

**JUDICIAL PREVIEW SEBAGAI MEKANISME
VERIFIKASI KONSTITUSIONALITAS HASIL RATIFIKASI
PERJANJIAN INTERNASIONAL**

SKRIPSI

Diajukan Untuk Memenuhi Sebagian Persyaratan Guna
Memperoleh Gelar Sarjana (Strata-1) Pada Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia Yogyakarta

Oleh :

SIPGHOTULLOH MUJADDIDI

No. Mahasiswa : 12410540

Program Studi : Ilmu Hukum

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2017**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

HALAMAN PERSETUJUAN

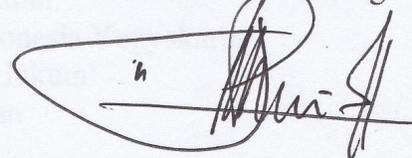
SKRIPSI

**JUDICIAL PREVIEW SEBAGAI MEKANISME
VERIFIKASI KONSTITUSIONALITAS HASIL RATIFIKASI
PERJANJIAN INTERNASIONAL**

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing Skripsi
untuk diajukan ke muka Tim Penguji dalam ujian pendadaran

Yogyakarta, 19 Desember 2016

Dosen Pembimbing



Prof. Dr. Ni'matul Huda, SH., M.Hum
NIK : 904100108

HALAMAN PENGESAHAN TUGAS AKHIR

**JUDICIAL PREVIEW SEBAGAI MEKANISME VERIFIKASI
KONSTITUSIONALITAS HASIL RATIFIKASI PERJANJIAN
INTERNASIONAL**

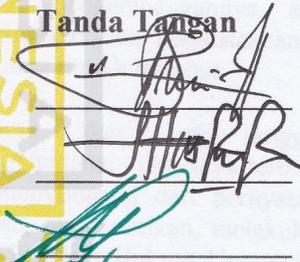
Telah dipertahankan di hadapan tim penguji dalam
Ujian tugas akhir/pendadaran
Pada tanggal **11 Maret 2017** Dan dinyatakan **LULUS**

Yogyakarta, 21 Maret 2017

Tim Penguji

Tanda Tangan

1. **Ketua** : Prof. Dr. Ni'matul Huda, S.H, M.Hum.
2. **Anggota** : Sri Hastuti Puspitasari, S.H. M.H.
3. **Anggota** : Dr. Drs. H. Munthoha, S.H., M.Ag.



Mengetahui:

Universitas Islam Indonesia Yogyakarta
Fakultas Hukum
Dekan



Dr. H. Anwar Rohim Faqih, SH., M.Hum)

NIK: 884100101

SURAT PERNYATAAN

ORISINALITAS KARYA TULIS ILMIAH BERUPA TUGAS AKHIR MAHASISWA FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

Bismillahirrahmanirrahim

Yang bertanda tangan di bawah ini, saya:

Nama : **SIPGHOTULLOH MUJADDIDI**
No. Mahasiswa : **12410540**

adalah benar-benar mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta yang telah melakukan penulisan Karya Tulis Ilmiah (Tugas Akhir) berupa Skripsi/Legal Memorandum/Studi Kasus Hukum dengan judul :

JUDICIAL REVIEW SEBAGAI MEKANISME VERIFIKASI KONSTITUSIONALITAS HASIL RATIFIKASI PERJANJIAN INTERNASIONAL

Karya ilmiah ini akan saya ajukan kepada Tim Penguji dalam Ujian Pendadaran yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum UII.

Sehubungan dengan hal tersebut, dengan ini saya menyatakan:

1. Bahwa karya tulis ilmiah ini adalah benar-benar hasil karya saya sendiri yang dalam penyusunannya tunduk dan patuh terhadap kaidah, etika, dan norma-norma penulisan sebuah karya tulis ilmiah sesuai dengan ketentuan yang berlaku;
2. Bahwa saya menjamin hasil karya ilmiah ini adalah benar-benar asli (Orisinil), bebas dari unsur-unsur yang dapat dikategorikan sebagai pembuatan '*penjiplakan karya ilmiah (plagiat)*';
3. Bahwa meskipun secara prinsip hak milik atas karya ilmiah adalah milik saya, namun demi untuk kepentingan-kepentingan yang bersifat akademik dan pengembangannya, saya memberikan kewenangan kepada Perpustakaan Fakultas Hukum UII dan perpustakaan di lingkungan Universitas Islam Indonesia untuk mempergunakan karya ilmiah tersebut.

Selanjutnya berkaitan dengan hal di atas (terutama pernyataan butir 1 dan 2), saya sanggup menerima sanksi baik sanksi administratif, akademik, bahkan sanksi pidana, jika saya terbukti secara kuat dan meyakinkan telah melakukan perbuatan yang menyimpang dari pernyataan tersebut. Saya juga akan bersikap kooperatif untuk hadir, menjawab, membuktikan, melakukan pembelaan terhadap hak-hak saya, di depan 'Majelis' atau 'Tim' Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia yang ditunjuk oleh pimpinan Fakultas, apabila tanda-tanda plagiat disinyalir ada/terjadi pada karya ilmiah saya ini oleh pihak Fakultas Hukum UII.

Demikian Surat Pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya, dalam kondisi sehat jasmani dan rohani, dengan sadar serta tidak ada tekanan dalam bentuk apapun dan oleh saya.

Yogyakarta

Sipghotullah Mujaddidi



SIPGHOTULLAH MUJADDIDI



CURRICULUM VITAE

1. Nama Lengkap : Sipghotulloh Mujaddidi
2. Tempat /Tanggal Lahir : Geger Bangkalan, 18 Oktober 1992
3. Jenis Kelamin : Laki-laki
4. Alamat Terakhir : Jl. Asri Kuningan Blok-F 16 Depok Sleman
Yogyakarta (Utara Kolam Renang UNY)
5. Alamat Asal : Jl. Sumber Gundang Banyoneng Laok Geger
Bangkalan.
6. Identitas Orang Tua/Wali
 - A. Nama Ayah : Imam Syamsul Arifin
Pekerjaan Ayah : Wiraswasta
 - B. Nama Ibu : Nur Azizah
Pekerjaan Ibu : Ibu Rumah Tangga
7. Riwayat Pendidikan
 - A. SD : SDN Katol Barat 1 Geger Bangkalan
 - B. SLTP : MTS TMI Al-Amien Prenduan
 - C. SLTA : MA TMI Al-Amien Prenduan
8. Organisasi : Himpunan Mahasiswa Islam
9. Hobby : Baca Buku, Melukis, dan Menulis

Yogyakarta, 20 Desember 2016

Yang bersangkutan,

(Sipghotulloh Mujaddidi)
NIM. 12410540

MOTTO

*“Tidaklah aku ciptakan jin dan manusia melainkan
agar mereka beribadah kepada-Ku”*

(Q.S. Adz-dzariyaat : 56)

*“Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu
menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah
sekali-kali kebencianmu terhadap suatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak
adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada taqwa dan bertaqwalah
kepada Allah, sesungguhnya Allah maha mengetahui apa yang kamu kerjakan”.*

(Q.S. Al-Maidah : 8)

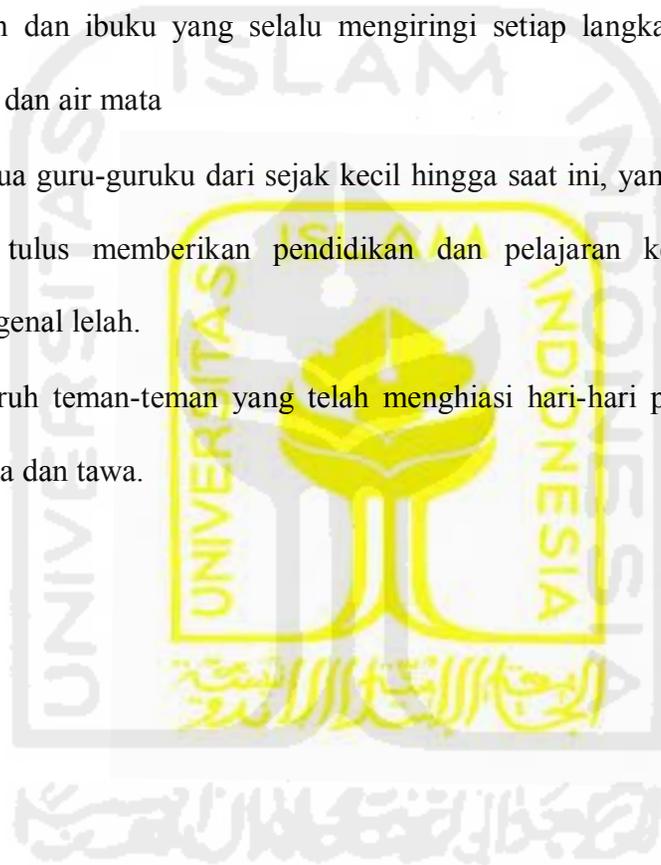
*“Sebaik-baiknya manusia adalah yang paling
bermanfaat bagi manusia”*

(HR. Ahmad)

HALAMAN PERSEMBAHAN

Aku persembahkan skripsi ini untuk:

- Ayah dan ibuku yang selalu mengiringi setiap langkahku dengan kucuran do'a dan air mata
- Semua guru-guruku dari sejak kecil hingga saat ini, yang telah dengan ikhlas dan tulus memberikan pendidikan dan pelajaran kepada penulis tanpa mengenal lelah.
- Seluruh teman-teman yang telah menghiasi hari-hari penulis dengan penuh canda dan tawa.





KATA PENGANTAR

Alhamdulillah, tiada kata lain yang pantas diucapkan selain kata syukur kepada ilahi rabbi yang menciptakan langit dan bumi serta apa-apa yang ada di antaranya, hanya dengan rahmat dan taufiqnya penulis masih bisa merasakan indahnya hidup ini. Shalawat serta salam kita haturkan kepada Nabi Muhammad SAW karena beliau adalah yang telah menunjukkan kita jalan yang benar disisi Allah SWT sehingga kita dapat terhindar dari lalapan api neraka diakhirat nanti.

Akhirnya, atas perekenan-Nya dan setelah melalui proses yang cukup panjang, penulis bisa menyelesaikan Skripsi dengan judul: *“Judicial Preview Sebagai Mekanisme Verifikasi Konstitusionalitas Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional”*. Skripsi ini dimaksudkan untuk memenuhi sebagian persyaratan guna memperoleh gelar sarjana (Strata-1) pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Penulis sepenuhnya menyadari bahwa terselesaikannya skripsi ini tidak lepas dari bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, untuk itu penulis dengan segenap kerendahan hati ingin menyampaikan banyak terima kasih kepada semua pihak yang telah membantu menyelesaikan penulisan skripsi ini, khususnya kepada:

1. Bapak **Dr. Nandang Sutrisno. SH., M.H., LLM**, selaku Rektor Universitas Islam Indonesia
2. Bapak **Dr. H. Aunur Rohim Faqih., SH., M.Hum**, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

3. Ibunda **Prof. Dr. Ni'matul Huda., SH., M.Hum.**, selaku Dosen Pembimbing, yang telah banyak meluangkan banyak waktu di sela-sela kesibukannya untuk membimbing penulis dalam menyelesaikan tugas akhir ini.
4. Seluruh Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia yang pernah mengajar penulis selama melewati masa-masa kuliah.
5. Kedua orang tua penulis, **H. Khatib Imam Syamsul Arifin** dan **Hj. Nur Azizah**, atas segala doa yang selalu mengalir mengiringi setiap langkah penulis.
6. Seluruh teman-teman dan khususnya teman-teman angkatan 2012 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
7. Dan semua pihak yang terlibat dalam penulisan karya ilmiah ini, yang namanya tidak bisa penulis sebutkan satu-persatu. Kalian luar biasa.....!

Namun seperti pepatah mengatakan "*tiada gading yang tak retak*", begitu pula dengan skripsi ini, masih banyak kekurangan dan kesalahan yang terdapat di dalamnya, serta sangat jauh dari kata sempurna. Oleh karena itu kritikan, saran serta masukan sangat penulis harapkan guna perbaikan bagi penulis dimasa yang akan datang.

Akhirnya, hanya kepada Allah SWT penulis serahkan segala urusan, dengan harapan semoga skripsi ini dapat bermanfaat sebanyak-banyaknya. *Amien ya robbal 'alamien.*

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERSETUJUAN	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
PERNYATAAN ORISINALITAS	iv
CURRICULUM VITAE	vi
MOTTO	vii
HALAMAN PERSEMBAHAN	viii
KATA PENGANTAR	ix
DAFTAR ISI	xi
ABSTRAK	xiv
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	5
C. Tujuan Penelitian	6
D. Kegunaan Penelitian	6
E. Kerangka Teori	7
F. Metode Penelitian	18
G. Sistematika Penelitian	20
BAB II TINJAUAN UMUM TENTANG KONSTITUSI, HIERARKI NORMA HUKUM, PENGUJIAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN, DAN PERJANJIAN INTERNASIONAL	
A. Konstitusi dan Supremasi Konstitusi	22
1. Pengetian Konstitusi	22
2. Supremasi Konstitusi	28

B. Hierarkie Norma Hukum dan Peraturan Perundang-undangan Indonesia	31
1. Hierarkie Norma Hukum	31
2. Peraturan Perundang-undangan Indonesia	40
3. Undang-Undang	43
C. Pengujian Peraturan Perundang-undangan	48
1. Macam-macam Pengujian Peraturan Perundang-undangan ...	48
2. Model-model <i>Constitutional Review</i>	54
3. <i>Constitutional Review</i> Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia	59
D. Perjanjian Internasional	68
1. Pengertian Perjanjian Internasional	68
2. Pembentukan Perjanjian Internasional	75
a) Perundingan (<i>Negotiation</i>)	76
b) Penandatanganan (<i>Signature</i>)	78
c) Pengesahan (<i>Ratification</i>)	82
3. Berlakunya Dan Mengikatnya Perjanjian Internasional	88
4. Berakhirnya Perjanjian Internasional	90
BAB III JUDICIAL PREVIEW SEBAGAI MEKANISME VERIFIKASI KONSTITUSIONALITAS HASIL RATIFIKASI PERJANJIAN INTERNASIONAL	
A. Perjanjian Internasional dalam Hukum Nasional Indonesia	96
1. Pengaturan perjanjian internasional dalam sistem hukum Indonesia	96
2. Pengesahan Perjanjian Internasional ke dalam Hukum Nasional Indonesia	101
3. Kedudukan Undang-Undang dan Peraturan Presiden Pengesahan Perjanjian Internasional dalam Hukum	

Nasional Indonesia	104
B. <i>Judicial Review</i> Terhadap Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional	112
1. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Melakukan <i>Judicial Review</i> Terhadap Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional	112
2. Jalan keluar Pembatalan Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi	119
C. Urgensi <i>Judicial Preview</i> Sebagai Mekanisme Verifikasi Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional	125
1. <i>Judicial Preview</i> Terhadap Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional	125
2. Jalan Alternatif Sementara Pengujian Konstitusionalitas Terhadap Perjanjian Internasional	129
BAB VI PENUTUP	
A. Kesimpulan	134
B. Saran-saran	136
DAFTAR PUSTAKA	139

ABSTRAK

Mujaddidi, Sipghotulloh. 2016. *Judicial Preview Sebagai Mekanisme Verifikasi Konstitusionalitas Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional*. Skripsi Bagian Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia. Dosen Pembimbing Prof. Dr. Ni'matul Huda. SH., M.Hum.

Kata Kunci : **Konstitusi, Judicial Preview, Judicial Review, Pengujian Undang-Undang, Ratifikasi, Perjanjian Internasional.**

Arus globalisasi dewasa ini telah menciptakan interaksi intensif antara Indonesia dengan masyarakat internasional. Dan tentu ini akan mengakibatkan pada semakin meningkatkannya persentuhan-persentuhan hukum antara Indonesia dengan negara-negara lainnya. Bahkan dalam tingkat tertentu akan menimbulkan tumpang tindih antar hukum internasional termasuk perjanjian internasional dengan hukum nasional Indonesia, tak terkecuali Undang-undang Dasar 1945 yang merupakan norma dasar negara Indonesia. Sementara itu, mekanisme yang dapat dijadikan proteksi untuk melindungi kepentingan nasional, terutama aspek konstitusional, sangat bergantung pada mekanisme *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi, yang di sisi lain masih berpotensi menimbulkan masalah yang multi-dimensional bagi Indonesia dalam kehidupan dunia internasional. Untuk itu, dalam tulisan ini, penulis akan meneliti urgensi “*Judicial Preview Sebagai Mekanisme Verifikasi Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional*”.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan menggunakan 2 (dua) model pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Dalam penelitian ini, bahan-bahan yang terkumpul akan disistemisasi dan dianalisis secara deskriptif kualitatif berdasarkan pada prinsip-prinsip atau teori-teori hukum yang terdapat dalam dunia ilmu hukum untuk menghasilkan jawaban dan pemecahan terhadap persoalan-persoalan dalam rumusan masalah.

Dari penelitian ini penulis menarik beberapa kesimpulan, yaitu: *Pertama*, penguatan persetujuan DPR terhadap suatu perjanjian internasional dalam undang-undang merupakan mekanisme ratifikasi internal negara sebagai upaya *approval* dan konfirmasi DPR terhadap perjanjian internasional yang sebelumnya telah ditandatangani oleh pemerintah serta bukan merupakan dasar terikatnya Indonesia terhadap perjanjian internasional dalam tataran hukum internasional. *Kedua*, secara yuridis-konstitusional, Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian terhadap Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional. Akan tetapi, putusan Mahkamah Konstitusi tidak serta-merta dapat membatalkan keterikatan Indonesia terhadap suatu perjanjian internasional. *Ketiga*, diperlukan perbaikan terhadap mekanisme pengujian konstitusionalitas perjanjian internasional, yaitu dengan menambahkan kewenangan *Judicial Preview* terhadap Mahkamah Konstitusi.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar belakang

Keberadaan konstitusi merupakan suatu unsur penting dalam kehidupan bernegara. Terlebih bagi negara-negara modern saat ini yang menyatakan diri sebagai negara demokrasi konstitusional. Konstitusi merupakan hukum dasar yang harus dijadikan pedoman dalam penyelenggaraan negara. Oleh karena itu, ketentuan-ketentuan dasar konstitusional yang menjadi materi muatannya harus dilaksanakan melalui peraturan perundang-undangan di bawah konstitusi, baik yang dibuat oleh legislatif maupun peraturan pelaksana yang dibuat oleh eksekutif tidak boleh bertentangan dengan konstitusi itu sendiri.¹ Untuk mewujudkan hal tersebut, adanya suatu mekanisme pengujian konstitusional (*constitutional review*) dalam sistem ketatanegaraan merupakan suatu keniscayaan sebagai bentuk *control* terhadap penyelenggaraan negara agar selalu berada dalam koridor konstitusional.

Gagasan pengujian konstitusional ini pun sudah banyak diterapkan di berbagai negara dengan tahapan-tahapan yang beragam dan berbeda sesuai dengan kondisi perpolitikan negara yang bersangkutan. Ada yang melembagakan fungsi pengujian konstitusional itu dalam lembaga tersendiri bernama Mahkamah

¹ Jimly As-shiddiqie, “Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi”, Makalah Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, hlm, 19

Konstitusi atau Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*). Ada pula yang mengadopsikan fungsi pengujian konstitusional itu dalam lembaga yang sudah ada, yaitu Mahkamah Agung (*Supreme of Court*). Ada pula yang memberikan kewenangan untuk menjalankan fungsi pengujian konstitusional itu kepada badan-badan khusus dalam kerangka lembaga-lembaga lain seperti badan-badan pengadilan yang sudah ada; dan bahkan ada pula negara yang tidak menerima konsepsi pengujian konstitusional itu sama sekali.²

Di Indonesia sendiri, pelembagaan terhadap ide pengujian konstitusional dalam sistem ketatanegaraan baru bisa dilaksanakan secara efektif setelah terjadinya perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD 1945), yakni setelah dibentuknya Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, salah satu lembaga peradilan yang berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) sekaligus sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*). Kewenangan inilah yang kemudian lebih dikenal dengan sebutan *judicial review* karena dilekatkan kepada lembaga peradilan, yaitu Mahkamah Konstitusi.

Dalam menjalankan tugasnya, Mahkamah Konstitusi dapat menguji konstitusionalitas undang-undang baik dari segi materil maupun formil. Sehingga jika terdapat materi undang-undang dirasa bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, maka materi undang-undang itu pun dapat dibatalkan, begitu pula jika

² Jimly As-shiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Pertama, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta., 2010.hlm. 1

yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar itu berkaitan dengan prosedur atau formalitas undang-undang, maka undang-undang yang dimaksud dapat dibatalkan secara keseluruhan.³

Namun demikian, ada beberapa undang-undang, dalam sistem peraturan perundang-undangan Indonesia, yang memiliki karakter khusus dan berbeda baik secara materil maupun formil dengan undang-undang pada umumnya. Hal ini dapat dilihat dari eksistensi undang-undang pengesahan perjanjian internasional yang kemudian menimbulkan permasalahan tersendiri bagi penegakan supremasi konstitusi di Indonesia. Lebih-lebih dalam sistem hukum Indonesia tidak ada penegasan mengenai pandangan yang dianut antara teori monisme (primat hukum nasional/primat hukum internasional) atau dualisme dalam memosisikan hukum perjanjian internasional dalam sistem hukum nasional sehingga memunculkan ketidakjelasan mana yang harus diutamakan antara hukum nasional dan hukum internasional jika terjadi pertentangan norma antara keduanya.⁴

Dilematika di atas menjadi problem serius ketika Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan fungsinya sebagai *the guardian of constitution* mengeluarkan putusan MK No.33/PUU-IX/2011 yang pada pokok permasalahannya menguji konstitusionalitas terhadap Undang-Undang No. 38 tahun 2008 yang tidak lain

³Lihat Pasal 57 ayat (1-2) Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

⁴ Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional; Kajian Teori dan Praktek Indonesia*, cetakan pertama, Refika Aditama, Bandung, 2010, hlm. 65.

merupakan undang-undang pengesahan perjanjian internasional *Charter of The Association of Southeast Asian Nations* (Piagam ASEAN). Dalam pertimbangannya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa penguatan Piagam ASEAN dalam wadah undang-undang berlaku sebagai norma hukum nasional yang memiliki kekuatan hukum mengikat sebagaimana undang-undang. Oleh karena itu, sesuai mandat Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 maka Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji konstitusionalitas Undang-Undang No. 38 tahun 2008 tentang Piagam ASEAN.

Diujikannya undang-undang pengesahan internasional itu tentu membuka kemungkinan dibatalkannya undang-undang hasil ratifikasi perjanjian internasional lainnya jika bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini juga yang kemudian menimbulkan persoalan, apakah dibatalkannya undang-undang hasil ratifikasi perjanjian internasional juga akan berimplikasi pada dibatalkannya perjanjian internasional dalam konteks hukum internasional? Sedangkan di sisi lain Konvensi Wina 1969 yang menjadi acuan dalam melakukan perjanjian internasional dalam hukum internasional tidak memperkenankan pengakhiran perjanjian internasional secara sepihak oleh negara yang bersangkutan dengan alasan bertentangan dengan hukum nasionalnya tanpa persetujuan para pihak yang bersangkutan dalam perjanjian internasional tersebut.⁵

⁵ Ibid., hlm. 65.

Berangkat dari persoalan di atas, kemudian muncul pula pertanyaan apakah kewenangan Mahkamah Konstitusi terkait dengan pengujian konstitusional terhadap Undang-Undang hasil ratifikasi perjanjian internasional yang ada saat ini merupakan jalan yang terbaik? Mengingat kewenangan verifikasi konstitusionalitas yang dapat dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi hanya terbatas pada kewenangan *judicial review*, yakni menguji konstitusionalitas hasil ratifikasi perjanjian internasional setelah dituangkan dalam bentuk undang-undang, masih berpotensi menimbulkan masalah dalam dunia hukum internasional.

Untuk itu, dalam tulisan ini penulis ingin mengkaji tentang bagaimana pengaturan ratifikasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional dan bagaimana kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan *judicial review* terhadap undang-undang hasil ratifikasi Perjanjian Internasional. Selain itu, penulis juga akan mencoba mengkaji tentang urgensi penambahan kewenangan *judicial preview* sebagai mekanisme alternatif untuk memverifikasi konstitusionalitas hasil ratifikasi perjanjian internasional terhadap Mahkamah Konstitusi.

B. Rumusan masalah

Dari uraian latar belakang di atas, maka perumusan masalah yang diajukan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

- a. Bagaimana pengaturan ratifikasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional?

- b. Bagaimana kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan *judicial review* terhadap undang-undang hasil ratifikasi perjanjian internasional?
- c. Apa urgensi penambahan kewenangan *judicial preview* terhadap hasil ratifikasi perjanjian internasional oleh Mahkamah Konstitusi?

C. Tujuan Penelitian

Adapun yang menjadi tujuan dari penelitian adalah sebagai berikut:

- a. Mengetahui pengaturan ratifikasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional.
- b. Mengetahui bagaimana kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan *judicial review* undang-undang hasil ratifikasi perjanjian internasional.
- c. Mengetahui urgensi penambahan kewenangan *judicial preview* terhadap hasil ratifikasi perjanjian internasional oleh Mahkamah Konstitusi.

D. Kegunaan Penelitian

1. Bagi masyarakat, yaitu sebagai bahan informasi, terutama yang berkaitan dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan uji konstitusionalitas undang-undang hasil ratifikasi perjanjian internasional.
2. Bagi peneliti, yaitu sebagai syarat untuk kelulusan strata satu (S1) sebagai Sarjana Hukum

3. Bagi mahasiswa, yaitu sebagai tambahan keilmuan dalam hal memberi informasi tentang hal-hal yang berkaitan dengan tema yang menjadi pokok pembahasan dalam penelitian ini.

E. Kerangka Teori

1. Teori Kedaulatan Negara

Kedaulatan merupakan konsep yang telah diterima oleh bangsa-bangsa di dunia ini sebagai salah satu unsur penting bagi eksistensi suatu negara. Dalam sejarahnya konsepsi kedaulatan telah beberapa kali mengalami pergeseran makna seiring dengan perkembangan kehidupan ketatanegaraan bangsa-bangsa di dunia yang berevolusi dari waktu ke waktu sesuai dengan tuntutan kebutuhan masyarakat yang ada pada waktu tersebut.

Dari segi bahasa, istilah kedaulatan itu sendiri sebenarnya berasal dari Bahasa Arab, yaitu *daulat* atau *daulatan* yang dalam makna klasiknya bermakna pergantian, peralihan atau peredaran. Penggunaan istilah kata *daulah* ini pun memiliki dasar yang kuat karena dipergunakan dalam Al-Qur'an, yaitu dalam QS.3:140 dengan menggunakan kata kerja *nudawwiluha* (ia kami pergantian/peralihkan) yang merujuk pada pengertian kekuasaan di bidang politik dan QS.59:7 dengan mempergunakan kata *daulatan* (beredar) yang merujuk pada pengertian kekuasaan dibidang ekonomi.⁶

⁶ Jimly As-shiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Cetakan Pertama, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, Hal 115

Dalam sejarah pun, kata *daulah* ini kemudian hari dipergunakan untuk pengertian dinasti, rezim politik dan kurun waktu kekuasaan. Misalnya daulah bani Umayyah yang didirikan oleh Mu'awiyah bin Abi Sufyan pada abad ke-6 di Syiria yang kemudian sejak itu berkuasa secara turun-temurun. Daulah berarti dinasti, sedangkan Bani berarti bangunan keluarga dan Umayyah adalah nama yang diambil dari nama keluarga pendirinya, yaitu Mu'awiyah.⁷ Begitu pula dengan sebutan daulah Abbasyiyah, Daulah Usmaniyah dan lain sebagainya, semuanya merujuk pada pengertian kurun waktu kekuasaan.

Begitu pula hal ini dikemukakan oleh Ibnu Khaldun (1332-1406) seorang pemikir muslim dari Spanyol dalam karya monumentalnya *Mukaddimah*, Khaldun menggunakan kata *ad-daulah* untuk menggambarkan peristiwa tenggelamnya kekuasaan negara-negara di dunia dalam sejarah umat manusia. Pandangan inilah yang kemudian mempengaruhi pemikiran Niccolo Machiaveli dalam bukunya *The Prince* yang akhirnya menjadi buku panduan di Eropa. Dengan demikian, dalam pengertian klasik konsep kedaulatan memang menunjukkan pada pengertian dinasti atau kekuasaan pada kurun waktu tertentu.

Namun dalam perkembangan lebih lanjut, konsep kedaulatan itu mengalami perkembangan dan pergeseran seiring proses alamiah. Dalam berbagai literatur politik, hukum dan teori kenegaraan pada zaman sekarang, terminologi kedaulatan itu pada umumnya diakui sebagai konsep yang dipinjam dari bahasa Latin, *soverain* dan *superanus*, yang kemudian menjadi *sovereign* dan

⁷ Ibid.

souvereignty dalam bahasa Inggris yang berarti penguasa dan kekuasaan tertinggi (*supreme*).⁸ Bahkan dalam bahasa Arab modern sekarang inipun, istilah kedaulatan tersebut dipahami dalam konteks makna kata dari *souverignty* sebagaimana di barat. Sehingga tidak ada perbedaan lagi pengertian kedaulatan sebagai istilah yang diserap dari kata *daulat* (Bahasa Arab) ataupun kedaulatan sebagai terjemahan dari *souverignty* (Bahasa Inggris).

Kedaulatan dalam pengertian kekuasaan tertinggi seperti yang kita kenal sekarang merupakan pengembangan pemikiran terhadap ide kedaulatan yang dipelopori oleh Jean Bodin (1530-1596) dengan memperkenalkan istilah *summa potestas* yang mempunyai kesamaan arti dengan *souverainete* dan selanjutnya dipergunakan oleh Hugo Grotius dalam bukunya *De Belle At Pacis*.⁹ Kemudian Thomas Hobbes yang mengacu dan mengembangkan konsep kedaulatan yang ada sebelumnya, sehingga melahirkan istilah *souverignty* (kedaulatan). Bagi Hobbes, *souverignty* bukanlah semata-mata atribut negara melainkan sesuatu yang esensial untuk membedakan antara organisasi negara dengan organisasi lainnya.

Konsep kedaulatan tradisional yang dikemukakan oleh Bodin dan Hobbes ini memiliki ciri-ciri tertentu, yaitu; i) *Permanence* (kelanggengan), yang berarti bahwa kedaulatan yang dimiliki negara tersebut abadi selama negara itu masih ada, ii) *Indisible* (tidak dapat dipisah-pisah), dimaksudkan bahwa kedaulatan itu bulat dan tunggal tidak dapat dibagi-bagi menjadi berapa bagian, iii) *Supreme*

⁸ Ni'matul Huda, *Ilmu Negara*, cetakan keempat, Rajawali Pers, 2012, Jakarta, hlm. 169.

⁹ Jimly Assidqie, *op.cit.* hlm. 121.

(tertinggi), bukan merupakan derivasi dari kekuasaan yang lebih tinggi lagi, dan iv) *Complete* (lengkap dan tidak terbatas), dalam arti tidak ada kekuasaan lain yang dapat membatasinya.¹⁰

Namun demikian pandangan Bodin dan Hobbes ini dalam konteks sekarang sudah banyak ditinggal orang seiring dengan semakin majunya perkembangan zaman yang menghadapkan negara pada suatu realitas hubungan internasional antar negara-negara yang tidak mungkin dihindari lagi. Selain itu, penting untuk melihat peristiwa yang terjadi di Eropa pada abad ke-17 dan ke-18, ketika banyak kerajaan-kerajaan besar mengalami perpecahan yang kemudian menimbulkan kerajaan-kerajaan kecil yang sama-sama berdaulat satu sama lain.¹¹ Inilah yang kemudian yang menjadi muara lahirnya doktrin hukum internasional yang mengakui adanya prinsip kedaulatan negara dalam hal berhadapan dengan negara lain secara eksternal.

Dengan demikian konsep kekuasaan tertinggi itu terbagi menjadi dua konteks pengertian, yaitu; **Pertama**, kekuasaan tertinggi dalam negara (*sovereignty on the state*) yang berkaitan dengan pengertian kedaulatan yang bersifat internal (*supremacy*), **Kedua**, konsep kedaulatan yang bersifat eksternal (*state's sovereignty*) yang berkaitan dengan kedaulatan dalam hal berhadapan dengan negara yang berdaulat lainnya (*independency*).¹² Kedaulatan internal dikaitkan dengan hak eksklusif suatu negara untuk mengatur dan menentukan segala sesuatu

¹⁰ Ni'matul Huda, op.cit., hlm 171

¹¹ Jimly Assiddiqie, op.cit., hlm 111

¹² Ibid., hlm. 124

yang berkaitan dengan internal suatu negara dan segala persoalan yang timbul dalam yurisdiksinya.¹³ Sedangkan kedaulatan eksternal sering juga disebut dengan istilah independensi negara, yang dicirikan oleh adanya kedudukan yang sama (*equal*) bagi sebuah negara dalam interaksi internasional dengan negara-negara lainnya tanpa adanya halangan, rintangan, dan tekanan dari pihak manapun.

Sejalan dengan itu, Jack H. Nagel membagi kedaulatan itu dalam dua konsep kekuasaan, yaitu lingkup kekuasaan (*Scope Of Power*) berkaitan dengan aktivitas atau kegiatan yang tercakup dalam fungsi kekuasaan dan jangkauan kekuasaan (*Domain of Power*) berkaitan dengan siapa yang menjadi subjek atau pemegang kekuasaan.¹⁴ Jika dikaitkan dengan siapa yang menjadi subjek dan pemegang kekuasaan, dalam sejarah pemikiran hukum dan politik, muncul beberapa teori mengenai kedaulatan, yaitu: i) Kedaulatan Tuhan, ii) Kedaulatan Raja, iii) Kedaulatan Negara, iv) Kedaulatan Rakyat, v) Kedaulatan Hukum.

Kelima ajaran tersebut berkembang dalam teori dan praktek dalam sejarah pemikiran mengenai hukum dan negara. Pada kurun waktu tertentu masyarakat mengidealkan salah satu dari teori kedaulatan tersebut. Namun pada waktu yang berbeda teori yang diidealkan itu pun mulai ditinggalkan dan beralih kepada teori yang lain seiring dengan pergulatan politik dan kebutuhan yang ada pada waktu itu.

¹³ Jazim Hamidi et.al, *Teori dan Politik Hukum Tata Negara*, cetakan pertama, Total Media, Yogyakarta, 2012, hlm. 338.

¹⁴ Ibid., hlm. 149.

Pada awalnya teori kedaulatan tersebut dimulai dari munculnya teori kedaulatan tuhan dan kedaulatan raja yang dipelopori oleh penganut paham teokrasi seperti Augustinus, Alghazali, Thomas Aquinas dan lain-lain. Menurut paham ini, pemegang kedaulatan adalah tuhan. Tetapi dalam pelaksanaan kedaulatan tersebut diwakilkan kepada seorang raja sehingga apa yang menjadi titah raja dianggap sebagai kehendak tuhan yang memiliki otoritas untuk ditaati.

Namun seiring dengan berjalannya waktu peranan raja sebagai wakil tuhan di dunia itu menimbulkan kedzaliman sehingga memantik penolakan dari masyarakat. Keadaan ini semakin memuncak pada zaman renaissance, terlebih setelah timbulnya ajaran dari Niccolo Machiavelli yang berpendapat bahwa hukumlah yang harus ditaati, dan negaralah satu-satunya yang berwenang menentukan hukum. Hal ini kemudian memunculkan ajaran baru yaitu kedaulatan negara. Ajaran ini menolak pendapat bahwa kedaulatan ada pada tuhan seperti yang dikatakan oleh penganut teori kedaulatan tuhan, melainkan ada pada negara. Negaralah yang menciptakan hukum, jadi segala sesuatu harus tunduk pada negara.

Hal demikian terus berlanjut sampai akhirnya munculnya kedaulatan hukum dan kedaulatan rakyat yang berkaitan erat dengan doktrin negara hukum sesuai prinsip *the rule of law* dalam tradisi inggris ataupun *rechtstaat* menurut tradisi

jerman. Kedaulatan hukum ini juga sering dikenal dengan istilah nomokrasi (*nomocracy*) sebagai konsep kekuasaan oleh nilai atau norma.¹⁵

Sedangkan konsep kedaulatan rakyat berkaitan erat dengan demokrasi (*democracy*) sebagai konsep kekuasaan yang menjadikan rakyat sebagai pemegang kedaulatan dalam sebuah negara sehingga dapat juga diartikan sebagai pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat.¹⁶ Dalam perkembangannya, konsep nomokrasi dan demokrasi dianggap sebagai satu kesatuan yang tidak terpisahkan sehingga memunculkan konsep negara hukum dan demokrasi yang menjadi sesuatu yang diidealkan seperti yang terjadi sekarang ini.

2. Hubungan Hukum Nasional dan Hukum Internasional

Diskursus mengenai hubungan antara hukum nasional dan hukum internasional merupakan persoalan klasik yang selalu menimbulkan perdebatan terutama bagi kalangan pakar hukum tata negara dan pakar hukum internasional. Perdebatan itu timbul sebagai akibat dari dua pandangan yang berbeda mengenai eksistensi hukum internasional sendiri, yaitu; pandangan *voluntarisme* yang mendasarkan berlakunya hukum internasional dan ada tidaknya hukum internasional itu pada kehendak negara, dan pandangan *obyektivis* yang

¹⁵ Ibid., hlm. 167.

¹⁶ Ibid., hlm. 141.

menganggap ada tidaknya hukum internasional itu terlepas dari kehendak negara.¹⁷

Dari dua pandangan inilah kemudian muncul dua aliran besar berkaitan dengan hubungan antara hukum nasional dan hukum nasional, yaitu aliran monisme dan aliran dualisme;

a. Teori Monisme

Paham aliran monisme merupakan paham yang bersumber dari teori *voluntarisme* dalam memandang hukum internasional. Menurut aliran ini, antara hukum nasional dan hukum internasional merupakan satu kesatuan hukum dari satu sistem hukum yang lebih luas, yaitu sistem hukum pada umumnya.¹⁸ Pandangan ini pula yang kemudian erat kaitannya dengan persoalan *hierarki* antara kedua perangkat hukum itu sehingga kemudian menimbulkan sudut pandang yang berbeda dalam aliran monisme mengenai *superioritas* antara hukum nasional dan hukum nasional.

Ada pihak yang menganggap hukum nasional lebih superior dari hukum internasional sehingga jika terjadi pertentangan antara hukum nasional dan hukum internasional maka hukum nasional-lah yang harus diutamakan, pihak ini yang kemudian dikenal dengan sebutan aliran monisme primat hukum nasional (monisme primat HN). Sebaliknya ada pula pihak yang berpandangan bahwa hukum internasional-lah yang harus

¹⁷ Mochtar Kusumatmaja, *Pengantar Hukum Internasional*, Bina Cipta., Bandung.,1982, hlm. 52.

¹⁸ Sefriani, *Pengantar Hukum internasional*, cetakan ketiga, Rajawali Press, Jakarta, 2012, hlm. 86.

diutamakan jika terjadi pertentangan norma antara hukum nasional dan hukum internasional, dengan kata lain hukum internasional lebih superior daripada hukum nasional. Karena itulah pihak ini kemudian disebut dengan aliran monisme primat hukum internasional (monisme primat HI).¹⁹

Menurut aliran monisme primat HN, hukum internasional lebih utama dari hukum nasional dikarenakan hukum internasional itu sendiri berasal dari hukum nasional. Hal ini bisa dilihat dari fakta bahwa banyak hukum kebiasaan internasional tumbuh dari hukum nasional. Oleh karena itu hukum nasional memiliki kedudukan yang lebih tinggi daripada hukum internasional.

Namun demikian, pandangan aliran monisme primat HN ini memiliki kelemahan yang cukup mendasar dan berpotensi menimbulkan kekacauan dalam upaya menciptakan suatu tertib dunia internasional. Kelemahan pertama adalah bahwa paham ini terlalu memandang hukum itu sebagai hukum yang tertulis semata sehingga hukum internasional dianggap hanya hukum yang bersumber dari perjanjian internasional saja. Tentu hal ini bertentangan dengan fakta dalam dunia hukum yang ada selama ini. Kelemahan kedua, bahwa sebenarnya pandangan paham ini secara tidak langsung menyangkal eksistensi hukum internasional sebagai instrumen hukum yang mengikat negara-negara karena mendasarkan keberlakuan hukum internasional terletak pada kehendak negara-negara dunia yang

¹⁹ Ibid., hlm. 86-87.

seiring kali berbeda satu sama lain sesuai dengan kepentingan politiknya masing-masing.²⁰ Oleh karena itu pandangan ini menjadi tidak realistis dan sukar untuk karena masing-masing negara akan menggunakan hukum nasionalnya sendiri untuk melegitimasi tindakannya.

Adapun aliran monisme primat HI beranggapan sebaliknya dengan aliran monisme primat HN. Menurut aliran ini, hukum nasional berasal dari hukum internasional. Sehingga jika terjadi konflik antara kedua perangkat hukum tersebut maka hukum internasional-lah yang harus diutamakan. Pandangan demikian memang sangat ideal untuk membentuk suatu tatanan tertib internasional. Tapi di sisi lain, pandangan ini pun tidak lepas dari kelemahan-kelemahan.

Kelemahan tersebut terletak pada ketidak sesuaian pandangan ini dengan realita bahwa hukum nasional lebih dulu ada dari pada hukum internasional. Demikian pula dengan realita bahwa banyak dari hukum internasional bersumber dari hukum internasional.²¹

b. Teori Dualisme

Aliran kedua yang membahas hubungan hukum nasional dan hukum internasional adalah aliran dualisme. Aliran ini bersumber dari pandangan *obyektivis* yang menganggap bahwa daya ikat hukum internasional

²⁰ Mochtar Kusumatmaja, *op.cit.*, hlm. 57-58

²¹ Sefriani, *Ibid.*, hlm. 87

bersumber dari kehendak negara.²² Oleh karena itu, menurut aliran ini antara hukum nasional dan hukum internasional merupakan sistem hukum yang berbeda. Sebagai konsekuensinya, aliran ini tidak lagi mempersoalkan permasalahan hierarki antara hukum nasional dan hukum internasional karena kedua perangkat hukum itu dapat hidup berdampingan.

Menurut anzilotti, sistem hukum internasional dan hukum nasional masing-masing dilandasi oleh prinsip yang berbeda. Hukum internasional dilandasi oleh prinsip *pacta sunt servanda* sedangkan hukum nasional dilandasi oleh prinsip dasar bahwa peraturan perundang-undangan harus ditaati.²³ Dengan demikian, antara hukum nasional dan hukum internasional itu sama sekali terpisah sehingga tidak mungkin terjadi pertentangan antara keduanya, yang mungkin hanya hanya penunjukan (*renvoi*) saja.

Setidaknya ada beberapa alasan yang dikemukakan oleh aliran dualisme untuk mengatakan bahwa antara hukum nasional dan hukum internasional merupakan dua sistem berbeda satu sama lain, yaitu; *pertama*, bahwa antara hukum nasional dan hukum internasional memiliki sumber hukum yang berbeda satu sama lain. Hukum nasional bersumber pada kemauan negara, sedangkan hukum internasional bersumber pada kemauan bersama dari negara sebagai bagian masyarakat internasional.

²² Mochtar, op.cit., hlm. 53.

²³ J.G. Starke, *Pengantar Hukum internasional*, cetakan kedua belas, Sinar Grafika, Jakarta. 2014, hlm. 97.

Kedua, bahwa kedua perangkat hukum tersebut memiliki subyek hukum yang berbeda. Subyek hukum nasional adalah orang perorangan baik dalam hukum perdata maupun hukum publik. Sedangkan subyek hukum internasional adalah negara. *Ketiga*, bahwa sebagai tata-hukum, terdapat perbedaan struktur dalam hukum nasional dan hukum internasional. Lembaga-lembaga yang diperlukan untuk melaksanakan hukum dalam kenyataannya hanya ada dalam bentuk sempurna dalam lingkungan hukum nasional. Dengan kata lain, hukum nasional memiliki integritas yang lebih sempurna dari pada hukum internasional.

Namun demikian, meskipun aliran dualisme ini lebih logis diterima oleh kalangan sarjana hukum, untuk masa sekarang pemisahan mutlak antara hukum nasional dan hukum internasional ini pun sudah tidak relevan lagi karena sudah terjadi perubahan dan perkembangan yang mendasar atas struktur masyarakat internasional dan hukum internasional itu sendiri.

F. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan meneliti bahan hukum pustaka. Penelitian ini mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum baik hukum positif maupun hukum non-positif seperti teori-teori dan doktrin-doktrin hukum dari para ahli.

2. Obyek Penelitian

Obyek dalam penelitian ini adalah urgensi penambahan kewenangan *judicial preview* sebagai mekanisme verifikasi konstusionalitas hasil ratifikasi perjanjian internasional terhadap Mahkamah Konstitusi.

3. Sumber Data Penelitian

Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah sumber hukum sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.

- a. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang terdiri dari instrumen-instrumen hukum baik hukum nasional maupun hukum internasional, yaitu Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang No. 24 tahun 2000 tentang perjanjian internasional, Konvensi Wina tahun 1969 tentang hukum perjanjian internasional, dan instrumen-instrumen hukum lainnya yang berkaitan dengan pokok pembahasan dalam penelitian ini.
- b. Bahan hukum sekunder berupa buku-buku literatur, makalah, jurnal, penelitian-penelitian terdahulu, dan karya-karya ilmiah lainnya yang memiliki relevansi dengan obyek penelitian.
- c. Bahan hukum tersier dapat diartikan sebagai sumber yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder

seperti kamus hukum, kamus besar Bahasa Indonesia dan kamus bahasa asing.

4. Metode Pendekatan

Penelitian ini menggunakan 3 (dua) model pendekatan. Pertama, pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu mendekati permasalahan dari sudut hukum positif sehingga bahan utama yang akan dianalisis adalah instrumen-instrumen hukum baik terdiri dari instrumen hukum nasional maupun instrumen hukum internasional. Kedua, pendekatan konseptual (*conceptual approach*), yaitu mendekati permasalahan dari sudut konseptual. Dimulai dengan mengidentifikasi prinsip-prinsip atau pandangan doktrin yang sudah ada untuk kemudian memunculkan gagasan baru. Dan ketiga, pendekatan kasus (*case approach*), yaitu mendekati permasalahan berdasarkan putusan hakim yang menyangkut permasalahan hubungan hukum nasional dan hukum internasional.

5. Analisis Bahan Hukum

Dalam penelitian ini, bahan-bahan yang terkumpul akan disistemisasi dan dianalisis secara deskriptif kualitatif berdasarkan pada prinsip-prinsip atau teori-teori hukum yang terdapat dalam dunia ilmu hukum untuk menghasilkan jawaban dan pemecahan terhadap persoalan-persoalan dalam rumusan masalah.

G. Sistematika Penulisan

Dalam hal ini, penulis akan membagi penulisan penelitian ini ke dalam beberapa bab sebagai berikut:

BAB I : PENDAHULUAN

Pada bab ini penulis akan membahas mengenai gambaran umum yang meliputi; Latar belakang, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Teori Metode Penelitian, dan Sistematika Penulisan

BAB II : KAJIAN PUSTAKA

Selanjutnya dalam bab II, penulis akan memaparkan tinjauan umum tentang Konstitusi dan Supremasi Konstitusi, Hierarki Norma Hukum dan Peraturan Perundang-undangan, Pengujian Peraturan Perundang-undangan, dan Perjanjian Internasional.

BAB III : PEMBAHASAN

Pada bab ini, penulis akan mencoba menganalisa permasalahan-permasalahan yang menjadi pokok pembahasan dalam penelitian, yaitu pengaturan perjanjian internasional, kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang pengesahan perjanjian internasional, dan urgensi penambahan kewenangan *judicial preview* terhadap hasil ratifikasi perjanjian internasional.

BAB IV : PENUTUP

Dalam bab ini, penulis akan mencoba menarik beberapa kesimpulan berdasarkan hasil analisis dan pembahasan terhadap permasalahan yang sudah dibahas pada bab sebelumnya.

BAB II

**TINJAUAN UMUM TENTANG KONSTITUSI,
HIERARKI NORMA HUKUM, PENGUJIAN PERATURAN PERUNDANG-
UNDANGAN, DAN PERJANJIAN INTERNASIONAL**

A. Konstitusi dan Supremasi Konstitusi

1. Pengertian Konstitusi

Dalam sejarah pemikiran politik dan hukum, pengertian konstitusi terus mengalami perkembangan dari waktu ke waktu. Dimulai dari zaman Yunani dan Romawi kuno, pengertian konstitusi sering dikaitkan dengan istilah *Respublica Constituere*, yang kemudian melahirkan adagium *Princeps Legibus Solutus Est, Salus Publica Supreme Lex*, yang berarti bahwa rajalah yang berhak menentukan struktur organisasi negara, karena dialah satu-satunya pembuat undang-undang.²⁴ Pada masa itu, pengertian konstitusi masih diartikan sebatas materil semata, dalam arti belum dituangkan dalam bentuk naskah tertulis seperti sekarang.

Meskipun demikian, pembedaan antara konstitusi dan hukum biasa pun sudah tergambar dalam pembedaan yang dilakukan oleh Aristoteles dalam menggunakan kata *politea* dan *nomoi*. Pengertian *politea* diartikan sebagai konstitusi, sedangkan *nomoi* diartikan sebagai undang-undang biasa. Kedua istilah tersebut memiliki perbedaan yang mendasar, yaitu bahwa *politea*

²⁴ Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, cetakan kedua, Yapemdo, Bandung, 2000, hlm. 68.

memiliki kekuasaan membentuk, sedangkan *nomoi* tidak memiliki kekuasaan membentuk karena hanya merupakan materi yang harus dibentuk agar supaya tidak tercerai berai.²⁵ Oleh karenanya, *politeia* menduduki posisi yang lebih tinggi dari pada *nomoi*.

Secara bahasa, istilah konstitusi merupakan padanan dari kata *constitution* (Inggris), *constitutie* (Belanda), *constitutionnel* (Perancis), *verfassung* (Jerman), *constitutio* (Latin). lebih lanjut menurut Wirjono Prodjodikoro istilah konstitusi berasal dari kata kerja “*constituer*” (Perancis) yang berarti membentuk, dalam hal ini yang dibentuk adalah suatu negara, oleh karena itu, konstitusi mengandung permulaan dari segala macam peraturan pokok mengenai sendi-sendi pertama untuk menegakkan bangunan besar yang bernama negara.²⁶

Dalam penyelenggaraan negara modern, konstitusi selalu menempati posisi penting. Hampir seluruh negara di dunia ini memiliki konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya. Konstitusi itu sendiri dapat berupa konstitusi tertulis, atau yang pada umumnya disebut sebagai Undang-Undang Dasar, dan dapat juga berupa konstitusi tidak tertulis²⁷. Tidak semua negara memiliki Undang-Undang Dasar dalam sistem ketatanegaraannya. Inggris merupakan salah satu negara yang kerap kali dijadikan contoh yang mencerminkan negara konstitusional yang

²⁵ Jimly Asshiddiqie, “Gagasan Dasar tentang Konstitusi...”, op.cit., hlm. 3.

²⁶ Anwar C, *Teori dan Hukum Konstitusi; Paradigma Kedaulatan dalam UUD 1945 (Pasca Perubahan), Implikasi Dan Implementasi Pada Lembaga Negara*, cetakan pertama, setara press, Malang, 2011, hlm. 58.

²⁷ Sri Soemantri mengartikan konstitusi itu sebagai Undang-Undang Dasar, yang diambil dari terjemahan *Groundwet* yang berasal dari kata “*ground*” yang berarti dasar dan kata “*wet*” yang berarti undang-undang. Lihat Sri Soemantri, *Prosedur Perubahan Konstitusi*, PT Alumni, Bandung, 1987, hlm. 1-2.

tidak memiliki Undang-Undang Dasar sebagaimana dimiliki oleh negara konstitusional lainnya.

Di Inggris, norma-norma konstitusi itu tidak pernah dituangkan dalam naskah Undang-Undang Dasar melainkan konstitusi itu tumbuh dan hidup berkembang dalam praktek ketatanegaraannya. Pengertian konstitusi dalam praktek ketatanegaraan Inggris ini tentu memiliki arti yang lebih luas dari pada pengertian Undang-Undang Dasar. Sebagaimana Philips Hood mengemukakan pendapatnya tentang pengertian konstitusi sebagai berikut: *“a body of laws, customs and conventions that define the composition and power of the organs of the state and that regulate the relations of the various state organs to one another and to the private citizen.”*²⁸

Menurut Philips, Konstitusi tidak hanya mencakup norma-norma yang tertuang dalam naskah Undang-Undang Dasar saja, tetapi juga meliputi aturan, adat istiadat, kebiasaan-kebiasaan yang mengatur hubungan-hubungan di antara berbagai organ negara satu sama lain, serta hubungan organ-organ negara itu dengan warga negara.

Begitu pula menurut Hermann Heller, Undang-Undang Dasar yang tertulis dalam satu naskah hanyalah merupakan salah satu bentuk atau sebagian saja dari pengertian konstitusi yang lebih luas, yaitu konstitusi yang hidup di

²⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, op.cit., hlm. 17.

tengah-tengah masyarakat.²⁹ Dengan kata lain, di samping konstitusi yang tertulis itu, terdapat nilai-nilai normatif yang hidup dalam kesadaran masyarakat luas yang juga termasuk ke dalam pengertian konstitusi dalam arti luas itu. Lebih lanjut, Hermann Heller kemudian membagi konstitusi dalam 3 (tiga) tingkatan³⁰, yaitu:

- a) *Die Politische Verfassung Als Gesellschaftlich Wirklichkeit*, yaitu konstitusi sebagai cerminan kehidupan sosial-politik dalam suatu masyarakat. Dengan kata lain, konstitusi masih sebatas kesepakatan-kesepakatan sosial-politik masyarakat yang belum dituangkan dalam bentuk hukum.
- b) *Die Verselbstandigte Rechtsverfassung*, yaitu konstitusi sebagai kaidah hukum. Pada tingkat ini, kesepakatan sosial-politik itu mulai dirumuskan dalam bentuk hukum tertentu, sehingga konstitusi itu menuntut pemberlakuan yang dapat dipaksakan dan setiap pelanggaran terhadapnya haruslah dapat dikenai ancaman sanksi yang pasti;
- c) *Die Gesherein Vervassung*, yaitu konstitusi sebagai peraturan tertulis. Norma-norma dasar yang tumbuh dalam masyarakat dituangkan dalam sebuah naskah resmi dan diterima sebagai hukum dasar dalam kehidupan bernegara. Tingkatan ini merupakan tingkatan tertinggi dalam pengertian konstitusi.

Berangkat dari pendapat Philips Hood dan Herman Heller di atas, maka dapat disimpulkan bahwa dalam konsep konstitusi itu selain mencakup peraturan tertulis, tercakup pula kebiasaan, konvensi-konvensi ketatanegaraan yang turut juga menentukan susunan dan kedudukan organ-organ negara, mengatur pola hubungan antar organ-organ negara itu, dan mengatur hubungan antara organ negara dan warga negara.

²⁹ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid 1*, cetakan pertama, Penerbit Sekretariat Jendral Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006. hlm. 124.

³⁰ I Dewa Gede Atmadja, *Hukum Konstitusi; Problematika Konstitusi Indonesia Sesudah Perubahan UUD 1945*, Edisi revisi, Setara Press, Malang, 2010, hlm. 33.

Kehadiran konstitusi dalam sistem ketatanegaraan memiliki tujuan khusus, yaitu membatasi kekuasaan sedemikian rupa untuk mengantisipasi terjadinya kesewenang-wenangan. Sebagaimana adagium terkenal yang pernah dikemukakan oleh Lord Acton “*power attends to corrupt, Absolute power attends to corrupts absolutely*”.³¹ Kekuasaan cenderung disalahgunakan oleh penguasa sehingga semakin besar kekuasaan yang dimiliki oleh penguasa maka semakin besar pula kecenderungan penyalahgunaan terhadap kekuasaan tersebut. Sebagaimana dikemukakan Ivo D. Duchacek, konstitusi dapat diartikan sebagai alat untuk mengidentifikasi sumber-sumber, tujuan-tujuan, penggunaan-penggunaan, dan pembatasan-pembatasan kekuasaan umum.³² Oleh karena itu, dalam perkembangannya, konstitusi selalu dikaitkan dengan konsep konstitusionalisme.

Di zaman sekarang ini, prinsip konstitusionalisme dianggap sebagai suatu konsep yang harus dianut bagi setiap negara modern. Konstitusionalisme merupakan sistem kelembagaan yang efektif mengatur pembatasan tindakan pemerintah yang didasarkan pada kesepakatan umum atau persetujuan (*consensus*) di antara mayoritas rakyat mengenai bangunan yang diidealkan berkenaan dengan negara. Hal ini dimaksudkan agar supaya rakyat dapat

³¹ Moh.Mahfud MD, “*Undang-Undang Dasar 1945 Sebelum Dan Sesudah Perubahan*” dalam Makalah yang disampaikan pada Seminar Konstitusi “Kontroversi UUD 1945 dan Pengaruhnya Terhadap Ketatanegaraan”, yang diselenggarakan oleh Pengurus Besar Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia (PB PMII) di Jakarta, 12 April 2007.

³² Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme.....*, op.cit., hlm. 17.

menikmati hak-haknya serta dapat memenuhi kebutuhannya baik secara materi, jasmani maupun rohani.³³

Konsensus yang menjadi kata kunci dalam tegaknya konstitusionalisme itu pada umumnya disandarkan pada tiga elemen kesepakatan (*consensus*), yaitu

- a) Kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (*the general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government*).
- b) Kesepakatan tentang *the rule of law* sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara (*the basis of government*).
- c) Kesepakatan tentang bentuk institusi-institusi dan prosedur-prosedur ketatanegaraan (*the form of institutions and procedures*).³⁴

Tanpa adanya Konsensus ini, maka kekuasaan negara akan runtuh sehingga pada akhirnya dapat menimbulkan perang saudara (*civil war*) atau revolusi. Hal ini misalnya, tercermin dalam tiga peristiwa besar dalam sejarah umat manusia seperti revolusi Perancis tahun 1789, revolusi Amerika pada tahun 1776, dan revolusi Rusia pada tahun 1917, ataupun peristiwa besar di Indonesia pada tahun 1945, 1965 dan 1998.³⁵

Kesepakatan (*consensus*) berkenaan dengan cita-cita bersama sangat menentukan tegaknya konstitusi dan konstitusionalisme di suatu negara. Karena cita-cita bersama itulah yang pada puncak abstraksinya paling mungkin mencerminkan kesamaan-kesamaan kepentingan di antara sesama warga masyarakat yang dalam kenyataannya harus hidup di tengah pluralisme atau

³³ Ibid.

³⁴ I Dewa Gede Atmadja, loc.cit., hlm. 34

³⁵ Jimly Ashiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*....., op.cit., hlm. 20-21.

kemajemukan. Oleh karena itu, di suatu masyarakat untuk menjamin kebersamaan dalam kerangka kehidupan bernegara, diperlukan perumusan tentang tujuan-tujuan atau cita-cita bersama yang biasa juga disebut sebagai falsafah kenegaraan atau *staatsidee* (cita negara) yang berfungsi sebagai *filosofische grondslag* dan *common platforms* atau *kalimatun sawa* di antara sesama warga masyarakat dalam konteks kehidupan bernegara.³⁶

2. Supremasi Konstitusi

Dari catatan sejarah, perkembangan ide konstitusionalisme selalu dikaitkan dengan konsepsi negara hukum. Dalam bukunya *The Statesman* dan *The Law*, Plato mengemukakan pandangannya mengenai negara hukum. Negara hukum bagi Plato merupakan bentuk paling baik kedua (*the second best*) guna mencegah kemerosotan kekuasaan seseorang adalah pemerintahan oleh hukum.³⁷

Secara konseptual, istilah negara hukum di Indonesia dapat disepadankan dengan dua istilah bahasa asing. Istilah pertama adalah *rechtsstaat* (bahasa Belanda), digunakan untuk menunjuk konsep negara hukum modern di Eropa Kontinental. Istilah kedua adalah *The Rule of Law* (bahasa Inggris), digunakan untuk menggambarkan konsep negara hukum dalam tradisi Anglo Saxon atau negara-negara yang menganut sistem hukum *common law*.³⁸

³⁶ Ibid., hlm. 21.

³⁷ Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi; suatu studi tentang ajudikasi konstitusional sebagai mekanisme penyelesaian sengketa normatif*, Cetakan pertama, Pradnya Paramita Jakarta, 2006, hlm. 59.

³⁸ Dewa Gede Atmadja, op.cit., hlm.157.

Dalam perkembangannya, konsep negara hukum mengandung setidaknya ada dua belas prinsip negara hukum, yaitu supremasi konstitusi (*supremacy of law*), persamaan dalam hukum (*equality before the law*), asas legalitas (*due process of law*), pembatasan kekuasaan (*limitation of power*), organ pemerintahan yang independen, peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*), peradilan tata usaha negara (*administrative court*), peradilan tata negara (*constitutional court*), perlindungan hak asasi manusia, bersifat demokratis (*democratische-rechtsstaats*), berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtsstaat*), serta transparansi dan kontrol sosial.³⁹

Dalam konteks ketatanegaraan Indonesia, ide negara hukum itu pun sudah lama diakomodasi dalam Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) baik sebelum maupun sesudah amandemen. Sebelum amandemen, konsep negara hukum itu tertuang dalam penjelasan UUD 1945, yang menentukan bahwa negara Indonesia berdasar atas hukum (*rechtsstaat*) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (*macthstaats*). Kemudian ditegaskan lagi dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil amandemen, yang menjelaskan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Dengan demikian, dapat diakui bahwa sejak kelahirannya, Indonesia menganut konsep negara hukum dan menolak konsep negara kekuasaan.

³⁹ Jimly Asshiddiqie, "Gagasan Dasar tentang...", op.cit., hlm. 18.

Menurut Jimly Asshiddiqie, dalam konsep negara hukum, setiap penyelenggaraan negara harus didasarkan pada hukum yang secara hierarkis berpuncak pada Konstitusi. Sebagaimana pendapat Carl Schmitt, Undang-Undang Dasar atau *Vervassung* merupakan keputusan politik tertinggi dalam suatu negara. Oleh sebab itu, apa yang tertuang dalam Undang-Undang Dasar itu harus dijadikan pedoman bagi pemerintah dalam menyelenggarakan negara.⁴⁰ Hal inilah yang kemudian lebih dikenal dengan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah harus diselesaikan berdasarkan hukum yang berpuncak pada konstitusi sebagai hukum tertinggi.

Prinsip supremasi konstitusi juga terwujud dalam pengakuan terhadap konstitusi sebagai sumber hukum bagi pembentukan peraturan perundang-undangan dalam sebuah negara. Konstitusi merupakan hukum tertinggi yang bersifat fundamental, karena konstitusi itu sendiri merupakan sumber legitimasi atau landasan otorisasi bentuk-bentuk hukum atau peraturan-peraturan perundang-undangan lainnya. Oleh karena itu, sesuai dengan prinsip hukum yang berlaku *Lex superior derogate legi inferior*, maka peraturan-peraturan yang tingkatannya berada di bawah Undang-Undang Dasar itu tidak boleh bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi tersebut.

Berkaitan dengan itu, Hans Kelsen mengemukakan pendapatnya tentang validitas norma, bahwa suatu peraturan perundang-undangan hanya akan valid jika berdasarkan pada konstitusi. Sebaliknya peraturan perundang-undangan itu

⁴⁰ Ibid., hlm. 15-16.

tidak valid jika bertentang dengan konstitusi, sehingga dapat saja dibatalkan oleh lembaga yang berwenang melalui mekanisme pengujian konstitusional.⁴¹ Menurut Hans Kelsen, sebuah konstitusi sebagai norma dasar (*Basic Norm*) merupakan “*The validity of the First constitution is the last presupposition, the final postulate, upon which the validity of all the norms of our legal order depends*”.⁴² Demikian juga menurut Hans Nawiasky yang mengatakan bahwa *Staatsfundamentalnorm* adalah *Geltungsbedingung Order Geltungsvoraussetzung Der Verfassung*. Sebuah konstitusi dalam arti material ternyata mengandung aturan-aturan yang mengatur pembentukan norma hukum yang bersifat umum, khususnya undang-undang. Konstitusi berisi syarat-syarat bagi terbentuknya hukum perundang-undangan (*Gesetzesrecht*), sebagai mana *Fundamentalnorm* bagi hukum konstitusi (*Verfassungsrecht*).⁴³

B. Hierarki Norma Hukum dan Perundang-Undangan Indonesia

1. Hierarki Norma Hukum

Dalam tataran teoritis, tata urutan atau hierarki peraturan perundang-undangan seringkali dikaitkan dengan ajaran Hans Kelsen mengenai *Stufenbau Des Recht* atau *The Hierarchie of Law* yang menyatakan bahwa kaidah hukum merupakan susunan berjenjang dimana kaidah hukum yang lebih rendah bersumber dari kaidah hukum yang lebih tinggi. Norma yang lebih tinggi itu

⁴¹ Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, diterjemahkan oleh, Roisul Muttaqien, *General Theory of Law and State*, cetakan kesembilan, Nusa Media, Bandung, 2014, hlm. 223-224.

⁴² Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum....*, op.cit., hlm. 161.

⁴³ Ni'matul Huda, op.cit., hlm. 30-31.

pun bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi. Kemudian begitu seterusnya sampai pada puncak norma dasar yang tidak dapat ditelusuri lagi validitasnya. Kaidah dasar itu disebut *Grundnorm* atau *ursprungnorm*, yaitu asas-asas hukum yang bersifat abstrak, bersifat umum, atau hipotesis.⁴⁴

Namun demikian, jika dilakukan penelusuran lebih lanjut, sebelum Hans Kelsen mengemukakan teori hierarki atau jenjang tata hukum, sebenarnya teori hierarki dan perjenjangan norma hukum ini pun telah lebih dulu ditulis oleh seorang murid Kelsen sendiri, yaitu Adolf Merkl (1836-1896) dengan teori yang oleh Jellie disebut *Stairwell Structure of The Legal Orde*. Teori ini menjelaskan tentang tahapan hukum (*Die Lehre Vom Stufenbau Der Rechtsordnung*) yaitu bahwa norma hukum itu selalu memiliki dua wajah (*das Doppelte Rechtsantlizt*). Suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma di atasnya, tetapi ke bawah ia menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum di bawahnya. Sehingga suatu norma itu memiliki masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif oleh karena masa berlakunya suatu norma itu tergantung pada norma hukum di atasnya. Apabila norma hukum di atasnya dicabut atau dihapus, maka norma-norma yang berada di bawahnya akan tercabut dan terhapus pula. Hal ini pula yang kemudian menjadikan

⁴⁴ Ibid., hlm 161

norma dasar dalam kedudukannya sebagai norma hukum tertinggi menjadi tempat bergantungnya norma-norma lain di bawahnya.⁴⁵

Ada perbedaan antara norma dasar yang dikemukakan oleh Merkl dengan *Grundnorm* yang dikemukakan oleh Hans Kelsen. Menurut Merkl norma dasar yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma di bawahnya itu sewaktu-waktu bisa saja berubah sesuai dengan perkembangan politik hukum dalam negara yang bersangkutan. Sedangkan norma dasar atau dalam istilah Hans Kelsen disebut dengan *Grundnorm* adalah sesuatu yang abstrak, diasumsikan, tidak tertulis, dan berlaku secara universal. Ia menjadi landasan segala sumber hukum dalam arti formal yang bersifat *Metajuristic*.⁴⁶

Dalam perkembangannya, teori Hans Kelsen ini pun kemudian dikembangkan oleh Hans Nawiasky (1945) dengan mengaktualisasikan pada suatu negara, yang kemudian memunculkan teori *Die Lehre vom dem Stufenaufbau der Rechtsordnung* atau *Stufenordnung der Rechtsnormen* yang mengemukakan bahwa selain norma itu berjenjang dan berlapis-lapis sebagaimana teori Hans Kelsen. Norma hukum dalam suatu negara dapat dikelompokkan menjadi empat kelompok besar yang terdiri dari; (1) *Staatsfundamentalnorm* (Norma fundamental negara), (2) *Staatsgrundgesetz* (Aturan Dasar), (3) *Formell Gesetz* (Undang-Undang formal), dan (4)

⁴⁵ Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan*, cetakan kelima, Kanisius, Yogyakarta, 2002, hlm. 25-26.

⁴⁶ Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia*, Kerjasama Konstitusi Press, Jakarta & Citra Media, Yogyakarta, 2006, hlm. 55-56

Verordnung & Autonome satzung (Aturan pelaksana dan Aturan otonom).⁴⁷

Keempat norma ini hampir selalu ada dalam tata susunan norma hukum suatu negara. Walaupun antara negara satu dengan negara lainnya memiliki perbedaan istilah ataupun jumlah norma hukum pada masing-masing kelompok.

Keempat kelompok besar norma hukum tersebut akan dijelaskan secara berurutan sebagai berikut;

1. *Staatsfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara)

Norma fundamental negara merupakan norma hukum tertinggi dalam tatanan hukum nasional negara yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma lain yang berada di bawahnya. Dikatakan sebagai norma tertinggi karena Norma fundamental negara ini tidak dapat lagi ditelusuri validitasnya, dengan kata lain keberadaannya merupakan puncak dari susunan hierarki norma yang ada. Dari situlah norma-norma lain bersumber dan berdasar sehingga memiliki validitas sebagai sebuah norma yang berlaku.⁴⁸

Menurut Hans Nawiasky, norma fundamental negara mengandung norma yang menjadi dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*Staatsverfassung*) negara, termasuk norma pengubahannya. Ia lebih dulu ada sebelum konstitusi dan Undang-Undang Dasar itu ada. Karena pada hakikatnya, hukum norma

⁴⁷ Ni'matul Huda dan Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Cetakan Pertama, Nusa Media, Bandung, 2011, hlm. 27-28

⁴⁸ Maria Farida, op.cit, hlm. 28

fundamental negara ialah syarat bagi berlakunya konstitusi atau Undang-Undang Dasar.⁴⁹

Dari sini juga terlihat ada perbedaan antara pandangan Hans Nawiasky mengenai tatanan hierarki norma hukum itu dengan tatanan hierarki norma hukum menurut *Stufentheori* yang dikemukakan Hans Kelsen. Perbedaan itu terletak pada pandangan Hans Nawiasky yang membedakan norma-norma itu ke dalam empat kelompok yang berlainan, sedangkan Hans Kelsen tidak mengelompokkannya. Perbedaan lainnya ialah bahwa teori Hans Kelsen masih membahas jenjang secara umum dalam arti berlaku untuk semua jenjang norma termasuk norma hukum negara, sedangkan Hans Nawiasky membahas jenjang itu secara lebih khusus, yaitu dihubungkan dengan suatu negara.⁵⁰

Selain perbedaan-perbedaan tersebut, di dalam teorinya, Hans Nawiasky menyebutkan norma dasar negara itu bukan dengan sebutan *Staatsgrundnorm*, melainkan dengan sebutan *Staatsfundamentalnorm*. Hans Nawiasky berpendapat bahwa apabila dipakai istilah *Staatsgrundnorm*, pengertian *Grundnorm* itu mempunyai kecenderungan untuk tidak berubah atau bersifat tetap, sedangkan di

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Maria Farida, op.cit, hlm. 29

dalam suatu negara, norma dasar itu dapat berubah sewaktu-waktu karena adanya suatu pemberontakan, kudeta, dan sebagainya.

Jika dikaitkan dengan sistem norma hukum Indonesia, Pancasila merupakan norma fundamental negara yang merupakan norma hukum tertinggi. Pancasila juga merupakan perwujudan dari cita hukum yang harus dijadikan pedoman dalam pembentukan norma-norma hukum lainnya termasuk konstitusi dan Undang-Undang Dasar. Hal ini didasarkan bahwa pada Pembukaan UUD 1945 itu terkandung Pancasila dan norma-norma dasar yang merupakan *staatsfundamentalnorm*, yaitu norma hukum tertinggi yang bersifat *pre-supposed* dan merupakan landasan filosofis yang mengandung kaidah-kaidah dasar bagi pengaturan negara.

Pancasila yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945 merupakan cita hukum (*recthside*) yang merupakan sumber dari segala sumber hukum yang berlaku di negara Indonesia.⁵¹ Selain itu, terkandung pula aturan pokok negara atau *staatsgroundgesetz* atau aturan dasar negara/ aturan pokok negara yang merupakan garis-garis besar atau pokok kebijaksanaan negara untuk menggariskan tata cara membentuk peraturan perundang-undangan yang mengikat umum. Sifat dari norma

⁵¹ Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan; Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, cetakan kedua, Rineka Cipta, Jakarta, 1997, hlm. 24.

hukumnya masih bersifat garis besar dan pokok yang merupakan hukum tunggal, jadi belum dilekati oleh norma hukum sekunder.⁵²

2. *Staatsgrundgesetz* (Aturan Dasar)

Staatsgrundgesetz adalah norma yang kedudukannya berada di bawah *Staatsfundamentalnorm*. Norma-norma dari *Staatsgrundgesetz* ini merupakan aturan-aturan yang bersifat pokok dan merupakan aturan-aturan umum yang masih bersifat garis besar sehingga masih merupakan norma tunggal dan belum disertai norma sekunder. Suatu aturan dasar/pokok negara dapat dituangkan dalam dokumen negara yang disebut dengan Undang-Undang Dasar, atau dapat pula dituangkan dalam beberapa dokumen negara yang tersebar yang disebut dengan istilah *Staatsgrundgesetz*.⁵³

Menurut A. Hamid Attamimi, sebagaimana dikutip Aziz Syamsudin, isi penting bagi aturan dasar, selain garis-garis besar atau pokok-pokok kebijaksanaan negara, juga terutama aturan-aturan untuk memberlakukan dan memberikan kekuatan mengikat pada norma-norma hukum peraturan perundang-undangan. Atau dengan perkataan lain, menggariskan tata cara membentuk peraturan perundang-undangan yang mengikat umum.⁵⁴

⁵² Ni'matul Huda, op.cit., hlm. 39-40

⁵³ Ibid., hlm 30

⁵⁴ Aziz Syamsudin, *Proses dan Teknik Penyusunan Undang-Undang*, cetakan pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 19.

Dalam konteks ketatanegaraan Indonesia, aturan dasar atau *Staatsgrundgesetz* ini tertuang dalam batang tubuh Undang Dasar 1945 dan ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (Tap MPR), serta dalam hukum dasar tidak tertulis yang sering disebut dengan konvensi ketatanegaraan. Aturan dasar atau *Staatsgrundgesetz* merupakan dasar bagi pembentukan Undang-Undang (*Formell Gesetz*) dan peraturan yang lebih rendah lainnya.

3. *Formell Gesetz* (Undang-Undang Formal)

Selanjutnya, kelompok norma yang berada di bawah norma dasar adalah *Formell Gesetz*. Berbeda dengan norma-norma yang ada di atasnya, norma-norma undang-undang ini sudah merupakan norma-norma yang lebih kongkret dan terinci serta sudah dapat langsung berlaku dalam masyarakat. norma-norma dalam Undang-Undang ini tidak saja hanya bersifat tunggal, tetapi norma-norma hukum itu sudah dapat diakui sebagai norma sekunder disamping norma-norma primer lainnya. Sehingga norma-norma hukum ini dapat mencantumkan norma-norma sanksi, baik itu sanksi pidana atau sanksi pemaksa. Selain itu, Undang-Undang ini berbeda dengan peraturan-peraturan lainnya karena Undang-Undang merupakan norma-norma hukum yang selalu dibentuk oleh lembaga legislatif.⁵⁵

⁵⁵ Maria Farida, op.cit hlm 51-52

4. *Verordnung & Autonome satzung* (Aturan Pelaksana dan Aturan Otonom)

Verordnung & Autonome satzung merupakan kelompok norma terakhir dalam tatanan hierarki norma hukum. *Verordnung & Autonome satzung* ini adalah norma-norma pelaksana dan norma-norma otonom yang terletak di bawah Undang-Undang yang berfungsi menyelenggarakan ketentuan-ketentuan yang termuat dalam Undang-Undang. Oleh karena itu, peraturan pelaksana ini bersumber dari kewenangan delegasi, sedangkan peraturan otonom bersumber dari kewenangan atribusi.⁵⁶

Atribusi kewenangan dalam peraturan perundang-undangan ialah pemberian kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan yang diberikan oleh Undang-Undang kepada lembaga negara tertentu. Kewenangan itu melekat terus menerus dan dapat dilaksanakan atas prakarsa sendiri setiap waktu diperlukan sesuai dengan batas-batas yang diberikan.

Delegasi kewenangan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan ialah pelimpahan kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kepada peraturan perundang-undangan yang lebih rendah. Hak pelimpahan dinyatakan dengan tegas maupun tidak.

⁵⁶ Ibid.

Berlainan dengan atribusi, pada delegasi kewenangan itu tidak diberikan, melainkan diwakilkan. dan selain itu, kewenangan delegasi itu bersifat sementara dalam arti kewenangan itu dapat diselenggarakan selama pelimpahan kewenangan itu masih ada.

Menurut Hamid. S. Attamimi, jika dikaitkan dengan teori Hans Nawiasky (*Stufenordnung der Rechtsnormen*) maka tata struktur hukum Indonesia dapat diklasifikasikan dengan tingkatan-tingkatan sebagai berikut:⁵⁷

1. *Staatsfundamentalnorm*: Pancasila (Pembukaan UUD 1945)
2. *Staatsgrundgesetz* : Batang tubuh UUD 1945, Tap MPR, dan Konvensi-konvensi Ketatanegaraan.
3. *Formell Gesetz* : Undang-Undang
4. *Verordnung & Autonome satzung* : secara hierarkis mulai dari Peraturan Pemerintah sampai Keputusan Bupati atau Walikota.

2. Peraturan Perundang-Undangan Indonesia

Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang berisi norma-norma hukum yang mengikat untuk umum, baik yang ditetapkan oleh legislator atau lembaga-lembaga pelaksana undang-undang yang mendapatkan delegasi kewenangan dari undang-undang untuk menetapkan peraturan-peraturan tertentu menurut peraturan yang berlaku.⁵⁸ Semua peraturan yang mengikat itu disusun secara hierarkis untuk menentukan kedudukannya,

⁵⁷ Jimly, *Pengantar Ilmu Hukum Tata...*, op.cit., hlm 171

⁵⁸ Lihat Pasal 1 angka 1 UU No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

dengan konsekuensi jika ada dua peraturan yang bertentangan maka peraturan yang lebih tinggilah yang harus dimenangkan.⁵⁹

Seperti halnya yang dikemukakan oleh Hans Kelsen dan Hans Nawiasky mengenai teori tatanan dan hierarki norma hukum yang berlaku dalam sebuah negara, Indonesia memiliki tatanan dan hierarki peraturan perundang-undangan dalam sistem hukum nasionalnya. Pengaturan hierarki peraturan perundang-undangan itu pernah tertuang dalam beberapa instrumen hukum Indonesia dan mengalami perubahan dari waktu ke waktu. Tercatat lima kali sudah pengaturan mengenai hierarki peraturan perundang-undangan itu mengalami perubahan. Dimulai dari berlakunya TAP MPRS No. XX/MPR/1966, TAP MPR Nomor III/MPR/2000, Undang-Undang No. 10 Tahun 2004, dan yang terakhir Undang-Undang No. 12 Tahun 2011.

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan undang-undang BAB II Pasal 7 ayat (1) dijelaskan tentang hierarki, dan materi muatan perundang-undangan. Hierarki peraturan perundang-undangan tersebut terdiri atas:

- a) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,
- b) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat/Sementara,
- c) Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang,
- d) Peraturan Pemerintah,

⁵⁹ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, cetakan ketiga, Rajawali Press, Jakarta, 2012, hlm. 256.

- e) Peraturan Presiden,
- f) Peraturan Daerah Provinsi,
- g) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Selain peraturan-peraturan sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 7 ayat (1) di atas, ada juga peraturan-peraturan lain seperti peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, Badan, Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan undang-undang atau pemerintah atas perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat. Keberadaan peraturan-peraturan tersebut diakui dan memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.⁶⁰ Selain peraturan-peraturan di atas tentu masih banyak lagi peraturan lainnya yang keberadaannya juga diakui dan memiliki kekuatan hukum mengikat.

Dalam hal undang-undang diduga bertentangan dengan UUD 1945, maka pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Sedangkan untuk peraturan perundang-undangan yang diduga bertentangan dengan undang-undang, pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Agung.⁶¹ Hal ini

⁶⁰ Lihat Pasal 8 ayat (1) dan ayat (2) UU No.12 Tahun 2011

⁶¹ Lihat Pasal 9 ayat (1) dan ayat (2) UU No.12 Tahun 2011

dimaksudkan agar tidak ada pertentangan antara peraturan yang tinggi dengan peraturan yang lebih rendah.

Peraturan perundang-undangan itu adalah segala bentuk peraturan negara dari jenis yang tertinggi di bawah Undang-Undang Dasar sampai dengan yang terendah, yang dihasilkan dan ditetapkan secara attributif dari peraturan yang lebih tinggi atau secara delegasi dari pemegang kekuasaan pembentuk undang-undang (*legislative power, wetgevende macht, atau gesetzgebende gewalt*). Banyak kalangan yang mempersamakan antara perundang-undangan dengan undang-undang, padahal keduanya tidaklah sama karena undang-undang merupakan bagian dari peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan terdiri dari undang-undang dan berbagai peraturan perundang-undangan lainnya. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa peraturan perundang-undangan lebih luas daripada undang-undang.⁶²

3. Undang-Undang

Undang-Undang merupakan bentuk peraturan perundang-undangan yang dibentuk dengan persetujuan bersama antara Presiden dengan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), dan disahkan oleh Presiden serta diundangkan sebagaimana mestinya atas perintah presiden.⁶³ Akan tetapi adakalanya terhadap undang-undang tertentu, pembahasan bersama tidak dilakukan dengan DPR saja, melainkan juga melibatkan Dewan Perwakilan Daerah

⁶² Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara...*, op.cit., hlm. 208-209.

⁶³ Lihat Pasal 1 angka 1 dan angka 2 UU No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

(DPD).⁶⁴ Produk undang-undang ini merupakan bentuk hukum yang paling tinggi statusnya di bawah undang-undang dasar dan Tap MPR.⁶⁵

Jika dibandingkan dengan sistem hukum Belanda, undang-undang dapat disepadankan dengan *wet* yang mempunyai kedudukan tertinggi setelah *grondwet*, atau seperti Amerika Serikat dengan *Act (legislative act)* yang berada langsung di bawah *constitution*. Sebagai produk hukum, undang-undang baru mulai mengikat untuk umum sebagai *algemene verbindende voorschriften* (peraturan yang mengikat untuk umum), yaitu pada saat diundangkan.⁶⁶

Pengesahan dan pengundangan undang-undang dilakukan dengan cara menerbitkan naskah undang-undang dimaksud (*published*) dalam Lembaran Negara Republik Indonesia (LN-RI). Sedangkan untuk naskah penjelasannya diterbitkan dalam Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia (TLN-RI). Diterbitkannya undang-undang serta naskah penjelasannya dalam lembaran negara dan tambahan lembaran negara ini dimaksudkan sebagai media pengumuman (*publication*) agar setiap orang mengetahui. Namun tanggal efektifitas keberlakuan (*effective validity*) suatu undang-undang untuk dilaksanakan dalam praktik, tidak selalu bersamaan dengan tanggal

⁶⁴ Lihat Pasal 65 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011

⁶⁵ Lihat Hierarki Peraturan Perundang-undangan dalam Pasal 7 ayat 1 UU No. 12 Tahun 2011

⁶⁶ Jimly Ashiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara...*, op.cit., hlm. 205.

pengundangannya. Adakalanya tanggal keberlakuan undang-undang itu ditentukan secara berbeda dengan tanggal pengundangannya.⁶⁷

Di samping itu, Jimly Asshiddiqie secara jelas membedakan antara pengesahan undang-undang secara formil dan pengesahan undang-undang secara materiel. Pengesahan secara formil tercermin dalam ketentuan Pasal 20 ayat (4) UUD 1945, yaitu Presiden mengesahkan rancangan undang-undang (RUU) yang telah mendapatkan persetujuan bersama menjadi undang-undang. Sedangkan pengesahan secara materiel adalah pengesahan suatu rancangan undang-undang oleh dan dalam rapat paripurna DPR sebagai tanda bahwa suatu rancangan telah mendapat persetujuan bersama antara Presiden dan DPR.⁶⁸ Artinya, meskipun dari segi bentuknya RUU itu masih berupa rancangan yang belum disahkan oleh Presiden dan karena itu belum berlaku sebagai hukum yang mengikat, akan tetapi materi rancangan yang sudah dapat disahkan dalam rapat paripurna itu sudah menjadi *wet in materil zin*, meskipun belum menjadi undang-undang secara resmi atau *wet in formele zin*.

Dalam ilmu peraturan perundang-undangan, memang dibedakan antara pengertian antara undang-undang dalam arti materiel (*wet in materiele zin*) dan undang-undang dalam arti formil (*wet in formele zin*). Di Belanda *wet in formele zin* adalah setiap keputusan yang dibuat oleh *Regering* dan *Staten General*, terlepas apakah isinya suatu penetapan (*beschikking*) atau peraturan

⁶⁷ Ibid., hlm. 206-207.

⁶⁸ Ibid.

(*regeling*), jadi dalam hal ini yang dilihat adalah pembentuknya. Sedangkan *wet in materiele zin* adalah setiap keputusan yang dibentuk oleh *Regering* dan *Staten General*, maupun keputusan yang dikeluarkan oleh lembaga-lembaga lain asalkan isinya berupa pengaturan yang mengikat secara umum.⁶⁹

Berangkat dari kategori undang-undang tersebut, maka anggaran pendapatan dan belanja negara (APBN) dan persetujuan DPR terhadap suatu perjanjian internasional yang dituangkan dalam bentuk atau diberi baju hukum dalam bentuk undang-undang, termasuk dalam kategori *wet in formele zin*, karena dibentuk dan dibahas bersama oleh DPR dengan persetujuan bersama dengan presiden. Akan tetapi, dari segi isi atau materinya, UU APBN dan UU pengesahan perjanjian internasional itu sebenarnya bukanlah *wet in materiele zin*, yaitu norma hukum yang biasa dikenal dengan pengertian undang-undang.

Terdapat perbedaan dalam hal penerjemahan ke bahasa Indonesia dan pembagian kategori dari kedua istilah ini. Maria Farida menerjemahkan *wet in formele zin* sebagai undang-undang, sedangkan *wet in materiele zin* sebagai peraturan perundang-undangan. Lebih lanjut Maria Farida merujuk pada pandangan A. Hamid S. Attamimi, dengan mengacu praktek ketatanegaraan Belanda, memahami pengertian undang-undang dalam konteks ketatanegaraan Indonesia adalah produk hukum yang dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan DPR dalam rangka menyelenggarakan pemerintahan negara, sehingga dapat dipersamakan dengan *wet in formele zin*. Namun di sisi lain,

⁶⁹ Maria Farida, op.cit., hlm. 33.

Hamid Attamimi menjelaskan bahwa *wet in materiele zin* tidak hanya mencangkup undang-undang saja, melainkan seluruh peraturan yang mengikat umum. Oleh karena itu, untuk menghilangkan kerancuan pengertian, *wet in materiele zin* itu kemudian diterjemahkan dengan peraturan perundang-undangan. Sedangkan *wet in formele zin* sebagai undang-undang.⁷⁰

Adapun pendapat lain dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, yang menerjemahkan *wet in formele zin* sebagai undang-undang dalam arti formil, sedangkan *wet in materiele zin* sebagai undang-undang dalam arti materil. Lebih lanjut Jimly Ashiddiqie malah menganjurkan untuk memandang kategorisasi undang-undang itu hanya sebagai perbedaan perspektif atau cara pandang saja. Perbedaan keduanya dapat dilihat hanya dari segi penekanan atau sudut penglihatan, yaitu suatu undang-undang yang dapat dilihat dari segi materinya atau dilihat dari segi bentuknya, yang dapat dilihat sebagai dua hal yang sama sekali terpisah misalnya, bentuknya adalah telur, tetapi isinya adalah tempe.⁷¹

Selain itu, daya ikat norma yang terkandung dalam setiap undang-undang dapat dibedakan antara daya ikat yang bersifat umum dan daya ikat secara spesifik. Daya ikat secara umum juga mengikat semua subyek hukum secara tidak langsung, sedangkan daya ikat secara spesifik dan khusus secara langsung memang dimaksudkan untuk mengikat semua subyek hukum yang

⁷⁰ Ibid., hlm. 33-34.

⁷¹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang...*, op.cit., hlm. 34-35.

terkait. Oleh karenanya, UU APBN juga mengikat untuk umum dalam pengertian yang tidak langsung, meskipun secara khusus dan spesifik hanya mengikat pemerintah eksekutif berdasarkan APBN yang telah diundangkan.⁷²

Terlepas dari perbedaan pendapat tersebut, yang perlu dipahami adalah bahwa setiap keputusan tertulis yang ditetapkan oleh pejabat yang berwenang di bidang pengaturan yang berisi norma hukum dan mengatur tingkah laku yang mengikat untuk umum dapat disebut sebagai peraturan perundang-undangan, undang-undang hanyalah merupakan salah satu bentuk dari peraturan perundang-undangan. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan tidak selalu identik dengan undang-undang. Karena selain undang-undang, ada peraturan-peraturan lain juga merupakan bagian peraturan perundang-undangan. Undang-undang hanya mencakup peraturan yang yang dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan DPR.

C. Pengujian Peraturan Perundang-undangan

1. Macam-Macam Pengujian Peraturan Perundang-undangan

Dalam uraian sebelumnya telah dibahas bahwa hukum itu tersusun secara hierarkis yang menentukan derajatnya masing-masing dengan konsekuensi jika ada aturan hukum yang bertentangan satu sama lain, maka yang harus dimenangkan adalah peraturan yang lebih tinggi. Oleh karena itu, untuk memastikan terjadinya pertentangan norma tersebut harus dilakukan pengujian terhadap norma yang bersangkutan, apakah benar ia bertentangan dengan

⁷² Ibid., hlm. 130.

perturan di atasnya atau tidak (*norm control mechanism.*). Mekanisme demikian lebih dikenal dengan istilah *Toetsingsrecht* atau hak menguji peraturan perundang-undangan.

Secara ringkas, Sri Soemantri membedakan *Toetsingsrecht* atau hak menguji itu menjadi dua macam, yaitu hak menguji materil (*Formele Toetsingsrecht*) dan hak menguji formil (*Materiele Toetsingsrecht*). Yang dimaksud dengan hak menguji materil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk peraturan perundang-undangan terjelma sebagaimana prosedur dan cara-cara yang telah diatur atau ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau tidak. Sedangkan hak menguji formil merupakan kewenangan untuk menilai materi atau isi suatu peraturan perundang-undangan, apakah bertentangan atau tidak dengan peraturan yang secara hierarki lebih tinggi derajatnya.⁷³

Dalam praktek, dikenal ada tiga macam norma hukum yang dapat diuji. Ketiganya sama-sama merupakan bentuk norma hukum sebagai hasil dari proses pengambilan keputusan hukum, yaitu: (i) keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regelling*), (ii) keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administratif (*beschikking*), dan (iii) keputusan normatif yang

⁷³ Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, cetakan keempat, Penerbit Alumni, Bandung, 1986, hlm. 5-6.

berisi dan bersifat penghakiman (*judgment*) yang biasa disebut vonis (Belanda: *vonis*).⁷⁴

Pengujian terhadap norma-norma tersebut dapat dilakukan melalui mekanisme peradilan (*justisial*) ataupun mekanisme *non-justisia*. Masing-masing pengujian yang dilakukan oleh lembaga-lembaga tersebut memiliki sebutan yang berbeda satu sama lain, tergantung kepada lembaga apa kewenangan *toetsingsrecht* atau hak menguji itu itu diberikan. Jika proses pengujiannya dilakukan oleh lembaga peradilan, maka pengujian itu disebut sebagai *judicial review*. Namun jika pengujian itu dilakukan oleh lembaga legislatif, maka pengujian itu disebut sebagai *legislative review* atau *political review*. Sedangkan jika hak menguji itu diberikan kepada pemerintah, maka pengujian semacam itu disebut sebagai *executive review*, bukan *judicial review* ataupun *legislative review*.⁷⁵

Namun dalam perkembangannya, praktek di berbagai negara di dunia lebih cenderung mengadopsi konsep *judicial review* sebagai mekanisme kontrol terhadap peraturan perundang-undangan. Hal ini sejalan dengan pendapat Hans Kelsen yang mengatakan bahwa penerapan peraturan-peraturan konstitusi hanya dapat dijamin, jika organ selain lembaga legislatif diberi kewenangan untuk menguji apakah suatu undang-undang (hukum) sesuai atau tidak dengan

⁷⁴ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cetakan ketiga, Mahkamah Konstitusi Press, 2006, hlm. 1.

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 2-3.

konstitusi, dan untuk membatalkannya jika menurut organ ini peraturan tersebut tidak konstitusional atau bertentangan dengan konstitusi.⁷⁶

Dalam konsep pengujian undang-undang (*Toetsingsrecht*), khususnya berkaitan dengan pengujian yang dilakukan oleh kekuasaan kehakiman, dapat pula dibedakan antara istilah *judicial review* dan *judicial preview*. Jika pengujian itu dilakukan terhadap norma hukum abstrak dan umum (*general and abstract norms*) secara “*a posteriori*” atau setelah norma itu sudah sah sebagai undang-undang, maka pengujian itu disebut dengan *judicial review*. Akan tetapi, jika pengujian itu dilakukan secara “*a priori*”, yakni terhadap rancangan undang-undang yang telah disahkan oleh parlemen, tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya, maka pengujian itu disebut sebagai *judicial preview* atau *a priori abstract review*.⁷⁷

Selain itu, juga tidak kalah pentingnya untuk diketahui bahwa istilah *judicial review* juga harus dibedakan dengan *constitutional review* yang dalam kehidupan sehari-hari seringkali dipersamakan satu sama lain. Hal ini dikerenakan dalam tataran teoritis, antara *judicial review* dan *constitutional review* memiliki ruang lingkup pengertian yang berbeda. Suatu mekanisme pengujian hanya akan disebut sebagai *constitutional review*, jika yang dijadikan batu uji adalah konstitusi. Tapi di sisi lain, jika kewenangan *constitutional*

⁷⁶ Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, op.cit., hlm. 225.

⁷⁷ Jimly As-shiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional...*, op.cit., hlm. 6

review dilekatkan pada lembaga peradilan, maka kewenangan itu dapat pula disebut sebagai *judicial review*.⁷⁸

Demikian pula antara *constitutional review* dan *Legal Review* (pengujian legalitas). Dalam konteks ketatanegaraan Indonesia, Mahkamah Konstitusi melakukan *constitutional review* karena menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, sedangkan Mahkamah Agung melakukan *legal review* karena menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Oleh karena itu, tepatlah jika kewenangan Mahkamah Agung dikatakan sebagai *judicial review on the legality of regulation*, sedangkan Mahkamah Konstitusi disebut sebagai *judicial review on the constitutionality of legislative law or legislation*.⁷⁹

Ditinjau dari segi obyek pengujian, dapat dikatakan bahwa *judicial review* lebih luas daripada *constitutional review* karena obyek yang diujinya tidak hanya terbatas pada konstusionalitas undang-undang saja, tetapi mencakup legalitas seluruh peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Akan tetapi, jika ditinjau dari segi subyek, *judicial review* dapat pula mencakup pengertian yang lebih sempit karena hanya terbatas pada pengujian yang dilakukan oleh lembaga pengadilan saja. Sebaliknya, *constitutional review* dapat dilakukan oleh lembaga manapun, baik lembaga *judicial* maupun lembaga

⁷⁸ Ibid., hlm.7.

⁷⁹ Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian....*, op.cit., hlm. 6

non-judicial, tergantung pada kebijakan politik yang diambil oleh negara yang bersangkutan.⁸⁰

Di setiap negara, konsep-konsep *judicial review* itu sendiri memiliki perbedaan cakupan pengertian satu sama lain. Pada negara yang menggunakan *common law system* secara umum menggunakan istilah *judicial review* untuk merujuk pada pengujian yang dilakukan oleh lembaga peradilan terhadap seluruh peraturan perundang-undangan baik yang dikeluarkan oleh lembaga legislatif (*legislative acts*) maupun yang dikeluarkan oleh lembaga eksekutif (*executive acts*), serta tindakan administratif (*administrative action*) terhadap UUD. Pengujian tersebut pada umumnya dilakukan dalam kasus kongkrit.⁸¹

Begitu pula dengan negara yang menganut *civil law system*, Istilah *judicial review* tetap digunakan dalam membahas pengujian oleh lembaga peradilan, hanya saja walaupun menggunakan istilah yang sama yaitu *judicial review*, akan tetapi karena sistem hukum yang menjadi landasan berbeda, maka definisinya pun akan berbeda, dalam negara penganut sistem hukum civil law, *judicial review* merupakan upaya pengujian oleh lembaga peradilan terhadap produk hukum yang ditetapkan oleh lembaga legislatif, eksekutif, ataupun

⁸⁰ Ibid., hlm. 4.

⁸¹ M. Ali Syafaat, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, cetakan pertama, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2010, hlm. 84-85.

yudikatif, dalam rangka menerapkan prinsip *check and balance* berdasarkan sistem pemisahan kekuasaan (*separation of power*).⁸²

2. Model-Model Constitutional Review

Di berbagai negara, sejarah institusi *constitutional review* atau *judicial review* dalam arti pengujian konstusionalitas mengalami perkembangan yang cukup pesat seiring dengan dianutnya konsepsi negara hukum yang meletakkan konstitusi sebagai hukum tertinggi. Konstitusi yang tidak lain merupakan hukum dasar yang harus dijadikan pedoman dalam penyelenggaraan negara. Termasuk di dalamnya ketentuan yang menyatakan bahwa segala peraturan perundang-undangan dalam suatu negara, baik yang dibuat oleh legislatif maupun peraturan pelaksana yang dibuat oleh eksekutif, tidak boleh bertentangan dengan konstitusi itu sendiri.⁸³

Dapat dikatakan bahwa sejarah munculnya gagasan *constitutional review* itu bermula dari suatu sengketa yang terjadi dalam pengadilan Amerika Serikat di bawah pimpinan John Marshal pada tahun 1803, yang kemudian lebih dikenal dengan perkara Marbury versus Madison. Dalam putusannya, John Marshal Mahkamah Agung merupakan pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) yang bertanggung jawab agar norma dasar yang terkandung di dalamnya benar-benar ditaati dan diterapkan. Sehingga segala undang-undang buatan Kongres, bila bertentangan dengan konstitusi, harus dinyatakan *null and*

⁸² Ibid.

⁸³ Jimly As-shiddiqie, "Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi", Makalah Ketua Mahkamah Konstitusi RI, hlm, 18

void.⁸⁴ Sejak itulah ide *constitutional review* mengundang perdebatan kontroversial dan pada akhirnya diakui sebagai keniscayaan dalam praktik di seluruh negara demokrasi modern di dunia sampai sekarang.

Dalam perkembangan selanjutnya, George Jellinek pada akhir abad ke-19 mengembangkan gagasan agar kewenangan *constitutional review* seperti yang telah diterapkan oleh John Marshal di Amerika tersebut diterapkan di Austria. Sehingga kemudian pada tahun 1867, Mahkamah Agung Austria mendapatkan kewenangan menangani sengketa yuridis terkait dengan perlindungan hak-hak politik berhadapan dengan pemerintah. Gagasan ini kemudian dilanjutkan oleh Hans Kelsen dengan mendorong dibentuknya suatu lembaga yang diberi nama “*Verfassungsgerichtshoft*” atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung. Oleh karena itu, model ini sering disebut sebagai “*The Kelsenian Model*”.⁸⁵

Gagasan ini diajukan ketika Kelsen diangkat sebagai anggota lembaga pembaharu Konstitusi Austria (*Chancelery*) pada tahun 1919 – 1920 dan diterima dalam Konstitusi Tahun 1920. Inilah Mahkamah Konstitusi pertama di dunia.⁸⁶ Model ini menyangkut hubungan antara prinsip supremasi konstitusi (*the principle of the supremacy of the Constitution*) dan prinsip supremasi

⁸⁴ Jimly Ashiddiqie, “*Sejarah Constitutional Review dan Gagasan Pembentukan Mahkamah Konstitusi*”, Makalah The Three “E” Lecture Series, @america, Pasific Place, Level 3, Jakarta, senin, 18 Juni, 2012, hlm. 2.

⁸⁵ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi.....*, op.cit., hlm. 19.

⁸⁶ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional.....*, op.cit., hlm. 191-192.

parlemen (*the principle of the supremacy of the Parliament*).⁸⁷ Mahkamah konstitusi ini berfungsi sebagai penegak konstitusi dengan kewenangan untuk membatalkan suatu undang-undang jika bertentangan dengan konstitusi.

Walaupun demikian, keberadaan lembaga Mahkamah Konstitusi merupakan fenomena baru dalam dunia ketatanegaraan. Sebagian besar negara demokrasi yang sudah mapan, tidak mengenal lembaga Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri, melainkan diadopsikan ke dalam fungsi *Supreme Court* yang sudah ada di negara yang bersangkutan. Seperti Mahkamah Agung Amerika Serikat.

Pengalaman-pengalaman di berbagai negara tentu saja memperlihatkan bahwa tradisi yang mereka ikuti tidak sama dengan negara lain. Di dunia saat ini, gagasan *constitutional review* sudah banyak diterapkan di berbagai negara dengan varian-varian model yang beragam dan berbeda sesuai dengan kondisi perpolitikan negara yang bersangkutan. Dari berbagai varian pengujian konstitusional yang di praktekkan di negara-negara dunia, Menurut Jimly Asshiddiqie, setidaknya ada tiga model utama yang paling penting, yaitu Model Amerika Serikat (*Supreme Court* atau Mahkamah Agung), Model Austria (*Bundervervassungsgeric* atau Mahkamah Konstitusi), dan Model Perancis (*Conseil Constitutionnel* atau Dewan Konstitusi).⁸⁸

⁸⁷ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi....*, op.cit., hlm. 20.

⁸⁸ Jimly Ashiddiqie, "*Model-Model Pengujian....*", op.cit., hlm. 93.

Model Amerika Serikat (*Supreme Court* atau Mahkamah Agung), yaitu model pengujian yang terdesentralisasi atau tersebar (*desentralized model*) dan diperiksa di pengadilan biasa (Pengadilan yang ada di negara bagian/Mahkamah Agung Federal). Dengan kata lain, bahwa pengujian konstitusional itu tidak bersifat institusional sebagai perkara khusus yang berdiri sendiri, melainkan termasuk di dalam perkara umum yang diperiksa oleh hakim dalam semua lapisan pengadilan yang ada. Pada umumnya model pengujian ini diadopsi oleh negara yang menganut sistem hukum *common law*. Hal ini dikarenakan pada negara dengan *common law system* tidak dikenal adanya suatu peradilan khusus yang mengadili pegawai administratif negara sebagaimana dalam *civil law system*, oleh sebab itu, tindakan administrasi negara juga diadili di peradilan umum. Sistem ini dapat dikatakan konsisten dalam menerapkan salah satu prinsip unsur negara hukum (*Rule of Law*), yaitu prinsip persamaan di depan hukum.⁸⁹

Hal sebaliknya terjadi pada pengujian konstitusional model Austria yang tersentralisasi dan terpusat (*centralized model*) pada satu lembaga yaitu Mahkamah Konstitusi. Lembaga Mahkamah Konstitusi ini merupakan satu-satu lembaga yang dapat melakukan *constitutional review* di luar Mahkamah Agung dan lembaga-lembaga dalam cabang kekuasaan lainnya yang menjalankan kekuasaan otoritas publik. Dalam menjalankan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian konstitusional terutama terhadap norma-norma

⁸⁹ Ibid., hlm. 46-47.

yang bersifat abstrak, meskipun pengujian terhadap norma kongkret juga dimungkinkan. Selain itu, pengujian dalam model Austria ini dapat bersifat *a posteriori* ataupun bersifat *a priori*.⁹⁰

Kemudian model ketiga yaitu, pengujian model Perancis yang berbeda dengan model Amerika Serikat dan model Austria. Model Perancis ini didasarkan atas bentuk kelembagaan Dewan Konstitusi sebagai lembaga yang menjalankan fungsi pengujian konstusionalitas. Dalam melakukan pengujian konstusionalitas, Dewan Konstitusi berwenang menguji suatu undang-undang secara *a priori* atau dengan kata lain pengujian itu dilakukan terhadap rancangan undang-undang yang belum disahkan menjadi undang-undang. Oleh karena itu, model ini dapat juga disebut sebagai *a priori constitutional review* atau *judicial preview on the constitutionality of law*.⁹¹

Di samping itu, pengujian konstusional juga dilakukan oleh kamar khusus (*special chambers*) dari Mahkamah Agung secara terkonsentrasi (*desentralized model*) dalam perkara-perkara khusus. Hanya saja, pengujian yang dimaksud terbatas untuk pengujian yang bersifat preventif (*a priori review*) ataupun pengujian yang bersifat konsultatif. Namun demikian, dalam bidang-bidang tertentu, khususnya yang berhubungan dengan pemilihan umum, sifat pengujian yang dilakukan *special chambers* di Mahkamah Agung itu dapat bersifat represif (*a posteriori review*).

⁹⁰ Ibid., hlm. 50

⁹¹ Jimly Asshiddiqie, *Sejarah Constitutional Review...*, op.cit., hlm. 11.

Jangkauan pengawasan yang dilakukan Dewan Konstitusi tidak hanya terbatas pada *la loi* (undang-undang) saja, tetapi juga meliputi *le reglement* (peraturan). Konsepsi ini menentukan bahwa Dewan Konstitusi bertanggung jawab penuh terhadap terjadinya keselarasan produk hukum meliputi undang-undang organik secara umum dan peraturan tata tertib permanen *Nasional Assembly* dan *Senate*.⁹² Di samping itu, Dewan Konstitusi juga berwenang melakukan pengujian terhadap perjanjian internasional yang dilakukan oleh pemerintah. Jika perjanjian internasional tersebut dinyatakan bertentangan dengan UUD, maka ratifikasi atau persetujuannya tidak dapat dilakukan kecuali terjadi perubahan konstitusi.⁹³

3. *Constitutional Review* Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia

Seperti yang dikemukakan sebelumnya, bahwa gagasan *constitutional review* sudah banyak diterapkan di berbagai negara dengan tahapan-tahapan yang beragam dan berbeda sesuai dengan kondisi perpolitikan negara yang bersangkutan. Ada yang melembagakan fungsi pengujian konstitusional itu dalam lembaga tersendiri bernama Mahkamah konstitusi atau Dewan Konstitusi (*conseil constitutionnel*). Ada pula yang mengadopsikan fungsi pengujian konstitusional itu dalam lembaga yang sudah ada, yaitu Mahkamah Agung (*Supreme of Court*). Ada pula yang memberikan kewenangan untuk menjalankan fungsi pengujian konstitusional itu kepada badan-badan khusus

⁹² Jimly Asshiddiqie & Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, cetakan pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 155.

⁹³ Ibid.

dalam kerangka lembaga-lembaga lain seperti badan-badan pengadilan yang sudah ada; dan bahkan ada pula negara yang tidak menerima konsepsi pengujian konstitusional itu sama sekali.⁹⁴

Di Indonesia sendiri, pelembagaan terhadap ide pengujian konstitusional dalam sistem ketatanegaraan baru bisa dilaksanakan secara efektif setelah terjadinya perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD 1945), yakni setelah dibentuknya Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, salah satu lembaga peradilan yang berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) sekaligus sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*).

Keberadaan lembaga Mahkamah Konstitusi ini diharapkan tidak hanya sekedar merubah paradigma struktur ketatanegaraan Indonesia atau sistem pemerintahan, melainkan diharapkan mampu menjadi lembaga penyeimbang atau lembaga pengawas yang meampu melaksanakan prinsip *checks and balances*, dan disamping itu bahwa lembaga Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan mengawasi terhadap penyelenggaraan negara atau pemerintahan. Kewenangan inilah yang kemudian lebih dikenal dengan sebutan *judicial review* karena dilekatkan kepada lembaga peradilan, yaitu Mahkamah Konstitusi.

⁹⁴ Jimly As-shiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Pertama, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta., 2010. hal. 1

Namun jika ditinjau dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia, pemikiran mengenai pentingnya suatu pengadilan konstitusi sebenarnya telah muncul jauh sebelum kemerdekaan Indonesia. Pada saat pembahasan rancangan UUD dalam sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), anggota BPUPKI Muhammad Yamin telah mengemukakan pendapat bahwa Mahkamah Agung (MA) perlu diberi kewenangan untuk membanding Undang-Undang. Namun sayangnya, ide ini ditolak oleh Soepomo berdasarkan dua alasan, pertama, UUD yang sedang disusun pada saat itu (yang kemudian menjadi UUD 1945) tidak menganut paham trias politika. Kedua, pada saat itu jumlah sarjana hukum kita belum banyak dan belum memiliki pengalaman mengenai hal ini.⁹⁵

Pada saat pembahasan perubahan UUD 1945 dalam era reformasi, pemikiran mengenai pentingnya suatu Mahkamah Konstitusi muncul kembali seiring dengan terjadinya pergeseran radikal terhadap sistem ketatanegaraan Indonesia. MPR yang dulunya dianggap sebagai penjelmaan kedaulatan rakyat, setelah perubahan UUD 1945 ditetapkan tidak lagi berkedudukan sebagai lembaga tertinggi negara. Oleh karena itu, seiring dengan beralihnya supremasi MPR kepada supremasi konstitusi, maka perlu disediakan sebuah mekanisme institusional dan konstitusional serta hadirnya lembaga negara yang mengatasi kemungkinan sengketa antar lembaga negara yang kini telah menjadi sederajat serta saling mengimbangi dan saling mengendalikan (*checks and balances*).

⁹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi....*, op.cit., hlm. 20-21.

Demikian pula, muncul desakan agar tradisi pengujian peraturan perundang-undangan perlu ditingkatkan tidak hanya terbatas pada peraturan di bawah undang-undang melainkan juga atas undang-undang terhadap UUD. Kewenangan melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD itu diberikan kepada sebuah mahkamah tersendiri di luar Mahkamah Agung. Hingga akhirnya ide tentang Mahkamah Konstitusi itu pun kemudian dituangkan dalam Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24 C UUD 1945 yang menjadi bagian Perubahan Ketiga UUD 1945. Dengan disahkannya dua pasal tersebut, maka Indonesia menjadi negara ke-78 yang membentuk MK dan menjadi negara pertama pada abad ke-21 yang membentuk lembaga kekuasaan kehakiman tersebut.⁹⁶

Berdasarkan ketentuan Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat untuk menguji undang-undang terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, dan memutus pembubaran partai politik, memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Di samping itu, menurut Pasal 24 C ayat (2) UUD 1945, Mahkamah Konstitusi juga berwenang untuk memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wapres telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela dan/atau pendapat bahwa

⁹⁶ Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi...*, op.cit., hlm. 262-263.

Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/ atau Wakil Presiden.

Dalam menjalankan tugasnya sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of the constitution*) dan sebagai penafsir konstitusi yang bersifat final (*the final interpreter of the constitution*), berdasarkan ketentuan Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat untuk menguji undang-undang terhadap UUD. Hal ini dimaksudkan dalam rangka menjamin konstusionalitas pelaksanaan, baik dalam bentuk aturan hukum maupun tindakan penyelenggara negara.

Berkaitan dengan uji konstusionalitas undang-undang, Mahkamah Konstitusi dapat menguji suatu undang-undang baik dari segi materil maupun formil. Pengujian formil berkaitan dengan prosedur, apakah suatu undang-undang dibuat berdasarkan prosedur yang ditetapkan oleh konstitusi atau tidak. Dalam hal suatu undang-undang dibuat tidak berdasarkan prosedur atau formalitas yang ditetapkan Undang-Undang Dasar, maka undang-undang yang dimaksud dapat dibatalkan secara keseluruhan. Sedangkan pengujian materil berkenaan dengan materi undang-undang, apakah suatu undang-undang, baik sebagian maupun secara keseluruhan, bertentangan atau tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Jika bertentangan dengan Undang-Undang

Dasar, maka materi yang bersangkutan dapat dibatalkan dan dinyatakan tidak memiliki kekuatan mengikat.⁹⁷

Namun demikian, dalam perjalanannya, kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam melakukan konstiusionalitas undang-undang itu pernah tereduksi oleh Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Sebab berdasarkan Pasal 50 itu, UU yang dapat diuji oleh Mahkamah Konstitusi hanyalah terbatas pada undang-undang yang diundangkan setelah terjadinya perubahan UUD 1945. Akan tetapi Pasal 50 itu kemudian dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam perkara No. 006/PUU-II/2004, dengan alasan hukum bahwa ketentuan tersebut bertentangan dengan ketentuan Pasal 24 C ayat (1) sehingga dinyatakan inkonstitusional dan tidak mengikat.⁹⁸

Selain itu, ruang lingkup undang-undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi juga meliputi pengertian undang-undang dalam arti formil (*wet in formele zin*) dan undang-undang dalam arti materil (*wet in materiele zin*). Perkara berkaitan dengan pengujian terhadap undang-undang formil seperti pengujian UU tentang APBN, UU tentang pembentukan kabupaten, dan UU yang berkaitan dengan lembaga negara tertentu seperti UU tentang Komisi Yudisial, bahkan UU tentang Mahkamah Konstitusi sendiri pernah diujikan dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi. Dalam Prakteknya, Mahkamah Konstitusi tidak membedakan antara undang-undang formil dan undang-undang materil

⁹⁷ Pasal 57 ayat (1-2) Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

⁹⁸ M. Ali Syafaat, op.cit., hlm. 86-87.

untuk dijadikan obyek pengujian berdasarkan Pasal 24 Perubahan Ketiga UUD 1945.

Setidaknya ada tiga pertimbangan yang kemukakan terkait dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang, baik dalam arti formil maupun dalam arti materil, yaitu pertama, perbedaan antara pengertian undang-undang formil dan undang-undang materil seharusnya bukanlah perbedaan yang bersifat kategoris dan kaku. Keduanya harus dilihat sebagai perbedaan perspektif. Setiap undang-undang di satu sisi dapat juga dilihat dari segi formilnya dan di sisi lain dapat pula dilihat dari segi materielnya secara sekaligus.

Kedua, daya ikat norma yang terkandung dalam setiap undang-undang dapat dibedakan antara daya ikat yang bersifat umum dan daya ikat secara spesifik. Daya ikat secara umum juga mengikat semua subyek hukum secara tidak langsung, sedangkan daya ikat secara spesifik dan khusus secara langsung memang dimaksudkan untuk mengikat semua subyek hukum yang terkait. Ketiga, sistem pengujian konstiusional undang-undang oleh mahkamah konstitusi sebagaimana sistem konstitusi Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945, dimaksudkan untuk menjamin agar tidak ada undang-undang, baik secara materil maupun formil, yang bertentangan dengan UUD 1945. Oleh karena itu,

setiap produk hukum yang berbentuk undang-undang, terlepas dari sifatnya sebagai undang-undang pemberian kuasa ataupun undang-undang formil⁹⁹

Pada dasarnya, undang-undang merupakan bentuk penafsiran terhadap ketentuan dalam konstitusi oleh pembentuk undang-undang. Namun demikian, penafsiran tersebut dapat saja terjadi kekeliruan dan dianggap bertentangan dengan UUD 1945 oleh warga negara, lembaga negara lain, badan hukum tertentu, atau kesatuan masyarakat hukum adat, karena melanggar hak dan atau kewenangan konstitusional mereka. Terhadap perbedaan penafsiran tersebut, Mahkamah Konstitusi-lah memberikan putusan akhir dalam perkara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Fungsi inilah yang disebut sebagai *the final interpreter of the constitution*.¹⁰⁰

Menurut Jimly Asshiddiqie, konsep *constitutional review* merupakan perkembangan gagasan modern tentang sistem pemerintahan demokratis yang didasarkan atas ide negara hukum (*rule of law*), prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*), serta perlindungan hak asasi manusia (*the protection of fundamental rights*). Lebih lanjut Jimly menjelaskan bahwa dalam sistem *constitutional review* itu tercakup dua tugas pokok, yaitu:¹⁰¹

1. Menjamin berfungsinya sistem demokrasi dalam hubungan peran atau “*interpaly*” antara cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif. *Constitutional review* dimaksudkan untuk mencegah

⁹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang...*, op.cit., hlm. 129-130.

¹⁰⁰ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi...*, op.cit., hlm.26.

¹⁰¹ Jimly Asshiddiqie & Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara....*, op.cit., hlm.

- dominasi kekuasaan dan/atau penyalahgunaan kekuasaan oleh salah satu cabang kekuasaan.
2. Untuk melindungi setiap individu warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga negara yang merugikan hak-hak fundamental mereka yang dijamin dalam konstitusi.

Berdasarkan pada fungsi lembaga Mahkamah Konstitusi tersebut, ada beberapa unsur tentang penegakan konstitusi atau konstitusionalisme yang sangat relevan kaitannya dengan fungsi Mahkamah Konstitusi yang dikemukakan oleh Andrews sebagaimana dikutip oleh Abdul Latif, yaitu: ¹⁰²

- a. *The general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government* (kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama tentang pemerintahan) ;
- b. *The rule of law or the basis of government* (kesepakatan tentang negara hukum sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara) ;
- c. *The form of institutions and procedures* (kesepakatan tentang bentuk institusi-institusi dan prosedur-prosedur ketatanegaraan).

Kehadiran lembaga Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, setidaknya menunjukkan adanya keseriusan negara dalam melakukan kontrol atau pengawasan (*checks and balances*) terhadap penyelenggaraan negara atau pemerintahan untuk menegakkan prinsip konstitusionalisme. Di sisi lain, dengan lahirnya lembaga Mahkamah Konstitusi juga menjadi titik balik tumbuh dan berkembangnya negara hukum modern, yang menjunjung tinggi prinsip negara hukum (*rule of law*), prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of*

¹⁰² Abdul Latief, *Mahkamah Konstitusi dalam Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokratis*, Kreasi Total Media Yogyakarta, 2007, hal, 128.

powers), serta perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia (*the protection of fundamental rights*).¹⁰³

D. Perjanjian Internasional

1. Pengertian Perjanjian Internasional

Perjanjian internasional merupakan salah satu sumber hukum dalam hukum internasional. Bisa dikatakan, di antara beberapa sumber hukum internasional yang ada, perjanjian internasionallah yang memegang peranan cukup penting dalam pelaksanaan hubungan internasional. Perjanjian internasional juga berperan penting sebagai sarana meningkatkan kerjasama internasional. Salah satu kelebihan perjanjian internasional dibanding sumber hukum internasional lainnya adalah sifatnya yang tertulis, sehingga lebih menjamin kepastian hukum dan memudahkan pembuktian dalam hal terjadi sengketa.

Dalam praktek, perjanjian internasional dikenal dengan beberapa istilah atau nama, seperti *Convention*, *Final Act*, *Declaration*, *Memorandum Of Undern Standing* (MOU), *Agreement*, *Protocol*, dan lain-lain sebagainya. Kesemua istilah-istilah itu hanya penyebutan atau nama belaka dan tidak memiliki dampak yuridis.¹⁰⁴ Pada umumnya, orang memahami perjanjian internasional adalah semua perjanjian yang bersifat lintas batas negara.

¹⁰³ Fatkurohman, *et.al. Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Penerbit PT. Citra Aditia Bhakti, Bandung, 2004, hal, 77.

¹⁰⁴ Sefriani, *Hukum Internasional; Suatu Pengantar*, cetakan ketiga, Rajawali Press, Jakarta, 2012, hlm. 28.

Sehingga tidak ada perbedaan lagi antara perjanjian yang menggunakan istilah-istilah atau nama-nama di atas sebagai sebuah perjanjian internasional.

Terhadap pemahaman yang cukup beragam tersebut, pengertian perjanjian internasional dapat dicari dari dua sumber hukum utama, yakni melalui ketentuan perundang-undangan pada tingkat nasional maupun instrumen hukum internasional. Menurut Pasal 1 angka 1 UU No. 24 tahun 2000 tentang perjanjian internasional (selanjutnya; UU perjanjian internasional) yang menjelaskan bahwa: *“Perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik.”*

Sedangkan menurut Pasal 2 (1a) Konvensi Wina 1969 tentang perjanjian internasional secara umum mendefinisikan bahwa perjanjian internasional adalah; *“An international agreement concluded between states (an international organizations) in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”*.¹⁰⁵

Dalam Bahasa Indonesia, pengertian perjanjian internasional itu dapat diterjemahkan sebagai berikut; *“Persetujuan yang dilakukan oleh negara-negara, bentuknya tertulis, dan diatur oleh hukum internasional, baik terdiri dari satu atau lebih instrument dan apapun namanya”*.

¹⁰⁵ Lihat Pasal 2 (1a) Konvensi Wina tahun 1969 tentang Perjanjian Internasional

Berdasarkan pengertian tersebut, maka dapat dijabarkan beberapa unsur atau kualifikasi yang harus terpenuhi dalam suatu perjanjian untuk dapat disebut sebagai perjanjian internasional, yaitu: (i) kata sepakat, (ii) subyek-subyek hukum atau pihak yang mengadakan perjanjian, (iii) berbentuk tertulis, (iv) obyek tertentu, dan (v) tunduk pada atau diatur oleh hukum internasional.¹⁰⁶ Secara umum, terlihat bahwa unsur-unsur perjanjian internasional hampir sama dengan unsur-unsur perjanjian pada umumnya. Hanya saja karena perbedaan lingkup yang ada, menjadikan perjanjian internasional itu harus mengatur hal-hal yang lebih khusus berkaitan dengan unsur-unsur perjanjian internasional tersebut. Unsur-unsur yang dimaksud berkaitan dengan subyek hukum dan keharusan untuk tunduk pada hukum internasional.

Dalam sejarah perkembangan hukum internasional, pada awalnya hanya negaralah satu-satunya subyek hukum internasional. Tetapi pada abad ke-20 atau lebih tepatnya pasca terjadinya perang dunia II, pandangan mengenai subyek hukum internasional mengalami perkembangan yang cukup signifikan seiring dengan meningkatnya interaksi global yang memaksa setiap pihak untuk berperan aktif dalam menciptakan ketertiban dunia. Subyek hukum internasional bukanlah negara saja, melainkan juga mencakup subyek-subyek hukum internasional non-negara (*non-state entities*) seperti, Organisasi Internasional, kelompok pembebasan atau bangsa yang sedang

¹⁰⁶ I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian I*, cetakan pertama, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 14.

memperjuangkan haknya, kaum belligensi, wilayah perwalian (*trusteeship territory*), bahkan individu-individu pun diakui sebagai subyek hukum internasional, sepanjang hak dan kewajibannya termasuk dalam masalah masyarakat dan hukum internasional.¹⁰⁷

Namun demikian, tidak semua subyek hukum internasional dapat melakukan perjanjian internasional. Dengan kata lain tidak semua subyek hukum internasional memiliki kapasitas dan kemampuan yang sama. Diantaranya ada yang memiliki kapasitas dan kemampuan penuh sebagai subyek hukum, sebagian ada pula yang memiliki kemampuan terbatas. Bahkan ada juga yang tidak memiliki kemampuan sama sekali untuk melakukan perjanjian internasional.

Meskipun konsepsi perjanjian internasional menurut Konvensi Wina 1969 hanya membatasi ruang lingkup perjanjian internasional pada perjanjian yang dilakukan oleh negara saja. Namun hal itu bukan berarti bahwa selain negara tidak boleh melakukan perjanjian internasional. Pembatasan ruang lingkup perjanjian dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa keberadaan Konvensi Wina 1969 tersebut hanya digunakan untuk perjanjian internasional diadakan oleh negara saja. Sedangkan untuk perkara perjanjian internasional yang pihaknya bukan negara, misalnya organisasi internasional, pengaturannya ditentukan dalam Konvensi Wina 1986 tentang perjanjian internasional untuk sesama

¹⁰⁷ Ibid, hlm. 18-19.

organisasi internasional atau organisasi dengan negara.¹⁰⁸ Begitu pula dengan subyek hukum internasional lainnya yang memiliki pengaturannya masing-masing dalam hukum internasional.

Selain subyek hukum, unsur ketundukan pada hukum internasional juga merupakan unsur khas yang dimiliki oleh perjanjian internasional. Suatu perjanjian, meskipun para pihaknya adalah negara, tidak akan disebut sebagai perjanjian internasional jika perjanjian itu tidak tunduk pada ketentuan hukum internasional yang berlaku. Misalnya, perjanjian jual beli pesawat antara Indonesia dengan Malaysia yang dalam klausulnya menyebutkan bilamana terjadi sengketa akan diselesaikan dengan hukum Malaysia. Perjanjian demikian umumnya disebut dengan kontrak dan tidak dapat digolongkan sebagai perjanjian internasional.¹⁰⁹

Berkaitan dengan unsur tunduk dan diatur oleh hukum internasional, Komisi Hukum Internasional menyatakan bahwa suatu dokumen dapat dikatakan tunduk dan diatur oleh hukum internasional jika memenuhi dua elemen, yaitu adanya maksud untuk menciptakan kewajiban (*“Intended to create obligations and legal relations”*) dan hubungan hukum dan tunduk pada rezim hukum internasional (*“Under International Law”*). Lebih lanjut Komisi Hukum Internasional menyatakan sebagai berikut¹¹⁰:

¹⁰⁸ Sefriani, op.cit., hlm. 28.

¹⁰⁹ Ibid., hlm. 29

¹¹⁰ Damos Dumoli Agusman, *Hukum perjanjian Internasional..*, op.cit., hlm. 21.

- a. *Intended to create obligations and legal relations.*
There may be agreement whilst concluded between states but create no obligation and legal relations. They could be in the form of a “Joint Statement”, or “MOU”, depends on the subject-matter and the intention of the parties.
- b. *... Under International Law.*
There may be agreement between states but subject to the local law of one of the parties or by a private law system/conflict of law such as “agreement for the acquisition of premises for a diplomatic mission or for some purely commercial transactions i.e loan agreement”.

Sebagaimana pada umumnya dipahami, bahwa setiap perjanjian melahirkan hubungan hukum berupa hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi para pihak yang bersangkutan. Demikian pula dari sejak perundingan untuk merumuskan naskah perjanjian, pemberlakuan, pelaksanaannya dengan segala permasalahan yang timbul serta pengakhiran berlakunya perjanjian, seluruhnya tunduk pada ketentuan hukum internasional maupun hukum perjanjian internasional.

Selain itu, Menurut Martin Dixon sebagaimana dikutip oleh Sefriani dalam bukunya *Pengantar Hukum Internasional*, hukum internasional memiliki beberapa prinsip-prinsip penting sebagai berikut: ¹¹¹

- a. *Voluntary*, tidak ada pihak yang dapat diikat oleh treaty melalui salah satu cara yang diakui oleh hukum internasional (penandatanganan, peratifikasian, dan pengaksesian) tanpa persetujuannya.
- b. *Pacta Sunt Servanda*, perjanjian mengikat seperti undang-undang bagi para pihaknya. Inilah yang menjadi dasar kenapa para pihak dalam perjanjian itu terikat perjanjian tersebut.
- c. *Pacta Tertiis Nec Nocunt Nec Prosunt*, perjanjian tidak memberikan hak dan kewajiban pada pihak ketiga tanpa persetujuannya.

¹¹¹ Sefriani, op.cit., hlm. 30-31

- d. Seluruh pasal dalam perjanjian yang merupakan kodifikasi hukum dari kebiasaan internasional yang sudah berlaku akan mengikat secara langsung pada seluruh masyarakat internasional, meskipun yang negara bersangkutan tidak pernah meratifikasinya. Keterikatan negara yang tidak meratifikasi bukan karena perjanjiannya melainkan karena kebiasaan internasionalnya.

Namun, jika suatu perjanjian merupakan campuran antara hukum kebiasaan yang sudah berlaku dengan perkembangan yang baru (*progressive development*) maka berlaku ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

1. Negara peserta akan terikat pada seluruh pasal perjanjian,
2. Negara bukan peserta hanya terikat pada pasal yang merupakan kodifikasi kebiasaan internasional yang sudah berlaku (*existing customary law*) saja. Sekali lagi keterikatan negara peserta ini bukan karena perjanjiannya melainkan karena kebiasaannya.

Negara bukan peserta dapat pula terikat pada ketentuan yang merupakan *progressive development*, jika *progressive development* tersebut merupakan hukum kebiasaan baru (*new customary*). Contoh adalah konsep ZEE dalam konvensi hukum laut PBB 1982. Konsep ZEE ini mempunyai status sebagai hukum kebiasaan dan *treaty*. Tidak semua *treaty* dapat melahirkan kebiasaan baru sebagaimana contoh di atas. ICJ dalam *nort sea continental shelf case 1969* menegaskan bahwa *that treaty provinsion should be of a fundamentally*

*norm-creating character such as could be regarded as forming the basic of a general rule of law... ”.*¹¹²

2. Pembentukan Perjanjian Internasional

Pada umumnya, di zaman modern seperti sekarang ini, setiap pembentukan mengenai perjanjian internasional mengenai masalah tertentu, selalu didahului dengan melakukan pendekatan-pendekatan, baik yang bersifat formal maupun informal dalam mencapai kesepakatan awal untuk membuat perjanjian internasional tersebut.¹¹³ Misalnya pendekatan antara dua pejabat negara, seperti antara menteri perdagangan dari dua negara atau lebih yang bermaksud untuk mengadakan suatu perjanjian kerjasama dalam bidang perdagangan yang bersifat bilateral ataupun multilateral. Kemudian setelah terjadi kesepakatan-kesepakatan awal untuk membuat perjanjian, kesepakatan itu nantinya akan ditindaklanjuti dalam forum yang lebih resmi.

Sampai saat ini, belum ada keseragaman pengaturan mengenai tata-cara atau prosedur pembentukan perjanjian internasional. Pembentukan perjanjian internasional masih sangat tergantung pada kebiasaan masing-masing negara sesuai dengan ketentuan-ketentuan konstitusinya masing-masing. Namun secara umum, ada tiga tahap yang dilakukan dalam penyusunan suatu naskah perjanjian internasional, yaitu perundingan (*negotiation*), penandatanganan

¹¹² Ibid., hlm. 30-31.

¹¹³ I Wayan Parthiana, op.cit., hlm. 93.

(*Signature*), pengesahan (*Ratification*).¹¹⁴ Tahapan-tahapan tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut:

a) Perundingan (*Negotiation*)

Suatu perundingan dalam rangka merumuskan naskah perjanjian internasional dapat dilakukan dengan mengangkat wakil-wakil untuk mewakili pihak-pihak dalam melakukan negoisasi. Persoalan siapakah yang dapat mewakili suatu negara dalam suatu perundingan internasional merupakan persoalan intern negara yang bersangkutan. Umumnya, orang ditunjuk sebagai wakil-wakil tersebut adalah orang yang memiliki keahlian dalam bidang yang akan diatur dalam perjanjian yang hendak dibentuk tersebut.

Berdasarkan mekanisme yang ditentukan dalam Konvensi Wina Tahun 1969, negara dapat menunjuk seseorang untuk mewakili negara tersebut dalam tahap-tahap pembuatan perjanjian internasional dengan membuat surat kuasa penuh (*Full Powers*). Surat kuasa tersebut berfungsi untuk menunjukkan ruang lingkup tugas dan kewenangan yang diberikan kepadanya oleh pemerintah negaranya sendiri.¹¹⁵

Mengenai luas atau sempitnya tugas dan kewenangan yang diemban oleh wakil tersebut tergantung pada obyek atau masalah yang diatur dalam perjanjian. Apabila obyek atau masalah yang akan diatur dalam perjanjian

¹¹⁴ Boer Mauna, *Hukum Internasional; Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, cetakan keempat, PT Alumni, Bandung, 2003, hlm. 83

¹¹⁵ Lihat Pasal 7 ayat 1 butir b Konvensi Wina 1969

menyangkut sesuatu yang hal yang mendasar dan fundamental bagi negara, maka umumnya, tugas dan kewenangan yang tercantum dalam surat kuasa itu hanya sampai penandatanganan atau pengotentikan naskah perjanjian. Sedangkan untuk menyatakan persetujuan terikat pada perjanjian akan ditempuh dengan mekanisme tersendiri oleh lembaga yang berwenang dari negara yang bersangkutan.

Sebaliknya untuk perjanjian yang substansinya kecil dan bersifat teknis, para wakil itu diberikan tugas dan kewenangan hingga sampai pada persetujuan terikat pada perjanjian.¹¹⁶ UU perjanjian internasional tidak mensyaratkan adanya surat kuasa jika perjanjian tersebut menyangkut kerjasama teknis sebagai pelaksanaan dari perjanjian yang sudah berlaku dan materinya berada dalam lingkup kewenangan suatu lembaga negara atau lembaga pemerintah, baik departemen atau non-departemen.¹¹⁷

Selain itu, ada pejabat-pejabat negara yang karena tugas dan fungsinya dengan sendirinya dipandang sebagai mewakili negaranya dan karena itu tidak perlu memperlihatkan surat kuasa penuh. Pejabat-pejabat negara yang dimaksud, yaitu (a) kepala negara, kepala pemerintahan dan menteri luar negeri; (b) kepala perwakilan diplomatik dalam rangka mengadopsi perjanjian antara negara pengirim dan negara penerima misi

¹¹⁶ I Wayan Parthiana, op.cit., hlm. 96-97.

¹¹⁷ Damos Dumoli Agusman, Op.cit., hlm.52.

diplomatik; (c) perwakilan negara pada suatu konferensi, perjanjian dalam organisasi internasional dan organnya;¹¹⁸

Pada tahap ini para pihak akan terlebih dahulu melakukan kajian terhadap materi yang hendak dicantumkan dalam naskah perjanjian ditinjau dari sudut politik, ekonomi maupun kemanan, serta mempertimbangkan segala dampak dan akibat yang akan muncul setelah perjanjian disahkan. Oleh karena itu, komunikasi antara para delegasi dengan pemerintah harus tetap dijaga dan diperbaharui dalam menentukan sikap. Bahkan terkadang mereka harus menunggu intruksi, apakah akan menerima sepenuhnya atau menerima dengan reservasi.

b) Penandatanganan (*Signature*)

Setelah berakhirnya perundingan tersebut, maka pada teks perjanjian internasional yang telah disetujui oleh wakil-wakil berkuasa penuh, dibubuhkan tandatangan di bawah perjanjian internasional. Penandatanganan perjanjian internasional yang telah disepakati oleh para negara peserta yang biasanya ditandatangani oleh kepala negara, kepala pemerintahan, menteri luar negeri, atau pihak-pihak lain yang ditunjuk untuk mewakili negaranya. Tahap penandatanganan diakhiri dengan penerimaan naskah (*adoption of the text*) dan pengesahan (*authentication of the text*).

¹¹⁸ Lihat Pasal 7 ayat (2) Konvensi Wina Tahun 1969.

Pengadopsian atau penerimaan naskah suatu perjanjian internasional dilakukan berdasarkan persetujuan dari semua negara yang berpartisipasi dalam perumusan naskah perjanjian itu, dikecualikan untuk penerimaan naskah perjanjian yang melalui konferensi internasional. Dalam prakteknya, tindakan penerimaan dan pengadopsian perjanjian dapat saja dilakukan secara langsung oleh wakil-wakil dari negara yang bersangkutan.

Sedangkan untuk penerimaan naskah perjanjian yang lahir dari konferensi internasional, sebelum dilakukan pembahasan mengenai pokok masalah yang akan dirumuskan dalam naskah perjanjian tersebut, para wakil-wakil negara yang berpartisipasi terlebih dahulu menyepakai peraturan yang merupakan prosedur (*rules of procedure*) tentang pembahasan pokok masalah yang akan dibahas mulai dari tahap paling awal hingga tahap paling akhir. Termasuk di dalamnya tentang mekanisme pengadopsian atau penerimaan naskah perjanjian (*adoption of the text*).¹¹⁹

Pengotentikan atau pengesahan naskah perjanjian internasional merupakan tahapan lanjutan setelah dilakukannya penerimaan naskah oleh para pihak dalam pembentukan perjanjian internasional. Dengan dilakukannya pengotentikan dan pengesahan, maka naskah yang telah diterima tersebut akan menjadi naskah final dan definitif. Sehingga tidak dapat dilakukan perubahan kecuali nanti setelah berlakunya perjanjian itu, melalui prosedur modifikasi ataupun amandemen sesuai dengan ketentuan

¹¹⁹ I Wayan Parthiana, op.cit, hlm. 106-107.

dalam perjanjian tersebut. Namun jika dalam perjanjian itu tidak ditentukan mengenai prosedur modifikasi dan amandemen terhadap naskah perjanjian, maka proses perubahan itu harus mengikuti prosedur sebagaimana ditentukan dalam ketentuan-ketentuan yang diatur dalam hukum internasional.¹²⁰

Penetapan naskah perjanjian internasional sebagai naskah yang otentik dan definitif dapat dilakukan dengan cara atau prosedur sebagaimana ditentukan dalam perjanjian itu sendiri atau dengan cara yang disetujui oleh negara-negara yang berpartisipasi dalam perumusan naskah perjanjian itu. Oleh sebab itu, maka para pihak yang berpartisipasi dalam perumusan itu hendaknya menyetujui prosedur tersebut. Namun jika prosedur itu tidak diatur dalam perjanjian, maka pengesahan dan pengotentikan naskah tersebut dilakukan dengan penandatanganan (*signature*), *signature ad-referendum* atau pamarafan oleh wakil-wakil dari negara-negara yang berpartisipasi atas naskah perjanjian atau akte akhir (*final act*) dari konvensi yang digabungkan dalam naskah perjanjian tersebut.¹²¹

Dalam praktek, terhadap perjanjian internasional yang substansinya tidak penting dan mendasar, tahap penerimaan dan pengadopsian naskah dan pengotentikasian naskah dilakukan sekaligus agar proses lahirnya

¹²⁰ Ibid., hlm. 107.

¹²¹ Lihat Pasal 10 butir a dan butir b Konvensi Wina 1969

perjanjian berlangsung secara cepat dan efisien. Bahkan jika wakil-wakil yang terlibat dalam perundingan, sekaligus diberikan tugas dan kewenangan untuk menerima, mengesahkan, dan mengikat diri pada perjanjian, maka ketiga tahap tersebut dapat ditempuh sekaligus sehingga langsung mengikat setelah dilakukannya penandatanganan.¹²²

Para peserta perjanjian biasanya menetapkan ketentuan mengenai jumlah suara yang harus dipenuhi untuk memutuskan apakah naskah perjanjian diterima atau tidak. Demikian pula menyangkut pengesahan bunyi naskah yang diterima akan dilakukan menurut cara yang disetujui semua pihak. Bila konferensi tidak menentukan cara pengesahan, maka pengesahan dapat dilakukan dengan penandatanganan, penandatanganan sementara, atau dengan pembubuhan paraf.¹²³ Penandatanganan disini bukan lagi merupakan otentifikasi melainkan suatu tindakan yang dilakukan oleh negara untuk memberikan persetujuannya untuk mengikat diri secara hukum atau sebagai suatu tahap sebelum suatu negara memberikan persetujuannya untuk diikat secara definitif melalui ratifikasi.

Seiring dengan meningkatnya interaksi internasional yang memaksa hubungan antar negara berlangsung dengan cepat maka untuk perjanjian yang substansinya kecil dan bersifat teknis, dapat ditempuh prosedur yang cepat untuk menyetakan persetujuan mengikatkan dirinya pada perjanjian

¹²² Boer Mauna, op.cit., hlm. 116.

¹²³ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, op.cit., hlm. 91.

internasional dengan penandatanganan tanpa ratifikasi. Biasanya prosedur tersebut berlaku apabila para peserta sepakat bahwa perjanjian berlaku tanpa pengesahan dan dapat berlaku secara langsung.¹²⁴

c) Pengesahan (*Ratification*)

Dalam praktek hukum perjanjian internasional, ada beberapa perjanjian yang substansinya tergolong penting dan mendasar bagi negara-negara yang bersangkutan, sehingga proses persetujuan terikatnya harus melalui jalan ratifikasi (*ratification*), akseptasi (*acceptance*) atau persetujuan (*approval*).¹²⁵ Bagi perjanjian yang demikian, penandatanganan perjanjian harus disahkan oleh badan yang berwenang di negara yang bersangkutan.

Dalam konteks hukum nasional di Indonesia, perjanjian internasional yang substansinya penting dan mendasar meliputi; (a) masalah politik, pertahanan dan keamanan negara, (b) Perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara, (c) Kedaulatan atau hak berdaulat negara, (d) Hak asasi manusia dan lingkungan hidup, (e) Pembentukan kaidah hukum baru, dan (f) Pinjaman dan/atau hibah luar negeri. Oleh karena itu, pengesahan perjanjian internasional yang substansinya berkaitan dengan materi-materi tersebut harus dilakukan dengan meminta persetujuan DPR. Sedangkan

¹²⁴ I Wayan Parthiana, op.cit., hlm. 109.

¹²⁵ Ibid.

perjanjian internasional yang substansinya tidak berkaitan dengan materi-materi yang mendasar itu cukup dituangkan dalam peraturan pemerintah.¹²⁶

Penandatanganan suatu perjanjian belum menciptakan ikatan hukum bagi para pihaknya. Bagi perjanjian yang substansinya meliputi materi yang cukup mendasar bagi negara yang berangkutan, maka penandatanganan perjanjian tersebut harus disahkan oleh badan yang berwenang di negaranya. Pengesahan demikian disebut pengesahan atau ratifikasi. Sebagaimana diingatkan oleh Mochtar Kusumaatmadja bahwa persetujuan (*consent*) pada perjanjian yang diberikan dengan penandatanganan itu bersifat sementara dan masih harus diratifikasi atau disahkan.¹²⁷

Mengenai ratifikasi ini juga diatur dalam Pasal 14 Konvensi Wina tahun 1969 (dalam terjemahan bebas)¹²⁸:

- (1) Bahwa persetujuan negara untuk diikat suatu perjanjian dinyatakan dalam bentuk ratifikasi apabila:
 - a. Perjanjian tersebut mengharuskan supaya persetujuan diberikan dalam bentuk ratifikasi;
 - b. Bila terbukti bahwa negara-negara yang ikut berunding setuju untuk mengadakan ratifikasi;
 - c. Bila utusan-utusan negara menandatangani perjanjian tersebut dengan syarat untuk meratifikasinya kemudian, atau;
 - d. *Full powers* delegasi itu sendiri menyatakan bahwa ratifikasi diharuskan kemudian.
- (2) Selain dengan ratifikasi, persetujuan untuk mengikatkan diri terhadap suatu perjanjian dapat dilakukan juga dengan cara pernyataan diri terhadap suatu perjanjian dapat dilakukan juga

¹²⁶ Lihat Pasal 10 UU No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional

¹²⁷ Syahmin A.K., *Hukum Perjanjian Internasional Menurut Konvensi Wina 1969*, Armico, Bandung, 1985, hlm. 104.

¹²⁸ I Wayan Parthiana, *op.cit.*, hlm. 115.

dengan pernyataan turut serta (*acesion*), menerima (*acceptance*) atau (*approval*).

Pembedaan antara tandatangan dan ratifikasi dianggap perlu untuk dapat memungkinkan pejabat negara yang memiliki *treaty making power* untuk mengecek apakah para utusan yang ditugaskan berunding tidak keluar dari instruksi. Dengan demikian, meskipun delegasi negara yang bersangkutan sudah menandatangani naskah perjanjian, namun negara yang diwakilinya tidak secara otomatis terikat pada perjanjian. Negara tersebut baru terikat pada materi perjanjian setelah naskah perjanjian tersebut diratifikasi atau disahkan.¹²⁹

Pengesahan atau ratifikasi perjanjian internasional bertujuan untuk memberikan waktu bagi negara yang bersangkutan untuk meninjau serta mengamati seksama terhadap materi yang dicantumkan dalam naskah perjanjian ditinjau dari sudut politik, ekonomi maupun kemandirian, serta mempertimbangkan segala dampak dan akibat yang akan muncul setelah perjanjian disahkan.

Dalam tataran teoritis, ratifikasi seringkali diartikan sebagai sebuah tindakan konfirmatif dari suatu negara untuk menyetujui perjanjian internasional yang ditandatangani wakil negara yang bersangkutan sebelum menyatakan diri terikat terhadap perjanjian tersebut. Proses ratifikasi biasanya dilakukan terhadap perjanjian yang materinya menyangkut hal-hal

¹²⁹ Boer Mauna, op.cit., hlm. 117

fundamental dan mendasar bagi negara sehingga mengharuskan adanya ruang bagi negara untuk mempertimbangkan segala dampak, baik dari segi politik, ekonomi, sosial, dan budaya, yang dapat ditimbulkan dari perjanjian tersebut. Oleh karena itu, setiap negara memiliki pengaturan tersendiri tentang mekanisme peratifikasian suatu perjanjian internasional.¹³⁰

Dengan demikian, lembaga ratifikasi itu dapat dibedakan berdasarkan dua perspektif, yaitu perspektif prosedur internal dan perspektif prosedur eksternal. Dari perspektif internal, ratifikasi merupakan masalah internal ketatanegaraan suatu negara tentang pengaturan kewenangan eksekutif dan legislatif dalam pembuatan perjanjian internasional serta pengaturan mengenai instrument hukum yang akan dikeluarkan untuk mewadahi perjanjian internasional tersebut. Sedang dari perspektif eksternal maka ratifikasi adalah salah satu tindakan internasional dimana negara, pada tingkat internasional, memberikan persetujuannya untuk terikat pada suatu perjanjian.

Namun meskipun lembaga ratifikasi ini dibedakan antara perspektif internal dan eksternal, tidak lantas mudah untuk dipisahkan karena relasi kedua perspektif ini cukup erat dan saling berkaitan. Komisi Hukum Internasional menegaskan bahwa prosedur internal harus dipenuhi untuk dapat melakukan prosedur eksternal. Selain itu, komisi ini lebih lanjut

¹³⁰ Dumos Damoli Agusman, *op.cit.*, hlm. 70.

menegaskan bahwa berlakunya perjanjian terhadap suatu negara ditentukan oleh prosedur eksternal bukan prosedur internal.

Syahmin A.K mengemukakan bahwa ratifikasi perjanjian internasional merupakan penyampaian pernyataan formal suatu negara mengenai persetujuan mengikatkan diri terhadap perjanjian internasional. Hal ini didasarkan pada alasan-alasan sebagai berikut: ¹³¹

1. Negara-negara berhak atau mempunyai kesempatan guna meneliti kembali instrument yang telah ditandatangani oleh utusannya sebelum negara menjalankan kewajiban-kewajibannya yang ditentkan dalam perjanjian.
2. Sebagai negara yang berdaulat, suatu negara berhak untuk menarik diri dari partisipasi dalam suatu perjanjian internasional, jika negara yang bersangkutan menghendaknya demikian.
3. Seringkali suatu perjanjian internasional mengundang dilakukannya suatu amandemen atau penyesuaian di dalam hukum nasionalnya.
4. Sesuai dengan prinsip demokrasi, maka pemerintah diharuskan untuk berkomunikasi dengan pendapat umum yang ada di dalam parlemen atau di tempat lain, mengenai ada atau tidaknya keharusan untuk meratifikasi perjanjian internasional tersebut.

Setiap negara memiliki pengaturan yang berbeda, yang sesuai dengan konstitusinya masing-masing, mengenai mekanisme ratifikasi (dalam prespektif internal) perjanjian internasional. Secara garis besar, praktik ratifikasi dapat dibedakan berdasarkan doktrin atau teori yang dianut, antara monisme dan dualisme, yang membahas hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional.

¹³¹ Syahmin A.K, op.cit., hlm. 106.

Praktik ratifikasi di negara-negara penganut monisme relatif lebih mudah dan sederhana daripada negara-negara penganut dualisme. Sekali negara-negara itu menyetujui suatu perjanjian internasional, maka negara itu dapat memberlakukannya dalam tingkat nasional. Hal ini dikarenakan dalam teori monisme menempatkan hukum internasional, khususnya perjanjian internasional dan hukum nasional sebagai dua sistem hukum yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain (*inseparable part of law*).

Menurut Jawahir Thontowi, setidaknya ada tiga alasan mengapa negara-negara penganut monisme lebih mudah dan sederhana dalam melakukan ratifikasi perjanjian internasional, yaitu: pertama, konstitusi atau hukum dasar negara-negara tersebut menempatkan perjanjian internasional sebagai sumber hukum sejajar dengan konstitusinya. Kedua, negara-negara penganut monisme menempatkan perjanjian internasional dan hubungan luar negeri merupakan urusan eksekutif (*executive affairs*) sehingga dalam pemberlakuannya cukup dilakukan dengan keputusan presiden (*president decree*). Ketiga, hakim-hakim di negara penganut monisme dapat dengan mudah menjadikan perjanjian internasional sebagai sumber hukum dalam putusannya, mengingat sejak ratifikasi hanya memerlukan pengesahan dari presiden.¹³²

¹³² Jawahir Thontowi, *Hukum Dan Hubungan Perjanjian Internasional*, cetakan pertama, UII Press, Yogyakarta, 2016, hlm. 96-97.

Hal sebaliknya ditunjukkan di negara-negara penganut dualisme, yang beranggapan bahwa perjanjian internasional dan hukum nasional adalah dua sistem hukum yang terpisah dan berdiri sendiri, praktik ratifikasi di negara-negara tersebut lebih rumit dan agak berbelit-belit. Ajaran kedaulatan hukum negara secara nasional lebih diutamakan (*prima facie*). Mereka memandang perjanjian internasional hanya akan berlaku manakala dijadikan bagian dari hukum nasional melalui proses ratifikasi. Oleh karena itu, hakim-hakim di negara-negara tersebut lebih cenderung lebih mengutamakan hukum nasionalnya daripada hukum internasional.¹³³

3. Berlaku dan Mengikatnya Perjanjian Internasional

Adapun mengenai mengikatnya perjanjian, suatu perjanjian internasional baru mulai dapat mengikat bagi negara peserta perjanjian tersebut bergantung pula pada tahap-tahap pembentukan perjanjian itu sendiri. Jika perjanjian tersebut tidak mensyaratkan adanya ratifikasi, maka negara peserta akan terikat secara hukum sejak penandatanganan perjanjian itu. Namun jika perjanjian tersebut mensyaratkan ratifikasi, maka negara peserta baru akan terikat secara hukum sejak diratifikasinya perjanjian.¹³⁴

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 24 (1) Konvensi Wina 1969, perjanjian internasional mulai dapat diberlakukan bergantung pada dua hal, yaitu; ketentuan perjanjian internasional itu sendiri, atau apa yang telah disetujui oleh negara

¹³³ Ibid., hlm. 98.

¹³⁴ Boer Mauna, op.cit., hlm. 125.

peserta. Di samping itu, Pasal 25 Konvensi Wina 1969 juga mengatur mengenai pemberlakuan sementara suatu perjanjian internasional jika disepakati oleh pihak-pihak yang terlibat dalam perundangan.

Pemberlakuan suatu perjanjian internasional dapat dilihat pada bagian klausula formal (klausula final) yang biasanya terletak dalam pasal-pasal terakhir perjanjian atau setelah pasal-pasal substansial (*Dispositive Provision*) perjanjian internasional tersebut.¹³⁵ Misalnya ketentuan yang menjelaskan pada salah satu pasalnya bahwa perjanjian ini berlaku segera setelah penandatanganan. Sehingga sejak penandatanganan dilakukan oleh negara peserta, maka perjanjian internasional yang ditandatangani secara otomatis berlaku bagi negara yang bersangkutan.

Pada umumnya, bagi perjanjian bilateral yang substansinya tidak begitu mendasar yang biasanya bersifat teknis, berlaku sejak dilakukannya penandatanganan. Sedangkan dalam perjanjian multilateral, klausula yang menentukan berlaku sejak tanggal penandatanganan jarang sekali terjadi. Hal ini dikarenakan banyaknya pihak dalam perjanjian multilateral tersebut. Akan tetapi, pemberlakuan secara langsung sejak penandatanganan baru bisa terjadi, para pihaknya terbatas pada beberapa negara tertentu saja, seperti perjanjian antara negara-negara dalam satu wilayah regional seperti ASEAN.¹³⁶

¹³⁵ I Wayan Parthiana, op.cit. hlm. 124.

¹³⁶ Boer Mauna, op.cit., hlm. 125.

Selain itu, penting untuk melihat pengaturan dalam Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional, yang menjelaskan bahwa dalam mengadili perkara-perkara yang diajukan kepadanya, Mahkamah Internasional akan mempergunakan perjanjian-perjanjian internasional, baik yang bersifat umum maupun khusus, yang mengandung ketentuan-ketentuan hukum yang diakui secara tegas oleh negara-negara yang bersangkutan.¹³⁷

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa perjanjian internasional dapat berakibat timbulnya hukum lain, atau dapat menuntut suatu negara atas pelanggaran terhadap suatu perjanjian internasional ada dua syarat yang harus terpenuhi, yaitu bahwa perjanjian yang dilanggar adalah sah telah berlaku dan perjanjian itu pula telah mengikat secara hukum bagi negara yang melanggar perjanjian tersebut.

4. Berakhirnya Perjanjian Internasional

Pada dasarnya, pengakhiran atas pengikatan diri pada suatu perjanjian internasional (*termination or withdrawal or denunciation*) haruslah disepakati oleh para pihak pada perjanjian dan diatur dalam ketentuan perjanjian itu sendiri. Sebelum memutuskan melakukan terminasi atau penarikan diri, maka lembaga pemrakarsa perlu mengkoordinasikan rapat interdepartemen dengan instansi terkait.¹³⁸

¹³⁷ Syahmin A.K., op.cit., hlm. 103

¹³⁸ Dumos Dumoli Agusman, op.it., hlm. 64.

Dalam tataran instrumen hukum internasional, Konvensi Wina 1969 selaku instrumen hukum yang mengatur mengenai perjanjian internasional telah membedakan antara pengakhiran perjanjian internasional yang didasarkan pada kesepakatan para pihak, dengan pengakhiran yang dilakukan secara sepihak atau yang dikenal dengan doktrin *rebus sic stantibus*, seperti pembatalan dan penghentian sementara terhadap perjanjian internasional. Untuk pengakhiran yang dilakukan secara sepihak harus mengikuti prosedur yang ditetapkan oleh perjanjian itu atau melalui prosedur yang diatur dalam Konvensi Wina 1969 tentang *Invalidity, Termination, Withdrawal from Suspension of The Operation of Treaty*.¹³⁹

Dalam praktek kehidupan masyarakat internasional, terdapat alasan-alasan untuk mengakhiri eksistensi suatu perjanjian internasional, yang diatur dalam Konvensi Wina 1969, sebagai berikut:¹⁴⁰

1. Dibuat perjanjian internasional yang baru.

Pengakhiran perjanjian internasional dapat disebabkan oleh dibuatnya perjanjian baru oleh para peserta untuk menggantikan perjanjian lama. Karena substansi dari kedua perjanjian itu sangat berbeda atau bertentangan satu sama lain sehingga tidak dapat dilaksanakan dalam waktu yang bersamaan. Bahkan hal ini juga berlaku meskipun dalam perjanjian yang baru tersebut tidak secara tegas mengakhiri eksistensi atau berlakunya perjanjian lama.

2. Pelanggaran oleh salah satu pihak

Pelanggaran yang dilakukan oleh salah satu pihak dapat dijadikan alasan bagi pihak lainnya untuk mengakhiri suatu perjanjian internasional, baik untuk sebagian maupun untuk keseluruhan. Hal ini berlaku baik dalam hubungan antara pihak yang melanggar dengan

¹³⁹ Ibid., hlm. 64-65.

¹⁴⁰ I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 2*, cetakan pertama, Mandar Maju, Bandung, 2005, hlm. 460-482.

para pihak lain dalam perjanjian, maupun antara semua pihak secara keseluruhan.

3. Ketidakmungkinan untuk melaksanakannya

Setidaknya ada dua macam ketidakmungkinan untuk melaksanakan suatu perjanjian internasional, yaitu: *pertama*, ketidakmungkinan untuk melaksanakan perjanjian secara permanen. *Kedua*, ketidakmungkinan karena kerusakan obyek perjanjian yang tidak dapat dipisahkan dari pelaksanaannya.

4. Terjadinya perubahan keadaan yang fundamental (*fundamental change of circumstances*)

Untuk dapat dijadikan alasan untuk mengakhiri suatu perjanjian, terjadinya perubahan keadaan yang fundamental haruslah memenuhi kualifikasi sebagai berikut: a) Adanya keadaan tersebut merupakan dasar yang esensial bagi para pihak untuk terikat pada perjanjian, dan b) akibat atau efek dari perubahan keadaan itu menimbulkan perubahan yang secara radikal terhadap luasnya kewajiban yang harus dilakukan berdasarkan perjanjian tersebut.

5. Putusnya hubungan diplomatik dan/atau konsuler

Putusnya hubungan diplomatik dan/atau konsuler antara para pihak dalam suatu perjanjian dapat saja mempengaruhi eksistensi suatu perjanjian. Hal ini dikarenakan hubungan antara para pihak dapat menghalangi pelaksanaan dari perjanjian tersebut.

6. Bertentangan dengan *jus cogens*

Suatu perjanjian internasional tidak boleh bertentangan dengan *Jus Cogens*, yaitu kaidah hukum yang tidak dibenarkan untuk melakukan penyimpangan dan hanya dapat diubah oleh kaidah hukum internasional umum yang muncul belakangan yang memiliki sifat dan karakter yang sama. Contoh kewajiban setiap negara untuk menghormati kedaulatan teritorial negara lain.

7. Pecahnya perang antara pihak

Terjadinya perang antara para pihak dalam suatu perjanjian akan mempengaruhi eksistensi suatu perjanjian sehingga tidak dapat dipertahankan. Oleh karena itu, tidak ada jalan lain selain melakukan pengakhiran terhadap eksistensi perjanjian tersebut.

8. Penarikan diri negara-negara pesertanya

Pada dasarnya, konvensi tidak memungkinkan suatu perjanjian diakhiri meskipun terjadi penarikan diri negara-negara peserta. Namun dalam praktek tidaklah menutup kemungkinan terjadinya pengakhiran suatu perjanjian jika negara-negara peserta sudah tidak memungkinkan lagi untuk melaksanakan ketentuan perjanjian tersebut.

Adapun dalam tataran hukum nasional Indonesia, khususnya diatur dalam UU perjanjian internasional, justru tidak mengenal atau mengatur mengenai pembatalan dari perjanjian internasional, akan tetapi hanya mengenal dan mengatur mengenai pengakhiran dari perjanjian internasional. Adapun alasan yang dapat mengakibatkan pengakhiran dari perjanjian internasional berdasarkan ketentuan Pasal 18 UU No. 24 Tahun 2000 tentang perjanjian internasional adalah sebagai berikut:

- a. Terdapat kesepakatan para pihak melalui prosedur yang diteapkan dalam perjanjian;
- b. Tujuan perjanjian tersebut telah tercapai;
- c. Terdapat perubahan mendasar yang mempengaruhi pelaksanaan perjanjian;
- d. Salah satu pihak tidak melaksanakan atau melanggar ketentuan perjanjian;
- e. Dibuat suatu perjanjian baru yang menggantikan perjanjian lama
- f. Muncul norma-norma baru dalam hukum internasinonal
- g. Obyek perjanjian hilang
- h. Terdapat hal-hal yang merugikan kepentingan nasional.

Suatu negara yang ingin melakukan pengakhiran terhadap eksistensi suatu perjanjian internasional, mengajukan keinginannya kepada negara-negara peserta lainnya. Pengajuan usul tersebut disertai dengan alasan-alasan dan langkah-langkah yang akan ditempuh untuk mengakhiri keterikatannya atas suatu

perjanjian. Kemudian jika dalam rentang waktu tiga bulan terhitung sejak diterimanya usulan untuk mengakhiri eksistensi perjanjian tersebut, kecuali dalam keadaan yang sangat khusus, ternyata tidak ada satupun pihak yang menyatakan penolakan atau keberatannya, maka pihak yang mengajukan usulan itu dapat mengambil langkah-langkah sebagai berikut: ¹⁴¹

- a) Melalui *instrument of termination/withdrawal/denunciation* yang ditandatangani oleh Menteri Luar Negeri jika pada pengikatan diri pada perjanjian tersebut dilakukan melalui penyampaian *instrument of ratification/accesion*.
- b) Melalui nota diplomatik jika pada waktu pengikatan diri pada perjanjian tersebut dilakukan tanpa melalui penyampaian *instrument of ratification/accesion*.
- c) Cara lain seperti yang disepakati oleh para pihak atau seperti yang diatur oleh perjanjian itu.

Persoalan akan menjadi lain, jika ada negara-negara peserta yang tidak menyetujui usulan untuk mengakhiri perjanjian internasional tersebut. Dalam hal demikian, penyelesaian sengketa dapat dilakukan dengan jalan damai dengan mengajukannya ke badan penyelesaian sengketa, seperti peradilan, abitrasi, atau konsiliasi.¹⁴²

Dari segi prosedur internal, penyampaian resmi pengakhiran suatu perjanjian sebelum berakhirnya jangka waktu berlakunya perjanjian, sesuai dengan UU perjanjian internasional harus memperhatikan prinsip hukum sebagai berikut¹⁴³:

¹⁴¹ Dumos Dumoli Agusman, op.it., hlm. 67.

¹⁴² I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 2.....*, hlm. 283.

¹⁴³ Dumos Dumoli Agusman, op.it., hlm. 67.

- a) Untuk perjanjian yang pengesahan/ratifikasinya dengan peraturan presiden harus didahului melalui penerbitan peraturan presiden yang mencabut peraturan presiden pengesahan/ratifikasi perjanjian internasional itu.
- b) Untuk perjanjian yang pengesahan/ratifikasinya dengan undang-undang harus didahului melalui penerbitan undang-undang yang mencabut undang-undang pengesahan/ratifikasi perjanjian internasional itu.
- c) Penerbitan undang-undang dan peraturan presiden tersebut harus dilakukan melalui prosedur yang berlaku.



BAB III
JUDICIAL PREVIEW SEBAGAI MEKANISME VERIFIKASI
KONSTITUSIONALITAS HASIL RATIFIKASI PERJANJIAN
INTERNASIONAL

A. Perjanjian Internasional Dalam Hukum Nasional Indonesia

1. Pengaturan Perjanjian Internasional dalam Sistem Hukum Indonesia

Hukum, doktrin dan praktik Indonesia mengenai pengaturan perjanjian internasional kerap kali menimbulkan perdebatan sengit bagi kalangan ahli hukum, terutama ahli hukum tatanegara dan hukum internasional. Lebih-lebih dalam sistem hukum nasional Indonesia tidak ada kejelasan secara pasti mengenai aliran doktrin (monisme dan dualisme) yang dianut tentang hubungan antara hukum nasional dan hukum internasional.¹⁴⁴ Ketidakjelasan ini kemudian menimbulkan persoalan praktis berkaitan dengan kedudukan dan pelaksanaan perjanjian internasional dalam sistem hukum Indonesia.

Dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia, pengaturan hukum nasional mengenai perjanjian internasional selama ini belum menemukan formulasi yang jelas. Pasal 11 UUD 1945 yang merupakan aturan dasar yang menjadi pedoman utama dalam pembentukan perjanjian pun hanya mengatur secara singkat dan garis-garis besarnya saja, yakni bahwa untuk menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain, presiden harus memperoleh

¹⁴⁴ Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional...*, op.cit., hlm. 65.

persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat. Tidak dijelaskan lebih lanjut mengenai bagaimana mekanisme pengesahan serta kedudukan perjanjian internasional dalam hukum nasional.

Singkatnya pengaturan mengenai perjanjian internasional dalam Pasal 11 UUD 1945 itu kemudian mendorong DPR untuk menanyakan kepada pemerintah perihal pembentukan perjanjian dengan negara lain serta meminta ketegasan mengenai bentuk hukum perjanjian internasional, baik yang memerlukan atau tidak memerlukan persetujuan DPR. Atas permintaan tersebut pemerintah kemudian mengeluarkan Surat Presiden No. 2826/HK/1960 perihal pembuatan perjanjian dengan negara-negara lain. Surat presiden inilah yang kemudian menjadi pedoman dalam setiap pembuatan perjanjian internasional selama kurang lebih 40 tahun sampai dikeluarkannya UU No. 24 Tahun 2000 tentang perjanjian internasional (UU Perjanjian Internasional).¹⁴⁵

Dalam surat presiden tersebut, pemerintah menafsirkan bahwa persetujuan DPR terhadap perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 UUD 1945 tidak dimaksudkan sebagai syarat konstitusional terhadap semua perjanjian dengan negara lain, melainkan hanya perjanjian terpenting saja, yaitu yang mengandung persoalan politik dan lazimnya berbentuk traktat (*treaties*). Sedangkan terhadap perjanjian lain yang pada lazimnya berbentuk *agreement* cukup disampaikan

¹⁴⁵ Surat Presiden No.2826/HK/1960 dikeluarkan pada tanggal 22 Agustus 1960, sedangkan UU No.24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional diundangkan pada tanggal 23 Oktober 2000, Damos Dumoli Agusman, op.cit., hlm. 206-219.

kepada DPR untuk diketahui.¹⁴⁶ Hal ini dimaksudkan agar pemerintah dapat memiliki keleluasaan bergerak untuk menjalankan hubungan internasional dengan sewajarnya.

Perlu diketahui bahwa dalam surat presiden tersebut tidak menjelaskan lebih lanjut mengenai bentuk yuridis dari pengesahan perjanjian, baik yang membutuhkan atau tidak membutuhkan persetujuan DPR. Akan tetapi dalam prakteknya, pengesahan terhadap perjanjian yang membutuh persetujuan DPR itu dituangkan dalam bentuk yuridis undang-undang. Sedangkan terhadap perjanjian lain yang tidak membutuhkan persetujuan DPR dituangkan dalam keputusan presiden (sekarang peraturan presiden). Praktek ini kemudian berjalan menjadi konvensi ketatanegaraan sejak berlakunya Surat Presiden No.2826/HK/1960 sampai akhirnya terkristalisasi dalam pengaturan UU No. 24 Tahun 2000 tentang perjanjian internasional.¹⁴⁷

Hal ini menjadi menarik manakala menyadari bahwa UU perjanjian internasional ketika dikeluarkan masih berdasarkan pada ketentuan Pasal 11 UUD 1945 sebelum amandemen.¹⁴⁸ Sehingga kemudian memantik berbagai pertanyaan dari kalangan praktisi maupun akademis mengenai relevansi substansi UU perjanjian internasional dengan ketentuan Pasal 11 UUD 1945 hasil

¹⁴⁶ Lihat butir 2 Surat Presiden No.2826/HK/1960 Perihal Pembuatan Perjanjian Dengan Negara Lain.

¹⁴⁷ Surat Presiden No.2826/HK/1960 dikatakan sebagai konvensi ketatanegaraan oleh A. Hamid. S. Attamimi, dalam buku, Hukum dan Pembangunan, Jakarta 4 Juli 1982, hlm. 347.

¹⁴⁸ Andi Sandi Ant. T.T dan Gustina Merdekawati, "Konsekuensi Pembatalan Hukum Undang-Undang Ratifikasi Terhadap Keterikatan Pemerintah Indonesia Pada Perjanjian Internasional", *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 24, Nomor 3, Oktober 2012.

amandemen yang dalam perubahannya terjadi penambahan dua ayat yang mengatur mengenai perjanjian tersebut. Namun demikian, jika diteliti lebih lanjut amandemen Pasal 11 UUD 1945 sebenarnya tidak memiliki perubahan fundamental terkait dengan pengaturan perjanjian internasional.

Dapat dikatakan bahwa ketentuan Pasal 11 ayat (2) tidak lain hanya upaya penegasan dari Pasal 10 UU perjanjian internasional yang mengatur mengenai materi-materi perjanjian yang dianggap penting sehingga dalam pembuatannya membutuhkan persetujuan DPR guna mengesahkan perjanjian internasional. Sedangkan ketentuan Pasal 11 ayat (3) UUD 1945 tidak lain merupakan pendelegasian kewenangan untuk mengatur lebih lanjut mengenai perjanjian internasional dalam undang-undang. Dengan demikian, dapat ditarik kesimpulan bahwa pasca amandemen UUD 1945 sampai saat ini, belum ada politik hukum nasional yang mengarah pada perbaikan-perbaikan terhadap pengaturan bentuk yuridis hasil ratifikasi perjanjian internasional.

Menurut UU perjanjian internasional pengesahan perjanjian internasional, khususnya perjanjian yang mensyaratkan ratifikasi, dapat dilakukan dengan dua cara yaitu, perjanjian internasional yang disahkan dengan undang-undang dan perjanjian internasional yang disahkan dengan keputusan presiden (sekarang peraturan presiden).¹⁴⁹

Terhadap materi perjanjian yang berkaitan dengan, antara lain: (a) masalah politik, perdamaian, pertahanan dan keamanan negara, (b) Perubahan wilayah

¹⁴⁹ Lihat Pasal 9 ayat (2) UU No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional

atau penetapan batas wilayah negara, (c) Kedaulatan atau hak berdaulat negara, (d) Hak asasi manusia dan lingkungan hidup, (e) Pembentukan kaidah hukum baru, dan (f) Pinjaman dan/atau hibah luar negeri, proses pengesahannya harus dengan persetujuan DPR dan dituangkan dalam wadah undang-undang.¹⁵⁰ Sedangkan terhadap materi perjanjian selain itu cukup disahkan dengan keputusan presiden (sekarang peraturan presiden).¹⁵¹

Pengaturan ini sebenarnya membuka fleksibilitas yang cukup tinggi bagi pemerintah untuk sengaja menghindari mekanisme pengesahan, sehingga dapat membuat perjanjian yang tidak mensyaratkan pengesahan, sekalipun materinya berkualifikasi untuk pengesahan. Perjanjian yang dimaksud pada umumnya memuat materi yang bersifat teknis seperti perjanjian yang mengatur mengenai kerjasama di bidang pendidikan, sosial, budaya, pariwisata, penerangan, kehutanan, dan lain-lain sebagainya.¹⁵²

Namun bagi penulis, jika melihat sifat elastis perjanjian internasional maka pengkategorian sebagaimana dilakukan UU perjanjian internasional ini pun dapat dipahami dan diterima. Sebab pada dasarnya perjanjian internasional tetap tunduk pada asas-asas perjanjian pada umumnya, terutama kebebasan berkontrak, sehingga pengesahannya tidak selalu tergantung pada penting atau tidak pentingnya materi muatan yang terkandung dalam perjanjian, melainkan tergantung pada kesepakatan para pihak dalam perjanjian. Oleh karena itu, perlu

¹⁵⁰ Lihat Pasal 10 UU No. 24 tahun 2000

¹⁵¹ Lihat Pasal 11 ayat (1) UU No. 24 tahun 2000

¹⁵² Damos Damoli Agusman, *op.cit.*, hlm, 89.

juga diatur mekanisme pengesahan perjanjian internasional yang muatannya tidak termasuk kategori yang dimaksudkan dalam Pasal 10 UU perjanjian internasional.

2. Pengesahan Perjanjian Internasional ke dalam Hukum Nasional Indonesia

Pengesahan perjanjian internasional merupakan persoalan mendasar dan penting untuk dicermati mengingat persoalan ini merupakan titik awal atau *starting point* yang akan menentukan bagaimana kedudukan dan pelaksanaan perjanjian internasional dalam hukum nasional sehingga kemudian dapat mengidentifikasi doktrin yang dianut oleh Indonesia berkaitan dengan hubungan antara hukum nasional dan hukum internasional.

Untuk itu, sebelum melangkah lebih jauh terkait dengan pembahasasan mengenai pengesahan perjanjian internasional, terlebih dahulu penulis akan mengemukakan dua perspektif prosedur ratifikasi yang harus ditempuh dalam pembentukan perjanjian internasional. Dua perspektif prosedur ratifikasi tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut.¹⁵³

1. Perspektif prosedur internal, ratifikasi perjanjian internasional merupakan masalah hukum tatanegara, yaitu hukum nasional Indonesia yang mengatur tentang kewenangan eksekutif dan legislatif dalam pembuatan perjanjian internasional serta mengatur produk hukum apa yang akan dikeluarkan untuk menjadi dasar bagi Indonesia melakukan prosedur eksternal.
2. Perspektif prosedur eksternal, ratifikasi merupakan "*The international act so named whereby a state establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty*" yang validitasnya diatur oleh hukum perjanjian internasional.

¹⁵³ Ibid., hlm. 70.

Meskipun dibedakan secara terpisah, ratifikasi dalam kedua pengertian itu sangatlah terkait satu sama lain. Komisi Hukum Internasional (ILC) bahkan menegaskan bahwa prosedur internal harus dipenuhi untuk melaksanakan prosedur eksternal. Namun sayangnya, dalam UU perjanjian internasional, kedua pengertian ratifikasi tersebut kemudian diterjemahkan ke dalam satu istilah yaitu pengesahan. Akibatnya kata pengesahan seringkali dipergunakan untuk mencakup seluruh proses yang meliputi dua pengertian ratifikasi tersebut.¹⁵⁴

Inkonsistensi penggunaan istilah pengesahan itu dapat dilihat dari ketentuan Pasal 9, Pasal 10 dan Pasal 11 ayat (1) UU perjanjian internasional, yang jika dicermati secara mendalam, merujuk pada pengertian ratifikasi dalam perspektif internal. Tapi di sisi lain, istilah pengesahan ini juga dipergunakan untuk menunjuk pada ratifikasi dalam perspektif eksternal sebagaimana diatur dalam Pasal 14 yang menentukan sebagai berikut: “*Menteri menandatangani piagam pengesahan untuk mengikat diri pada suatu perjanjian internasional untuk dipertukarkan dengan negara pihak untuk disimpan oleh negara atau lembaga penyimpanan pada organisasi internasional.*”

Sementara itu, dalam ketentuan penjelasan Pasal 9 ayat (1) yang mengatakan bahwa: “*Pengesahan suatu perjanjian internasional dilakukan berdasarkan ketetapan yang disepakati oleh para pihak perjanjian internasional yang memerlukan pengesahan akan mulai berlaku setelah terpenuhinya prosedur pengesahan sebagaimana undang-undang ini*”.

¹⁵⁴ Ibid., hlm. 70-71.

Sehingga kemudian timbullah pemahaman bahwa keterikatan Indonesia terhadap suatu perjanjian disebabkan oleh undang-undang atau peraturan presiden yang mengesahkan, bukan karena disebabkan oleh perjanjian internasional itu sendiri. Konstruksi pemikiran ini tercermin pada penggunaan judul dalam undang-undang yang mengesahkan perjanjian internasional yang tidak lagi menggunakan istilah “pengesahan persetujuan DPR” melainkan “pengesahan perjanjian internasional”.¹⁵⁵

Dan selanjutnya undang-undang pengesahan perjanjian internasional yang tidak lagi membedakan antara tanggal mulai berlakunya undang-undang yang mengesahkan dengan berlakunya perjanjian itu sendiri. Sebagai contoh UU No.42 Tahun 2007 tentang pengesahan perjanjian ekstradisi antara republik Indonesia dan Republik Korea (*Treaty on Extradition between The Republic of Indonesia and The Republic of Korea*):

Pasal 1

(1) Mengesahkan perjanjian perjanjian ekstradisi antara republik Indonesia dan Republik Korea (Treaty on Extradition between The Republic of Indonesia and The Republic of Korea) yang telah ditandatangani pada tanggal 28 November 2000 di Jakarta.

(2) Salilnan naskah asli dalam bahasa Indonesia, bahasa Inggris, dan bahasa Korea sebagaimana terlampir dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Undang-Undang ini.

Pasal 2

Undang-undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkan.

Padahal dalam realitas praktik hukum yang sebenarnya, keterikatan Indonesia pada perjanjian tidak tergantung pada undang-undang/peraturan

¹⁵⁵ Ibid., hlm. 80.

presiden yang mengesahkannya, melainkan tergantung pada piagam ratifikasi (*Instrumen of Ratification*) sebagaimana diatur dalam Pasal 14 UU perjanjian internasional. Hal ini sejalan dengan pendapat ILC yang mengatakan bahwa keterikatan suatu negara terhadap perjanjian internasional ditentukan oleh ratifikasi dalam perspektif eksternal, bukan ratifikasi dalam perspektif internal. Sebab dalamnya dalam hukum perjanjian internasional hanya mengenal piagam ratifikasi dan tidak mengenal undang-undang/peraturan presiden.¹⁵⁶

3. Kedudukan Undang-Undang dan Keputusan Presiden Pengesahan Perjanjian Internasional dalam Hukum Nasional Indonesia.

Salah satu persoalan yang tidak kalah pentingnya mengenai pengaturan perjanjian internasional adalah persoalan mengenai status dan kedudukan hukum undang-undang pengesahan perjanjian internasional dalam hukum nasionalnya. Pada dasarnya, persoalan ini berakar pada ketidakjelasan tentang aliran doktrin yang dianut oleh hukum nasional Indonesia mengenai hubungan antara hukum nasional dan hukum internasional. Pada negara-negara maju, aliran ini telah tercermin dalam *constitutional provisions* atau undang-undang nasionalnya yang secara tegas menentukan kedudukan hukum internasional dalam hukum nasional.

Di Amerika, perjanjian internasional (*Federal Treaties*) ditempatkan secara sejajar dengan undang-undang yang dibuat kongres (*Act of The Congress*) dan putusan pengadilan Mahkamah Agung Amerika Serikat (*Federal Court Rules*). Begitu pula di Belanda mengatur bahwa traktat berkedudukan lebih tinggi dari

¹⁵⁶ Ibid., hlm. 81-82.

undang-undang, termasuk undang-undang dasar.¹⁵⁷ Sementara di Jerman, dalam Pasal 25 Undang-Undang Dasar Republik Federasi Jerman menentukan bahwa ketentuan hukum internasional lebih tinggi kedudukannya dari undang-undang (nasional), namun bukan konstitusi dan langsung mengakibatkan hak dan kewajiban bagi penduduk wilayah Republik Federasi Jerman.¹⁵⁸ Tapi sayangnya, sistem hukum nasional Indonesia masih belum memberikan perhatian terhadap permasalahan *constitutional legal provisions* ini. Sehingga dalam perjalanannya kerap kali mengalami kebingungan dalam hal menentukan kedudukan hukum internasional dalam hukum nasional Indonesia.

Sekalipun pengaturan hukum nasional masih sangat minim memberikan ketentuan mengenai persoalan ini, tercatat pernah ada beberapa ahli hukum Indonesia yang mencoba mengidentifikasi doktrin yang dianut oleh Indonesia dalam menempatkan perjanjian internasional dalam hukum nasional. Utrecht bahkan secara tegas mengatakan bahwa doktrin yang dianut oleh Indonesia adalah monisme primat hukum internasional. Hal ini ditandai oleh pidato Perdana Menteri RIS Mohammad Hatta yang mengatakan “*Berdasarkan anggapan yang diterima dalam pergaulan antara negara-negara, maka traktat itu lebih tinggi daripada undang-undang dasar*”.¹⁵⁹ Dan memang dalam pratiknya, Indonesia

¹⁵⁷ Aminoto dan Merdekawati, “Prospek Penempatan Perjanjian Internasional Yang Mengikat Indonesia”, *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 27, Nomor 1, Februari 2015, hlm. 85.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Utrecht, E., dan Mohammad Salah Djindang, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, PT Ichtiar Baru, Jakarta, 1983, hlm. 458.

menunjukkan pengutamaan terhadap perjanjian internasional daripada hukum nasional, misalnya Konvensi Meja Bundar tahun 1949.

Selanjutnya, pada orde baru, Mochtar Kusumaatmadja pun juga secara jelas memotret bahwa Indonesia mengarah pada monisme primat hukum internasional dan menyarankan agar di kemudian hari pilihan politik hukum yang dianut adalah aliran ini. Menurut Mochtar Kusumaatmadja Indonesia lebih condong kepada negara-negara eropa kontinental yang menganggap bahwa suatu negara secara otomatis akan terikat pada suatu perjanjian dan konvensi yang disahkan tanpa perlu mengadakan perundang-undangan pelaksana.¹⁶⁰

Namun Ibrahim R, tidak sepakat dengan pendapat ini karena menurutnya saat ini Indonesia dan beberapa negara berkembang lainnya cenderung dan keharusannya menganut aliran dualisme, dan walaupun harus memilih monisme, maka yang dipilih adalah monisme primat hukum nasional.¹⁶¹ Pendapat ini memang cukup ideal dalam upaya melindungi kepentingan nasional dari berbagai konsekuensi yang mungkin ditimbulkan dari diratifikasinya suatu perjanjian internasional.

Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, pengesahan perjanjian internasional yang mensyaratkan ratifikasi dapat dilakukan dengan undang-undang dan keputusan presiden. Padahal Pasal 11 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 tidak sekalipun menjelaskan mengenai bentuk yuridis dari persetujuan DPR terhadap

¹⁶⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, op.cit., hlm. 65-67.

¹⁶¹ Sandi dan Merekawati, op.cit.

perjanjian internasional. Bahkan menurut Muhammad Yamin sebagai salah satu perumus UUD pernah menyatakan bahwa “*tidak diterapkan dalam Pasal 11 bentuk yuridis lain daripada persetujuan DPR, sehingga persetujuan DPR itu sendiri berupa apa pun telah mencangkupi syarat formil menurut konstitusi Pasal 11*”.¹⁶² Dari pandangan ini terlihat bahwa sejatinya Pasal 11 UUD 1945 hanya merupakan syarat konstitusional yang harus dipenuhi oleh pemerintah dalam membuat suatu perjanjian internasional. Sehingga persetujuan DPR itu pun tidak mesti dituangkan dalam wadah undang-undang.

Pandangan ini pun ditegaskan dalam Surat Presiden No. 2826/HK/1960 dengan menyatakan bahwa persetujuan DPR tidak harus dituangkan dalam undang-undang. Namun sekalipun surat presiden ini tidak mengatur mengenai bentuk yuridis persetujuan DPR, akan tetapi dalam praktek persetujuan ini kemudian dituangkan dalam bentuk undang-undang. Hal ini terus berlangsung sebagai konvensi ketatanegaraan Indonesia sampai akhirnya terkristalisasi dalam pengaturan UU No. 24 Tahun 2000 tentang perjanjian internasional.

Terhadap masalah ini Bagir Manan mencoba mengaitkan perjanjian internasional dengan fungsi DPR dalam membuat undang-undang sebagaimana diatur Pasal 20A UUD 1945, karena menciptakan hukum atau menyetujui suatu hukum yang berlaku lintas negara. Oleh karena itu, setiap perjanjian internasional

¹⁶² Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid Ketiga, Sekretariat Negara, Jakarta, 1960, hlm. 784.

yang memerlukan persetujuan DPR harus diberi bentuk undang-undang.¹⁶³ Namun di pihak lain, Hamid Attamimi berpandangan bahwa persetujuan DPR tidak selalu identik dengan undang-undang, namun walaupun persetujuan DPR itu dituangkan dalam bentuk undang-undang maka hal itu tidak menyalahi UUD 1945.¹⁶⁴ Oleh karena itu, penguasaan persetujuan DPR dalam bentuk undang-undang itu termasuk kategori *open legal policy* yang pengaturannya diserahkan sepenuhnya kepada badan legislatif

Terlepas dari perbedaan pandangan tersebut, sebenarnya permasalahan terpenting sebenarnya adalah bagaimanakah fungsi undang-undang pengesahan perjanjian internasional tersebut, apakah undang-undang pengesahan itu berfungsi untuk mentransformasikan kaidah hukum internasional ke dalam hukum internasional ataukah berfungsi untuk menginkorporasikan kaidah perjanjian internasional, dengan kata lain, undang-undang itu hanya sebatas ekspresi persetujuan DPR terhadap suatu perjanjian internasional.

Sebagai bahan perbandingan, di Belanda, sekalipun persetujuan parlemen terhadap suatu perjanjian internasional juga dituangkan dalam bentuk undang-undang, namun undang-undang itu pun hanya diartikan sebagai wadah ekspresi dari persetujuan parlemen sehingga tidak serta merta mengkonversi kaidah hukum perjanjian itu menjadi materi undang-undang. Sedangkan praktek di

¹⁶³ Bagir Manan, "Akibat Hukum di Dalam Negeri Pengesahan Perjanjian Internasional; Tinjauan Hukum Tata Negara", Makalah, *Focus Group Padjadjaran*, Bandung, 29 November 2008.

¹⁶⁴ A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Negara*, Fakultas Pascasarjana UI, Jakarta, 1990, hlm. 346.

Jerman, penguasaan persetujuan parlemen dalam bentuk undang-undang itu dapat diartikan dalam dua fungsi sekaligus, yaitu sebagai ekspresi persetujuan parlemen agar pemerintah melakukan pengesahan perjanjian dan sebagai bentuk transformasi perjanjian internasional ke dalam legislasi nasional.¹⁶⁵

Pada dasarnya, undang-undang pengesahan perjanjian internasional hanya terdiri dari dua pasal saja, yaitu Pasal 1 berisi pernyataan pengesahan terhadap perjanjian internasional yang dimaksud, dan Pasal 2 berisi pemberlakuan undang-undang itu sendiri. Sedangkan perjanjian internasional itu sendiri dituangkan dalam lampiran dan dinyatakan merupakan bagian tidak terpisahkan dengan undang-undang itu sendiri.

Memang dengan dituangkannya persetujuan DPR dalam bentuk undang-undang itu tidak serta merta menjadikan perjanjian internasional tersebut berubah wujud menjadi undang-undang. Karena pada dasarnya ada perbedaan yang cukup mendasar antara berlakunya hukum nasional dan perjanjian internasional sebagai salah satu sumber hukum internasional.

Sebagaimana Anzilotti mengatakan hukum nasional berdasar pada prinsip bahwa aturan negara (*state legislation*) harus dipatuhi. Hal ini berkaitan dengan kedaulatan (internal) negara untuk memberikan aturan yang mengikat setiap warga negaranya. Sedangkan perjanjian internasional mendasarkan diri pada prinsip bahwa suatu perjanjian antar negara harus dihormati berdasarkan prinsip

¹⁶⁵ Dumos Damoli Agusman, op.cit., hlm 119.

pacta sunt servanda.¹⁶⁶ Lebih lanjut Boer Mauna mengatakan bahwa ketika suatu negara mengesahkan perjanjian maka sejatinya negara tersebut telah menyerahkan sedikit kedaulatannya (eksternal) untuk terikat pada perjanjian internasional yang diratifikasinya.¹⁶⁷

Dalam praktek hukum Indonesia, menurut pengamatan penulis, ada corak yang berbeda dalam penguasaan persetujuan DPR terhadap perjanjian internasional dalam bentuk undang-undang, yaitu undang-undang yang menyatakan bahwa lampiran perjanjian internasional merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan undang-undang dan undang-undang yang tidak secara eksplisit menyebutkan bahwa lampirannya merupakan bagian tak terpisahkan dari undang-undang itu sendiri. Perbedaan ini penting untuk mengidentifikasi infiltrasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional.

Jika lampiran itu bukan merupakan bagian yang tak terpisahkan sebagaimana praktek pada awal-awal dikeluarkannya Surat Presiden No.2826/HK/1960, maka dengan demikian undang-undang itu harus diartikan hanya sebagai wadah ekspresi persetujuan DPR terhadap suatu perjanjian internasional. Praktek ini cenderung mengarah pada doktrin inkorporasi, karena tidak serta merta menjadikan perjanjian itu sebagai hukum nasional. Pada umumnya undang-undang ini membedakan antara berlakunya perjanjian internasional dengan undang-undang itu sendiri.

¹⁶⁶ Sefriani, *Hukum Internasional*., op.cit., hlm. 87.

¹⁶⁷ Boer Mauna, *hukum Internasional, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Penerbit Alumni, Bandung, 2005, hlm. 186.

Akan tetapi, jika lampiran perjanjian internasional itu diakui sebagai satu kesatuan yang tidak terpisahkan dari undang-undang sebagaimana praktek yang terjadi sekarang, maka konsekuensinya lampiran tersebut akan berlaku sebagai kaidah hukum yang mengikat sebagaimana undang-undang itu sendiri. Dengan demikian, selain diartikan sebagai bentuk ekspresi persetujuan DPR, undang-undang tersebut juga dapat dikatakan secara tidak langsung telah mentransformasikan materi dari perjanjian internasional. Umumnya undang-undang ini tidak membedakan keberlakuan perjanjian internasional dan keberlakuan undang-undang yang mengesahkannya itu sendiri.¹⁶⁸

Ada perbedaan terkait mulai mengikatnya kaidah-kaidah perjanjian internasional dalam tataran internal dan tataran eksternal. Dalam tataran internal, kaidah-kaidah hukum perjanjian itu akan mulai berlaku sebagaimana berlakunya undang-undang semenjak diberlakukannya undang-undang pengesahan perjanjian internasional. Sedangkan dalam tataran eksternal, perjanjian internasional itu akan mulai berlaku dan mengikat Indonesia sebagai subyek hukum internasional setelah terjadinya pertukaran piagam pengesahan atau sebagaimana ditentukan dalam perjanjian internasional itu sendiri

¹⁶⁸ Damos Dumoli Agusman dalam membahas "Perkembangan Pengertian "Pengesahan" Dalam Hukum Nasional Indonesia", menyatakan bahwa sejak tahun 1974 UU Pengesahan Perjanjian Internasional tidak lagi dibedakan antara tanggal berlakunya Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional dengan tanggal berlakunya perjanjian internasional itu sendiri. Lihat Damos Damoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional*, op.cit., hlm. 79-82.

B. *Judicial Review* Terhadap Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional

1. Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Melakukan *Judicial Review* Terhadap Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional

Salah satu kewenangan MK berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 10 ayat (1) Huruf a UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan “*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar...*”.

Dalam menjalankan tugasnya, Mahkamah Konstitusi dapat menguji konstitusionalitas undang-undang baik dari segi materil maupun formil. Sehingga jika terdapat materi undang-undang dirasa bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, maka materi undang-undang itu pun dapat dibatalkan, begitu pula jika yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar itu berkaitan dengan prosedur atau formalitas undang-undang, maka undang-undang yang dimaksud dapat dibatalkan secara keseluruhan.¹⁶⁹

Namun demikian, ada beberapa undang-undang, dalam sistem peraturan perundang-undangan Indonesia, yang memiliki karakter khusus dan berbeda baik secara materil maupun formil dengan undang-undang pada umumnya. Hal ini dapat dilihat dari eksistensi undang-undang pengesahan perjanjian internasional

¹⁶⁹ Pasal 57 ayat (1-2) Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

yang kemudian menimbulkan permasalahan tersendiri bagi penegakan supremasi konstitusi di Indonesia. Lebih-lebih pesatnya arus globalisasi dewasa ini telah menciptakan interaksi intensif antara Indonesia dengan masyarakat internasional. Dan tentu ini akan mengakibatkan pada semakin meningkatkannya persentuhan-persentuhan hukum antara Indonesia dengan negara-negara lainnya.¹⁷⁰ Bahkan dalam tingkat tertentu akan menimbulkan tumpang tindih antar hukum internasional termasuk perjanjian internasional dengan hukum nasional Indonesia, tak terkecuali Undang-Undang Dasar 1945 yang merupakan norma dasar negara Indonesia.

Sebagaimana dikemukakan sebelumnya, bahwa perjanjian internasional yang mensyaratkan ratifikasi dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu perjanjian internasional yang disahkan dengan undang-undang dan perjanjian internasional yang disahkan dengan peraturan presiden. Terhadap perjanjian yang materinya berkaitan dengan, yaitu: (a) masalah politik, perdamaian, pertahanan dan keamanan negara, (b) Perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara, (c) Kedaulatan atau hak berdaulat negara, (d) Hak asasi manusia dan lingkungan hidup, (e) Pembentukan kaidah hukum baru, dan (f) Pinjaman dan/atau hibah luar negeri, maka proses pengesahannya harus dengan persetujuan DPR dan dituangkan dalam wadah undang-undang.¹⁷¹ Sedangkan

¹⁷⁰ Dumos Damoli Agusman, *op.cit.*, hlm. 3.

¹⁷¹ Lihat Pasal 10 UU No. 24 tahun 2000

terhadap materi perjanjian selain itu cukup disahkan dengan keputusan presiden (sekarang peraturan presiden).¹⁷²

Di sisi lain, Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan, menentukan bahwa hierarki peraturan perundang-undangan terdiri dan tersusun secara berjenjang sebagai berikut:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945,
2. Ketetapan MPR
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peraturan Daerah Provinsi
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

Kemudian Pasal 7 UU No.12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan mengatur bahwa secara hierarkis kedudukan UUD 1945 lebih tinggi dari undang-undang oleh karenanya setiap ketentuan undang-undang tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945, jika terdapat ketentuan yang bertentangan dengan UUD 1945, maka ketentuan tersebut dapat dimohonkan untuk diuji melalui mekanisme pengujian undang-undang.

Dalam tataran praktis, Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan fungsinya sebagai *the guardian of constitution* pernah mengeluarkan putusan MK No.33/PUU-IX/2011 yang pada pokok permasalahannya menguji

¹⁷² Lihat Pasal 11 ayat (1) UU No. 24 tahun 2000

konstitusionalitas terhadap Undang-Undang No. 38 tahun 2008 yang tidak lain merupakan Undang-Undang pengesahan perjanjian internasional *Charter of The Association of Southeast Asian Nations* (Piagam ASEAN). Dalam pertimbangannya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa penguatan Piagam ASEAN dalam wadah undang-undang berlaku sebagai norma hukum nasional yang memiliki kekuatan hukum mengikat sebagaimana undang-undang. Oleh karena itu, sesuai mandat Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 maka Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji konstitusionalitas Undang-Undang No. 38 tahun 2008 tentang Piagam ASEAN.

Pada dasarnya, Undang-Undang hasil ratifikasi perjanjian internasional terdiri dari dua pasal, yaitu pasal memuat ketentuan pengesahan perjanjian internasional yang dimaksud, yaitu dengan memuat pernyataan melampirkan salinan naskah aslinya atau naskah asli bersama dengan terjemahannya dalam bahasa Indonesia. Sedangkan Pasal 2 memuat ketentuan mengenai saat mulai berlakunya. Lebih lanjut dalam Pasal 44 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 10 tahun 2004 dijelaskan tentang lampiran dari undang-undang adalah bagian tak terpisahkan dari undang-undang itu sendiri, sehingga karenanya termasuk juga sebagai objek yang dapat diuji Mahkamah Konstitusi.

Meskipun demikian ada pula yang mengkritisi dengan mempertanyakan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji Undang-Undang No.38 Tahun 2008 dengan mengait-ngaitkannya dengan kategorisasi undang-undang, sebagaimana terjadi dalam sistem ketatanegaraan Belanda yang membedakan

antara undang-undang materil (*wet in materiele zin*) dan undang-undang formil (*wet in formele zin*).¹⁷³ Menurut I.C. Van der Vlies seperti yang dikutip pula oleh Arifin Soeriaatmadja bahwa undang-undang dalam arti formal pada umumnya sekaligus undang-undang dalam arti materil. Namun dapat memungkinkan juga terdapat undang-undang formal tidak sekaligus sebagai undang-undang dalam arti materil. Seperti undang-undang APBN dan undang-undang pengesahan perjanjian internasional. Undang-undang dengan jenis ini tidak mengikat secara umum, tetapi dikategorikan sebagai undang-undang formal (*wet in formeel zin*). Oleh karenanya undang-undang seperti ini tidak dapat diuji secara materil karena bukan undang-undang dalam arti materil melainkan hanya undang-undang dalam arti formal saja.¹⁷⁴

Jika menggunakan kategori undang-undang di atas, maka Undang-Undang No. 38 Tahun 2008 adalah undang-undang formal, karena hanya merupakan syarat konstitusional seperti yang diamanatkan Pasal 11 UUD 1945, yaitu “presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain”. Dengan demikian, Undang-Undang No. 38 Tahun 2008 sebenarnya tidak lain adalah pengejawantahan persetujuan DPR dan bukan piagam ASEAN itu sendiri. Bukti kuat bahwa UU No. 38 Tahun 2008 tidak identik dengan Piagam ASEAN adalah bahwa mulai berlakunya kedua instrument ini berbeda. UU No. 38 Tahun 2008 mulai berlaku pada saat diundangkan yakni

¹⁷³ Lihat Keterangan Pemerintah tentang kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan MK No. 33/PUU-IX/2011.

¹⁷⁴ Jimly Ashiddiqie, *Perihal Undang-Undang..*, op.cit., hlm. 124.

tanggal 6 November 2008, sedangkan untuk memberlakukan Piagam ASEAN ditentukan setelah dipenuhinya syarat yang ditetapkan oleh piagam ASEAN itu sendiri, yaitu 30 hari sejak diterimanya ratifikasi ke 10 negara anggota ASEAN, yakni 15 Desember 2008.¹⁷⁵

Piagam ASEAN adalah kontrak antarnegara yang tunduk pada hukum internasional bukan pada hukum Indonesia. Sedangkan menurut hukum internasional (Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional), Indonesia tidak boleh menolak melaksanakan perjanjian yang disetujuinya dengan alasan bertentangan dengan hukum nasional. Oleh karena itu putusan Mahkamah Konstitusi terhadap UU No. 38 Tahun 2008 tidak akan berdampak apa-apa bagi eksistensi Piagam ASEAN itu sendiri. Hal ini dikarenakan pengakhiran terhadap Piagam ASEAN baru dapat dilakukan setelah melewati prosedur yang di atur dalam Konvensi Wina 1969 tentang *Invalidity, Termination, Withdrawal from Suspension of The Operation of Treaty*.¹⁷⁶

Akan tetapi, penulis sendiri tidak terlalu sepakat dengan pandangan ini, terlalu naif bagi Mahkamah Konstitusi jika dikarenakan khawatir untuk menimbulkan problematika dalam tataran hukum internasional, lantas menghindar dari kewenangan yang sudah diatur secara tegas oleh Undang-Undang Dasar 1945, yaitu menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Justru tugas hakimlah untuk memberikan putusan yang berkeadilan serta

¹⁷⁵ Dumos Damoli Agusman, "Apakah MK Bisa Menguji Piagam ASEAN?", Artikel dimuat *Antara News*, Senin, 25 Juli 2011.

¹⁷⁶ Dumos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional*...., op.cit ., hlm. 64-65.

mencarikan solusi terhadap perkara yang dihadapinya. Oleh karena itu, Jika seandainya UU No. 38 Tahun 2008 terbukti bertentangan dengan UUD 1945, sehingga menimbulkan ketidakadilan yang benar-benar merusak kehidupan bernegara, maka para hakim konsitusi harus tegas bertindak sebagai pengawal konstitusi. Sebagaimana Jimly Ashiddiqie yang menyindir dengan mengatakan:

“Jangan karena ingin bertindak sebagai negarawan, para hakim berubah menjadi politikus, yang mencla-mencle atau karena memendam kepentingan pribadi untuk membela pemerintah tanpa reserve dan tanpa integritas yang dapat dipuji sama sekali, menolak begitu saja setiap ide untuk menguji undang-undang APBN ataupun UU ratifikasi perjanjian internasional.”¹⁷⁷

Lebih lanjut Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa sistem pengujian undang-undang dalam konstitusi Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945 tidak membedakan kategori undang-undang sebagaimana menurut I.C. Van der Vlies tersebut. Maksud diadakannya mekanisme pengujian konstusionalitas ini adalah untuk menjamin agar tidak ada undang-undang, baik secara formal maupun materil, yang bertentangan dengan UUD 1945. Oleh karena itu, setiap produk hukum yang berbentuk undang-undang, terlepas dari sifatnya sebagai undang-undang pemberian kuasa ataupun undang-undang formal, tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945. Lagi pula di Belanda tidak dikenal adanya mekanisme pengujian undang-undang terhadap UUD sehingga tidak relevan untuk membandingkannya dengan Indonesia.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, op.cit., hlm. 56.

¹⁷⁸ Jimly, Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang...*, op.cit., hlm. 129-130.

Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 hanya menyatakan, “*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undan-Undang Dasar...*”. UUD 1945 sama sekali tidak menentukan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak boleh menguji undang-undang formal. Artinya sejak awal makna perkataan “pengujian undang-undang” dalam ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dimaksudkan untuk mencakup pengertian pengujian dalam arti materil dan sekaligus pengujian dalam arti formal.¹⁷⁹ Dengan demikian, kata “undang-undang” dalam ketentuan tersebut juga dimaksud untuk mencakup undang-undang pengesahan perjanjian internasional.

2. Jalan Keluar Pembatalan Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi.

Kendatipun secara yuridis-konstitusional Mahkamah Konstitusi menyatakan berwenang melakukan pengujian Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional sebagaimana dalam Putusan MK No.33/PUU-IX/2011, yang pada pokoknya pengujian terhadap UU No. 38 tahun 2008 tentang Pengesahan Piagam ASEAN, harus diakui bahwa kewenangan ini memang rentan menimbulkan permasalahan, baik dalam tataran hukum nasional maupun hukum internasional. Terutama dalam hal seandainya dalam putusannya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa suatu Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945.

¹⁷⁹ Ibid., hlm. 32-33.

Dalam sejarah praktek Indonesia, selama ini belum ada suatu perjanjian pun yang dibatalkan melalui mekanisme *judicial review* ataupun *constitutional review*. Barangkali karena faktor ketidakjelasan mengenai status dan kedudukan perjanjian internasional tersebut, sehingga kemudian jarang sekali ada permohonan untuk mengujikan undang-undang pengesahan perjanjian internasional kepada Mahkamah Konstitusi. Padahal berdirinya Mahkamah Konstitusi tidak lain sebagai *The Guardian of Constitution*, artinya dalam kedudukannya Mahkamah Konstitusi merupakan pengejawantahan kedaulatan hukum Indonesia.¹⁸⁰

Namun demikian, dengan diterimanya permohonan PUU 33/PUU-IX/2011 oleh Mahkamah Konstitusi sejatinya telah membuka peluang dibatalkannya suatu Undang-Undang pengesahan perjanjian internasional melalui mekanisme *judicial review* di masa-masa yang akan datang. Hal inilah yang kemudian menimbulkan pertanyaan, apakah dibatalkannya undang-undang hasil ratifikasi perjanjian internasional juga akan berimplikasi pada dibatalkannya perjanjian internasional dalam konteks hukum internasional? Sedangkan di sisi lain Konvensi Wina 1969 yang menjadi acuan dalam melakukan perjanjian internasional dalam hukum internasional tidak memperkenankan pengakhiran perjanjian internasional secara sepihak oleh negara yang bersangkutan dengan

¹⁸⁰ Selain berfungsi sebagai *The Guardian of Constituion*, MK juga berfungsi sebagai Penafsir Konstitusi (*The Final Intrepeter of Constitution*), Pelindung Demokrasi dengan Melindungi Hak-hak Minoritas (*The Guardian of The Democracy By Protecting Minority Rigths*), Pelindung Hak-hak Konstitusional Warganegara (*The Protector of The Citizen's Constitutional Rights*), serta sebagai Pelindung Hak-hak Asasi Manusia (*The Protector of Human Rights*), Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar Tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, op.cit., hlm. 24.

alasan bertentangan dengan hukum nasionalnya tanpa persetujuan para pihak yang bersangkutan dalam perjanjian internasional tersebut.¹⁸¹

Dalam pembahasan sebelumnya, dijelaskan bahwa dalam perspektif hukum internasional, Undang-undang pengesahan perjanjian internasional itu tidak lain merupakan syarat konstitusional yang diatur dalam Pasal 11 UUD 1945, yakni bahwa dalam melakukan perjanjian internasional yang materinya menyangkut hal-hal yang mendasar harus disertai persetujuan DPR. Jika ditinjau berdasarkan dua perspektif prosedur ratifikasi, maka persetujuan DPR ini merupakan prosedur ratifikasi internal negara sehingga harus ditindak lanjuti dengan prosedur ratifikasi eksternal. Sebagaimana Komisi Hukum Internasional (ILC) menjelaskan bahwa prosedur internal harus dipenuhi untuk melaksanakan prosedur eksternal. Lebih lanjut Komisi ini bahkan menegaskan bahwa terikatnya suatu negara terhadap perjanjian internasional bukan bergantung pada ratifikasi internal suatu negara, melainkan bergantung pada ratifikasi eksternal.¹⁸²

Inilah mengapa dalam pengaturan UU Perjanjian Internasional itu menentukan dalam Pasal 14 sebagai berikut: “*Menteri menandatangani piagam pengesahan untuk mengikat diri pada suatu perjanjian internasional untuk dipertukarkan dengan negara pihak untuk disimpan oleh negara atau lembaga penyimpanan pada organisasi internasional.*” Dengan demikian, putusan Mahkamah Konstitusi tidak serta merta dapat membatalkan atau mengakhiri

¹⁸¹ Damos Dumoli Agusman, op.cit., hlm. 65.

¹⁸² Ibid., hlm. 70-71.

keterikatan Indonesia sebagai negara terhadap suatu perjanjian internasional. Hal ini dikarenakan keterikatan Indonesia sebagai subyek hukum internasional terhadap perjanjian internasional tidak bersumber pada undang-undang yang mengesahkannya, melainkan bersumber pada perjanjian itu sendiri yang lazimnya ditandai dengan pertukaran piagam pengesahan (*Instrument of Ratification*) perjanjian internasional oleh presiden/pemerintah.¹⁸³

Pengakhiran atas pengikatan diri pada suatu perjanjian internasional (*termination or withdrawal or denunciation*) haruslah disepakati oleh para pihak pada perjanjian dan diatur dalam ketentuan perjanjian itu sendiri. Dalam tataran instrumen hukum internasional, Konvensi Wina 1969 selaku instrumen hukum yang mengatur mengenai perjanjian internasional telah membedakan antara pengakhiran perjanjian internasional yang didasarkan pada kesepakatan para pihak, dengan pengakhiran yang dilakukan secara sepihak atau yang dikenal dengan doktrin *rebus sic stantibus*, seperti pembatalan dan penghentian sementara terhadap perjanjian internasional.¹⁸⁴

Pengakhiran yang dilakukan secara sepihak harus mengikuti prosedur yang ditetapkan oleh perjanjian itu atau melalui prosedur yang diatur dalam Konvensi Wina 1969 tentang *Invalidity, Termination, Withdrawal from Suspension of The Operation of Treaty*.¹⁸⁵ Persoalan akan menjadi lain, jika ada negara-negara

¹⁸³ Ibid., hlm. 82.

¹⁸⁴ Harry Purwanto, "Keberadaan Asas Rebus Sic Stantibus Dalam Perjanjian Internasional", *Jurnal Opinio Juris*, Volume 13, Mei-Agustus 2013, hlm. 64.

¹⁸⁵ Damos Dumoli Agusman, op.cit., hlm. 64-65.

peserta yang tidak menyetujui usulan untuk mengakhiri perjanjian internasional tersebut. Dalam hal demikian, penyelesaian sengketa dapat dilakukan dengan jalan damai dengan mengajukannya ke badan penyelesaian sengketa, seperti peradilan, abitrasi, atau konsiliasi.¹⁸⁶

Akan tetapi, sekali lagi penulis ingin menegaskan bahwa persoalan ini tidak lantas mempengaruhi kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) untuk melakukan pengujian terhadap undang-undang pengesahan perjanjian internasional. Persoalan ini justru menjadi tugas para hakim konstitusi untuk bertindak sebagai seorang *Jurist* yang harus memberikan putusan yang berkeadilan serta memecahkan segala persoalan yang dihadapinya. Oleh karena itu, jika sendainya undang-undang pengesahan perjanjian internasional bertentangan dengan UUD 1945, Mahkamah Konstitusi harus melakukan inovasi hukum dengan memberikan jangka waktu bagi pemerintah untuk melakukan segala perbuatan yang diperlukan dalam rangka mengakhiri keterikatan Indonesia terhadap suatu perjanjian internasional berdasarkan prosedur yang ditentukan dalam hukum perjanjian internasional.¹⁸⁷

Setidaknya dua kali Mahkamah Konstitusi menanggukkan pada tenggang waktu tertentu, pada saat menguji tafsir pasal dalam undang-undang bertentangan dengan konstitusi (UUD 1945), yaitu pertama putusan No. 012-016-019/PUU-IV/2006, tertanggal 19 Desember 2006, yang mana menurut

¹⁸⁶ I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 2...*, op.cit., hlm. 283.

¹⁸⁷ Lihat Penjelasan pada Bab II mengenai Berakhirnya Perjanjian Internasional

Mahkamah tersebut, Pengadilan Tindak Pidana Korupsi (Tipikor) harus dibentuk dengan undang-undang tersendiri, paling lambat tiga tahun sejak dikeluarkannya putusan tersebut.¹⁸⁸ Kemudian yang kedua adalah putusan No. 14/PUU-XI/2013, tertanggal 23 Januari 2014, yang pada pokoknya membatalkan sistem pemisahan antara pemilihan calon legislatif dengan pemilihan presiden karena bertentangan dengan UUD 1945, akan tetapi putusan tersebut ditangguhkan dan baru bisa berlaku pada tahun 2019.¹⁸⁹

Berangkat dari dua putusan tersebut, maka penulis berpendapat Mahkamah Konstitusi pun dapat juga menangguhkan putusannya dalam hal jika dikemudian hari menangani pengujian undang-undang pengesahan perjanjian internasional dan menyatakannya bertentangan dengan konstitusi. Mengingat dampak yang ditimbulkan oleh putusan Mahkamah Konstitusi menyentuh permasalahan yang cukup multi-dimensional, terutama jika membatalkan undang-undang pengesahan perjanjian internasional. Akan tetapi harus pula disadari bahwa mekanisme pengujian terhadap perjanjian internasional dengan menggunakan *judicial review* seperti ini akan mempengaruhi integritas negara Indonesia di hadapan negara-negara lain sehingga sudah tidak sepatutnya dipertahankan. Akan lebih baik bagi Indonesia untuk melakukan perbaikan-perbaikan dan

¹⁸⁸ Lihat Amar Putusan MK No. 012-016-019/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-Undang No.46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

¹⁸⁹ Lihat Amar Putusan MK No. 14/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden.

mencari jalan alternatif lain dalam rangka mengantisipasi terjadinya pertentangan antara perjanjian internasional dengan konstitusi Indonesia.

C. Urgensi *Judicial Preview* Sebagai Mekanisme Verifikasi Konstitusionalitas Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional

1. *Judicial Preview* Terhadap Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional

Sebagaimana dijelaskan pada pembahasan sebelumnya, arus globalisasi dewasa ini telah menciptakan interaksi intensif antara Indonesia dengan masyarakat internasional. Dan tentu ini akan mengakibatkan pada semakin meningkatkannya persentuhan-persentuhan hukum antara Indonesia dengan negara-negara lainnya. Bahkan dalam tingkat tertentu akan menimbulkan tumpang tindih antar hukum internasional termasuk perjanjian internasional dengan hukum nasional Indonesia, tak terkecuali Undang-undang Dasar 1945 yang merupakan norma dasar negara Indonesia.

Sementara itu, mekanisme yang dapat dijadikan proteksi untuk melindungi kepentingan nasional, terutama aspek konstitusional, sangat bergantung pada mekanisme *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi, yang di sisi lain masih berpotensi menimbulkan masalah yang multi-dimensional bagi Indonesia dalam kehidupan dunia internasional. Maka sudah seharusnya terjadi perbaikan-perbaikan sistem dengan menyediakan suatu mekanisme pengujian pra-perjanjian internasional diratifikasi, atau yang biasa disebut dengan mekanisme *judicial preview*.

Judicial Preview merupakan suatu mekanisme pengujian secara *a priori* terhadap undang-undang, artinya pengujian tersebut dilakukan pada saat undang-undang itu masih berbentuk rancangan undang-undang dan belum disahkan menjadi undang-undang.¹⁹⁰ Kemudian jika dianalogikan terhadap perjanjian internasional, maka pengujian itu dilakukan pada saat dilakukannya prosedur ratifikasi (prosedur internal) terhadap perjanjian internasional, yakni ketika DPR akan memutuskan persetujuannya terhadap perjanjian internasional yang akan diratifikasi oleh pemerintah. Hal ini dimaksudkan agar supaya terjadi verifikasi konstitusionalitas terhadap perjanjian internasional yang akan diratifikasi, sehingga nantinya dapat dipastikan bahwa perjanjian internasional yang diratifikasi oleh Indonesia tidak akan bertentangan dengan UUD 1945.

Sebagai bahan perbandingan, di negara Perancis, Dewan Konstitusi (*Constitutional Council*) berwenang melakukan pengujian secara *a priori* terhadap rancangan undang-undang dan ratifikasi terhadap perjanjian internasional berdasarkan permintaan Presiden, Perdana Menteri, atau ketua dari masing-masing majelis/kamar dalam Parlemen, atau 60 anggota dari masing-masing majelis/kamar dalam Parlemen. Jika Perjanjian internasional tersebut dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasarnya, maka ratifikasi atau persetujuannya tidak dapat dilakukan kecuali terjadi perubahan Undang-Undang Dasar.¹⁹¹ Dengan demikian, dalam sistem ketatanegaraan Perancis, Dewan

¹⁹⁰ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional...*, op.cit., hlm. 56-57.

¹⁹¹ M. Ali Syafaat, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, op.cit., hlm. 85-86.

Konstitusi turut ambil peran dalam proses ratifikasi terhadap perjanjian internasional.

Pada dasarnya, diakomodirnya mekanisme ratifikasi dalam hukum perjanjian internasional dimaksudkan untuk agar supaya terdapat ruang bagi negara yang bersangkutan untuk mempertimbangkan segala aspek dan dampak yang mungkin ditimbulkan dari diratifikasinya suatu perjanjian internasional.¹⁹² Namun mekanisme ini cenderung hanya digunakan untuk menilai suatu perjanjian internasional dari aspek politik saja. Dan walaupun DPR melakukan penilaian perihal konstitusionalitas perjanjian internasional maka itu bukan merupakan penilaian mutlak yang bisa dijadikan tolak ukur karena tidak memiliki otoritas untuk menafsirkan Undang-Undang Dasar.

Dalam konteks ketatanegaraan Indonesia, Mahkamah Konstitusi merupakan satu-satunya lembaga yang didaulat sebagai penafsir tunggal konstitusi (*The Sole Interpreter of Constitution*)¹⁹³, oleh karenanya tepat kiranya jika sebelum peratifikasian perjanjian internasional itu Mahkamah Konstitusi diikutsertakan untuk memberi pendapat perihal konstitusionalitas suatu perjanjian internasional. Sehingga kehadiran mekanisme hukum berupa pengujian sebelum suatu perjanjian itu diratifikasi dan disahkan adalah suatu

¹⁹² Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional...*, op.cit., hlm.72.

¹⁹³ Jimly Ashiddiqie, "Sejarah Constitutional Review dan Gagasan Pembentukan Mahkamah Konstitusi", Makalah *The Three "E" Lecture Series*, @america, Pasific Place, Level 3, Jakarta, senin, 18 Juni, 2012, hlm. 2.

langkah preventif agar hasil ratifikasi perjanjian internasional tidak bersifat inkonstitusional serta merugikan hak konstitusional warga negara.

Dalam melakukan *judicial preview*, Mahkamah Konstitusi dapat melakukan pengujian baik secara formil maupun materil.¹⁹⁴ Pengujian secara materil dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam hal yang dipermasalahkan adalah materi perjanjian internasional, sehingga jika ada materi perjanjian internasional yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945, maka Mahkamah Konstitusi mewajibkan pemerintah untuk melakukan reservasi atau melakukan pengecualian terhadap materi yang dimaksud jika ingin tetap melanjutkan proses ratifikasi.

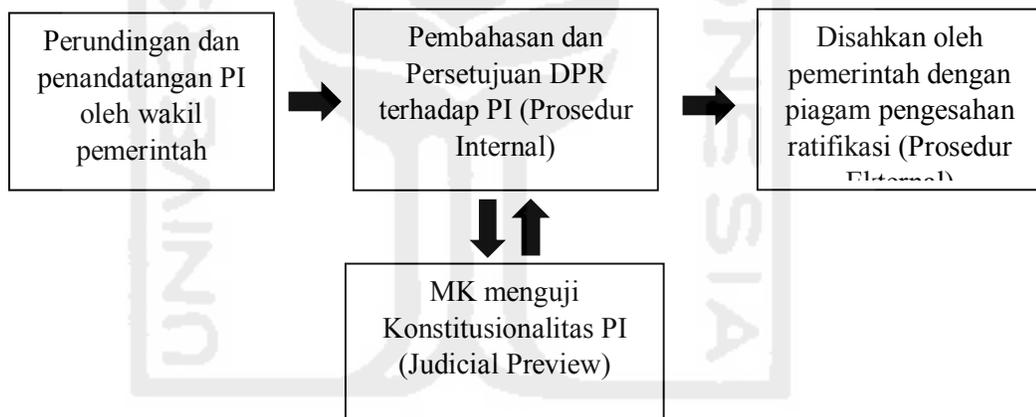
Sedangkan secara formil, Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian terhadap prosedur pembuatan perjanjian internasional, apakah dalam membuat perjanjian internasional, pemerintah sudah melakukan sebagaimana dipersyaratkan oleh konstitusi atau tidak, jika tidak memenuhi persyaratan maka Mahkamah Konstitusi mewajibkan pemerintah untuk tidak meratifikasi perjanjian internasional yang dimaksud. Kecuali setelah dipenuhinya prosedur konstitusional bagi pemerintah untuk membuat perjanjian internasional tersebut.

Mengingat pengujian dilakukan sebelum disahkannya suatu perjanjian internasional oleh pemerintah, maka mekanisme ini pun memang rentan untuk melanggar asas *judicial restraint*, yaitu asas yang mengajarkan pengekan diri

¹⁹⁴ Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, op.cit., hlm. 5-6.

dari kecenderungan untuk bertindak layaknya sebagai “*miniparliament*”¹⁹⁵. Asas ini dimaksudkan untuk mengimplementasikan dan menerapkan prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*). Oleh karena itu, dalam melakukan *judicial preview*, Mahkamah Konstitusi tidak boleh ikut serta terhadap pemilihan kebijakan-kebijakan legislatif untuk menyetujui atau tidak menyetujui suatu perjanjian internasional, melainkan hanya diperkenan untuk menilai dari sisi konstiusionalitas materi perjanjian internasional saja, Sehingga dengan demikian, Mahkamah Konstitusi akan tetap patuh pada asas *judicial restraint*.

Ilustrasi Judicial Preview Hasil Ratifikasi Perjanjian Internasional¹⁹⁶



2. Jalan Alternatif Sementara Pengujian Konstiusionalitas Terhadap Perjanjian Internasional.

Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 secara jelas merumuskan kewenangan Mahkamah Konstitusi secara limitatif meliputi empat kewenangan, yaitu: (1)

¹⁹⁵ Wicaksana Dramanda, “Menggagas Penerapan Judicial Restraint Di Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 4, Desember 2014.

¹⁹⁶ Bagan diolah dari penelitian penulis.

Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, (2) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, (3) Memutus pembubaran partai politik, dan (4) Memutus perselisihan hasil sengketa pemilihan umum. Selanjutnya, Pasal 24C menentukan bahwa Mahkamah Konstitusi berkewajiban memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh presiden dan/atau wakil presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Perumusan secara limitatif ini mengandung konsekuensi hukum bahwa tidak dibenarkan terjadi penambahan terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi secara formal, selain melalui Amandemen UUD 1945. Begitu pula, secara formal tidak mungkin untuk menambahkan kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi untuk melakukan *judicial preview* terhadap hasil ratifikasi perjanjian internasional. Sedangkan untuk melakukan perubahan pasal-pasal UUD 1945 bukan hanya tidak mudah secara politis tetapi juga secara procedural.¹⁹⁷

Memang dalam perjalanannya Mahkamah Konstitusi sempat mengalami perluasan kewenangan tanpa melalui perubahan formal Undang-Undang Dasar, seperti kewenangan untuk menangani sengketa hasil pilkada, yang sebenarnya bukan bagian dari obyek kewenangan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi kewenangan itu kemudian dibatalkan sendiri oleh Mahkamah Konstitusi

¹⁹⁷ Lihat Prosedur Amandemen Undang-Undang Dasar dalam Pasal 37 UUD 1945

karena dianggap bertentangan dengan UUD 1945.¹⁹⁸ Oleh karena itu, diperlukan langkah kreatif pembentuk undang-undang untuk mengikutsertakan Mahkamah Konstitusi sebagai upaya mengantisipasi terjadinya pertentangan norma antara perjanjian internasional dengan Undang-Undang Dasar 1945.

Menurut penulis, untuk mengikutsertakan peran Mahkamah Konstitusi dalam pembuatan perjanjian internasional tanpa harus melakukan perubahan UUD 1945, dapat dilakukan dengan membuat aturan baru dalam tataran undang-undang yang menentukan bahwa setelah dituangkannya persetujuan DPR dalam undang-undang maka selanjutnya undang-undang pengesahan perjanjian tersebut harus diujikan kepada Mahkamah Konstitusi untuk mendapatkan putusan perihal konstitusionalitas perjanjian internasional tersebut. Baru setelah dilakukannya verifikasi konstitusionalitas oleh Mahkamah Konstitusi, undang-undang pengesahan perjanjian internasional tersebut ditindaklanjuti oleh pemerintah dengan piagam pengesahan ratifikasi perjanjian internasional.

Mahkamah Konstitusi tidak mengalami penambahan kewenangan karena masih tetap dalam koridor pengujian undang-undang. Dengan begitu hal ini bisa menjadi pintu masuk bagi Mahkamah Konstitusi untuk turut ikut andil dalam pembuatan perjanjian internasional terutama memberikan penilaian terhadap konstitusionalitas suatu perjanjian tersebut. Sekaligus sebagai upaya memaksimalkan proteksi melindungi kepentingan nasional dari persoalan-

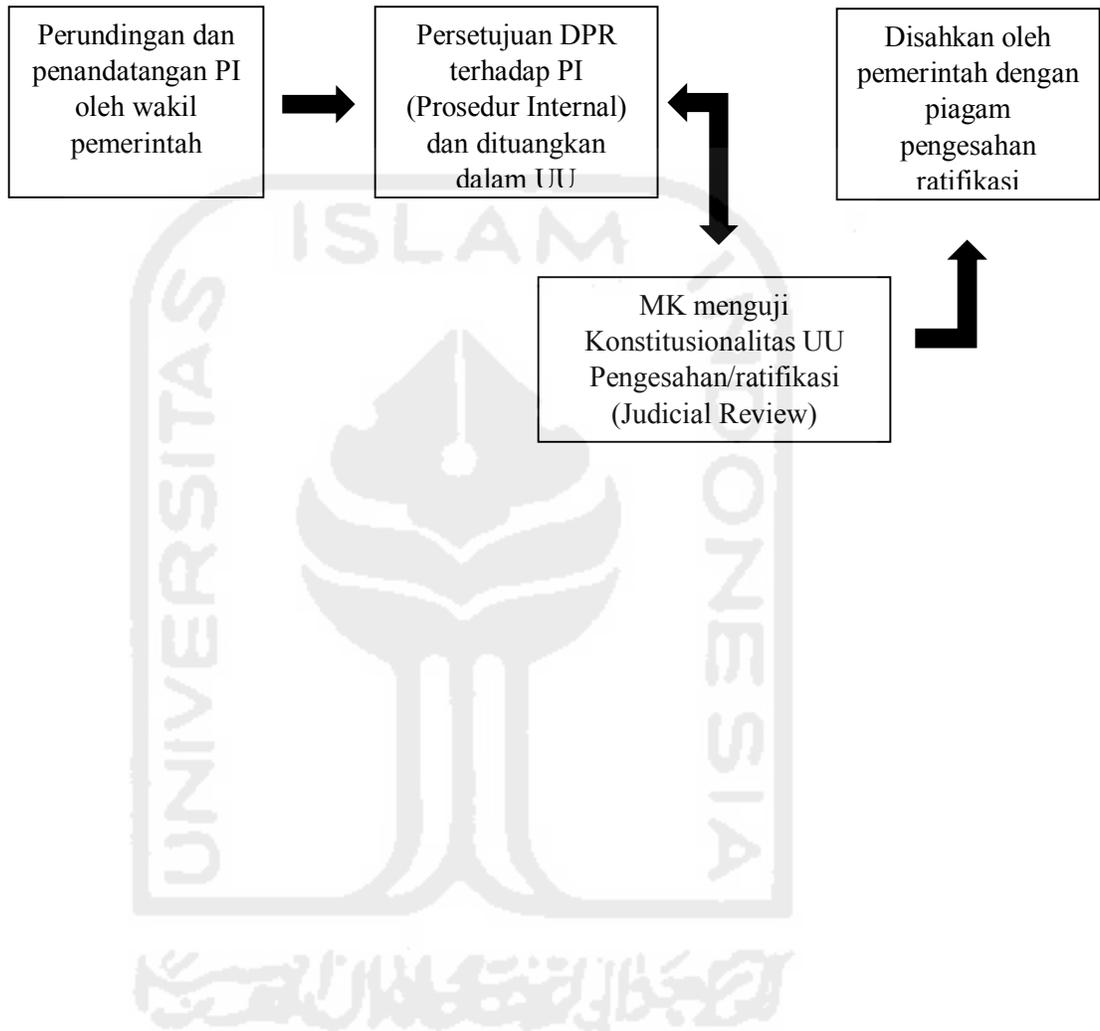
¹⁹⁸ Lihat Putusan MK No.97/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Pasal 236C UU No. 12 Tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah dan Pasal 29 ayat (1) Huruf e UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman terkait kewenangan MK untuk menangani sengketa hasil Pilkada.

persoalan yang mungkin timbul sebagai akibat dari diratifikasinya suatu perjanjian internasional.

Jika Mahkamah Konstitusi dalam melakukan *judicial review* menyatakan bahwa undang-undang pengesahan perjanjian internasional itu konstitusional atau sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945, maka undang-undang pengesahan tersebut kemudian ditindaklanjuti oleh pemerintah untuk melakukan ratifikasi. Namun jika sebaliknya, ternyata undang-undang pengesahan perjanjian internasional itu dinyatakan inkonstitusional atau bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945, maka persetujuan DPR tersebut tidak bisa ditindaklanjuti oleh pemerintah untuk melakukan ratifikasi terhadap perjanjian internasional.

Keikutsertaan Mahkamah Konstitusi dalam pembentukan perjanjian internasional itu sebenarnya dapat disebut sebagai *judicial review* dan *judicial preview* sekaligus. Dikatakan *judicial review* karena obyek yang diujinya berbentuk undang-undang. Namun juga bisa dikatakan *judicial preview* karena pengujiannya dilakukan pada waktu sebelum perjanjian internasional itu disahkan dalam arti eksternal, yang merupakan sumber mengikatnya perjanjian internasional bagi Indonesia dalam hukum internasional. Oleh karena itu, dalam hal ini Mahkamah Konstitusi melakukan *preview* terhadap perjanjian internasional dalam tataran hukum internasional.

Ilustrasi Judicial Review Terhadap UU Pengesahan Perjanjian Internasional¹⁹⁹



¹⁹⁹ Bagan diolah dari penelitian penulis

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian analisa terhadap judul dan topik pembahasan pada bab sebelumnya, penulis menyimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Pengesahan perjanjian internasional dalam tataran sistem hukum Indonesia sebagaimana ditafsirkan dari “persetujuan DPR” dalam Pasal 11 UUD 1945 merupakan mekanisme ratifikasi internal negara sebagai upaya *approval* dan konfirmasi DPR terhadap perjanjian internasional yang sebelumnya telah ditandatangani oleh pemerintah serta bukan merupakan ratifikasi sebagaimana dimaksud pasal 2 ayat (1) huruf b Konvensi Wina 1969. Oleh karena itu, persetujuan DPR terhadap suatu perjanjian internasional yang kemudian dituangkan dalam format undang-undang pengesahan perjanjian internasional tidak lantas menjadikan Indonesia mengikat diri terhadap perjanjian internasional, pengikatan diri Indonesia baru akan dimulai pada saat dilakukannya ratifikasi eksternal atau syarat-syarat lain sebagaimana ditentukan dalam perjanjian tersebut. Pasal 11 UUD 1945 tidak menjelaskan lebih lanjut mengenai bentuk yuridis dari persetujuan DPR, lebih dari itu Pasal 11 Ayat (3) malah mendelegasikan kewenangan pengaturan lebih lanjut kepada undang-undang. Oleh karenanya penuangan persetujuan DPR sebagaimana Pasal 11 UUD 1945 termasuk *open legal policy* yang

penentuannya diserahkan pada pembentuk undang-undang atau badan legislatif. Dengan dituangkannya persetujuan DPR dalam bentuk yuridis undang-undang mengandung konsekuensi terhadap perjanjian internasional itu pun harus tunduk pada ketentuan-ketentuan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam UU No 12 tahun 2011 tentang pembentukan perundang-undangan. Lebih-lebih dinyatakan dalam undang-undang pengesahan tersebut bahwa lampiran yang memuat naskah perjanjian internasional tersebut merupakan bagian yang tak terpisahkan dari undang-undang itu sendiri. Sehingga kemudian kaidah-kaidah perjanjian internasional itu akan berlaku sebagaimana undang-undang pada umumnya.

2. Secara yuridis-konstitusional, Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian terhadap undang-undang pengesahan perjanjian internasional. Karena sistem pengujian undang-undang dalam UUD 1945 tidak membedakan antara undang-undang materil dan undang-undang formil, tercermin dalam pengaturan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pasal 24C Ayat (1) UUD 1945. Akan tetapi, putusan Mahkamah Konstitusi tidak serta merta dapat membatalkan keterikatan Indonesia terhadap suatu perjanjian internasional. Perjanjian internasional tunduk pada hukum internasional, oleh karena itu pengakhiran terhadap perjanjian internasional harus dilakukan berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum internasional. Dengan demikian, untuk menghindari konsekuensi hukum dalam tataran hukum internasional tersebut, Mahkamah Konstitusi dalam

putusannya harus ditangguhkan sementara waktu sehingga dapat memberikan ruang bagi pemerintah untuk melakukan segala tindakan yang harus dilakukan dalam rangka mengakhiri suatu perjanjian internasional sebagaimana ketentuan hukum internasional.

3. Mekanisme *judicial review* bukan merupakan jalan terbaik dan kurang efektif untuk mengantisipasi terjadinya pertentangan norma antara konstitusi dan perjanjian internasional, karena masih berpotensi menimbulkan permasalahan dalam hukum internasional. Selain itu juga dapat mengganggu integritas Indonesia dalam dunia internasional. Oleh karena itu dalam tulisan ini, penulis memprawacanakan mekanisme *judicial preview* sebagai mekanisme verifikasi konstitusionalitas hasil ratifikasi perjanjian internasional. *Judicial preview* terhadap perjanjian internasional merupakan mekanisme pengujian yang dilakukan oleh pengadilan sebelum perjanjian itu disahkan oleh pemerintah. Dengan demikian, perjanjian internasional yang disahkan oleh pemerintah akan terjamin secara konstitusional sehingga dapat menghindari pertentangan antara perjanjian internasional dengan Undang-Undang Dasar 1945. Demikian pula permasalahan yang berpotensi timbul dari pembatalan perjanjian internasional melalui mekanisme pengujian *judicial review* dapat dihindari dan dielakkan.

B. Saran-saran

1. Mengamandemen Pasal 11 UUD 1945 dengan memperjelas status dan kedudukan perjanjian internasional dalam sistem hukum nasional. Dalam

hal ini penulis lebih cenderung menginginkan agar hukum Indonesia menganut primat hukum nasional agar supaya dapat melindungi kepentingan nasional dari tekanan-tekanan politik dunia internasional

2. Melakukan perubahan terhadap UU No. 24 tahun 2000 tentang perjanjian internasional karena sudah tidak sesuai dengan kebutuhan hukum Indonesia di masa sekarang. Terlebih dalam undang-undang tersebut terdapat kerancuan mengenai pengertian pengesahan dalam arti prosedur internal dan pengesahan dalam arti prosedur internal. Selain itu, meninjau kembali penguangan persetujuan DPR terhadap perjanjian internasional ke dalam format undang-undang/peraturan presiden. Namun terlepas dari pilihan kebijakan hukum dalam penguangan persetujuan DPR dalam perundang-undangan nasional tersebut, yang lebih penting adalah melakukan penegasan terhadap kedudukan perjanjian internasional dalam sistem hukum nasional. Sehingga tidak menimbulkan kebingungan manakala terjadi pertentangan antara hukum nasional dan perjanjian internasional.
3. Melakukan penambahan kewenangan *Judicial Preview* terhadap Mahkamah Konstitusi sebagai upaya melakukan *constitutional approval* atau *constitutional preview* terhadap pengesahan perjanjian internasional, mengingat mekanisme *judicial review* yang dilakukan Mahkamah Konstitusi terhadap hasil ratifikasi perjanjian internasional kurang begitu

efektif sebagai upaya proteksi terhadap kepentingan nasional, terutama berkaitan dengan konstusionalitas suatu perjanjian internasional.

4. Mengingat penambahan kewenangan terhadap Mahkamah Konstitusi mengharuskan terjadinya Amandemen UUD 1945 secara formal, yang pada praktiknya sulit sekali dilakukan. Maka untuk sementara waktu, pengikutsertaan peran Mahkamah Konstitusi dapat dilakukan dengan mengujikan undang-undang pengesahan perjanjian internasional sebelum dilakukannya ratifikasi (prosedur eksternal) perjanjian internasional. Dengan demikian, perjanjian internasional yang diratifikasi oleh pemerintah lebih terjamin secara konstusional sehingga dapat menghindari pertentangan antara hukum nasional dan perjanjian internasional.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU-BUKU

- A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Negara*, Fakultas Pascasarjana UI, Jakarta, 1990.
- Abdul Latief, *Mahkamah Konstitusi dalam Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokratis*, Kreasi Total Media Yogyakarta, 2007.
- Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi; suatu studi tentang ajudikasi konstitusional sebagai mekanisme penyelesaian sengketa normatif*, Cetakan pertama, Pradnya Paramita Jakarta, 2006.
- Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan; Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, cetakan kedua, Rineka Cipta, Jakarta, 1997.
- Anwar C, *Teori dan Hukum Konstitusi; paradigma kedaulatan dalam UUD 1945 (pasca perubahan), implikasi dan implementasi pada lembaga negara*, cetakan pertama, setara press, Malang, 2011.
- Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, cetakan kedua, Yapemdo, Bandung, 2000.
- Aziz Syamsudin, *Proses dan Teknik Penyusunan Undang-Undang*, cetakan pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.
- Boer Mauna, *hukum Internasional, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Penerbit Alumni, Bandung, 2005.

- Damos Dumoli Agusman. *Hukum Perjanjian Internasional; Kajian Teori dan Praktek Indonesia*, ctk pertama, Refika Aditama, Bandung, 2010.
- Fatkhurohman, et.al. *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Penerbit PT. Citra Aditia Bhakti, Bandung, 2004.
- Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, diterjemahkan oleh, Roisul Muttaqien, *General Theory of Law and State*, cetakan kesembilan, Nusa Media, Bandung, 2014.
- I Dewa Gede Atmadja, *Hukum Konstitusi; Problematika Konstitusi Indonesia Sesudah Perubahan UUD 1945*, Edisi revisi, Setara Press, Malang, 2010.
- I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 1*, cetakan pertama, Mandar Maju, Bandung, 2002.
- _____, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 2*, cetakan pertama, Mandar Maju, Bandung, 2005.
- Jawahir Thontowi, *Hukum Dan Hubungan Perjanjian Internasional*, cetakan pertama, UII Press, Yogyakarta, 2016.
- Jazim Hamidi. et.al. *Teori dan Politik Hukum Tata Negara*, ctk. Pertama, Total Media, Yogyakarta. 2012.
- _____, *Revolusi Hukum Indonesia*, Kerjasama Konstitusi Press, Jakarta & Citra Media, Yogyakarta, 2006.
- J.G. Starke. *Pengantar Hukum internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012.
- Jimly Asshiddiqie & Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, cetakan pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.

- Jimly As-shiddiqie. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, ctk Pertama, Konstitusi Press, Jakarta. 2005.
- _____, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Pertama, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- _____, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cetakan ketiga, Mahkamah Konstitusi Press, 2006.
- _____, *Hukum Tata Negara Darurat*, Rajawali Grafindo, Jakarta, 2007.
- _____, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid 1*, cetakan pertama, Penerbit Sekretariat Jendral Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006.
- M. Ali Syafaat, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, cetakan pertama, Sekretariat Jendral dan kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2010.
- Maria Farida Indrati Soeprato, *Ilmu Perundang-undangan*, cetakan kelima, Kanisius, Yogyakarta, 2002.
- Mochtar Kusumatmaja. *Pengantar Hukum Internasional*, Bina Cipta., Bandung, 1985.
- Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid Ketiga, Sekretariat Negara, Jakarta, 1960.
- Ni'matul Huda dan Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Cetakan Pertama, Nusa Media, Bandung, 2011.
- _____, *Ilmu Negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2012.
- Sefriani, *Pengantar Hukum internasional*, Rajawali Press, Jakarta, 2010.

Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, cetakan keempat, Penerbit Alumni, Bandung, 1986.

_____, *Prosedur Perubahan Konstitusi*, PT Alumni, Bandung, 1987.

Syahmin A.K, *Hukum Perjanjian Internasional Menurut Konvensi Wina 1969*, Armico, Bandung, 1985.

Utrech, E., dan Mohammad Salah Djindang, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, PT Ichtar Baru, Jakarta, 1983.

ARTIKEL, JURNAL, DAN MAKALAH

Aminoto dan Merdekawati, “Prospek Penempatan Perjanjian Internasional Yang Mengikat Indonesia”, *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 27, Nomor 1, Februari 2015.

Andi Sandi Ant. T.T dan Gustina Merdekawati, “Konsekuensi Pembatalan Hukum Undang-Undang Ratifikasi Terhadap Keterikatan Pemerintah Indonesia Pada Perjanjian Internasional”, *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 24, Nomor 3, Oktober 2012.

Bagir Manan, “Akibat Hukum di Dalam Negeri Pengesahan Perjanjian Internasional; Tinjauan Hukum Tata Negara”, Makalah, *Focus Group Padjadjaran*, Bandung, 29 November 2008.

Jimly Ashiddiqie, “Sejarah Constitutional Review dan Gagasan Pembentukan Mahkamah Konstitusi”, Makalah *The Three “E” Lecture Series*, @america, Pacific Place, Level 3, Jakarta, senin, 18 Juni, 2012.

- _____ . “Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi”,
Makalah Ketua Mahkamah Konstitusi RI, diunduh dari www.mk-ri.or.id.
- Mahfud MD, “Undang-Undang Dasar 1945 Sebelum Dan Sesudah Perubahan” dalam
Makalah yang disampaikan pada seminar konstitusi *Kontroversi UUD 1945
Dan Pengaruhnya Terhadap Ketatanegaraan*, yang diselenggarakan oleh
Pengurus Besar Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia.
- Dumos Damoli Agusman, “Apakah MK Bisa Menguji Piagam ASEAN?”, Artikel
dimuat *Antara News*, Senin, 25 Juli 2011.
- Harry Purwanto, “Keberadaan Asas Rebus Sic Stantibus Dalam Perjanjian
Internasional”, *Jurnal Opinio Juris*, Volume 13, Mei-Agustus 2013, hlm. 64.
- Wicaksana Dramanda, “Menggagas Penerapan Judicial Restraint Di Mahkamah
Konstitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 4, Desember 2014.

INSTRUMEN HUKUM

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 24
Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
- Undang-Undang No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.
- Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Perundang-Undangan.
- Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor I/MPR/2003 tentang Peninjauan
Terhadap Materi Dan Status Hukum Ketetapan MPRS Dan Ketetapan MPR
RI Tahun 1960 Sampai Dengan Tahun 2002.

Konvensi Wina Tahun 1969 tentang Perjanjian Internasional

Surat Presiden No.2826/HK/1960 Perihal Pembuatan Perjanjian Dengan Negara Lain.

Putusan MK No. 33/PUU-IX/2011 tentang Pengujian Undang-Undang No. 38 tahun

2008 tentang Pengesahan perjanjian internasional *Charter of The Association*

of Southeast Asian Nations (Piagam ASEAN)

Putusan MK No. 012-016-019/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-Undang

No.46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

Putusan MK No. 14/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang No. 42 Tahun

2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden.

Putusan MK No.97/PUU-XI/2013 tetang Pengujian Pasal 236C UU No. 12 Tahun

2008 tentang Pemerintahan Daerah dan Pasal 29 ayat (1) Huruf e UU No. 48

Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman terkait kewenangan MK untuk menangani sengketa hasil Pilkada.