice* pada *Treatment of Polish Nationals Danzig*. Sebuah negara tidak dapat, dalam melawan negara lain, melandaskan pasal-pasal pada konstitusinya, kecuali hanya pada hukum internasional dan kewajiban internasional yang benar-benar diterima. Di pihak lain, sebuah negara tidak dapat mengemukakan untuk melawan negara dengan konstitusinya serta sebuah maksud untuk menghindari kewajiban berdasarkan hukum internasional atau perjanjian internasional yang berlaku.<sup>223</sup>

Analisis tersebut memberikan kontroversi antara kaum monis dan dualis. Menurut kaum monis, hukum nasional dan hukum internasional publik adalah satu. Sehingga, yang satu merupakan bagian dari kesatuan tatanan hukum. Hukum internasional merupakan bagian dari hukum nasional dari tiap negara tanpa adanya intervensi parlemen pada bagian hukum perjanjian internasional, kesatuan karakter dari kedua sistem dengan kenyataan bahwa pembuatan suatu perjanjian internasional dengan sebuah lembaga negara dalam menjalankan kewenangan atau tidak sesuai dengan prosedur yang diminta oleh hukum internal menjadikan sebuah perjanjian internasional batal, tidak hanya pada hukum internalnya tetapi juga pada hukum internasional.<sup>224</sup>

Kesepakatan dari perwakilan negara yang telah diberikan pada ranah internasional tanpa adanya batasan konstitusi adalah tidak sah. Berkaitan dengan pandangan ini, hukum nasional dari sebuah negara yang mana batasan atas surat kuasa dari perwakilannya untuk masuk ke dalam sebuah perjanjian internasional

---

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> *Ibid.* hlm. 145.

yang dianggap sebagai bagian dari hukum internasional. Masalahnya kaum monis menganggap hal ini tidak dapat ditolerir, beban terhadap negara lain untuk memenuhinya.<sup>225</sup>

Pada tiap kasus bahwa batasan konstitusi dari sebuah negara dengan dimana mereka menginginkan untuk membuat suatu perjanjian internasional yang tidak dilanggar. Mereka tidak lagi dapat bergantung pada tampilan atau kewenangan nyata dari perwakilan negara sebagai sebuah kecelakaan yang normal dalam hubungan diplomatik antar negara.<sup>226</sup> Komisi internasional pernah mengadopsi pandangan ini pasal 2 pada rumusan pada kata-kata ini:

*“A treaty becomes binding in relation to a State by signature, ratification, accession or any other means of expressing the will of the State, in accordance with its constitutional law and practice through an organ competent for that purpose”*

Banyak anggota komisi yang tidak menyetujui ide bahwa pasal dari hukum internasional dengan bentuk batasan konstitusi yang dipertimbangkan tergabung ke dalam hukum internasional. Beragam kaum monis menerima pandangan bahwa batasan konstitusi berdasarkan hukum nasional yang melebur terhadap hukum internasional, tetapi asal menyatakan bahwa kestabilan dari perjanjian internasional tidak dirusak, hanya batasan konstitusi yang kurang baik ‘*notorious*’ yang perlu dipertimbangkan oleh negara lain. Pada saat pembuatan suatu perjanjian internasional dengan negara yang diperhatikan hanya yang kurang baik saja bahwa negara lain dapat sepatutnya sadar atas dengan siapa berhubungan.<sup>227</sup>

Terdapat beberapa argumen terkait dengan pendapat tersebut, itikad baik melingkupi tidak hanya batasan yang kurang baik saja yang dimintakan dengan hukum internasional, tetapi juga hukum internalnya yang tidak membuat perbedaan antara batasan konstitusi yang kurang baik dengan batasan konstitusi

---

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> *Ibid.*, hlm. 145

yang tidak jahat. Contohnya ialah kewenangan dari sebuah lembaga negara atau agen untuk menyepakati persetujuan untuk memulai suatu perjanjian internasional.<sup>228</sup>

Disamping itu, batasan konstitusi terkadang tidak jelas entah mereka menghubungkan surat kuasa perwakilan untuk menyepakati suatu perjanjian internasional atau untuk menerapkan pada hukum nasionalnya. Bahkan beberapa batasan timbul secara langsung dan tidak jelas dengan konotasi dan intepretasi yang subjektif. Hal ini menimbulkan keraguan pada karakter jahat '*notorious*' yang seharusnya.<sup>229</sup>

Konstitusi sebuah negara boleh mengatakan satu hal lain, sementara konvensi dan prakteknya mengikuti prosedur yang telah dirubah. Untuk hal ini dan alasan lain, pandangan ini mengenai batasan konstitusi yang jahat, pada keseimbangannya, tidak dapat dipertahankan. Dampak dari kegagalan untuk memperhatikan batas konstitusi pada kasus tertentu yang menjadi tidak sah yaitu perjanjian internasional yang berdasarkan hukum nasionalnya.<sup>230</sup>

Menurut Hans Blix pada "*Treaty Making Power*" menyatakan bahwa konstitusi pada kebanyakan negara tidak menjelaskan lebih lanjut konsekuensi dari pelanggaran sebuah batasan pada hukum nasionalnya pada tingkat internasional karena kompetensi nyata sebuah lembaga biasanya terbungkus bersama kewenangan yang dibutuhkan untuk mengikat negara mereka.

Hal ini mungkin menimbulkan penerapan dari sanksi internasl terhadap perwakilan negara namun tidak lantas membuat suatu perjanjian internasional tidak sah berdasarkan hukum internasionalnya selama jelas perwakilannya telah bertindak sesuai dengan pekerjaannya dalam batas lungkup kewenangannya sebagai seorang agen.<sup>231</sup>

---

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> *Ibid.*

<sup>231</sup> *Ibid.*, hlm. 146.

Asumsi bahwa *omnia preasumuntur acta rite sunt* berlaku pada transaksi internasional, itikad baik meminta bahwa negara tidak boleh mengambil keuntungan pada situasi dimana mereka tahu atau sepatutnya tahu akan lemahnya kompetensi wakilnya untuk menyatakan kesepakatan negaranya untuk terikat pada suatu perjanjian internasional.<sup>232</sup>

Meskipun tidak banyak *precedent* yang secara langsung terkait dengan pasal dari konstitusi tentang keabsahan suatu perjanjian internasional berdasarkan hukum internasional, meskipun beberapa dicta terhadap kasus yang telah diutus menunjukkan bahwa kesepakatan negara pada suatu perjanjian internasional melalui prosedur yang sepatutnya maka suatu negara terikat pada suatu perjanjian internasional kecuali negara lain pada kenyataannya sadar akan kelemahan yang nyata pada kewenangan konstitusi pada wakilnya.<sup>233</sup>

Seorang wakil harus bertindak dengan lingkup pada kewenangan nyata. Dua kasus utama sering dikutip sebagai pendukung, yakni pada kasus *East Greenland* dan *Free Zones*. Pada kasus *East Greenland*, Mr. Ihlen, Menteri Luar Negeri Norwegia, sementara wakil pada pihak lainnya mempertanyakan tentang haknya untuk membuat deklarasi kepada negara lain yang mana terikat akan negara yang terkait dan jelas bahwa hukum internasional tidak lantas kemudian memperhatikan dengan sendirinya terkait batasan konstitusi pada hukum nasional suatu negara.<sup>234</sup>

Negara memiliki beragam prosedur yang mana dapat melindungi kepentingan mereka dengan kemungkinan bahwa wakil dari sebuah negara mungkin akan memiliki kelemahan kewenangan konstitusi untuk menyatakan kesepakatan akan sebuah negara pada suatu perjanjian internasional.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> *Ibid.*, hlm. 147

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> *Ibid.*

Semua prosedur yang telah diatur untuk memberikan waktu yang cukup bagi negara, tidak hanya untuk menilai pasal pada perjanjian internasional berserta implikasinya, tetapi juga terkait dengan persyaratan hukum nasional tentang keabsahan suatu perjanjian internasional.<sup>236</sup>

Sebuah kewajiban dari sebuah negara untuk meyakinkan kebiasaan dari hubungan internalnya, termasuk fakta bahwa negara berurusan dengan kewenangan nyata yang berhak untuk diasumsikan kompetensi dari konstitusinya. Jika sebuah negara setelah menjadi pihak suatu perjanjian internasional menemukan kesulitan pada konstitusinya, hal yang sebaiknya dilakukan adalah bukan mencari jalan keluar dengan permohonan bersama akan ketidakabsahan suatu perjanjian internasional dengan dasar batasan konstitusinya, tapi secara langsung untuk memberitahukan ke negara lain akan hakekat sebenarnya atas permasalahan dan mencari untuk menemukan revisinya atau amandemen jika kesulitan tertentu tidak dapat dihapus oleh legislasi internal atau tindakan eksekutif. Itikad baik meminta hal tersebut dilakukan dengan preferensi pada sebuah landasan untuk mengakui atas ketidakabsahan dengan alasan akan batasan dari hukum nasionalnya.<sup>237</sup>

*International Law Commission* pada sesinya yang ke-lima menyatakan bahwa prinsip dasar dari artikel ini ketidaktahuan akan pasal dari hukum nasional terkait dengan kompetensi untuk menjadi pihak pada perjanjian internasional tidak mempengaruhi keabsahan suatu kesepakatan dengan bertukar dari lembaga negara atau kompetensi wakil atas hukum nasional terkait persetujuannya.<sup>238</sup>

Jadi dapat disimpulkan bahwa pada dasarnya suatu negara tidak dapat mengajukan batalnya keterikatan pada suatu perjanjian internasional dengan alasan melanggar hukum nasionalnya terkait kewenangan dari perwakilan semata, kecuali batasan kewenangannya merupakan batasan konstitusi yang *notorious*.

---

<sup>236</sup> *Ibid.*, hlm. 148

<sup>237</sup> *Ibid*

<sup>238</sup> *Ibid.*

### 3.2.2. Unsur Dapat Dibuktikan Pelanggarannya Nyata ‘*Manifest*’

Sebelum terbentuk menjadi pasal 46, sebelumnya pasal ini merupakan pasal 43 dengan rumusan sebagai berikut<sup>239</sup> :

*“A state may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless the violation of its internal law was manifest”*

Dari rumusan di atas terdapat dua unsur yang harus dijawab yakni, kepada siapa pelanggaran itu harus nyata dan definisi dari ‘*manifest violation*’

*“The rule embodied in the article is that, when the violation of internal law regarding competence to conclude treaties would be objectively evident to any State dealing with the matter normally and in good faith, the consent to the treaty purported to be given on behalf of the State may be repudiated.”*

Karakter objektif dari kriteria yang perlu diaplikasikan secara cukup mengidentifikasi pengertian biasa dari kata ‘*manifest*’ dan tidak ada gunanya untuk disempurnakan, menurut pandangan Komisi, dengan usaha apapun untuk menyatakan lebih awal keadaan dan kejadian ketika sebuah pelanggaran atas hukum nasional yang patut dikatakan ‘*manifest*’. Bentuk negatif dari aturan ini diekspresikan untuk menunjukkan jarangnyanya kejadian dimana batasan konstitusi dimohonkan sebagai dasar dan ketidakabsahan suatu perjanjian internasional.<sup>240</sup>

Selama sesi pertama dari Konferensi pertama pada 1968, dua amandemen yang sangat berpengaruh diusulkan oleh delegasi Peru dan delegasi Inggris yang diterima sebagai perbaikan pada kalimat pada pasal tersebut. Amandemen dari Peru meminta agar aturan dari hukum nasional, pelanggaran yang akan membuat itu ‘*manifest*’ bahwa negara tidak seharusnya terikat dengan suatu perjanjian internasional yang disepakati oleh wakil-wakilnya, pasti menjadi *fundamental*

---

<sup>239</sup> *Ibid.*, hlm. 149

<sup>240</sup> *Ibid.*

*importance* yang disetujui meskipun idenya telah ada secara implisit pada prinsip dasar yang terikat pada rumusan Komisi.<sup>241</sup>

Konferensi melihat tidak adanya alasan yang kuat untuk tidak membuat eksplisit apa yang membuat diperlukannya pembatasan ruang lingkup dari alasan ini atas ketidakabsahan menjadi lebih jelas. Sejak tidak setiap pelanggaran dari aturan atas hukum nasional dapat dianggap sebagai prinsipnya ke dalam permainan.<sup>242</sup>

Ide yang diusulkan dari Inggris bermaksud untuk memperjelas ide akan apa yang dianggap sebagai “*manifest violation*”. Sebuah poin dimana Komisi sendiri memiliki banyak pikiran yang terkuras. Definisi yang diusulkan atas “*manifest violation*” artinya, dalam kata-kata komentar Komisi sendiri. Bukti yang objektif pada negara manapun yang terkait dan permasalahan yang berkesesuaian dengan praktek normal “dan dengan itikad baik”.<sup>243</sup>

Ide lain diusulkan oleh perwakilan Pakistan dan Jepang untuk mengecualikan dari pasal akan persyaratan atas “*manifest violation*” atas elemen dari prinsip dasar yang telah dikatakan sebelumnya. Komisi kemudian menegaskan pandangannya bahwa pernyataan akan dasar ketidakabsahan dengan dasar batasan konstitusi seharusnya dibatasi pada kasus tentang “*manifest violation*” atas sebuah pasal yang *fundamental* bagi hukum nasionalnya.<sup>244</sup>

Sekolah yang mengajarkan tentang konstitusi berpendapat bahwa hukum internasional menyerahkan kepada hukum nasional untuk menentukan lembaga dan prosedur yang mana menentukan kesepakatan sebuah negara untuk terikat pada suatu perjanjian internasional telah terbentuk dan telah disetujui, dan bahwa

---

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> *Ibid.*, hlm 150.

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> *Ibid.*

pelanggaran terhadap hukum internal mengakibatkan kekosongan terhadap kesepakatan negara untuk terikat.<sup>245</sup>

Tidaklah masuk akal untuk memperkirakan bahwa suatu negara bisa terikat oleh tindakan-tindakan yang dilakukan oleh seorang pegawai rendah saja dan dalam tindakan yang sama mengikat karena tindakan seorang Menteri Luar Negeri. Meskipun seseorang diberikan wewenang untuk menandatangani suatu perjanjian atas nama suatu negara, sesuai dengan pasal 7 VCLT, kadang-kadang terjadi bahwa persyaratan-persyaratan khusus dikenakan pada pejabatnya, misalnya ia mungkin diinstruksikan untuk tidak menandatangani perjanjian kecuali jika perjanjian itu berisi ketentuan-ketentuan khusus dimana negaranya menganggap penting.<sup>246</sup>

Sedangkan kaum internasionalis berpendapat bahwa hukum internasional hanya mempedulikan penjelmaan nyata dari kesepakatan negara untuk terikat pada suatu perjanjian internasional, dan bahwa tindakan dari perwakilan yang berwenang dibawah hukum internasional untuk mengikat negara dan tampak berwenang untuk melakukan demikian pada kasus-kasus tertentu untuk mengikat negara, meskipun jika sebuah rumusan dari hukum internal belum disesuaikan.<sup>247</sup>

Kaum konstitusionalis mencoba untuk memberikan pengaruhnya dengan menyatakan bahwa hanya yang merupakan batasan konstitusi saja yang 'notorious' atau terkenal dapat dipertimbangkan dengan negara-negara lain, sehingga sebuah negara menguji ketidakabsahan dari sebuah perjanjian internasional dengan dasar sebuah pelanggaran tentang hukum internal hanya boleh diajukan terhadap pasal-pasal yang oleh konstitusi disebut 'notorious'.<sup>248</sup>

Terdapat dua perbedaan pendapat antara Special Rapporteurs, pendapat pertama yang dinyatakan oleh Messrs Brierly dan Lauterpacht mengedepankan

---

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> *Ibid.*, hlm. 114.

<sup>247</sup> IM. Sinclair, *The Vienna Convention on The Law of Treaties*, 89.

<sup>248</sup> *Ibid.*, hlm 90



rumusan-rumusan berdasarkan posisi konstitusionalis dengan keyakinan bahwa pemerintah akan menolak peraturan-peraturan lainnya. Sedangkan Fitzmaurice, menyatakan bahwa persetujuan merupakan persetujuan pada ranah internasional dan kenyataannya persetujuan tersebut tidak sebanding dengan fakta pada ranah domestik, kesepakatan tertentu kurang cukup atau lemah, atau bahwa adanya kegagalan untuk meneliti proses konstitusi yang benar. Terkait dengan tujuan prosedur dalam penandatanganan, atau untuk menjaga batasan-batasan pada pembuatan perjanjian internasional yang diminta oleh hukum nasional atau konstitusi.<sup>249</sup>

Pada kenyataannya, mayoritas lebih memilih sepakat bahwa dengan tidak ketelitian pada hukum internal terkait dengan kompetensi untuk keberlakuan perjanjian internasional tidak mempengaruhi keabsahan dari persetujuan yang diberikan dengan bentuk sebuah organ negara atau perwakilan yang berwenang dibawah hukum internasional. Namun, mayoritas telah dipersuasikan untuk mengakui sebuah pengecualian pada kasus dimana pelanggaran terhadap pasal pada hukum internal terkait dengan kompetensi menyepakati perjanjian internasional yang benar-benar nyata.<sup>250</sup>

Pada saat konferensi, sebuah usul berasal dari perwakilan Pakistan dan Jepang untuk menghapus pengecualian '*manifest violation*' ini. Namun, dikalahkan oleh suara mayoritas. Usulan kedua diajukan oleh *United Kingdom*, yang menyatakan bahwa '*manifest violation*' harus secara objektif terbukti untuk beragam negara dalam mengatasi masalah secara normal dan dengan itikad baik. Dengan adanya variasi dan perubahan, dua usulan ini bergabung pada pasal 46 VCLT.<sup>251</sup>

Berikut ini merupakan pandangan yang diberikan oleh DJ Harris sehubungan dengan pasal 46 VCLT. Dengan pendapat yang berbeda-beda tentang entah ketidaksesuaian syarat-syarat dari hukum nasional yang berhubungan

---

<sup>249</sup> T.O. Eliias, *The Modern Law of Treaties*, 150.

<sup>250</sup> *Ibid.*

<sup>251</sup> *Ibid*

dengan kompetensi untuk membuat suatu perjanjian internasional dapat mempengaruhi keabsahan dari kesepakatan negara. Beberapa ahli hukum berpendapat bahwa hukum internasional menyerahkan kepada hukum nasional dari setiap negara untuk menentukan lembaga dan prosedur yang mana keinginan dan sebuah negara untuk tunduk pada sebuah perjanjian internasional akan dibentuk dan dinyatakan.<sup>252</sup>

Pada pandangan ini hukum nasional membatasi kewenangan sebuah lembaga dan prosedur yang mana keinginan sebuah negara untuk tunduk pada sebuah perjanjian internasional akan dibentuk dan dinyatakan. Pada pandangan ini hukum internasional membatasi kewenangan sebuah lembaga negara untuk membuat perjanjian internasional yang dianggap sebagai bagian dari hukum internasional sehingga untuk menghindari atau setidaknya membuat keberlakuan berdasarkan keputusan.<sup>253</sup>

Kesepakatan terhadap sebuah perjanjian yang diberikan pada bidang internasional terlepas adanya pembatasan konstitusi. Jika pandangan ini harus diterima maka ini akan diikuti kewenangan untuk melakukan seolah-olah dibentuk oleh Kepala Negara, Perdana Menteri, Menteri Luar Negeri berdasarkan pasal 7 VCLT. Mereka harus memenuhi mereka sendiri pada setiap kasus bahwa pasal-pasal pada konstitusi negara tidak dilanggar atau tidak diresikokan untuk keberlakuan suatu perjanjian internasional selanjutnya.<sup>254</sup>

Ahli hukum lain, mendasarkan pendapat mereka pada penggabungan batasan konstitusi kepada hukum internasional, menyadari bahwa beberapa kualifikasi sebuah doktrin adalah penting jika bukan untuk memutuskan jaminan dari perjanjian internasional. Pada pandangan ini, sebuah negara menguji

---

<sup>252</sup> DJ Harris, *Cases and Materials on International Law, Sixth Edition*, (London: Sweet & Maxwell, 2008)., hlm. 849.

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> *Ibid.*

keabsahan dari perjanjian internasional pada dasar konstitusi boleh diajukan terkait pasal-pasal pada konstitusi yang adalah jahat.<sup>255</sup>

Ahli hukum yang ketiga berpendapat bahwa hukum internasional menyerahkan kepada setiap negara untuk menentukan organ dan prosedur yang mana keinginannya untuk membuat perjanjian dan secara eksklusif dengan manifestasi eksternal.<sup>256</sup>

Dengan adanya perbedaan-perbedaan pendapat yang ada dan juga adanya paham monisme dan dualisme, DJ Harris memberikan pendapat hukumnya yakni satu hal yang menjadi perdebatan dengan adanya perbedaan aliran monisme dan dualisme ialah pada saat praktek di pengadilan, kapan pengadilan nasional mengaplikasikan sebuah aturan hukum internasional dan mengingatkan kepada dewan adanya kontroversi monisme dan dualisme pada saat menentukan suatu kasus.<sup>257</sup>

Pada pandangan ini hukum internal membatasi kewenangan sebuah lembaga negara untuk membuat perjanjian internasional yang dianggap sebagai bagian dari hukum internasional sehingga untuk menghindari atau setidaknya membuat berlakunya suatu perjanjian internasional berdasarkan keputusan. Persetujuan untuk sebuah perjanjian yang diberikan pada ranah internasional terlepas adanya pembatalan konstitusi.

Jika pandangan ini harus diterima maka ini akan diikuti pada negara lain yang mana tidak berhak untuk bergantung pada kewenangannya seolah-olah dimiliki oleh seorang kepala negara, menteri, dan menteri luar negeri. Pelaku-pelaku tersebut, entah bagaimana, harus memiliki atau memenuhi kewenangan untuk melakukan persetujuan suatu perjanjian internasional.<sup>258</sup>

---

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> *Ibid.*

### 3.2.3. Unsur Terkait dengan Hal yang Mendasar “*Fundamental of Importance*”

Pada saat Konferensi membahas ‘*manifest violation*’ terjadilah perbedaan usulan untuk mempersempit lingkup pengecualian ini dan memberikan pengertian yang lebih jelas untuk dapat diterapkan. Usulan pertama yang diberikan oleh Peru, yakni pelanggaran terkait hukum internal tentang kompetensi, tidak hanya harus nyata tetapi juga harus berhubungan dengan hukum internal “*fundamental importance*”.<sup>259</sup> Jadi, berdasarkan unsur ini suatu perjanjian internasional dapat diajukan batal akan keterikatannya jika dapat dibuktikan bahwa pelanggarannya merupakan pelanggaran yang nyata dan menyangkut hal yang fundamental pada hukum nasionalnya.

Misalnya seperti apa yang telah disebutkan pada Bab sebelumnya bahwa telah menjadi aturan hukum internal dari Amerika, perjanjian internasional yang dianggap sah adalah perjanjian internasional yang telah mendapat persetujuan dan saran atau telah disahkan dengan undang-undang.

### 3.3. Hubungan antara Pasal 27 dan 46 Vienna Convention on The Law of Treaties 1969

Hubungan antara pasal 27 dengan pasal 46 VCLT, yakni apabila suatu negara mengajukan ketentuan pasal 27 VCLT maka tidak lantas mengabaikan pasal 46 VCLT. Hal tersebut dapat dilihat dari ketentuan pasal 27 VCLT itu sendiri yang menyatakan:

*“This rule is without prejudice to article 46”*

Maksud dari kalimat tersebut berarti dengan mengajukan pasal 27 VCLT tidak dapat mengabaikan atau menyampingkan ketentuan dari pasal 46 VCLT. Kedua pasal, baik pasal 27 dan pasal 46 VCLT, memang mengatur tentang hubungan antara hukum nasional suatu negara dengan keberlakuan perjanjian

<sup>259</sup> T.O. Eliias, *The Modern Law of Treaties*, hal. 150.

internasional. Pada pasal 27 VCLT jelas menyatakan bahwa suatu negara tidak dapat mengajukan hukum nasionalnya sebagai alasan pembenar untuk tidak melaksanakan kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian internasional. Namun, jika melihat pada ketentuan pasal 46 VCLT maka suatu negara bisa saja batal untuk terikat terhadap suatu perjanjian internasional karena hukum nasionalnya.

Namun, perlu diperhatikan lebih lanjut kriteria hukum nasional yang bagaimana yang dapat diajukan untuk dapat membuat suatu negara batal untuk terikat suatu perjanjian internasional berdasarkan pasal 46 VCLT. Jika dilihat sepiantas pasal 46 VCLT semacam pengecualian dari pasal 27 VCLT. Seolah-olah memberikan ruang kepada suatu negara untuk batal terikat pada suatu perjanjian internasional dengan alasan hukum nasionalnya. Namun, hukum nasional yang dimaksud pada pasal 46 VCLT bukan yang menyangkut dengan kompetensi perwakilan atas pembuatan perjanjian internasional semata, kecuali pelanggarannya tersebut adalah nyata (*manifest*) dan terkait dengan aturan dasar dari hukum nasionalnya (*fundamental importance*).<sup>260</sup>

#### 3.4. Perbedaan antara Pasal 46 dan Pasal 47 VCLT 1969

Selain itu terdapat prinsip tambahan yang terkait dengan pasal 46, yakni pada pasal 47 VCLT. Pada rumusan pasal tersebut dinyatakan bahwa<sup>261</sup> :

*“If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent”*

Dengan rumusan di atas menerangkan bahwa pasal ini akan berlaku jika seorang wakil dengan kewenangannya untuk menyatakan kesepakatan negaranya untuk terikat pada sebuah perjanjian internasional yang dibuat terkait dengan kondisi tertentu, reservasi atau batasan, melebihi dari kewenangannya dengan

<sup>260</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, hlm. 84

<sup>261</sup> T.O. Eliias, *The Modern Law of Treaties*, hal. 150-151.

kelalaian untuk mengamati batasan-batasan khusus tersebut. Namun, jika pemberitahuan atas batasan-batasan khusus tersebut harus diberitahukan pada negara-negara lainya sebelum suatu perjanjian internasional akhirnya disepakati.<sup>262</sup>

Terkait dengan poin ini, berikut adalah komentar dari Komisi :

*The commission considered that in order to safeguard the security of international transactions, the rule must be that specific instructions given by a State to its representative are only effective to limit his authority vis-a-vis other States, if they are made known to them in some appropriate manner before the State in question concludes the treaty.*

Sebenarnya jarang terjadi sesuatu negara telah berusaha mengingkari tindakan-tindakan yang dilakukan oleh wakilnya dengan dalih tidak memperlihatkan pembatasan-pembatasan terhadap kewenangannya. Kewajiban dari suatu negara untuk menyingkapkan terhadap pihak-pihak lainnya, pembatasan-pembatasan semacam itu terhadap kewenangan wakilnya yang mungkin relevan terhadap transaksi yang ada.<sup>263</sup>

Seorang wakil harus menyadari bahwa batasan-batasan khusus pada kewenangannya tidak akan mempengaruhi persetujuan yang telah ia berikan, kecuali sebelum ia hendak memberikan persetujuannya, batasan-batasan tersebut telah diberitahukan kepada pihak lainnya. Perlu diketahui bahwa batasan yang dimaksud pada pasal 47 VCLT ini merupakan batasan-batasan khusus yang tersedia pada instrumen dari eksekutif yang bukan merupakan batasan pada konstitusinya sebagaimana pasal 46 VCLT.<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> *Ibid.*, hlm. 151

<sup>264</sup> *Ibid.*, hlm. 152

**BAB IV**

**ANALISA PEMAKAIAN HUKUM NASIONAL SEBAGAI ALASAN  
PEMBENAR PENOLAKAN PELAKSANAAN ATAU BATALNYA  
KETERIKATAN TERHADAP SUATU PERJANJIAN INTERNASIONAL**

**4.1. Sistem *Common Law***

**4.1.1. Kasus La Grand**

**4.1.1.1. Fakta Kasus**

Kasus La Grand<sup>265</sup> berawal dari dua warga negara Jerman, Walter dan Karl La Grand yang ditangkap atas tuduhan pembunuhan dan percobaan perampokan bank pada tahun 1982 di Amerika Serikat (“AS”), negara bagian Arizona. Amerika Serikat (“AS”) dianggap gagal untuk memberitahukan La Grand hak mereka yang ada pada pasal 36(1)(b) *Vienna Convention on The Consular Relation* (“VCCR”)<sup>266</sup> untuk menerima bantuan konsuler pada proses pengadilan pidana. Tahun berikutnya, La Grand bersaudara dinyatakan bersalah dan mendapat hukuman mati. Kemudian Jerman mencoba untuk membuka kembali persidangan, namun ditolak oleh AS karena adanya ‘*procedural default doctrine*’. Usaha Jerman untuk menyelesaikan kasus ini dengan jalur diplomatik menemui kegagalan.

---

<sup>265</sup>Kasus La Grand (Jerman v AS), Putusan 27 Juni 2001, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=348&code=gus&p1=3&p2=3&p3=6&case=104&k=04> diakses pada 10 Juni 2012.

<sup>266</sup> *Vienna Convention on Consular Relation*, 24 April 1963, 596 UNTS 261 (“VCCR”)

Sehingga pada 24 Februari 1999 Karl La Grand telah dieksekusi mati dan adiknya telah dijadwalkan akan dieksekusi pada tanggal 3 Maret 1999. 24 Jam setelahnya, Jerman mengajukan mosi untuk tindakan sementara (*provisional measures*) kepada *International Court of Justice* ("ICJ"). Hari berikutnya, ICJ meminta pihak Amerika untuk menunda eksekusi sampai kasus ini diputuskan. Sesuai dengan permintaan ini, Walter La Grand telah dieksekusi sebagaimana yang telah direncanakan.

Jerman mengajukan empat tuntutan kepada AS, sebagai berikut<sup>267</sup> :

1. AS telah melanggar pasal 36(1)(b) VCCR karena telah gagal memberitahukan pemberitahuan konsuler.
2. AS telah melanggar pasal 36(2) yang 'Negara harus mendukung dengan segala macam aturan agar hak pada pasal ini dapat diberikan sesuai dengan pasal dan konvensi ini.'
3. Melanggar hukum Internasional karena telah mengacuhkan 'provisional measures' yang diberikan oleh Pengadilan pada bulan Maret.
4. Memberikan jaminan dan asuransi untuk mematuhi segala aturan yang berkaitan dengan VCCR kedepannya terkait warga negara Jerman.

Pada kasus ini akan dilihat bagaimana ICJ menyikapi pengajuan hukum nasional oleh Amerika, *procedural default doctrine*, sebagai alasan tidak melaksanakan pasal 36(1)(b) VCCR.

#### 4.1.1.2. Permasalahan Hukum

Pengajuan '*procedural default doctrine*' yang diajukan Amerika tidak lantas menjadi alasan bagi negara tersebut untuk tidak melaksanakan pasal 36(1)(b)

---

<sup>267</sup> Kasus La Grand (Jerman v AS), *Application instituting proceedings*, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=0> diakses pada 10 Juni 2012.



VCCR berdasarkan putusan ICJ. *Procedural default doctrine* merupakan salah satu ketentuan nasional Amerika yang mana menyatakan:

*“Procedural default doctrine is a legal principle which says that federal courts cannot review the merits of a habeas corpus petition if a state court has refused to review the complaint because the petitioner failed to follow reasonable state-court procedures.”*<sup>268</sup>

Amerika beralasan bahwa banding yang diajukan oleh Konsulat Jerman tidak dapat diterima, karena pengadilan federal tidak dapat memeriksa ulang permasalahan substansi (*merits*) dari sebuah prosedur penahanan yang sudah sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Hal ini dikarenakan penuntut dianggap telah gagal mengikuti prosedur pengadilan negeri yang berlaku.

Akibat dari adanya doktrin tersebut membuat hilangnya hak-hak yang dimiliki tahanan, karena menurut doktrin tersebut seorang tahanan harus sadar akan hak-haknya terlebih dahulu sebelum persidangan. Jika hak-hak yang dimiliki diajukan setelah terjadinya persidangan, sesuai dengan prosedur hak tersebut tidak dapat diajukan lagi sehingga hak-hak yang ada telah hilang.

Pada kasus, La Grand bersaudara dianggap telah gagal menyadari haknya berdasarkan pasal 36(1)(b) VCCR untuk memperoleh bantuan Konsulat Jerman. Sehingga mereka kehilangan haknya untuk memperoleh bantuan berdasarkan ketentuan *procedural default doctrine*. Jerman beranggapan dengan adanya *procedural default doctrine* yang diajukan oleh AS, justru membuat AS telah melanggar pasal 36(2) VCCR karena seharusnya berdasarkan pasal tersebut AS harus melakukan usaha dengan beragam penyesuaian atau *‘full effect’* agar pasal 36(1)(b) VCCR dapat dilaksanakan.

#### 4.1.1.3. Ketentuan Hukum yang Berlaku

Ketentuan hukum yang berlaku pada kasus ini, yakni sebagai berikut:

<sup>268</sup> <http://definitions.uslegal.com/p/procedural-default-doctrine/> diakses pada 12 Juni 2012.

a. Pasal 27 VCLT 1969

*“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.”*

b. Pasal 36 (1)(b) VCCR 1963

*if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph.*

c. Pasal 36(2) VCCR 1963

*The rights referred to in paragraph 1 of this article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended*

d. *Procedural Default Doctrine*

*“Procedural default doctrine is a legal principle which says that federal courts cannot review the merits of a habeas corpus petition if a state court has refused to review the complaint because the petitioner failed to follow reasonable state-court procedures. The purpose of this doctrine is to ensure that state prisoners not only become ineligible for state relief before raising their claims in federal court, but also that they give state courts a sufficient opportunity to decide those claims before doing so.”*

#### 4.1.1.4. Putusan Hakim ICJ

a. Yurisdiksi

Sebelum membahas empat tuntutan yang telah diajukan oleh Jerman, ICJ menguji terkait yurisdiksi dan penerimaan. Terkait yurisdiksi, Jerman melandaskan pada pasal 1 *Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes*

1963<sup>269</sup>, huruf d menyatakan segala sengketa terkait yang timbul dari intepretasi atau penerapan VCCR merupakan dalam yurisdiksi ICJ, sehingga pihak yang merupakan anggota dari VCCR dapat mengajukan tuntutannya kepada ICJ. Dengan alasan tersebut, ICJ menerima pendapat Jerman bahwa pasal 1 dibentuk untuk yurisdiksi semua klaim-klaimnya. Hal ini berdasarkan yurisdiksi umum dengan adanya hubungan yang erat antara isu yang terkait dengan VCCR, khususnya kasus ini.<sup>270</sup>

Dari empat klaim yang diajukan oleh Jerman, AS kemudian mengajukan jawaban terhadap dua klaim yang mendapat perhatian paling banyak.<sup>271</sup> Menurut AS, kalau ICJ menerima gugatan dari Jerman terkait dengan ‘*procedural default doctrine*’, maka tidak tepat dilakukan karena ICJ bukan pengadilan tertinggi untuk mengajukan banding untuk kasus pidana nasional. ICJ kemudian menyadari bahwa Jerman telah membuat perpanjangan dari kasus hukum internal AS.<sup>272</sup> Namun, menolak argumen dari AS dengan dasar Jerman menerapkan aturan yang relevan terkait dengan hukum internasional untuk isu-isu pada kasus ini.<sup>273</sup>

#### b. Substansi

Pertama mengenai Otoritas AS yang gagal memberitahukan kepada La Grand tentang hak-hak mereka berdasarkan pasal 36(1)(b) VCCR. Jerman merasa AS telah melanggar hak-hak Jerman berdasarkan perjanjian ini dan hak individu

---

<sup>269</sup> Pasal 1 *Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes 1963*, 19 Maret 1967, 596 UNTS 487. “*Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol.*”

<sup>270</sup> Putusan ICJ, para 42, 45, 48.

<sup>271</sup> AS telah mengajukan dua argumen tambahan tentang mengapa ICJ seharusnya tuntutan Jerman tidak dapat diterima. Namun, kedua argumen tambahan tersebut ditolak oleh ICJ. Putusan ICJ, para 58-60, 61(3).

<sup>272</sup> Putusan ICJ, para 50, 52.

<sup>273</sup> *Ibid.*

dari La Grand bersaudara.<sup>274</sup> Jerman menganggap bahwa pasal tersebut seharusnya merupakan perlindungan bagi warga negaranya.<sup>275</sup> Sedangkan AS berpendapat bahwa pasal tersebut dibuat hanya untuk mengatur hak negara, yang mungkin bermanfaat bagi individu dengan mengizinkan negara-negara untuk mengajukan kepada mereka bantuan konsuler.<sup>276</sup> Pengadilan setuju terkait dengan argumen dari Jerman bahwa kata-kata yang terkandung pada pasal 36 VCCR memang mengindikasikan adanya hak individu yang oleh Jerman dapat diajukan sebagai perlindungan warga negara.<sup>277</sup>

Pada tuntutan kedua, Jerman menyatakan bahwa AS telah melanggar pasal 36(2) VCCR dengan memberlakukan '*procedural default doctrine*'. Peraturan ini memberikan pembagian kompetensi antara *state court* dengan *federal court* pada sistem peradilan AS dan mengharuskan akhirnya untuk menolak banding yang argumennya tidak diajukan pada pengadilan yang tingkatannya lebih rendah. Tuntutan-tuntutan tersebut menjadi '*procedurally defaulted*', jika hal tersebut dapat diajukan sebelum proses di *state court*.<sup>278</sup>

Jerman menganggap bahwa pemberlakuan doktrin oleh AS tersebut telah menghilangkan kesempatan untuk membantu warga negaranya, secara khusus kegagalan AS untuk memberitahukan bahwa entah Jerman atau La Grand bersaudara harus sudah sadar akan hak-hak mereka sebelum mulai persidangan. Jelas bahwa dalam pasal 36(2) AS seharusnya melakukan '*full effect*' agar tujuan dari hak yang dilindungi dari pasal ini dapat dipenuhi. Menurut AS pasal ini, tidak mengatur tentang syarat-syarat tinjauan prosedur sebelum banding, tapi hanya mengenai aturan komunikasi antara pihak yang terkena dampaknya.

<sup>274</sup> Putusan ICJ, para. 65-78

<sup>275</sup> *Ibid.*

<sup>276</sup> Putusan ICJ, para 76

<sup>277</sup> Putusan ICJ, para 77

<sup>278</sup> Berdasarkan Konstitusi AS yang merupakan hukum tertinggi di AS membagi kekuasaan antara *federal government* dengan *state government*. Terkait dengan sistem federal tersebut, keduanya memiliki sistem pengadilannya masing-masing, yakni *federal court system* dan *state court system*.  
<http://www.uscourts.gov/EducationalResources/FederalCourtBasics/CourtStructure/ComparingFederalAndStateCourts.aspx> diunduh pada 10 Juni 2012.

Pengadilan menyatakan bahwa dengan adanya doktrin tersebut, tidak lantas AS dianggap telah melanggar hukum internasional. Namun dengan kenyataan adanya aturan tersebut mempengaruhi hak-hak dari La Grand bersaudara. Pengadilan menyatakan bahwa *'full effect'* seharusnya dapat diberikan pada hak-hak berdasarkan pasal 36(1) VCCR, jika aturan prosedurnya membolehkan individu yang ditahan kemudian untuk menguji secara efektif *'effectively challenge'* hukuman dan putusan berdasarkan pelanggaran hak-hak tersebut. Dengan adanya *procedural default* yang hanya bisa diajukan banding berdasarkan Konstitusi AS dinilai terlalu sempit untuk digunakan pada kasus ini. Sehingga dalam situasi khusus ini, penggunaan doktrin ini dapat diperhitungkan sebagai pelanggaran hukum internasional.

Klaim yang ketiga, AS seharusnya mematuhi putusan sela sementara yang dijatuhkan ICJ utk menunda eksekusi sampai kasus ini diselesaikan. Namun AS berdalih bahwa berdasarkan pasal 41 ICJ, putusan sementara tidak mengikat. Pengadilan memutuskan bahwa argumen Jerman benar, karena berdasarkan pasal 33(4) VCLT menyatakan bahwa dalam memberikan intepretasi, haruslah yang menguntungkan pada tujuan dari Konvensi itu sendiri. Sehingga, tujuan dari pengadilan ini untuk menyelesaikan sengketa dengan damai. Sehingga, disimpulkan bahwa akan menjadi lebih baik dengan menganggap putusan sementara itu mengikat. Jadi, AS telah melanggar hukum internasional dengan tidak memastikan tidak terjadinya eksekusi pada Walter La Grand.

#### **4.1.1.5. Analisis**

Pada kasus La Grand, dapat dilihat adanya hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional. Sebelum membahas hal tersebut, perlu dijawab terlebih dahulu perjanjian internasional yang dijadikan dasar pada kasus ini, yakni *Vienna Convention on The Consular Relation* ("VCCR") 1963 apakah masuk ke dalam perjanjian internasional yang diatur oleh VCLT.

Berdasarkan pasal 1 VCLT dinyatakan bahwa VCLT hanya berlaku untuk perjanjian antar negara saja. Untuk unsur pasal ini, berarti VCCR yang memiliki

147 negara peserta dan telah ditandatangani oleh 48 negara<sup>279</sup> memenuhi pasal 1 VCLT. Dilihat dari bentuknya berarti VCCR termasuk perjanjian multilateral, karena ada banyak negara pesertanya.

Terkait definisi dari perjanjian itu sendiri dapat dilihat pada pasal 2(1)(a) VCLT yang menyatakan bahwa perjanjian diartikan sebagai suatu persetujuan internasional yang dibuat antar negara di dalam bentuk tertulis dan diatur dalam hukum internasional, entah tersusun dalam satu instrumen tunggal, dua atau lebih instrumen yang terkait dan apapun bentuknya yang dibuat secara khusus. Dilihat dari pasal tersebut, terdapat lima unsur yang perlu dipenuhi agar suatu perjanjian internasional dapat dikualifikasikan sebagai perjanjian pada ruang lingkup VCLT.

Pertama, perjanjian tersebut merupakan persetujuan internasional. Persetujuan internasional yang dimaksud merupakan persetujuan internasional yang dalam bentuk tertentu, apapun namanya seperti konvensi, protokol, pakta, akta, statuta, piagam, konvenan, konkordat, deklarasi, persetujuan, dan modus vivendi.<sup>280</sup> Sehingga, unsur ini juga terpenuhi dengan bentuk dari VCCR yang merupakan salah satu bentuk jenis perjanjian internasional, konvensi.

Unsur yang kedua, yakni persetujuan tersebut dibuat antar negara. Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa VCCR merupakan perjanjian multilateral, pada kasus negara yang terlibat adalah negara AS dengan Jerman. Kedua negara tersebut merupakan pihak dari konvensi ini, dibuktikan dengan adanya ratifikasi VCCR oleh AS pada 24 November 1969 dan oleh Jerman pada 7 September 1971.<sup>281</sup> Sehingga VCCR merupakan perjanjian yang melingkupi negara Jerman dan AS, unsur kedua pun terpenuhi.

---

<sup>279</sup>[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtmsg\\_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtmsg_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants) diakses pada 3 Juni 2012.

<sup>280</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, (Jakarta: PT Tata Nusa, 2008), hlm. 32.

<sup>281</sup>[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtmsg\\_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtmsg_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants) diakses pada 3 Juni 2012.

Unsur yang ketiga, yaitu perjanjian yang termasuk dalam ruang lingkup VCLT dibuat dalam bentuk tertulis. Perlu dijelaskan bahwa dengan adanya pembatasan hanya pada perjanjian yang tertulis saja, tidak berarti bahwa semua perjanjian harus dibuat secara tertulis.<sup>282</sup> Namun, apa yang terjadi pada kasus jelas bahwa VCCR merupakan perjanjian yang dibuat dalam bentuk tertulis, sehingga VCCR juga memenuhi unsur ini.

Unsur yang keempat, yaitu pembuatan perjanjian diatur oleh hukum internasional. Hal ini dimaksudkan untuk membedakan antara perjanjian yang dibuat berdasarkan aturan hukum internasional dan yang dinyatakan oleh para pihak yang diatur dengan hukum nasional yang dipilih oleh mereka sendiri yang menjadi pihak perjanjian tersebut.<sup>283</sup> Pada kasus *La Grand*, terdapat beberapa ketentuan hukum internasional yang disebutkan, contohnya pada pasal 5(a) VCCR yang menyatakan bahwa melindungi dan menerima kepentingan Negara pengirim dan bangsanya, baik individual maupun perusahaan selama dalam batasan yang diizinkan oleh hukum internasional.

Selain pasal tersebut juga terdapat pasal 70(4) VCCR mengenai pelaksanaan atas peranan konsuler dengan misi diplomatik. Hak-hak istimewa dan kekebalan atas anggota misi Diplomatik yang dimaksud pada pasal tersebut akan tunduk pada hukum internasional terkait hubungan diplomatik. Sehingga jelas bahwa unsur 'diatur dengan hukum internasional' terpenuhi.

Unsur yang kelima, yakni mengenai susunan persetujuan bisa berbentuk satu instrumen atau lebih. Pembuatan suatu perjanjian atau persetujuan tidak

---

<sup>282</sup> Mahkamah Internasional memberikan penjelasan pada saat membahas kasus "Uji Coba Nuklir" terkait dengan bentuk dari perjanjian internasional. "Mengenai masalah bentuk harus dilihat bahwa ini bukan dalam wewenang hukum internasional yang harus menentukan syarat-syarat yang tepat atau khusus. Apakah suatu pernyataan dibuat secara lisan atau tertulis tidak ada perbedaan yang mendasar, untuk pertanyaan semacam itu yang dibuat dalam situasi tertentu dapat menimbulkan komitmen dalam hukum internasional yang tidak perlu bahwa semua itu harus dilakukan dalam bentuk tertulis." Sebagaimana yang tertera pada ICJ Report (1974), hlm. 267.

<sup>283</sup> Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, hlm. 35.

selalu hanya berbentuk satu instrumen internasional seperti konvensi, perjanjian atau persetujuan saja.<sup>284</sup> Pada kasus, VCCR hanya terdiri atas satu instrumen saja.

VCCR berlaku sejak tanggal 19 Maret 1967 sesuai dengan pasal 77 VCCR sendiri.<sup>285</sup> Meskipun VCLT baru berlaku tahun 1980, namun karena VCLT sebagaimana yang telah dijelaskan pada bab sebelumnya merupakan kodifikasi dari hukum kebiasaan internasional pada bidang hukum perjanjian internasional maka VCLT tetap mengikat pada VCCR.

Pada kasus *La Grand*, surat gugatan yang diajukan oleh Jerman kepada Mahkamah Internasional pada tanggal 2 Maret 1999, mengajukan pasal 27 VCLT sebagai salah satu tuntutan kepada Amerika.<sup>286</sup>

*Pursuant to Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and to customary international law, the United States may not derogate from its international legal obligation to uphold the Vienna Convention based upon its municipal law doctrines and rules, nor upon the basis that the acts in derogation are those of a subordinate organ or constituent or judicial power. The United States has violated the foregoing obligation.*

Amerika sebagai salah satu pihak dari suatu perjanjian internasional, yakni VCCR<sup>287</sup> wajib melaksanakan seluruh peraturan dari VCCR berdasarkan pasal sehingga seharusnya Amerika memberitahukan kepada Jerman mengenai warga negaranya yang ditahan. Ketika Jerman berusaha untuk membantu warga negaranya untuk mendapatkan bantuan konsular, dengan mengajukan banding ke *state court*, AS kemudian memberikan alasan adanya *procedural default doctrine*.

<sup>284</sup> *Ibid.*

<sup>285</sup> [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtmsg\\_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtmsg_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants) diakses pada 4 Juni 2012.

<sup>286</sup> Kasus *La Grand* (Jerman v AS), *Application instituting proceedings*, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=0> diakses pada 10 Juni 2012.

<sup>287</sup> Amerika telah menjadi pihak dari VCCR sejak ditandatangani 24 Apr 1963 dan adanya ratifikasi pada 24 Nov 1969. [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtmsg\\_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtmsg_no=III-6&chapter=3&lang=en#Participants) diakses pada tanggal 12 Juni 2012.



Penggunaan atas *procedural default doctrine* pada kasus tertentu bisa tidak melanggar hukum internasional, namun pada kasus ini bagaimanapun juga telah mempengaruhi hak-hak yang seharusnya dimiliki oleh La Grand besaudara. Pengadilan beranggapan bahwa hak-hak yang diatur pada pasal 36(1)(b) VCCR dapat dilangsungkan jika peraturan prosedurnya mengizinkan orang yang ditahan untuk melawan '*effectively challenge*' tuntutan atau putusan berdasarkan pelanggaran terhadap hak-hak tersebut. Sedangkan dengan adanya *procedural default doctrine*, yang hanya mengizinkan untuk banding hanya berdasarkan Konstitusi Amerika semata dirasa terlalu sempit jika digunakan pada kasus ini. Sehingga pada kasus ini, penggunaan atas *procedural default doctrine* dapat dianggap melanggar hukum internasional.

Meskipun pada pembahasan dan pertimbangan Hakim ICJ tidak membahas unsur-unsur dari pasal 27 VCLT, namun pada kasus ini dapat dilihat bahwa adanya pengajuan hukum nasional oleh AS, *procedural default doctrine*, untuk tidak melaksanakan kewajiban dari suatu perjanjian internasional, pasal 36(1) VCCR. Sehingga dapat dilihat bahwa Mahkamah Internasional tetap konsisten dengan ketentuan dari pasal 27 VCLT, sehingga menolak atas keberatan yang diajukan oleh AS.

Putusan pada kasus La Grand sudah sesuai dengan ketentuan yang ada pada VCLT. Hakim ICJ menunjukkan bahwa pada hukum internasional, kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian internasional harus dilaksanakan sesuai dengan tujuan perjanjian internasional tersebut. Sehingga seharusnya pasal 36(1)(b) VCCR dilaksanakan dengan *full effect* oleh AS sebagaimana pasal 36(2) VCCR menjelaskan demikian.

Membahas pasal 27 VCLT, tidak dapat begitu saja mengabaikan ketentuan pasal 46 VCLT. Pasal ini memungkinkan untuk membatalkan keterikatan suatu negara terhadap suatu perjanjian internasional, jika memenuhi unsur-unsur yang diminta oleh pasal ini. Unsur-unsurnya yaitu sebagai berikut, pelanggaran yang terkait dengan kompetensi perwakilan suatu negara yang diutus dalam pembuatan suatu perjanjian internasional, pelanggarannya nyata, dan melanggar sesuatu berkaitan dengan aturan dasarnya.

Pasal 27 menyatakan bahwa suatu negara tidak dapat mengajukan hukum nasionalnya sebagai alasan pembenar untuk tidak melaksanakan suatu kewajiban dari perjanjian internasional, namun dengan unsur-unsur pada Pasal 46 VCLT di atas terdapat pengecualian tentang hukum nasional yang bagaimana yang dapat diajukan sebagai alasan pembenar. Ketiga unsur tersebut harus dibuktikan secara kumulatif. Sehingga salah satu unsur tidak terpenuhi maka pasal 46 VCLT tidak dapat diajukan sebagai alasan pembenar.

Pada kasus unsur pertama, kompetensi pembuat perjanjian internasional, tidak menjadi masalah. Hal ini karena jelas bahwa oleh mengandung ketentuan bahwa hukum nasional yang dilanggar ini harus mengenai wewenang untuk membuat perjanjian, kecuali pelanggaran tersebut benar-benar nyata dan menyangkut suatu aturan dasar '*fundamental importance*'. Sehingga jika AS mampu membuktikan pada hakim Mahkamah Internasional bahwa *procedural default doctrine* adalah suatu ketentuan yang mendasar di Amerika Serikat maka bisa saja AS tidak melaksanakan ketentuan dari pasal 36(1) (b) VCCR.

Namun dengan kenyataan bahwa AS telah gagal membuktikan *procedural default doctrine* sebagai dasar aturan nasionalnya maka AS tidak dapat mengajukannya sebagai alasan pembenar untuk tidak melaksanakan pasal 36(1)(b) VCCR. Secara yuridis memang ICJ dengan tegas telah menolak penggunaan *procedural default doctrine* dengan putusan akhir mengabulkan gugatan Jerman, namun kenyataannya salah satu dari Mc Gimpsey bersaudara tetap dieksekusi mati. Sehingga pada kasus ini membuktikan pada prakteknya negara tetap dapat berdalih untuk tidak melaksanakan kewajiban yang timbul pada perjanjian internasional yang telah disepakatinya.

#### **4.1.2. McGimpsey Case**

##### **4.1.2.1. Fakta Kasus**

Pada kasus ini, terdapat dua orang bersaudara, Christopher dan Michael Mc Gimpsey yang menggugat Irlandia dengan tuntutan adanya perjanjian internasional yang bertentangan dengan konstitusi Irlandia. Salah satunya lahir di Irlandia Utara dan yang satunya pemegang paspor Irlandia. Pada putusan Pengadilan Tinggi, Hakim Barrington J telah mendeskripsikan adanya ambisi politik dan tindakan dari para penggugat.

Keduanya menolak segala bentuk dari Sekte dan keduanya terlibat pergerakan perdamaian untuk mengakomodasi orang-orang dari beragam tradisi untuk tinggal di Pulau Irlandia. Pada intinya mereka melakukan beragam usaha untuk menemukan solusi damai yang terjadi pada Irlandia Utara di Irlandia. Penggugat meyakini bahwa dengan adanya *Anglo-Irish Agreement* justru membuat masalah dan bukan menyelesaikan masalah.

Penggugat meminta deklarasi atas *Anglo-Irish Agreement* yang bertentangan dengan konstitusi khususnya pasal 1,2,4, dan 5 dari perjanjian dan tidak konsisten atas pasal 2,3,29, dan 40 Konstitusi Irlandia. Pihak tergugat mengajukan adanya permasalahan legal standing atau hak gugat dari penggugat yang sama sekali tidak punya kepentingan atau hak atau kerugian yang diderita atas adanya perjanjian tersebut. Selain hak gugat, tergugat juga menyatakan bahwa tidak seharusnya pasal 2 Konstitusi diajukan pada kasus ini, karena pada kenyataannya “*the national territory consist of the whole island of Ireland*” dan hanya menganggap pasal ini hanya dijadikan strategi semata.

#### **4.1.1.2. Permasalahan Hukum**

Terdapat perjanjian internasional, *Anglo-Irish Agreement* yang dianggap inkonsisten dengan Konstitusi Irlandia, sehingga diajukan tuntutan oleh Mc Gimpsey bersaudara. Pasal 2 dan Pasal 3 Konstitusi Irlandia dengan pasal-pasal yang ada pada *Anglo-Irish Agreement*.

Pada kasus ini akan dilihat adanya hubungan antara hukum nasional, terdapat pada konstitusinya sehingga dapat dianggap sebagai *fundamental importance* yang bertentangan dengan *Anglo-Irish Agreement*.

#### 4.1.2.3. Ketentuan Hukum yang Berlaku

##### a. Pasal 2 Konstitusi

Wilayah Nasional terdiri atas seluruh pulau Irlandia, pulau dan laut teritorialnya.

##### b. Pasal 3 Konstitusi

Menunda terjadinya persatuan atas wilayah nasional dan tanpa dugaan adanya hak Parlemen dan Pemerintah yang lahir dengan Konstitusi ini untuk memberlakukan yurisdiksi terhadap seluruh wilayahnya, hukum yang berlaku pada parlemen seharusnya pada seluruh wilayah dan perpanjangan keberlakuan sebagaimana hukum Saorstat Eireann dan damoak atas wilayah ekstra.

##### c. Pasal 29 Konstitusi

1. Irlandia menegaskan menjunjung perdamaian dan kerja sama persahabatan antara bangsa-bangsa pada keadilan dan moral internasional.
2. Irlandia menegaskan kepatuhannya pada prinsip-prinsip atas penyelesaian sengketa internasional pasifik dengan arbitrase internasional atau putusan pengadilan.
3. Irlandia menerima secara umum pengakuan prinsip-prinsip hukum internasional sebagaimana aturan-aturan atas pelaksanaan pada hubungannya dengan negara lain.
4. Kewenangan eksekutif atas negara pada atau dengan hubungannya terhadap hubungan eksternal harus sesuai dengan pasal 28 dari Konstitusi yang akan dilaksanakan dengan atau pada kewenangan pemerintah.

##### d. Pasal 40 Konstitusi

1. Semua warga negara seharusnya, sebagaimana manusia, diperlakukan sama di mata hukum.
2. Negara menjamin hukumnya untuk dihargai dan sejauh mungkin dapat dipraktekkan dengan hukumnya untuk oertahanan dan mempertahankan hak atas warga negaranya.

e. Pasal 1 *The Anglo-Irish Agreement*

16. Kedua pemerintah:

- a. menegaskan bahwa perubahan status dari Irlandia Utara akan terjadi dengan persetujuan mayoritas atas orang-orang Irlandia Utara.
- b. menyadari bahwa harapan sekarang atas sebuah mayoritas orang-orang Irlandia Utara tidak ada perubahan status dari Irlandia Utara.
- c. Menyatakan bahwa jika di masa akan datang mayoritas dari Irlandia Utara dengan jelas mengharapkan dan secara resmi menyetujui berdirinya persatuan Irlandia, mereka akan memperkenalkan dan mendukung legislasi Parlemen yang dibutuhkan untuk mewujudkan keinginan tersebut.

f. Pasal 2 *The Anglo-Irish Agreement*

- a. Dengan lahirnya ruang lingkup atas hubungan perwakilan antara pemerintah Anglo-Irish mengatur pertemuan antara dua Kepala Pemerintah pada 6 November 1981, sebuah konferensi antar pemerintah (“Konferensi”), terkait dengan Irlandia Utara dan dengan hubungan antara dua bagian atas pulau Irlandia, untuk menangani, sebagaimana yang diatur pada Agreement ini, pada biasanya dengan
  - i. Masalah politik
  - ii. Keamanan dan hal terkait lainnya
  - iii. Masalah hukum, termasuk administrasi
  - iv. Promosi akan kerja sama batas wilayah
- b. Pemerintah UK menerima bahwa pemerintah Irlandia akan mengajukan pandangan dan usulan terkait masalah yang berhubungan dengan Irlandia Utara selama praktek pada Konferensi sejauh ini sebagaimana permasalahan bukan merupakan pertanggung jawaban atas sebuah penyelesaian administrasi pada Irlandia Utara. Dengan kepentingan akan promosi perdamaian dan stabilitas, menentukan usaha yang akan dibuah melalui Konferensi untuk penyelesaian perbedaan manapun.
- c. Konferensi yang terkait dengan Irlandia Utara, beberapa permasalahan terkait dengan pertimbangan akan mengaitkan tindakan kerja sama pada kedua belah pihak dari Irlandia, dan kemungkinan juga pada *Great Britain*. Beberapa ajuan yang dipertimbangkan pada Irlandia Utara mungkin akan diterapkan oleh Pemerintah Irish. Tidak ada penurunan atas kedaulatan entah pemerintah Irish atau UK, masing-masing memiliki

tanggung jawab untuk keputusan dan administrasi pemerintah selama dibawah yurisdiksinya.

g. Pasal 4 *The Anglo-Irish Agreement*

- a. Pada hubungan yang terkait prakteknya, Konferensi seharusnya sebuah lingkup kerja yang mana pemerintah Irlandia dan pemerintah UK berkerja sama.
  - i. untuk mengakomodasi hak-haknya dan identitas kedua tradisi yang berlaku pada Irlandia Utara; dan
  - ii. untuk perdamaian, stabilitas, dan kemakmuran seluruh pulau di Irlandia dengan mempromosikan rekonsiliasi, terkait dengan hak azasi manusia, kerja sama melawan teroris dan perkembangan atas ekonom, sosial, sosial, kerjasama kebudayaan.
- b. Kebijakan Pemerintah UK yang diumumkan bahwa tanggung jawab yang terkait hal-hal tertentu dengan kekuasaan Sekretaris Negara atas Irlandia Utara seharusnya mendelegasikan kekuasaannya di dalam Irlandia Utara pada dasarnya akan mengamankan penerimaan secara meluas melalui komunitasnya. Pemerintah Inggris mendukung kebijakan ini.
- c. Kedua pemerintah menyadari bahwa pewarisan didapatkan hanya dengan kerjasama atas perwakilan konstitusi dalam Irlandia Utara atas kedua tradisi. Konferensi akan menjadi ruang lingkup dalam Pemerintah Irlandia dapat mengajukan pandangan ke depan dan proposal pada modalitas mewujudkan pewarisan di Irlandia Utara, sejauh yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat minoritas.

h. Pasal 5 *The Anglo-Irish Agreement*

- a. Konferensi akan mengaitkan dirinya sendiri dengan ukuran untuk menyadari dan mengakomodasi hak-haknya dan identitas atas dua tradisi pada Irlandia Utara, untuk melindungi hak azasi manusia dna untuk mencegah diskriminasi. Hal-hal yang perlu dipertimbangkan pada area ini termasuk pertimbangan untuk membantu kekayaan budaya atas kedua tradisi, merubah pengaturan pemilu, penggunaan bendera dan emblem, menghindari diskriminasi ekonomi dan sosial dan keuntungan dan ketidakuntungan Undang-Undang Hak (*Bill of Rights*) dalam beberapa bentuk pada Irlandia Utara.
- b. Diskusi terkait dengan hal ini akan dikaitkan dengan Irlandia Utara, tapi dengan kemungkinan penerapan atas beragam ukuran terkait dengan pasal ini oleh pemerintah Irlandia dalam yurisdiksi mereka tidak dapat dikecualikan.

- c. Jika hal tersebut membuktikan kemungkinan untuk meraih dan mempertahankan warisan dalam sebuah dasar yang menjamin penerimaan secara luas dalam Irlandia Utara, Konferensi akan menjadi lingkup kerja yang mana Pemerintah Irlandia yang mana, kepentingan atas komunitas yang minor yang secara khusus atau berpengaruh besar, mengajukan pandangan dalam usulan untuk legislasi utama dan dalam masalah kebijakan utama, yang mana dalam bidang Departemen Irlandia Utara dan tetap bertanggung jawaban atas Sekretaris Negara Irlandia Utara.

#### 4.1.2.4. Putusan Hakim

Permasalahan pertama yang harus dijawab terlebih dahulu, yakni terkait hak gugat atas para penggugat. Dengan adanya kenyataan bahwa “Kedua penggugat terlahir di Irlandia, sehingga berdasarkan hukum Irlandia, mereka merupakan Warga Negara Irlandia”. Dengan kenyataan bahwa penggugat tidak menunjukkan bukti bahwa salah satu mereka benar pemegang paspor Irlandia sesuai dengan *Irish Nationality and Citizenship Act, 1956*. Namun tetap adanya kemungkinan bahwa mereka benar Warga Negara Irlandia dengan sesuai dengan Undang Undang 1956.

Dengan adanya fakta yang demikian dan tidak adanya tuntutan yang dibuat terkait hal ini kepada Mahkamah Agung oleh tergugat, maka Hakim berasumsi tanpa memutuskan bahwa tiap-tiap mereka merupakan Warga Negara Irlandia. Sedangkan *learned trial judge* memutuskan terkait hak gugat bahwa hal ini bukanlah hal yang biasa terjadi dan belum adanya precedent, namun melihat kenyataan bahwa penggugat merupakan orang yang terlihat serius dan tulus yang mengajukan masalah konstitusi yang mempengaruhi mereka dan ribuan orang lainnya pada kedua batas wilayah. Sehingga tidak sepatutnya untuk menolak gugatan mereka.

Berikut merupakan penafsiran atas pasal 2 dan 3 Konstitusi, Pasal 2 dengan referensi *Criminal Law Jurisdiction Bill, 1975* [1977] I.R. 129 dengan mengutip paragraf 584 menyatakan bahwa:

“Salah satu teori yang berlaku pada 1937 yaitu adanya jumlah warga negara yang besar dianggap sebagai bangsa, berbeda dengan sebuah negara,

memiliki hak bahwa orang Irlandia yang tinggal, yang kini disebut sebagai Republik Irlandia dan dalam Irlandia Utara bersama-sama membentuk bangsa Irlandia, yakni sebuah bangsa yang memiliki hak untuk bergabung dalam wilayah dengan beragam bentuk menjadi sebuah persatuan atau negara bagian; dan bahwa Undang-Undang Perintah Irlandia (Government of Ireland Act of 1920), meskipun secara sah mengikat merupakan sebuah pelanggaran atas hak nasional untuk bergabung yang mana lebih tinggi dibanding hukum positif. Tuntutan nasional ini menuntut untuk bergabung agar berlaku tidak berlaku pada hukum namun pada permintaan politik dan merupakan salah satu atas hak-hak yang dipertimbangkan pada pasal 2; Hal ini tertera pada pasal 3 yang mana menyatakan bahwa hukum yang berlaku untuk parlemen sesuai dengan konstitusi.”

Dengan intepretasi di atas maka dapat disimpulkan bahwa pasal 2 Konstitusi terkandung sebuah tuntutan pada wilayah nasional untuk seluruh pulau Irlandia, pulau-pulaunya dan laut teritorialnya sebagaimana sebuah hak tuntutan pada tuntutan politik dan bukan merupakan sebuah tuntutan hak hukum. Sedangkan pada pasal 3 Konstitusi menyatakan bahwa penundaan penggabungan di wilayah nasional, Parlemen lahir dengan konstitusi hanya dapat memberlakukan hukum sesuai dengan wilayahnya dan tambahan pada penerapan sebagaimana hukum *Saorstát Eireann*<sup>288</sup> dan seperti dampak atas wilayah tambahan, dan oleh karena itu tidak dapat memberlakukan hukum dengan sebuah wilayah atas penerapan pada negara-negara di Irlandia Utara.

Pasal 2 Konstitusi ini sudah diajukan pada High Court dan berulang kali pasal ini diajukan pada pengadilan ini bahwa pasal 2 itu tentang sebuah tuntutan atas hak hukum, tapi terkait dengan pasal 3, Parlemen yang terbentuk atas konstitusi berhak kapan saja memberlakukan hukum yang berlaku pada negara-negara di Irlandia Utara, meskipun hal tersebut kemudian menunda integrasi kembali atas wilayah nasional, hukum yang berlaku tidak lantas diberlakukan pada wilayah yang dibatasi dan disebutkan sebagai tambahan pada pasal ini.

---

<sup>288</sup> *Saorstát Eireann* merupakan Negara Irlandia Bebas (*Irish Free State*) yang lahir karena *Anglo-Irish Treaty* yang ditandatangani oleh pemerintah Inggris dan perwakilan Irlandia. Perjanjian tersebut mewakili 26 dari 32 Negara di Irlandia. Negara ini lahir sejak 6 Desember 1922 dan bubar pada tahun 1937 karena diadakannya referendum yang menghasilkan keputusan merubah konstitusi 1922. [http://generalmichaelcollins.com/Fine\\_Gael/Saorstat\\_Eireann.html](http://generalmichaelcollins.com/Fine_Gael/Saorstat_Eireann.html) diakses pada tanggal 10 Juni 2012.



Sebagai pendukung atas argumen di atas, berdasarkan dictum atas O’Keeffe P. pada *Boland v An Taoiseach* [1974] I.R. 338 dan putusan atas O’Byrne J. Pada *The people v Rutledge* diputuskan pada 1947 tapi dilaporkan pada [1978] I.R. 376. Namun, hakim tidak merasa puas atas argumen ini dan memberikan interpretasinya sebagai berikut:

1. Intergrasi kembali atas wilayah nasional merupakan sebuah kekuasaan yang diberikan oleh konstitusi.
2. Pasal 2 Konstitusi terdiri atas sebuah deklarasi atas sebuah tambahan akan wilayah nasional sebagaimana tuntutan atas hak hukum.
3. Pasal 3 Konstitusi melarang, penundaan intergrasi kembali atas wilayah nasional, keberlakuan hukum dengan wilayah lebih besar atau penerapan tambahan atau dampak atas wilayah tambahan daripada hukum *Saorstát Eireann* dan melarang keberlakuan hukum yang berlaku pada Irlandia Utara.
4. Batasan yang lahir dari pasal 3 Konstitusi penundaan integrasi kembali wilayah nasional tidak menurunkan sebuah tuntutan hukum kepada seluruh wilayah nasional.
5. Pasal 3 Konstitusi terkandung kata “dan tanpa merugikan hak parlemen dan pemerintah yang terbentuk dengan konstitusi untuk memberlakukan yurisdiksinya terhadap seluruh wilayahnya” yang merupakan sebuah penyanggahan dan penyangkalan yang dibuat pada komunitas bangsa atas persetujuan tanpa protes akan tuntutan manapun, menunda penggabungan atas wilayah nasional sambil menunggu reintegrasi wilayah nasional, perbatasan saat ini ada antara Negara dan Irlandia Utara sedang atau dapat diterima sebagai konklusif dari masalah ini atau ada dapat setiap judul preskriptif sehingga dibuat dan sebuah pernyataan bahwa tidak ada aturan perlindungan yang dibuat oleh pembatasan dalam pasal 3 pada penerapan hukum negara dalam hal permasalahan yang terjadi di luar negara yang dibuat orang jawab di pengadilan negara.

Berikut merupakan putusan Mahkamah Agung Irlandia:

1. Inkonsistensi Perjanjian dengan pasal 2 dan pasal 3 Konstitusi

Alasan utama atas tuntutan ini adalah pasal 1 *Anglo-Irish Agreement*. Dengan hubungan atas putusan pada High Court, setelah mempertimbangkan detail-detail dan pasal-pasal lainnya, memutuskan bahwa:

“Sudah jelas bahwa pada pasal 1 Perjanjian kedua pemerintah hanya mengakui situasi dengan dasar Irlandia Utara, (paragraf (b)), bentuk sebuah putusan politik tentang hubungan pada masa depan, (paragraf (a)), dan negara dengan kebijakannya akan dikembangkan pada jalan khusus (paragraf (c)).”

Sehingga *Supreme Court* memutuskan dengan singkat namun pasti bahwa analisis atas pasal 1. *The Learned Trial Judge* menyimpulkan bahwa interpretasi pada pasal 2 dan pasal 3 Konstitusi tidak inkonsisten dengan pasal-pasal pada *Anglo-Irish Agreement*. Tidak ada keraguan tentang hal tersebut bahwa interpretasi yang masuk akal dari pasal 1, diambil pada hubungan atas penurunan dari kedaulatan yang terkandung pada pasal 2, paragraf b. *Anglo-Irish Agreement* menentukan sebuah pengakuan *de facto* atas Irlandia Utara tapi menjelaskan tanpa mengabaikan tuntutan integrasi kembali pada wilayah nasional. Ini merupakan hal inti dari pasal 2 dan 3 Konstitusi.

Interpretasi ini tidak terpengaruh dengan pasal 4 paragraf c atau pasal 5 paragraf c, entah kedua pasal mampu atas interpretasi inkonsisten yang terpisah. Sejauh ini, mereka menerima konsep perubahan status *de facto* Irlandia Utara sebagai sesuatu yang membutuhkan persetujuan mayoritas dari orang-orang Irlandia Utara. Pasal-pasal atas perjanjian ini sesuai dengan kewajiban yang dilakukan oleh Negara pada pasal 29, ss . Pasal 1 dan pasal 2 Konstitusi, dimana Irlandia menegaskan pengabdiannya untuk perdamaian yang ideal dan kerjasama persahabatan dan kepatuhannya pada prinsip-prinsip atas penyelesaian sengketa internasional pasifik.

Kesimpulannya bahwa pasal pada *Anglo-Irish Agreement* tidak menentukan segala bentuk dari kebebasan atas hak menuntut pada integrasi kembali wilayah

nasional, tapi menentukan sebuah pengakuan yang realistis atas situasi *de facto* pada Irlandia Utara tidak dapat diragukan dengan dasar atas estoppel yang seharusnya muncul untuk mengalahkan tuntutan konstitusi untuk integrasi kembali, atau dengan dasar waktu yang tidak terbatas pada perjanjian.

2. Belenggu atas kekuasaan pemerintah untuk melaksanakan hubungan eksternal yang melanggar pasal 29 Konstitusi.

*Supreme Court* menyatakan bahwa analogi akan istilah-istilah yang ada pada *Anglo-Irish Agreement* memiliki ciri yang sama pada *Single European Act*, yang mana pada kasus tersebut dinyatakan adanya inkonsisten terhadap Konstitusi, merupakan hal yang keliru. Ruang lingkup yang terkandung pada *Agreement* dan struktur yang dibuat dengan metodenya atas eksekusi tindakan ini, ini dapat diperdebatkan, dengan perlakuan agar metode-metode ini menjadi efektif dan dapat diberlakukan, yang mana dinamakan sebagai diskusi kedua belah pihak yang konstan. Pemerintah Irlandia berhak saja menjalankan fungsinya yang telah disetujui pada *Anglo-Irish Agreement*. Sebuah prosedur yang menyebabkan perdamaian dan kerjasama persahabatan pada waktu yang diberikan harus konsisten dengan posisi konstitusi atas sebuah negara yang menjunjung pengabdianannya.

3. Terlepas dari kepentingan kelompok mayoritas di Irlandia Utara

*Supreme Court* menolak atas tuntutan yang menyatakan bahwa *Agreement* tidak konsisten dengan pasal 40, s. 3.sub –s Konstitusi. Faktanya adalah terdapat sebuah pernyataan adanya diskusi yang akan menyebabkan pewarisan di Irlandia Utara atas hak-hak Pemerintah Irlandia untuk membawa pandangan dan proposal selama berkaitan dengan kepentingan kelompok minoritas di Irlandia Utara yang tidak mengacuhkan perhatian oleh Pemerintah Irlandia untuk kelompok mayoritas di Irlandia Utara. Sehingga tidak tampak adanya diskriminasi antara dua kelompok di Irlandia Utara dengan apa yang ada pada *Anglo-Irish Agreement*.

Dengan ketiga tuntutan di atas, *Supreme Court* memutuskan bahwa banding yang diajukan ditolak, karena setelah pertimbangan di setiap tuntutan yang ada dengan melihat *Anglo-Irish Agreement* secara keseluruhan dan melihat seluruh

skema dan inti dari Konstitusi Irlandia, adanya usaha yang jelas untuk menyelesaikan posisi yang berkaitan dengan integrasi kembali atas wilayah nasional dan posisi Irlandia Utara dengan sebuah proses konsultasi, diskusi, dan argumen yang dirancang dengan komunikasi yang konstan antara wakil kedua negara yang memperhatikan inkonsistensi sesuai dengan konstitusi yang diabdikan terhadap permintaan yang ideal.

Terkait dengan hak tuntut yang ada pada Penuntut, terdapat perbedaan antara *High Court* dan *Supreme Court*. Pada *High Court* diputuskan bahwa penuntut memiliki hak tuntut karena keduanya lahir di Irlandia dan berkesesuaian dengan hukum warga negara di Irlandia. Namun, pada *Supreme Court* diputuskan bahwa penuntut tidak memiliki hak tuntut, karena keduanya tidak memenuhi kualifikasi warga negara Irlandia. Sehingga karena dianggap sebagai warga negara asing tentu tidak memiliki hak untuk menyerang Konstitusi Irlandia.

Terkait dengan permasalahan konstitusi, penuntut telah gagal untuk mengajukan *Anglo-Irish Agreement*, apapun latar belakang yang muncul pada pasal 2 Konstitusi, ini merupakan sebuah tuntutan sebagai hak hukum bahwa wilayah nasional terdiri atas seluruh Pulau di Irlandia, pulau-pulainya, dan laut teritorialnya.

#### **4.1.2.5. Analisis**

Untuk pertama kalinya dalam sejarah hukum Irlandia yang membelenggu pemerintah Irlandia dalam kekuasaan pembuatan perjanjian internasional. Adanya konflik antara perjanjian yang telah diratifikasi secara sah dengan pasal-pasal tertentu pada konstitusi, *Anglo-Irish Agreement* pada *McGimpsey Case*.

Kemudian menjadi hal yang perlu diperhatikan dilema eksekutif jika Mahkamah Agung Irlandia memenangkan penggugat. Pada kondisi seperti ini akan membuat pemerintah Irlandia terjebak antara hukum domestik dan hukum Internasional. Dilihat pada kasus yang berjalan melawan pemerintah Irlandia, entah harus mengamandemen konstitusi mereka agar sesuai dengan kewajiban internasional mereka.

Kasus “*Sunningdale Agreement*” yang ditandatangani oleh Irlandia, Inggris, Irlandia Utara pada tahun 1973. Harus diperhatikan pada enam klausul dari “*Communique*” yang menyatakan bahwa Konferensi telah setuju bahwa ‘*formal agreement*’ akan ditandatangani dan didaftarkan ke UN, yang mana tidak pernah terjadi. Pada klausula ke 5, pemerintah Irlandia menyatakan bahwa “hal ini telah diterima dan dinyatakan bahwa tidak akan ada perubahan status dari Irlandia Utara sampai mayoritas dari orang-orang Irlandia Utara memiliki keinginan untuk merubah status tersebut.”<sup>289</sup>

Pada kasus di atas ini diuji karena dianggap telah melanggar pasal 2 dan pasal 3 dari Konstitusi, yang mengakui enam negara dari Irlandia Utara. Penggugat menduga penandatanganan *Cominique*, entah secara formal maupun informal melawan Konstitusi. Usaha ini gagal karena pada dasarnya Mahkamah Agung menemukan bahwa kesepakatan ini bukan sebuah perjanjian internasional yang nyata.

Setelah 13 tahun kemudian, pada *Crotty Case*, penggugat mencari sebuah putusan untuk menahan Pemerintah Irlandia untuk menyelesaikan proses ratifikasi dari *Single European Act* [“SEA”]. Diduga telah melanggar pasal 1, 5, 6, 28, dan 29 dari Konstitusi Irlandia.<sup>290</sup>

Kasus ketiga yang berhubungan dengan hukum perjanjian dan Konstitusi, *Gilliland*. Dibawa ke Mahkamah Agung juga pada tahun yang sama. Tapi, kasus ini dapat dibedakan dengan yang lainnya. Inti dari permasalahannya bukan untuk meminta pernyataan bahwa perjanjian internasional ini tidak sah, namun untuk memastikan keputusan municipal mana yang menjadi dasar dari perjanjian internasional tersebut.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> Clive R. Symmons, “*International Treaty Obligation and The Irish Constitution: The Mc Gimpsey Case*”, *The International and Comperative Law Quarterly*, vo. 41. No. 2 (April, 1992), hal. 311-342.

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> *Ibid.*

Selain pada kasus McGimpsey Case, terdapat kasus lain seperti Crotty Case dan SEA case yang mana menunjukkan bahwa adanya legal precedent yang mengikat sebuah perjanjian dan bisa diuji di hadapan Pengadilan Irlandia.<sup>292</sup>

Jika pada kasus diaplikasikan pasal 46 VCLT, maka harus diuraikan terlebih dahulu unsur-unsur yang ada pada pasal 46 VCLT ini terlebih dahulu, maka unsur-unsur tersebut adalah ketentuan hukum nasional yang dilanggar itu mengenai wewenang untuk membuat perjanjian, ketentuan yang dilanggar mempunyai arti yang mendasar, pelanggaran itu benar-benar bukan saja untuk negara yang bersangkutan tetapi juga untuk pihak-pihak lainnya.

Namun, pada kasus ini yang diajukan adalah pasal 2 dan pasal 3 konstitusi, sedangkan pasal yang terkait dengan kewenangan atas pembuatan suatu perjanjian internasional adalah pasal 29 Konstitusi. Sehingga dapat disimpulkan bahwa unsur yang pertama, menyangkut kewenangan pembuatan perjanjian internasional, tidak terpenuhi.

Terkait dengan unsur lainnya, yakni '*manifest*' dan '*fundamental importance*'. Meskipun kedua unsur ini masih diperdebatkan, namun penulis mencoba untuk menjabarkannya. Pasal 46 VCLT ini masih berkaitan dengan batasa konstitusi, sehingga unsur manifest maksudnya adanya pelanggaran yang nyata terhadap hukum nasionalnya. Pada kasus, ini seperti yang telah diputuskan oleh hakim bahwa pasal yang diajukan tidaklah bertentangan dengan konstitusi Irlandia. Hal ini hanya soal penafsiran yang berbeda saja. Sehingga unsur pelanggaran yang nyata akan hukum nasionalnya juga tidak terpenuhi.

Untuk unsur yang terakhir, pelanggaran tersebut terkait dengan hukum nasional yang merupakan aturan dasar dan penting, menurut penulis dapat terpenuhi. Suatu aturan dikatakan sebagai aturan dasar dan penting jika aturan tersebut salah satunya tercantum dalam konstitusi atau dinyatakan demikian oleh negara yang bersangkutan. Sehingga pada kasus ini, dikarenakan pasal 2 dan pasal 3 Konstitusi Irlandia jelas merupakan aturan yang tercantum pada konstitusi maka termasuk dalam aturan dasar dan penting.

---

<sup>292</sup> *Ibid.*

Sehingga dapat disimpulkan bahwa jika mencoba menelaah kasus ini, dengan mengabaikan masalah *legal standingnya*, menggunakan pasal 46 VCLT maka hanya satu unsur yang terpenuhi, yaitu terkait hal yang penting dan mendasar, sedangkan dua unsur lain tidak terpenuhi. Jadi, penggunaan pasal ini juga tidak dapat dimungkinkan karena harus terbukti secara kumulatif.

## 4.2. Sistem *Civil Law* (Indonesia (Potensi Masalah yang Mungkin Timbul))

### 4.2.1. *Defence Cooperation Agreement* –DCA (Perjanjian Ekstradisi Indonesia-Singapura)

#### 4.2.1.1. Fakta Kasus

Perjanjian bilateral yang juga menyertakan tentang perjanjian Ekstradisi antara Indonesia-Singapura (“DCA”) telah ditandatangani pada di Istana Tampak Siring Bali pada 27 April 2007 disaksikan oleh Presiden Susilo Bambang Yudhoyono dan Perdana Menteri Singapura Lee Hsien Loong. Perjanjian ini akhirnya ditandatangani setelah adanya pembahasan selama 30 tahun ini. Kedua belah negara merasa adanya kepentingan pertahanan yang perlu dilindungi sehingga dirasakan perlu mengadakan kesepakatan.<sup>293</sup>

Perundingan DCA (*Defence Cooperation Agreement*) antara Indonesia dan Singapura telah berlangsung sejak Juli 2005 selama tujuh kali putaran. Putaran terakhir dilaksanakan pada 5 Desember-6 Desember 2006 dengan menyepakati 13 pasal dan empat pasal lainnya belum tercapai kesepakatan.<sup>294</sup> Lahirnya ide tentang DCA antar dua negara ini pertama kali dicetuskan dalam pertemuan antara Presiden Susilo Bambang Yudhoyono dengan Perdana Menteri Singapura Lee Hsien Loong di Bali pada tanggal 3-4 Oktober 2005. DCA dilontarkan sebagai

<sup>293</sup> Metrotvnews, “Perjanjian Ekstradisi Indonesia-Singapura Resmi Diteken” <http://www.metrotvnews.com/read/newsvideo/2007/04/27/37755>, diunduh 27 April 2012.

<sup>294</sup> Investor Daily, “Menhan tegaskan tidak ada DCA dengan Singapura” <http://www.investor.co.id/home/menhan-tegaskan-tidak-ada-dca-dengan-singapura/19932>, diunduh 27 April 2012.

bentuk keinginan keras Singapura untuk mendapatkan fasilitas *Military Training Area* (MTA) dari Indonesia, setelah dibekukan pada tahun 2003.<sup>295</sup>

Di dalam DCA ini yang merupakan perjanjian pertahanan juga melekatkan perjanjian ekstradisi antara Indonesia dan Singapura. Perjanjian ekstradisi ini mencakup 31 jenis kejahatan yang mengacu pada Undang-undang Nomor 1 tahun 1979 tentang Ekstradisi. Bentuk kejahatan yang dapat diekstradisi mencakup pembunuhan, perkosaan, korupsi, pencucian uang, pembajakan pesawat, penanganan teroris, suap dan hal-hal lain yang berhubungan dengan korupsi. Aturan tersebut berlaku surut 15 tahun dan tersangka belum berpindah kewarganegaraan. Dalam acara ini juga disepakati perjanjian pertahanan antarkedua negara. Perjanjian ini mencakup kerja sama pengamanan Selat Malaka dan pengamanan Pulau Bintan, Karimun dan Batam.<sup>296</sup>

Dalam salah satu pasal, perjanjian yang dituding dapat menguntungkan Indonesia karena termasuk perjanjian ekstradisi koruptor ini, didapati adanya pembiaran pelanggaran batas kedaulatan negara dengan diperbolehkannya angkatan bersenjata Singapura untuk melakukan aktivitas pelatihan militer di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia.<sup>297</sup> Mayoritas anggota DPR komisi I menolak untuk meratifikasi DCA, karena perjanjian ekstradisi juga terkait maka perjanjian ekstradisi juga tidak dapat diratifikasi.<sup>298</sup>

Dengan berbagai macam bentuk tekanan, akhirnya, pihak Indonesia menunda ratifikasi perjanjian kerjasama pertahanan antar kedua negara itu sampai sekarang. Penolakan untuk melakukan ratifikasi dikarenakan adanya kepentingan nasional Indonesia yang terancam jika dilakukan ratifikasi.

---

<sup>295</sup> Metrotvnews, "Perjanjian Ekstradisi Indonesia-Singapura Resmi Diteken".

<sup>296</sup> *Ibid.*

<sup>297</sup> Dimas Valdy, "Hadirnya Kepentingan Nasional di balik Gagalnya DCA Indonesia-Singapura." <http://thepeacenow.wordpress.com/2012/03/28/kepentingan-nasional-dibalik-gagalnya-dca-indonesia-singapura-2/> diunduh 27 April 2012.

<sup>298</sup> Bimo Cahyo dan Jony Marcos, "Mayoritas Komisi I DPR Menolak Ratifikasi", <http://berita.liputan6.com/read/143598/mayoritas-komisi-i-dpr-menolak-ratifikasi> diunduh 27 April 2012.



#### 4.2.1.2. Potensi Masalah yang Mungkin Timbul

Indonesia telah menyatakan kesepakatannya untuk terikat pada DCA sehingga meskipun ratifikasi masih ditunda, namun pada akhirnya Indonesia telah memiliki komitmen untuk melakukan ratifikasi pada akhirnya. Namun, jika Indonesia akhirnya meratifikasi sehingga terikat pada DCA maka Indonesia memiliki kewajiban untuk melaksanakannya meskipun melanggar kepentingan nasional.

Sehingga harus dilihat lebih lanjut apakah kepentingan nasional yang dijadikan alasan untuk tidak meratifikasi oleh DPR merupakan hal yang menyangkut aturan dasar.

#### 4.2.1.3. Ketentuan Hukum yang Berlaku

##### a. Pasal 11 VCLT

Kesepakatan negara untuk mengikatkan diri pada perjanjian dapat dinyatakan dengan penandatanganan, pertukaran instrumen yang menciptakan suatu perjanjian, ratifikasi, penerimaan, pengesahan, dan akses, atau dengan cara-cara apapun lainnya yang disetujui.

##### b. Pasal 27 VCLT

“Suatu negara pihak tidak dapat memberikan alasan untuk tidak mematuhi suatu perjanjian karena adanya kesulitan dari hukum nasionalnya. Aturan ini tanpa mengesampingkan pasal 46 dari Konvensi ini.”

##### c. Pasal 46 VCLT

1. Suatu negara tidak dapat mengemukakan bahwa kesepakatannya untuk mengikatkan diri pada suatu perjanjian internasional itu ternyata melanggar suatu ketentuan dari hukum nasionalnya, mengenai wewenang untuk membuat perjanjian, kecuali jika pelanggaran itu terjadi secara terang-terangan dan menyangkut suatu aturan dari hukum nasionalnya yang penting dan mendasar.
2. Suatu pelanggaran benar-benar terjadi terang-terangan jika terbukti secara obyektif bagi setiap negara yang melakukan sendiri tentang masalah tersebut sesuai dengan kebiasaan dan dengan itikad baik.

##### d. Pasal 6 UU No. 24 Tahun 2002 tentang Perjanjian Internasional<sup>299</sup>

---

<sup>299</sup> Indonesia, *Undang-Undang Perjanjian Internasional*, UU No. 24 Tahun 2000, LN No. 185 Tahun 2000, TLN No. 4012, Ps.

1. Pembuatan perjanjian internasional dilakukan melalui tahap peninjauan, perundingan, perumusan naskah, penerimaan, dan penandatanganan.
2. Penandatanganan suatu perjanjian internasional merupakan persetujuan atas naskah perjanjian internasional tersebut yang telah dihasilkan dan/atau merupakan pernyataan untuk mengikat diri secara definitif sesuai dengan kesepakatan para pihak.

e. Pasal 3(b) DCA

Angkatan Udara Singapura berhak untuk melakukan *test flight*, pengecekan teknis, dan latihan terbang di daerah *Alpha-1* serta diijinkan untuk melakukan latihan militer di daerah *Alpha-2*. Dan dalam pelaksanaannya, Angkatan Udara Indonesia maupun penerbangan domestik dilarang melewati kawasan pelatihan yang notabene merupakan daerah strategis Negara Kesatuan Republik Indonesia.

g. Pasal 3(c) DCA

“Personel dan perlengkapan angkatan bersenjata dari negara lain yang melaksanakan latihan bersama Angkatan Bersenjata Singapura di wilayah udara dan perairan Indonesia akan diberlakukan sama seperti perlakuan pada personil dan perlengkapan Angkatan Bersenjata Singapura.”

#### 4.2.1.4. Analisis

Perlu diketahui sebelumnya bahwa kasus ini sebenarnya belum cukup fakta atau data-data untuk dapat dijadikan sebuah kasus yang berkaitan dengan pasal 27 dan pasal 46 VCLT. Namun, pada analisis kasus ini penulis akan mencoba untuk memberikan ilustrasi adanya permasalahan yang berpotensi timbul terkait dengan hubungan hukum nasional dengan perjanjian internasional.

DCA ini merupakan perjanjian internasional yang masuk ke dalam lingkup VCLT. Hal ini dikarenakan DCA mencakup kelima unsur yang disebutkan dalam pasal 2(1)(a) VCLT, yakni: persetujuan internasional, dibuat antar negara, dibuat secara tertulis, diatur oleh hukum internasional, dan diatur oleh satu atau lebih instrumen lainnya.

DCA merupakan perjanjian tentang pertahanan antar dua negara yang mana jelas bahwa kesepakatan ini merupakan kesepakatan internasional. Selain itu perjanjian ini antara dua negara, Indonesia dan Singapura sehingga unsur yang

kedua juga terpenuhi. DCA juga jelas merupakan perjanjian bilateral yang tertulis, sehingga unsur ketiga terpenuhi.

Unsur yang keempat, yakni perjanjian internasional tersebut diatur dengan hukum internasional. juga terpenuhi dengan kenyataan bahwa dalam perjanjiannya juga mengatur batas negara yang mana diatur oleh hukum internasional. Untuk unsur yang kelima, instrumen DCA ini tidak berdiri sendiri, melainkan dibentuk secara khusus beserta dengan perjanjian ekstradisi.

Kedua belah pihak sepakat untuk mengadakan perjanjian dengan adanya kepentingan negaranya masing-masing. Dari pihak Indonesia, dengan adanya DCA ini diharapkan kerjasama dalam pengejaran dan penangkapan koruptor Indonesia yang banyak bersembunyi di Singapura. Sedangkan menurut Singapura, DCA ini diharapkan dapat menyelesaikan masalahnya untuk mendapatkan ruang latihan militer di daerah yang lebih luas, yakni Indonesia.

Indonesia telah menandatangani perjanjian DCA ini pada tanggal 27 April 2007 di Bali, dimana menurut pasal 11 VCLT penandatanganan merupakan salah satu bentuk dari kesepakatan untuk terikat pada suatu perjanjian internasional ataupun disepakati lain oleh kedua belah pihak. Sehingga dengan adanya penandatanganan ini maka telah timbul adanya komitmen untuk kemudian melakukan tahapan berikutnya, yakni ratifikasi.

Sebenarnya berdasarkan VCLT ratifikasi bukan merupakan hal yang wajib dilakukan, hal ini dapat dilihat dengan pasal 11 VCLT bahwa terikatnya suatu negara pada perjanjian internasional dapat dilakukan dengan beragam cara tidak hanya karena ratifikasi saja. Cara-caranya bisa juga dilakukan dengan pertukaran instrumen yang menciptakan suatu perjanjian, ratifikasi, penerimaan, pengesahan dan aksesi, atau dengan cara-cara apapun lainnya yang disetujui.

Sedangkan berdasarkan pasal 15 UU No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (“UU Perjin”) dikatakan bahwa perjanjian internasional dapat berlaku dengan penandatanganan atau pertukaran dokumen perjanjian atau nota diplomatik atau cara lain yang disepakati oleh para pihak pada perjanjian tersebut.

Selain itu juga bahwa perjanjian internasional berlaku dan mengikat para pihak setelah memenuhi ketentuan dalam perjanjian tersebut.

Melihat pada isi dari DCA maka perjanjian DCA mencakup pemberlakuan, jangka waktu dan pengakhiran yang telah disepakati oleh para pihak dengan masing-masing memiliki hak untuk akan saling memberitahukan secara tertulis bahwa persyaratan domestik masing-masing untuk pemberlakuan perjanjian ini terpenuhi. Perjanjian ini mulai berlaku pada tanggal yang akan ditetapkan secara bersama melalui pertukaran nota.<sup>300</sup>

Pada fakta yang terjadi di lapangan bahwa Indonesia belum meratifikasi DCA, bahkan Komisi I DPR menolak untuk melakukan ratifikasi. Jika berpanutan dengan ketentuan tentang keberlakuan DCA di atas maka perjanjian internasional ini akan berlaku setelah adanya pemberitahuan kepada Singapura bahwa persyaratan domestik berdasarkan hukum Indonesia telah terpenuhi. Setelah itu baru ada pertukaran nota. Terkait dengan persyaratan domestik berlakunya perjanjian internasional di Indonesia harus merujuk pada UU Perjin.

Selain itu juga pada DCA juga dinyatakan bahwa perlu dibuatnya lagi *implementing arrangement* berdasarkan pasal 6 DCA, yang berbunyi:

"Untuk tujuan pelaksanaan Perjanjian ini, hal-hal operasional, administratif dan teknis akan tunduk kepada peraturan pelaksanaan terpisah yang akan disepakati oleh Para Pihak".

Sehingga persyaratan untuk keberlakuan dari DCA ini bertambah, selain telah disahkan menurut ketentuan domestik, pertukaran nota, dan perlu juga dibuat adanya *implementing arrangement*-nya. Sehingga jika ketiga syarat ini telah terpenuhi DCA mengikat Indonesia dan timbul kewajiban yang harus dilaksanakan.

Menurut UU Perjin, pengesahan perjanjian internasional terbagi menjadi dua, yaitu dapat disahkan dengan undang-undang atau dengan keputusan presiden.

---

<sup>300</sup> Erwin Hermawan, "Faktor-Faktor Penyebab Kegagalan Ratifikasi Defence Cooperation Agreement (DCA) Indonesia-Singapura" (Tesis Universitas Indonesia, Jakarta, 2010), hlm. 56-57.

Berdasarkan ketentuan pasal 10 UU Perjin maka pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila salah satunya berkenaan dengan masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara. Sedangkan pada pasal 11 UU Perjin dinyatakan bahwa selain pada materi yang disebutkan pada pasal 10 UU Perjin dilakukan dengan Keputusan Presiden.

Pada kasus ini jelas bahwa DCA merupakan perjanjian yang terkait dengan masalah pertahanan sehingga perlu dilakukan pengesahan perjanjian internasional. Terkait dengan teknis dan proses pengesahan perjanjian internasional sendiri dapat dilihat pada pasal 10(1)(b) dan pasal terkait lainnya pada UU No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Undang-Undang.<sup>301</sup>

Masalahnya, DCA ini belum dilakukan pengesahan, karena sudah ditolak melakukan ratifikasinya oleh DPR. Padahal, setelah melakukan pengesahan, berdasarkan penjelasan pasal 13 UU Perjin suatu perjanjian internasional baru mengikat seluruh warga negara Indonesia setelah UU Ratifikasinya dimasukkan ke dalam Lembaran Negara Republik Indonesia. Jadi belum ada kewajiban yang timbul bagi Indonesia untuk melaksanakannya.

Jika nanti Indonesia meratifikasi dan melakukan pertukaran nota ratifikasi sesuai dengan syarat dan kondisi yang ditentukan menurut hukum Indonesia maka berdasarkan perjanjian internasional tersebut, DCA telah berlaku. Keberlakuan perjanjian internasional ini harus dilaksanakan sesuai dengan *pacta sunt servanda*, sebagaimana pasal 26 VCLT menyatakan demikian. Negara yang telah menjadi pihak atas suatu perjanjian internasional maka negara tersebut memiliki kewajiban untuk melaksanakan isi dari DCA ini.

Namun ada hal yang perlu diperhatikan sebelum Indonesia memutuskan untuk meratifikasinya, yakni terkait dengan kepentingan nasional Indonesia yang dilanggar pada DCA. Sebelum timbul kewajiban akan lebih baik jika permasalahan ini harus diselesaikan terlebih dahulu.

---

<sup>301</sup> Indonesia. Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Undang-Undang, Undang-Undang No. 12 Tahun 2011, LN. No. 82 Tahun 2011.

Dalam Preamble UUD 1945 juga disebutkan bahwa implementasi bidang pertahanan Indonesia adalah untuk memenuhi kepentingan nasional. Kepentingan nasional tersebut adalah melindungi kedaulatan negara, menjaga keutuhan wilayah NKRI, melindungi keselamatan dan kehormatan bangsa, dan ikut serta secara aktif dalam usaha-usaha perdamaian dunia.<sup>302</sup> Sedangkan jika DCA telah terikat maka kedaulatan Indonesia terancam dengan diperbolehkannya pasukan militer Singapura untuk berlatih di Indonesia.

Jika Indonesia telah terikat DCA maka ketentuan-ketentuan tersebut harus dilaksanakan, meskipun ketentuan yang ada perjanjian internasional tersebut bertentangan dengan hukum nasionalnya. Hal ini berkesesuaian dengan pasal 27 VCLT yang menyatakan dengan jelas suatu negara tidak dapat mengajukan hukum nasionalnya sebagai alasan pembenar untuk tidak melaksanakan perjanjian internasional yang telah disepakatinya.

Namun, ketentuan pada pasal 46 VCLT memberikan pengecualian terhadap hukum nasional yang dapat diajukan sebagai alasan batalnya keterikatan suatu negara terhadap perjanjian internasional. Tiga unsur yang harus dipenuhi yang terkandung dalam pasal ini, yakni pelanggaran yang menyangkut kompetensi kewenangan perwakilan negara, pelanggaran yang nyata, dan pelanggaran yang terkait dengan hukum dasar dan penting bagi negara tersebut. Ketiga unsur ini harus dipenuhi secara akumulatif dan tidak terpisah.

Sehingga jika Indonesia meratifikasi dan kemudian menganggap adanya kepentingan nasional yang dilanggar terhadap perjanjian internasional tersebut dan berencana mengajukan pasal 46 VCLT ini maka Indonesia harus membuktikan ketiga unsur yang ada. Unsur pertama, adanya kesalahan juga pada kewenangan perwakilannya, misal yang seharusnya menyatakan kesepakatan DCA tidak sesuai dengan salah satu negara berdasarkan konstitusi Indonesia atau Singapura. Contoh *ultravires* dilakukan oleh salah satu perwakilan.

Kemudian juga adanya pelanggaran yang nyata terhadap hukum nasionalnya yang dilakukan oleh Singapura. Meskipun unsur pelanggaran yang nyata dan menyangkut aturan dasar masih diperdebatkan pada saat perumusan

---

<sup>302</sup> Erwin Hermawan, "Faktor-Faktor Penyebab Kegagalan Ratifikasi *Defence Cooperation Agreement* (DCA) Indonesia-Singapura", 68.

pasal ini. Sampai sekarang pun sulit ditemukan penjelasan yang jelas tentang kedua hal ini. Hal ini membuktikan bahwa negara-negara pada prakteknya jarang mengajukan pasal ini, sehingga sulit untuk menemukan kriteria dari pasal 46 VCLT ini sendiri.

Membahas terkait aturan yang mendasar dan penting bisa jadi merupakan apa yang diatur dalam konstitusi. Kesimpulan ini diambil karena pada tujuannya, pasal ini menunjukkan adanya batasan konstitusi (*Constitutional Limitation*). Dimana banyak negara memang menganggap konstitusi merupakan aturan dasar dan mengikat negara tersebut. Sehingga negara tidak dapat menerima aturan yang bertentangan dengan konstitusi.

Pada kasus ini, tugas Indonesia kemudian untuk membuktikan bahwa kepentingan nasional Indonesia yang dilanggar adalah aturan yang penting dan mendasar. Untuk sementara memang dapat dikatakan bahwa kepentingan nasional Indonesia adalah salah satunya menjaga kedaulatan Indonesia berdasarkan Preambule UUD 1945, yang mana merupakan salah satu aturan dasar dan mengikat. Harus dibuktikan apakah aturan yang penting dan mendasar yang seperti ini yang dimaksud pada pasal 46 VCLT.

Jadi, dapat disimpulkan bahwa Indonesia pada kasus DCA memang belum terikat sehingga belum adanya kewajiban yang timbul dan harus dilaksanakan oleh Indonesia. Jika Indonesia meratifikasi kelak perjanjian ini maka harus dituntaskan terlebih dahulu isu adanya pelanggaran terhadap kepentingan nasional Indonesia yang ada DCA. Atau jika Indonesia mencoba melarikan diri dari kewajiban yang timbul dari DCA dengan mengajukan pasal 46 VCLT setelah adanya ratifikasi maka Indonesia harus membuktikan bahwa adanya permasalahan pada kewenangan pembuat perjanjian, pelanggaran yang nyata terhadap konstitusinya, dan menyangkut pelanggaran terhadap aturan yang penting dan mendasar.

#### **4.2.2. Kasus Permohonan Pembatalan UU No. 38 tahun 2008 tentang Ratifikasi Piagam Asean**

##### **4.2.2.1. Fakta Kasus**

Beberapa LSM, seperti Keadilan Global INFID, Aliansi Petani Indonesia, Serikat Petani Indonesia, Kiara, dan masih banyak lagi mengajukan permohonan pembatalan UU No. 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan ASEAN Charter ke Mahkamah Konstitusi (“MK”). Mereka menganggap dua pasal pada ASEAN Charter, yakni pasal 1(5) dan pasal 2(2)(n) dianggap bertentangan dengan pasal 27(1), 27(2), 33(1), 33(2), dan 33(3) UUD 1945.<sup>303</sup>

Dengan menyertakan alasan bahwa berdasarkan pada ketentuan Pasal 1 ayat (5) dan Pasal 2 ayat (2) huruf n *Charter of Association of Southeast Asian Nations* maka berlaku ketentuan yang ada didalamnya bagi negara yang tergabung dalam ASEAN termasuk Indonesia meskipun dalam ketentuan Pasal 33 UUD RI Tahun 1945 disebutkan negara memiliki prinsip ekonomi tersendiri dan kedaulatan mengelola perekonomian termasuk sumber daya alam, perlindungan produk dalam negeri dan perlindungan sektor ekonomi yang menguasai hajat hidup orang banyak.<sup>304</sup>

Selain itu, dengan diberlakukannya *Charter of Association of Southeast Asian Nations* sebagai landasan hukum perjanjian ekonomi antara ASEAN sebagai pasar tunggal dengan negara lain dan/atau komunitas negara-negara lain telah melanggar ketentuan Pasal 33 ayat (1), (2) dan (3) dan Pasal 27 ayat (1) UUD RI Tahun 1945. Dengan diberlakukannya *Charter of Association of Southeast Asian Nations* sebagai landasan hukum perjanjian ekonomi antara ASEAN sebagai pasar tunggal dengan negara lain dan/atau komunitas negara-negara lain menyebabkan matinya beberapa industri nasional karena kalah bersaing yang mengakibatkan banyaknya pekerja kehilangan pekerjaan dan tertutupnya kesempatan warga negara untuk hidup layak, sehingga negara tidak dapat menjalankan amanah Pasal 27 ayat (2) UUD RI Tahun 1945.<sup>305</sup>

Dengan diiberlakukannya kerjasama perdagangan antara ASEAN-Cina, ASEAN-India, ASEAN Australia New Zealand, ASEAN Jepang, telah mengakibatkan dampak ekonomi bagi Indonesia, antara lain meningkatnya

---

<sup>303</sup> Lihat Ringkasan Permohonan Perkara, Registrasi Nomor: 33/PUU-IX/2011 tentang Pemberlakuan Sistem AFTA.

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> *Ibid.*



pengangguran, tidak terserapnya produk hasil industri, kalahnya daya saing produk nasional, dan sebagainya.<sup>306</sup>

Dengan alasan-alasan yang telah dijabarkan di atas, berikut merupakan tuntutan yang diajukan oleh Pemohon; menyatakan UU No.38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara) khususnya Pasal 1 ayat (5) dan Pasal 2 ayat (2) huruf n *Charter of Association of Southeast Asian Nations* bertentangan dengan UUD RI Tahun 1945; menyatakan UU No.38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara) khususnya Pasal 1 ayat (5) dan Pasal 2 ayat (2) huruf n *Charter of Association of Southeast Asian Nations* tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.<sup>307</sup>

Setelah melakukan beberapa kali persidangan, sampai saat penulisan penelitian hukum ini, MK masih belum mengeluarkan putusannya.

#### **4.2.2.2. Potensi Permasalahan yang Mungkin Timbul**

Indonesia telah meratifikasi ASEAN Charter dengan UU No. 38 tahun 2008, namun sejumlah Lembaga Sosial Masyarakat mengajukan UU Ratifikasi ini ke Mahkamah Konstitusi untuk dimohonkan pembatalannya. Namun, hingga saat ini MK belum juga mengumumkan putusannya. Penulis akan mencoba memberikan ilustrasi sesuai dengan pasal 27 dan pasal 46 VCLT.

#### **4.2.2.3. Ketentuan Hukum yang Berlaku**

##### **a. Pasal 27 VCLT**

“Suatu negara pihak tidak dapat memberikan alasan untuk tidak mematuhi suatu perjanjian karena adanya kesulitan dari hukum nasionalnya. Aturan ini tanpa mengesampingkan pasal 46 dari Konvensi ini.”

---

<sup>306</sup> *Ibid.*

<sup>307</sup> *Ibid.*

b. Pasal 46 VCLT

1. Suatu negara tidak dapat mengemukakan bahwa kesepakatannya untuk mengikatkan diri pada suatu perjanjian internasional itu ternyata melanggar suatu ketentuan dari hukum nasionalnya, mengenai wewenang untuk membuat perjanjian, kecuali jika pelanggaran itu terjai secara terang-terangan dan menyangkut suatu aturan dari hukum nasionalnya yang penting dan mendasar.
2. Suatu pelanggaran benar-benar terjadi terang-terangan jika terbukti secara obyektif bagi setiap negara yang melakukan sendiri tentang masalah tersebut sesuai dengan kebiasaan dan dengan itikad baik.

c. ASEAN Charter (UU No. 38 tahun 2008)

1. Pasal 1 ayat (5)

*“To create a single market and production base which is stable, prosperous, highly competitive, and economically integrated with effective facilitation for trade and investment in which there is free flow of goods, and services and investment; facilitated movement of business persons, professionals, talents and labour; and free flow of capital.”*

2. Pasal 2 ayat (2) huruf n

*“Adherence to multilateral trade rules and ASEAN’s rules-based regimes for effective implementation of economic commitments and progressive reduction towards elimination off all barriers to regional economic integration, in a market-driven economy.”*

d. Undang-Undang Dasar 1945

1. Pasal 27 ayat (1)

Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya

2. Pasal 27 ayat (2)

Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan

3. Pasal 33 ayat (1)

Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan

4. Pasal 33 ayat (2)

Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara

#### 5. Pasal 33 ayat (3)

Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat

#### 4.2.2.4. Analisis

Pada kasus ini Penulis menyadari adanya isu hukum nasional dan isu hukum internasional. Pada isu hukum nasional, terdapat klasifikasi atas karakter undang-undang ratifikasi dengan undang-undang yang dibentuk bersama dengan DPR. Selain itu juga adanya persoalan apakah MK berwenang dan memiliki kompetensi untuk menguji materi dari UU Ratifikasi? Namun, kedua isu hukum nasional tersebut tidak akan dibahas oleh Penulis karena permasalahan tersebut memerlukan pembahasan yang lebih mendalam pada bidang hukum nasional.

Sedangkan isu hukum internasional yang ada pada kasus ini ialah jika memang MK tidak membedakan karakter dari UU Ratifikasi suatu Perjanjian Internasional dan MK memang berwenang untuk melakukan uji materi pada UU no. 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN dan kemudian memberikan keputusan untuk membatalkan UU Ratifikasi tersebut maka akibat hukum apa yang akan terjadi? Bagaimanakah dampak atas hubungan antara putusan MK tersebut dengan UU Pengesahan Piagam Asean tersebut? Apakah berarti Indonesia wajib menarik diri dari ASEAN Charter?

Indonesia telah meratifikasi ASEAN Charter dengan UU No. 38 tahun 2008 tentang Pengesahan ASEAN Charter. Sehingga Indonesia telah terikat pada ASEAN Charter dan memiliki kewajiban untuk melaksanakan seluruh ketentuan yang telah disepakati pada perjanjian tersebut. Namun, pada tahun 2011 silam lalu, sejumlah LSM mengajukan permohonan pembatalan UU Ratifikasi ini karena dianggap bertentangan dengan UUD 1945.

UU No. 38 tahun 2008 tentang Pengesahan ASEAN Charter ini diajukan pembatalannya atau *judicial review* karena menurut beberapa LSM, dapat mengakibatkan terjadinya perdagangan bebas yang bersumber pada satu kewenangan dari pejabat-pejabat ASEAN dan mengabaikan persaingan industri kecil yang kelak akan tertindas. Jadi, dapat dilihat adanya anggapan terkait benturan antara perjanjian internasional dengan hukum nasionalnya.

Jika pada akhirnya MK memutuskan untuk membatalkan UU Pengesahan ASEAN Charter berarti menandakan adanya perubahan dalam hukum nasional yang mana mengindikasikan hubungan antara hukum nasional dengan perjanjian internasional. Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa Putusan MK bersifat final. Hal itu berarti Putusan MK telah memiliki kekuatan hukum tetap sejak dibacakan dalam persidangan MK. Putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap memiliki kekuatan hukum mengikat untuk dilaksanakan. Berbeda dengan putusan pengadilan biasa yang hanya mengikat para pihak, Putusan MK dalam perkara pengujian UU mengikat semua komponen bangsa, baik penyelenggara negara maupun warga negara.

Sehingga dapat dilihat pada ketentuan di atas adanya rantai yang putus '*missing link*' antara putusan MK dengan ASEAN Charter yang telah diratifikasi oleh Indonesia dengan UU Pengesahan Piagam ASEAN. Maka dalam keadaan yang seperti ini maka tindakan yang dapat dilakukan oleh Pemerintah adalah melakukan tindakan diplomatik dengan cara salag satunya, yakni negosiasi. Tindakan negosiasi oleh pemerintah di sini diharapkan dapat merubah pasal yang dianggap tidak berkesesuaian dengan konstitusi Indonesia.

Namun perlu diketahui bahwa amandemen perjanjian internasional itu bukanlah hal yang mudah untuk dilakukan, karena itu berarti Indonesia harus bernegosiasi dengan pihak Piagam ASEAN lainnya yang terdiri lebih dari satu negara. Jika amandemen dilakukan terhadap perjanjian bilateral hal itu akan jauh lebih mudah karena perlu persetujuan dari satu pihak, lain halnya dengan kondisi yang terjadi.

Di lain pihak Indonesia juga harus ingat dengan adanya ketentuan dari pasal 27 VCLT yang menyatakan bahwa Indonesia tidak dapat mengajukan hukum nasional sebagai alasan pembenar untuk tidak melaksanakan kewajiban dari UU Pengesahan Piagam ASEAN. Hal ini berkesuaian dengan pendapat dari Damos Damoli dengan wawancaranya dengan ANTARA News.<sup>308</sup>

Pasal tersebut sebagaimana telah dijelaskan pada bab sebelumnya memberikan kesempatan bagi pihak dari negara lain yang merasa dirugikan untuk menuntut Indonesia. Pada prinsipnya, bila Indonesia telah ikut serta dalam perjanjian internasional namun tidak mengikuti perjanjian internasional tersebut maka Indonesia dapat dianggap telah melanggar hukum internasional sebagaimana yang terjadi Amerika pada kasus La Grand.

Kemungkinan penggunaan pasal 46 VCLT pada kasus ini juga sulit, karena ketiga unsur pada pasal tersebut harus dapat dipenuhi semua. Pasal ini dapat digunakan untuk batalnya keterikatan Indonesia terhadap *ASEAN Charter* jika Indonesia dapat membuktikan bahwa adanya pelanggaran hukum nasional terkait kewenangan perwakilannya dalam pembuatan perjanjian yang mana pelanggaran tersebut adalah hal yang nyata dan terkait akan sautu hal yang mendasar.

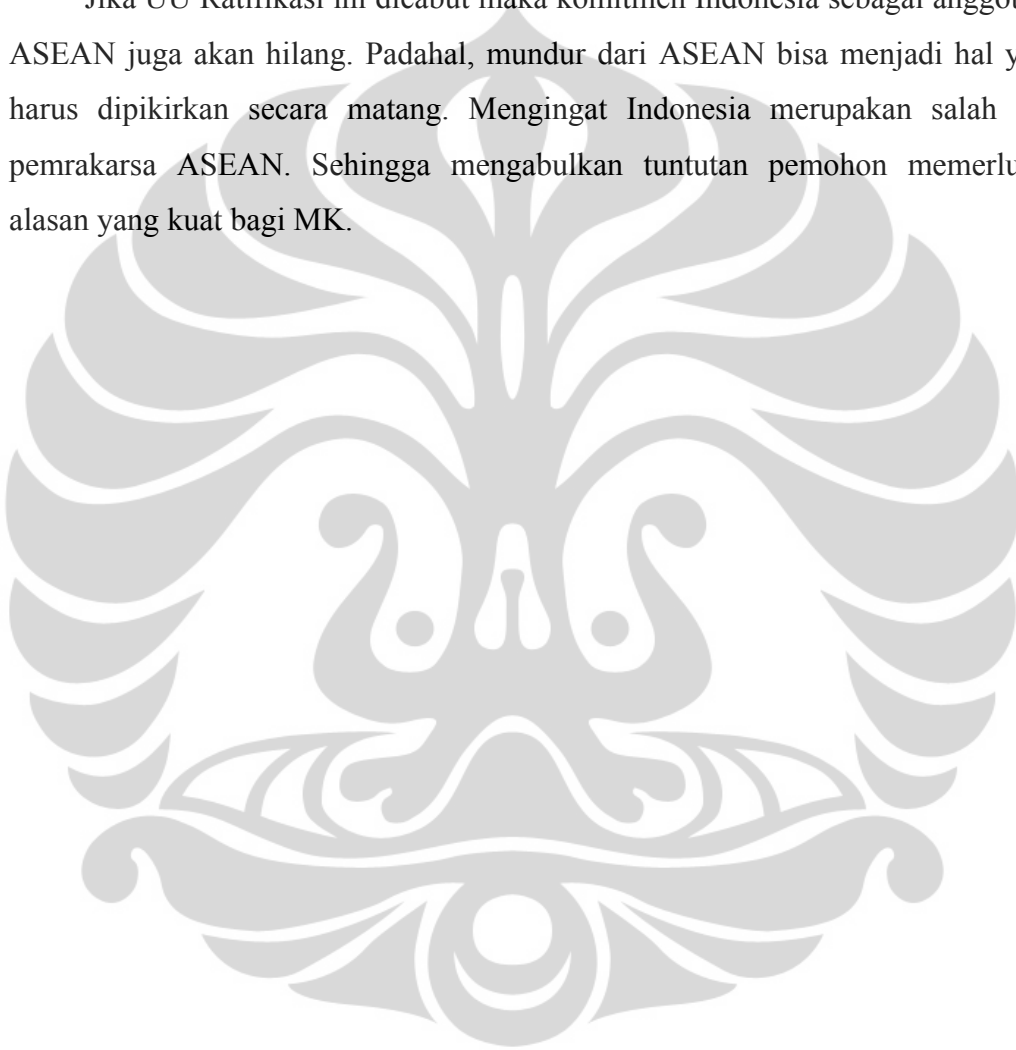
Sehingga jika diterapkan pada kasus ini maka Indonesia tidak dapat mengajukan batalnya keterikatan terhadap *ASEAN Charter* dengan alasan bertentangan dengan pasal 27 dan pasal 33 UUD 1945 semata, karena unsur dari ketentuan tentang perwakilan yang tidak berwenang sudah tidak menjadi masalah lagi, mengingat *ASEAN Charter* telah melalui proses pembuatan sampai pada akhirnya disahkan dengan UU Ratifikasi. Hal tersebut membuktikan bahwa *ASEAN Charter* telah melalui proses pembentukan yang sesuai dengan ketentuan dalam UU No. 24 Tahun 2000 tentang perjanjian internasional, UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan dan Perancangan Peraturan Perundang-undangan, dan ketentuan dalam *ASEAN Charter* itu sendiri.

---

<sup>308</sup> Damos Dumoli, "Apakah MK Bisa Menguji ASEAN Charter", diunduh pada 27 April 2012. <http://www.antaranews.com/berita/268734/apakah-mk-bisa-menguji-piagam-asean>

Sedangkan dalam unsur yang kedua dan ketiga masih dapat diperjuangkan. Mengingat bahwa tujuan dari pasal 46 VCLT, yakni adanya batasan konstitusi maka dapat diartikan bahwa pelanggaran hukum nasional yang nyata dan menyangkut aturan dasar dan penting harus dilihat ke dalam konstitusi, UUD 1945.

Jika UU Ratifikasi ini dicabut maka komitmen Indonesia sebagai anggota di ASEAN juga akan hilang. Padahal, mundur dari ASEAN bisa menjadi hal yang harus dipikirkan secara matang. Mengingat Indonesia merupakan salah satu pemrakarsa ASEAN. Sehingga mengabdikan tuntutan pemohon memerlukan alasan yang kuat bagi MK.



## **BAB V**

### **PENUTUP**

#### **5.1. Kesimpulan**

##### **5.1.1. Keberlakuan dan Pelaksanaan Perjanjian Internasional Berdasarkan VCLT dan Praktek**

Perjanjian Internasional berdasarkan pasal 2(1)(a) VCLT 1969 merupakan suatu persetujuan internasional yang dibuat antara negara di dalam bentuk tertulis dan diatur oleh hukum internasional, bentuknya sendiri dapat tersusun dari satu instrumen tunggal ataupun lebih dan dibuat secara khusus. Terdapat 5 (lima) unsur yang harus dipenuhi agar suatu perjanjian dapat dianggap sebagai perjanjian internasional, yakni perjanjian tersebut harus merupakan persetujuan internasional, dibuat oleh antara negara, dibuat dalam bentuk tertulis (bukan berarti bentuk lisan tidak menimbulkan komitmen internasional), diatur oleh hukum internasional, dan susunan persetujuan tersebut bisa berbentuk satu instrumen atau lebih.

Perjanjian Internasional merupakan sumber hukum tertinggi pada hukum Internasional berdasarkan pasal 38(1)(a) Statuta Mahkamah Internasional (ICJ). Hal ini dikarenakan adanya kesepakatan negara untuk tunduk pada perjanjian internasional tersebut. Sehingga dianggap memiliki kekuatan mengikat paling kuat diantara sumber hukum internasional lainnya, seperti kebiasaan internasional, prinsip-prinsip umum yang diakui oleh negara-negara, dan putusan hakim.

Salah satu contoh berkembangnya hukum perjanjian internasional ialah dengan terbentuknya *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969* (“VCLT”). Instrumen ini pertama kali dibuka untuk ratifikasi pada tahun 1969 dan baru berlaku pada tahun 1980. VCLT dianggap sebagai induk dari perjanjian internasional. Hal ini diakarenakan sebelum instrumen ini berlaku, seluruh perjanjian bilateral maupun multilateral dibentuk dan dilaksanakan sesuai dengan praktek dan kebiasaan negara-negara. Dengan terbentuknya VCLT ini dianggap menjadi aturan yang mengikat bagi seluruh perjanjian internasional, karena adanya nilai kepatuhan yang lebih tinggi dan kepastian yang lebih jelas terkait teknis dan materilnya. Jika sumbernya masih berdasarkan kebiasaan internasional maka dapat berubah-ubah.

Namun tidak berarti dengan lahirnya VCLT kemudian kebiasaan internasional tidak dapat diterapkan dalam praktek pembuatan ataupun pelaksanaan suatu perjanjian internasional. Bagaiamanapun juga masih adanya hubungan antara VCLT dengan kebiasaan internasional. Hal tersebut dapat dilihat pada bagian pembukaan VCLT paragraf 8 (delapan), yang menyatakan bahwa hukum kebiasaan internasional tetap berlaku meskipun tidak diatur pada pasal-pasal di VCLT. Selain itu juga perlu diketahui bahwa VCLT merupakan kumpulan dari hukum kebiasaan internasional atau kristalisasi dari hukum kebiasaan internasional.

Dengan kenyataan bahwa VCLT merupakan gabungan dari hukum kebiasaan internasional, akibatnya terhadap suatu negara yang bukan merupakan pihak dari suatu perjanjian internasional dapat terikat pula pada aturan dari perjanjian internasional tersebut. Selain itu hukum kebiasaan internasional juga tetap berlaku pada VCLT dan mengatur hal-hal yang belum diatur dalam VCLT itu sendiri.

Berlakunya suatu perjanjian internasional merupakan tahapan akhir dari proses pembuatan perjanjian internasional. Sebelum sampai pada tahap pemberlakuan perjanjian internasional, suatu perjanjian internasional harus melalui proses pembuatan dimulai dari pemberian kewenangan terhadap perwakilan tiap negara untuk melakukan negosiasi atau penandatanganan suatu perjanjian internasional, penandatanganan, ratifikasi, dan pertukaran instrumen



ratifikasi. Menurut ketentuan pasal 24(1) VCLT, suatu perjanjian internasional dapat berlaku sesuai dengan tanggal yang telah disepakati oleh para pihak.

Namun jika suatu perjanjian internasional tidak terdapat ketentuan kapan berlakunya maka menurut pasal 24(2) VCLT, perjanjian internasional berlaku sejak negara tersebut menyatakan kesepakatannya untuk terikat pada perjanjian internasionalnya. Cara suatu negara menyatakan keterikatan pada suatu perjanjian internasional berdasarkan pasal 11 VCLT, yakni dengan penandatanganan, ratifikasi, pertukaran instrumen ratifikasi, atau dengan cara lain sesuai dengan kesepakatan para pihak.

Keberlakuan suatu perjanjian internasional tidak dapat dilepaskan dari hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional. Terdapat dua paham mengenai hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional, yakni paham monisme dengan paham dualisme. Pada negara yang menganut paham monisme, keberlakuan suatu perjanjian internasional tidak perlu lagi dilakukan transformasi, perjanjian internasional langsung dapat berlaku. Namun, pada negara yang menganut paham dualisme, biasanya suatu perjanjian internasional perlu ditransformasikan dahulu untuk dapat berlaku pada negaranya.

Setelah menggambarkan ketentuan-ketentuan yang ada di beberapa negara, seperti Malaysia, Indonesia, Inggris, Belanda, dan Amerika, memiliki ketentuan prosedur yang berbeda-beda. Hal ini berkesesuaian dengan prinsip umum bahwa hukum internasional meninggalkan ketentuan-ketentuan prosedur untuk berlakunya suatu perjanjian internasional agar dapat berlaku di negara-negara masing-masing. Pada prakteknya juga ditemukan bahwa paham monisme dan dualisme untuk berlakunya suatu perjanjian internasional di negara-negara tersebut telah samar, tidak dapat ditarik dengan jelas perbedaannya.

Pada prakteknya juga ditemukan bahwa ketentuan suatu negara dapat dianggap bertentangan dengan perjanjian internasional yang telah disepakatinya. Contohnya, pada kasus *La Grand*, *Mc Gimpsey*, dan kasus yang juga hampir serupa yakni *DCA Indonesia-Singapura* dan *Judicial Review UU no. 38 Tahun 2008*. Dalam VCLT sendiri, terdapat dua pasal yang mengatur tentang hubungan antara perjanjian internasional dengan hukum nasional, yakni pasal 27 dan pasal 46 VCLT.

### **5.1.2. Penerapan Pasal 27 VCLT dalam Hubungan antara Hukum Nasional Suatu Negara dengan Perjanjian Internasional**

Dengan jelas dinyatakan pada pasal 27 VCLT bahwa hukum nasional tidak dapat dijadikan alasan pembenar untuk tidak melaksanakan ketentuan suatu perjanjian internasional. Pasal ini ditujukan agar tidak ada negara yang terkesan mencari-cari cara atau alasan untuk bisa melarikan diri dari kewajibannya yang timbul dari perjanjian internasional yang telah disepakatinya. Dengan harapan tercapainya tujuan dari perjanjian internasional yang telah disepakati. Menurut ketentuan pasal ini, dalam mengajukan pasal ini tidak kemudian mengabaikan pasal 46 VCLT.

Contoh pada penelitian hukum ini, yakni kasus La Grand. Pada kasus ini dapat dilihat pada prakteknya bagaimana negara mengajukan pasal 27 VCLT dapat dilihat pada kasus La Grand. Pada kasus ini AS telah gagal membuktikan *procedural default doctrine* sebagai aturan dasar nasionalnya maka AS tidak dapat mengajukannya sebagai alasan pembenar untuk tidak melaksanakan pasal 36(1)(b) VCCR. Secara yuridis memang ICJ dengan tegas telah menolak penggunaan *procedural default doctrine* dengan putusan akhir mengabulkan gugatan Jerman, namun kenyataannya salah satu dari Mc Gimpsey bersaudara tetap dieksekusi mati. Sehingga pada kasus ini membuktikan pada prakteknya negara tetap dapat beralih untuk tidak melaksanakan kewajiban yang timbul pada perjanjian internasional yang telah disepakatinya.

### **5.1.3. Penerapan Pasal 46 VCLT dalam Hubungan antara Hukum Nasional suatu Negara dengan Perjanjian Internasional**

Pasal 46 VCLT menunjukkan adanya batasan konstitusi (*Constitutional Limitation*) yang merupakan pengecualian dari pasal 27 VCLT. Menurut pasal 27 VCLT memang suatu negara tidak dapat mengajukan hukum nasionalnya untuk tidak melaksanakan suatu perjanjian internasional yang sudah disepakati, namun pelanggaran hukum nasional yang nyata mengenai kewenangan perwakilan pada

saat menyepakati persetujuan dan pelanggaran nya menyangkut aturan dasar suatu negara.

Kriteria hukum nasional berdasarkan ketentuan pasal 46 VCLT, yakni terjadinya pelanggaran hukum nasional yang berkaitan dengan kewenangan perwakilan negara dalam pembuatan perjanjian internasional, pelanggaran yang nyata (*manifest*), dan berkaitan dengan aturan dasar dan penting (*fundamental importance*). Unsur-unsur tersebut berkaitan dengan konstitusi suatu negara dan harus dibuktikan secara kumulatif untuk dapat diajukan sebagai alasan batal terikat pada suatu perjanjian internasional.

Kasus kedua, yakni kasus Mc Gimpsey bersaudara yang dimana memperlihatkan adanya anggapan pertentangan antara hukum nasionalnya dengan suatu perjanjian internasional, pasal 2 dan pasal 3 konstitusi dengan *Anglo-Irish Agreement*. Namun, pada kasus ini adanya permasalahan *legal standing* yang dimiliki pemohon, sehingga tuntutan mereka ditolak. Kemungkinan untuk membahasnya dengan pasal 46 VCLT juga terdapat unsur yang tidak terpenuhi.

Terdapat dua kasus di Indonesia yang juga memperlihatkan hubungan antara hukum nasional dengan perjanjian internasional, yakni kasus DCA Indonesia-Singapura dan kasus Judicial Review UU No. 38 Tahun 2008 tentang pengesahan ASEAN Charter. Namun, pada kedua kasus ini terdapat kekurangan untuk dijadikan sebagai contoh kasus, sehingga penulis hanya akan memberikan ilustrasi saja.

Pada kasus DCA Indonesia-Singapura, memang Indonesia belum terikat dengan perjanjian bilateral tersebut. DCA sudah ditandatangani dimana menunjukkan adanya kesepakatan dan menunjukkan adanya maksud untuk terikat pada perjanjian tersebut. Namun, DPR menolak untuk melakukan ratifikasi dengan alasan adanya kepentingan nasional Indonesia yang dirugikan pada perjanjian tersebut. Di satu pihak Indonesia terkesan hanya memberikan harapan kosong kepada Singapura dengan menandatangani perjanjian tersebut dan berakhir tidak meratifikasinya. Meskipun memang meratifikasi suatu perjanjian internasional merupakan hak kedaulatan negara. Sehingga jika suatu hari nanti DCA ini akan diratifikasi, dengan adanya anggapan pelanggaran terhadap kepentingan nasional, penulis mencoba menganalisisnya dengan pasal 27 dan 46

VCLT. Jelas Singapura dapat menggunakan pasal 27 VCLT untuk membuat Indonesia melaksanakan perjanjian internasional tersebut. Sedangkan potensi menggunakan pasal 46 VCLT juga tidak dimungkinkan dengan adanya unsur yang tidak terpenuhi.

Pada kasus pengajuan *judicial review* UU No. 38 tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN, juga dapat dilihat adanya anggapan pertentangan antara ASEAN Charter dengan UUD 1945. Sayangnya, kasus ini belum diputus oleh MK, namun penulis hanya mencoba membahas dari segi yuridis berdasarkan pasal 27 dan pasal 46 VCLT saja. Dimana pada kasus ini juga potensi pengajuan pasal 46 VCLT sulit untuk dibuktikan.

Jadi, dapat disimpulkan bahwa pada prakteknya pasal 27 VCLT digunakan oleh negara-negara untuk mendapatkan haknya dari negara lain yang terkesan ingin melarikan diri dari kewajibannya pada suatu perjanjian internasional. Sedangkan untuk pasal 46 VCLT jarang digunakan oleh negara-negara untuk diajukan sebagai alasan pembeda suatu negara tidak melaksanakan ketentuan suatu perjanjian internasional.

## 5.2 Saran

Pada kenyataannya banyak perjanjian internasional yang mendapat protes dari warga negaranya karena dianggap tidak sesuai dengan hukum nasional mereka atau konsep bangsa. Sehingga dalam menanggapi keadaan yang demikian menjadi tugas dan tanggung jawab pemerintah dan DPR atau parlemennya agar terjalin koordinasi yang jelas. Pada kasus DCA misalnya, diharapkan agar tidak adanya anggapan pertentangan antara hukum nasional dengan perjanjian internasional yang telah disepakati. Dari sisi pemerintah lebih baik tidak sembarangan dalam menandatangani suatu perjanjian internasional, bila pada akhirnya perjanjian internasional tersebut ditolak untuk diratifikasi oleh DPR.

Meskipun penandatanganan tidak mengikat negara dan tidak menimbulkan kewajiban, namun dilihat dalam proses pembuatan perjanjian internasional, penandatanganan berada dalam tahapan perjanjian internasional yang man selangkah lagi perjanjian tersebut hendak akan disahkan dan mengikat warga negaranya. Jangan sampai terkesan di mata internasional bahwa Indonesia hanya

bisa mengubur janji, namun pada saat proses ratifikasi dibatalkan begitu saja. Hal ini membuat Indonesia terkesan setengah-setengah dalam komitmen internasional.

Untuk kedepannya, diharapkan bahwa perwakilan-perwakilan Indonesia yang dikirim untuk melakukan pembahasan dan negosiasi suatu perjanjian internasional merupakan orang-orang yang teliti, kompeten, dan ahli dibidangnya. Sehingga Indonesia tidak lagi terkesan ‘dicolong’ kepentingannya oleh negara lain. Pada kasus DCA yang belum diratifikasi ini, diharapkan Indonesia mampu melakukan negosiasi ulang sehingga tidak ada kepentingan nasional yang dilanggar atau merugikan Indonesia.

Terkait dengan penggunaan pasal 27 dan pasal 46 VCLT yang dianggap sebagai alasan bagi negara-negara yang mau melarikan diri dari kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian internasional. ICJ telah memberikan putusan yang tepat untuk memenangkan Jerman pada kasus La Grand, hal ini memperkuat *precedent* untuk kejadian selanjutnya bahwa hukum nasional tidak dapat dijadikan alasan. Putusan tegas seperti ini harus ditingkatkan demi tercapainya kepastian hukum.

Pada kasus *judicial review* UU no. 38 tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN, penulis menyarankan untuk tidak membatalkan UU Ratifikasi tersebut mengingat dampak yang akan terjadi. Salah satu dampaknya, mundurnya Indonesia dari keanggotaan ASEAN.

Melihat adanya kemungkinan perbedaan atau pertentangan antara hukum nasional dengan perjanjian internasional yang disepakati, seluruh negara harus ingat adanya prinsip *good faith* dan *pacta sunt servanda* dalam melaksanakan perjanjian internasional. Sehingga tidak ditemukan alasan-alasan untuk tidak melaksanakan kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian internasional. Kalau ditemukan adanya perbedaan atau pertentangan suatu perjanjian internasional dengan hukum nasionalnya maka sebaiknya hal tersebut harus dibahas dan dikompromikan sebelum akhirnya perjanjian tersebut diratifikasi. Hal ini lebih baik dilakukan karena kalau hukum nasional bertentangan dengan perjanjian internasional ditemukan setelah adanya ratifikasi maka sebenarnya negara tersebut yang punya kewajiban untuk menyesuaikan hukum nasionalnya dengan perjanjian yang telah disepakati.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Dumoli, Damos. *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*. cet 1. Bandung: PT Refika Aditama, 2010.
- Elias, T.O. *The Modern Law of Treaties*. Leiden: Oceana Publication, 1974.
- Gardiner, Richard. *International law*. Pearson Education Limited: England, 2003.
- Harris, DJ. “*Cases and Materials on International Law. Sixth Edition.*” London: Sweet&Maxwell, 2004.
- Juwana, Hikmahanto. *Hukum Internasional: Dalam Perspektif Indonesia sebagai Negara Berkembang*. Jakarta: PT Yarsif Wantampone, 2010.
- Kusumaatmadja, Mochtar dan Etty R. Agoes. *Pengantar Hukum Internasional. cet.1*. Bandung: PT. Alumni, 2003.
- Mamudji, Sri et. al. *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Rodja, Siti Maryam, et al. *Catatan PSHK tentang Kinerja Legislasi DPR 2009: Legislasi Tak Tuntas Di Akhir Masa Bakti*. Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, 2010.
- Sinclair, Ian McTaggart. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester: Manchester University Press, 1998.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1986.
- Starke. *Introduction to International Law*. London: Butterworths, 1977.
- Suryokusumo, Sumaryo. *Hukum Perjanjian Internasional*. Jakarta: PT Tata Nusa, 2008.

## Artikel, Jurnal, dan Majalah

Briggs, Herbert W. "Procedures for Establishing the Invalidity or Termination of Treaties Under the International Law Commission's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties". *The American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 4 (Oct., 1967).

Conforti, Benedetto, dan Angelo Lobelia. "Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts". 1 *EJIL* (1990).

E.W. Vierdag. "*The Law Governing Treaty Relations between Parties to Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to The Convention*". *The American Journal of International Law*. (Vol. 76 No. 4, Oktober. 1982), hal. 779-801.

Jones, J. Mervyn. "Constitutional Limitations on the Treaty-Making Power". *The American Journal of International Law*, Vol. 35, No. 3 (Jul., 1941).

Kearney, Richard D. dan Robert E. Dalton. "The Treaty on Treaties." *The American Journal of International Law*, Vol. 64, No. 3 (Jun., 1970).

Klabbers, Jan. "*The New Dutch Law on The Approval of Treaties*". *The International and Comparative Law Quarterly*. (Vol. 44. No. 3, Juli, 1995), hlm. 629-643.

Maria Frankowska. "*The Vienna Convention on The Law of Treaties before United States Court*". *Virginia Journal of International Law*, (Winter, 1988).

Meron, Theodor. "The Authority to Make Treaties in the Late Middle". *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 1 (Jan., 1995).

Nahlik, S. E. "The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties". *The American Journal of International Law*, Vol. 65, No. 5 (Oct., 1971).

Preuss, Lawrence. "The Execution of Treaty Obligations Through Internal Law-System of The United States and of Some Other Countries." *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*(1921-1969), Vol. 45 (APRIL 26-28, 1951).

Reisman, W. Michael. "Termination of the USSR's Treaty Right of Intervention in Iran". *The American Journal of International Law*, Vol. 74, No. 1 (Jan., 1980).

Symmons, Clive R. "International Treaty Obligations and the Irish Constitution: The McGimpsey Case Author". *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, No. 2 (Apr., 1992).

Unknown. "Invalidity, Termination, and Suspension of the Operation of Treaties". *The American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 1 (Jan., 1967).  
<http://www.jstor.org/stable/2196872>

Vierdag, E. W. "The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention". *The American Journal of International Law*, Vol. 76, No. 4 (Oct., 1982).

### **Makalah, Tesis, Skripsi, dan Disertasi**

Erwin Hermawan. "Faktor-Faktor Penyebab Kegagalan Ratifikasi *Defence Cooperation Agreement* (DCA) Indonesia-Singapura". Tesis Fakultas Ilmu Sosial dan Politik Universitas Indonesia, Jakarta, 2010. hlm. 56-57.

### **Sumber Internet dan Lain-Lain**

Bimo Cahyo dan Jony Marcos, "Mayoritas Komisi I DPR Menolak Ratifikasi", <http://berita.liputan6.com/read/143598/mayoritas-komisi-i-dpr-menolak-ratifikasi> diunduh 27 April 2012.

Dumoli, Damos. "Apakah MK Bisa Menguji Piagam ASEAN?". <http://www.antarane.ws.com/berita/268734/apakah-mk-bisa-menguji-piagam-asean>. Diunduh pada 27 April 2012.

Investor Daily. "Menhan tegaskan tidak ada DCA dengan Singapura" <http://www.investor.co.id/home/menhan-tegaskan-tidak-ada-dca-dengan-singapura/19932>, diunduh 27 April 2012.

Mahkamah Keadilan Internasional. "Statuta Mahkamah Keadilan Internasional (*ICJ Statue*)" <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>. Diunduh pada 24 Mei 2012.

Mahkamah Konstitusi. "Resume Perkara no. 33/PUU-IX/2011 tentang Pemberlakuan Sistem AFTA".



[http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/Resume/resume\\_Perkara%20No%20033.pdf](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/Resume/resume_Perkara%20No%20033.pdf). Diunduh pada 27 April 2012.

Metronews. “Perjanjian Ekstradisi Indonesia-Singapura Resmi Diteken”.  
<http://www.metrotvnews.com/read/newsvideo/2007/04/27/37755>.  
Diunduh 27 April 2012.

Mohtar, Omar. “*Sejarah Sengketa Perbatasan Indonesia dan Singapura*”,  
<http://www.armhando.com/2012/03/sejarah-sengketa-perbatasan-indonesia.html?m=1>. Diunduh pada 23 April 2012.

\_\_\_\_\_, “Indonesia Zamrud Khatulistiwa”,  
<http://www.anneahira.com/indonesia-290.htm>. Diunduh pada 25 April 2012.

Siti Aliza Binti ALIAS, “*CIL Research Project on International Crimes Malaysia’s Country Report*”,  
<http://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2010/10/Malaysias-Country-Report.pdf>, diunduh pada 10 Juni 2012.

Timothy, Nicholas. “2011, Indonesia Sepakati 146 perjanjian Internasional”,  
<http://www.tribunnews.com/2012/01/04/2011-indonesia-sepakati-146-perjanjian-internasional>. Diunduh pada 26 April 2012.

Treaty Law Resources. “*Australia International Treaty Making*”,  
<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/reports/infokit.html#sect3>.  
Diunduh pada 10 Juni 2012.

Valdy, Dimas. “*Hadirnya Kepentingan Nasional di balik Gagalnya DCA Indonesia-Singapura.*”  
<http://thepeacenow.wordpress.com/2012/03/28/kepentingan-nasional-dibalik-gagalnya-dca-indonesia-singapura-2/>. Diunduh 27 April 2012.

\_\_\_\_\_. “*History of Ireland*”.  
[http://generalmichaelcollins.com/Fine\\_Gael/Saorstat\\_Eireann.html](http://generalmichaelcollins.com/Fine_Gael/Saorstat_Eireann.html).  
Diunduh pada 10 Juni 2012.

## **Peraturan Perundang-Undangan**

Indonesia. *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia*. UUD NRI 1945.

Indonesia, *Staatsblad 1847* Nomor 23 (AB).

Indonesia. *Undang-Undang tentang Perjanjian Internasional*. UU No. 24 tahun 2000. LN No. 185 Tahun 2000. TLN No. 4012.

Indonesia, *Undang-Undang Pembentukan Peraturan dan Perundang-undangan*, UU No. 12 tahun 2011, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234.

Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan *Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, UU No.14 tahun 2009, LN No. 53 Tahun 2009, TLN No. 4990.

Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplement the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, UU No. 15 tahun 2009, LN No. 54 Tahun 2009, TLN No. 4991.

Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan Konvensi Stockholm tentang Bahan Pencemar Organik yang Persisten, UU No. 19 Tahun 2009, LN No. 89 Tahun 2009, TLN No. 5020.

Indonesia, Undang-Undang tentang Pengesahan *Agreement for the Implementation of the United Nations Convention on The Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stock and Highly Migratory Fish Stock*, UU No. 21 tahun 2009, LN No. 95, TLN No. 5024.

Surat Presiden No. 2826/HK/1960 tertanggal 22 Agustus 1960

## **Daftar Perjanjian, Konvensi Internasional, dan Peraturan Perundang Undangan Asing**

Association of Southeast Asian Nations. *The ASEAN Charter*. Singapura, 20 November 2007.

*Vienna Convention on the Law of Treaties*. Wina, 23 Mei 1969.

*Vienna Convention on Consular Relation*, 24 April 1963, 596 UNTS 261.

## Lampiran 5

[1990]  
1 I.R.

110

**Christopher McGimpsey and Michael McGimpsey Plaintiffs v. Ireland, An Taoiseach and Others Defendants**

[S.C. No. 314 of 1988]

Supreme Court

1st March 1990

*Constitution - Executive - International relations - Agreement between governments of Ireland and United Kingdom in relation to Northern Ireland - Affirmation by both governments that change in status of Northern Ireland would only come about by consent of majority of population of Northern Ireland - Establishment of inter governmental conference to deal with political, security and legal matters and to promote cross border co-operation - Whether agreement constituted an unconstitutional fettering of executive power to deal with international relations - Whether agreement inconsistent with constitutional claim to whole island of Ireland as national territory - Constitution of Ireland, 1937, Articles 2, 3, 29, 40. Constitution - Challenge to constitutional validity of international treaty - Locus standi - Plaintiffs born and resident in Northern Ireland - Whether plaintiffs citizens of Ireland - Whether plaintiffs had locus standi to challenge treaty - Whether courts should entertain a constitutional challenge to the validity of an act the sole purpose of which was to achieve an objective directly contrary to the purpose of the constitutional provision invoked. Constitution - Equality - Agreement between governments of Ireland and United Kingdom in relation to Northern Ireland - Establishment of intergovernmental conference - Provision for Irish government to put forward views and proposals in relation to legislation, policy and devolution in so far as they related to the interests of the minority community - Whether government there by abandoned concern for majority - Whether invidious discrimination against majority - Whether agreement a "law" within the meaning of Article 40, s. 1 - Constitution of Ireland 1937, Article 40, s. 1.*

On the 15th November, 1985, an agreement, known as the Anglo-Irish Agreement, was reached between the governments of Ireland and the United Kingdom. This agreement contained, *inter alia* provisions affirming the existing status of Northern Ireland and recognising that this status would only be changed with the consent of the majority of the population of Northern Ireland; provisions establishing an intergovernmental conference and a secretariat to deal with matters covered by the agreement and provisions allowing the Irish Government to put forward its views on devolution and major legislative and policy proposals within Northern Ireland in relation to the interests of the minority community in Northern Ireland. Other provisions related to security and legal matters, cross border co-operation and economic development.

The plaintiffs, who were born in and resident in Northern Ireland, sought a declaration that the Anglo-Irish Agreement was contrary to the provisions of the Constitution of Ireland, 1937. In particular, they argued that, in recognising the legitimacy of the present status of Northern Ireland, the Agreement violated Articles 2 and 3 of the Constitution and that the intergovernmental conference and secretariat established by the Agreement restricted the Government of Ireland in the exercise of the external relations power of the State.

The defendants argued, *inter alia*, that the plaintiffs did not have the *locus standi* necessary to challenge the agreement.

In the High Court, Barrington J. rejected the defendants' plea of lack of *locus standi* but dismissed the plaintiffs' constitutional challenge to the Anglo-Irish Agreement (see [1988] I.R. 567).

On appeal by the plaintiffs it was

*Held* by the Supreme Court (Finlay C.J., Walsh, Griffin, Hederman and McCarthy JJ.), in dismissing the appeal, 1, that, while the plaintiffs had neither alleged nor proved that they were citizens

of Ireland, having regard to the finding of the trial judge - against which no appeal had been taken - that the plaintiffs having been born in Ireland were, in contemplation of Irish law, citizens of Ireland, the Court would entertain the appeal on its merits.

*Quaere*: Whether any citizen has *locus standi* to challenge the constitutional validity of an act for the specific purpose of achieving an objective directly contrary to the constitutional provision invoked.

*Per* McCarthy J., that, as non-citizens of Ireland the plaintiffs did not have *locus standi* to challenge the constitutional validity of a treaty made by the Government exercising the external relations power of the State under Article 29 of the Constitution.

*The State (Nicolaou) v. An Bord Uchtála* [1966] I.R. 567 considered.

2. That the claim to the national territory of the whole island of Ireland, its islands and the territorial seas contained in Article 2 of the Constitution was a claim of legal right.

*In re The Criminal Law (Jurisdiction) Bill, 1975* [1977] I.R. 129 not followed. *Boland v. An Taoiseach* [1974] I.R. 338 and *The People v. Rutledge* [1978] I.R. 376 considered.

3. That the re-integration of the national territory was a constitutional imperative.

*Russell v. Fanning* [1988] I.R. 505 followed.

4. That the prohibition contained in Article 3 of the Constitution on the enactment of legislation applicable in Northern Ireland pending re-integration did not derogate from the territorial claim of legal right contained in Article 2 and did not create an estoppel against the State asserting the said claim.

5. That the recognition by the Anglo Irish Agreement of the *de facto* situation in Northern Ireland whilst expressly disclaiming any abandonment of the claim to the re-integration of the national territory was not inconsistent with Articles 2 and 3 of the Constitution and there was no question of Ireland being estopped in international law from asserting that claim.

6. That article 4, para. (c) and article 5, para. (c) of the Agreement, which allowed the Irish Government to put forward views on devolution and major legislation and policy issues were consistent with Ireland's devotion to international peace and co-operation pursuant to Article 29, s. 1 of the Constitution.

7. That the Irish Government, in carrying out its agreed functions within the framework of the Anglo-Irish Agreement, remained free to do so in the manner which it thought appropriate and, accordingly, the Government's power to conduct external relations on behalf of the State was not fettered in breach of Article 29 of the Constitution.

*Crotty v. An Taoiseach* [1987] I.R. 713 distinguished.

8. That the Anglo-Irish Agreement did not constitute a "law" within the meaning of Article 40 of the Constitution.

9. That the fact that the Irish Government could put forward views in relation to the position of the minority community in Northern Ireland pursuant to article 4, para. (c) and article 5, para. (c) of the Agreement did not constitute a failure to protect or to vindicate the rights of the majority population in Northern Ireland pursuant to Article 40, s. 3, sub-s. 1 of the Constitution.

10. That in so far as the Anglo-Irish Agreement provided a means whereby the re-integration of the national territory might be achieved by a process of consultation and discussion, it would never be inconsistent with the Constitution which is expressly devoted to peace and co-operation in international relations.

Cases mentioned in this report:â€”

*Boland v. An Taoiseach* [1974] I.R. 338; (1974) 109 I.L.T.R. 13.

*Buckley and Others (Sinn Féin) v. The Attorney General* [1950] I.R. 67.

*Cahill v. Sutton* [1980] I.R. 269.

*Crotty v. An Taoiseach* [1987] I.R. 713; [1987] I.L.R.M. 400.  
*Eastern Greenland* (1933) P.C.I.J. 22.  
*Golder* (1975) 1 E.H.R.R. 524.

[1990] **McGimpsey v. Ireland** 112  
1 I.R. S.C.

*In re The Criminal Law (Jurisdiction) Bill, 1975* [1977] I.R. 129; (1976) 110 I.L.T.R. 69.

*Kostan v. Ireland* [1978] I.L.R.M. 12.

*McGimpsey v. Ireland* [1988] I.R. 567; [1989] I.L.R.M. 209 (H.C.).

*Russell v. Fanning* [1988] I.R. 505; [1986] I.L.R.M. 401.

*Re U.S. Nationals in Morocco, France v. U.S.A.* (1952) 19 I.L.R. 255; [1952] I.C.J. Rep. 176.

*Temple of Preah Vihear* [1962] I.C.J. Rep. 6.

*The People v. Rutledge* [1978] I.R. 376.

*The State (Nicolaou) v. An Bord Ucht jla* [1966] I.R. 567.

#### **Appeal from the High Court.**

The facts have been summarised in the headnote and set out in the judgment of Finlay C.J., *infra*.

The plaintiffs issued a plenary summons on the 9th May, 1987, seeking a declaration that the Anglo-Irish Agreement of 1985 was contrary to the Constitution of Ireland, 1937. This declaration was refused by the High Court (Barrington J.) on the 29th July, 1988. (See [1988] I.R. 567).

By notice of appeal dated the 16th August, 1988, the plaintiffs appealed against the decision of the High Court. The appeal was heard by the Supreme Court (Finlay C.J., Walsh, Griffin, Hederman and McCarthy JJ.) on the 31st January, 1990 and the 1st February, 1990.

The relevant provisions of the Constitution and of the Anglo-Irish Agreement are set out in the judgment of Finlay C.J., *infra*.

*Hugh O'Flaherty S.C.* and *Frank Clarke S.C.* (with them *Gerard Hogan*) for the plaintiffs referred to *Crotty v. An Taoiseach*; *Russell v. Fanning*; *Boland v. An Taoiseach*; *Buckley and Others (Sinn F  in) v. The Attorney General*; *In Re The Criminal Law (Jurisdiction) Bill, 1975*; *Temple of Preah Vihear*; *Eastern Greenland*; Irish Nationality and Citizenship Act, 1956, ss. 2, 6 and 7; Maritime Jurisdiction Act, 1959, s. 4, sub-s. 2; Northern Ireland Constitution Act, 1973 (U.K.).

*Eoghan Fitzsimons S.C.* (with him *Esmond Smyth*) for the defendants referred to *Crotty v. An Taoiseach*; *Re U.S. Nationals in Morocco, France v. U.S.A.*; *Golder*; Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Article 31; The Single European Act.

*Frank Clarke S.C.* in reply referred to Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Article 31.

*Cur. adv. vult.*

[1990] **McGimpsey v. Ireland** 113  
1 I.R. *Finlay C.J.* S.C.

This is an appeal by the plaintiffs against the dismissal on the 25th July, 1988, by order of the High Court made by Barrington J. of their claim for a declaration that the "Agreement between the Government of Ireland and the Government of the United Kingdom" made on the 15th November, 1985 (the Anglo-Irish Agreement) is contrary to the provisions of the Constitution.

*The parties*

The plaintiffs are two brothers, each of whom was born in Northern Ireland, and each of whom now resides in Northern Ireland.

In the course of his judgment Barrington J. described the political ambitions and activities of both the plaintiffs in the following words:â€”

"Both plaintiffs are members of the Official Unionist party of Northern Ireland. Both are deeply concerned about the present state of Northern Ireland and of all Ireland. Both reject any form of sectarianism and both have been involved in peace movements working to accommodate people of various traditions who live on the island of Ireland. Both gave evidence before the New Ireland Forum and, in oral and written submissions, attempted to explain to the Forum how the problem appeared to men fully committed to unionism but interested in finding a peaceful solution to the problem of Northern Ireland and of Ireland.

Both believe that the Anglo-Irish Agreement has aggravated the problem and instead of solving the problem, has become part of it."

The learned trial judge, having heard the plaintiffs in evidence, was satisfied that in the expression of these opinions and in their attitude to the problems with which the case is concerned, they were both sincere. Against these findings by the learned trial judge there is no form of appeal, nor is there any suggestion that they are otherwise than justified by the evidence which he heard.

*The plaintiffs' claim*

The plaintiffs' claim for a declaration that the provisions of the Anglo-Irish Agreement are contrary to the provisions of the Constitution was directed in particular to Articles 1, 2, 4 and 5 of the Agreement, and the inconsistency alleged was with Articles 2, 3, 29 and 40 of the Constitution.

*The defence*

The defendants in their defence, apart from joining issue on the claims of the plaintiffs, raised a special defence denying the *locus standi* of the plaintiffs in the following terms:â€”

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
*Finlay C.J.*

114  
S.C.

"The plaintiffs do not have the *locus standi* necessary to seek the reliefs sought in the statement of claim on the grounds that neither of them has any interest or right which has or will suffer any injury or prejudice by reason of any of the matters alleged in the statement of claim or by reason of the coming into force of the said Agreement or at all, nor has either a common interest with any other person who could claim to be or to be likely to be adversely affected thereby."

Amongst the submissions made on behalf of the defendants in the court below on foot of this plea of an absence of *locus standi* was that the plaintiffs should not be permitted to invoke Article 2 of the Constitution because they themselves do not believe that "the national

territory consists of the whole island of Ireland" and are only invoking the Article in a tactical manoeuvre.

In his judgment the learned trial judge stated:â€”

"Both plaintiffs were born in Ireland and are therefore, in contemplation of Irish law, citizens of Ireland."

The statement of claim contains no claim that either plaintiff is a citizen of Ireland, although it is stated that the first plaintiff is the holder of an Irish passport. No evidence was given by either plaintiff that either he or either of his parents had made the prescribed declaration pursuant to s. 7, sub-s. 1, of the Irish Nationality and Citizenship Act, 1956, or of any facts which would indicate that he was "otherwise an Irish citizen".

It may well be that the plaintiffs are Irish citizens under s. 6, sub-s. 1 of the Act of 1956 because either or both of their parents were Irish citizens at the respective dates of their births, though this was not proved.

Since the defendants made no submissions to this Court on this issue and have not sought to vary the finding of the learned trial judge to which I have referred, I will assume without deciding that each of the plaintiffs is an Irish citizen.

The learned trial judge decided this issue of *locus standi* in favour of the plaintiffs in the following passage contained in his judgment:â€”

"The present case is, to say the least, unusual and there is no exact precedent governing it. But it appears to me that the plaintiffs are patently sincere and serious people who have raised an important constitutional issue which affects them and thousands of others on both sides of the border. Having regard to these factors and having regard to the wording of the preamble to the Constitution and of Articles 2 and 3, it appears to me that it would be inappropriate for this court to refuse to listen to their complaints."

Against this finding the defendants did not enter any cross-appeal or notice to vary. This Court, as it would be bound to do, raised the query as to the *locus standi* of the plaintiffs and the consequent jurisdiction of this Court to determine the issues raised on the appeal. Counsel for the defendants, upon that being raised, did not seek by any special submission or argument to vary the decision which had been reached by the learned trial judge.

As a general proposition it would appear to me that one would have to entertain considerable doubt as to whether any citizen would have the *locus standi* to challenge the constitutional validity of an act of the executive or of a

[1990]  
1 I.R.

McGimpsey v. Ireland  
*Finlay C.J.*

115  
S.C.

statute of the Oireachtas for the specific and sole purpose of achieving an objective directly contrary to the purpose of the constitutional provision invoked. However, having regard to the evidence in this case, to the findings of fact made by the learned trial judge, and to the absence of any cross-appeal brought on behalf of the defendants, I am satisfied that the plaintiffs' claim in this case and their appeal against the dismissal of it by the High Court should be entertained on its merits.

*The relevant constitutional provisions*

The relevant constitutional provisions are as follows:â€”

*Article 2*

"The national territory consists of the whole island of Ireland, its islands and the territorial seas."

*Article 3*

"Pending the re-integration of the national territory, and without prejudice to the right

of the Parliament and Government established by this Constitution to exercise jurisdiction over the whole of that territory, the laws enacted by that Parliament shall have the like area and extent of application as the laws of Saorst  t   ireann and the like extra-territorial effect."

*Article 29*

"1. Ireland affirms its devotion to the ideal of peace and friendly co-operation amongst nations founded on international justice and morality.

2. Ireland affirms its adherence to the principle of the pacific settlement of international disputes by international arbitration or judicial determination.

3. Ireland accepts the generally recognised principles of international law as its rule of conduct in its relations with other States.

4. 1 The executive power of the State in or in connection with its external relations shall in accordance with Article 28 of this Constitution be exercised by or on the authority of the Government."

*Article 40*

1. All citizens shall, as human persons, be held equal before the law . . .

*Article 40*

3. 1 The State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen.

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
***Finlay C.J.***

**116**  
**S.C.**

*The Anglo-Irish Agreement*  
**ARTICLE 1**

The two Governments

- (a) affirm that any change in the status of Northern Ireland would only come about with the consent of a majority of the people of Northern Ireland;
- (b) recognise that the present wish of a majority of the people of Northern Ireland is for no change in the status of Northern Ireland;
- (c) declare that, if in the future a majority of the people of Northern Ireland clearly wish for and formally consent to the establishment of a united Ireland, they will introduce and support in the respective Parliaments legislation to give effect to that wish.

**ARTICLE 2**

- (a) There is hereby established within the framework of the Anglo-Irish Intergovernmental Council set up after the meeting between the two Heads of Government on the 6 November 1981, an Intergovernmental Conference (hereinafter referred to as "the Conference"), concerned with Northern Ireland and with relations between the two parts of the island of Ireland, to deal, as set out in this Agreement, on a regular basis with
  - (i) political matters;
  - (ii) security and related matters;
  - (iii) legal matters, including the administration of justice;
  - (iv) the promotion of cross-border co-operation.
- (b) The United Kingdom Government accepts that the Irish Government will put forward views and proposals on matters relating to Northern Ireland within the field of activity of the Conference in so far as those matters are not the responsibility of a devolved administration in Northern Ireland. In the interests of promoting peace and stability, determined efforts shall be made through the Conference to resolve any differences. The



Conference will be mainly concerned with Northern Ireland, but some of the matters under consideration will involve co-operative action in both parts of the island of Ireland, and possibly also in Great Britain. Some of the proposals considered in respect of Northern Ireland may also be found to have application by the Irish Government. There is no derogation from the sovereignty of either the Irish Government or the United Kingdom Government, and each retains responsibility for the decisions and administration of government within its own jurisdiction.

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
*Finlay C.J.*

117  
S.C.

*ARTICLE 4*

(a) In relation to matters coming within its field of activity, the Conference shall be a framework within which the Irish Government and the United Kingdom Government work together

(i) for the accommodation of the rights and identities of the two traditions which exist in Northern Ireland; and

(ii) for peace, stability and prosperity throughout the island of Ireland by promoting reconciliation, respect for human rights, co-operation against terrorism and the development of economic, social and cultural co-operation.

(b) It is the declared policy of the United Kingdom Government that responsibility in respect of certain matters within the powers of the Secretary of State for Northern Ireland should be devolved within Northern Ireland on a basis which would secure widespread acceptance throughout the community. The Irish Government support that policy.

(c) Both Governments recognise that devolution can be achieved only with the co-operation of constitutional representatives within Northern Ireland of both traditions there. The Conference shall be a framework within which the Irish Government may put forward views and proposals on the modalities of bringing about devolution in Northern Ireland, in so far as they relate to the interests of the minority community.

*ARTICLE 5*

(a) The Conference shall concern itself with measures to recognise and accommodate the rights and identities of the two traditions in Northern Ireland, to protect human rights and to prevent discrimination. Matters to be considered in this area include measures to foster the cultural heritage of both traditions, changes in electoral arrangements, the use of flags and emblems, the avoidance of economic and social discrimination and the advantages and disadvantages of a Bill of Rights in some form in Northern Ireland.

(b) The discussion of these matters shall be mainly concerned with Northern Ireland, but the possible application of any measures pursuant to this Article by the Irish Government in their jurisdiction shall not be excluded.

(c) If it should prove impossible to achieve and sustain devolution on a basis which secures widespread acceptance in Northern Ireland, the Conference shall be a framework within which the Irish Government may, where the interests of the minority community are significantly or especially affected, put forward views on proposals for major legislation and on major policy issues, which are within the purview

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
*Finlay C.J.*

118  
S.C.

of the Northern Ireland Departments and which remain the responsibility of the Secretary of State for Northern Ireland.

*Interpretation of Articles 2 and 3 of the Constitution*

Barrington J. in the course of his judgment identified from previous decisions what appeared to him to be two conflicting interpretations of Articles 2 and 3 of the Constitution. He concluded that the impugned provisions of the Agreement were not contrary to either of these interpretations, and that accordingly it was not necessary for him to decide between them.

The first interpretation mentioned by the learned trial judge was derived by him from the decision of this Court on the reference of the *Criminal Law (Jurisdiction) Bill, 1975* [1977] I.R. 129, and he quotes from that decision the following paragraph at p. 584:â€œ

â€œOne of the theories held in 1937 by a substantial number of citizens was that a nation, as distinct from a State, had rights: that the Irish people living in what is now called the Republic of Ireland and in Northern Ireland together form the Irish nation: that a nation has a right to unity of territory in some form be it as a unitary or federal state; and that the Government of Ireland Act, 1920, though legally binding was a violation of that national right to unity which was superior to positive law.

This national claim to unity exists not in the legal but in the political order and is one of the rights which are envisaged in Article 2; it is expressly saved by Article 3 which states that the area to which the laws enacted by the parliament established by the Constitution apply.

From that decision he concluded that the interpretation of the Articles was as follows: Article 2 contained a claim to the national territory of the whole of the island of Ireland, its islands and the territorial seas as a claim in the political order and not as a claim of legal right. Article 3 provided that, pending the re-integration of the national territory, the Parliament established by the Constitution could only enact laws with a like area and extent of application as the laws of Saorst  t   ireann and the like extraterritorial effect, and therefore could not enact laws with an area of application in the counties of Northern Ireland.

Counsel for both parties submitted in the High Court, and repeated those submissions in this Court, that Article 2 constituted a claim of a legal right, but that, pursuant to Article 3, the Parliament established by the Constitution was entitled at any time it wished to enact laws applicable in the counties of Northern Ireland, though pending the re-integration of the national territory, laws enacted which did not otherwise provide are deemed to have the restricted area and extent mentioned in the article.

In support of this submission they relied on the dictum of O'Keefe P. in *Boland v. An Taoiseach* [1974] I.R. 338, and on the decision of O'Byrne J. in *The People v. Rutledge* decided in 1947 but reported at [1978] I.R. 376.

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
**Finlay C.J.**

119  
S.C.

I am not satisfied that the statement that "this national claim to unity exists not in the legal but the political order and is one of the rights which are envisaged in Article 2", necessarily means that the claim to the entire national territory is not a claim of legal right.

The phrase occurs in a decision tracing the historical, political and social background to the Constitution, and seems more appropriately understood as a reference to the origin of the claim than to its nature. If, however, it is so construed, I would after careful consideration feel obliged to decline to follow it. I do not accept the contention that Article 3 is to be construed as permitting, during the period pending the re-integration of the national territory, the enactment of laws applicable in the counties of Northern Ireland.

With Articles 2 and 3 of the Constitution should be read the preamble, and I am satisfied that the true interpretation of these constitutional provisions is as follows:â€œ

1. The re-integration of the national territory is a constitutional imperative (cf. Hederman J. in *Russell v. Fanning* [1988] I.R. 505).
2. Article 2 of the Constitution consists of a declaration of the extent of the national territory as a claim of legal right.
3. Article 3 of the Constitution prohibits, pending the re-integration of the national territory, the enactment of laws with any greater area or extent of application or extra-territorial effect than the laws of Saorst  t   ireann and this prohibits the enactment of laws applicable in the counties of Northern Ireland.
4. The restriction imposed by Article 3 pending the re-integration of the national territory in no way derogates from the claim as a legal right to the entire national territory.

The provision in Article 3 of the Constitution contained in the words "and without prejudice to the right of the Parliament and Government established by this Constitution to exercise jurisdiction over the whole of that territory" is an express denial and disclaimer made to the community of nations of acquiescence to any claim that, pending the re-integration of the national territory, the frontier at present existing between the State and Northern Ireland is or can be accepted as conclusive of the matter or that there can be any prescriptive title thereby created and an assertion that there can be no estoppel created by the restriction in Article 3 on the application of the laws of the State in Northern Ireland. This is of course quite distinct from the extra-territorial effect of the laws of the State in respect of matters occurring outside the State for which persons are made answerable in the courts of the State.

*The grounds of the plaintiffs' claim*

Barrington J. has correctly identified the three main submissions on which the plaintiffs' claim rested in the High Court and they remain the same on the appeal to this Court.

**[1990]  
1 I.R.**

**McGimpsey v. Ireland  
*Finlay C.J.***

**120  
S.C.**

- "1. That the Agreement recognising the legitimacy of the present constitutional arrangements in respect of Northern Ireland, violates Articles 2 and 3 of the Constitution;
2. that, in as much as the Agreement establishes an intergovernmental conference and secretariat, it fetters the power of the Government to conduct the external affairs and powers of the state under Articles 28 and 29 of the Constitution.
3. that the State may not enter into a treaty whereby it commits itself to have regard to one section of the Irish nation (i.e. the "minority" population of Northern Ireland) and to disregard the interests of a section of the Irish people, namely, the "majority" community in Northern Ireland."

In regard to the first of these grounds the plaintiffs relied, in addition to the terms of the Agreement and of the Constitution, upon submissions that the terms of the Agreement could in international law constitute an estoppel preventing a subsequent assertion of right to the re-integration of the national territory and also on a submission that the fact that the Agreement did not contain a fixed time for its duration added to the alleged constitutional inconsistency.

*The decision*

With regard to these three main grounds of appeal I have come to the following conclusions.

1. *Inconsistency of the Agreement with Articles 2 and 3 of the Constitution*

The main source of this submission was article 1 of the Anglo-Irish Agreement. In the course of his judgment Barrington J., after considering the details of that and other provisions of the Agreement, reached the following conclusion:  

"It appears to me that in article 1 of the agreement the two Governments merely

recognise the situation on the ground in Northern Ireland, (paragraph (b)), form a political judgment about the likely course of future events, (paragraph (a)), and state what their policy will be should events evolve in a particular way (paragraph (c))."

I find myself in agreement with this economical but precise analysis of the provisions of article 1. The learned trial judge then concluded that on any interpretation of the provisions of Articles 2 and 3 of the Constitution, these provisions of the Anglo-Irish Agreement were not in any way inconsistent with either of those two Articles. With that conclusion I am in complete agreement. There can be no doubt but that the only reasonable interpretation of article 1, taken in conjunction with the denial of derogation from sovereignty contained in article 2, para. (b), of the Anglo-Irish Agreement is that it constitutes a recognition of the *de facto* situation in Northern Ireland but does so expressly without

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
*Finlay C.J.*

121  
S.C.

abandoning the claim to the re-integration of the national territory. These are essential ingredients of the constitutional provisions in Articles 2 and 3.

This interpretation is not affected by the provisions of article 4, para. (c) or article 5, para. (c) nor are either of these two articles capable of any separate inconsistent interpretation. In so far as they accept the concept of change in the *de facto* status of Northern Ireland as being something that would require the consent of the majority of the people of Northern Ireland these articles of the Agreement seem to me to be compatible with the obligations undertaken by the State in Article 29, ss. 1 and 2 of the Constitution, whereby Ireland affirms its devotion to the ideal of peace and friendly co-operation and its adherence to the principles of the pacific settlement of international disputes.

The conclusion that these articles of the Anglo-Irish Agreement do not constitute any form of abandonment of the claim of right to the re-integration of the national territory but constitute instead a realistic recognition of the *de facto* situation in Northern Ireland leads to the consequential conclusion that the Anglo-Irish Agreement cannot be impugned on the basis of any supposed estoppel arising to defeat the constitutional claim to re-integration, nor on the basis of any indefinite duration in the Agreement.

2. *Fettering of the power of Government to conduct external relations in breach of Article 29 of the Constitution*

The submission made on this issue was that the terms of the Anglo-Irish Agreement were of similar character to the terms of the Single European Act which the decision of this Court in *Crotty v. An Taoiseach* [1987] I.R. 713 held to be inconsistent with the provisions of Article 29 of the Constitution.

I am satisfied that this analogy is quite false. The Anglo-Irish Agreement is an agreement reached between two governments, both of whom have an acknowledged concern in relation to the affairs of Northern Ireland. It acknowledges that the Government of Ireland may make representations, put forward proposals, and try to influence the evolution of peace and order in Northern Ireland.

The frameworks contained in the Agreement and structures created by it provide methods of carrying out these activities, it can be argued, in the manner most likely to make them effective and acceptable, namely, constant mutual discussion. The Government of Ireland at any time carrying out the functions which have been agreed under the Anglo-Irish Agreement is entirely free to do so in the manner in which it, and it alone, thinks most conducive to the achieving of the aims to which it is committed. A procedure which is likely to lead to peaceable and friendly co-operation at any given time must surely be consistent with the constitutional position of a state that affirms its devotion not only to the ideal of peace and friendly co-operation but to that ideal founded on international justice and

morality.

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
*Finlay C.J.*

122  
S.C.

The basis of the decision of this Court in *Crotty v. An Taoiseach* [1987] I.R. 713 was that the terms of the Single European Act could oblige the Government in carrying out the foreign policy of the State to make the national interests of the State, to a greater or lesser extent, subservient to the national interests of other member states. I have no doubt that there is a vast and determining difference between the provisions of this Agreement and the provisions of the Single European Act as interpreted by this Court in *Crotty v. An Taoiseach* [1987] I.R. 713.

3. *Disregard of the interests of the "majority" community in Northern Ireland*

The submission made on the appeal in regard to this matter was that the provisions of the Anglo-Irish Agreement contained in article 4, para. (c) and article 5, para. (c) which expressly recognised the conference as a framework within which the Irish Government might put forward views and proposals on bringing about devolution in Northern Ireland, in so far as they relate to the interests of the minority community, constituted a breach of Article 40, s. 1 of the Constitution. The Anglo-Irish Agreement is not "a law" within the meaning of that term contained in Article 40, s. 1 of the Constitution. A provision for the capacity of the Irish Government in regard to possible devolution in Northern Ireland to put forward views and proposals as to the modalities of bringing that about could not be the holding of any person equal or unequal before the "law".

In the alternative, the submission was made that the provisions of this subclause of the Agreement were inconsistent with Article 40, s. 3, sub-s. 1 of the Constitution. I am satisfied that they are not. The mere fact that there is an express acknowledgment in the event of discussions leading or intended to lead to devolution in Northern Ireland of the right of the Irish Government to bring forward views and proposals in so far as they relate to the interests of the minority community in Northern Ireland is in no way an abandonment of concern by the Irish Government for the majority community in Northern Ireland.

It does not seem to me that there are any grounds for suggesting that there has been an invidious or any discrimination between the two communities in Northern Ireland by virtue of the terms of the Anglo-Irish Agreement.

I am satisfied, therefore, that all the grounds of the appeal brought by the plaintiffs must fail. I come to that conclusion from an analysis of each of the submissions that have been made, both in the High Court and in this Court. I would also point out, however, that there is, looking at the Anglo-Irish Agreement in its totality and looking at the entire scheme and thrust of the Constitution of Ireland a high improbability that a clear attempt to resolve the position with regard to the re-integration of the national territory and the position of Northern Ireland by a process of consultation, discussion and reasoned argument structured by constant communication between servants of each of the two states concerned could ever be inconsistent with a Constitution devoted to the ideals of ordered, peaceful international relations. I would dismiss this appeal.

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
*Walsh J.; Griffin J.;  
Hederman J.; McCarthy J.*

123  
S.C.

**Walsh J.**

I agree.

**Griffin J.**

I agree.

**Hederman J.**

I agree.

**McCarthy J.**

*Locus standi*

The trial judge concluded that each of the plaintiffs was a citizen of Ireland. As citizens they are bound by the provisions of Article 9, s. 2 of the Constitution which prescribes that fidelity to the nation and loyalty to the State are fundamental political duties of all citizens. Such fidelity and loyalty do not prohibit or restrict disagreement with the content of the Constitution nor with the actions of government. There are few citizens who have made a public declaration to uphold the Constitution which contains the constitutional imperative in its preamble that the unity of our country be restored and Article 2 which defines the national territory as the whole island of Ireland, its islands and the territorial seas. The plaintiffs uphold the union of Northern Ireland with Britain, they reject Article 2 but claim that the Anglo-Irish Agreement is in conflict with it, is therefore invalid having regard to the provisions of the Constitution and thereby call it in aid to achieve their objective which is the maintenance of partition and of the union with Britain. They approbate and reprobate.

There is a distinction between an objective and the means of achieving it. One does not look to the objective of a particular legal submission; one looks to the submission itself. One does not determine *locus standi* by motive but rather by objective assessment of rights and the means of protecting them. In *Cahill v. Sutton* [1980] I.R. 269 the plaintiff who invoked constitutional protection was denied the right to do so because the type of protection invoked would not, on the facts, have done her any good. It would have done her a great deal of good if the result was to condemn the section of the statute which defeated her claim, but the argument of constitutional injustice did not apply to her situation. Here the argument advanced by the plaintiffs does apply to the facts of their case, as Irish and as British citizens living in Northern Ireland, and in such case, their motive is irrelevant. It is commonplace for litigants to invoke the law for the worst of motives; many pleas of statutory defence may have a most venal purpose but that does not affect the validity of any such defence. The plaintiffs appear to be contending that, being made Irish citizens by this State, disapproving of the constitutional claim in Article 2, being concerned as to the effect of the Anglo-Irish Agreement on them as residents of Northern Ireland, they are entitled to demand

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
**McCarthy J.**

**124**  
**S.C.**

of this State that, as the People make the rules, they must abide by them, whatever be the plaintiffs' motive or objective.

Does this right, however, extend to a challenge to the making of a treaty by the Government pursuant to Article 29? In *Kostan v. Ireland* [1978] I.L.R.M. 12 a foreign captain of a fishery vessel successfully challenged the constitutionality of certain provisions of the Fisheries (Consolidation) Act, 1959, under which he was prosecuted for unlawful fishing. In *Crotty v. An Taoiseach* [1987] I.R. 713 a successful challenge was made by an undoubted citizen against the ratification of part of the Single European Act. It seems unlikely that a non-citizen would have been allowed to maintain such proceedings. The

citizens of the United Kingdom in Britain have a very real interest in the Anglo-Irish Agreement; is each one of them to be heard to challenge its validity as being repugnant to the Constitution of Ireland? I think not. Might such a claim be sustained at the suit of a person living in Northern Ireland but born outside of Ireland? I think not. The plaintiffs' right to sue, if right there be, must depend upon citizenship. In *The State (Nicolaou) v. An Bord UchtA;la* [1966] I.R. 567 Teevan J., said at p. 600:â€”

"Circumstances may exist by reason of which it would be no more than impertinent for a non-citizen to attack the constitutionality of one of our statutes, or by reason of which it would otherwise be necessary or prudent to take the point."

In the Supreme Court, Walsh J., at p. 645 said:â€”

"This Court expressly reserves for another and more appropriate case consideration of the effect of non-citizenship upon the interpretation of the Articles in question and also the right of a non-citizen to challenge the validity of an Act of the Oireachtas having regard to the provisions of the Constitution."

In a case such as the present, in my judgment, a non-citizen does not have the *locus standi* to maintain a challenge of the kind propounded here against the constitutional validity of the Anglo-Irish Agreement. The issue of *locus standi* was raised in the defence and contested at the trial. The statement of claim does not allege that either plaintiff is a citizen of Ireland and neither plaintiff testified as to being a citizen or having made the prescribed declaration pursuant to s. 7, sub-s. 1 of the Irish Nationality and Citizenship Act, 1956. In my view, the plaintiffs were not shown to be Irish citizens although Barrington J., in his judgment, stated that both plaintiffs were born in Ireland and "are therefore in contemplation of Irish law citizens of Ireland." No appeal or notice to vary was brought in respect of this finding. Because of this and the importance of the issue raised, whilst I am not satisfied that the plaintiffs have *locus standi* to maintain this action, I think it right to determine the main issue in the case.

*The constitutional issue*

I have read the judgment delivered by the Chief Justice and I wholly agree with the conclusion that the plaintiffs have failed in their challenge to the Anglo-Irish

[1990]  
1 I.R.

**McGimpsey v. Ireland**  
*McCarthy J.*

125  
S.C.

Agreement. I would wish to state my firm opinion that, whatever the political background to the wording of Article 2 of the Constitution, it is an unequivocal claim as of legal right that the national territory consists of the whole island of Ireland, its islands and the territorial seas (see O'Keefe P. in *Boland v. An Taoiseach* [1974] I.R. 338 at p. 363).

I would dismiss the appeal.

Solicitors for the plaintiffs: *Brendan Walsh & Partners.*

Solicitor for the defendants: *Chief State Solicitor.*

Nuala Butler, B.L.

[1990] 1 I.R. 110

## LAGRAND CASE (GERMANY v. UNITED STATES OF AMERICA) (MERITS)

### Judgment of 27 June 2001

In its Judgment in the LaGrand Case (Germany v. United States of America), the Court:

- found by fourteen votes to one that, by not informing Karl and Walter LaGrand without delay following their arrest of their rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention on Consular Relations, and by thereby depriving Germany of the possibility, in a timely fashion, to render the assistance provided for by the Convention to the individuals concerned, the United States breached its obligations to Germany and to the LaGrand brothers under Article 36, paragraph 1, of the Convention;
- found by fourteen votes to one that, by not permitting the review and reconsideration, in the light of the rights set forth in the Convention, of the convictions and sentences of the LaGrand brothers after the violations referred to in paragraph (3) above had been established, the United States breached its obligation to Germany and to the LaGrand brothers under Article 36, paragraph 2, of the Convention;
- found by thirteen votes to two that, by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the International Court of Justice in the case, the United States breached the obligation incumbent upon it under the Order indicating provisional measures issued by the Court on 3 March 1999;
- took note unanimously of the commitment undertaken by the United States to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention; and finds that this commitment must be regarded as meeting Germany's request for a general assurance of non-repetition;

- found by fourteen votes to one that should nationals of Germany nonetheless be sentenced to severe penalties, without their rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention having been respected, the United States, by means of its own choosing, shall allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in that Convention.

The Court was composed as follows: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Oda, Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal; Registrar Couvreur.

\*  
\* \*

President Guillaume appended a declaration to the Judgment of the Court; Vice-President Shi appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judge Oda appended a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judges Koroma and Parra-Aranguren appended separate opinions to the Judgment of the Court; Judge Buergenthal appended a dissenting opinion to the Judgment of the Court.

\*  
\* \*

The full text of the operative paragraph of the Judgment reads as follows:

“128. For these reasons,

THE COURT,

(1) By fourteen votes to one,

*Finds* that it has jurisdiction, on the basis of Article I of the Optional Protocol concerning the Compulsory

---

Continued on next page



Settlement of Disputes to the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963, to entertain the Application filed by the Federal Republic of Germany on 2 March 1999:

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Oda, Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judge Parra-Aranguren;

(2) (a) By thirteen votes to two,

*Finds* that the first submission of the Federal Republic of Germany is admissible;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judges Oda, Parra-Aranguren;

(b) By fourteen votes to one,

*Finds* that the second submission of the Federal Republic of Germany is admissible;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judge Oda;

(c) By twelve votes to three,

*Finds* that the third submission of the Federal Republic of Germany is admissible;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh;

AGAINST: Judges Oda, Parra-Aranguren, Buergenthal;

(d) By fourteen votes to one,

*Finds* that the fourth submission of the Federal Republic of Germany is admissible;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judge Oda;

(3) By fourteen votes to one,

*Finds* that, by not informing Karl and Walter LaGrand without delay following their arrest of their rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention, and by thereby depriving the Federal Republic of Germany of the possibility, in a timely fashion, to render the assistance provided for by the Convention to the individuals concerned, the United States of America breached its obligations to the Federal Republic of Germany and to the LaGrand brothers under Article 36, paragraph 1;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer,

Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judge Oda;

(4) By fourteen votes to one,

*Finds* that, by not permitting the review and reconsideration, in the light of the rights set forth in the Convention, of the convictions and sentences of the LaGrand brothers after the violations referred to in paragraph (3) above had been established, the United States of America breached its obligation to the Federal Republic of Germany and to the LaGrand brothers under Article 36, paragraph 2, of the Convention;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judge Oda;

(5) By thirteen votes to two,

*Finds* that, by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the International Court of Justice in the case, the United States of America breached the obligation incumbent upon it under the Order indicating provisional measures issued by the Court on 3 March 1999;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judges Oda, Parra-Aranguren;

(6) Unanimously,

*Takes note* of the commitment undertaken by the United States of America to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention; and *finds* that this commitment must be regarded as meeting the Federal Republic of Germany's request for a general assurance of non-repetition;

(7) By fourteen votes to one,

*Finds* that should nationals of the Federal Republic of Germany nonetheless be sentenced to severe penalties, without their rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention having been respected, the United States of America, by means of its own choosing, shall allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in that Convention;

IN FAVOUR: President Guillaume; Vice-President Shi; Judges Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal;

AGAINST: Judge Oda.”

\*

\* \*

*History of the proceedings and submissions of the Parties*  
(paras. 1-12)

The Court recalls that on 2 March 1999 Germany filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the United States of America for “violations of the Vienna Convention on Consular Relations [of 24 April 1963] (hereinafter referred to as the “Vienna Convention”); and that, in its Application, Germany based the jurisdiction of the Court on Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court and on Article I of the Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes, which accompanies the Vienna Convention (hereinafter referred to as the “Optional Protocol”). It further recalls that on the same day the German Government also filed a request for the indication of provisional measures, and that, by an Order of 3 March 1999, the Court indicated certain provisional measures. After pleadings and certain documents had been duly filed, public hearings were held from 13 to 17 November 2000.

At the oral proceedings, the following final submissions were presented by the Parties:

*On behalf of the Government of Germany,*

“The Federal Republic of Germany respectfully requests the Court to adjudge and declare

(1) that the United States, by not informing Karl and Walter LaGrand without delay following their arrest of their rights under Article 36, subparagraph 1 (b), of the Vienna Convention on Consular Relations, and by depriving Germany of the possibility of rendering consular assistance, which ultimately resulted in the execution of Karl and Walter LaGrand, violated its international legal obligations to Germany, in its own right and in its right of diplomatic protection of its nationals, under Articles 5 and 36, paragraph 1, of the said Convention;

(2) that the United States, by applying rules of its domestic law, in particular the doctrine of procedural default, which barred Karl and Walter LaGrand from raising their claims under the Vienna Convention on Consular Relations, and by ultimately executing them, violated its international legal obligation to Germany under Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention to give full effect to the purposes for which the rights accorded under Article 36 of the said Convention are intended;

(3) that the United States, by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the International Court of Justice on the matter, violated its international legal obligation to comply with the Order on Provisional Measures issued by the Court on 3 March 1999, and to refrain from any action which might interfere with the subject matter of a dispute while judicial proceedings are pending;

and, pursuant to the foregoing international legal obligations,

(4) that the United States shall provide Germany an assurance that it will not repeat its unlawful acts and that, in any future cases of detention of or criminal proceedings against German nationals, the United States will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations. In particular in cases involving the death penalty, this requires the United States to provide effective review of and remedies for criminal convictions impaired by a violation of the rights under Article 36.”

*On behalf of the Government of the United States,*

“The United States of America respectfully requests the Court to adjudge and declare that:

(1) There was a breach of the United States obligation to Germany under Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention on Consular Relations, in that the competent authorities of the United States did not promptly give to Karl and Walter LaGrand the notification required by that Article, and that the United States has apologized to Germany for this breach, and is taking substantial measures aimed at preventing any recurrence; and

(2) All other claims and submissions of the Federal Republic of Germany are dismissed.”

*History of the dispute*  
(paras. 13-34)

In its Judgment, the Court begins by outlining the history of the dispute. It recalls that the brothers Karl and Walter LaGrand — German nationals who had been permanently residing in the United States since childhood—were arrested in 1982 in Arizona for their involvement in an attempted bank robbery, in the course of which the bank manager was murdered and another bank employee seriously injured. In 1984, an Arizona court convicted both of murder in the first degree and other crimes, and sentenced them to death. The LaGrands being German nationals, the Vienna Convention on Consular Relations required the competent authorities of the United States to inform them without delay of their right to communicate with the consulate of Germany. The United States acknowledged that this did not occur. In fact, the consulate was only made aware of the case in 1992 by the LaGrands themselves, who had learnt of their rights from other sources. By that stage, the LaGrands were precluded because of the doctrine of “procedural default” in United States law from challenging their convictions and sentences by claiming that their rights under the Vienna Convention had been violated.

Karl LaGrand was executed on 24 February 1999. On 2 March 1999, the day before the scheduled date of execution of Walter LaGrand, Germany brought the case to the International Court of Justice. On 3 March 1999, the Court made an Order indicating provisional measures (a kind of interim injunction), stating inter alia that the United States should take all measures at its disposal to ensure that Walter

LaGrand was not executed pending a final decision of the Court. On that same day, Walter LaGrand was executed.

*Jurisdiction of the Court*  
(paras. 36-48)

The Court observes that the United States, without having raised preliminary objections under Article 79 of the Rules of Court, nevertheless presented certain objections to the jurisdiction of the Court. Germany based the jurisdiction of the Court on Article I of the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations concerning the Compulsory Settlement of Disputes of 24 April 1963, which reads as follows:

“Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol.”

*With regard to Germany's first submission*  
(paras. 37-42)

The Court first examines the question of its jurisdiction with respect to the first submission of Germany. Germany relies on paragraph 1 of Article 36 of the Vienna Convention, which provides:

“With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

(a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;

(b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;

(c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.”

Germany alleges that the failure of the United States to inform the LaGrand brothers of their right to contact the

German authorities “prevented Germany from exercising its rights under Art. 36 (1) (a) and (c) of the Convention” and violated “the various rights conferred upon the sending State vis-à-vis its nationals in prison, custody or detention as provided for in Art. 36 (1) (b) of the Convention”. Germany further alleges that by breaching its obligations to inform, the United States also violated individual rights conferred on the detainees by Article 36, paragraph 1 (a), second sentence, and by Article 36, paragraph 1 (b). Germany accordingly claims that it “was injured in the person of its two nationals”, a claim which Germany raises “as a matter of diplomatic protection on behalf of Walter and Karl LaGrand”. The United States acknowledges that violation of Article 36, paragraph 1 (b), has given rise to a dispute between the two States and recognizes that the Court has jurisdiction under the Optional Protocol to hear this dispute insofar as it concerns Germany’s own rights. Concerning Germany’s claims of violation of Article 36, paragraph 1 (a) and (c), the United States however calls these claims “particularly misplaced” on the grounds that the “underlying conduct complained of is the same” as the claim of the violation of Article 36, paragraph 1 (b). It contends, moreover, that “to the extent that this claim by Germany is based on the general law of diplomatic protection, it is not within the Court’s jurisdiction” under the Optional Protocol because it “does not concern the interpretation or application of the Vienna Convention”.

The Court does not accept the United States objections. The dispute between the Parties as to whether Article 36, paragraph 1 (a) and (c), of the Vienna Convention have been violated in this case in consequence of the breach of paragraph 1 (b) does relate to the interpretation and application of the Convention. This is also true of the dispute as to whether paragraph 1 (b) creates individual rights and whether Germany has standing to assert those rights on behalf of its nationals. These are consequently disputes within the meaning of Article I of the Optional Protocol. Moreover, the Court cannot accept the contention of the United States that Germany’s claim based on the individual rights of the LaGrand brothers is beyond the Court’s jurisdiction because diplomatic protection is a concept of customary international law. This fact does not prevent a State party to a treaty, which creates individual rights, from taking up the case of one of its nationals and instituting international judicial proceedings on behalf of that national, on the basis of a general jurisdictional clause in such a treaty. Therefore the Court concludes that it has jurisdiction with respect to the whole of Germany’s first submission.

*With regard to Germany's second and third submissions*  
(paras. 43-45)

Although the United States does not challenge the Court’s jurisdiction in regard to Germany’s second and third submissions, the Court observes that the third submission of Germany concerns issues that arise directly out of the dispute between the Parties before the Court over which the Court has already held that it has jurisdiction, and which are

thus covered by Article I of the Optional Protocol. The Court reaffirms, in this connection, what it said in its Judgment in the *Fisheries Jurisdiction* case, where it declared that in order to consider the dispute in all its aspects, it may also deal with a submission that “is one based on facts subsequent to the filing of the Application, but arising directly out of the question which is the subject matter of that Application. As such it falls within the scope of the Court’s jurisdiction ...” (*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 203, para. 72). Where the Court has jurisdiction to decide a case, it also has jurisdiction to deal with submissions requesting it to determine that an order indicating measures which seeks to preserve the rights of the Parties to this dispute has not been complied with.

*With regard to Germany’s fourth submission*  
(paras. 46-48)

The United States objects to the jurisdiction of the Court over the fourth submission insofar as it concerns a request for assurances and guarantees of non-repetition. It contends that Germany’s fourth submission “goes beyond any remedy that the Court can or should grant, and should be rejected. The Court’s power to decide cases ... does not extend to the power to order a State to provide any ‘guarantee’ intended to confer additional legal rights on the Applicant State ... The United States does not believe that it can be the role of the Court ... to impose any obligations that are additional to or that differ in character from those to which the United States consented when it ratified the Vienna Convention”. The Court considers that a dispute regarding the appropriate remedies for the violation of the Convention alleged by Germany is a dispute that arises out of the interpretation or application of the Convention and thus is within the Court’s jurisdiction. Where jurisdiction exists over a dispute on a particular matter, no separate basis for jurisdiction is required by the Court to consider the remedies a party has requested for the breach of the obligation (*Factory at Chorzów, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 22). Consequently, the Court has jurisdiction in the present case with respect to the fourth submission of Germany.

*Admissibility of Germany’s submissions*  
(paras. 49-63)

The United States objects to the admissibility of Germany’s submissions on various grounds. First, the United States argues that Germany’s second, third and fourth submissions are inadmissible because Germany seeks to have the Court “play the role of ultimate court of appeal in national criminal proceedings”, a role which it is not empowered to perform. The United States maintains that many of Germany’s arguments, in particular those regarding the rule of “procedural default”, ask the Court “to address and correct ... asserted violations of U.S. law and errors of judgment by U.S. judges” in criminal proceedings in national courts.

The Court does not agree with this argument. It observes that, in the second submission, Germany asks the Court to interpret the scope of Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention; the third submission seeks a finding that the United States violated an Order issued by this Court pursuant to Article 41 of its Statute; and in Germany’s fourth submission, the Court is asked to determine the applicable remedies for the alleged violations of the Convention. Although Germany deals extensively with the practice of American courts as it bears on the application of the Convention, all three submissions seek to require the Court to do no more than apply the relevant rules of international law to the issues in dispute between the Parties to this case. The exercise of this function, expressly mandated by Article 38 of its Statute, does not convert the Court into a court of appeal of national criminal proceedings.

The United States also argues that Germany’s third submission is inadmissible because of the manner in which these proceedings were brought before the Court by Germany. It notes that German consular officials became aware of the LaGrands’ case in 1992, but that the issue of the absence of consular notification was not raised by Germany until 22 February 1999, two days before the date scheduled for Karl LaGrand’s execution. Germany then filed the Application instituting these proceedings, together with a request for provisional measures, after normal business hours in the Registry in the evening of 2 March 1999, some 27 hours before the execution of Walter LaGrand. Germany acknowledges that delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible, but maintains that international law does not lay down any specific time limit in that regard. It contends that it was only seven days before it filed its Application that it became aware of all the relevant facts underlying its claim, in particular, the fact that the authorities of Arizona knew of the German nationality of the LaGrands since 1982.

The Court recognizes that Germany may be criticized for the manner in which these proceedings were filed and for their timing. The Court recalls, however, that notwithstanding its awareness of the consequences of Germany’s filing at such a late date, it nevertheless considered it appropriate to enter the Order of 3 March 1999, given that an irreparable prejudice appeared to be imminent. In view of these considerations, the Court considers that Germany is now entitled to challenge the alleged failure of the United States to comply with the Order. Accordingly, the Court finds that Germany’s third submission is admissible.

The United States argues further that Germany’s first submission, as far as it concerns its right to exercise diplomatic protection with respect to its nationals, is inadmissible on the ground that the LaGrands did not exhaust local remedies. The United States maintains that the alleged breach concerned the duty to inform the LaGrands of their right to consular access, and that such a breach could have been remedied at the trial stage, provided it was raised in a timely fashion.

The Court notes that it is not disputed that the LaGrands sought to plead the Vienna Convention in United States courts after they learned in 1992 of their rights under the Convention; it is also not disputed that by that date the procedural default rule barred the LaGrands from obtaining any remedy in respect of the violation of those rights. Counsel assigned to the LaGrands failed to raise this point earlier in a timely fashion. However, the Court finds that the United States may not now rely on this fact in order to preclude the admissibility of Germany's first submission, as it was the United States itself which had failed to carry out its obligation under the Convention to inform the LaGrand brothers.

The United States also contends that Germany's submissions are inadmissible on the ground that Germany seeks to have a standard applied to the United States that is different from its own practice.

The Court considers that it does not need to decide whether this argument of the United States, if true, would result in the inadmissibility of Germany's submissions. It finds that the evidence adduced by the United States does not justify the conclusion that Germany's own practice fails to conform to the standards it demands from the United States in this litigation. The cases referred to entailed relatively light criminal penalties and are not evidence as to German practice where an arrested person, who has not been informed without delay of his or her rights, is facing a severe penalty as in the present case. The Court considers that the remedies for a violation of Article 36 of the Vienna Convention are not necessarily identical in all situations. While an apology may be an appropriate remedy in some cases, it may in others be insufficient. The Court accordingly finds that this claim of inadmissibility must be rejected.

#### *Merits of Germany's submissions* (paras. 64-127)

Having determined that it has jurisdiction, and that the submissions of Germany are admissible, the Court then turns to the merits of each of these four submissions.

#### *Germany's first submission* (paras. 65-78)

The Court begins by quoting Germany's first submission and observes that the United States acknowledges, and does not contest Germany's basic claim, that there was a breach of its obligation under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention "promptly to inform the LaGrand brothers that they could ask that a German consular post be notified of their arrest and detention".

Germany also claims that the violation by the United States of Article 36, paragraph 1 (b), led to consequential violations of Article 36, paragraph 1 (a) and (c). It points out that, when the obligation to inform the arrested person without delay of his or her right to contact the consulate is disregarded, "the other rights contained in Article 36, paragraph 1, become in practice irrelevant, indeed

meaningless". The United States argues that the underlying conduct complained of by Germany is one and the same, namely, the failure to inform the LaGrand brothers as required by Article 36, paragraph 1 (b). Therefore, it disputes any other basis for Germany's claims that other provisions, such as subparagraphs (a) and (c) of Article 36, paragraph 1, of the Convention, were also violated. The United States asserts that Germany's claims regarding Article 36, paragraph 1 (a) and (c), are "particularly misplaced" in that the LaGrands were able to and did communicate freely with consular officials after 1992. In response, Germany asserts that it is "commonplace that one and the same conduct may result in several violations of distinct obligations". Germany further contends that there is a causal relationship between the breach of Article 36 and the ultimate execution of the LaGrand brothers. It is claimed that, had Germany been properly afforded its rights under the Vienna Convention, it would have been able to intervene in time and present a "persuasive mitigation case" which "likely would have saved" the lives of the brothers.

Moreover, Germany argues that, due to the doctrine of procedural default and the high post-conviction threshold for proving ineffective counsel under United States law, Germany's intervention at a stage later than the trial phase could not "remedy the extreme prejudice created by the counsel appointed to represent the LaGrands". According to the United States, these German arguments "rest on speculation" and do not withstand analysis.

The Court observes that the violation of paragraph 1 (b) of Article 36 will not necessarily always result in the breach of the other provisions of this Article, but that the circumstances of this case compel the opposite conclusion, for the reasons indicated below. Article 36, paragraph 1, the Court notes, establishes an interrelated regime designed to facilitate the implementation of the system of consular protection. It begins with the basic principle governing consular protection: the right of communication and access (Art. 36, para. 1 (a)). This clause is followed by the provision which spells out the modalities of consular notification (Art. 36, para. 1 (b)). Finally Article 36, paragraph 1 (c), sets out the measures consular officers may take in rendering consular assistance to their nationals in the custody of the receiving State. It follows that when the sending State is unaware of the detention of its nationals due to the failure of the receiving State to provide the requisite consular notification without delay, which was true in the present case during the period between 1982 and 1992, the sending State has been prevented for all practical purposes from exercising its rights under Article 36, paragraph 1.

Germany further contends that "the breach of Article 36 by the United States did not only infringe upon the rights of Germany as a State party to the [Vienna] Convention but also entailed a violation of the individual rights of the LaGrand brothers". Invoking its right of diplomatic protection, Germany also seeks relief against the United States on this ground. The United States questions what this additional claim of diplomatic protection contributes to the case and argues that there are no parallels between the

present case and cases of diplomatic protection involving the espousal by a State of economic claims of its nationals. The United States contends, furthermore, that rights of consular notification and access under the Vienna Convention are rights of States, and not of individuals, even though these rights may benefit individuals by permitting States to offer them consular assistance. It maintains that the treatment due to individuals under the Convention is inextricably linked to and derived from the right of the State, acting through its consular officer, to communicate with its nationals, and does not constitute a fundamental right or a human right.

On the basis of the text of the provisions of Article 36, paragraph 1, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article I of the Optional Protocol, may be invoked in the Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case.

#### *Germany's second submission* (paras. 79-91)

The Court then quotes the second of Germany's submissions.

Germany argues that, under Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention "the United States is under an obligation to ensure that its municipal 'laws and regulations ... enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended' [and that it] is in breach of this obligation by upholding rules of domestic law which make it impossible to successfully raise a violation of the right to consular notification in proceedings subsequent to a conviction of a defendant by a jury". Germany emphasizes that it is not the "procedural default" rule as such that is at issue in the present proceedings, but the manner in which it was applied in that it "deprived the brothers of the possibility to raise the violations of their right to consular notification in U.S. criminal proceedings". In the view of the United States: "[t]he Vienna Convention does not require States Party to create a national law remedy permitting individuals to assert claims involving the Convention in criminal proceedings"; and "[i]f there is no obligation under the Convention to create such individual remedies in criminal proceedings, the rule of procedural default — requiring that claims seeking such remedies be asserted at an appropriately early stage — cannot violate the Convention".

The Court quotes Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention which reads as follows: "The rights referred to in paragraph 1 of this article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded to under this article are intended." It finds that it cannot accept the argument of the United States which proceeds, in part, on the assumption that paragraph 2 of Article 36 applies only to the rights of the sending State and not also to those of the detained individual. The Court determines that Article 36,

paragraph 1, creates individual rights for the detained person in addition to the rights accorded to the sending State, and consequently the reference to "rights" in paragraph 2 must be read as applying not only to the rights of the sending State, but also to the rights of the detained individual. The Court emphasizes that, in itself, the "procedural default" rule does not violate Article 36 of the Vienna Convention. The problem arises when the procedural default rule does not allow the detained individual to challenge a conviction and sentence by claiming, in reliance on Article 36, paragraph 1, of the Convention, that the competent national authorities failed to comply with their obligation to provide the requisite consular information "without delay", thus preventing the person from seeking and obtaining consular assistance from the sending State. The Court finds that under the circumstances of the present case the procedural default rule had the effect of preventing "full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended", and thus violated paragraph 2 of Article 36.

#### *Germany's third submission* (paras. 92-116)

The Court then quotes the third of Germany's submissions, and observes that, in its Memorial, Germany contended that "[p]rovisional [m]easures indicated by the International Court of Justice [were] binding by virtue of the law of the United Nations Charter and the Statute of the Court". It observes that in support of its position, Germany developed a number of arguments in which it referred to the "principle of effectiveness", to the "procedural prerequisites" for the adoption of provisional measures, to the binding nature of provisional measures as a "necessary consequence of the bindingness of the final decision", to "Article 94 (1), of the United Nations Charter", to "Article 41 (1), of the Statute of the Court" and to the "practice of the Court". The United States argues that it "did what was called for by the Court's 3 March Order, given the extraordinary and unprecedented circumstances in which it was forced to act". It further states that "[t]wo central factors constrained the United States ability to act. The first was the extraordinarily short time between issuance of the Court's Order and the time set for the execution of Walter LaGrand ... The second constraining factor was the character of the United States of America as a federal republic of divided powers." The United States also alleges that the "terms of the Court's 3 March Order did not create legal obligations binding on [it]". It argues in this respect that "[t]he language used by the Court in the key portions of its Order is not the language used to create binding legal obligations" and that "the Court does not need here to decide the difficult and controversial legal question of whether its orders indicating provisional measures would be capable of creating international legal obligations if worded in mandatory ... terms". It nevertheless maintains that those orders cannot have such effects and, in support of that view, develops arguments concerning "the language and history of Article 41 (1) of the Court's Statute and Article 94 of the

Charter of the United Nations”, the “Court’s and State practice under these provisions”, and the “weight of publicists’ commentary”. Lastly, the United States states that in any case, “[b]ecause of the press of time stemming from Germany’s last-minute filing of the case, basic principles fundamental to the judicial process were not observed in connection with the Court’s 3 March Order” and that “[t]hus, whatever one might conclude regarding a general rule for provisional measures, it would be anomalous — to say the least — for the Court to construe this Order as a source of binding legal obligations”.

The Court observes that the dispute which exists between the Parties with regard to this point essentially concerns the interpretation of Article 41, which has been the subject of extensive controversy in the literature. It therefore proceeds to the interpretation of that Article. It does so in accordance with customary international law, reflected in Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. According to paragraph 1 of Article 31, a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of the treaty’s object and purpose.

The French text of Article 41 reads as follows:

“1. La Cour a le pouvoir *d’indiquer*, si elle estime que les circonstances l’exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun *doivent* être prises à titre provisoire.

2. En attendant l’arrêt définitif, *l’indication* de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité.” (Emphasis added.)

The Court notes that in this text, the terms “indiquer” and “l’indication” may be deemed to be neutral as to the mandatory character of the measure concerned; by contrast the words “doivent être prises” have an imperative character.

For its part, the English version of Article 41 reads as follows:

“1. The Court shall have the power to *indicate*, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which *ought* to be taken to preserve the respective rights of either party.

2. Pending the final decision, notice of the measures *suggested* shall forthwith be given to the parties and to the Security Council.” (Emphasis added.)

According to the United States, the use in the English version of “indicate” instead of “order”, of “ought” instead of “must” or “shall”, and of “suggested” instead of “ordered”, is to be understood as implying that decisions under Article 41 lack mandatory effect. It might however be argued, having regard to the fact that in 1920 the French text was the original version, that such terms as “indicate” and “ought” have a meaning equivalent to “order” and “must” or “shall”.

Finding itself faced with two texts which are not in total harmony, the Court first of all notes that according to Article 92 of the Charter, the Statute “forms an integral part of the present Charter”. Under Article 111 of the Charter,

the French and English texts of the latter are “equally authentic”. The same is equally true of the Statute.

In cases of divergence between the equally authentic versions of the Statute, neither it nor the Charter indicates how to proceed. In the absence of agreement between the parties in this respect, it is appropriate to refer to paragraph 4 of Article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which in the view of the Court again reflects customary international law. This provision reads “when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of Articles 31 and 32 does not remove the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted”. The Court therefore goes on to consider the object and purpose of the Statute together with the context of Article 41.

The object and purpose of the Statute is to enable the Court to fulfil the functions provided for therein, and in particular, the basic function of judicial settlement of international disputes by binding decisions in accordance with Article 59 of the Statute. It follows from that object and purpose, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article. A related reason which points to the binding character of orders made under Article 41 and to which the Court attaches importance, is the existence of a principle which has already been recognized by the Permanent Court of International Justice when it spoke of “the principle universally accepted by international tribunals and likewise laid down in many conventions ... to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given, and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute” (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Order of 5 December 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 79, p. 199*). The Court does not consider it necessary to resort to the preparatory work of the Statute which, as it nevertheless points out, does not preclude the conclusion that orders under Article 41 have binding force.

The Court finally considers whether Article 94 of the United Nations Charter precludes attributing binding effect to orders indicating provisional measures. That Article reads as follows:

“1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party.

2. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems

necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.”

The Court notes that the question arises as to the meaning to be attributed to the words “the decision of the International Court of Justice” in paragraph 1 of this Article; it observes that this wording could be understood as referring not merely to the Court’s judgments but to any decision rendered by it, thus including orders indicating provisional measures. It could also be interpreted to mean only judgments rendered by the Court as provided in paragraph 2 of Article 94. In this regard, the fact that in Articles 56 to 60 of the Court’s Statute, both the word “decision” and the word “judgment” are used does little to clarify the matter. Under the first interpretation of paragraph 1 of Article 94, the text of the paragraph would confirm the binding nature of provisional measures; whereas the second interpretation would in no way preclude their being accorded binding force under Article 41 of the Statute. The Court accordingly concludes that Article 94 of the Charter does not prevent orders made under Article 41 from having a binding character. In short, it is clear that none of the sources of interpretation referred to in the relevant Articles of the Vienna Convention on the Law of Treaties, including the preparatory work, contradict the conclusions drawn from the terms of Article 41 read in their context and in the light of the object and purpose of the Statute. Thus, the Court reaches the conclusion that orders on provisional measures under Article 41 have binding effect.

The Court then considers the question whether the United States has complied with the obligation incumbent upon it as a result of the Order of 3 March 1999.

After reviewing the steps taken by the authorities of the United States (the State Department, the United States Solicitor General, the Governor of Arizona, and the United States Supreme Court) with regard to the Order of 3 March 1999, the Court concludes that the various competent United States authorities failed to take all the steps they could have taken to give effect to the Order.

The Court observes finally that in the third submission Germany requests the Court to adjudge and declare only that the United States violated its international legal obligation to comply with the Order of 3 March 1999; it contains no other request regarding that violation. Moreover, the Court points out that the United States was under great time pressure in this case, due to the circumstances in which Germany had instituted the proceedings. The Court notes moreover that at the time when the United States authorities took their decision the question of the binding character of orders indicating provisional measures had been extensively discussed in the literature, but had not been settled by its jurisprudence. The Court would have taken these factors into consideration had Germany’s submission included a claim for indemnification.

#### *Germany’s fourth submission* (paras. 117-127)

Finally, the Court considers the fourth of Germany’s submissions and observes that Germany points out that its

fourth submission has been so worded “as to ... leave the choice of means by which to implement the remedy [it seeks] to the United States”.

In reply, the United States argues as follows: “Germany’s fourth submission is clearly of a wholly different nature than its first three submissions. Each of the first three submissions seeks a judgment and declaration by the Court that a violation of a stated international legal obligation has occurred. Such judgments are at the core of the Court’s function, as an aspect of reparation. In contrast, however, to the character of the relief sought in the first three submissions, the requirement of assurances of non-repetition sought in the fourth submission has no precedent in the jurisprudence of this Court and would exceed the Court’s jurisdiction and authority in this case. It is exceptional even as a non-legal undertaking in State practice, and it would be entirely inappropriate for the Court to require such assurances with respect to the duty to inform undertaken in the Consular Convention in the circumstances of this case.” It points out that “U.S. authorities are working energetically to strengthen the regime of consular notification at the state and local level throughout the United States, in order to reduce the chances of cases such as this recurring”. The United States further observes that: “[e]ven if this Court were to agree that, as a result of the application of procedural default with respect to the claims of the LaGrands, the United States committed a second internationally wrongful act, it should limit that judgment to the application of that law in the particular case of the LaGrands. It should resist the invitation to require an absolute assurance as to the application of US domestic law in all such future cases. The imposition of such an additional obligation on the United States would ... be unprecedented in international jurisprudence and would exceed the Court’s authority and jurisdiction.”

The Court observes that in its fourth submission Germany seeks several assurances. First it seeks a straightforward assurance that the United States will not repeat its unlawful acts. This request does not specify the means by which non-repetition is to be assured. Additionally, Germany seeks from the United States that “in any future cases of detention of or criminal proceedings against German nationals, the United States will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations”. The Court notes that this request goes further, for, by referring to the law of the United States, it appears to require specific measures as a means of preventing recurrence. Germany finally requests that “[i]n particular in cases involving the death penalty, this requires the United States to provide effective review of and remedies for criminal convictions impaired by a violation of the rights under Article 36”. The Court observes that this request goes even further, since it is directed entirely towards securing specific measures in cases involving the death penalty.

In relation to the general demand for an assurance of non-repetition, the Court observes that it has been informed by the United States of the “substantial measures [which it



is taking] aimed at preventing any recurrence” of the breach of Article 36, paragraph 1 (b).

The Court notes that the United States has acknowledged that, in the case of the LaGrand brothers, it did not comply with its obligations to give consular notification. The United States has presented an apology to Germany for this breach. The Court considers however that an apology is not sufficient in this case, as it would not be in other cases where foreign nationals have not been advised without delay of their rights under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention and have been subjected to prolonged detention or sentenced to severe penalties. In this respect, the Court has taken note of the fact that the United States repeated in all phases of these proceedings that it is carrying out a vast and detailed programme in order to ensure compliance by its competent authorities at the federal as well as at the state and local levels with its obligation under Article 36 of the Vienna Convention. The United States has provided the Court with information, which it considers important, on its programme. If a State, in proceedings before this Court, repeatedly refers as did the United States to substantial activities which it is carrying out in order to achieve compliance with certain obligations under a treaty, then this expresses a commitment to follow through with the efforts in this regard. The programme in question certainly cannot provide an assurance that there will never again be a failure by the United States to observe the obligation of notification under Article 36 of the Vienna Convention. But no State could give such a guarantee and Germany does not seek it. The Court considers that the commitment expressed by the United States to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b), must be regarded as meeting Germany’s request for a general assurance of non-repetition.

The Court then examines the other assurances sought by Germany in its fourth submission. The Court observes in this regard that it can determine the existence of a violation of an international obligation. If necessary, it can also hold that a domestic law has been the cause of this violation. In the present case the Court has made its findings of violations of the obligations under Article 36 of the Vienna Convention when it dealt with the first and the second submission of Germany. But it has not found that a United States law, whether substantive or procedural in character, is inherently inconsistent with the obligations undertaken by the United States in the Vienna Convention. In the present case the violation of Article 36, paragraph 2, was caused by the circumstances in which the procedural default rule was applied, and not by the rule as such. However, the Court considers in this respect that if the United States, notwithstanding its commitment referred to above, should fail in its obligation of consular notification to the detriment of German nationals, an apology would not suffice in cases where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties. In the case of such a conviction and sentence, it would be incumbent upon the United States to allow the review and reconsideration of the conviction and sentence

by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention. This obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States.

#### *Declaration of President Guillaume*

In a short declaration, the President recalls that subparagraph (7) of the operative part of the Judgment responds to certain submissions by Germany and hence rules only on the obligations of the United States in cases of severe penalties imposed upon German nationals. Thus, subparagraph (7) does not address the position of nationals of other countries or that of individuals sentenced to penalties that are not of a severe nature. However, in order to avoid any ambiguity, it should be made clear that there can be no question of applying an *a contrario* interpretation to this paragraph.

#### *Separate opinion of Vice-President Shi*

Vice-President Shi states that he voted with reluctance in favour of paragraphs (3) and (4) of the operative part of the Judgment (dealing with the merits of Germany’s first and second submissions respectively), as he believes that the Court’s findings in these two paragraphs were based on a debatable interpretation of Article 36 of the Vienna Convention. While he agrees with the Court that the United States violated its obligations to Germany under Article 36, paragraph 1, of the Convention, he has doubts as to the Court’s finding in these paragraphs that the United States also violated its obligations to the LaGrand brothers.

The Court’s conclusion that Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention creates individual rights relies on the rule that if the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is the end of the matter and there is no need to resort to other methods of interpretation. However, the Court has previously stated that this rule is not an absolute one, and that where such a method of interpretation results in a meaning incompatible with the spirit, purpose and context of the clause or instrument in which the words are contained, no reliance can be validly placed on it. One author has also stated that “It is not clarity in the abstract which is to be ascertained, but clarity in relation to particular circumstances and there are few treaty provisions for which circumstances cannot be envisaged in which their clarity could be put in question”.

The Vice-President questions whether it is proper for the Court to place so much emphasis on the purported clarity of language of Article 36, paragraph 1 (b). He considers the effect of wording in the title to the Vienna Convention, and in the Preamble, the *chapeau* to Article 36, and Article 5. He then refers in some detail to the *travaux préparatoires* relating to Article 36 of the Convention, and finds that it is not possible to conclude from the negotiating history that Article 36, paragraph 1 (b), was intended by the negotiators to create individual rights. He considers that if one keeps in mind that the general tone and thrust of the debate of the entire Conference concentrated on the consular functions

and their practicability, the better view would be that no creation of any individual rights independent of rights of States was envisaged by the Conference.

The Vice-President adds that the final operative paragraph of the Judgment is of particular significance in a case where a sentence of death is imposed, which is a punishment of a severe and irreversible nature. He states that every possible measure should therefore be taken to prevent injustice or an error in conviction or sentencing, and that out of this consideration, he voted in favour of this paragraph.

#### *Dissenting opinion of Judge Oda*

Judge Oda voted against all but two of the subparagraphs of the operative part of the Court's Judgment in this case, as he objects to the case as a whole. He thinks that the Court is making an ultimate error on top of an accumulation of earlier errors: first by Germany, as Applicant; second by the United States, as Respondent; and third by the Court itself.

Judge Oda states that Germany, in its Application instituting proceedings, based its claims on alleged violations by the United States of the Vienna Convention on Consular Relations. In his opinion, that approach is different from the one later adopted by Germany, based on claims of a *dispute* between it and the United States arising out of the interpretation or application of the said Convention, over which claims the Court would have jurisdiction under the Optional Protocol accompanying the Convention. He thinks that this is, in fact, a case of unilateral application made in reliance upon subsequent consent to the Court's jurisdiction by the respondent State.

Judge Oda submits that at no time in the almost two decades between the arrest and conviction of the LaGrand brothers and the submission of an Application to this Court did Germany or the United States consider there to be a dispute in existence between them concerning the interpretation or application of the Vienna Convention. Judge Oda finds it surprising that, after such a lengthy period of time, Germany would file its Application unilaterally, as it did. As a consequence, it was only after Germany instituted the proceedings that the United States learned that a dispute existed between the two countries. Judge Oda expresses the fear that the Court's acceptance of the Application in this case will in future lead States that have accepted the compulsory jurisdiction of the Court, either under the Court's Statute or the optional protocols attached to multilateral treaties, to withdraw their acceptance.

Judge Oda further states that the United States erred by failing to respond appropriately to Germany's Application. In his view the United States prior to the submission of its Counter-Memorial should have lodged objections to the Court's jurisdiction in the present case on grounds akin to those expressed above.

Judge Oda also notes that the Court erred in acceding to Germany's request for provisional measures, submitted on 2

March 1999 together with the Application instituting proceedings. Notwithstanding the delicate position the Court was in (as Walter LaGrand's execution in the United States was imminent), the Court should have adhered to the principle that provisional measures are ordered to preserve rights of States, and not *individuals*, exposed to an imminent breach which is irreparable. The Court thus erred in granting the Order indicating provisional measures.

Having identified the accumulated errors and their impact on the present case, Judge Oda then mentions five issues that inform his view of the case and notes the errors in the Court's Judgment. *First*, he observes that the United States has already admitted its violation of the Vienna Convention's requirement of prompt consular notification. *Second*, he sees no link between this admitted violation of the Convention and the imposition of the death penalty in the case of the LaGrands. *Third*, he considers that the non-compliance, if any, with the Order of 3 March 1999 bears no relation to the alleged violation of the Convention. *Fourth*, he notes that individuals of the sending and receiving States should be accorded equal rights and equal treatment under the Convention. *Finally*, he believes that the Court has confused the right, if any, accorded under the Convention to arrested foreign nationals with the rights of foreign nationals to protection under general international law or other treaties or conventions, and, possibly, even with human rights.

Judge Oda notes his objection to five of the seven subparagraphs of the operative part of the Judgment. *First*, Judge Oda states that he voted in favour of the Court's determination that it has jurisdiction to entertain Germany's Application, only because the United States did not raise preliminary objections to the Application. He emphasizes, however, that the Court's jurisdiction does not extend to Germany's submissions subsequent to the filing of its Application.

With regard to the *second* subparagraph, Judge Oda reiterates his view that, while the Court might entertain Germany's Application, the question of admissibility of each submission presented subsequently to the Application should not have been raised, even though the United States did not raise preliminary objections in connection with admissibility.

*Third*, Judge Oda disagrees with the Court's finding that certain sections of Article 36 of the Vienna Convention confer rights on individuals as well as States. In this context, he points the reader to the separate opinion of Vice-President Shi, with whose views he fully agrees.

*Fourth*, Judge Oda asserts that the Vienna Convention does not afford greater protection or broader rights to nationals of the sending State than to those of the receiving State and, accordingly, he disagrees with the Court's holding that the exercise of the procedural default rule by American courts was implicated in any violation of the Vienna Convention.

*Fifth*, Judge Oda expresses the view that the Court should not need to voice an opinion as to whether orders indicating provisional measures are binding, as the issue is

far removed from the violation of the Vienna Convention, the main issue of the present case. He further disagrees with the Court's finding that such orders do have binding effect and also that the United States did not comply with the Court's Order of 3 March 1999.

*Sixth*, while Judge Oda believes the Court should say nothing in its Judgment pertaining to assurances and guarantees of non-repetition of violations of the Vienna Convention, he explains that he voted in favour of this subparagraph as it "cannot cause any harm".

*Finally*, Judge Oda notes his total disagreement with the final subparagraph of the operative part of the Judgment, which goes far beyond the question of the alleged violation of the Vienna Convention by the United States.

#### *Separate opinion of Judge Koroma*

1. In his separate opinion, Judge Koroma stated that although he supported the findings of the Judgment, he has misgivings with regard to certain issues, particularly since they also form part of the *dispositif*.

2. With respect to the procedural default rule, which, according to Germany, by its Application violated the international legal obligation to Germany borne by the United States, Judge Koroma finds it inconsistent and untenable for the Court to hold that "it has not found that a United States law, whether substantive or procedural in character, is inherently inconsistent with the obligations undertaken by the United States in the Vienna Convention", but that "[I]n the present case the violation of Article 36, paragraph 2, was caused by the circumstances in which the procedural default rule was applied, and not by the rule as such".

3. In Judge Koroma's view, the rights referred to in Article 36, paragraph 1, of the Convention are the duties of the receiving State to inform promptly the relevant consular post of a detention or arrest, the duty to forward communication by a detained foreign national promptly, and the duty of prompt consular assistance for a detained person. In his view, none of these rights were violated by the procedural default rule or by its application. It therefore seems odd to hold that a violation of Article 36, paragraph 2, was caused by the application of the rule and not by the rule as such.

4. In his view, the real issue which the Court should have determined was not whether the procedural default rule was the cause of the breach of the obligations, but rather whether the obligations owed to Germany were breached as a result of the non-performance of the relevant obligations under the Convention, irrespective of a law, which, in any case, the Court had found not to be inconsistent with the obligations.

5. This position notwithstanding, he emphasized that he strongly subscribes to the notion that everyone is entitled to benefit from judicial guarantees, including the right to appeal a conviction and sentence.

6. On the issue of the binding nature of provisional measures, Judge Koroma reasoned that the finding of the Court on this should have been mainly limited to the Order made on 3 March 1999 as that was the issue in dispute. For him, the binding nature of such Orders in general cannot be in doubt, given their purpose and object to protect and preserve the rights and interests of the parties in a dispute before the Court, pending the Court's final decision. In other words, an order does not prejudge the issue raised in the request. Nor, in his view, should the Court's jurisprudence on this issue be considered in doubt. As far as he is concerned, there should not be any linguistic ambiguity in the provision, nor any fundamental misunderstanding as to its purpose and meaning. Doubts should therefore not be cast on the legal value of previous orders, albeit unwittingly.

7. Finally, Judge Koroma pointed out that with respect to operative paragraph 128 (7) of the Judgment, everyone, irrespective of nationality, is entitled to the benefit of fundamental judicial guarantees including the right to appeal against or obtain review of a conviction and sentence.

#### *Separate opinion of Judge Parra-Aranguren*

Judge Parra-Aranguren voted against paragraph 128 (1), (2) (a) of the Judgment because there is no dispute between the Parties as to the breach by the United States of Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention on Consular Relations. Since the existence of a dispute is an "essentially preliminary" question, in his opinion the Court does not have jurisdiction on this point under Article I of the Optional Protocol of the said Vienna Convention. Furthermore Judge Parra-Aranguren considers that the claim made by Germany in its third submission does not arise out of the interpretation of the Vienna Convention but of Article 41 of the Statute of the Court. For this reason he concludes that the Court does not have jurisdiction to decide this matter on the basis of the Optional Protocol. Consequently Judge Parra-Aranguren voted against paragraph 128 (1), (2) (a), (2) (c) and (5) of the Judgment.

#### *Dissenting opinion of Judge Buergenthal*

Judge Buergenthal dissents with regard to the admissibility of Germany's third submission relating to the Order of 3 March 1999. He considers that the Court should have ruled that submission inadmissible.

In Judge Buergenthal's view, Germany's justification for its last-minute request seeking provisional measures, which prompted the Court to issue the 3 March Order without

giving the United States an opportunity to be heard, was based on factual allegations by Germany that do not withstand scrutiny in light of the information now before the Court.

Although the Court had no way of knowing this to be so at the time it issued the Order, this information justifies holding the third submission to be inadmissible. Such a decision would ensure that Germany not benefit from a

litigation strategy amounting to procedural misconduct highly prejudicial to the rights of the United States as a party to this case. Germany's strategy deprived the United States of procedural fairness and is incompatible with the sound administration of justice. See case concerning *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium) Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, para. 44.*



UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA  
NOMOR 38 TAHUN 2008  
TENTANG  
PENGESAHAN *CHARTER OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN  
NATIONS* (PIAGAM PERHIMPUNAN BANGSA-BANGSA  
ASIA TENGGARA)

DENGAN RAHMAT TUHAN YANG MAHA ESA  
PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA,

- Menimbang :
- a. bahwa hubungan luar negeri yang dilandasi politik bebas aktif merupakan salah satu perwujudan dari tujuan Pemerintah Negara Republik Indonesia, yaitu melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut serta melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial;
  - b. bahwa perkembangan dan intensitas interaksi, baik di fora internasional maupun regional, telah menghadapkan bangsa Indonesia sebagai bagian dari *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN) untuk lebih menyesuaikan diri dan tanggap dalam menghadapi berbagai bentuk ancaman, tantangan, dan peluang baru melalui transformasi ASEAN dari suatu Asosiasi menjadi Komunitas ASEAN berdasarkan Piagam;
  - c. bahwa Indonesia memiliki kepentingan strategis pada ASEAN dalam memperkuat posisi Indonesia di kawasan dan mencapai kepentingan nasional secara maksimal di berbagai bidang, khususnya di bidang politik dan keamanan, ekonomi, dan sosial budaya;
  - d. bahwa pada Konferensi Tingkat Tinggi ASEAN Ke-13, di Singapura, pada tanggal 20 November 2007, Pemerintah Indonesia telah menandatangani *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara);
  - e. bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b, huruf c, dan huruf d, perlu mengesahkan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara) dengan Undang-Undang;

Mengingat . . .

- Mengingat : 1. Pasal 5 ayat (1), Pasal 11, dan Pasal 20 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 156, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3882);
3. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 185, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4012).

Dengan Persetujuan Bersama  
DEWAN PERWAKILAN RAKYAT REPUBLIK INDONESIA  
dan  
PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA

MEMUTUSKAN:

Menetapkan : UNDANG-UNDANG TENTANG PENGESAHAN *CHARTER OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS* (PIAGAM PERHIMPUNAN BANGSA-BANGSA ASIA TENGGARA).

#### Pasal 1

Mengesahkan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara) yang salinan naskah aslinya dalam bahasa Inggris dan terjemahannya dalam Bahasa Indonesia sebagaimana terlampir dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Undang-Undang ini.

#### Pasal 2

Undang-Undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkan.

Agar . . .

Agar setiap orang mengetahuinya, memerintahkan pengundangan Undang-Undang ini dengan penempatannya dalam Lembaran Negara Republik Indonesia.

Disahkan di Jakarta  
pada tanggal 6 Nopember 2008  
PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA,

ttd.

DR. H. SUSILO BAMBANG YUDHOYONO

Diundangkan di Jakarta  
pada tanggal 6 Nopember 2008

MENTERI HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA  
REPUBLIK INDONESIA,

ttd.

ANDI MATTALATTA

LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 2008 NOMOR 165

Salinan sesuai dengan aslinya

SEKRETARIAT NEGARA RI  
Kepala Biro Hukum dan Administrasi  
Peraturan Perundang-undangan,

Bigman T. Simanjuntak

PENJELASAN  
ATAS  
UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA  
NOMOR 38 TAHUN 2008  
TENTANG  
PENGESAHAN *CHARTER OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN  
NATIONS* (PIAGAM PERHIMPUNAN BANGSA-BANGSA  
ASIA TENGGARA)

I. UMUM

Sesuai dengan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, pelaksanaan politik luar negeri dilandasi politik bebas aktif yang merupakan salah satu perwujudan dari tujuan Pemerintah Negara Republik Indonesia, yaitu melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut serta melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.

ASEAN merupakan saka guru (*corner stone*) politik luar negeri Republik Indonesia karena mempunyai arti yang strategis dalam menghadapi berbagai bentuk ancaman dan tantangan guna menciptakan perdamaian dan stabilitas kawasan. Berkaitan dengan hal tersebut, bangsa Indonesia dituntut untuk mempersiapkan diri agar dapat berperan secara optimal dalam pengembangan kerja sama di kawasan.

Negara-Negara Anggota ASEAN telah menyepakati pembentukan suatu komunitas ASEAN pada tahun 2015 yang didasarkan pada tiga (3) pilar, yaitu Komunitas Politik ASEAN, Komunitas Ekonomi ASEAN, dan Komunitas Sosial Budaya ASEAN. Dalam rangka itu, Negara-Negara Anggota ASEAN menyadari perlunya ASEAN bertransformasi menjadi suatu organisasi yang memiliki aturan yang jelas.

Dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, kerja sama dengan negara-negara sahabat perlu terus ditingkatkan berdasarkan prinsip saling menguntungkan, kesetaraan dan penghormatan penuh atas kedaulatan setiap negara. Oleh karena itu, Pemerintah Republik Indonesia memandang perlu meningkatkan kerja sama dengan negara-negara yang tergabung dalam ASEAN di bawah payung Piagam ASEAN yang ditandatangani pada Konferensi Tingkat Tinggi ASEAN Ke-13 di Singapura pada tanggal 20 November 2007.

Prinsip-prinsip ...



Prinsip-prinsip yang terkandung dalam Piagam ASEAN antara lain: menghormati kemerdekaan, kedaulatan, kesetaraan, integritas wilayah dan identitas nasional; menolak agresi; bebas dari campur tangan eksternal; meningkatkan konsultasi dan dialog; mengedepankan penyelesaian sengketa secara damai; menghormati kebebasan fundamental, pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia; dan menghormati perbedaan budaya, bahasa, dan agama. Dengan ratifikasi Piagam ini, akan dilakukan peningkatan upaya ke arah pencapaian tujuan ASEAN, termasuk pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia, dengan memfungsikan secara efektif badan Hak Asasi Manusia ASEAN, penegasan sanksi atas pelanggaran serius dan ketidakpatuhan terhadap Piagam termasuk penangguhan hak anggota, serta peningkatan keterlibatan masyarakat dalam kegiatan ASEAN.

## II. PASAL DEMI PASAL

Pasal 1  
Cukup jelas

Pasal 2  
Cukup jelas

TAMBAHAN LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA NOMOR 4915

## Lampiran 1

### VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 1969

#### *Article 27*

##### *Internal law and observance of treaties*

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

#### *Article 46*

##### *Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties*

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.
2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

## Lampiran 4

### VIENNA CONVENTION ON THE CONSULAR RELATION

1963

#### *Article 36*

#### *Communication and contact with nationals of the sending State*

1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:
  - (a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;
  - (b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;
  - (c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.
2. The rights referred to in paragraph 1 of this article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended.

## Lampiran 6

### ASEAN CHARTER

#### *Article 1(5)*

To create a single market and production base which is stable, prosperous, highly competitive, and economically integrated with effective facilitation for trade and investment in which there is free flow of goods, and services and investment; facilitated movement of business persons, professionals, talents and labour; and free flow of capital.

#### *Article 2(2)(n)*

Adherence to multilateral trade rules and ASEAN's rules-based regimes for effective implementation of economic commitments and progressive reduction towards elimination of all barriers to regional economic integration, in a market-driven economy.

